

№ 15

2020 დეკემბერი
December

www.lawandworld.ge

სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის
სამეცნიერო კვლევითი ინსტიტუტის
საერთაშორისო სამეცნიერო
რეფერირებადი ჟურნალი

LAW AND WORLD

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

სამართალი და მსოფლიო –
თქვენი გზამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND 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:
ტექნიკური რედაქტორი:
ინგლისური ტექსტის კორექტორი:
დაკაბადონება:

იოსებ კელენჯერიძე
ნათია გაბედავა
მარიამ ბობოხიძე
თამარ ძავჟარაძე

Chief Editor:
Technical Editor:
Proof-reader of English text:
Imposer:

IOSEB KELENJERIDZE
NATIA GABEDAVA
MARIAM BOBOKHIDZE
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 ტურაბაძე

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 ჟურაბაძე

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

ანნა ჭილიტაშვილი

სამართლის დოქტორი,

ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

გიორგი ლლონიძე

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

ვახტანგ ლაფაჩი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

თათული დოლიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

როინ მიგრიული

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 ზაჰორკა

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

პატრიკ ტერი

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

ჟინეტ 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 საოლქოსა-სამართლოს მოსამართლე (აშშ)

მარტინ კოლე

პარიზი II უნივერსიტეტის პროფესორი

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

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 MIGRIALI

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

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

MARTIN J. MARTINEZ, J.D.

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

GIORGI GORADZE

Doctor of Law, professor Sulkhani-Saba Orbeliani University

GIORGI KHATIDZE

Invited Lecturer at European University, Member of Georgian Parliament

FOREIGNER MEMBERS

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)

MARTIN COLLET

Professor of Law at Université Panthéon-Assas (Paris II)

- 7** COGNITIVE PHRASEOLOGICAL VARIATIONS IN TERMINOLOGY OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND ITS APPLICATION IN TRANSLATION INTO FARSI
Ali Mashhadi, Mohammad Ali Kafaee Far, Seyed Mohammad Hossein Mirzadeh
- 12** INSTITUTIONS OF COURT SETTLEMENT AND JUDICIAL/COURT-ANNEXED MEDIATION AS PART OF THE UNIFIED SYSTEM OF JUSTICE
Ana Gurieli
- 19** LEGAL IMPLICATIONS OF “SHARENTING”
Kakhaber Goshadze
- 27** CERTAIN SKEPTICAL CONSIDERATIONS ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW
Lasha Lursmanashvili
- 44** THE PARAMOUNTCY PRINCIPLE – A RIGHTS-BASED LEGAL ANALYSIS
Mariam Bobokhidze
- 51** ENSURE THE INVIOABILITY OF PERSONAL LIFE IN THE CONDUCT OF POLICE PREVENTIVE ACTIVITIES
Koba Grialashvili
- 60** RAPPORT ENTRE LES CONTRATS DE TRAVAIL A DUREE DETERMINEE ET INDETERMINEE EN DROIT GEORGIEN ET INTERNATIONAL
Natia Rekhviashvili
ვადიანი და უვადო შრომითი ხელშეკრულებების ურთიერთმიმართება ქართულ და საერთაშორისო სამართალში
ნათია რეხვიაშვილი
RELATIONSHIP BETWEEN FIXED AND PERMANENT LABOR CONTRACTS IN GEORGIAN AND INTERNATIONAL LAW
Natia Rekhviashvili

- 76** REVIEW OF SOME ASPECTS OF INVESTMENT ARBITRATION UNDER THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES
George Khatidze
- 84** უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაულის კვალიფიკაციის პრობლემატური საკითხები
თათია დოლიძე
PROBLEMATIC ISSUES OF QUALIFYING CRIMINAL OMISSIONS
Tatia Dolidze
- 97** ეთნიკური/ენობრივი უმცირესობები საქართველოში და მათი ენობრივი უფლებების დაცვის საკითხი
ტარიელ ფუტკარაძე
ETHNIC / LINGUISTIC MINORITIES IN GEORGIA AND THE PROTECTION OF THEIR LINGUISTIC RIGHTS
Tariel Putkaradze
- 115** კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა (ევროპული და ამერიკული მიდგომები)
ევა გოცირიძე
CONSCIENTIOUS OBJECTION (European and American approaches)
Eva Gotsiridze
- 145** კიბერდანაშაულის სოციალურ-ეკონომიკური ანალიზი ინაკული ნადარეიშვილი, ჯემალ ლომსაძე
SOCIO-ECONOMIC ANALYSIS OF CYBERCRIME
Irakli Nadareishvili, Jemal Lomsadze
- 158** აფექტირებული დანაშაულის ესკიზი საერთო სამართლის ქვეყნებში
თამთა წირქვაძე
A SKETCH OF THE OFFENCES COMMITTED UNDER THE PROVOKED TEMPORARY INSANITY IN COMMON LAW COUNTRIES
Tamta Tsirkvadze

- 167** სუპრანაციონალურობის ასპექტები ევროპის კავშირის ფუნქციონირების პროცესში
ირაკლი პაპავა
SUPRANATIONAL ASPECTS IN THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION
Irakli Papava
- 188** მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა
მიხეილ ბიჭია
LEGAL REGIME OF CONFIDENTIALITY PROTECTION IN THE MEDIATION PROCESS AND ITS MEANING
Mikheil Bichia
- 207** სრულწლოვანი პირისთვის ქმედუნარიანობის შეზღუდვით ძირითადი უფლებების ხელყოფა
გიორგი გლაზოვი, ლევან ოსაძე
THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS BY LIMITING LEGAL CAPACITY OF AN ADULT
Giorgi Glazovi, Levan Osadze

COGNITIVE PHRASEOLOGICAL VARIATIONS IN TERMINOLOGY OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND ITS APPLICATION IN TRANSLATION INTO FARSI

Ali Mashhadi

Associate professor, PhD in international law, Qom University, Qom, Iran (corresponding author)

Mohammad Ali Kafaee Far

PhD in international law, Islamic Azad University, Qom, Iran

Seyed Mohammad Hossein Mirzadeh

PhD candidate in international law, Islamic Azad university, Qom, Iran

KEYWORDS: Phraseology, International Law Instruments, Latin Phrases and Expressions, Farsi

INTRODUCTION

Despite all efforts, yet there are too important factors which should be studied about language of International Law. If we accept or not, the IL also enjoys a specific form of language which is made by a specific class of users in the societies. The users of this type of language are judges, lawyers, interpreters, courts, UN commissions and so forth which have a primordial role for defining the correct way to

describe denotation-connotation of legal norms and rules. However, some important questions which arises here are that if we accept that language of IL has its own characteristics, how can we analyze and perceive it? Is it possible just to understand this type of language only by international legal knowledge? What about the other languages? Accepting that not all IL language users and makers are English or French speakers, how can the courts and international lawyers conclude documents that the other language users like Farsi or Arabic understand them well?

That's why we believe that we have to incorporate new data bases from the other sciences like linguistics, cognitive linguistics, and pragmatics and so forth into IL knowledge in order to be able to coding-decoding messages, statements and rules in international law. In this respect, one of the interdisciplinary studies which can help scholars to analyze correctly the sentences and expressions in international law could be phraseology or study of formulaic expressions. Enquiries about this type of knowledge show that it is necessary to evaluate IL formulaic expressions from this viewpoint specifically because of the existence of a huge number of Latin formulated expressions in that language. We believe that the study of phraseology and incorporating it into IL language, can help IL scholars to understand the real formulation-translation of these expressions used in international law.

We seriously believe that cognitive – corpus based linguistics could help International Lawyers to comprehend the main idea of expressions used in International Law Language part of which have been derived from Latin. In this aspect, a descriptive methodology can help reader or interlocutor of this paper to understand both, the main idea of this paper and know how to analyze this phenomena in his/her native language which in this specific case is Farsi since one of the biggest existing problems for Farsi speakers of IL texts is the huge vague or etymological – cognitive differences between Farsi and Latin.

For all above mentioned reasons, the aim of this paper is to evaluate the impact of some phraseological studies and enquiries in forming – translating International Law Latin formulaic expressions and the objective equivalences in the other languages like Farsi, a language that has nothing to do with Latin languages in any linguistic and extra linguistic aspect, responding to this important question that have systematic differences of Latin Legal language to do with semantic phase when translating IL Latin expression into Farsi or not? That is why we will try to show, at first hand, some useful IL Latin expressions and at second one, evaluate their systematic – translational equivalences in Farsi.

CHARACTERISTICS OF LEGAL – JUDICIAL LANGUAGE

- There are too many characteristics which could be attributed to legal-judicial language which is used not only in domestic law but also in international law language too, which are the result of cognitive linguistics and pragmatic approach. In this regard, Gutierrez Rodilla in his work (2005:9) states: <<one the most important characteristics of science is the rigor>> and continuous mentioning the next characteristics (*ibidem*: 22-30) in Spanish:
- **Precisión (accuracy):** Gutiérrez Rodilla (*ibidem*: 22) la califica como <<la cualidad más preciada del discurso científico>> y, aunque este lenguaje tiene sus cualidades especiales específicamente sobre lo que es la desambigüedad y uso preciso de las palabras y conceptos, la relaciona, sobre todo, con <<la precisión de los términos>> (*ibidem*: 23). Otro requisito planteado por Gutiérrez de Rodilla (*ibidem*) es que los términos sean monosémicos y no cuenten con sinónimos, por muy difícil que esto pueda ser. Esto resulta especialmente importante a efectos que nos referimos ya que el

lenguaje de derecho por sí mismo, bien sea descriptivo o prescriptivo, tiene que regular relaciones entre entidades y personas y esto parece ser más difícil aun cuando se habla de un tipo de derecho que tiene que ser reconocido en el ambiente internacional, contando con muchos lenguajes que en la mayoría de los casos, son lenguas diferentes y este concepto se relaciona con nuestros objetivos aquí, es decir, términos científicos del lenguaje jurídico como unidades fraseológicas con las que conseguir la mayor precisión y, con ella, la mayor exactitud posible en los textos jurídico – legislativos en el ámbito internacional.

- **Neutralidad (neutrality):** definida por Gutiérrez Rodilla (Gutiérrez Rodilla, 2005: 23) como <<la carencia de valores y connotaciones afectivas {y} subjetivas>>. Aunque se trate de un tema destacado, creemos que no podemos contar con ella especialmente en el área fraseológico de este tipo de textos como lo que contamos en la parte de precisión. Claro que la neutralidad es importante cuando hablamos sobre discurso o las unidades pragmáticas – semánticas, mas, cuando hablamos sobre las unidades fraseológicas, al parecer, no lo podemos ver como una característica fija y absoluta del lenguaje jurídico internacional.
- **Economía (economy):** el mensaje científico <<debe expresarse con el menor número posible de unidades>> (*ibidem*: 25) y busca la concisión ligada al menor número de palabras posible, cuyo se expone por <<la sustitución de frases enteras por un solo término>>. (Becerro: 2) Esta característica también es importante a nuestro parecer debido a que hablamos sobre 2 lenguas diferentes desde el punto de vista del sistema y el contenido cuyas son latín y Farsi. De hecho, lo ideal pudiera ser que las unidades equivalentes en ambas lenguas fueran las mismas tanto gramat-

icalmente como fraseológicamente, más, debido a las diferencias arriba mencionadas, esto parece ser imposible y la única forma por la cual se podría exponer un equivalente correcto desde el punto de vista semántico, es calificar el concepto o la regla enteros.

- **El vocabulario científico (scientific vocabulary):** Gutiérrez Rodilla (*ibidem*: 28) defiende que existe un cierto acuerdo entre los distintos autores que el vocabulario del lenguaje científico se sirve de su <<aspecto más distintivo, menos diferenciador>>. Además, añade algunas de las características del vocabulario de este tipo de lenguajes: está compuesto por <<adjetivos, verbos y, fundamentalmente, sustantivos>> (*ibidem*), que en una gran mayoría <<se construyen mediante la combinación de formantes griegos y latinos>> (como también lo dice Calonge [2001: 104] y que <<muestra una velocidad de crecimiento muy grande>> (Gutiérrez Rodilla, 2005: 28). Si aceptamos que el lenguaje jurídico internacional goza de muchas formas jurídicas latinas que provienen de la misma sociedad, pues hay que aceptar que para traducir a demás idiomas y después, interpretar estos términos hay que buscar las unidades parecidas o exactas en las lenguas de destino. En otras palabras, cualquier traductor especializado Farsi parlante debe tener en cuenta que como reitera Cabré (2004: 2) <<la terminología es absolutamente imprescindible para el ejercicio de la traducción especializada>>.

THE LATIN PHRASEOLOGICAL UNITS IN IL TEXTS

It seems to be a challenge analyzing and speaking about phraseology because the interlocutor of learner probably encounter it really confusing with the other aspects of cognitive linguistics,

applied linguistics and discourse analysis [16]. According to Cowie, there is a lack of standardized terminology [6]. That is to say, there exist terminologies like collocations or idioms which referred for decades to the same idea of phraseological units. That's why we could declare that for having an uncertain terminology about the phenomena, so the final decision about what the identity is comes really difficult.

We believe that these stable and fixed phrases in IL have their own grammatical, discursive and semantic characteristics. For instance, when the ICJ or international lawyers use expressions of phraseological units like: *utti possidetti juris*, *jus gentium*, *ex aequo et bonno*, *jus cogens*, *erga omnes* and etc. there is going to emerge an idea of figurative language in particular interlocutors regarding the content of the discourse and the usage of these types of legal expressions. "*jus cogens*", being a type of phraseological fixed and stable unit which could be studied from different points of view, should be interpreted in a narrative way in order to connate in the strict manner: "promtory or imperative norms" or *مرم آدعاوق*. An international judge or lawyer by this unit, has a clear intention which is to call the attention of specialized interlocutor: 1 – this comes from a Latin legal system which has been used during years and it is working like an international norm which is applicable for all of the IL subjects 2 – in a grammatical approach, it is formed by 2 parts (monems or signifiers) which connate an action or reaction: "these norms or *Jus* are to be considered important and binding that the violation of them could not be presumed."

TRANSLATING SOME IL LATIN FORMULAIC UNITS INTO FARSI

Translation of specialized texts, especially legal terms, is not as easy as some people think; it not only requires stylistic competence in the language, but it also requires knowledge of the inner meaning and connotation of words of the legal systems. That is why Farsi translators and

then, interpreters of legal terms especially Latin ones, should be aware of both stylistic and phraseological features of these terms and semantic and connotative characteristics in order to get the right sense. For instance, there is no any literal meaning for *Ex aequo et bonno* term (phraseological unit) in Farsi but the translators are obliged to explain it in other words which could lead to descend the principal denotation of the term. For instance, the word *Jus* when is used with *ad bellum* has a specific connotation and equivalence in Farsi and when it is used with *Cogens*, has a stricter meaning regarding imperative norms of IL. The other useful example is when we use *Jus* with *Gentium*, when the meaning differ from the previous ones and it is transferred like "rights and demands of people". The below Examples Show that it is almost impossible to preserve grammatical density, phraseological characteristics of Latin language and semantic properties while translating them into Farsi:

Utti Possidetti Juris: نیح یاهزرم لی دبت
لالقتسا زا دعب یاهزرم هب رامعتسا

Eng.: As You Possess

Ex aequo et bonno: دی دباوٹ و حالص لصا

Eng.: According to the Right and Good

Lex fori: هاگداد رقم نوناق

Eng.: the Local Law

Jus Cogens: مرم آدعاوق

Eng.: Imperative Norms

Jus Gentium: نامدرم قوقح

Eng.: Law of Nations

CONCLUDING REMARKS

The objective of this paper was to propose the design a systematized view for encoding and describing cognitive phraseological information in IL language and to create a new aspect of fixed legal terms especially those which come from Latin. Difference in language systems could lead differences in translational phase. For instance, *Jus* is sometimes translated like *قوقح* which is "law" in English and sometimes is translated like *دعاوق* which is "norms or rules"

in English. The systematic and semantic nature of *Jus* in Latin is the same but while translating it into Farsi, it changes from context to another context. That's why it can be inferred that the "contextual criteria" of the target languages like Farsi has also to do with the exact meaning of IL Latin formulaic expressions.

As studied above, the systematic – etymologic differences between languages like Farsi and Latin especially in specialized areas like IL could result in different ways of translating expressions. Another clear example in this aspect is *Utti Possidetti Juris* which is a 3 words expression while its literal translation in Farsi does not exist so the Farsi lawyers translate it like: سپ یامزرم هب رامعتسا نیح یامزرم لی دبت لالقتسا زا. So it is translated in a completely contextual manner in order to show the exact connotative meaning.

The underlying idea is that when translating phraseological IL units from Latin languages into Farsi, it is particularly difficult to adequately convey an equivalence that connotes the same root, lexeme and sense of terms. Therefore, to understand the main ideas and connotations of these phraseological units, the Farsi interlocu-

tors should use a triangular approach: 1) perception of denotative-connotative meaning, 2) analysis, and finally 3) expression of the main idea of the terms if there is not any literal equivalence; Especially for units like: **ex aequo et bonno, utti posidetti juris** and the expressions with more than one word, signifier and connotation. We believe, therefore, that a Corpus Based view to international law language could help readers and interlocutors of this language to understand and analyze well; specially when we are speaking about translating these expressions in different languages like Farsi which has different roots from Latin, English or French. This enquiry could create this atmosphere for the Farsi lawyers who are working on concepts of international law specifically which have to do with Latin variations. It is worth noting that in case of a good and faithful translation from language of international law into Farsi, it is necessary to take in consideration all steps of meaning conveyed the fixed Latin expressions in international law in order to have a clearer translation both literal or contextual; a concept which could define the real essence of those expressions which have been used.

REFERENCES:

1. Cowie, A.P. The treatment of collocations and idioms in learners dictionaries, applied linguistics 2 (3): 223-235 (1981) (In English)
2. Cowie, A.P. "Introduction". In Cowie, A.P. Phraseology. Theory, Analysis, and Applications, 1-20, Oxford: Clarendon Press (1998) (In English)
3. Moon, R. Textual aspects of fixed expressions in learner's dictionaries. In Vocabulary and Applied Linguistics, P.J.L. Arnaud & Bejoint (eds), 13-27. London: Macmillan (1992) (In English)
4. Gutiérrez Rodilla, B. M. (2005) "El Lenguaje de las Ciencias", Gredos, Madrid (In Spanish)
5. Cabré, Castelli, M. T. (2004) "La Terminología en la Traducción Especializada", En Manual de Documentación y Terminología para la Traducción Especializada, Ed. Por Gonzalo Garcia Consuelo, García Yerba, Valentín, Madrid, pp. 89-122 (In Spanish)
6. Calonge Prieto, M. (2009) "La Complejidad del Lenguaje de los Textos Médicos y la Terminología Especializada. Nociones para el Estudiante de Traducción Medica (Inglés – español)", En Panorama Actual del Estudio y la Enseñanza de Discursos Especializados, Ed. Por María José Varela Salinas, Peter Lang, Berna (In Spanish)

INSTITUTIONS OF COURT SETTLEMENT AND JUDICIAL / COURT-ANNEXED MEDIATION AS PART OF THE UNIFIED SYSTEM OF JUSTICE

Ana Gurieli

Affiliated assistant of the Faculty of law of Caucasus International University, Doctor of law, Lawyer

KEYWORDS: State, Dispute, Judge

INTRODUCTION

According to Article 5, Paragraph 4 of the Constitution of Georgia, “State authority shall be exercised on the basis of the principle of separation of powers.” According to this article, the principle of separation of powers is considered. However, the realization of the principle of separation of powers, should not be considered as a completed act. Its realization, will constantly maintain its actuality, because the goal it seeks, is to protect the rights of the individuals from the arbitrariness of the state. These threats and risks always exist from the state authorities. Only normative requirements and legal rules can not establish the guarantees of the limitation the government. The protection of individual rights is possible only in the society, where there exists separation of powers. Still, Article 16 of the French Declaration of Human Rights indicated, that a society where human rights are not recognized and there is no separation of powers, has no constitution. No state body should have so much concentrated power, that it could violate this concept. Only the separation of power guarantees the protection of

individual sovereignty and personal autonomy.¹ Therefore, in any state, there are three types of government: legislative, executive and judicial. Among them, it is the judiciary, that should most ensure the implementation of the principle of fairness, as the issue of protection of the rights of individuals in each case, is discussed here. However, what is justice? It is recognized, that this is a contradictory category and there exist completely different views. There is no exact and unambiguous scale of it. Therefore, the scale of justice is determined by the legislature. The law reflects the public consensus on justice. There exist no idea of justice, that can be considered by the judge. The definition of the law can not be based on the abstract idea of justice. The judge should consider the scale of fairness, considered by law.²

Consequently, in this process, the role and the importance of the judiciary reveals. As it is acknowledged, the main goodness and dignity of the judiciary, is based on two values: one is its high purpose, noble goal and human request to ensure justice for men; The second is that, the mankind, yet, has not created a more democratic institution than the judiciary.³

Considering the above mentioned, it is important to determine, if the justice system provides opportunities, in order to pursue the best interests of the citizens. One of the most effective ways to achieve this, would be to evaluate the two internal institutions of the chain of justice – court settlement and court mediation institutions. In the unified system of the judicial system, an effective functioning of the mentioned institutions, significantly determines the formation and functioning of the chain of justice, which, in terms of results, affects the fate of each individual.

The successful functioning of the mentioned institutions, in the chain of informal and formal dispute resolution processes, existing in the

country, is significantly determined by the existence of scientific researches, the studies of the institutes, the deficit of which is observed in the Georgian scientific space. This is becoming more relevant, taking into account the benefits, that these institutions offer to the citizens.

Considering above mentioned, the study discusses the legal significance and characteristics of the institutions of court settlement and court mediation; Their similarities and differences; The attention will be paid to the judge's authority, which is agreed to be different, with its legal or ethical underpinnings, in case of conduction of each process.

The research is realized considering general-scientific – historical, as well as special – normative and comparative methods.

JUDICIAL MEDIATION, AS A FORM OF MEDIATION

According to statistics, most civil disputes are resolved through mediation.⁴ As for the possible forms of mediation, there exist: court and private mediation. In addition, there exists two types of court mediation: 1. Court-annexed mediation⁵, Which institutionally coordinates with the court, but is procedurally completely independent, as a separate institution;⁶ 2. Judicial mediation⁷, which is related to the court, in terms of the building and the staff. In a similar form of mediation, the mediator may be the acting judge.⁸

4 Melnick J., Lost Opportunities in Mediation, *Westlaw Journal Securities Litigation and Regulation*, Vol. 19, issue 4, 2013, p. 1.

5 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.

6 Lindblom H., 2017. *Progressive Procedure*, Iustus, p. 422.

7 Brunet E., 2002. *Judicial mediation and signaling*, *Nevada law journal*, p. 232.

8 Steffek F., 2013. *Mediation und Güterichterverfahren*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, (ZEuP)* #3, Verlag C.H.Beck, München, p. 538. Also see: Khandashvili I., 2018. *Court and Non-Judicial Forms of Alternative Dispute Resolution on the Example of Mediation in Georgia*, Ivane Javakishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, Tbilisi, p. 184.

1 Khubua G., 2016. *Constitutional Balance of Power, Constitution of Georgia 20 Years Later*, Tbilisi, p. 103-105.

2 Khubua G., 2015. *Theory of Law*, Tbilisi, p. 205.

3 Ugrekhelidze M., 2017. *Journal Law and the World* № 7, Tbilisi, p. 42.

For the purposes of the paper, for example, the Canadian experience is considered to be relevant, as this state, is one of the leading, in functioning the forms of court mediation. In particular, both forms of court mediation is used in Canada – court-annexed and judicial.⁹

It is also important to highlight the experience of the United States and the programs, that have been successfully implemented, as, with a recognized approach, in this state, the specifics of regulating mediation, meets all the standards and prerequisites for being evaluated to be successful.¹⁰ The U.S. experience in introducing forms of mediation is diverse. Among them, the successful practice of judicial mediation is used. For example, in the state of California, on January 22, 1979, a special degree of court overcrowding has been observed. Considering this, it has been decided, that the judges should have conducted negotiation procedures. At the time, no one knew, what the outcome of the decision might have been. Eventually, it turned out, that by November 21, 1979, the court was no longer overcrowded; And for the six hundred and fourteen cases, that have been discussed during ten months, in case of standard court hearings, their resolution was likely to last four years. Consequently, the researchers conclude, that the idea, that judges should not spend time mediating, because their resources are needed only to conduct court hearings, is incorrect. Judge's time should also be spent on mediation. As the researchers point out, more judges and more courtrooms may not be the solution to the problem, as these resources cost very expensive for taxpayers. The solution method can be – more, more and more mediation.¹¹

The experience of China is also interesting – except of court-annexed mediation, judicial mediation is also popular there, when the

judge leads the court mediation process. This is allowed under the Code of Civil Procedure of 1991. The degree of its success is also shown by the practice – from 1978 to 2004, about 72.2 million cases were considered by the courts, of which, 36.42 million were successfully completed using judicial mediation. Judicial mediation in China, also plays an important role in achieving social stability.¹²

In Georgia, in terms of the development of mediation, and in particular, court mediation, given its importance, the fact of the adoption of the Law on Mediation should be mentioned, which can be defined as an attempt to bring the institution closer to democratic values. The Law Working Group was established with the technical support of the UNDP Georgia Office and Employed the specialists, who drafted the law, which was sent to the Ministry of Justice of Georgia. According to the law on mediation, the possibility of explaining the terms of mediation, mediator and other concepts related to the institute of mediation is considered; The principles of mediation and the rule of choosing/appointing a mediator has been established; The terms have been to be considered, when selecting him/her; The rules for remuneration of the mediator has been established; Introduction of court and private mediation forms has been considered, during which, the final result of the process – mediation settlement will be subject to enforcement by the court, that meets the standards of the European Mediation Directive. The issue of the existence of the Georgian Association of Mediators in the form of a legal entity, has also been considered; Following the amendments to the Civil Procedure Code of Georgia, according to which mediation was first considered at the legislative level, this may be assessed as the first attempt of Georgian legislation, to start the process of institutionalization of mediation. Consequently, even after its enactment, it is necessary to continue working, in order to ensure the regulation of fundamental issues related to the institute, with the active involvement of the courts and judges in the process.

9 Richler J., 2011. Court-Based Mediation in Canada, *Judges' Journal*, p. 14.

10 Munroe C., 1996. Court-Based Mediation in Family Law Disputes: An Effectiveness Rating and Recommendations for Change, *Probate Law Journal*, Issues 2-3, p. 132.

11 Rich E., 1980. An Experiment with Judicial Mediation Personal, *American Bar Association Journal* 6, p. 530.

12 Liming W., 2009. Characteristics of China's Judicial Mediation System, *Asia Pacific Law Review*, p. 67-68.

THE CONCEPT OF SETTLEMENT AND ITS LEGAL SIGNIFICANCE

Alike mediation, the institution of settlement should be assessed as one of the most effective means of coping with conflicts in public relations and resolving them peacefully. The process of settlement offers the judiciary and the judge many positive results. The settlement is the basis for the termination of the court proceedings. The settlement saves the judge's time, as they only have to consider the cases, that cannot be settled.¹³

That is why, for example, in Australia, the role of the judge in the civil litigation process has changed significantly in recent years. As many theorists and practitioners have pointed out, the modern judge should not be identical to the judge of the 20th century. The judge of the 21st century, should have information about "managerial organization". He should be interested, how the process will end and be familiar with "therapeutic jurisprudence". In modern society, the neutral, passive role of the judge has been replaced by an active judge, focused on resolving the case and reaching an enforceable settlement.¹⁴

The discussion of the American judges, also shows, that settlements are reached in the court, because the complete majority of the parties want to reach a settlement. This is usually due to their personal desire, to avoid the negative consequences of litigation. They argue, that it is possible to mention numerous cases in which court costs, time factor and inconvenience have not become the main basis for settlement. The point is that, as creatures, humans are cognitive, social, and communicative. The trial, in all respects, can be painful and trying to avoid it, can be assessed is natural.¹⁵ Fully, during the life, we are constantly

engaged in negotiations, or making compromises.¹⁶ In the United States, a judge's settlement attempts are considered to be a so-called part of pre-trial management. This concept reflects the managerial role of judges.¹⁷

Legal relations are complex and diverse. People negotiate, make deals, arrange business meetings, when there is no "real" legal relationship, but only legal regulation of public relations.¹⁸ In this process, there are often threats related to the non-fulfillment of obligations by the parties, as well as in some cases, the variability of their will, which may or may not, be based on the existence of changed circumstances. If the parties are not able to reach a settlement by mutual agreement, the dispute usually gets the subject of civil proceedings, at which point, they also have the opportunity, to reach a settlement during the civil procedures.

Accordingly, it is clear, that today, in the Georgian legal system, the term settlement is used with different meanings. In fact, the definition of the dual legal meaning of the term, relates to the question – of what is a settlement, a right (material), or an realization of a right (procedural).¹⁹

To clarify the issue, the meaning of the term in substantive and procedural law has to be mentioned. The material significance of the concept of settlement is that, the Civil Code of Georgia defines the rules of conduct for public relations participants at the stage, when the relationship has not yet been the subject of court proceedings.²⁰ So, The term "settlement" may become relevant in the period, before the court proceedings start.

13 Lawrence F., Wall James A., 1981. Judicial Settlement Techniques Schiller, American Journal of Trial Advocacy, p. 40.

14 Sourdin T., 2011. Five Reasons Why Judges Should Conduct Settlement Conferences Non-Adversarial Justice, Monash University Law Review, p. 145-146.

15 Zampano R., 1995. Settlement Strategies for Trial Judges From the Bench, Litigation 22 Litig journal, p. 3.

16 Zampano R., 1995. Settlement Strategies for Trial Judges From the Bench Litigation 22 Litig journal, p. 4.

17 Deason E., 2017. Beyond Managerial Judges: Appropriate Roles in Settlement, Ohio State Law Journal, p. 73.

18 Bichia M., 2010. Methodological foundations of civil law relations, Law Journal №1-2, Tbilisi, p. 84.

19 Mamaishvili T., 2017. Settlement as a basis for termination of civil proceedings, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Tbilisi, p. 23.

20 Mamaishvili T., 2017. Settlement as a basis for termination of civil proceedings, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Tbilisi, p. 33.

As for the essence of the settlement, according to the Civil Procedure Code of Georgia, in this case, for the first time, the use of the term “settlement” is related to the principle of disposition. The concept of settlement, in the The civil procedure code of Georgia, is mentioned many times. However, only Article 218 of the code expresses the essence of the settlement and, consequently, presents the purpose of the legislator.

As a result of the analysis of the issue, it is clear, that the term settlement in the Civil Procedure Code of Georgia, in its essence, means reaching the settlement, after a lawsuit has been filled in the court, in accordance with the procedural legislation of Georgia and does not imply the possibility of settlement during the ordinary relations of the parties. So, the essence of this process, can be fully described by the term “court settlement”. Therefore, in terms of the terminological perfection of the legislation, it would be appropriate to establish this term, to describe a process, that involves resolving a dispute in the civil proceedings and not the disputes, which are not discussed in the court. If the recommendation will be taken into account, in terms of terminological definition of the issue, there may be seen the similarity with the institution of mediation – as, if the mediation takes place in the court system, it is court-annexed or judicial mediation.

CONCEPTUAL DIFFERENCES BETWEEN THE ROLES OF A JUDGE AND A MEDIATOR DURING THE COURT SETTLEMENT AND COURT MEDIATION PROCESSES

In some cases, questions may be asked about the conceptual similarity of court settlement and mediation processes. Given the specifics of the institute, it is clear, that a judge may also be involved in the process of drafting a court settlement. Such “involvement” is not only an initiative of the court, but, more often, the desire of the parties, and their representatives.²¹ However, in

reality, court mediation, in case of revealing both of its forms, with the essence and the role of mediator (mediator-judge) involved in the process, substantially differs from the court settlement. During litigation process, the parties may be influenced by specific norms, the process is less creative, while the role and importance of law in the mediation process does not bound the parties. During mediation, both parties are unlimited in their approaches, to reach an agreement that fits their best interests. The only important thing, is that these interests have to be acceptable for both parties, on which mediation resources are spent.²² Consequently, the difference is very noticeable, because during the court settlement, a judge is a person with the power, to make the decision, while a mediator (judge-mediator) does not have a similar power. Even in case of judicial mediation, in accordance with the unified standards, the same judge does not have the right to hear and resolve the same case. Therefore, in the mediation process, it is easier for the parties to express their real interests and positions before a neutral third party, understanding, that this is a confidential process and that he/she can not make any binding decisions; While in litigation, the parties have to act before the judge, and this can create some discomfort. They analyze the circumstance, that in case of disagreement, the same judge who will have information about their positions, in case of disagreement, will the person authorized to make the decision. The judge’s inner faith may be affected, when he or she hears the sincere opinions of the parties about the settlement.²³

termination of civil proceedings, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Tbilisi, p. 85.

22 Trams K., 2008. Die Mediationsvereinbarung-eine vertragsrechtliche Analyse, Tectum Verlag, p. 13. See also: Khandashvili I., 2018. Judicial and non-judicial forms of alternative dispute resolution on the example of mediation in Georgia, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, Tbilisi, p. 36.

23 Eidenmüller H., 2004. Verhandlungsmanagement durch Mediation, in Henssler L.K (Hrsg) Mediation in der Anwaltspraxis, Deutscher Anwaltverlag, 2. Aufl, p. 62. See also: Khandashvili I., 2018. Judicial and non-judicial forms of alternative dispute resolution on the example of mediation in Georgia, Ivane Javakhishvili

21 Mamaiaashvili T., 2017. Settlement as a basis for

In any case, the process of settlement offers many positive results to the judiciary and the judge. The settlement is the basis for the final settlement of the case and the termination of the proceedings. Settlement saves judge's time, because they only have to deal with the cases, that are not settled.²⁴

All the mentioned above, determines the substance of both institutions – the court settlement and the court mediation and their different dynamics. In any case, the future development of both institutions should be considered as a precondition for the satisfaction of the interests of legal entities and the means of the sustainable development of dispute resolution **means**. However, as far as it is recognized, the state and the court are closely linked to economic relations.²⁵ Therefore, the benefits that can be achieved through court settlement and/or the use of court mediation, will benefit those entities, for which, time and financial resources are important.

CONCLUSION

In Georgia, too, the existence and strengthening of two unconditionally important legal institutions within the judiciary – court settlement and court mediation – significantly provides opportunities to ensure the achievement of the common goal of law – the protection of the interests of each indi-

vidual. However, much faster and with less expenses, than it can be achieved in a standard civil litigation process. Consequently, in the court system, highlighting their importance completes the unified chain of justice and ensures confidence-building towards the judiciary. Moreover, in the condition, of existing challenges in the judiciary system in Georgia, during the current period.

In the context of the paper, it was considered important to describe the essence of the settlement reached in civil proceedings with the term “court settlement” and not “settlement”, as the institution of settlement may also include an agreement reached by the parties before litigation. So, it has been considered necessary, to distinguish between two circumstances – if the dispute is the subject of a settlement before the court proceedings start and is regulated by the negotiation of the parties; or the case, if the settlement is reached during the civil process. In terms of the terminological perfection of the legislation, it would be appropriate to introduce this term to describe the process, that involves the completion of a dispute after the court proceedings start.

At the same time, in order to ensure the institutionalization of mediation in Georgia, it is necessary, to continue working not only in order to improve the legislation, but also to introduce and implement mediation programs.

The implementation of the presented recommendations, in terms of results, can facilitate the existence of legal institutions, oriented on the interests of citizens; the formation of a legal framework, reflecting the values of the modern legal space and the improvement of the unified chain of justice.

Tbilisi State University, Faculty of Law, Tbilisi, p. 35.
 24 Schiller F., Wall A., 1981. Judicial Settlement Techniques, American Journal of Trial Advocacy, p. 40.
 25 Lobzhanidze G., 2017. General Theory of State and Law, Tbilisi, p. 29.

NOTES:

1. Khubua G., 2016. Constitutional Balance of Power, Constitution of Georgia 20 Years Later, Tbilisi, p. 103-105. (In Georgian)
2. Khubua G., 2015. Theory of Law, Tbilisi, p. 205. (In Georgian)
3. Ugrekhelidze M., 2017. Journal Law and the World № 7, Tbilisi, p. 42. (In Georgian)
4. Melnick J., Lost Opportunities in Mediation, Westlaw Journal Securities Litigation and Regulation, Vol. 19, issue 4, 2013, p. 1. (In English)
5. 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)

6. Lindblom H., 2017. Progressive Procedure, *Iustus*, p. 422. (In English)
7. Brunet E., 2002. Judicial mediation and signaling, *Nevada law journal*, p. 232. (In English)
8. Steffek F., 2013. Mediation und Güterichterverfahren, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, (ZEuP) #3*, Verlag C.H.Beck, München, p. 538. (In German)
9. Richler J., 2011. Court-Based Mediation in Canada, *Judges' Journal*, p. 14. (In English)
10. Munroe C., 1996. Court-Based Mediation in Family Law Disputes: An Effectiveness Rating and Recommendations for Change, *Probate Law Journal*, Issues 2-3, p. 132. (In English)
11. Rich E., 1980. An Experiment with Judicial Mediation Personal, *American Bar Association Journal* 6, p. 530. (In English)
12. Liming W., 2009. Characteristics of China's Judicial Mediation System, *Asia Pacific Law Review*, p. 67-68. (In English)
13. Lawrence F., Wall James A., 1981. Judicial Settlement Techniques Schiller, *American Journal of Trial Advocacy*, p. 40. (In English)
14. Sourdin T., 2011. Five Reasons Why Judges Should Conduct Settlement Conferences Non-Adversarial Justice, *Monash University Law Review*, p. 145-146. (In English)
15. Zampano R., 1995. Settlement Strategies for Trial Judges From the Bench, *Litigation 22 Litig journal*, p. 3. (In English)
16. Zampano R., 1995. Settlement Strategies for Trial Judges From the Bench *Litigation 22 Litig journal*, p. 4. (In English)
17. Deason E., 2017. Beyond Managerial Judges: Appropriate Roles in Settlement, *Ohio State Law Journal*, p. 73. (In English)
18. Bichia M., 2010. Methodological foundations of civil law relations, *Law Journal №1-2*, Tbilisi, p. 84. (In Georgian)
19. Mamaiashvili T., 2017. Settlement as a basis for termination of civil proceedings, *Ivane Javakhishvili Tbilisi State University*, Tbilisi, p. 23. (In Georgian)
20. Mamaiashvili T., 2017. Settlement as a basis for termination of civil proceedings, *Ivane Javakhishvili Tbilisi State University*, Tbilisi, p. 33. (In Georgian)
21. Mamaiashvili T., 2017. Settlement as a basis for termination of civil proceedings, *Ivane Javakhishvili Tbilisi State University*, Tbilisi, p.85. (In Georgian)
22. Trams K., 2008. Die Mediationsvereinbarung-eine vertragsrechtliche Analyse, *Tectum Verlag*, p. 13. (In German)
23. Eidenmüller H., 2004. Verhandlungsmanagement durch Mediation, in Henssler L.K (Hrsg) *Mediation in der Anwaltspraxis*, Deutscher Anwaltverlag, 2.Aufl, p. 62. (In German)
24. Schiller F., Wall A., 1981. Judicial Settlement Techniques, *American Journal of Trial Advocacy*, p. 4. (In English)
25. Lobzhanidze G., 2017. General Theory of State and Law, Tbilisi, p. 29. (In Georgian)

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)

LEGAL IMPLICATIONS OF "SHARENTING"

Kakhaber Goshadze

*PhD, Associate Professor at the European University,
Leading Specialist at the Human Rights
and Civil Integration Committee
of the Parliament of Georgia*

KEYWORDS: Child, Privacy, Social media

INTRODUCTION

We live in the age of tech and experiencing constant development of the internet all over the world and Georgia is no exception. While technological advancement is intended to bring benefits for us, it certainly can cause challenges and undesirable consequences. Having publicized visual materials online via various social platforms and sharing engines may not always provide positive outcomes, especially if it depicts child.

As far as we can imagine a true value of privacy and the threats rising from technological advancement, we can also be clearly aware of the importance of protecting child's privacy. Considering that, children are one of the most vulnerable persons of the society, we can be pretty sure how adverse the consequences may be if the right to privacy of a child is violated, especially when an online platform is engaged. Without any doubt, there are myriad possibilities of a violation of other rights that can cause even more harm, starting from the quality of living, education and even the basic right to life. Supposedly, while more severe challenges are yet to be addressed, it is no surprise that child's privacy rights are overlooked, tending to be ignored in most of the cases.

Having said that, the article reviews a so-called concept of ‘sharenting,’¹ that describes the process of sharing child’s photograph by a parent, in some cases along with brief description about his or her behavior. While sharenting is widespread in Georgia, it should not be overlooked, based on the simple fact that, as an individual, child has the right to enjoy privacy, preventing a parent from forming child’s digital identity.

At the end of 2011, Georgian Parliament adopted the Law On Personal Data Protection, which now covers almost all circumstances of data processing, however, there was no reference on child’s privacy in Georgian legislation until 2019, when Code on the Rights of the Child was adopted. From now on, we can be certain, that the state has taken positive steps for strengthening child’s rights in general. However, for the context of sharenting a little is done.

Certainly, the state has its positive and negative obligations towards individuals, including children. These obligations are considered as mandatory in modern state governance. Having said that, under the negative obligation it is required to retreat from any unnecessary restriction of rights and the positive obligation requires having sound legislative basis in order to ensure protection. On the other hand, regulating relations between family members may seem odd from the state’s general viewpoint, but, at the same time, positive obligation requires securing each and every individual with the basic right.

The issue of sharenting is not widely discussed in Georgia among legal scholars and researchers. Therefore, defining the scope of parental and child relations in this regard is beneficial. In order to do so, this article starts with defining the problem of sharenting. The second part refers to the legal regulation of this issue, whereas third part reviews the absence of state regulatory mechanism. In the conclusion, closing remarks on this problem and possible solutions are given to the reader, summing up the discussion.

PROBLEM OF SHARENTING

The debate over privacy issues dates back to the year of 1890, when technological development was not the same as it is today, even in the slightest manner. However, two acknowledged lawyers from the U.S., Samuel Warren and Louis Brandeis urged society to be aware of the then existing privacy challenges, which were mainly stemming from the advancement in photography and newspaper articles.² From this period, a notion of privacy has become one of the major fundamental values for individual, as a consequence, the right to privacy is acknowledged and valuable human right.

Nowadays, the evolution of online communications is at the peak of its development and this process does not seem to be stopped in future. As a consequence, social media became very popular among the Georgian society. Technology has shifted the notion of communication to a whole new level which has its impact on interpersonal relations as well. For example, one does not have to visit relatives in order to hear news from them, nor to see his/her friend to lend a book, etc. Examples on the benefits of social relations affected by internet is versatile and we can imagine how useful the technology is for us.

On the other hand, technological development may not only provide positive outcomes, it can be equally damaging and adverse as well. As mentioned earlier, the point where I intend to draw attention is the process of sharing a visual material (mainly photo or video file) of the child on the social media with or without description or a story about child’s behavior.

There are a lot of social platforms by which this practice can be performed, but due to the fact that the most used platform in Georgia is Facebook, it is primary point of attention in this article for the challenge described here. For instance, statistical data shows that by the January 2019, there were 2.7 million internet and active social media users, most of them preferring Facebook

1 The term ‘sharenting’ is coined from the combination of two words – ‘share’ and ‘parent.’

2 Warren, S., Brandeis, L. (1890). A Right to Privacy. Harvard Law Review.

as a primary social media platform.³ It is obvious that this is a large number of users if we consider the overall population of Georgia.

The fact, that Facebook does not prohibit a child to be registered, makes the platform available to minors as well. Generally, Facebook does not allow a person under 13 to be registered, nevertheless, there are accounts created by individuals below 13. In 2019, Ofcom – the UK's communications regulator published its annual report, inter alia, analyzing the online behavior of children on social media. According to the report,⁴ 1% of children between the ages 3-4 (online users) had their own social media account, the percentage is rising between the group of 5 to 7-year-old and equals to 4, the growing tendency was continued between the ages of 8-11 with the percentage of 21 and the highest point is between users at the age of 12-15 with the percentage of 71.⁵ In addition, adults often share a photo or video displaying a child. To set aside the ethical aspect of this matter, not because it is less important, but because I mainly point on legal issues, it can easily infringe child's right to privacy and data protection.

The infringement of privacy via social media platforms is widespread all over the world. For example, in 2018 a survey on this trend in India has indicated that 4 out of 10 parents post photos or videos of their child at least once a day via their social media accounts and 67% of parents admit that they have no concern about sharing their child's photo in school uniform, at the same time being aware that this might give stalkers the details of child's whereabouts.⁶ Despite not having a statistical data

on this trend in Georgia, it is well known that this practice is similarly accepted and favored. The sad truth is that, sharenting may trigger certain risks, for example child's identity theft, causing from the fact that child's full name and personally identifiable information (PII), such as the age or school is publicly available.⁷

The dangers of sharing child's visual material on social media sometimes seem to lack clear understanding, however, the risks and potential harm are alarming indeed. It is obvious that, sharenting too much may hinder the development of the self in child⁸ and the reasons not to accept this practice may seem endless, however, we can briefly articulate 5 common reasons why one should avoid sharing child's photo or video:

1. Posting about a child can infringe minor's right to privacy – while not be able to understand what a parent shares about him/her, it is highly possible that, for example, lately child will feel embarrassed and develop a sense that he/she does not have ownership over his/her own body or values;
2. Posts might be used for bullying;
3. After sharing the control of data flow becomes almost impossible – public photos or videos or even shared between the group of people makes it possible to easily download or re-share them, which leaves a child's privacy exposed to vulnerable activities;
4. Potential for attracting dangerous people with potential of storing a photo on illegal websites and forums, inter alia, using them for child pornography;
5. The risk of digital kidnapping – a type of identity theft, with the result of appropriating one's own image or likeness.⁹

3 Datareportal. (2019). Digital 2019: Georgia [<https://papaya-avocado-9tgy.squarespace.com/reports/digital-2019-georgia?rq=Georgia>].

4 Ofcom. (2019). Children and Parents: Media Use and Attitudes Report 2019 [https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0023/190616/children-media-use-attitudes-2019-report.pdf].

5 *Ibid*, p. 5.

6 The Economic Times. Alarming trend of parents posting childs pictures online: survey [<https://economictimes.indiatimes.com/tech/internet/alarming-trend-of-parents-posting-child-pictures-online-survey/articleshow/65651214.cms?from=mdr>].

7 Stange Law Firm. The very real risks of 'Sharenting' [<https://www.stangelawfirm.com/articles/the-very-real-risks-of-sharenting/#:~:text=Sharenting%20and%20Identity%20Theft&text=Unfortunately%2C%20sharenting%20can%20put%20children,the%20child's%20age%20or%20school.>].

8 *Ibid*.

9 Jellies. Reasons not to post about your child on social media [<https://jelliesapp.com/blog/5-reasons-not-to>].

LEGAL REGULATION

Intrusions into the right to privacy are versatile and there are myriad of ways to do so. Some invasions may not seem as clear as others and here I point out intrusions into the privacy by sharing a visual material (photo or video) of a minor, without consent and in some cases without having the ability to realize the process due to early age.

As this article is mainly focused on the ways to prevent such kind of action from being completed, main attention is drawn on the legal regulation. Privacy is an acknowledged basic right of the individual. Enjoying this right creates possibility for self-development and serves as a prerequisite to enjoy other basic rights such as freedom of speech, as the former also includes a right to form ideas and opinions without interference of others and to decide whether it should be expressed publicly or within the limited number of persons.

Scholars argue that this right has no exhaustive explanation, this view is also accepted by the European Court of Human Rights as many court decisions point out the impossibility to fully determine the notion of privacy.¹⁰ In general, this right may seem (and at some extent it really is) vague, nevertheless each individual is entitled to benefit from it.

To provide argument in a coherent way, I will discuss guarantees of child's privacy protection by reviewing the most influential legal acts on privacy and personal data protection.

Speaking of a basic right, the very first legal document where it should be enshrined is the constitution. Even though, in general, negative rights declared in legal documents are mainly directed against the state intervention, therefore it is worth to review constitutional prescription of the right to privacy.

In the Constitution of Georgia, the right to privacy is declared under the Article 15, titled as "*Right to Personal and Family Privacy, Person-*

al Space and Privacy of Communication." The first paragraph states that "*Personal and family life shall be inviolable. This right may be restricted only in accordance with law for ensuring national security or public safety, or for protecting the rights of others, insofar as is necessary in a democratic society.*" However, as mentioned earlier, this is applicable mostly on state interference cases, however it gives a clear indication that all shall enjoy this right in general. To provide more consistent arguments towards protection of child's privacy, we shall also mention Article 12, where the Constitution declares the general right of personal free development as follows: "*Everyone has the right to the free development of their personality.*" Considering the comprehensive nature of this provision, it can be clearly said that this right not only imposes limits towards the state, but also ensures that every individual is entitled to have a possibility to freely develop his or her personality. To translate this concept for the purposes of this article, and to read it in a combination with the Article 15, the result will be that free development of child requires to maintain an environment where minor enjoys free choice over certain actions in life, inter alia, over matters which may violate the right to privacy. In other words, starting from the birth, a parent or any other person must refrain from actions which may compromise child's privacy.

Legislation on the right to privacy also entails acts on personal data protection and Georgia is no exception. Provisions on privacy protection can be found in the Constitution of Georgia and in other acts, such as, Civil Code of Georgia, Criminal Code of Georgia, General Administrative Code of Georgia, etc.

However, reality shows that regarding personal data protection these provisions are not sufficient and more specific regulation is needed. In 2011, the first and still valid act on personal data protection has been adopted by the Parliament of Georgia. It was considered as a serious move towards strengthening one specific yet one of the most important side of the right to privacy – personal data protection. Based on the EU Di-

post-about-your-child-on-social-media].

10 ECtHR, Niemietz v. Germany. (16.12.1992) App. No. 13710/88. para. 29.

rective 95/46/EC,¹¹ the Act offers internationally accepted general concept of data protection. The first and foremost is the general principles of data processing which can be shortly described as fairness, lawfulness, protection of one's dignity, purpose limitation and proportionality, accuracy and timely deletion of data. Other provisions include responsibilities of data controller and processor as well as data subject's rights and terms on international data flow.

At a glance, the Act may be seen as a tool for safeguarding child's privacy by protecting personal data, however, provisions are mostly irrelevant to apply them on parent-to-child relations regarding the sharenting. The Act is applicable on relations where data is processed in a context of professional activities, where data processing is one's duty or the data is used for commercial purposes.¹² The Act simply excludes its applicability on data processing where it is performed solely for personal (household) purposes.¹³ Accordingly, it has no effect on a parent-to-child relations regarding sharenting, because it is considered as a solely personal activity.

Having concluded that, we have to move towards finding a legal tool to address this challenge. Another legal basis, which may be useful, is mentioned in the Civil Code of Georgia, where it prescribes the possibility to protect one's privacy in civil matters. Article 18 establishes rules for dealing with personal non-property rights, by declaring that *"a person may protect in court, according to the procedures laid down by law, his/her honor, dignity, privacy, personal inviolability or business reputation from defamation."*¹⁴ In addition, it ensures that *"The values referred to in this article shall be protected regardless of*

*the culpability of the wrongdoer. [...] In the case of culpable violation, the injured person may also claim compensation for non-property (moral) damages."*¹⁵ Also *"when his/her image (photograph, film, video, etc.) has been disseminated without his/her consent. The consent of the person shall not be required when photo-taking (video recording, etc.) is connected with his/her public recognition, the office he/she holds, the requirements of justice or law enforcement, scientific, educational or cultural purposes, or when the photo-taking (video recording etc.) has occurred in public circumstances, or when the person has received compensation for posing."*¹⁶ It is obvious that a person is has a right to express consent on publication of a picture of his/her own and being publicized means to make it available for specific group of people as well as for unlimited viewers, which may take place via social media.¹⁷ The Code also creates possibility for a child to apply to a court for the violation of privacy if it is compromised, but frankly speaking it cannot serve as a powerful tool for ensuring protection of child's privacy, at least for these two reasons: firstly, in Georgia it is less likely that a child will apply to court against his/her parent for violating privacy rights by shearing a photo or video online; secondly, when having a legal ability to apply to a court, a child may lose interest in arguing about privacy rights, particularly visual materials shared online. In addition, it should also be noted that, even if those two reasons won't exist, claiming damages may be a hard task to accomplish and therefore it may hinder a child having his/her claims reviewed at court. Of course, these reasons for not applying are not exhaustive and there may be other ones depending on a specific context of the matter, however, the point here is that law creates possibility for child to address a court.

Practices of applying to a court over unconsented photo usage is not rare internationally.

11 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. It is worth mentioning that this Directive is repealed by the 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.

12 Art. 3.

13 *Ibid.*, Art. 3(3)(a).

14 Para. 1.

15 Para. 6.

16 Para. 5.

17 Chanturia, L. (ed.). (2017). Commentary on Civil Code of Georgia, Book I, p. 131.

For example, in 2017, 16-year-old minor applied to a court against his mother for posting photos of him on social media without a prior consent. The same year a court passed a judgement where it mandated the mother to delete all references of a minor on social media made by her until a specified date, otherwise it could cause a fine for 10000 Euros.¹⁸ In 2016, a teenager applied against her parents for posting embarrassing photos of her on Facebook. This case involved more than 500 hundred pictures that were uploaded within a period of seven years, which were shared without a consent of data subject (child).¹⁹

Speaking of child's privacy guarantees we should not avoid mentioning the Code on the Rights of the Child, which entered into force on September 1, 2020. Generally, the idea behind this Code is to ensure protection of children as one of the most vulnerable members of society. Primarily, Code addresses governmental and public bodies as the major stakeholders in ensuring protection of children.

Code establishes a notion of the 'best interests of the child,' which is explained as *"the welfare, safety, health, educational, developmental, social, moral and other interests of the child, which are determined by the parents of the child, [...] and based on the individual needs of the child, with the participation of the child, and giving due account to the opinion of the child."*²⁰ This explanation gives us a clear indication and paves way to a reasonable assumption that 'best interests,' inter alia, entail respecting child's privacy and acting diligently. In addition, emphasis is drawn on taking into account the opinions of a child.

As noted earlier, Code addresses public bodies, however, interesting prescription can be

found in the Article 5(3), where the following is provided: *"It shall be a binding obligation for the legislative and executive authorities, the judiciary, and the public institutions and natural and legal persons of Georgia, to give priority to the best interests of the child when making decisions and/or taking any action in relation to the child."* Under 'natural person' we can assume any person which is responsible towards a minor for acting in favor of his/her best interests. This assumption primarily implies a parent or legal guardian. Therefore, it is their responsibility to act in accordance with child's needs and refrain from any action that will violate minor's rights, inter alia, privacy and data protection.

A concept of acting in accordance with child's best interests is also enshrined in the Convention on the Rights of the Child. It states that *"No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, [...]"*²¹ This provision is strengthened by declaring responsibilities of parents and legal guardians and stating that *"[...]. Parents or, as the case may be, legal guardians, have primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern."*²²

ABSENCE OF DIRECT STATE SUPERVISION

In Georgia, the violation of privacy and data protection rights by public or private bodies are supervised by the State Inspector Service. This public organization is responsible for controlling the fulfillment of data protection rules²³ by the data controllers and processors, and in case of violation – has the power to impose administrative fines²⁴ within a specified amounts and depending on the violated rule.

On the other hand, sharing child's photo or video material mostly is conducted within a purely personal purposes and as mentioned earlier

18 Oddycentral. 16-year-old Takes Mother to Court for Posting Photos of Him on Facebook [https://www.oddycentral.com/news/16-year-old-takes-mother-to-court-for-posting-photos-of-him-on-facebook.html].

19 Independent. Austrian Teenager Sues Parents for Posting Embarrassing Childhood Pictures on Facebook [https://www.independent.co.uk/news/world/europe/teenager-sues-parents-over-embarrassing-childhood-pictures-facebook-austria-a7307561.html].

20 Art. 3(h).

21 Art. 16(1).

22 Art. 18(1).

23 Law of Georgia on State Inspector Service, Art. 13.

24 *Ibid.*, Art. 16(1)(f).

Law on Personal Data Protection states that this Law is not applicable to “*data processing by a natural person clearly for personal purposes when the data processing is not related to his/her entrepreneurial or professional activity.*”²⁵ Accordingly, unconsented sharing of child’s visual material is beyond the scope of regulation by this Law. Does this also mean that State Inspector Service has no powers to investigate such violations? To answer this question we shall go back to the Law on State Inspector Service, where it stipulates powers of the Service, in particular „*The State Inspector Service is authorized, on his/her own initiative and upon application of an interested person, conduct an inspection of any data processor and/or authorized person.[...]*”²⁶ The terms “data processor” and “authorized person” is defined in the Law on Personal Data Protection.²⁷ However, as noted above acting within the margin of purely personal or household purposes, excludes having data controllers or data processors either. Therefore, mandatory powers cannot apply to the mentioned relations.

Nevertheless, the only public body supervising the protection of privacy and data protection rights is State Inspector Service. Formerly, known as Personal Data Protection Office, it has published several important recommendations on various data protection topics as well as has important campaigns for public and private bodies on raising awareness, which eventually shifted the culture of data protection among the citizens.

On the other hand, for almost 7 years, since the mid of 2013 the Service (formerly – Office) has not published any recommendation on child’s privacy rights, in particular on sharing visual ma-

terials online. Considering the significance of this issue and challenging nature of technological advancements, any guidance from the supervisory authority is important and will be regarded as a positive step towards strengthening minor’s privacy rights in domestic relations.

CONCLUSION

As this article demonstrated, sharing a minor’s personal visual materials on social media platforms within purely personal purposes is a widespread practice. The legal side of this issue shows that there are mechanisms for privacy protection in this regard. Not only domestic legal acts are enabling to seek legal remedy before a court, but it is internationally acknowledged that child’s rights, inter alia, privacy protection is of paramount importance. The key factor here is to follow the rule of the best interests of child and act upon this standard. In addition, it is also enshrined in domestic law, therefore it is a reminder for everyone to respect the essence of child’s rights overall.

It is certain that state has no powers regarding the supervision of privacy rights protection between interpersonal (purely personal) relations and there is not much expected from the state when the case implies regulation of such relations. However, a general endorsement of minor’s privacy rights is needed. The necessity of such advice is also obvious considering the ever growing use of internet services and social media.

In order to shift the level of child’s privacy protection online in the context of personal relations and for the minimization of risks, implementation of permanent raising awareness campaigns as well as provision of relevant advertisements via television channels and social media is needed. This measures should be oriented on parents with the emphasis on the risks of child’s personal data usage in the social media. In addition, adoption of relevant recommendation on this issues by the State Inspector Service also would be beneficial for addressing this challenge.

25 Art. 3(3)(a).

26 Art. 15(1).

27 Art. 2(i), (j). Note, that in the English version of these Laws there are misalignment of terms, in particular, the Law on Personal Data Protection provides the term of “data controller”, which is referred as “data processor” in the Law on State Inspector Service. Similarly, the term of “data processor” is referred as “authorized person” in the Law on State Inspector Service. While the latter is adopted after the enactment of the Law on Personal Data Protection, specific correction is needed to synchronize legal terms in the English version of the Law.

BIBLIOGRAPHY:

1. Warren, S., Brandeis, L. (1890). A Right to Privacy. Harvard Law Review; (in English)
2. Chanturia, L. (ed.). (2017). Commentary on Civil Code of Georgia, Book I; (in Georgian)
3. Constitution of Georgia (24.08.1995); (in English)
4. The Law of Georgia on Personal Data Protection (28.11.2011); (in English)
5. The Law of Georgia on State Inspector Service (21.07.2018); (in English)
6. The Law of Georgia Civil Code (26.06.1997); (in English)
7. Convention on the Rights of the Child (20.11.1989); (in English)
8. The Law on Georgia Code on the Rights of the Child (27.09.2019); (in English)
9. Datareportal. (2019). Digital 2019: Georgia. [<https://papaya-avocado-9tgy.squarespace.com/reports/digital-2019-georgia?rq=Georgia>]; (in English)
10. Ofcom. (2019). Children and Parents: Media Use and Attitudes Report 2019. [https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0023/190616/children-media-use-attitudes-2019-report.pdf]; (in English)
11. The Economic Times. Alarming trend of parents posting child's pictures online: survey. [<https://economictimes.indiatimes.com/tech/internet/alarming-trend-of-parents-posting-child-pictures-online-survey/articleshow/65651214.cms?from=mdr>]; (in English)
12. Stange Law Firm. The very real risks of 'Sharenting.' [<https://www.stangelawfirm.com/articles/the-very-real-risks-of-sharenting/#:~:text=Sharenting%20and%20Identity%20Theft&text=Unfortunately%2C%20sharenting%20can%20put%20children,the%20child's%20age%20or%20school>]; (in English)
13. Jellies. Reasons not to post about your child on social media. [<https://jelliesapp.com/blog/5-reasons-not-to-post-about-your-child-on-social-media>]; (in English)
14. Odditycentral. 16-year-old Takes Mother to Court for Posting Photos of Him on Facebook. [<https://www.odditycentral.com/news/16-year-old-takes-mother-to-court-for-posting-photos-of-him-on-facebook.html>]; (in English)
15. Independent. Austrian Teenager Sues Parents for Posting Embarrassing Childhood Pictures on Facebook. [<https://www.independent.co.uk/news/world/europe/teenager-sues-parents-over-embarrassing-childhood-pictures-facebook-austria-a7307561.html>]; (in English)
16. ECtHR, Niemietz v. Germany. (16.12.1992) App. No. 13710/88. para. 29. (in English)

CERTAIN SKEPTICAL CONSIDERATIONS ON INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Lasha Lursmanashvili¹

*LL.M. Candidate in International Human Rights Law
Lund University*

KEYWORDS: Refugee-Law, Trafficking policy, Victim

INTRODUCTION

Over enthusiastic students who engage with International Human Rights Law are full of moral aspirations. They diligently believe that those moral ideals are driving force of the entire humanity and perceive human rights as their physical and natural manifestation or embodiment. In fact, they rightly think so. It is true that “Human rights are expressions of values; values manifest themselves in legal trends; and their instrumental vehicle is ethics.” The overall theoretical substance of the human rights is worth admiring, though, sometimes in practice certain things are not always as they are supposed to be. This in turn generates skepticism. Hence, this article aims to guide the over enthusiastic student and probably not only, in the dark sides of the virtue.² It should be mentioned that, my ambition is not to explain or otherwise completely address those not very pleasant aspects of the virtue, since this would be a book length project, something that can be hardly undertaken here. Therefore, the aim of the article is modest. My goal

1 This Publication has been produced during my scholarship period at Lund University, which is funded by Swedish Institute Visby Program.

2 The term is taken from Kapur, R., 2006. Human rights in the 21st century: Take walk on the dark side. *Sydney Law Review*, 28(4), pp. 665-688.

here is to briefly sketch certain issues that can provoke not very aspirational thoughts and in fact can trigger certain skepticism in reader. The issues I picked for the present discussion include the questions about refugee-law, universality, imperialistic policy agendas and the way powerful states frequently behave.

POWERFUL STATES AND COMPLIANCE

It is suggested that in reality, the world's super powers do what they like. They invade countries, wage war when it benefits them, choose to join or withdraw from treaties whenever they like. Famous international law scholar Martti Koskeniemi argued that "international law is eventually continuation of politics, which offers framework and a vocabulary for the conduct of politics."³ It is extremely hard to refute this idea since very few believe in politically innocent nature of international law.⁴ For the purposes of little groundwork, it is well-known fact that states, in particular, powerful ones, with powerful economies and nuclear weapons, wield their political agendas, that consists of certain hidden or non-hidden political incentives and while attempting to give birth to those incentives, they, in fact, devote much time and energy to clothe their intentions under the umbrella of various relevant international legal rules.⁵ Sometimes they do so successfully, but sometimes they fail successfully. However, the plain fact of non-compliance and even breaking those rules stemming from international law in question doesn't in any sense undermine the idea that the international legal rules governing the behavior and the conduct of the state as such exists in the first place. For example, the under-

lying principles of international law are the principles that of non-aggression and of respect for sovereignty of all states. Russia has successfully breached them all when invaded part of Georgia in 2008 and annexed Crimea in 2014. Unfortunately, International Court of Justice (ICJ) didn't have a chance to deliver the justice, even though it had great desire to do so, when it found it had no jurisdiction in *Georgia v. Russian Federation (2011)*.⁶ Another landmark example is *Nicaragua Case*.⁷ ICJ upheld that the relevant standard according which the responsibility for the acts of non-state actors could be attributed to the USA was that of "effective-control" test. However, the threshold for fulfilling the requirements stemming from the test was 'high' and ICJ ruled that USA "fell short of meeting this standard." Also, so called "multi-lateral" treaty reservation insisted (this can be assumed as a legal trick to flee from certain regulation) by US made ICJ to decide solely on the basis of customary international law. What does it mean in this context? Merely because US invoked so called, "multi-lateral" treaty reservation and didn't made ICJ to avail from the chance to examine the case in question according UN Charter law, doesn't in itself stipulate, that in this proper context, no rules exist for regulating use of force regime and *a contrario* merely because of the reason that the relevant rules exist or flow from somewhere doesn't in itself stipulate, that states will *ipso facto* be in compliance with these rules or even will not breach them, if it seems worthy of pursuing to be in compliance with their political agendas. Also, *Marshal Islands Case* is of great relevance.⁸ One

3 See Martti Koskeniemi, "The Politics of International Law", 1990. 1 European Journal of International Law, 4-32, at 28.

4 Klabbbers, J. 2017. The Setting of International Law. In International Law 2nd Edition, 3-23.at.23. Cambridge: Cambridge University Press.

5 For further discussion see., Mutua, M. 2001. Savages, victims, and saviors: The metaphor of human rights. Harvard International Law Journal, 42(1), 201-246.

6 Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russia), International Court of Justice (ICJ), 1 April 2011, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4da59ab82.html> [accessed 21 March 2020]

7 Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a44d2.html> [accessed 21 March 2020]

8 Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Dis-

upon a time Lauterpacht observed that “judges make choices.”⁹ And these choices, in the words of Koskenniemi “reveal their structural bias”¹⁰ and we see it is largely a state-centric. A. Bianchi observes that “In international practice, there is hardly anything that happens randomly,” and structural biases are at work all the time to direct the system into the direction that particular institutions view as desirable. Some of the things that we feel are unjust, unfair, or politically wrong are often produced and supported by the “deeply embedded preferences” that institutions express more or less explicitly.¹¹ Hence, United Kingdom - even the norms regulating such conduct existed as such - anyway did what it wanted to, but because of the requirement of “objective awareness” of ‘couldn’t have been unaware’ rule heavily criticized By Judge Crawford, also, with authoritative dissenting opinions from Judges Bennouna and Cancado Trindade terming it as “pure formalism” or “formalistic approach,”¹² it still managed to avoid the dispute, because merely it wasn’t aware it had any. The conclusion is pretty much the same, powerful state do as they please, but sometimes they manage to get away from incurring responsibility, but it doesn’t mean that the rules for regulating these conducts are not put at place. The Powerful states also can choose to

join or withdraw from treaties if they please to do so or even make absurd and dubious reservations fully defeating the object and the purpose of the treaty. Indeed, some cozy interpretations of the art.2(1) ICCPR even exclude Guantanamo camps from the jurisdiction. One can only imagine, as Prof. Milanovic pointed that, if such technical interpretations were adopted back then places like Aushwitz would be excluded from the insight of the respective treaties.

WHAT ABOUT REFUGEE-LAW?

The remaining vestiges of alleged Westphalian sovereignty are manifested through widely reiterated dictum by ECtHR that “as a matter of well-established international law, and subject to their treaty obligations, including those arising from the Convention, Contracting States have the right to control the entry, residence and removal of aliens.”¹³ Allott enthusiastically called upon “to acknowledge the peoples of the world as the true subjects of international law.”¹⁴ Present discussion concerning human trafficking trilemma also forms the part of common playground between the prerevolutionary world of Vattelien International Law and its concomitant understanding of sovereignty and between migrant victim’s human rights. The word trilemma explicates heterogeneous nature of this crime meaning that while the dominant emphasis is on the state(s)-perpetrator(s) dichotomy, state(s)-victim(s) interaction is frequently left unnoticed, or at least the balance between national sovereignty and migrants’ rights isn’t struck fairly. Fundamentally, victim-centricity of any given international treaty would entail robust protection machinery containing enforceable rights with precisely defined corresponding duties on the part of MSS. Even non-careful appreciation of Palermo Protocol suffices to notice that its art.6,7 entail something more than purely moral aspirations, but much less than clear legal entitlements. Hathaway in-

armament, *Marshall Islands v India*, Preliminary Objections, ICGJ 502 (ICJ 2016), ICJ GL No 158, 5th October 2016, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ]

9 See HERSCH LAUTERPACHT, *THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT* 399 (1958). Accordingly, ROSALYN HIGGINS, *PROBLEMS & PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT* 3 (1994).

10 Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law - 20 Years Later*, 20 *EUR. J. INT’L L.* 7, 11 (2009).

11 Bianchi, A. (2017-2018). *Choice and (the Awareness of) Its Consequences: The ICJ’s Structural Bias Strikes again in the Marshall Islands Case*. *AJIL Unbound*, 111, 81-87. At.84. See also, MARTTI KOSKENNIEMI, *FROM APOLOGY TO UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL LEGAL ARGUMENT* 607 (2005).

12 *Nuclear Arms*, Dissenting Opinion of Judge Crawford para. 19. *Nuclear Arms*, Dissenting Opinion of Cancado Trindade paras. 11-13, 23-24, 28-30. *Nuclear Arms*, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, para.1.

13 *Boujlifa v. France*, para. 42.

14 Philip Allott, *State Responsibility and the Unmaking of International Law*, p. 26.

deed rightly asserted that while being overwhelmingly focused on criminal investigation and prosecution, Palermo Protocol ‘meaningfully failed’ to protect victims and sadly added that “only a minority of states has adopted mechanisms even to consider the protection of trafficked persons, and these programs generally offer no more than strictly provisional assistance.”¹⁵ European Institutional Architecture concerning THB claims victim-centricity to be its *raison d’être*,¹⁶ however careful scrutiny suggests that sovereignty nonetheless takes undue precedence.

The first example of such interplay is materialized in unable-to-return paradigm, when victim necessitates protection from host MSS. Under COE Trafficking Convention, granting such protection is analytically and provisionally tied with identification of migrants as victims of human trafficking within the meaning of art.10(1). First, identification process detailed in art.10(2) posits the criteria of ‘reasonable-grounds-to-believe,’ that in essence is particularly vague and affords MSS huge discretion, which enables them to arbitrarily consider what should be counted as reasonable while leaves no corresponding controlling mechanism to victim other than ECHR. In this context, ECtHR reinforces victim-centric approach by affirming in *Rantsev*, that positive obligations towards trafficking victims begin when “the State authorities were aware, or ought to have been aware, of circumstances giving rise to a credible suspicion that an identified individual had been, or was at real and immediate risk of being, trafficked or exploited”.¹⁷ Next, recovery and reflection period regulated within art.13 detonates states’ true intention of utilizing victims as mere means towards achieving greater prosecution ends, since as its literal interpretation suggests ‘taking an informed decision on cooperating with the competent authorities’ is inevitable. In analyzing the later in conjunction with art.14 it becomes logically sound that con-

sidering the complex nature of the trafficking itself, victims are needed as witnesses. What is then the added value of the positive decision if it’s apparent that granting residence permit becomes quasi-conditional upon cooperation with MSS. The later explains why states tend to favor interpretation solely supporting art.14(b) over art.14(a). The fundamental question now lies in whether such conventionalized trafficking policy is itself the second exploitation of the victim – by the state of destination. The contention that the victim is reduced to the mere mean is further reinforced by art.16(1), that by its very definition suffices classical understanding of standard readmission agreement. It doesn’t matter whether conclusion of criminal proceedings is positive or negative, MSS can send victim back by the virtue of the later provision and the fact of not having proper documentation is no longer an issue thanks to art.16(4). The issue is not of achieving fair balance between competing paradigms, but of no balance at all. Unfortunately, ECtHR didn’t have the chance to explicitly pronounce on refugee status and residence permit cases in the context of THB, since *L.R. v. the UK, D.H. v. Finland, O.G.O. v. the UK* – all three cases were struck out of its list, since applicants were either granted refugee status or indefinite leave to remain. To this accord, EU legal framework concerning THB warrants particular attention; it celebrated its legislative-policy of enhancing victim-centricity in its respective framework.¹⁸ In the realm of EU law, victims-rights-based-approach is not even about sticks-and-carrots-policy evident at COE level, rather, concrete interdependency between identification/assistance and participation in criminal proceedings is self-evident. While, art.11(3) of EU-Trafficking-Directive “ambitiously” encourages victim’s non-willingness to cooperate, Recital.17 establishes that “this directive” isn’t concerned with the conditions of the residence of the victims. However, the one which is concerned, namely, the 2004/81/EC-Directive, stipulates in art.1 read in conjunction with art.6, that it’s very much linked with state-cooperation. Surprising-

15 James C. Hathaway, *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, p. 4-5.

16 Wylie, Gillian, McRedmond, Penelope, *Human Trafficking in Europe Character, Causes and Consequences*, p.3-7.

17 *Rantsev v. Cyprus and Russia* [GC], para.286.

18 *Supra*-Note 17, p.8-9.

ly, CJEU's contribution of remedying these quasi-standards isn't available to date.

Another example of state superiority is manifested through the non-punishment provision prescribed within art.26(COE), which only prohibits punishing victims for offences they committed as a consequence, or in the course, of having been trafficked. This shouldn't be conflated with the blanket impunity whatever offence has been committed.¹⁹ Why this is unsurprising? Muraszkiwicz explains that the provision predominantly concerns criminal law, imitating the specific interests of the state.²⁰ Both provisions, art.26(COE) and art.8(2011/36/EU-Directive) particularly substantiate end results. The conclusion is that both provisions will be incorporated in accordance with domestic legal systems meaning further that regional framework does not establish common level of protection. This can be balanced through *Rantsev* reasoning maintaining that, states are required to "ensure the practical and effective protection of the rights of victims or potential victims of trafficking."²¹ In this regard, ECtHR held that "there were sufficient indicators available to the police authorities" for identifying her as a potential victim.²² It should be added that the language of art.26 provides only for possibility and not the actual imperative. The language of Refugee Convention art.31(1) would be more rights-based. It is rightly asserted that both Convention and Directive would benefit from UN Model Law against Trafficking in Persons which states that "trafficked persons shall not be detained, charged or prosecuted."²³ Additionally, states can easily exploit an understanding of the victim itself. When non-punishment-clause is triggered? By the virtue of a presumption of victimhood or in the moment of formal recognition of such status. Stoyanova answers: it is made

explicit that non-punishment is activated upon formal recognition.²⁴ Another interpretation by Muraszkiwicz suggests that art.26 must be read in light of art.13 meaning that it's "very counter-productive to that reflection period to permit the punishment of such persons," which implies that person should be presumed to be victim when reasonable grounds so indicate.²⁵ I think it's of no paramount significance, which interpretation leads to material truth, the substance of convention's state-centricity is not altered, considering that any interpretation mentioned-above can be abused and employed as bargaining tool *vis-à-vis* victims. For the purposes of empirical verification, *L.E.* case suffices wherein the applicant, though was granted victim-status, but, had been required to wait more than nine months after informing the authorities of her situation before the justice system granted her that status. ECtHR held that the effectiveness of the victim-identification procedure was subject to several procedural deficiencies, establishing a violation of art.4(ECHR). Stoyanova observes that ECtHR's reasoning suggests that the obligation to identify victims and to confer them a specific status, including residence permits, is absorbed" in ECHR.²⁶ Also, as Stoyanova commented judgment presumes COE-Convention as not imposing a disproportionate burden.²⁷ Hence, while *Chowdury* reinforces victim-centricity in affirming that "protection measures include those aimed at facilitating the identification of victims"²⁸ fundamental essence of COE-Convention or 2011/36/EU-Directive could be exploited as to make each benefit afforded by former or the later dependent on 'cooperation requirement.'

19 Piotrowicz, Ryszard, Conny Rijken and Baerbel Heide Uhl, "Routledge Handbook of Human Trafficking," p.201-202.

20 Muraszkiwicz, Julia Maria, Protecting Victims of Human Trafficking From Liability The European Approach, p.101-102.

21 Supra Note 21, para.284.

22 *Ibid.*, para.296.

23 Supra Note 17, p.107-108.

24 Vladislava Stoyanova, Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations, p.227.

25 Supra Note 17, p.111-112.

26 Vladislava Stoyanova, *L.E. v. Greece: Human Trafficking and the Scope of States' Positive Obligations under the ECHR*, p.17.

27 <https://strasbourgobservers.com/2017/04/28/chowdury-and-others-v-greece-further-integration-of-the-positive-obligations-under-article-4-of-the-echr-and-the-coe-convention-on-action-against-human-trafficking/>

28 *Chowdury and Others v. Greece*, para.110.

Last instance of inadequately distributed balance is embodied in the compensation mechanism. Underlying problem concerning art.15(COE-Convention) is the backdoor to national law since the avenues, both material and procedural necessary for a remedy is subject to state's discretion. While art.15(2) enshrines the possibility to have an access to the right to legal assistance and to free legal aid, it's still particularly problematic that convention doesn't strictly address definitions of legal assistance and legal aid. It is true that later is autonomous concept within art.6(ECHR) and it in principle should apply, albeit, considering the applicability standard of art.6(ECHR) ECtHR in *Ferrazzini*, held that it's not sufficient for the applicant to demonstrate that a dispute is "pecuniary" in nature²⁹ while in *Maaouia* affirmed that art.6(ECHR) ceases to apply in alien's cases.³⁰ Hence, considering the inapplicability of art.6(ECHR) and obscurity around the scope of art.8(ECHR) in this context on legal assistance as distinct form of procedural safeguard, stance taken within art.15(2) which leaves national law to determine the scope and extent of these rights concerned constitutes huge balancing and distributional problem. The next problem with this provision specifically is that attaching art.15(2) rights is subjected to victimhood and hence the discussion about the material moment of attaching victim status, whether it is upon formal recognition or on reasonable grounds suspicion approach cannot be avoided. Next, art.15(3) refers to national law again, now much more interestingly, substantively tying the right to compensation with again victim status, but only against perpetrators. Two conclusion follows one of which has already been alluded above many times. However, positing only *perpetrators* as potential addresses for the purposes of obtaining compensation is the technique to encourage victims to cooperate with authorities and again diminishes them to mere means, but now it commits so by employing more sophisticated techniques of *victims own rational self-interest of prosecuting perpetrators and claiming*

damages thereafter. The Second point lies in diminishing the list of available legal subjects the damages can be obtained from solely to the perpetrators while deliberately MSS themselves are deliberately excluded. The rationale of the criticism is that authorities are themselves frequently responsible for structural and procedural shortcomings or other deficiencies. It's worth recalling that Cypriot police couldn't identify that Mrs Rantseva was a victim and they even returned her to the perpetrators. ECtHR awarded 40,000 euro on an 'equitable basis.'³¹ Thus, granting such right to the victims could potentially balance their position *vis-à-vis* states' domination. A final point concerns temporary residence permits for allowing victims to be present in the state during their case isn't resolved. It is apparent that art.14 regulating residence permits strictly provides imperative conditions under which victims are allowed to stay. McGregor convincingly points that "it does not include the pursuit of a civil claim for compensation as a ground for applying for such a permit."³² This arguably constitutes important drawback in the overall interplay of state-victim distributional relationship.

DO WE CARE ABOUT THE FATE OF ASYLUM-SEEKERS?

Well, in theory we of course do care. The bunch of treaties are adopted to this accord. Is the protection of those treaties real? Maybe yes, if only the jurisdiction is triggered, though.

To start with, *X. and X.* CJEU judgment renders *Non-Refoulement* principle 'theoretical and illusory.' Court disappointedly reasoned that applications for humanitarian visa with the intent to apply for asylum falls solely in the domain of national law.³³

This formalistic easy-way approach eliminates protection afforded by Art.4(CFR), which as elucidated by Charter Explanations, must be construed as including substance of

29 Ferrazzini v. Italy [GC], para.25

30 Maaouia v. France [GC], para.38

31 Supra Note 18, para.342.

32 Supra Note 17, p.269.

33 C-638/16 PPU, X and X v État belge, paras.40-52.

Art.3(ECHR),³⁴ to the nonsense upon stilts, since a visa refusal materializing in consequence of preventing an access to safety goes against the protection machinery inherent in these respective instruments. ECtHR confirmed in *M.S.S.* that “legitimate concern to foil the increasingly frequent attempts to circumvent immigration restrictions must not deprive asylum-seekers of the protection afforded by these conventions,”³⁵ while in *Hirsi* affirmed that “the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State may amount to refoulement if it exposes the applicant to ill-treatment.”³⁶ Also, as AG Mengozzi suggests if refusal is capable of leading applicant towards facing the ‘real risk’ of being exposed to irreversible harm, the provision permitting issuance of LTV enshrined in Art.25(CCV) transforms into the duty of such issuance aimed at preventing the risk from being materialized.³⁷ His rationale lies in duly considering non-refoulement factors unless visa-denial occurs within the meaning of Art.32(CCV). CJEU could have concluded that MSs must set forth the reasons for refusal of a visa under Art.32(1) (b) where its denial would have the direct consequence of exposing applicant to the real-risk of serious ill-treatment prohibited by Art.4(CFR).

The underlying impact of such interpretation is manifested through the deprivation of migrants’s individually enforceable right against MSs enabling her to claim not to be subjected to refoulement where substantial grounds are shown for believing that person being refouled will be exposed to irreversible harm upon return. Such conclusion is attained through allegedly formalistic interpretation of *lex specialis* ‘Implementing-EU-Law-Clause’ that in reality served diametrically different purpose of expanding the field of application otherwise restricted by Art.1(ECHR). This interpretation is beneficial for MSs, since *per Căldăraru*, Art.3(ECHR) applies to Art.4(CFR),³⁸ by the virtue of sharing same ‘meaning and scope’

ratione materiae according to Art.52(CFR). Also, in *Abdulla*, the later approach was confirmed to be interpretative technique generally followed in EU-asylum-case-law.³⁹ Now, MSs can virtually contribute to the paradigm of “Fortress Europe” without actually considering their primary CFR non-refoulement-obligations, because, they materially ceased to apply. The last glimpse of hope disappeared from Pandora-box after ECtHR delivered its recent 2020 judgment in *M.N.* maintaining that in case of non-nationals, a requirement of ‘de-facto-control-and-physical-power’ over them applies and thus established that jurisdiction hasn’t been triggered pursuant to Art.1(ECHR).⁴⁰ CJEU’s stance is substantiation of a broader spectrum of objectives grounding CEAS rationale.

Court’s stance suggests that it contributes to make foundational political underpinnings even more solid, since its end result, which, *per* Moreno-Lax, “is meeting more of a control task than a protective function” is duly accomplished.⁴¹ The concept of border management amalgamated with alleged humanity-centrism is reinforced through its legally unconvincing approach. CEAS’s underlying logic implying that only persons ‘genuinely in need’ of protection should benefit from it⁴² now becomes impossible to grasp how illegitimizing otherwise not very legal pathways will help to strengthen hypocritically conflated rationales of protecting others and being protected from ‘others’ simultaneously. What this judgment suggests is that EU’s fortress mentality is not theoretical and illusory, but practical and effective and as Armstrong explains if such trend of legal walls will continue to take place “Fortress Europe will be nearly impenetrable.”⁴³ Added value is the absence of the legal channels for regular admissions, leaving “refugees with no option but to use the services of traffickers and

34 2007/C 303/02, EXPLANATIONS, pp.2-5.

35 *M.S.S. v. Greece and Belgium*, para.216.

36 *Hirsi* Case, para.180.

37 Case C-638/16 PPU, OPINION OF AG MENGOZZI, para.132.

38 C-404/15 and C-659/15 PPU, para.90-94.

39 C-175/08, *Abdulla* Case, para.51-53.

40 *M.N. and Others v. Belgium*, [GC], para.118-120.

41 Violeta Moreno-Lax, ‘Life After Lisbon: EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control’ p.165.

42 Recital 12 QD

43 Ashley Binetti Armstrong, “You Shall Not Pass! How the Dublin System Fueled Fortress Europe,” pp.369.

smugglers to flee oppression.”⁴⁴ As Costello suggests the containment politics has its apparent human dimension, since “as the demand for refuge grows, access to asylum contracts and the demand for the services of smugglers grows,”⁴⁵ meaning further that the loss of human lives doesn’t but increase accordingly. This in turn suggests that CEAS underlying rationales consisting of “a series of conflicting objectives”⁴⁶ of balancing refugee protection with immigration control, whereas later arguably translates into illegitimizing legal routes, is either wrong path to follow⁴⁷ or is deliberate externalization-oriented policy choice that explicitly intends not what it gloriously affirms, but is conversely implicit in its intention to reduce the level of refugee application to the possible minimum.⁴⁸ In this vein, Fitzgerald correctly noted that “states have deliberately blocked the most path, even for refugees.”⁴⁹ This rationale upon which CEA system is notoriously premised is best captured by AG Mengozzi who meticulously noted that “it is crucial that, at a time when borders are closing and walls are being built, the Member States do not escape their responsibilities, as they follow from EU law”.⁵⁰ Quite sadly, CJEU was concerned not to “undermine the general structure of the system established by Regulation No 604/2013.”⁵¹ The Court’s position about externalization of migration is motivated by the desire of non-interference in this crucial field. Hence, through demonstrating alleged judicial passivism, CJEU itself underlined limited reception capacities of the Member States and while being hesitant to incur the label of ‘bomb-detonator’ or ‘chaos-creator’⁵² hadn’t risked its legitimacy in the face of Commission and other MSS, but was reluctant to

prevent CEAS’s true policy considerations from being materialized any further.

Bearing in mind that the exercising of extra-territorial control by the use of visas become one of the main indispensable routes to quasi-survival underlying CEAS immigration rational, the amplitude of law is turned into a slave of political considerations, wherein the possible human-rights-salvation lies beneath the judicial activism capable of breaking this vicious circle the system is currently trapped in. However, when in this very context the court reasonings, *per* Stoyanova, are “formally convincing, but politically unsurprising”⁵³ the implications in relation to international protection are duly brought about. These implications best captured by Costello are measured in human lives.⁵⁴ Even in times of hyperactive border-externalizing policies aiming at shifting geographical borders as to prevent the access to the jurisdiction of destination states⁵⁵ the issuance of humanitarian visas can still be considered as relief for thousands. Both ECtHR and CJEU are intermediary institutions between from the one hand illegitimizing ‘legal-routes’ coupled with endorsing non-entrée policies,⁵⁶ and between dozens of desperate decisions on having affairs with smugglers and traffickers from the other. In fact, considering such socio-political atmosphere both courts can not only set common rules for MSS about how to play, but how to play well. In contrast, the incoherency they demonstrate proves contrary.

The second example of such judicial passivism is *M.N.* ECtHR judgment.⁵⁷ ECtHR was called upon to establish whether Art.3(ECHR) required MSS to issue short-term humanitarian

44 Supra Note 42, p.163.

45 Cathryn Costello, ‘Overcoming Refugee Containment and Crisis’ (2020) p. 18.

46 Supra Note 42, p. 149.

47 Supra Note 44, pp. 370-372

48 Supra Note 44, pp. 375-378.

49 David Scott FitzGerald, “Remote Control of Migration: Theorising territoriality, Shared coercion, and Deterrence,” p.18

50 Supra Note 38, para. 4.

51 Supra Note 34, para. 48.

52 *Ibid.*

53 <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/>

54 Cathryn Costello, “Overcoming Refugee Containment and Crisis,” p. 18.

55 David Scott FitzGerald, “Remote Control of Migration: Theorizing territoriality, Shared coercion, and Deterrence,” pp. 8-10.

56 Thomas Gammeltoft-Hansen, James C. Hathaway, Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence, pp. 240-244.

57 ECtHR, *M.N. and Others v Belgium* [GC], 5 May 2020.

visas. It was first opportunity for ECtHR to adjudicate on the applicability of *non-refoulement* principle inherent in Art.3 to the foreign embassies and consulates of MSS. ECtHR decided not to interfere with current political hurdle and found easy way out: delivered inadmissibility decision, maintaining that ‘de facto control and physical power’ test didn’t apply over non-national.⁵⁸ Baumgärtel commented that despite the logically expected disappointment this outcome was quite susceptible.⁵⁹ Had the jurisdiction been triggered pursuant to Art.1(ECHR) non-refoulement obligation could give rise to myriad procedural guarantees capable of strengthening migrant’s overall position. To this accord, Fitzgerald rightly notes that externalization policy directly ties the process of border-management with the activation of material jurisdiction,⁶⁰ since the modern conception of human rights and its associated policy is **often** meticulously attached with well-established notion of territorial-jurisdiction. The rationale of this judgment merely indicates that COE HRL simply excludes the candidates for international protection from its protective scope, meaning further that MSS are not dutybound to account ECHR in their considerations of such claims, while migrants and refugees cannot advance claims based on ECHR anymore. Added value is the absence of the legal channels for regular admissions. Thus, “as the demand for refuge grows, access to asylum contracts and the demand for the services of smugglers grows,”⁶¹ accordingly. The overall conclusion emanating from European HRL is the following: **X. and X.** CJEU judgment enlightened that no CFR obligations arise, because MSS are not implementing EU Law, while **M.N.** ECtHR judgment on its part euthanized by affirming that no jurisdiction follows from ECHR too. Spijkerboer noted about the former that “It would have needed a lot of courage to take an-

other position than the court did,”⁶² which I think equally applies also to the later.

Another interesting example **N.D. and N.T.**, concerned the applicability of the prohibition of collective expulsions to push backs at Spanish Border.⁶³ The ECtHR applied “genuine and effective access” and ‘cogent reasons’ test and came to the conclusion that these “badly behaving” migrants weren’t subjected to the collective expulsion. It is still positive that ECtHR reiterated supremacy of non-refoulement principle, affirming that its findings “does not alter the obligation of States to protect their borders in a manner compliant with Convention rights.”⁶⁴ However, the threat this judgment poses to international protection mechanism is that while Court posits the criteria of “genuine and effective access” it doesn’t interpret genuine and effective within the ambit of art.6(ECHR), since in *Maaouia* it affirmed that art.6 ceases to apply in alien’s cases.⁶⁵ And instead, in *Khalifa* it adopted much more lenient requirements.⁶⁶ If **N.D. and N.T.** are viewed in correlation with **M.N.** inconsistency, *per* Gammeltoft-Hansen becomes apparent since while the ECtHR in the former made the possibility for legal pathways to be genuine and effective, the later confirmed that legal pathways leading to humanitarian visas aren’t protected within ECHR.⁶⁷ On the same question Stoyanova expressed her concerns: “if procedures for humanitarian visas are available, this can be used to the applicants’ detriment in the assessment of the prohibition on collective expulsions”.⁶⁸

Ironically, these judgments suggest that Europe’s fortress mentality is real which manifests itself through the building of physical and legal walls, that again are reinforced by European Courts’ judgments. I am disappointed, but

58 *Ibid.*, para. 118-120.

59 <https://strasbourgoobservers.com/2020/05/07/reaching-the-dead-end-m-n-and-others-and-the-question-of-humanitarian-visas/>

60 *Supra* Note 3, p. 16.

61 *Supra* Note 2, p. 18.

62 THOMAS SPIJKERBOER, *Bifurcation of people, bifurcation of law: externalization of migration policy before the EU Court of Justice*, p. 267.

63 *N.D and N.T v Spain* [GC], 13 February 2020.

64 *Ibid.*, para. 232.

65 *Maaouia v. France* [GC], para. 38.

66 *Khlaifia and Others v Italy* [GC], paras. 245-248.

67 <http://eumigrationlawblog.eu/adjudicating-old-questions-in-refugee-law-mn-and-others-v-belgium-and-the-limits-of-extraterritorial-refoulement/>

68 *Supra* Note 54.

I agree with Gammeltoft-Hansen in asserting that European Courts' general political trajectory don't make such outcomes surprising.⁶⁹ Both European Courts are aware of CEAS underlying rationales comprising gamut of conflicting objectives⁷⁰ of balancing refugee protection with immigration control by the alleged means of externalization which in fact is the embodiment of implicit intention of reducing the level of refugee application to the possible minimum.⁷¹ Its inherent logic rooted in the maxim of protecting only those genuinely necessitating it⁷² and European Courts' reinforcing support to illegitimizing routes questions their legitimacy itself.

TRACING UNIVERSALITY

The mainstream political dichotomy of International Human Rights Law is grounded in the root idea of propagated universality of human rights norms usually perceived as fundamentally superior supra moral virtue than any other cultural, political, moral or philosophical systems of views existent so far. In this epicycle, the vast majority of the states are in needed of salvation and as a contemporary political agenda suggests the acts of purifications should have been or if not yet should be performed by the western elite, who themselves already attained fundamental moral truth thereof and now try to make other states imbibe or be imbibed by these categorical imperatives, where the indulgence is the complete process of 'humanrightization' of the state(s) in question. I agree with Makau Mutua⁷³ when he asserts that "the idea of human rights-the quest to craft a universal bundle of attributes with which all societies must endow all human beings-is a noble one." Yet, the idea is a noble one, not are the states themselves.

Some of them successfully transformed it in the common vernacular of power and hid their imperialistic ambitions under the veil of universality maxims. The term imperialism is employed to envisage two overlapping dimensions. The first is the imperial dimension of universalism universalizing good and evils. A one-size-fits-all emancipatory practice under recognizes and reduces the instance and possibility for particularity and variation.⁷⁴ The second is a clearly delineated context of concrete human rights system having limitations and the structural flaws, as they entail, excuse and justify too much while at the same time in most cases states employing it successfully avoid incurring responsibility.

David Kennedy argues that human rights express the ideology, ethics, aesthetic sensibility and a political practice of a particular western liberalism.⁷⁵ This is true since the writings of Locke influencing the American Declaration of Independence viewed the classical liberalism as entailing the percepts of universality and political democracy strengthening it cumulatively. What, perhaps, Louis Henkin failed to take into account when arguing that the conception of human rights and most of the rights in the authoritative catalogue of human rights conform to a common moral intuition that is virtually universal today and are in fact congenial-or acceptable-to the principal cultures (yet he later admitted that the freedom of expression is not that universal),⁷⁶ is another percept of liberalism frequently termed as an "incommensurability of values," (and not universal blueprint) which is traditionally understood as an irreducible plurality of incommensurable values which accords to each individual a unique and irreplaceable value, and because individuals are many, so too are [ultimate] values.⁷⁷ If one affirms that the personhood partly is

69 Supra Note 68.

70 Violeta Moreno-Lax, "Life After Lisbon: EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control," p. 165.

71 Supra Note 44, pp. 370-372.

72 Recital 12 QD.

73 Mutua, M., 2001. Savages, victims, and saviors: The metaphor of human rights. *Harvard International Law Journal*, 42(1), pp. 201-246.

74 Kennedy, D. (2002). *International Human Rights Movement: Part of the Problem?* *Harvard Human Rights Journal*, 15, pp. 101-126.

75 *Ibid.*, p. 15.

76 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 506, *Human Rights around the World* (Nov., 1989), pp. 10-16.

77 Lomasky, *Persons, Rights, and the Moral Community*, p. 52.

also formed by the cultural identity, then there is a presumption, that liberalism should tolerate it if and only if other common moral intuitions don't suggest us to do otherwise.⁷⁸ That's oxymoron but it at the same time acknowledges the idea of universality while also recognizes the notion of incommensurable and ultimate values. And this is the reason why the line of argumentation developed by Kennedy is true when he argues that one size fits all policy fails to take into account the cultural diversity. If one recalls the devastating critique by Mutua that the central problem with human rights is that it is hopelessly ambiguous, this assertion will turn obvious. It is even clearer in an immensely praised case law of ECtHR. Consider the issue of blasphemy in the context of the freedom of religion and the freedom of expression protected by article 9 and 10 ECHR respectively. In *Otto Preminger-Institut v Austria*,⁷⁹ court considered the Austrian measure compatible with the ECHR, since it was necessary in a democratic society to protect "the right of citizens not to be insulted in their religious feelings", notably the freedom of religion of Christians, who could feel offended by the movie in question.⁸⁰ The judges Palm, Pekkanen and Makarczyk in their opinion annexed to *Otto Preminger* argue that: "[T]he Convention does not, in terms, guarantee a right to protection of religious feelings. More particularly, such a right cannot be derived from the right to freedom of religion, which in effect includes a right to express views critical of the religious opinions of others."⁸¹ In contextually dependent cases (*Wingrove v. United Kingdom*, and *I.A. v. Turkey*) the court developed the same line of argumentation.⁸² Whereas, in *Giniewski v France*,⁸³ court ruled that the article on anti-Semitism "contributed to a discussion of the various

possible reasons behind the extermination of the Jews in Europe."⁸⁴ It is shocking why the court did what it did. In *Giniewski* it affirmed that the discussion on anti-Semitism was essential for holding a discussion, a painful topic for Europe, whereas in Holocaust denial case⁸⁵ court deemed it not to be protected within the ambit of article 10 taking into account common heritage and the experience of Europe. If *Giniewski* judgment contributed to discussion, than from a standpoint of courts logic employing its phrasing, what is the reason behind the denial of the holocaust is not capable to "contribute to a discussion" on "the various possible reasons behind the extermination of the Jews in Europe." And ridiculously, *Wingrove* and *Otto Preminger* movies, which by its very nature were experimental and in fact aimed at only producing discussions, were restricted on the basis of religious sentiments that doesn't even have normative basis in the convention⁸⁶ and in the dissenting opinions of later *I.A.* case was suggested that the time has come to "revisit" the *Otto Preminger* and *Wingrove* jurisprudence, which places "too much emphasis on conformism" and reflects "an overcautious and timid conception of freedom of the press."⁸⁷ It seems that Strasbourg court disregards western liberal foundations (Note that from the standpoint of other cultural views, human rights movements is also a set of views enshrined in western tradition) of the freedom of expression, deals with issues in narrow context and sometimes forgets that "ECHR is a constitutional instrument of European public order."⁸⁸ Again, as it is demonstrated above even the Strasbourg court jerry rigs the convention and,

78 For detailed discussion, see, Michael Huemer, *Ethical Intuitionism* (New York: Palgrave Macmillan, 2005).

79 ECtHR, *Otto Preminger-Institut v Austria*, 20 Sep 1994, app. 13470/87

80 *Ibid.*, para 48.

81 See, Dissenting opinions of judges Palm, Pekkanen and Makarczyk, para 6.

82 See, ECtHR, *Wingrove v UK*, 25 Nov 1996, app. 17419/90; *I.A. v Turkey*, 13 Sep 2005, app. 42571/98.

83 ECtHR, *Klein v Slovakia*, 31 Jan 2007, app. 72208/01.

84 *Ibid.*, para 51.

85 ECtHR, *PASTÖRS v. GERMANY*, 3 Oct 2019, App. No. 55225/14.

86 Temperman, Jeroen, *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech* (April 17, 2012). *Brigham Young University Law Review*, Vol. 3, 2011.

87 ECtHR, *I.A. v Turkey*, 13 Sep 2005, app. 42571/98., dissenting opinion of judges Costa, Cabral Barreto Jungwiert, para 8.

88 ECtHR, *CASE OF LOIZIDOU v. TURKEY (PRELIMINARY OBJECTIONS)*, 23 March 1995, App. No. 15318/89, paras. 33.

sometimes underestimates the paramount significance of the freedom of expression in states with deep cultural and legal tradition defending thereof, but simultaneously, in *Leyla Şahin v. Turkey*⁸⁹ again the Strasbourg court ruled that the prohibition imposed on Turkish students wearing a headscarf in class or during exams, is not a violation of article 9, considering concrete cultural peculiarities in stringent universal terms. A Reasonable reader will appreciate that this is upheld in relation Turkey whose cultural identity is deeply influenced by the religion forming its constituent part. Even so praised set of minimum standards and common European consensus are not that common. What about an abortion, euthanasia, same sex marriage? In fact, the universality of human rights is *not* a fact. At best it is a theory.⁹⁰ I would suggest the proponents thereof to investigate child labor issues. We can deem unlawful (even bordering with child abuse) the behavior of a middle-class European parent imposing every day twelve hours of work to an eight year old kid, conversely, we can hardly entertain the same opinion in the case of a family living in a Third World country hit by famine or destitution, in which some or all the children work in the fields or in a factory in order to help feed themselves and their relatives.⁹¹ Philosophically, the problem with human rights universalism is that it views the theory of *good* and the theory of *right*⁹² as monistic, whereas the good can be monist, but determining what is right need pluralistic context dependent approach (in theoretical sense, when it [universalism] takes itself to be *a priori* granted and doesn't subject itself to *a fortiori* scrutiny) and here universalism fails notoriously.

89 ECtHR, *Leyla Şahin v. Turkey*, 10 Nov 2005, App.no. 44774/98.

90 Moeckli, D., Shah, S., Sivakumaran, S., & Harris, D. J. (2010). *International human rights law*. Oxford: Oxford University Press, p.51.

91 <https://oll.libertyfund.org/titles/leoni-freedom-and-the-law-lf-ed>

92 Jason Brennan, "Beyond the Bottom Line: The Theoretical Aims of Moral Theory," *Oxford Journal of Legal Studies* 28 (2008): 277–96.

POLICY, POWER AND HUMAN RIGHTS

Western policy successfully uses "universalism". The sense of predestination President Theodore Roosevelt expressed when he referred to peoples and countries south of the United States as the "weak and chaotic governments and people south of us" and declared that it was their "duty, when it becomes absolutely inevitable, to police these countries in the interest of order and civilization."⁹³ Certain scholars argued that the United States is not an "international policeman," acting within the bounds of the law. Rather, it is a lawless "rogue cop" with unlimited power.⁹⁴ The main strategy lies within 'human-rights-emancipation' where universalism is just a veil to excuse and justify imperialistic ambitions. *Nuclear Weapons Advisory Opinion (1996)* rendered by ICJ⁹⁵ is a green light for its policy: "*But at the same time, a use of force that is proportionate under the law of self-defense, must, in order to be lawful, also meet the requirements of the law applicable in armed conflict which comprise in particular the principles and rules of humanitarian law.*" Indeed, ICJ was aware of the different policy, legal and moral considerations shaping endless discussion of the legality of using Nuclear Weapons and its advisory opinion was politically speaking unsurprising. From the conventional international legal perspective, I agree that the whole outcome of the advisory opinion constitutes the legal dilemma pure and simple,⁹⁶ but from the standpoint of the humanistic aspirations in general and universality in particular, the main conclusion is still ironic. While, ICJ had delivered the human rights salvation by one hand, when noting that it was

93 Cited in Mutua, M. (2001).

94 Peter Erlinder, "Human Rights or Human Rights Imperialism - Lessons from the War against Yugoslavia," (2000) 57 *Guild Prac* 76.

95 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 226, International Court of Justice (ICJ), 8 July 1996, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4b2913d62.html> [accessed 21 March 2020]

96 Valentin Jeutner. 'Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma.' (2017), Oxford: Oxford University Press.

in principle impossible to reconcile the usage of nuclear weapons with stringent requirements of IHL, it still took away the final victory by another, when it affirmed in the last paragraph that if the very survival of the state was at stake, then the states have final say in determining whether they desire to legally utilize nuclear weapons as the last available mean emanating from their inherent right of self-defense. Kennedy correctly assesses that human rights are “far from being a defense of the individual against the state, human rights has become a standard part of the justification for the external use of force by the state against other states and individuals.”⁹⁷ It is indeed permissible to kill civilians where it is ‘necessary’ and ‘proportionate’ – thing is that it is hard to explain for any Iraqi or Lebanese mother it was ‘necessary’ and ‘proportionate’ to kill his son.⁹⁸ The powerful legal vocabulary of human rights universalism would suggest that “not one more civilian should be killed, than is necessary,”⁹⁹ which demonstrates that humanitarian vernacular excuse and justify too much and fails to deliver what it initially promised. Examples include: The joint US–Belgian operation in the Congo in 1964, the landing of US troops in the Dominican Republic in 1965, the 1976 rescue of Israeli nationals at Entebbe Airport, Operation Eagle Claw, Passion of resolving the Iranian hostage crisis in 1980, and purported rescue of US medical students in Grenada in 1983.¹⁰⁰ The mere coincidence is that states with oil reserves need to be emancipated and civilized and this holly pursuit should be undertaken indeed by the knight-in savior-skin. And here starts the story where hidden western imperial claws are not that hidden. Iraqi needed democracy and human rights more than ever and USA was ready

to help. This was an invasion but justified by the language of power. Yet, in *Sadam Hussein* case before the ECtHR, the court considered that “on the sole basis that those States allegedly formed part (at varying unspecified levels) of a coalition with the US, when the impugned actions were carried out by the US, when security in the zone in which those actions took place was assigned to the US and when the overall command of the coalition was vested in the US.”¹⁰¹ It escaped responsibility under ‘coalition approach’.¹⁰² Another example of human rights imperialism is Yugoslavia. The thousands of innocent civilians who died as a result of the bombing of Yugoslavia and Kosovo, and the hundreds of thousands of civilians in Kosovo who were displaced only after the bombing began.¹⁰³ And here one of the main things to answer is whether the bombing accomplish the stated “human rights” or strategic objectives of NATO?¹⁰⁴ It is regrettable that when in the case of *Bankovic*,¹⁰⁵ the attempt to deliver the justice ended up being declared inadmissible as certain activities by NATO members were not covered by the reach of convention since Yugoslavia was not a contracting party. It appears that in some cases human rights acclaimed universality is not that universal. To this accord, *Behrami and Sarmati Cases*¹⁰⁶ identify that whenever states act under the auspices of IO acts perpetrated by the states are attributable to those IO-s, but as in this case UN wasn’t party to ECHR, the states avoided incurring responsibility. Regrettably, useful way for powerful states to play emancipators and abuse the power under the umbrella of International Organizations and then escape

97 Kennedy, D. (2002).

98 David W. Kennedy, 2012. *The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?* In *Examining Critical Perspective on Human Rights*, ed. Rob Dickinson, Elena Katselli, Colin Murray, Ole W. Pedersen: 19-34. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

99 *Ibid.*

100 Crawford, J., & Brownlie, I. (2012). *Brownlie’s principles of public international law*.

101 *Hussein v Albania App* (n 11), para 1.

102 See, Maarten den Heijer, ‘Issues of Shared Responsibility Before the European Court of Human Rights’ (2013) 60 *Netherlands International Law Revue* 411.

103 Peter Erlinder, “Human Rights or Human Rights Imperialism - Lessons from the War against Yugoslavia,” (2000) 57 *Guild Prac* 76.

104 *Ibid.*

105 ECtHR, *Bankovic and others v. Belgium and others*, 12 Dec 2001, app.no. 52207/99, para.80.

106 See *Joined cases, ECtHR, Behrami and Behrami v. France, App.no. 71412/01, and Saramati v. France and others (Application no. 78116/01), judgment of 2 May 2007.*

the responsibility also employing umbrellas of the later. Luckily, this trend is now vastly challenged and the ECtHR *Al-Jedda* judgment¹⁰⁷ did demonstrate “an incredibly important development – the Court has laid down a clear statement rule for interpreting SC resolutions that can go a long way in providing a meaningful human rights check on the Security Council.”¹⁰⁸

CONCLUSION

In the end of the day I hope over enthusiastic students, myself included, will start questioning international law and human rights more in depth.

107 ECtHR, *CASE OF AL-JEDDA v. THE UNITED KINGDOM*, app.no. 27021/08, 7 July 2011.

108 Marko Milanovic, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, *European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 1, February 2012, p.137.

This article intended to generate skepticism, but it in no way suggest to fall into existential nihilistic crisis. After all, despite this critical appraisal this doesn't mean that progress hasn't been made. Only through criticizing, posing correct and relevant questions and having always the spirit of readiness to intellectually challenge those whims and bias states not very sometimes have, will realize the idea of ideal mentioned in previous sections. The idea of ideal someone might contend is subjective, albeit, not much demanding minimum requirement at least should consist of international peace and security among all nations, to enable people of humankind to pursue their own happiness worthy of pursuing their own. After all, underlying moral idea should lie somewhere here and if moral progress had really taken a place, we must be close to its attainment than anyone has ever managed it before.

BIBLIOGRAPHY:

1. Ashley Binetti Armstrong, “You Shall Not Pass! How the Dublin System Fueled Fortress Europe.” (In English)
2. Bianchi, A. (2017-2018). Choice and (the Awareness of) Its Consequences: The ICJ's Structural Bias Strikes again in the Marshall Islands Case. *AJIL Unbound*, 111, 81-87. (In English)
3. Cathryn Costello, ‘Overcoming Refugee Containment and Crisis’ (2020). (In English)
4. Crawford, J., & Brownlie, I. (2012). *Brownlie's principles of public international law*.
5. David Scott FitzGerald, ‘Remote Control of Migration: Theorizing territoriality, Shared coercion, and Deterrence.’ (In English)
6. David W. Kennedy, 2012. *The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?* In *Examining Critical Perspective on Human Rights*, ed. Rob Dickinson, Elena Katselli, Colin Murray, Ole W. Pedersen: 19-34. Cambridge, UK: Cambridge University Press. (In English)
7. HERSCH LAUTERPACHT, *THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT* 399 (1958). (In English)
8. James C. Hathaway, *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*. (In English)
9. Jason Brennan, “Beyond the Bottom Line: The Theoretical Aims of Moral Theory,” *Oxford Journal of Legal Studies* 28 (2008): 277–96. (In English)
10. Kapur, R. (2006). Human rights in the 21st century: Take walk on the dark side. *Sydney Law Review*, 28(4), 665-688. (In English)

11. Kennedy, D. (2002). International Human Rights Movement: Part of the Problem? *Harvard Human Rights Journal*, 15, 101-126. (In English)
12. Klabbers, J. (2017). *The Setting of International Law*. In *International Law 2nd Edition*, Cambridge: Cambridge University Press. (In English)
13. Lomasky, Persons, Rights, and the Moral Community. (In English)
14. Maarten den Heijer, 'Issues of Shared Responsibility Before the European Court of Human Rights' (2013) 60 *Netherlands International Law Revue* 411. (In English)
15. Marko Milanovic, Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg, *European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 1, February 2012 (In English)
16. Martti Koskenniemi, 'The Politics of International Law' (1990) 1 *European Journal of International Law*, 4–32. (In English)
17. MARTTI KOSKENNIEMI, FROM APOLOGY TO UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL LEGAL ARGUMENT 607 (2005). (In English)
18. Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law- 20 Years Later*, 20 *EUR. J. INT'L L.* 7, 11 (2009). (In English)
19. Michael Huemer, *Ethical Intuitionism* (New York: Palgrave Macmillan, 2005). (In English)
20. Moeckli, D., Shah, S., Sivakumaran, S., & Harris, D. J. (2010). *International human rights law*. Oxford: Oxford University Press, p.51. (In English)
21. Muraszkiwicz, Julia Maria, *Protecting Victims of Human Trafficking From Liability The European Approach*. (In English)
22. Mutua, M. (2001). Savages, victims, and saviors: The metaphor of human rights. *Harvard International Law Journal*, 42(1), 201-246. (In English)
23. Peter Erlinder, 'Human Rights or Human Rights Imperialism - Lessons from the War against Yugoslavia' (2000) 57 *Guild Prac* 76. (In English)
24. Philip Allott, *State Responsibility and the Unmaking of International Law*. (In English)
25. Piotrowicz, Ryszard, Conny Rijken and Baerbel Heide Uhl, "Routledge Handbook of Human Trafficking." (In English)
26. ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS & PROCESS: INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT 3 (1994). (In English)
27. Temperman, Jeroen, *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech* (April 17, 2012). *Brigham Young University Law Review*, Vol. 3, 2011. (In English)
28. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 506, *Human Rights around the World* (Nov., 1989), pp. 10-16. (In English)
29. Thomas Gammeltoft-Hansen, James C. Hathaway, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*. (In English)
30. THOMAS SPIJKERBOER, *Bifurcation of people, bifurcation of law: externalization of migration policy before the EU Court of Justice*. (In English)
31. Valentin Jeutner. 'Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma.' (2017), Oxford: Oxford University Press. (In English)
32. Violeta Moreno-Lax, 'Life After Lisbon: EU Asylum Policy as a Factor of Migration Control.'
33. Vladislava Stoyanova, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered:*

- Conceptual Limits and States' Positive Obligations. (In English)
34. Vladislava Stoyanova, L.E. v. Greece: Human Trafficking and the Scope of States' Positive Obligations under the ECHR. (In English)
 35. Wylie, Gillian, McRedmond, Penelope, Human Trafficking in Europe Character, Causes and Consequences. (In English)

ICJ CASE-LAW:

1. Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russia), International Court of Justice (ICJ), 1 April 2011, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4da59ab82.html> [accessed 21 March 2020]
2. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America); Merits, International Court of Justice (ICJ), 27 June 1986, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a44d2.html> [accessed 21 March 2020]
3. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, International Court of Justice (ICJ), 8 July 1996, available at: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4b2913d62.html> [accessed 21 March 2020]
4. Nuclear Arms, Dissenting Opinion of Judge Bennouna.
5. Nuclear Arms, Dissenting Opinion of Judge Crawford.
6. Nuclear Arms, Dissenting Opinion of Cancado Trindade.
7. Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament, Marshall Islands v India, Preliminary Objections, ICGJ 502 (ICJ 2016), ICJ GL No 158, 5th October 2016, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ]

ECTHR CASE-LAW:

1. Bankovic and others v. Belgium and others, App. No. 52207/99, 12 December 2001
2. Boujlifa v. France, App. No. 122/1996/741/940, 21 October 1997.
3. CASE OF AL-JEDDA v. THE UNITED KINGDOM, [GC], App. No. 27021/08, 7 July 2011.
4. CASE OF LOIZIDOU v. TURKEY (PRELIMINARY OBJECTIONS), App. No. 15318/89, 23 March 1995.
5. Chowdury and Others v. Greece. App. No. 21884/15, 30 March 2017.
6. Ferrazzini v. Italy, [GC], App. No. 44759/98, 7 December 2001.
7. HIRSI JAMAAAND OTHERS v. ITALY, App. No. 27765/09, 23 February 2012.
8. Hussein v Albania App (n 11). App.no. 24001/94, 11 April 1966.
9. I.A. v Turkey, App. No. 42571/98, 13 December 2005.
10. I.A. v Turkey, dissenting opinion of judges Costa, Cabral Barreto Jungwiert
11. Joined cases, Behrami and Behrami v. France, App.No. 71412/01, and Saramati v. France and others, App. No. 78116/01, 2 May 2007.
12. Khlaifia and Others v Italy, [GC], App. No. 16483/12, 15 December 2016.
13. Klein v Slovakia, App. No. App. No. 72208/01, 31 January 2007.
14. Leyla Şahin v. Turkey, [GC], App. No. 44774/98, 10 November 2005.
15. M.N. and Others v. Belgium, [GC], App. No. 3599/18, 5 May 2020.
16. M.S.S. v. Greece and Belgium, App. No. 30696/09, 21 January 2011.
17. Maaouia v. France, [GC], App. No. 39652/98, 5 October 2000.

18. N.D and N.T v Spain, [GC], Applications Nos. 8675/15 and 8697/15, 13 February 2020.
19. Otto Preminger-Institut v Austria, App. No. 11/1993/406/485, 23 August 1994.
20. PASTÖRS v. GERMANY, App. No. 55225/14, 3 October 2019.
21. Rantsev v. Cyprus and Russia, [GC], App. No. 25965/04, 7 January 2010.
22. Wingrove v UK, App. No. 9/1995/525/611, 25 November 1996.

CJEU CASE-LAW:

1. C-638/16 PPU, X and X v État belge.
2. Case C-638/16 PPU, OPINION OF AG MENGOZZI.
3. C-404/15 and C-659/15 PPU.
4. C-175/08, Abdulla Case.

WEB SOURCES:

1. <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/>
2. <https://strasbourgobservers.com/2020/05/07/reaching-the-dead-end-m-n-and-others-and-the-question-of-humanitarian-visas/>
3. <http://eumigrationlawblog.eu/adjudicating-old-questions-in-refugee-law-mn-and-others-v-belgium-and-the-limits-of-extraterritorial-refoulement/>
4. <https://strasbourgobservers.com/2017/04/28/chowdury-and-others-v-greece-further-integration-of-the-positive-obligations-under-article-4-of-the-echr-and-the-coe-convention-on-action-against-human-trafficking/>
5. <https://oll.libertyfund.org/titles/leoni-freedom-and-the-law-lf-ed>

THE PARAMOUNTCY PRINCIPLE – A RIGHTS-BASED LEGAL ANALYSIS

Mariam Bobokhidze

*Assistant, European University
Phd, University of Georgia*

KEYWORDS: Best interests of the child, Primary consideration, Paramount consideration

INTRODUCTION

Best interests of the child – a concept serving for the realization and protection of the child’s fundamental rights – has been a subject for debates since its formation. While indeterminate and flexible to each single case by its nature, it is still deemed to be one of the most effective tools with regard to children rights law. The present Article aims at illustrating the value the concept should be accorded to, together with the degree of its implementation in the legislation of Georgia, rather than concentrating on the notion’s indeterminacy. For this reason, the Article will demonstrate meaning, importance, place of the best interests of the child at both – international and local levels.

Best interests of the child, deriving from Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC)¹, is a child rights principle, hence – a key instrument in guaranteeing protection and realization

1 UN Convention on the Rights of the Child (November 20, 1989) is a main and universally recognized legally binding document ensuring protection of children rights. 196 states have ratified the Convention. See United Nations Treaty Collection, Convention on the Rights of the Child, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en.

of the rights of children. Currently functioning within the framework of CRC, the concept has emerged in the Declaration of the Rights of the Child (1959),² the first international document with ten principles, declaring the principle. According to Principle 2 of the Declaration, “*child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.*” Establishing the best interest principle internationally with regard to children, can be said to be a revolution in the child rights protection law, as it is a proof of recognizing children as right holders, not just objects of protection. Moreover, it is an instrument, serving solely for the protection of vulnerable persons, such as, e.g. persons with disabilities, women being at risk of discrimination³, etc. Yet, the efforts of strengthening child rights protective mechanisms have turned out to be insufficient considering the Declaration’s nonbinding nature, as well as, existing facts around the world relating to serious violations of children rights, such as child trafficking, labor, prostitution, high child death rate and so on⁴. These reasons have led to creation of a legally binding document – UN Convention on the Rights of the Child (CRC), giving special weight to the best interests of the child. The concept is the central and fundamental principle of the convention governing disputes that affect children.⁵

LEGAL ANALYSIS

The initial draft of the CRC entirely included the text enshrined in Principle 2 of the 1959 Declaration.⁶ However, later, Article 3 of the CRC has been designed as follows: „*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*”⁷ Thus, the wording of the current international child rights protective instrument is different from that of the 1959 Declaration, requiring a child’s best interests to be “*a primary consideration*” rather than “*the paramount consideration*”. In order to understand the reasons of the stated formulation, it is relevant to determine the meaning of the both concepts.

According to the wording of Article 3, the States Parties are not entitled in their discretion to decide whether to give a primary consideration to the best interests of the child concerned. Rather, it implies that the best interests of the child shall not be considered in the same way as any other interest.⁸ However, it does not mean that the best interests of the child are of the absolute priority. In other words, “a primary consideration” does not entail that the best interests of the child shall be of a primary consideration in each single case while with the collision of other interests.

To be more specific, “a primary consideration” means that while balancing interests, first of all, the child’s interests shall be considered, correspondingly, it does not exclude that any other interests might prevail. The principle implies the assumption that a decision maker may grant higher weight to any other interest. In other words, the desirable result for a child might be subject to review, while in collision with any other

2 Adopted by United Nations General Assembly on the 20th of November, 1959.

3 See, In the Best Interests of the Child, Harmonizing Laws on Children in west and Central Africa, <https://resourcecentre.savethechildren.net/sites/default/files/documents/6325.pdf>.

4 UNICEF Georgia, Programmes, http://unicef.ge/uploads/CRC_text.pdf, p. 3.

5 UN Committee on the Right of the Child, (2009), CRC/C/GC/12, General Comment No. 12: The right of the child to be heard, para. 2.

6 Freeman, M., (2007), Article 3. The Best Interests of the Child, in Alen, A., Lanotte, J. V., Verhellen, E., Ang, F., Berghmans, E. and Verheyde, M., Eds. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 25.

7 Convention on the Rights of the Child, UN, November 20, 1989, Article 3 (1).

8 *Ibid*, para. 36, 37.

interest that can be a primary consideration, as well.⁹ The “paramount consideration”, on the other hand, is more precise and requires that in the decision making process it is the best interests of the child that shall be guiding and directional and not – any other interest. In this case the test is much stricter and the decision maker is bound by the following obligations: 1. Identify a means that fits in with the child’s interests most of all; 2. Make a decision about application of this measure.¹⁰ The main idea is that, e.g. a court does not balance interests, but applies the interests as the decisive factor of the decision.¹¹ Quite the opposite, “a primary consideration” assumes, that there might be several primary interests, equal with a child’s interests, but be regarded as superior.¹² An example of such an approach can be an act, including a legislator’s clear message that the certain interests shall be assessed as a primary value, e.g. ensuring strict immigration control.¹³

It has been argued that Article 3 of CRC must have been formulated as requiring best interests of the child to be not simply “a primary consideration”, but – “the paramount consideration”.¹⁴ However, such a condition would be somewhat a strict message to the State Parties, since according to the paramountcy principle, it is not only vital and essential to consider the best interests of the child, but the principle shall be the key and

determinant element in the legislative proceeding.¹⁵ Hence, the paramountcy principle means that, in all actions concerning children, the best interests of the child shall be determinative, decisive. Where the best interests of the child shall be of the paramount consideration, the requirement makes the decision maker consider the best interests of the child as the only factor while assessing and determining such interests.¹⁶ Anyway, assessment and determination process largely depends on a decision maker.¹⁷ Thus, while not being an absolute right, such interests could be overridden in certain exceptional cases. Furthermore, when taking the best interests of the child as the paramount consideration, courts are bound to deliberate other interests, as well, such as e.g. rights of parents. The crucial point lies in applying the “determinative criteria” rationally and for special purposes, without infringing other constitutional rights and values.¹⁸

Correspondingly, the following question arises: what is the reason that the main international protective instrument of children’s rights does not provide the best interests’ principle with the highest degree of protection, given that exactly the Convention declared this right as a principle? According to some authors, the aim of applying the paramountcy principle instead of “a primary consideration” was not to diminish the value of the principle, but to ensure its flexibility, bearing in mind, that in certain cases some other interest would prevail.¹⁹ The Committee on the Rights of the Child states that the concept of the best interests is rather compound and it should be assessed and determined in line with every single case, in other words, the concept is flexible and adaptable.²⁰ The Committee believes that the de-

9 Cantwell, N., (2011), Are Children’s Rights still Human? in Freeman, M., *The Value and Values of Children’s Rights in The Human Rights of Children from Visions to implementation*, Invernizzi, A., Williams, J., Eds., Ashgate Publishing, p. 50.

10 Chisholm, R., (2002) “The Paramount Consideration”, 10th National Family Law Conference, Melbourne, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2002/2.pdf>. p. 3.

11 *Ibid.*

12 Taylor, R., (2016), Putting Children First? Children’s Interests as a Primary Consideration in Public Law, Vol 28, No 1, *Child and Family Law Quarterly*, p. 62.

13 *Ibid.*

14 Freeman, M., (2007), Article 3. The Best Interests of the Child, in Alen, A., Lanotte, J. V., Verhellen, E., Ang, F., Berghmans, E. and Verheyde, M., Eds. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 60.

15 *Ibid.*, p. 25.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 Boyd, M., T., (2015), *The Determinants of the Child’s Best Interests in Relocation Disputes*, The University of the Western Cape Faculty of Law, p. 16.

19 Mower, A., G., Jr., (1997), *The Convention on The Rights of the Child*, International Law Support for Children, Greenwood Press, pp. 23-24.

20 CRC/C/GC/14, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), UN Com-

termination of the best interests of a child concerned, shall be made considering their special context, situation, needs and with regard to collective decisions, such as legislative decisions, the best interests of children shall be determined according to their special situation and vulnerability.²¹ The approach is shared by a number of scholars – taking into account the abstract nature of the principle, it is better to maintain flexibility of the principle; moreover, even it had been possible, it is not recommended to establish its homogenous meaning.²² Clearly, given the specific nature of the best interests of the child, it is vital to assess and determine such interests according to the individual circumstances.

It is pretty rational to assume that ensuring flexibility of the best interests' principle would lead to universal recognition of the Convention through the UN Member States. This assumption can be strengthened by an argument regarding the issue of abortion. It is not clear whether the rights enshrined in CRC apply solely after birth or before birth, as well. In other words, CRC says nothing about it. The aim is to give wide margin of appreciation to the Parties of the Convention in regulating abortion. Otherwise, it is likely that CRC would not attain universal acknowledgment. It can be said that the same factor was the reason for refraining from providing the best interests' principle with the higher protective guarantee. On the other hand, it is also worth mentioning that the paramountcy principle does not give an absolute weight to the best interests of the child, thus, it is difficult to claim that the principle would hinder the State Parties from applying it to each single individual case; rather it might have led to adoption of strong guarantees for the protection of that principle. Even though, CRC establishes the paramountcy principle in some special cases, such as adoption.²³

Although CRC does not include any other direct statement of the paramountcy principle, Article 9 (1) states that “States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when ... such separation is necessary for the best interests of the child.” According to the interpretation, if parents have disagreement about separation of the child, the paramountcy principle shall apply.²⁴ The same Article specifies circumstances where separation is necessary: “... in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child’s place of residence.”²⁵

As a result, sometimes the best interests of the child shall be the paramount consideration, sometimes – a primary consideration, however, there is a consensus according to which the principle, in general, is of a great importance. In all actions concerning children, an agreement shall be made at least on the specific interest that can be regarded as the best alternative for the child concerned. For more clarification, it is appropriate to briefly discuss the role of the best interests' principle in protection of the rights of children.

In one of its decisions, the European Court of Human Rights (ECtHR) stated that in the decision making process concerning a child, the key aspect is to determine what is the best interest of the child; the best interests of the child, taking into account their nature and seriousness, are likely to prevail those of parents.²⁶ In the decision against Switzerland, the European Court ruled that there is a wide consensus about the idea that in all actions concerning a child, the best interests of the child shall be the paramount consideration.²⁷ The best interests of the child has two aspects. On the one hand, it involves that the child shall maintain contacts with the family

mittee on the Right of the Child, para. 32.

21 *Ibid.*, para. 32, 33.

22 See, e.g., Jensdóttir, R., (2016), The concept of the child’s best interests in the work of the Council of Europe, The best interests of the child – A dialogue between theory and practice, Council of Europe, p. 85.

23 Convention on the Rights of the Child, UN, November 20, 1989, Article 21.

24 *Al Maktoum v Al Hussein & Ors* (2020), # B4/2020/0190, # B4/2020/0383, para. 80.

25 Convention on the Rights of the Child, UN, November 20, 1989, Article 9 (1).

26 *Krisztian Barnabas Toth v. Hungary*, # 48494/06 (ECtHR, 2013), para. 32.

27 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, # 41615/07 (ECtHR, 2010), para. 135.

except for the cases, when it contradicts to his or her best interests. additionally, restriction of maintaining contacts shall be imposed only in extreme situations and everything shall be done in order to reunite the family. On the other hand, a child's interest lies in growing up in a stable and quiet atmosphere, where a parent does not have the right to put at risk the child's welfare.²⁸ The European Court applies the paramountcy principle in different situations while examining cases involving children,²⁹ including circumstances, such as removing a child from family forever. This will be justifiable only in situations, when it is necessary for the best interests of the child concerned.³⁰

Thus, the European Court actively applies the principle of the best interests of the child in cases concerning children and upon specific conditions establishes the paramountcy principle. Obviously, this means that concept of the best interests of the child does have a central impact on the case law of the ECtHR. Above all, it is an important message to the Member States.

Georgia, being one the State Parties of CRC, is making an effort to harmonize its legislation with the Convention, however, it is quite surprising that the translated version (in Georgian language) of the Convention on the Rights of the Child is different from the original version. The best interests' principle of the original version is formulated as follows:

“States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child **shall be the paramount consideration**”.

The Georgian translation suggests the following:

“States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child **shall be considered in the first place**” – “პირველ რიგში გათვალისწინებული

იყოს ბავშვის საუკეთესო ინტერესები”.³¹

The following formulation – “in the first place” does not express the real essence of the original text. It is, in fact, identical to the formulation set forth in Article 3 – “a primary consideration”. Apparently, this wording has had an influence on the Georgian legislation. Neither the Child Rights Code, nor the Law of Georgia on Adoption and Foster Care mentions the paramountcy principle. Article 1 of the latter Law is expressed as follows: “The purpose of this Law is to promote the exercise of the priority right of children to be raised in a family environment and **to give preference** (‘უპირატესად გათვალისწინების’) to the best interests of children during adoption and foster care.” According to the wording, the aim of the Law with regard to adoption is “to give preference” to the best interests of the child, rather than to recognize it as a decisive standard.

Nevertheless, certain provisions of the Law are close to the paramountcy principle, namely, the meaning of the principle of the best interests of the child is established as follows: “the principle that recognizes the priority of best interests of a child over the interests of other subjects;”³² according to Article 4 (2): “Any decision made on the adoption or placement of a child in foster care shall serve to create a stable family environment for the child, considering the best interests of a child...” Obviously, the provisions of the Law do not suggest the clear and unambiguous reference to the paramountcy principle.

Article 1198 (1) of the Civil Code of Georgia states, that “Parents shall be entitled and obligated to raise their children, take care of their physical, mental, spiritual and social development, and bring them up as decent members of society, taking account of the best interests of the children.” It is clear that the principle of the best interests of the child is established in connection with parental duties and obligations, however, such a provision does not exist with regard to the other rights. For example, the

28 *Ibid*, para. 136.

29 European Union Agency for Fundamental Rights (2015), *Handbook on European law relating to the rights of the child*, Council of Europe, Publications Office of the European Union, p. 106; See *Mohamed Hasan v. Norway*, # 27496/15 (ECtHR, 2018), para. 161-163.

30 *M.D. and Others v. Malta*, # 64791/10 (ECtHR, 2012).

31 Convention on the Rights of the Child, UN, November 20, 1989, Article 21.

32 The Law of Georgia on Adoption and Foster Care, Article 3 (ჯ).

same Article (1198 (3)) entitles parents the right to determine with whom and where their child is to live. In such cases it is of a vital importance to consider the best interests of the child, thus it is essential to adopt the principle regarding the mentioned parental right. It is worth mentioning that while the legislator set forth the best interests' principle concerning parental duties and obligations, it is absolutely vague that they have not adopted the principle in every other situation where the principle plays a central role. For instance, the court shall settle the following matters: upbringing of children in case of disagreement between parents,³³ with whom to live a child if parents live apart due to divorce or for any other reason,³⁴ decision about adoption.³⁵ None of the provisions include principle of the best interests of the child. This fact points to an important gap, since taking into account the obligation of harmonization national legislation with CRC, it is significant to establish not only principle of the best interests, but also to adopt the higher standard – the paramountcy principle. Correspondingly, in these latter cases, as well as, in matters of adoption, the paramountcy principle is necessary for ensuring synchronization with CRC and the highest standards regarding interests of the child.

33 Law of Georgia Civil Code of Georgia, Article 1200.

34 *Ibid*, Article 1201 (2).

35 *Ibid*, Article 1242.

CONCLUSION

To sum up, the importance of establishing the paramountcy principle in the Georgian legislation derives from several factors, such as ensuring harmonization with CRC, a great possibility for the national courts to directly apply the principle and, thus, create uniform practice. From the general perspective, if the interests of the child are not the decisive aspect in all matters concerning the child's care, wellbeing, there will be a great risk that any other interest may prevail. Setting up the principle in the national legislation will impose an obligation on a decision maker, e.g. court, in all matters concerning a child, to determine interests of the child and make a decision according to such determination. This will solve the accompanying difficulty of the best interests' principle, related to the risks, such as granting higher weight to any other interest, when it is harmful for the child's wellbeing.

Considering the abovementioned discussion, measures to be implemented regarding Georgian legislation, can be formulated as follows:

- Establishment of the paramountcy principle;
- Establishment of a clear link between “a primary consideration” and “the paramount consideration”.

BIBLIOGRAPHY:

1. Al Maktoum v Al Hussein & Ors (2020), # B4/2020/0190, # B4/2020/0383; (in English)
2. Boyd, M., T., (2015), The Determinants of the Child's Best Interests in Relocation Disputes, The University of the Western Cape Faculty of Law; (in English)
3. Cantwell, N., (2011), Are Children's Rights still Human? in Freeman, M., The Value and Values of Children's Rights in The Human Rights of Children from Visions to implementation, Invernizzi, A., Williams, J., Eds., Ashgate Publishing; (in English)
4. Chisholm, R., (2002) “The Paramount Consideration”, 10th National Family Law Conference, Melbourne, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2002/2.pdf>; (in English)
5. Convention on the Rights of the Child, UN, November 20, 1989; (in English)
6. CRC/C/GC/14, General comment No. 14 (2013) on the right of the

- child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), UN Committee on the Right of the Child; (in English)
7. European Union Agency for Fundamental Rights (2015), Handbook on European law relating to the rights of the child, Council of Europe, Publications Office of the European Union; (in English)
 8. Freeman, M., (2007), Article 3. The Best Interests of the Child, in Alen, A., Lanotte, J. V., Verhellen, E., Ang, F., Berghmans, E. and Verheyde, M., Eds. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers; (in English)
 9. In the Best Interests of the Child, Harmonizing Laws on Children in west and Central Africa, <https://resourcecentre.savethechildren.net/sites/default/files/documents/6325.pdf>; (in English)
 10. Jensdóttir, R., (2016), The concept of the child's best interests in the work of the Council of Europe, The best interests of the child – A dialogue between theory and practice, Council of Europe; (in English)
 11. Krisztian Barnabas Toth v. Hungary, # 48494/06 (ECtHR, 2013); (in English)
 12. Law of Georgia Civil Code of Georgia, July 14, 2020; (in English)
 13. Law of Georgia on Adoption and Foster Care, May 21, 2020; (in English)
 14. M.D. and Others v. Malta, # 64791/10 (ECtHR, 2012); (in English)
 15. Mohamed Hasan v. Norway, # 27496/15 (ECtHR, 2018); (in English)
 16. Mower, A., G., Jr., (1997), The Convention on The Rights of the Child, International Law Support for Children, Greenwood Press; (in English)
 17. Neulinger and Shuruk v. Switzerland, # 41615/07 (ECtHR, 2010); (in English)
 18. Taylor, R., (2016), Putting Children First? Children's Interests as a Primary Consideration in Public Law, Vol 28, No 1, Child and Family Law Quarterly; (in English)
 19. UN Committee on the Right of the Child, (2009), CRC/C/GC/12, General Comment No. 12: The right of the child to be heard; (in English)
 20. UNICEF Georgia, Programmes, http://unicef.ge/uploads/CRC_text.pdf. (in English)

ENSURE THE INVIOLABILITY OF PERSONAL LIFE IN THE CONDUCT OF POLICE PREVENTIVE ACTIVITIES

Koba Grialashvili

Master of Law,

Visiting Lecturer at the University of Europe

KEYWORDS: Right to privacy, Police preventive measures,
Principle of proportionality

INTRODUCTION

The main function of a police officer is to protect public safety, law and order. At this time, it has a direct bearing on the fundamental rights and freedoms of persons guaranteed by the Constitution of Georgia. The Constitution of Georgia recognizes the human being, his dignity and freedom as the main value and gives him the eternal and supreme importance.¹ The police, like the entire executive branch, are bound by constitutional human rights and freedoms.² The basic constitutional principles are the legal guarantee of the protection of human dignity. Human dignity and personal freedom are realized in their adequate protection and full provision. Therefore, disproportionate, excessive interference of the state with these rights violates human dignity. In general, fundamental rights oblige the state to ensure the possibility of full self-realization of the individual freedom of every human being, which,

1 Turava, P. (Ed.), 2013. Commentary on the Constitution of Georgia. Publication of the Regional Center for Research and Promotion of Constitutionalism, Tbilisi, p. 11.

2 Korkelia, K. (Ed.), 2014. "Human Rights and Legal Reform in Georgia", Collection of Articles, p. 120-121.

first of all, requires the state to be careful and moderate in determining the scope of regulation of interference with the right. In this regard, the most important guarantee is the norms-principles ensuring a democratic and legal state, which determine the content of the government's relationship with the people.³ Article 1 of the European Convention on Human Rights stipulates that states must ensure the protection of the rights and freedoms set forth in the Convention. Based on this wording, Article 1 of the European Convention on Human Rights has been interpreted in such a way that it imposes not only a negative but also a positive obligation on the state. According to this article, the state is obliged not only to refrain from violating the rights and freedoms provided by the Convention and its protocols (negative obligation), but also to ensure their protection, including in case of violation by third parties (individuals and legal entities) (positive obligation). If the rights enshrined in the European Convention have been violated by a natural or legal person, the state is obliged to ensure effective protection of violated rights. Otherwise, the state itself will be held responsible for failing to ensure the protection of the rights under the Convention.⁴

A police action that leads to a restriction of human rights requires legal justification. In carrying out one of the main functions of the police, which is to protect public safety, it often has to restrict the rights of specific individuals. However, public safety is ultimately nothing more than taking care of the rights of each member of society in the most balanced way, at the same time taking into account the interests of each. It should be noted that the Law of Georgia on Police establishes important principles as criteria for verifying the legality of a police measure. The law rec-

ognizes the principles of protection and respect for fundamental human rights and freedoms.⁵ A police measure aimed at protecting public safety and law and order must not infringe on human dignity and honor, must not violate human life, physical inviolability, property and other fundamental rights and freedoms. Benefits of police measure – public security and order cannot justify Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. The main institutions of the Law of Georgia on Police, the basic principles, as directly applicable norms, police measures and legal forms of its implementation are the legal mechanisms to achieve the above goal.⁶ The Law of Georgia on Police imposes an obligation on the police officer to observe the principle of proportionality, which ensures the smooth performance of the task of protecting public safety and at the same time protects basic human rights and freedoms from unjustified restrictions. The principle of proportionality has strictly defined constituent elements. These elements are: legitimate purpose, usefulness, necessity and proportionality. It is necessary to observe all four elements of the principle of proportionality in order for a restrictive action by a police officer to be proportionate. If at least one of the elements is violated, it does not matter if the other elements are protected, the action of the police officer is not proportionate.⁷

THE NEED FOR REGULATION

Despite the above guarantees, the law governing the police law leaves room for regulating certain issues. It is implied that the existing legislation in the field of human rights must ensure the protection of each person from the abuse of state power. If we judge logically, it turns out that the violation of human rights is a category of violation that can be committed only by a person who has the right to act on behalf of the state. A criminal or terrorist has no such right. The police

3 Constitutional Court of Georgia, Case №1/3/407 (26.12.2007) Georgian Young Lawyers Association and Citizen of Georgia Ekaterine Lomtadze v. Parliament of Georgia, II-3.

4 Bokhashvili. B, Korkelia. K, 2017. The right to respect for private and family life and the obligations of the state Review of the case law of the European Court of Human Rights and the case law of the Constitutional Court of Georgia, p. 7.

5 Law of Georgia on Police, 04.10.2013. Article 9

6 Korkelia, K. (Ed.), 2014. "Human Rights and Legal Reform in Georgia", Collection of Articles, p. 121.

7 Law of Georgia on Police, 04.10.2013. Article 12.

are committed to enforcing the law, including human rights law (which the state is responsible for enforcing).⁸

In order to protect public safety and law and order, the Law of Georgia on Police provides for the possibility of using a number of police measures, including preventive measures. According to the law, such measures include: surveying a person, identifying a person, superficial inspection and inspection, use of automated photographic equipment (radar) and video equipment, etc. Within the framework of police preventive measures, cases of personal data processing of persons in various forms are frequent, including facts of video recording by mobile phone, identification of a person with a photograph and verification in the database.⁹ The Ministry of Internal Affairs does not have the rules and detailed instructions for the implementation of these measures, due to which there is a high risk of improper processing of personal data of the person subject to the preventive measure and violation of the law.

Proper information of the data subject within the framework of the police preventive measure is also an important issue. Within the framework of the preventive measure (survey of a person) defined by Article 19 of the Law of Georgia on Police, a police officer is entitled to obtain data directly from a data subject (natural person). However, according to the law, the provision of data by the data subject is voluntary.¹⁰ In this process, in order to achieve the goals of the preventive measure, as well as to ensure the legitimacy of data processing, it is important to properly explain to the citizen the purpose of data collection, whether the data is mandatory and what legal consequences may result from non-delivery of data. Awareness allows the citizen to protect his/her rights and not feel that his/her data is being processed illegally. According to the report of the Personal Data Protection Inspector, the problem of accurate confirmation of the proper informa-

tion of the data subject was also revealed in practice.¹¹

The Public Defender of Georgia's 2018 Report on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia states that the Public Defender has been recommending the Ministry of Internal Affairs for years to regulate the obligation of police officers to record videos in relations with citizens. Also, in addition to patrol inspectors, they also have contact with citizens, as well as employees of the Central Criminal Police Department and territorial bodies. Consequently, apart from the fact that they do not have the obligation to videotape their relations with the citizens and it depends on the opinion of the said police officer, the rules and terms of storing the videotaped material are not defined in relation to them.¹²

The Personal Data Protection Inspector in his 2018 activity report also states that "the processing of personal data by law enforcement agencies is often an interference with Article 15 of the Constitution of Georgia and the right to privacy guaranteed by Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The law, to have a legitimate aim and to be a necessary measure in a democratic society. It is important that law enforcement collects, stores and otherwise uses data in accordance with lawful and clear objectives and adheres to principles such as fairness and proportionality. In addition, it is essential to ensure the accuracy, authenticity and transparency of general data processing processes. Enforcement of these requirements by law enforcement agencies is of particular importance, as, unlike other public institutions, they have the ability to obtain and process data from both open and secret sources within the scope of their statutory powers, which in turn increases the risk of inappropriate and excessive data processing."¹³

8 Taylor, m. 2002, In the Activities of the Human Rights Police, Strasbourg, p. 21-22

9 Personal Data Protection Inspector of Georgia. Report on the status of personal data protection and the activities of the inspector, 2018, p.66.

10 Law of Georgia on Police, 04.10.2013. Article 19.

11 Personal Data Protection Inspector of Georgia. Report on the status of personal data protection and the activities of the inspector, 2018, p.67.

12 Report of the Public Defender of Georgia on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia, 2018, p. 64.

13 Personal Data Protection Inspector of Georgia. Report on the status of personal data protection and the activities of the inspector, 2018, p.61.

STANDARD OF REGULATION

Article 13 of the Constitution of Georgia strengthens the right to physical inviolability of a person, his personal freedom, it is one of the main pillars of fundamental rights and according to the Constitution, is subject to special protection.¹⁴ In the case of the Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia, the Constitutional Court noted that “human freedom is such a weighty fundamental right that interference with it by the state authorities should be considered an *ultima ratio*.”¹⁵

Neither the text of Article 8 of the European Convention on Human Rights nor the case law of the European Court of Human Rights exhaustively defines the content of private life. In the case of *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, the European Court of Human Rights stated that personal life is a broad concept which “is not subject to exhaustive definition.”¹⁶ In the case of *Nimitz v. Germany*, the European Court stated that: “The Court does not consider it possible or necessary to exhaustively define the concept of ‘personal life’. However, it would be very limited to confine this concept to the “inner circle” in which a person can live his personal life and exclude from it the outside world, which is not included in this circle.”¹⁷ The Court also notes in the case of *Friedley v. Austria: Respect for private life* also includes, in part, the right to establish and develop relations with other people and the outside world. “*Friedley v. Austria*.”¹⁸ “Respect for privacy should also include, to some extent, the right to establish and develop relationships with other people.”¹⁹

The Constitutional Court, in the case of the Georgian Young Lawyers’ Association and Ekaterine Lomtadze, a citizen of Georgia, v. With the right to inviolability of secrets. What constitutes the essence of the right to inviolability of private life, each of them, at the same time, carries an independent content. In general, personal life refers to the private sphere of an individual’s life and development. The right to privacy, on the one hand, means the ability of an individual, personally, to create and develop his or her own private life at his or her own discretion, and, on the other hand, to be protected from state interference in his or her private sphere. Accordingly, the right to privacy ensures the free development of the individual, as it allows him/her to exchange information, opinions and impressions in a private environment free from public interference and attention.²⁰

As mentioned above, interference with the right to privacy must be accompanied by the principle of proportionality. The use of policing should not pose an excessive threat of fundamental human rights violations. Interference with a particular right is done to achieve a certain public good. In clarifying the issue of alleged violation of the right based on the principle of proportionality, special attention is paid to the severity of the expected threat to legal good. This legal good is, on the one hand, a specific right which needs to be restricted and, on the other hand, a public interest, the protection of which requires an interference with the right. Unless all the preconditions, grounds or rules for interference with the law are clear, clear and sufficiently specific, this in itself entails the risk not only of excessive interference with the law, but also of the mis-satisfaction of the public interest. Consequently, a reasonable and proportionate balance of private and public interests cannot be achieved. Such a norm regulating interference with the law cannot

14 Constitution of Georgia. 24. 08. 1995. Article 13;

15 Constitutional Court of Georgia. Case №1/2/503,513. (11.04.2013). Citizens of Georgia – Levan Izoria and Davit-Mikheili Shublade v. Parliament of Georgia, II-1.

16 European Court of Human Rights (ECHR). Case №13134/87, (25.03.1993). *Costello-Roberts v. the United Kingdom*. Paragraph 36.

17 European Court of Human Rights (ECHR). Case №13710/88, (16.12.1992). *Niemietz v. Germany*. Paragraph 29.

18 European Court of Human Rights (ECHR). Case № 15225/89, (31.01.1995). *Friedel v. Austria*. Paragraph 44.

19 Bokhashvili. B, Korkelia K, 2017. The right to respect for private and family life and the obligations of the

state Overview of the case law of the European Court of Human Rights and the case law of the Constitutional Court of Georgia, p. 22-23.

20 Constitutional Court of Georgia, Case №1/3/407 (26.12.2007) Georgian Young Lawyers Association and Citizen of Georgia Ekaterine Lomtadze v. Parliament of Georgia, II-3

meet the requirements of the principle of proportionality.²¹ The scope of the public interest is also set out in Article 8 of the European Convention on Human Rights, which allows interference with the law when it is necessary: in a democratic society in the interests of national security, public safety, economic prosperity, to prevent disorder or crime, to protect health or morals or the rights and freedoms of others.²²

Police law, in addition to principles, also offers definitions of terms that set certain standards for a police officer in the exercise of his or her powers. The existence of a threat is a precondition for the implementation of a police measure. A police officer can only take police action if a threat is identified, restrict a person's freedom, and determine the responsibility of those responsible for causing a threat to take a specific action or omission. The concept of threat limits the preventive activities of the police, defines its starting and ending points, while ensuring the protection of citizens' rights and freedoms from unjustified interference by the state. Thus, the notion of danger ensures compliance of police activities with the principle of the rule of law.²³ It should be noted that the perception of danger should not depend only on the views of the police. It should not be abstract and the police officer has no right to unjustifiably restrict a person's right on the grounds of danger. The implementation of police measures is related to the existence of a specific threat. This is the specific threat defined in Article 2 (c) of the Law of Georgia on Police. Danger, according to the law, is a situation where there are sufficient grounds to assume that in the event of an uninterrupted course of events, there is a high probability of harm to the good protected by the police.²⁴ The state has no right to take any measure it deems appropriate and

adequate in order to combat a serious threat. Interference with the right, due to its latent nature, carries the risk of abuse of power, abuse, which may have detrimental consequences for a democratic society as a whole. Consequently, in a democratic society, interference with the law can be justified only if the legislation is provided with effective mechanisms to protect against the abuse of power. A state that puts its citizens at risk of covert control should not enjoy unlimited powers. Otherwise, unbalanced legislation, motivated by the protection of democracy, may make democracy itself very fragile and fragile.²⁵

In police law, the powers vested in the police have a special place in the conduct of policing, as it is these powers that determine the activities of the police.²⁶ Police action increases the increased risks of human rights interference. In the exercise of its powers, the police have direct contact with the goods protected by police law. Undoubtedly, a person's personal freedom, his inviolability, freedom to act according to his own will is not an absolute, unrestricted right. However, it is absolutely protected from illegal, unreasonable and arbitrary restrictions. Due to the importance of the right to personal liberty, its restriction is allowed only on the basis of the consent of the court, its decision. According to the Constitution, the court, on the one hand, acts as a guarantor of the protection of a person's physical liberty, and, on the other hand, as a legitimate body empowered to restrict it.²⁷ Paragraph 3 of Article 13 of the Constitution provides for a kind of exception to the above-mentioned norm, which provides for the detention of a person or other restriction of liberty in a case provided by law, by a specially authorized person, without a court decision. However, the scope of

21 Constitutional Court of Georgia, Case №1/3/407 (26.12. 2007) Georgian Young Lawyers Association and Citizen of Georgia Ekaterine Lomtadidze v. Parliament of Georgia, II-12.

22 *Ibid.*, P. II-8.

23 Beraia. I. Gelashvili. N, Giorgishvili. St., Izoria. L, Kiladze. S., Muzashvili. D, Turava. Q, 2015. Police Law. Tbilisi, p. 113-114.

24 *Ibid.*, P. 114.

25 Constitutional Court of Georgia, Case №1/3/407 (26.12.2007) Georgian Young Lawyers Association and Citizen of Georgia Ekaterine Lomtadidze v. Parliament of Georgia, II-9.

26 Beraia. I. Gelashvili. N, Giorgishvili. St., Izoria. L, Kiladze. S., Muzashvili. D, Turava. Q, 2015. Police Law. Tbilisi, p. 139.

27 Constitutional Court of Georgia. Case №1/2/503,513. (11.04.2013). Citizens of Georgia – Levan Izoria and Davit-Mikheili Shubladze v. Parliament of Georgia, II-2.

this exceptional norm is strictly regulated by the Constitution. Article 13 paragraph 3 sets out the obligation that a detained or otherwise deprived person be brought before a court no later than 48 hours.²⁸ Exceptional authority is provided in cases where there is an immediate, urgent need to restrict a person's physical liberty in order to prevent or prevent a crime (offense).²⁹

Georgian Law on Police provides for the identification of a person as one of the preventive police measures.³⁰ The main purpose of identifying a person is to protect public safety. The identification of a person is manifested in specific activities, namely: taking fingerprints and handprints, taking photographs, recording characteristic physical signs, measuring height, recording sound, recording other biometric data. First of all, it should be noted that this measure does not depend on the good will of the person, the police officer has the right and obligation to identify the person in the above cases. Due to the fact that the identification of a person constitutes an intensive interference with human rights, a protocol is drawn up during the implementation of this measure.³¹ In a given situation, a person is stopped for identification. It is also important to note that in proportion to the time of suspension, the requirement of a police officer to justify a person's delay also increases. The time of restriction of liberty should not be so long as to give the suspended person the impression that his freedom of movement is restricted indefinitely.³² A police measure that restricts human rights must be based on strictly defined, foreseeable procedures. There can be no unjustified interference with human rights for the sake of public safety. The decision of the Constitutional Court of Georgia in the case of *Levan Izoria and Davit-Mikheili Shubladze*, cit-

izens of Georgia, against the Parliament of Georgia, clarifies that the Court shares the opinion of the plaintiff (constitutional claim No. 503) that restriction of human freedom and constitutional rights is permissible only. The task of the police, its powers are related to the protection of human rights, the prevention of illegal, socially dangerous acts and crimes, their detection. The performance of these tasks (by the police) is linked to the legitimate use of force (power) and, thus, to the restriction of constitutional human rights and freedoms. That is why any action of a police officer must be strictly regulated by law. A police officer is authorized to restrict the constitutional rights of a person only in cases directly defined by law. A request that is not directly derived from the law and leads to interference with human liberty is not binding. Refusal to comply with such a request may not constitute grounds for a more stringent measure against the person.³³

As mentioned above, in the framework of police preventive measures, there are frequent cases of processing personal data of persons in various forms, including video recording with a mobile phone, identification of a person with a photograph and verification in the database.³⁴ The Law of Georgia on Personal Data Protection defines what kind of information belongs to personal data, in particular, any information related to an identified or identifiable natural person. A person is identifiable when it is possible to identify him or her directly or indirectly, in particular by an identification number or by a person's physical, physiological, psychological, economic, cultural or social characteristics.³⁵ Personal data is processed during video recording and/or identification of a person with a mobile phone, at which time data protection should be considered as international,³⁶ as well as complying with the

28 Constitution of Georgia, 24.08.1995. Article 13

29 Constitutional Court of Georgia. Case №1/2/503,513. (11.04.2013). *Citizens of Georgia – Levan Izoria and Davit-Mikheili Shubladze v. Parliament of Georgia*, II-13.

30 Law of Georgia on Police (04.10.2013). Article 19.

31 Beraia. I. Gelashvili. N, Giorgishvili. St., Izoria. L, Kiladze. S., Muzashvili. D, Turava. Q, 2015. *Police Law*. Tbilisi, p. 156.

32 Constitutional Court of Georgia. Case №1/2/503,513. (11.04.2013). *Citizens of Georgia – Levan Izoria and Davit-Mikheili Shubladze v. Parliament of Georgia*, II-34.

33 Constitutional Court of Georgia. Case №1/2/503,513. (11.04.2013). *Citizens of Georgia – Levan Izoria and Davit-Mikheili Shubladze v. Parliament of Georgia*, II-36.

34 Personal Data Protection Inspector of Georgia. Report on the status of personal data protection and the activities of the inspector, 2018, p.66

35 Law of Georgia on Personal Data Protection. (28.12.2011). Article 2.

36 Council of Europe Convention. №108 (28.01.1981).

requirements of national law. In particular, data may be processed only for specific, clearly defined, legitimate purposes. No further processing of the data for other purposes incompatible with the original purpose is permitted. Also, data may be processed only to the extent necessary to achieve the relevant legitimate purpose and the data should be adequate and proportionate to the purpose for which they are being processed.³⁷ Data security must also be emphasized, which is also very important: the principle of data security requires that appropriate technical or organizational measures be taken in the process of processing personal data to protect it from accidental, unauthorized or unauthorized access, use, modification, disclosure, destruction or damage.³⁸ In general, identification can be an effective measure to prevent and detect an offense, however, in such cases, it is important to have a foreseeable legal procedure. When taking photos and/or videos, the right to personal data protection obliges everyone, and especially journalists, not to take pictures of anyone without permission and not to distribute them by any means, especially if it allows them to identify the person. This prohibition does not apply to missing or wanted persons.³⁹ It should also be noted that this right is not absolute and is subject to limitation, with appropriate grounds and guarantees. In the European Court of Human Rights, *Friedley v. Austria* states: "It is important to assess where, when and under what circumstances a photograph is taken. Issues related to filming or public incidents, material obtained in this way is intended for restricted use if it is available to the general public, etc. The court does not consider the use of a human photo in a criminal investigation Made public, or used for

purposes other than investigation. In the present case, the Vienna police took photographs during a demonstration in which the applicant also participated and the photos were taken. By means of his identity. The Court held that such a photograph did not constitute an interference with Article 8 of the Convention. This finding is linked to several factors: "First, there was no interference with the applicant's private life in the 'inner circle', in the sense that the authorities did not enter his residence and did not take photographs there. Second, the photos were related to a public incident, namely the gathering of multiple persons in a public place in which the applicant had voluntarily participated. Third, the filming was conducted to clarify the nature and situation of the gathering and to record the persons participating in it, in order to provide a legal response to the violation of traffic rules."⁴⁰

In order to protect public safety and law and order, the state must have the necessary legal leverage to prevent threats. This is especially important when avoiding recidivism. However, it is important to draw a clear line between prevention and the offense (crime) committed. It should also be noted that even during the prevention of offenses, the state does not act without restriction.

In the Constitutional Court case, *Edisher Goduadze*, a citizen of Georgia, explains against the Minister of Internal Affairs of Georgia that the possession of a person's personal data by the state, despite its degree of protection against unauthorized access and misuse, always carries a certain risk of processing the data. . Such a restriction threatens to stigmatize the person and in some cases lead to different treatment. These risks increase when personal data relates to a person's misconduct. However, it should be noted that the availability of information about the committed act in the hands of the state itself creates the mood of the data subject that, despite the responsibility, he remains a permanent offender before the state, which in itself complicates the moral rehabilitation of the person.⁴¹

"On Protection of Individuals in Automatic Processing of Personal Data"

37 Law of Georgia on Personal Data Protection. (28.12.2011). Article 4.

38 EU Agency for Fundamental Rights. Council of Europe, European Court of Human Rights. EU Data Protection Supervisor. 2018. Handbook of European Data Protection Law. P. 149.

39 Turava, P. (Ed.), 2013. Commentary on the Constitution of Georgia. Publication of the Regional Center for Research and Promotion of Constitutionalism, Tbilisi. P. 97.

40 European Court of Human Rights (ECHR). Case № 15225/89, (31.01.1995). *Friedel v. Austria*. Paragraph 48.

41 Constitutional Court of Georgia. Case №1/2/622

CONCLUSION

Without detailing the grounds for interference with a person's physical liberty at the legislative level, the guarantees provided for in the Constitution of Georgia lose their purpose. The purposes of the restriction of the right, its grounds, as well as the consequences that may result from the interference with the right must be clear. The restrictive norm must be clear enough not to cause the restriction of the right to be greater than is necessary to achieve a legitimate aim. Any action related to interference with personal liberty, based on clearly formulated legal norms, must be carried out in full compliance with the requirements of the Constitution.⁴² It is necessary to develop a specific and detailed procedure for identifying a person/photo in a database during a preventive measure, which will help to establish a common standard in this area and minimize the risk of processing citizens' personal data in violation of the law. It is also necessary to analyze the appropriateness of using the mobile phone and information transfer facilities used by the employee for the relevant event. According to the rule of law of the executive branch, the principle of bondage also applies to the activities of police bodies. As the protection of public safety and order often requires the restriction of human freedoms, it is necessary to create a special legal basis for the activities of the police.⁴³ The purpose of restricting human rights must always be to protect other constitutional good, as the need to restrict a right generally arises when the exercise of that right comes into conflict with the rights of others or with the interests of a democratic society. In this context, the protection of proportionality is of great importance. The severity of the expected threat to legal good is noteworthy. Legal goodness, on the one hand, is presented in the form of a specific right, which

is restricted, and, on the other hand, there is a public interest, which is protected by interference with the relevant right.⁴⁴ Citizens of Georgia, Levan Izoria and Davit-Mikheili Shubladze v Parliament of Georgia, the Constitutional Court shares the views of the plaintiff remarking that, list of actions to be taken after the suspension should be defined, since only by law directly established can become grounds for interference with human rights. The competence of the police officer should be adequate to achieve the objectives of the suspension, which, In turn, implies the obligations of the suspended person to meet the powers of the police officer.⁴⁵

In view of the above, the degree of protection should be much higher when restricting this area of personal life. The specific purpose, tasks and grounds for interference with the law must be given in detail, clearly, with sufficient conviction and clarity. The rule of interference with the right should be unambiguous, clear and foreseeable, in other words the law should create a very clear and conspicuous idea of when and how the rights of persons may be at risk of restriction.⁴⁶

(09.02.2017). Citizen of Georgia Edisher Goduadze v. Minister of Internal Affairs of Georgia. II-27.

42 Constitutional Court of Georgia. Case №1/2/503,513. (11.04.2013). Citizens of Georgia – Levan Izoria and Davit-Mikheili Shubladze v. Parliament of Georgia, II-26.

43 Korkelia, K. (Ed.), 2014. "Human Rights and Legal Reform in Georgia", Collection of Articles, p. 136.

44 Constitutional Court of Georgia. Case №1/2/503,513. (11.04.2013). Citizens of Georgia – Levan Izoria and Davit-Mikheili Shubladze v. Parliament of Georgia, II-71.

45 *Ibid.*, II-37.

46 Constitutional Court of Georgia, Case №1/3/407 (26.12.2007) Georgian Young Lawyers Association and Citizen of Georgia Ekaterine Lomtadze v. Parliament of Georgia, II-13.

BIBLIOGRAPHY

1. Constitution of Georgia, 24.08.1995. (In Georgian)
2. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.1950. (In Georgian)
3. Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Convention – №108, 28.01.1981. (In English)
4. Law of Georgia on Personal Data Protection – 28.12.2011. (In Georgian)
5. Law of Georgia on Police dated as of 04.10.2013. (In Georgian)
6. I. Beraia, N. Gelashvili, Str. Giorgishvili, L. Izoria, S. Kiladze, D. Muzashvili, P. Turava – Police Law, Tbilisi, 2015. (In Georgian)
7. B. Bokhashvili, K. Korkelia, The Right to Respect for Private and Family Life and state obligations review of the practice of the European Court of Human Rights and Constitutional Court of Georgia, 2017. (In Georgian)
8. Fundamental Rights Agency of the European Union, Council of Europe, European Court of Human Rights, EU Data Protection Supervisor, 2018, European Data Protection Law Handbook. (In Georgian)
9. Editor – K. Korkelia, 2014, collection of Articles “Human Rights and Legal Reform in Georgia”. (In Georgian)
10. Editor – P. Turava, Publication of Regional Center for Research and Promotion of Constitutionalism, Tbilisi, 2013. (In Georgian)
11. M. Taylor, Human Rights in police activities, 2002. (In Georgian)
12. Report on the Status of Personal Data Protection and the activities of the Inspector as of 2018. (In Georgian)
13. Report of the Public Defender of Georgia on the situation of Human Rights and Fundamental Freedoms in Georgia 2018. (In Georgian)
14. Constitutional Court of Georgia, Decision №1/3/407 (26.12. 2007), “Georgian Young Lawyers’ Association and citizen of Georgia Ekaterine Lomtadze v. Parliament of Georgia”. (In Georgian)
15. Constitutional Court of Georgia, Decision No. 1/2/503,513, (11.04.2013), Citizens of Georgia – Levan Izoria and David-Mikheil Shubladze v. Parliament of Georgia. (In Georgian)
16. Constitutional Court of Georgia. Case №1 /2/622 (09.02.2017). Edisher Goduadze, a citizen of Georgia, v. The Minister of Internal Affairs of Georgia. (In Georgian)
17. European Court of Human Rights (ECHR), Case №13134/87, (25.03.1993). Costello-Roberts v. The United Kingdom. (In English)
18. European Court of Human Rights (ECHR), Case – №13710/88, (16.12.1992). Niemietz v. Germany. (In English)
19. European Court of Human Rights (ECHR), Case № 15225/89, (31.01.1995). Friedel v. Austria. (In English)

RAPPORT ENTRE LES CONTRATS DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE ET INDÉTERMINÉE EN DROIT GÉORGIEN ET INTERNATIONAL

Natia Rekhviashvili

Juriste

KEYWORDS: Travail, Forme, Contrat

INTRODUCTION

La législation de travail de la Géorgie prévoit des types de contrats à durée déterminée et indéterminée. Aussi, elle établit des différences et des préavis législatifs et en cas de leur respect elle assure une légitimation du contrat de travail à durée déterminée.

Conformément à l'article 5 de la constitution de la Géorgie, la Géorgie est un état social. D'après cet extrait de la constitution, l'état doit particulièrement prendre soin des droits sociaux des hommes, dont l'un des plus importants c'est le droit de travail. En vertu de l'article 2 du code de travail de la Géorgie, «la relation de travail c'est l'accomplissement du travail par le salarié en faveur de l'employeur en échange de la rémunération en conditions de la régulation organisationnelle du travail». Voilà cet extrait du code de travail – «l'accomplissement du travail par le salarié en faveur de l'employeur» signifie initialement l'état subordonné du salarié par rapport à l'employeur, ainsi, il est considéré que la législation en vigueur doit comprendre plus de garanties pour le respect des droits du salarié. Aussi, la charte sociale de l'Europe fait valoir des garanties du respect des droits des salariés, en soulignant également la liste des droits des salariés et des obligations de l'état en vue du respect de ces droits.

L'objectif de notre travail c'est d'analyser des préavis législatifs, établis pour des contrats conclus à durée déterminée et d'établir à quel point des garanties pour la protection des droits du salarié sont assurées dans le cadre de la législation de travail en vigueur, aussi, d'effectuer la comparaison entre les contrats conclus à durée déterminée et indéterminée.

PARTIE PRINCIPALE

L'article 6 du code de travail de la Géorgie détermine le sujet de la durée du contrat de travail. Conformément à la partie 1 de cet article «le contrat de travail est conclu sous forme écrite ou verbale, à durée déterminée ou indéterminée». Il faut signaler que jusqu'en 2013 le code de travail applicable comprenait un extrait suivant: «le contrat de travail est conclu sous forme écrite ou verbale, à durée déterminée, indéterminé ou à durée d'accomplissement de travail». Le législateur mettait à part le contrat de travail conclu à durée d'accomplissement de travail». D'après la législation en vigueur aujourd'hui, le travail à accomplir avec le volume concret est considéré comme un contrat conclu à durée déterminée¹, donc, il n'y a pas de nécessité de le séparer à une catégorie à part.

Le sujet de la durée du contrat de travail est déterminé par l'article 6 du «code de travail» de la Géorgie qui établit deux cas du code de travail conclu à durée déterminée, quand le contrat est conclu à une durée calendrier concrète, la détermination de la durée de contrat dépend d'un certain objectif².

Conformément au paragraphe 1² de l'article 6, «sauf le cas où le durée du contrat de travail est 1 an ou plus, le contrat de travail est conclu à une durée déterminée seulement dans le cas où:

1. Il faut accomplir un travail de volume concret;
2. Il faut accomplir un travail saisonnier;

3. Le volume du travail augmente temporairement;
4. Il y a lieu du remplacement du salarié absent temporairement à l'appui de l'arrêt de relation de travail;
5. Il existe une autre circonstance objective justifiant la conclusion du contrat à durée déterminée».

Mais le sujet du contrat de travail à durée indéterminée est régulé par le paragraphe 3 de l'article 6 dont la disposition est la suivante: «si le contrat de travail est conclu pour une durée de plus de 30 jours, ou si la relation de travail dure à la suite de la conclusion successive du contrat de travail à durée déterminée deux fois ou plus et sa durée dépasse 30 mois, il est censé que c'est le contrat de travail à durée indéterminée qui est conclu».

Le code de travail applicable jusqu'en 2013 ne prévoyait pas le durée, et le contrat de travail conclu successivement après celle-ci était considéré comme conclu sans durée. Un extrait du code de travail applicable aujourd'hui, sous forme de limite de durée de 30 mois établi afin de considérer le contrat à durée indéterminée doit être considéré comme un progrès. Pourtant, il faut signaler que dans ce cas il est nécessaire que les deux préavis existent de manière cumulative: «le contrat de travail doit être conclu avec la succession de deux ou plusieurs fois» et «sa durée doit dépasser 30 mois». Il faut remarquer que le législateur n'établit pas la limite et le fondement des contrats de travail à conclure successivement, l'employeur a la possibilité de conclure successivement avec la quantité indéterminée le contrat de travail à durée déterminée sans expliquer au salarié son fondement, aussi l'employeur n'est pas engagé à formuler le fondement objectif à cause du quoi il a considéré utile de conclure le contrat à durée déterminée encore avec le salarié à la place du contrat à durée indéterminée, ce qui ne peut pas être justifié car lors de la conclusion du contrat à durée déterminée l'objectif pour l'accomplissement duquel il a été conclu doit être clair.³

1 Sous paragraphe "a" du paragraphe 1² de l'article 6 du code de travail.

2 Le droit de travail de la Géorgie et les standards de travail internationaux, manuel pour les juges, les juristes et les professeurs de droit, p. 176.

3 Le droit de travail de la Géorgie et les standards de travail internationaux, manuel pour les juges, les juristes

Le sujet concerné est réglé par une directive du 28 juin 1999 du Conseil de l'Europe «à propos des contrats de travail à durée déterminée» le cadre à propos de l'accord», dont l'article 5 établit des demandes dont le respect est obligatoire, afin d'éviter l'abus des contrats de travail à durée déterminée conclu successivement l'un à l'autre, ou des relations, ces demandes sont les suivantes:

- des circonstances objectives justifiant la prolongation de ces types de contrats;
- la durée maximale totale admissible des contrats conclus successivement l'un à l'autre;
- la quantité admissible de la conclusion de ces types de contrats.

Parmi ces trois demandes aucune n'est règlementée complètement dans la législation de travail de la Géorgie. L'extrait du sous paragraphe «e» du paragraphe 1² de l'article 6 du code de travail «une autre circonstance objective» rend encore plus ambigu le sujet concerné et ainsi donne à l'employeur une liberté totale de qualifier n'importe quelle circonstance favorable pour lui comme «une autre circonstance objective» et à l'appui de cela de conclure un contrat de travail à durée déterminée avec le salarié ce qui entre directement en contradiction avec la directive du 28 juin 1999 du Conseil de l'Europe «à propos des contrats de travail à durée déterminée» le cadre à propos de l'accord».

Comme les circonstances objectives et la quantité admissible de la conclusion du contrat à durée déterminée ne sont pas prévues par la législation de la Géorgie, l'employeur a une liberté totale de conclure avec le salarié, en régime permanent, le contrat à durée déterminée successive jusqu'à atteindre la limite de 30 mois, ce qui viole les droits du salarié car il doit avoir le droit de savoir la raison pour laquelle on conclut avec lui un contrat de travail à durée indéterminée.

En plus, lors de la conclusion du contrat à durée déterminée il est initial d'indiquer au contrat l'objectif avec la durée, dont l'accomplissement est son devoir, en cas contraire cela peut devenir le fondement de la résiliation du contrat.⁴

A mon avis l'approche du législateur est juste quand le volume concret du temps est établi, après quoi le contrat de travail conclu est considéré comme conclu à durée indéterminée, pourtant la circonstance établie par le paragraphe «e» du paragraphe 1² de l'article 6 du code de travail est discutable. La circonstance objective peut être appréciée de plusieurs manières, ainsi l'employeur a un pouvoir, donné par la législation, de déterminer et d'établir lui-même au salarié une circonstance objective ce qui rend possible de conclure avec lui un contrat à durée déterminée. Les préavis doivent être déterminés justement et clairement par le législateur ce qui rend possible la conclusion du contrat à durée déterminée entre des parties et ne doivent pas donner la possibilité d'une vaste interprétation provoquant dans certains cas la violation des droits du salarié.

Par la législation géorgienne les circonstances objectives et la quantité admissible de la conclusion du contrat à durée déterminée ne sont pas prévues, ainsi l'employeur a une liberté totale de conclure avec le salarié un contrat à durée déterminée successive avant d'atteindre la limite de 30 mois ce qui va violer les droits du salarié car il doit avoir le droit de savoir la raison pour laquelle on ne conclut pas avec lui le contrat de travail à durée indéterminée. En plus, le sus dit donne la possibilité à l'employeur d'abuser son état dominant et de conclure avec le salarié des contrats de travail à durée déterminée indéfiniment et successivement avant d'atteindre la durée de 30 mois, ce qui n'est pas justifié ni par la directive du 28 juin 1999 du Conseil de l'Europe «à propos des contrats de travail à durée déterminée» le cadre à propos de l'accord», ni par une charte sociale de l'Europe. Le sujet concerné nécessite d'être raffiné. Il faut assigner à l'employeur la limite pour la conclusion du contrat de travail à durée déterminée successif avec le salarié. Aussi la durée de 30 mois des contrats de travail conclu successivement est élevée de manière incohérente, ce qui comprend réellement plus de 2 ans. Ainsi, pendant cette période l'employeur a le droit illimité

et les professeurs de droit, p.176.

4 Le droit de travail de la Géorgie et les standards de tra-

vail internationaux, manuel pour les juges, les juristes et les professeurs de droit, p.178.

de conclure successivement avec le salarié des contrats de travail. Il s'agit ici de la violation des droits de travail du salarié, qui n'est pas compatible avec le principe social d'état et qui nécessite plus de concrétisation de la part du législateur à propos de la quantité des contrats de travail conclus successivement.

«*Des contrats ainsi dit en chaîne (même quand parmi eux il y a un intervalle d'un an) et des contrats à durée déterminée ne justifiant pas l'objectif de la conclusion des contrats à durée déterminée d'après la directive, entrent en contradiction avec le droit de travail respecté par le contrat fondateur de l'Union Européenne et la convention européenne des droits de l'homme*»⁵.

Il est évident que lors de la conclusion des contrats à durée déterminée le plus primordial c'est l'objectif du contrat de travail. La conclusion du contrat à durée déterminée doit être délibérée non comme le droit illimité de l'employeur de se servir de son état dominant par rapport au salarié et de déterminer le sujet de conclusion du contrat, mais elle doit être délibérée comme le droit du salarié de conclure avec lui le contrat de travail à durée déterminée dans des cas justement déterminés par la loi et suivant un objectif justifié. Le paragraphe «e» du paragraphe 1² de l'article 6 du code de travail est exactement contradictoire à cet objectif. Voilà cet extrait de la loi «une autre circonstance objective» porte un caractère ambigu donnant à l'employeur le pouvoir illimité de justifier par n'importe quelle raison la conclusion avec le salarié du contrat de travail à durée déterminée.

L'ambiguïté de la loi peut devenir le fondement pour la violation des droits de la deuxième partie du contrat ce qui est inadmissible car la loi doit être juste et claire et dégagée des lacunes.⁶

En vue du respect des droits du salarié embauché par le contrat de travail à durée déterminée, il a été élaboré une directive 1999/70/EC du

Conseil du 28 juin 1999, «à propos des contrats de travail à durée déterminée» le cadre à propos de l'accord», formé par «une Confédération des syndicats de l'Europe (ETUC), une union de confédération des fumeurs et des employeurs de l'Europe (UNICE) et un centre européen des employeurs et des entreprises (CEEP), qui établit des garanties supplémentaires de protection des droits du salarié embauché par le contrat de travail à durée déterminée, comme telles: l'inadmissibilité de la discrimination par rapport au salarié embauché par le contrat de travail à durée indéterminée, le principe du calcul du stage de travail à l'exemple du salarié embauché par le contrat de travail à durée indéterminée. Egalement, informer et consulter les salariés à propos des places vacantes dans une entreprise et une obligation de l'employeur d'assurer la croissance des connaissances et une qualification du salarié embauché par le contrat à durée déterminée. Les sujets concernés ne sont pas réglés par le code de travail de la Géorgie et il serait admissible si le législateur géorgien déterminerait de tels standards de protection des droits du salarié ainsi qu'expliquerait les droits du salarié embauché par le contrat à durée déterminée judiciaire et national, conformément à une directive mentionnée.

En ce qui concerne la durée de 30 jours établie afin de considérer le contrat comme un contrat de travail à durée indéterminée par la législation de la Géorgie, à quel point l'établissement du donné concret du temps est équitable, c'est un sujet d'estimation qui peut être évalué seulement à l'appui de l'analyse de la législation des autres pays.

La législation de la France règle strictement le sujet du contrat de travail à durée déterminée en assignant des préavis à l'employeur dans quels cas il est capable de conclure un contrat à durée déterminée. Notamment, d'après la législation française le contrat de travail à durée déterminée peut être conclu pour une durée de 18 mois minimum et de 36 mois maximum. Aussi, il est inadmissible de le conclure de nouveau et il est possible de le renouveler pour un objectif concret et strictement déterminé⁷.

5 Chachava. S., 2011, «Recommandations du perfectionnement par le droit judiciaire de la législation applicable envers la résiliation des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée». P. 47-48.

Chachava. S., 2011, «Recommandations du perfectionnement par le droit judiciaire de la législation applicable envers la résiliation des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée». P. 51.

7 <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les->

Le contrat à durée déterminée peut être conclu seulement dans des cas déterminés par la loi pour des objectifs concrets. Le cas déterminé par la loi peut être le remplacement temporaire du salarié embauché à durée indéterminée (sauf des cas de grève), pour le travail saisonnier, quand il s'agit des objectifs des organisations, par exemple: des travaux de réparation de chantier, la location des ingénieurs et des fonctionnaires.

La législation française établit la limite minimale et maximale pour des contrats à durée déterminée. Notamment, le contrat à durée déterminée peut être conclu pour une durée de 18 mois minimum et de 36 mois maximum. Aussi, il est interdit de le renouveler, le législateur français initialement met l'accent sur l'objectif en concluant le contrat à durée déterminée. La conclusion du contrat à durée déterminée est justifiée quand il sert à l'accomplissement de l'objectif concret et déterminé.⁸

La législation française met dans un cadre plus étroit le contrat à durée déterminée et détermine plus de préavis pour lui. D'après la législation française il est souligné que le salarié embauché par le contrat à durée déterminée profite des mêmes droits que le salarié embauché par le contrat à durée indéterminée, tels que le droit d'un environnement sans danger et sain, le droit de repos.

Le sus dit est également souligné par une directive 1999/70/EC du Conseil du 28 juin 1999, «à propos des contrats de travail à durée déterminée» le cadre à propos de l'accord», établissant des garanties de protection des droits du salarié, notamment, conformément au 1 paragraphe de l'article 4 de cette directive «les salariés travaillant par le contrat à durée déterminée, seulement vu le fait qu'ils sont embauchés par le contrat à durée déterminée ne doivent pas se retrouver dans des conditions pires que les salariés égalisés avec des salariés embauchés par le contrat à durée indéterminée, sauf le cas, où la différence est justifiée par des raisons objec-

tives». Suite au paragraphe 4 du même article «pour le salarié travaillant par un contrat à durée déterminée à propos des activités concrètes il faut appliquer les mêmes conditions de calcul du stage de travail que pour des travailleurs avec le contrat à durée indéterminée, sauf des cas où la différence est justifiée par des raisons objectives». Conformément au paragraphe 4 du même article «pour des salariés travaillant par un contrat à durée déterminée pour des travaux concrets il faut appliquer les mêmes circonstances du calcul de stage de travail que pour les travailleurs par un contrat à durée indéterminée sauf des cas quand la différence est justifiée par des circonstances objectives».

Il est évident que la législation française établit des préavis plus stricts pour un contrat à durée déterminée et elle met l'accent sur l'objectif. Pourtant, la législation de la Géorgie donne la possibilité à l'employeur d'utiliser la loi au profit de ses propres intérêts et d'évaluer n'importe quelle circonstance comme «une autre circonstance objective» et de conclure avec le salarié un contrat de travail à durée déterminée pour cette raison.

Le droit allemand aussi attribue un rôle particulier au respect des droits du salarié lors du contrat à durée déterminée. D'après la législation allemande le contrat de travail individuel ne doit servir qu'au meilleur respect des droits du salarié en évitant de les violer.⁹

CONCLUSION

D'après la législation de travail de la Géorgie il faut constituer une quantité maximale des contrats de travail à conclure successifs, aussi en définissant les droits de travail du salarié embauché par le contrat à durée déterminée le tribunal national doit délibérer plus largement non

8 <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les-contrats-de-travail/article/le-contrat-a-duree-determinee-cdd> (date d'accès 01.04.2019)

9 https://books.google.ge/books?id=7_dpy-2IqHyIC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=fixed-term-law+contract&source=bl&ots=hZggSFBzik&sig=ACfU3U2RPtOhZRQ3JyCBU5k_GLqbEY-C8hA&hl=ka&sa=X&ved=2ahUKewiVhfnr-rcfoAhWdfZoKHULaBrAQ6AEwAHoE-CAgQJg#v=onepage&q=fixed-term-law%20contract&f=false (date d'accès 1.04.2019; p. 38)

seulement par la législation nationale mais aussi par une charte sociale de l'Europe et par une directive 1999/70/EC du Conseil du 28 juin 1999, «à propos des contrats de travail à durée déterminée» le cadre à propos de l'accord».

Aussi, il faut considéré comme résilié le contrat de travail à durée déterminée dans lequel l'objectif pour lequel il a été conclu, n'est pas accentué clairement et l'extrait du sous paragraphe «e» du

paragraphe 1² de l'article 6 du code de travail «une autre circonstance objective» ne doit pas devenir dans tous les cas le fondement de la conclusion du contrat à durée déterminée. L'employeur est engagé à expliquer clairement l'objectif concret dans le contrat de travail dont l'accomplissement est le devoir de la conclusion du contrat de travail à durée déterminée, afin d'éviter la violation des droits de travail du salarié.

LES SOURCES:

1. Abraham S.k., 2002. "The Forms and Functions of Tort Law", Second Edition, New York, New York Foundation Press.
2. Boroni A., Zaalishvili V., Amiranashvili G., 2016, Le Commentaire sur le Code du travail de Géorgie, Editeur: Meridian.
3. «Bref aperçu de la conformité de la législation du travail géorgienne avec les normes internationales du travail dans le contexte des exigences du système de préférences généralisées de l'UE», 2007, La revue de la loi géorgienne.
4. Dumbadze M., 2014, Droit du travail (recueil d'articles), p. 295-340
5. Foskuleri B., 2014, Nouvelle législation géorgienne du travail: plusieurs questions sélectionnées pour examen, législation du travail (recueil d'articles), III, p. 174.
6. Kardava E., 2016, «Développement du droit du travail dans le contexte des processus d'intégration européenne», Le Magazine de Droit N1, p. 148-160.
7. Lunney M., Oliphant K., 2010. "Tort Law", Oxfors University Press
8. Rukhadze E., 2019, Aspects clés de l'organisation du travail dans l'UE et du respect de la législation géorgienne, Revue de droit privé, N 2, p. 71.
9. Shvelidze Z., Bodone Q. et les autres, 2017, Le droit de travail georgien et les standarts internationaux de droit, L'Organisation internationale du travail, p. 176.
10. Shvelidze Z., 2011. Caractéristiques du statut juridique de l'employé prévues par le Code du travail de Géorgie, Droit du travail (recueil d'articles), I, p. 85.
11. Zenaishvili A., 2015, «Les Commentaires sur le Code du travail de Géorgie», Editeur: «Le monde de juristes».

MATÉRIEL NORMATIF:

1. Charte sociale européenne - www.matsne.gov.ge (consulté le 2 avril)
2. Constitution de la Géorgie - www.matsne.gov.ge (Date d'accès: Date d'accès 2 avril)
3. La Code de Travail- www.matsne.gov.ge (consulté le 2 avril)
4. Directive 1999/70 / CE du Conseil du 28 juin 1999 relative à l'accord-cadre sur les contrats conclu par la Confédération des syndicats européens (CES), la Confédération des industriels et employeurs européens (UNICE) et le Centre européen des employeurs et des entreprises (CEEP) - Ratifié par la résolution du 1er juillet 2005 par le Parlement de Géorgie.

ვადიანი და უვადო შრომითი ხელშეკრულებების ურთიერთმიმართება ქართულ და საერთაშორისო სამართალში

ნათია რეხვიაშვილი

იურისტი

საკვანძო სიტყვები: შრომა, ფორმა, ხელშეკრულება

შესავალი

ქართული შრომის კანონმდებლობა ითვალისწინებს ვადიანი და უვადო შრომითი ხელშეკრულების სახეებს. აგრეთვე აწესებს განსხვავებებსა და საკანონმდებლო წინაპირობებს, რომელთა დაცვის შემთხვევაშიც ახდენს ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების ლეგიტიმაციას.

საქართველოს კონსტიტუციის მე-5 მუხლის თანახმად, საქართველო არის სოციალური სახელმწიფო. კონსტიტუციის აღნიშნული ჩანაწერი ნიშნავს იმას, რომ სახელმწიფო განსაკუთრებით უნდა ზრუნავდეს ადამიანთა სოციალურ უფლებებზე, რომელთაგან ერთ-ერთი უმთვარესია შრომის უფლება. საქართველოს შრომის კოდექსის მე-2 მუხლის თანახმად, „შრომითი ურთიერთობა არის შრომის ორგანიზაციული მონესრიგების პირობებში დასაქმებულის მიერ დამსაქმებლისათვის სამუშაოს შესრულება ანაზღაურების სანაცვლოდ“. შრომის კოდექსის აღნიშნული ჩანაწერი – „დასაქმებულის მიერ დამსაქმებლისათვის სამუშაოს შესრულება“ იმთავითვე მიაჩნება დასაქმებულის დაქვემდებარებულ მდგომარეობას დამსაქმებელთან შედარებით, შესაბამისად მიიჩნევა, რომ

მოქმედი კანონმდებლობა დასაქმებულის უფლებების დაცვის მეტ გარანტიას უნდა შეიცავდეს. დასაქმებულთა უფლებების დაცვის გარანტიებზე მიუთითებს აგრეთვე ევროპის სოციალური ქარტია, რომელიც დასაქმებულთა უფლებების ჩამონათვალსა და ამ უფლებების დაცვის მიზნით სახელმწიფოს ვალდებულებებზე მიუთითებს.

ნაშრომის მიზანია გაანალიზოს ის საკანონმდებლო წინაპირობები, რაც დადგენილია განსაზღვრული ვადით დადებული შრომითი ხელშეკრულებებისათვის და დაადგინოს რამდენად ეფექტურად არის უზრუნველყოფილი დასაქმებულის უფლებრივი დაცვის გარანტიები მოქმედი შრომითი კანონმდებლობის ფარგლებში, აგრეთვე მოახდინოს განსაზღვრული და განუსაზღვრელი ვადით დადებული შრომითი ხელშეკრულების ურთიერთშედარება.

შრომითი ხელშეკრულების ვადის საკითხს განსაზღვრავს საქართველოს შრომის კოდექსის მე-6 მუხლი. აღნიშნული მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად, „შრომითი ხელშეკრულება იდება წერილობითი ან ზეპირი ფორმით, განსაზღვრული ან განუსაზღვრელი ვადით“. უნდა აღინიშნოს რომ 2013 წლამდე მოქმედი შრომის კოდექსი შეიცავდა ასეთ ჩანაწერს „შრომითი ხელშეკრულება იდება წერილობითი ან ზეპირი ფორმით, განსაზღვრული, განუსაზღვრელი ან სამუშაოს შესრულების ვადით“. კანონმდებელი ცალკე გამოყოფდა სამუშაოს შესრულების ვადით დადებულ შრომით ხელშეკრულებას. დღეს მოქმედი კანონმდებლობით კონკრეტული მოცულობით შესასრულებელი სამუშაო მიიჩნევა განსაზღვრული ვადით დადებულ შრომით ხელშეკრულებად¹ შესაბამისად, მისი ცალკე კატეგორიად გამოყოფის საჭიროება არ იკვეთება.

შრომითი ხელშეკრულების ხანგრძლივობის საკითხს განსაზღვრავს საქართველოს „შრომის კოდექსის“ მე-6 მუხლი, რომელიც განსაზღვრული ვადით დადებული შრომის კოდექსის ორ შემთხვევას ადგენს,

როდესაც ხელშეკრულება ფორმდება კონკრეტული კალენდარული ვადით; ხელშეკრულების ვადის განსაზღვრა უკავშირდება გაკრვეულ მიზანს²

შრომის კოდექსის მე-6 მუხლის 12 პუნქტის თანახმად, „გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც შრომითი ხელშეკრულების ვადაა 1 წელი ან მეტი, შრომითი ხელშეკრულება განსაზღვრული ვადით იდება მხოლოდ მაშინ, როცა:

1. შესასრულებელია კონკრეტული მოცულობის სამუშაო;
2. შესასრულებელია სეზონური სამუშაო;
3. სამუშაოს მოცულობა დროებით იზრდება;
4. ხდება შრომითი ურთიერთობის შეჩერების საფუძვლით სამუშაოზე დროებით არმყოფი დასაქმებულის ჩანაცვლება;
5. არსებობს სხვა ობიექტური გარემოება, რომელიც ამართლებს ხელშეკრულების განსაზღვრული ვადით დადებას“.

ხოლო უვადო შრომითი ხელშეკრულების საკითხი მოწესრიგებულია მე-6 მუხლის მე-3 პუნქტით, რომლის დისპოზიციას შემდეგი „თუ შრომითი ხელშეკრულება დადებულია 30 თვეზე მეტი ვადით, ან თუ შრომითი ურთიერთობა გრძელდება ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების ორჯერ ან მეტჯერ მიმდევრობით დადების შედეგად და მისი ხანგრძლივობა აღემატება 30 თვეს, ჩაითვლება, რომ დადებულია უვადო შრომითი ხელშეკრულება“.

2013 წლამდე მოქმედი შრომის კოდექსი არ ითვალისწინებდა ვადას, რომლის შემდგომ მიმდევრობით დადებული შრომითი ხელშეკრულებაც მიიჩნეოდა უვადოდ დადებულად. დღეს მოქმედი შრომის კოდექსის ჩანაწერი ხელშეკრულების უვადოდ მიჩნევისთვის დაწესებული 30 თვიანი ვადის ლიმიტის სახით, უდაოდ პროგრესად უნდა ჩაითვალოს. თუმცა აღსანიშნავია, რომ ამ

1 შრომის კოდექსის მე-6 მუხლის 12 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტი.

2 საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები სახელმძღვანელო მოსამართლეების, იურისტებისა და სამართლის პედაგოგებისთვის. გვ. 176.

შემთხვევაში კუმულაციურად უნდა არსებობდეს ორივე წინაპირობა: „შრომითი ხელშეკრულება დადებული უნდა იყოს ორჯერ ან მეტჯერ მიმდევრობით“ და „მისი ხანგრძლივობა უნდა აღემატებოდეს 30 თვეს“. უნდა აღინიშნოს რომ კანონმდებელი არ ადგენს მიმდევრობით გასაფორმებელი შრომითი ხელშეკრულებების ლიმიტს და საფუძველს, დამსაქმებელს შეუძლია განუსაზღვრელი ოდენობით მიმდევრობით გააფორმოს ვადიანი შრომითი ხელშეკრულება ისე რომ არც განუმარტოს დასაქმებულს ამის საფუძველი, აგრეთვე დამსაქმებელს არ გააჩნია ვალდებულება დაასაბუთოს ობიექტური საფუძველი, რის გამოც მან საჭიროდ მიიჩნია ვადიანი ხელშეკრულების გაფორმება კვლავ დასაქმებულთან უვადო ხელშეკრულების ნაცვლად, რაც არ შეიძლება გამართლებულად ჩაითვალოს, ვინაიდან ვადიანი ხელშეკრულების გაფორმებისას მკაფიოდ უნდა იკვეთებოდეს მიზანი, რომლის შესასარულებლადაც იგი დაიდო³. აღნიშნულ საკითხს აწესრიგებს ევროსაბჭოს 1999 წლის 28 ივნისის დირექტივა „ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების შესახებ“ ჩარჩო შეთანხმების თაობაზე“, რომლის მე-5 მუხლი ადგენს მოთხოვნებს, რომელთა დაცვაც აუცილებელია, იმისთვის, რომ თავიდან იქნას აცილებული ერთმანეთის მიმდევრობით დადებული ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების ან ურთიერთობების ბოროტად გამოყენება, ეს მოთხოვნებია:

- ობიექტური გარემოებები, რომლებიც ასეთი ხელშეკრულებების გაგრძელებას ამართლებს;
- ერთმანეთის მიმდევრობით დადებული ხელშეკრულების საერთო ჯამში მაქსიმალური დასაშვები ხანგრძლივობა;
- ასეთი ხელშეკრულებების დადების დასაშვები რაოდენობა.

ამ სამ მოთხოვნათაგან არცერთი არ არის სრუყოფილად რეგლამენტირებული

ქართულ შრომით კანონმდებლობაში. შრომის კოდექსის მე-6 მუხლის 12 პუნქტის „ე“ ქვეპუნქტის ჩანაწერი „სხვა ობიექტური“ გარემოება კიდევ უფრო ბუნდოვანს ხდის აღნიშნულ საკითხს და დამსაქმებელს სრულ თავისუფლებას ანიჭებს ნებისმიერი გარემოება რაც მისთვის ხელსაყრელია დააკვალიფიციროს „სხვა ობიექტურ გარემოებად“ და ამის საფუძველზე გააფორმოს დასაქმებულთან ვადიანი შრომითი ხელშეკრულება, რაც პირდაპირ წინააღმდეგობაში მოდის ევროსაბჭოს 1999 წლის 28 ივნისის დირექტივასთან „ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების შესახებ“ ჩარჩო შეთანხმების თაობაზე“.

ვინაიდან ქართული კანონმდებლობით გათვალისწინებული არ არის ობიექტური გარემოებები და ვადიანი ხელშეკრულების დადების დასაშვები ოდენობა, შესაბამისად, დამსაქმებელს ეძლევა სრული თავისუფლება დასაქმებულთან მუდმივ რეჟიმში გააფორმოს მიმდევრობით ვადიანი შრომითი ხელშეკრულება, იქამდე სანამ 30 თვიან ლიმიტს არ მიაღწევს, რაც ხელყოფს დასაქმებულის უფლებებს, ვინაიდან მას უნდა ჰქონდეს უფლება იცოდეს მიზეზი რის გამო არ ხდება მასთან უვადო შრომითი ხელშეკრულების გაფორმება.

ამასთან, ვადიანი ხელშეკრულების გაფორმებისას უმთავრესია ხელშეკრულებაში მითითებულ იქნას ვადასთან ერთად მიზანი, რომლის შესრულებასაც იგი ემსახურება, წინააღმდეგ შემთხვევაში ეს შეიძლება გახდეს ხელშეკრულების ბათილობის საფუძველი⁴.

ვფიქრობ, სწორია კანონმდებლის მიდგომა, რომ დადგენილია დროის კონკრეტული მოცულობა, რომლის შემდგომაც დადებული შრომითი ხელშეკრულება ითვლება უვადოდ დადებულად, თუმცა საკამათოა შრომის კოდექსის მე-6 მუხლის 12 პუნქტის „ე“ ქვეპუნქტით დადგენილი პირობა. ობიექტური გარემოება შეიძლება შეფასდეს მრავალგვარად, შესაბამისად, დამსაქმებელს აქვს კანონით მინიჭებული ფართო

3 საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები სახელმძღვანელო მოსამართლეების, იურისტებისა და სამართლის პედაგოგებისთვის. გვ. 176.

4 საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები სახელმძღვანელო მოსამართლეების, იურისტებისა და სამართლის პედაგოგებისთვის. გვ. 178.

უფლებამოსილება თავად განსაზღვროს და დაუდგინოს დასაქმებულს ობიექტური გარემოება, რაც შესაძლებელს გახდის მასთან ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების გაფორმებას. კანონმდებლის მიერ ზუსტად და მკაფიოდ უნდა იყოს განსაზღვრული წინაპირობები, რომელიც შესაძლებელს ხდის მხარეთა შორის ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების გაფორმებას და არ უნდა იძლეოდეს ფართო ინტერპრეტაციის საშუალებას, რაც რიგ შემთხვევაში შესაძლოა დასაქმებულის უფლებების ხელყოფას იწვევდეს.

ქართული კანონმდებლობით გათვალისწინებული არ არის ობიექტური გარემოებები და ვადიანი ხელშეკრულების დადების დასაშვები ოდენობა, შესაბამისად დამსაქმებელს ეძლევა სრული თავისუფლება დასაქმებულთან მუდმივ რეჟიმში გააფორმოს მიმდევრობით ვადიანი შრომითი ხელშეკრულება, იქამდე სანამ 30 თვიან ლიმიტს არ მიაღწევს, რაც ხელყოფს დასაქმებულის უფლებებს, ვინაიდან მას უნდა ჰქონდეს უფლება იცოდეს მიზეზი რის გამო არ ხდება მასთან უვადო შრომითი ხელშეკრულების გაფორმება. ამასთან, აღნიშნული აძლევს საშუალებას დამსაქმებელს ბოროტად გამოიყენოს თავისი დომინანტური მდგომარეობა და განუსაზღვრელად, მიმდევრობით დადოს ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებები დასაქმებულთან, იმ დრომდე სანამ 30 თვიან ვადას არ მიაღწევს, რაც არ არის გამართლებული არც 1999 წლის 28 ივნისის დირექტივით „ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების შესახებ“ ჩარჩო შეთანხმების თაობაზე“, არც ევროპის სოციალური ქარტიით. აღნიშნული საკითხი საჭიროებს დახვეწას. დამსაქმებელს უნდა დაუწესდეს ლიმიტი დასაქმებულთან ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების მიმდევრობით დადებასთან დაკავშირებით. ასევე მიმდევრობით დადებული შრომითი ხელშეკრულებების ხანგრძლივობა 30 თვის ვადით არის შეუსაბამოდ მაღალი, ეს ფაქტობრივად მოიცავს 2 წელზე მეტს, შესაბამისად, ამ პერიოდის განმავლობაში დამსაქმებელს აქვს შეუზღუდავი უფლება მიმდევრობით გააფორმოს დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულებე-

ბი. ეს არის დასაქმებულის შრომითი უფლებების დარღვევა, არ ემსახურება სოციალური სახელმწიფოს პრინციპს და საჭიროებს მეტ კონკრეტიკას კანონმდებლის მხრიდან მიმდევრობით გაფორმებული შრომითი ხელშეკრულებების ოდენობასთან დაკავშირებით.

„ე.წ ჯაჭვური შრომითი ხელშეკრულებები (მაშინაც კი, როდესაც მათ შორის ერთ წლიანი შუალედია) და ვადიანი ხელშეკრულებები, რომლებიც არ ამართლებენ ხელშეკრულების განსაზღვრული ვადით დადების მიზანს დირექტივის თანახმად, წინააღმდეგობაში მოდის ევროპული კავშირის დამფუძნებელი ხელშეკრულებითა და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით დაცულ შრომის უფლებასთან“⁵.

როგორც თვალსაჩინოდ ჩანს, ვადიანი ხელშეკრულების გაფორმებისას უმთავრესია შრომითი ხელშეკრულების მიზანი. ხელშეკრულების განსაზღვრული ვადით დადება უნდა განიხილებოდეს არა როგორც დამსაქმებლის შეუზღუდავი უფლება გამოიყენოს საკუთარი დომინანტური მდგომარეობა დასაქმებულთან შედარებით და განსაზღვროს ვადიანი ხელშეკრულებების გაფორმების საკითხი, არამედ უნდა განიხილებოდეს როგორც დასაქმებულის უფლება მასთან მხოლოდ კანონით ზუსტად განსაზღვრულ შემთხვევებში და გამართლებული მიზნიდან გამომდინარე გაფორმდეს ვადიანი შრომითი ხელშეკრულება. შრომის კოდექსის მე-6 მუხლის 12 პუნქტის „ე“ ქვეპუნქტი, სწორედ ამ მიზნის საწინააღმდეგოა. კანონის აღნიშნული ჩანაწერი „სხვა ობიექტური“ გარემოება არის ბუნდოვანი ხასიათის და იგი დამსაქმებელს ანიჭებს შეუზღუდავ ძალაუფლებას, ნებისმიერი მიზეზით გაამართლოს დასაქმებულთან ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების გაფორმება. კანონის ბუნდოვანება, შეიძლება გახდეს ხელშეკრულების მეორე მხარის უფლებების შელახვის საფუძველი, რაც დაუშვებელია, ვინაიდან

5 ჩანაწვა ს., 2011, „ვადიანი და უვადო შრომითი ხელშეკრულებების მოშლის მიმართ მოქმედი კანონმდებლობის სამოსამართლო სამართლით სრულყოფის რეკომენდაციები, გვ.47-48.

კანონი უნდა იყოს ზუსტი და მკაფიო და არ უნდა შეიცავდეს ხარვეზებს.⁶

ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებით დასაქმებული პირის უფლებების დაცვის მიზნით შემუშავებულ იქნა 1999 წლის 28 ივნისის საბჭოს 1999/70/EC დირექტივა „ევროპის პროფკავშირების კონფედერაციის (ETUC), ევროპის მრეწველთა და დამსაქმებელთა კონფედერაციის კავშირისა (UNICE) და დამსაქმებელთა და საწარმოთა ევროპული ცენტრის (CEEP) მიერ გაფორმებული „ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების შესახებ“ ჩარჩო შეთანხმების თაობაზე“, რომელიც ადგენს ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებით დასაქმებული პირის უფლებრივი დაცვის იმგვარ დამატებით გარანტიებს, როგორცაა დისკრიმინაციის დაუშვებლობა უვადო ხელშეკრულებით დასაქმებულ პირთან შედარებით, სამუშაო სტაჟის გამოთვლის პრინციპი უვადო ხელშეკრულებით დასაქმებული პირის მსგავსად. აგრეთვე დასაქმებულთა ინფორმირება და კონსულტაცია საწარმოში არსებული ვაკანტური თანამდებობების თაობაზე და დასაქმებულის ვალდებულება იზრუნოს ვადიანი ხელშეკრულებით დასაქმებული პირის ცოდნისა და კვალიფიკაციის ამაღლებაზე. აღნიშნული საკითხები მოწესრიგებული არ არის ქართული შრომის კოდექსით და მისაღები იქნებოდა, თუ ქართველი კანონმდებელიც განსაზღვრავდა დასაქმებულის უფლებრივი დაცვის ამგვარ სტანდარტებსაც და ეროვნული სასამართლო ვადიანი ხელშეკრულებით დასაქმებული პირის უფლებებს უფრო ფართოდ განმარტავდა აღნიშნული დირექტივის შესაბამისად.

რაც შეეხება ქართული კანონმდებლობით უვადო შრომით ხელშეკრულებად ხელშეკრულების მიჩნევისთვის დაწესებულ 30 დღიან ვადას, რამდენად სამართლიანია კანონმდებლის მიერ დროის ამ კონკრეტული მოცემულობის დადგენა შეფასებითი საკითხია, რაც შესაძლოა შეფასდეს მხო-

ლოდ სხვა ქვეყნების კანონმდებლობის ანალიზის საფუძველზე.

საფრანგეთის კანონმდებლობა მკაცრად აწესრიგებს ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების საკითხს და უწესებს წინაპირობებს დამსაქმებელს რა შემთხვევებში შეუძლია მას ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების დადება. კერძოდ, ფრანგული კანონმდებლობის თანახმად, ვადიანი შრომითი ხელშეკრულება შესაძლოა დაიდოს მინიმუმ 18 და მაქსიმუმ 36 თვის ვადით. აგრეთვე მისი განმეორებით დადება დაუშვებელია და იგი შეიძლება დაიდოს მხოლოდ კონკრეტული, მკაცრად განსაზღვრული მიზნისთვის.⁷

ვადიანი ხელშეკრულება შეიძლება დაიდოს მხოლოდ კანონით განსაზღვრულ შემთხვევებში, კონკრეტული მიზნისთვის. კანონით განსაზღვრული შემთხვევა შეიძლება იყოს განუსაზღვრელი ვადით დასაქმებული პირის დროებით ჩანაცვლება (გარდა იმ შემთხვევისა როცა საქმე გაფიცვას ეხება), სეზონური სამუშაოსთვის, აგრეთვე როდესაც საქმე ეხება ორგანიზაციის მიზნებს მაგ: სარემონტო შეკეთებით სამუშაოებს, ინჟინრებისა და მოსამსახურეთა დაქირავებას.

ფრანგული კანონმდებლობით დადგენილია მინიმალური და მაქსიმალური ზღვარი ვადიანი ხელშეკრულებებისთვის. კერძოდ, ვადიანი ხელშეკრულება შეიძლება დაიდოს მინიმუმ 18 და მაქსიმუმ 36 თვის ვადით. აგრეთვე აკრძალულია მისი განმეორებით დადება, ფრანგი კანონმდებელი ვადიანი ხელშეკრულების გაფორმებისას უპირველეს ყოვლისა მიზანზე ამახვილებს ყურადღებას. ვადიანი ხელშეკრულების გაფორმება გამართლებულია, როდესაც იგი კონკრეტული განსაზღვრული მიზნის შესრულებას ემსახურება.⁸

ფრანგული კანონმდებლობა უფრო ვიწრო ჩარჩოში აქცევს ვადიანი ხელშეკრუ-

6 ჩაჩავა ს., 2011, „ვადიანი და უვადო შრომითი ხელშეკრულებების მოშლის მიმართ მოქმედი კანონმდებლობის სამოსამართლო სამართლით სრულყოფის რეკომენდაციები, გვ.51.

7 <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les-contrats-de-travail/article/le-contrat-a-duree-determinee-cdd> (წვდომის თარიღი 01.04.2019)

8 <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les-contrats-de-travail/article/le-contrat-a-duree-determinee-cdd#Dans-quels-cas-l-employeur-encourt-il-des-sanctions-penales-nbsp> (წვდომის თარიღი 01.04.2019)

ლებას და მეტ წინაპირობებს განსაზღვრავს მისთვის. ფრანგული კანონმდებლობით აგრეთვე ხაზგასმულია, რომ ვადიანი ხელშეკრულებით დასაქმებული პირი სარგებლობს მთელი რიგი იმავე უფლებებით, როგორც უვადო ხელშეკრულებით დასაქმებული პირი, როგორცაა უსაფრთხო და ჭანსადი სამუშაო გარემოს უფლება, დასვენების უფლება.

აღნიშნული ხაზგასმულია აგრეთვე 1999 წლის 28 ივნისის საბჭოს 1999/70/EC დირექტივით „ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების შესახებ“ ჩარჩო შეთანხმების თაობაზე“, რომელიც ადგენს დასაქმებული პირის უფლებრივი დაცვის გარანტიებს, კერძოდ, აღნიშნული დირექტივის მე-4 მუხლის 1-ლი პუნქტის თანახმად „ვადიანი ხელშეკრულებით მომუშავე დასაქმებულები, მხოლოდ იმის გამო, რომ ისინი ვადიანი ხელშეკრულებით არიან დასაქმებულები, არ უნდა იყვნენ უფრო უარეს პირობებში, ვიდრე უვადო ხელშეკრულებით მომუშავესთან გათანაბრებული დასაქმებულები, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა განსხვავება გამართლებულია ობიექტური მიზეზებით“. ამავე მუხლის მე-4 პუნქტის თანახმად, „კონკრეტულ საქმიანობებთან დაკავშირებით ვადიანი ხელშეკრულებებით მომუშავე დასაქმებულებისთვის გამოყენებული უნდა იქნას სამუშაო სტაჟის გამოთვლის იგივე პირობები, რაც უვადო ხელშეკრულებით მომუშავეთათვის, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როცა განსხვავება გამართლებულია ობიექტური გარემოებებით“.

როგორც თვალსაჩინოდ ჩანს, ფრანგული კანონმდებლობა უფრო მკაცრ წინაპირობებს აწესებს ვადიანი ხელშეკრულებისათვის და ყურადღებას ამახვილებს მიზანზე. ხოლო ქართული კანონმდებლობა აძლევს საშუალებას დამსაქმებელს გამოიყენოს კანონი საკუთარი ინტერესების სასარგებლოდ და ნებისმიერი გარემოება შეაფასოს როგორც „სხვა ობიექტური“ გარემოება და ამ მიზეზით გააფორმოს დასაქმებულთან ვადიანი შრომითი ხელშეკრულება.

გერმანული სამართალიც განსაკუთრე-

ბულ როლს ანიჭებს დასაქმებულის უფლებების დაცვას ვადიანი ხელშეკრულებისას. გერმანული კანონმდებლობით ინდივიდუალური შრომითი კონტრაქტი უნდა ემსახუროდეს მხოლოდ დასაქმებულის უფლებების უკეთესად დაცვას და არ უნდა ხელყოფდეს დასაქმებულის უფლებებს.⁹

დასკვნა

ქართული შრომითი კანონმდებლობით უნდა დაწესდეს მიმდევრობით დასაბუთებულ შრომითი ხელშეკრულებების მაქსიმალური ოდენობა, აგრეთვე ვადიანი ხელშეკრულებით დასაქმებული პირის შრომითი უფლებების განმარტებისას ეროვნულმა სასამართლომ უნდა იმსჯელოს უფრო ფართოდ, არამხოლოდ ეროვნული კანონმდებლობით, არამედ ევროპის სოციალური ქარტიითა და 1999 წლის 28 ივნისის საბჭოს 1999/70/EC დირექტივით „ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების შესახებ“ ჩარჩო შეთანხმების თაობაზე.

აგრეთვე ბათილად უნდა იქნეს მიჩნეული ვადიანი შრომითი ხელშეკრულება, რომელშიც მკაფიოდ არ იკვეთება მიზანი, რომლის შესასრულებლადაც იგი დაიდო და შრომის კოდექსის მე-6 მუხლის 12 პუნქტის „ე“ ქვეპუნქტის ჩანაწერი „სხვა ობიექტური გარემოება“ არ უნდა გახდეს ყველა შემთხვევაში ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების გაფორმების საფუძველი. დამსაქმებელს ეკისრება ვალდებულება ნათლად განმარტოს შრომით ხელშეკრულებაში კონკრეტული მიზანი, რომლის შესრულებასაც ემსახურება ვადიანი შრომითი ხელშეკრულების გაფორმება, რათა თავიდან იქნეს აცილებული დასაქმებულის შრომითი უფლებების ხელყოფა.

9 https://books.google.ge/books?id=7_dpy2IqHyIC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=fixed-term+law+contract&source=bl&ots=hZggSFBzik&sig=ACfU3U2RPtOhZRQ3JyC BU5k_GLqbEYC8hA&hl=ka&sa=X&ved=2ahUKEwiVhfnrcfoAhWdfZoKHULaBrAQ6AEwAHoECAgQJg#v=onepage&q=fixed-term+law+contract&f=false (წვდომის თარიღი 1.04.2019; გვ. 38)

გამოყენებული ლიტერატურა:

1. ბორონი ა., ზაალიშვილი ვ., ამირანაშვილი გ., 2016. საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, გამომცემლობა „მერიდიანი“.
2. დუმბაძე მ., 2014. „შრომის სამართალი“ (სტატიათა კრებული), გვ. 295-340.
3. ზენაიშვილი ა., 2015. „საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარები“, გამომცემლობა: „იურისტების სამყარო“
4. „საქართველოს შრომის კანონმდებლობის შრომის საერთაშორისო სტანდარტებთან შესაბამისობის მოკლე მიმოხილვა ევროკავშირის პრეფერენციათა გენერალიზებული სისტემის მოთხოვნათა ქრილში“, 2007. ქართული სამართლის მიმოხილვა.
5. რუხაძე ე., 2019. ევროკავშირში სამუშაო დრის ორგანიზებასთან დაკავშირებული ძირითადი ასპექტები და ქართული კანონმდებლობის შესაბამისობა, კერძო სამართლის მიმოხილვა, N 2, გვ. 71.
6. ფოსკულერი ბ., 2014. ახალი ქართული შრომის სამართალი: რამდენიმე განსახილველად შერჩეული საკითხი, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), III, გვ. 174.
7. ქარდავა ე., 2016. „შრომის სამართლის განვითარება ევროინტეგრაციული პროცესების ფონზე“, სამართლის ჟურნალი N1, გვ. 148-160.
8. შველიძე ზ., ბოდონე ქ და სხვები, 2017. საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, საქართველო, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, გვ. 176.
9. შველიძე ზ., 2011. საქართველოს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული დასაქმებულის სამართლებრივი სტატუსის მახასიათებლები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I, გვ. 85.
10. Abraham S.k., 2002. “The Forms and Functions of Tort Law”, Second Edition, New York, New York Foundation Press.
11. Lunney M., Oliphant K., 2010. “Tort Law”, Oxfors University Press.

ნორმატიული მასალა:

1. ევროპის სოციალური ქარტია – www.matsne.gov.ge (წვდომის თარიღი: წვდომის თარიღი 2 აპრილი).
2. საქართველოს კონსტიტუცია – www.matsne.gov.ge (წვდომის თარიღი: წვდომის თარიღი 2 აპრილი).
3. შრომის კოდექსი – www.matsne.gov.ge (წვდომის თარიღი: წვდომის თარიღი 2 აპრილი).
4. 1999 წლის 28 ივნისის საბჭოს 1999/70/EC დირექტივა „ევროპის პროფკავშირების კონფედერაციის (ETUC), ევროპის მრეწველთა და დამსაქმებელთა კონფედერაციის კავშირისა (UNICE) და დამსაქმებელთა და საწარმოთა ევროპული ცენტრის (CEEP) მიერ გაფორმებული „ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების შესახებ“ ჩარჩო შეთანხმების თაობაზე“ – რატიფიცირებულია საქართველოს პარლამენტის მიერ 2005 წლის 1 ივლისის დადგენილებით.

RELATIONSHIP BETWEEN FIXED AND PERMANENT LABOR CONTRACTS IN GEORGIAN AND INTERNATIONAL LAW

Natia Rekhviashvili

Lawyer

KEYWORDS: Labor, Form, Contract

RESUME

This article was written to describe the main regulations under Georgian labor law about fixed-term and permanent labor contracts. It was made to analyze the problems under Georgian Labor Code about regulating these two type of contracts.

Under Georgian labor code the labor contract of fixed-term can be signed by the parties if the prerequisites strictly regulated by Georgian labor code is protected. It means that the parties can sign fixed-term labor contract only in few cases, which are written in Georgian labor Code. This article has for the main object to analyze these prerequisites strictly regulated by Georgian law, compare them to international labor documents and give recommendations to refine Georgian labor legislation.

Under international law, under Social Charter, under COUNCIL DIRECTIVE 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP the fixed-term labor contract can be signed between two parties if there is an objective reason and this objective reason should be written in labor contract.

Due to Georgian labor code there are five prerequisites to sign fixed-term labor contract. One of them is „another objective” reason, which gives to employer the power to sign fixed-term labor contract with an employed with „another objective” reason, the employer can use „another objective reason” without any obligation to prove why is he drafting the fixed-term contract

with an employed person. According to this article the author tries to give recommendations to evaluate Georgian legislation and practice in labor law, gives the example of foreign country’s labor legislation and is trying to underline the need of good and fare interpretation of Georgian labor code about fixed-term labor contracts by Georgian court.

NOTES:

1. Article 6, p. 12 p. „a” of Labor Code of Georgia (In Georgian)
2. Law of Georgia and International Labor Standards. Labor or Guide for Judges, Lawyers and Legal Entities, p.176 (In Georgian)
3. Law of Georgia and International Labor Standards. Labor or Guide for Judges, Lawyers and Legal Entities, p.176 (In Georgian)
4. Law of Georgia and International Labor Standards, Labor or Guide for Judges, Lawyers and Legal Entities, p. 178 (In Georgian)
5. Chachava S., 2011, Recommendations for Improving the Legislation of the Legislation on Termination of Long-Term and Permanent Labor Agreements, p. 47-48. (In Georgian)
6. Chachava S., 2011, Recommendations for Improving the Legislation of the Legislation on Termination of Long-Term and Permanent Labor Agreements, p.51. (In Georgian)
7. <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les-contrats-de-travail/article/le-contrat-a-duree-determinee-cdd> (Date of access-01.04.2020)
8. <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les-contrats-de-travail/article/le-contrat-a-duree-determinee-cdd#Dans-quels-cas-l-employeur-encourt-il-des-sanctions-penales-nbsp> (Date of access-01.04.2020)
9. https://books.google.ge/books?id=7_dpy2lqHyIC&pg=PA64&lpg=PA64&dq=fixed-term+law+contract&source=bl&ots=hZggSFBzik&sig=ACfU3U2RPtOhZRQ3JyCBU5k_GLqbEYC8hA&hl=ka&sa=X&ved=2ahUKEwiVhfnrrcfoAhWDFz0KHULaBrAQ6AEwAHoECAgQJg#v=onepage&q=fixed-term+law%20contract&f=false (Date of access 01.04.2019) p.38

BIBLIOGRAPHY:

1. Abraham S.k., 2002, “ The Forms and Functions of Tort Law”, Second Edition, New York, New York Foundation Press. (In English)
2. Boron A., Zaalishvili V., Amiranashvili G., 2016, Comments of the Labor Code of Georgia, Edition „Meridiani”. (In Georgian)
3. Brief Overview of Compliance of Georgian Labor Legislation with International Labor Standards in the Requirements of the Generalized System of Preferences of the European Union”, 2007, Georgian Law Review. (In Georgian)
4. Dumbadze M., 2014, "Labour law" (Collection of articles) p. 295-340. (In Georgian)
5. Foskuler B., 2014, New Georgian Labor Law: Selected Issues for Consideration, Labor Law (collection of articles), III, p. 174. (In

- Georgian)
6. Kardava E., 2016, "Development of Labor Law under the background of European Integration Processes", Law Journal N1, p. 148-160. (In Georgian)
 7. Lunney M., Oliphant K., 2010, "Tort Law", Oxfors University Press. (In English)
 8. Rukhadze E., 2019, Key aspects related to the organization of work in the EU and compliance with Georgian legislation, Private Law Review, N2, p. 71. (In Georgian)
 9. Shvelidze Z., Bodone Q. and others, 2017, Georgian Labor Law and International Labor Standards, Georgia, International Labor Organization, p. 176. (In Georgian)
 10. Shvelidze Z., 2011, Characteristics of Legal Status of Employee as provided by the Labor Code of Georgia, Labor Law (Articles of Collection), I, p. 85. (In Georgian)
 11. Zenaishvili A., 2015, Comments of the Labor Code of Georgia, Edition "Lawyers World". (In Georgian)

REVIEW OF SOME ASPECTS OF INVESTMENT ARBITRATION UNDER THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

George Khatidze

*Associate Professor, Georgian Institute of Public Affairs,
School of Law and Politics*

KEYWORDS: ICSID convention, Investment arbitration,
Dispute resolution

INTRODUCTION

The globalisation of business activities resulted in flow of private capital across the national boundaries has proved to encourage and improve worldwide economic efficiency and welfare of the nations.¹ As the main participants of the global investment activities have been on one hand, the private investors and on the other, the host states within their governmental bodies, the major problematic issue throughout their cooperation was related to the lack of explicit legally binding international regulations.² The problems related to legal consideration have

1 Chukwumerije, O. (1990). ICSID Arbitration and Sovereign Immunity. 19 Anglo-American Law Review, 166, at 166-167.; Brewer, T. L., Young, S. (2000). The Multinational Investment System and Multinational Enterprises. (1st ed.). Oxford University Press, at 11-23.

2 Vuylsteke, C. (1974). Foreign Investment Protection and ICSID Arbitration. 4 Georgia Journal of International Law, 343, at 343-348.

been viewed more sensibly since the issue has been resulted in international investment promotion, protection, property expropriation, and the most important, dispute resolution.³ The aforementioned is particularly true in terms of developing countries, where the authorities' domestic policy has often been sought to be intervened in foreign trade and international investment.⁴

The problem of expropriation was highly traced after the Russian 1917 Revolution, when the private ownership in land, without any provision of compensation was abolished, resulted within the nationalisation of all banks and assets.⁵ The same problem was highlighted after the Mexican Revolution, resulted in development of the Calvo Doctrine.⁶ The "Wave of Expropriation"⁷ was highly remarkable after the World War II in Eastern European Countries, former colonies, and Latin American Countries.⁸

Whilst the creation of suitable investment climate which would guarantee the fair and equitable treatment of foreign investment within the depoliticised and impartial dispute resolution system had been objective of the World Bank, the International Centre for Settlement of Investment Disputes was established under its auspices.⁹ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States provides the arbitration facilities whilst the host state of a private investor and the state of investor's nationality are the parties to the Convention, and both the host state and private investor are agreed in written form to ICSID arbitration proceedings.¹⁰ One of the main benefits

of the centre, in favour of protection of foreign investors has been highlighted by some respectful commentators that: "While the concept of 'internationalisation' of investment contracts may be objectionable, the facility offered by ICSID recognises the demand by foreign investors that the contract not be entirely subject to local law..."¹¹

CONSIDERATIONS UNDER THE PROVISIONS OF THE CONVENTION OF THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES

As the economic development of the states highly depends upon the flow of private international investment, the primary objective of the Convention has been viewed on facilitating and safeguarding of private international investment through the creation of a favourable investment climate.¹² The fact that arbitration under the ICSID, serves not only in favour of investors but also of host states has been further underlined by the Tribunal in *Amco v Indonesia*.¹³ Despite the lack of the explicit definition of investment under the Convention, the ICSID tribunals have accepted jurisdiction over a wide range of activities, including licensing, construction contracts, concession agreements and manufacturing activities.¹⁴

According to the Convention, the consent of

3 Lowenfeld, A. F. (2002). *International Economic Law*. (1st ed.). Oxford University Press, at 391-415.

4 Chukwumerije, supra note 1, at 166.

5 Lowenfeld, supra note 3, at 392-393.

6 *Ibid*, at 393-395.

7 *Ibid*, at 405.

8 *Idem*.

9 Feuerle, P. (1977). *International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes*. 4 *Yale Studies in World Public Order*, 89, at 89-98.

10 Beveridge, F. (2000). *The treatment and taxation of foreign investment under international law – Towards international disciplines*. (1st ed.). Manchester University Press, at 33-34.

11 *Ibid*, at 34.

12 Schreuer, C. H. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary*. (1st ed.). Cambridge University Press, at 4-5.; Rowart, M. D. (1992). *Multilateral Approach to Improving the Investment Climate of Developing Countries: The Case of ICSID and MIGA*. 33 *Harvard International Law Journal*, 103, at 103-105.; Tupman, W. M. (1998). *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*. 35 *International and Comparative Law Quarterly*, 813, at 813.

13 *Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia (ARB/81/1)*. (1984). 23 *International legal Materials*, 351.; <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>; Schreuer, supra note 5, at 5.

14 Rowart, supra note 12, at 109.

the parties may be established through the arbitration clause or within a simple exchange of letters.¹⁵ Furthermore, consent may also be derived from “the investor’s acceptance of a unilateral offer from the host State if a consent provision is contained in the host’s investment law or in a bilateral treaty with the Contracting state of which the investor is a national”.¹⁶

Under the *Jurisdiction of the Centre*, both the host states and the multinational corporations are able to ground the dispute settlement clause in international law so that deny of the principle agreement will not deprive the other party of its right to resort to the Centre.¹⁷ Giving the references to the particular importance of Customary International Law in terms of investment protection, Vuylsteke (1974, p.350) has argued ‘...the Convention grants a direct internationally binding character to obligations which could not have been secured in a classic arbitration clause... important gaps, as they appeared in the conduct of traditional arbitration procedures, are covered by the general and the specific provisions of the Convention, which complement each other in offering solutions for most foreseeable situations’.

Some capital exporting countries have been considered as being hesitant about imposing the compulsory arbitration under ICSID upon their investors by virtue of the point that they would be deprived of the benefit of diplomatic protection.¹⁸ It has been submitted that the development of diplomatic protection was resulted from the unavailability of international remedies to individuals and corporations under traditional internation-

al law.¹⁹ As the protection could not be justified by existence of a legal interest, it depends on the parties to an investment agreement to define the limits of such protection.²⁰ Under the explicit provision in the Convention: “No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute...”²¹ a host state, agreed to arbitrate a dispute with a foreign investor has been assured that the investor’s national state may not give him diplomatic protection or an international claim on his behalf.²²

However, the prohibition laid down in terms of diplomatic protection expires if the opposing “...Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute”.²³ By virtue of the efforts to balance the interests of all parties involved and to depoliticise the settlement of disputes, ICSID has been considered as a more neutral body than other agencies.²⁴ Referring to the practical implications of the Centre, Rowart (1992, p.108) has argued ‘Despite the inclusion of these provisions [Article 27; 42] in the initial draft of the Convention, the Latin American states remained more hesitant than other LDCs to ratify the Convention... Nonetheless, Costa Rica, El Salvador, and Paraguay became the first Latin American states to sign the Convention in 1981, followed in subsequent years by Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, and Honduras. This small contingent of Latin American signatories indicates the gradual acceptance of ICSID in the Latin American region’.

As the main aspect of diplomatic protection is based upon the requirement that the protected individual or corporation must have the nationality of the protecting state, the problems regarded to this point could arise whilst the registered office of the company or its place of incorporation do not coincide with the nationality of the shareholders.²⁵ However, under the Convention the

15 Convention on the settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. (1965). 4 International Legal materials, 532, at 536. Article 25.; Delaume, G. R. (1984). ICSID Arbitration in Practice. 2 International Tax and Business Lawyer, 58, at 60.

16 Idem.

17 Article 25(1), supra note 15.; Amerasinghe, C. F. (1977). Dispute Settlement Machinery in Relation Between States and Multinational Enterprises – With Particular Reference to the International Centre for Settlement of International Disputes. 11 International Lawyer, 45, at 48.

18 Chowdhury, S. R. (1992). The Right to Development in International Law. (1st ed.). Martinus Nijhoff Publishers, at 121.

19 Schreuer, supra note 12, at 397.

20 Vuylsteke, supra note 2, at 345.

21 Article 27(1), supra note 15.

22 Amerasinghe, supra note 17, at 47.

23 Article 27(1), supra note 15.; Rowart, supra note 12, at 108.

24 *Ibid*, at 107.

25 Schreuer, supra note 12, at 406.

question of nationality seems to be more flexibly approached, whilst for the purposes of the *Jurisdiction of the Centre*, the parties are able to establish the nationality of the foreign investor by agreement under Article 25 (2)(b) stating: "...judicial person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purpose of this Convention".²⁶ As Vuylsteke (1974, p.357) has argued 'The Convention is designed to replace the classical pattern of diplomatic protection; principles of interstate responsibility do not apply to claimant under it...while many controversies have arisen in traditional international judicial practice with respect to an alleged nationality for the purpose of diplomatic protection, this is not likely to be the case in the scheme of the Convention'.

Whilst the requirements related to: "The Tribunal shall consist of a sole arbitrator or any uneven number of arbitrators..."²⁷ viewed as one of the Convention's few mandatory provisions concerning the *Constitution of the Tribunal* designed to avoid uncertainties through the agreement of the parties,²⁸ second part of the provision, within the following Articles,²⁹ based upon the principle of equality, seems more flexible and gives various of opportunities to the parties concerned.³⁰

Tribunal's approach towards the establishing of substantive law governing the proceedings has been related to the main determining factor in the success of the ICSID arbitration since the early period of its development.³¹ It has been assumed, that by virtue of defining the applicable law to international investments pursuant to procedural terms (in terms of binding constitutive process), the most favourable possibilities for the parties had been accepted.³² Under the wording

"...such rules of law as may be agreed by the parties"³³ the freedom of choice is recognised and the parties of the dispute have primary competence and are free by their mutual agreement to determine the issues relevant to choice of applicable law.³⁴ Referring to the circumstances of selecting a particular system of law, Schreuer (2001, p.559) has argued 'The parties may be influenced by a desire to create greater certainty, by a preference for a law with which they or one of them is familiar or by the wish to maximize the legal protection for one of them, most notably the foreign investor'. However, if the parties could not reach the agreement, then according to the residual³⁵ rule "...the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable".³⁶

According to the references to the scholars of the Convention, it has been defined four specific occasions under which an ICSID Tribunal applies international law,³⁷ namely: "where the parties have so agreed; where the law of the host state calls for the application of international law, including customary international law; where the subject-matter issue is directly regulated by international law; and where the law of the host state or action taken under that law violates international law".³⁸

By virtue of the paramount importance of the choice of law for the final result of the arbitration, it is possible that the parties will find quite difficult to agree on an alternative to the fallback provision of the Convention.³⁹ In the situation concerned, the Convention provides that regardless to what system was accepted by explicit choice, the tribunal is barred from bringing "...in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law".⁴⁰

The great significance of the Convention in

26 Idem.
 27 Article 37(2) (a), supra note 15.
 28 Schreuer, supra note 12, at 472.
 29 Article 38, 39, 40, supra note 15.
 30 Article 37(2) (b), supra note 15.; Rowart, supra note 12, at 111.
 31 Feuerle, supra note 9, at 90-92.
 32 *Ibid*, at 99.

33 Article 42 (1), supra note 15.
 34 Amerasinghe, supra note 17, at 47.
 35 Schreuer, supra note 12, at 596.
 36 Article 42 (1), supra note 15.
 37 Lowenfeld, supra note 3, at 459.
 38 Idem.
 39 Amerasinghe, supra note 17, at 54.
 40 Article 42 (2), supra note 15.; *Ibid*, at 54-55.

terms of enforceability of awards has been highly underlined by Dalaume (1983, p.801) ‘...the great advantage of the Convention over other international conventions regarding the enforcement of foreign arbitral awards is that not even public policy can be raised as a defence against the binding character of ICSID awards’. The Convention, stating: “The awards shall be binding on the parties...Each party shall abide by and comply with the terms of the award”⁴¹, and providing further several remedies, makes it clear that these are the only remedies, and a party may not abide by the award only to the “...extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention”.⁴² The Convention provides three possible remedies according to its provisions, namely, “Interpretation”,⁴³ “Revision”,⁴⁴ and “Annulment”.⁴⁵

Article 54 (1) of the Convention provides that: “Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations...”. The binding nature of the award, as the basic part in the concept of arbitration has often been expressed in terms of *res judicata*.⁴⁶ As mentioned, only “...pecuniary...” awards could be enforced under the Convention, and enforcement regime does not extend to non-pecuniary awards, such as injunctive relief.⁴⁷

Under a private investor’s point of view, the most satisfactory dispute resolution process must be associated with the realisation of an award rendered against the state party; otherwise the hope of obtaining redress against a recalcitrant state party would be illusory.⁴⁸ As Chukwumerije (1990, p.178) has argued ‘The task for the drafters of the ICSID Convention was to balance the need for a guarantee of enforcement of ICSID awards with

the insistence of foreign state that domestic laws of state immunity should not be disturbed’.

Two-level process for enforcement is provided according to the Convention; namely, first stage, related to the recognition and enforcement of the award by each contracting state under the Article 54(1), and second stage, “Execution of the award...” pursuant to Article 54(3) of the Convention.⁴⁹ The execution of an award can be followed after the courts in the country concerned had recognised the award.⁵⁰ Under the Article 54(2) “A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the secretary-General”. On the other hand, Article 54(3) provides that “Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgement in force in the State in whose territories such execution is sought”. As assumed, the latter stage had made it necessary to use the coercive powers of one state against the property of another.⁵¹ Furthermore, it has to be underlined that at the stage of execution, the laws of the state where execution is sought relating to sovereign immunity will apply, by virtues of the operation of Article 55 of the Convention, stating: “Nothing in Article 54 shall be construed as derogation from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution”.⁵² So, whilst the immunity from jurisdiction does not pose any difficulty under the Convention, immunity from the execution has been related to the limitation on the efficacy of the Convention’s enforcement procedure.⁵³ Referring to the aforementioned issue, Buckley (1992, p.369) has argued ‘...the restrictive doctrine of sovereign immunity from execution has grown in influence since the Convention entered into force, particularly in those developed nations where financial centres and

41 Article 53 (1), supra note 15.

42 Idem.; Amerasinghe, supra note 17, at 55.

43 Article 50, supra note 15.

44 Article 51, supra note 15.

45 Article 52, supra note 15.

46 Schreuer, supra note 12, at 596.

47 Buckley, R. (1992). Now we have come to the ICSID Party: Are its Awards Final and Enforceable?. 14 Sydney Law Review, 358, at 368.

48 Chukwumerije, supra note 1, at 178.

49 Buckley, supra note 47, at 368-369.

50 Article 54, supra note 15.; Chukwumerije, supra note 1, at 178-179.; Amerasinghe, supra note 17, at 55-56.

51 Chukwumerije, supra note 1, at 178.

52 Buckley, supra note 47, at 369.

53 Idem.

assets are likely to be located. Accordingly, the successful party willing to engage in “forum shopping” to locate assets in jurisdictions with narrow immunity doctrines now enjoys good prospects of successfully enforcing award’.

EXPANSION OF THE ICSID ARBITRATION THROUGH THE PROVISIONS OF BILATERAL AND REGIONAL INVESTMENT TREATIES

The proliferation of Bilateral Investment Treaties has been understood in the light of the changing legal climate for private investment over the past few decades; more specifically, by virtue of drafting of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes Convention.⁵⁴ Whilst much effort had been made by scholars to find the ways and methods for the promotion of private foreign investment in previous years, the main problem was associated with the lack of an appropriate means of settlement of disputes between foreign investors and the host states.⁵⁵ It has been submitted that, by the existence of such an international forum, it would give private claimants international jurisdiction on substantially the same basis as states claimants before the International Court of Justice, and thus such clear methods for the settlement of investment disputes would contribute to an improvement of the investment and thereby promote the flow of private foreign capital.⁵⁶

Under the recent American Bilateral Investment Treaties, one of the options available for the arbitration is under the auspices of ICSID.⁵⁷ In terms of the efficiency of ICSID Arbitration, Walde (1998, p.10) has argued ‘While the first

BITs encouraged submission to international arbitration, the 1965 ICSID convention provided a ready-made mechanism (arbitration rules, procedures, supervision in an institutional setting and an enforcement mechanism)...’.⁵⁸

As there has been increase tendency in many Bilateral and Regional Investment Treaties to submit disputes to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, consent and applicable law to the disputes has remained the cornerstone in the aforementioned case.⁵⁹ One of the conditions when the international law is the applicable one to the disputes “...where the subject-matter or issue is directly regulated by international law, for instance a treaty between the host state and the state of the investor”⁶⁰ has been the most useful category, as numerous of Bilateral Investment Treaties have outlined substantive provisions relating to the obligations of the host state, and have provided for adjudication according to the ICSID Convention as one of the available options for the dispute resolution procedures.⁶¹

The aforementioned is particularly true in terms of the provisions of the Energy Charter Treaty, which has succeeded in achieving the status of a legally binding Convention.⁶² According to the Article 26, entitled: “Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting party” of the ECT, compulsory arbitration, at the option of foreign investors against governments for “...an alleged breach of an obligation of the [latter] under Part III [ECT]...”⁶³ which concerns the *promotion and protection of investment*, is provided.⁶⁴

54 Gallagher, N., Shore, L. (2004). Bilateral Investment Treaties: Options and Drawbacks. 7(2) International Arbitration Law Review, 49, at 49.; Harten, G. V., Loughlin, M. (2006). Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. 17 European Journal of International Law, 121, at 123.

55 Idem.

56 Idem.

57 Lowenfeld, supra note 3, at 484-485.

58 Walde, T. W. (1998). Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation. The Centre for Petroleum and Mineral Law & Policy University of Dundee, Scotland, UK. <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol1/article1-10.pdf>

59 Sornarajah, M. (1994). The International law on Foreign Investment. (1st ed.). Cambridge University Press, at 267-268.

60 *Ibid*, at 459.

61 Idem.

62 Article 26 of the Energy Charter Treaty. http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf; Walde, supra note 58, at 2.

63 Idem.

64 Idem; Maniruzzaman, A. F. M. (2004). Energy Charter

According to Article 26 of the Energy Charter Treaty, disputes which had not been settled “amicably”⁶⁵, can be submitted at the choice of the investor to national courts, in accordance with contractual arbitration or to arbitration under the Treaty, where the Investor can choose arbitration from: the ICSID convention,⁶⁶ and the ICSID based “Additional Facility” (if either home or host state of the investor is not a member of the ICSID Convention).⁶⁷

One of the most significant features of the ICSID Convention could also be highlighted by virtue of its provisions, aiming at minimising the political influence and thus providing impartial arbitral proceedings which could fairly be treated as crucial assistance for the private investors, especially operating within the heavy industrial projects (included upstream petroleum investment), and thus requiring large capital investment under which the political risk is always one of the great extent.⁶⁸

Treaty Arbitration (Investor State) in the Asia-Pacific Context. 4 International Energy Law and Taxation Review, 101, at 101.; Walde, supra note 58.

- 65 Article 26 (1) of the Energy Charter Treaty, supra note 62.
 66 Article 26 (4) (a) (i) of the Energy Charter Treaty, supra note 62.
 67 Article 26 (4) (a) (ii) of the Energy Charter Treaty, supra note 62.; Walde, supra note 58, at 33.
 68 Walde, supra note 58, at 4-5.

CONCLUSION

Whilst the favourable means are offered to the both parties for dispute resolution according to the major provisions of the Convention, the “[e]xecution of the awards”⁶⁹, represent the slight alteration in the disadvantageous position of the foreign investor.⁷⁰ The aforementioned alteration as the time consuming process, fulfilled within the state bureaucracy is more sensibly approached by the foreign investors in developing countries, under which the political risk and demand for foreign investment protection is always one of the highest extent.⁷¹

However, it has to be submitted that by virtue of signing the Convention, the states not only accept the proposed dispute resolution mechanism, but also declare and desire to welcome the foreign investment.⁷² As states aforementioned attempts could be related to the creation of the *Global Forum* for delivering better Investment Climate, the demands of the World Bank in the sphere is one of the most significant importance.⁷³

69 Article 54(3), supra note 15.

70 Buckley, supra note 47, at 369.

71 Walde, supra note 58, at 4-5.

72 “Reinvigorating ICSID with a New Mission and with Renewed Respect for Party Autonomy” Notes: (1992-1993). 33 Virginia Journal of International Law, 123, at 135-153.

73 supra note 5, at 393-395.

BIBLIOGRAPHY:

1. Amerasinghe, C. F. (1977). Dispute Settlement Machinery in Relation Between States and Multinational Enterprises – With Particular Reference to the International Centre for Settlement of International Disputes. 11 International Lawyer, 45. (In English)
2. Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia (ARB/81/1). (1984). 23 International legal Materials, 351.
3. Beveridge, F. (2000). The treatment and taxation of foreign investment under international law – Towards international disciplines. (1st ed.). Manchester University Press. (In English)
4. Brewer, T. L, Young, S. (2000). The Multinational Investment System and Multinational Enterprises. (1st ed.). Oxford University Press. (In English)
5. Buckley, R. P. (1992). Now we have come to the ICSID Party: Are

- its Awards Final and Enforceable?. 14 *Sydney Law Review*, 358. (In English)
6. Chowdhury, S. R., Denters, Erik M.G., Paul J.I.M. de Waart. (1992). *The Right to Development in International Law*. (1st ed.). Martinus Nijhoff Publishers. (In English)
 7. Chukwumerije, O. (1990). ICSID Arbitration and Sovereign Immunity. 19 *Anglo-American Law Review*, 166. (In English)
 8. Convention on the settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. (1965). 4 *International Legal Materials* 532. (In English)
 9. Delaume, G. R. (1984). ICSID Arbitration in Practice. 2 *International Tax and Business Lawyer*, 58. (In English)
 10. Feuerle, P. (1977). International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes. 4 *Yale Studies in World Public Order*, 89. (In English)
 11. Gallagher, N., Shore, L. (2004). Bilateral Investment Treaties: Options and Drawbacks. 7(2) *International Arbitration Law Review*, 49. (In English)
 12. Harten, G. V., Loughlin, M. (2006). Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. 17 *European Journal of International Law*, 121. (In English)
 13. Lowenfeld, A. F. (2002). *International Economic Law*. (1st ed.). Oxford University Press. (In English)
 14. Maniruzzaman, A. F. M. (2004). Energy Charter Treaty Arbitration (Investor State) in the Asia-Pacific Context. 4 *International Energy Law and Taxation Review*, 101. (In English)
 15. Reinvigorating ICSID with a New Mission and with Renewed Respect for Party Autonomy – Notes: (1992-1993). 33 *Virginia Journal of International Law*, 123. (In English)
 16. Rowart, M. D. (1992). Multilateral Approach to Improving the Investment Climate of Developing Countries: The Case of ICSID and MIGA. 33 *Harvard International Law Journal*, 103. (In English)
 17. Schreuer, C. H. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary*. (1st ed.). Cambridge University Press. (In English)
 18. Sornarajah, M. (1994). *The International law on Foreign Investment*. (1st ed.). Cambridge University Press. (In English)
 19. Tupman, W. M. (1998). Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. 35 *International & Comparative Law Quarterly*, 813. (In English)
 20. Vuylsteke, C. (1974). Foreign Investment Protection and ICSID Arbitration. 4 *Georgia Journal of International Law*, 343. (In English)
 21. Walde, T. W. (1998). Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation. The Centre for Petroleum and Mineral Law & Policy University of Dundee, Scotland, UK. (In English)

უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაულის კვალიფიკაციის კრობლემატური საკითხები

თათია დოლიძე

სამართლის დოქტორი
ევროპის სასწავლო უნივერსიტეტი, ასოცირებული
პროფესორი

საკვანძო სიტყვები: დანაშაული, მოვალეობა,
სასამართლო

თანამედროვე სისხლის სამართლის თეორია დანაშაულის გამოვლინების რამდენიმე ფორმას იცნობს. დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმებიდან ერთ-ერთი ფორმაა უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაულები. სისხლის სამართლის თეორიაში განვითარებული მოსაზრების თანახმად, დანაშაული შეიძლება ჩადენილ იქნას როგორც აქტიური მოქმედებით, ისე უმოქმედობით – პასიური მოქმედებით.¹ ისიც აღსანიშნავია რომ იურიდიულ ლიტერატურაში განასხვავებენ უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაულის სხვადასხვა ფორმას. თუმცა, ცალკეულ შემთხვევათა კვალიფიკაციისას საკმაოდ ძნელი ხდება უმოქმედობით ჩადენილი განზრახი დანაშაულის გამიჯვნა საფრთხის შემქმნელი დელიქტებისაგან. საინტერესოა ისიც რომ კონტინენტური ევროპისა და საერთო სამართლის ქვეყნებს შორის აბსოლუტურად კონტრასტული მიდგომაა უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაულების დასჯადობაზე.

ქართული სისხლის სამართალი, უმოქმედობით ჩადენილ დანაშაულებად განიხილავს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც პირი საკუთარი უმოქმედობით ახორციელებს სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული დანაშაულის რომელიმე შემადგენლობას. განასხვავებენ უმოქმედობის ორ ძირითად სახეს:

¹ დონჯაშვილი თ., 2002. საქართველოს სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, თბილისი, გვ. 114-116.

წმინდა და შერეულ უმოქმედობას.² ასეთი კლასიფიკაცია პირველ რიგში ქართული კოდექსის მიდგომას ეყრდნობა. სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის ნორმები პირობითად შესაძლოა ორ ჯგუფად დაიყოს:

- ნორმები, რომლებიც ცალკეულ შემთხვევებში მოითხოვენ პირისაგან აქტიურ მოქმედებას და ასეთი ნორმებით გათვალისწინებული წინაპირობების არსებობისას, შესრულებულია კოდექსის კერძო ნაწილით გათვალისწინებული ცალკეული მუხლის შემადგენლობა. მაგალითად, სსკ-ის 129 მუხლი აწესებს სისხლის სამართლებრივ პასუხისმგებლობას დაუხმარებლობისათვის, ეს მუხლი ადგენს: „სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში მყოფისათვის აუცილებელი და აშკარად გადაუდებელი დახმარების გაუწევლობა თუ დამნაშავეს შეეძლო მისი დახმარება თავისთვის ან სხვისთვის სერიოზული საფრთხის შექმნის გარეშე, აგრეთვე დახმარების საჭიროების შეუტყობინებლობა სათანადო დაწესებულებისათვის ან პირისათვის.“³ ამ ტიპის დანაშაულების შემადგენლობის შესრულება ყოველთვის პირის პასიურ მოქმედებასთან ე.ი. უმოქმედობასთან არის დაკავშირებული.
- ნორმები, რომლებიც შეიცავენ პირდაპირ აკრძალვებს. ასეთი ქმედებები შესაძლებელია ჩადენილ იქნას, როგორც მოქმედებით, ისე უმოქმედობით. მაგალითად, სსკ-ის 108 მუხლით გათვალისწინებული განზრახ მკვლელობა შესაძლებელია ჩადენილ იქნას, როგორც მოქმედებით

ისე უმოქმედობით, განსხვავებით თუნდაც ზემოთ განხილული დაუხმარებლობისაგან რომლის მოქმედებით ჩადენა პრაქტიკულად შეუძლებელია.

ზემოთ მოყვანილი, დიფერენცირების ადექვატურად, განასხვავებენ უმოქმედობის ორ ძირითად ფორმას:

1. წმინდა უმოქმედობას;
2. შერეულ უმოქმედობას.⁴

წმინდა უმოქმედობის დელიქტები ის ქმედებებია, რომლებიც კონკრეტული მავალეხელი ნორმის (მაგ. თუნდაც ზემოთ განხილული სსკ-ის 129 მუხლის) დარღვევით და კანონით განსაზღვრული მოქმედების განუხორციელებლობით ამოიწურება.⁵ საქართველოს მოქმედი კოდექსი არაერთ ასეთ შემადგენლობას იცნობს, მაგალითად:

- განსაცდელში მიტოვება (სსკ 128 მუხლი);
- დაუხმარებლობა (სსკ 129 მუხლი);
- ავადმყოფის განსაცდელში მიტოვება (სსკ 130 მუხლი);
- დანაშაულის შეუტყობინებლობა (სსკ 376 მუხლი).⁶

ამ ტიპის უმოქმედობა სახეზე გვაქვს მაშინ, როდესაც მოქმედების ვალდებულება წარმოიშობა ზოგად ადამიანური ფასეულობებიდან, როდესაც მართალია არ არსებობს მოქმედების სპეციალური ვალდებულება, მაგრამ მოქმედების ზოგადი ვალდებულება ყველა ადამიანისთვის სავალდებულოა.⁷

სრულიად განსხვავებული შემთხვევაა შერეული უმოქმედობა. უმოქმედობის ამ

2 მჭედლიშვილი ქ., 2011. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები (დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, თანამონაწილეობა დანაშაულში, უმოქმედობა, კონკურენცია), მერიდიანი, თბილისი, გვ. 282-283.

3 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge

4 ტურავა მ., 2013. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, მერიდიანი, თბილისი გვ. 274-275.

5 ვესელსი ი., ბოილე ვ., 2010. სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, თბილისის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 421.

6 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge

7 გამყრელიძე ლ., 2005. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, თბილისი, გვ. 80.

ფორმის სახელწოდება – შერეული გამო-
მდინარეობს მისი ორმაგი ბუნებიდან: ასეთ
შემთხვევაში პირი არღვევს როგორც მა-
ვალებელ ისე ამკრძალავ ნორმას⁸, არათუ
არ ასრულებს ზოგად ადამიანურ მოთხო-
ვნებს, არამედ არღვევს კოდექსით გათვა-
ლისწინებულ პირდაპირ აკრძალვას. შერე-
ული უმოქმედობის ერთგვარ ფორმულას
იძლევა სისხლის სამართლის კოდექსის
მე-8 მუხლის მესამე ნაწილი: „უმოქმედობა
იმ შემთხვევაში ჩაითვლება ამ კოდექსის
შესაბამისი მუხლით გათვალისწინებული
მართლსაწინააღმდეგო შედეგის განხორ-
ციელების ან კონკრეტული საფრთხის
შექმნის აუცილებელ პირობად, როდესაც
პირს ეკისრებოდა მოქმედების სპეციალუ-
რი სამართლებრივი მოვალეობა, ჰქონდა
ასეთი მოქმედების შესაძლებლობა და სა-
ვალდებულოა შესაძლებელი მოქმედებით
შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული.“⁹
მაშასადამე, მერვე მუხლი ასახელებს იმ
წინაპირობებს რომელთა არსებობაც წა-
რმოადგენს შერეული უმოქმედობით ქმე-
დების კვალიფიკაციის საფუძველს:

1. პირს უნდა ჰქონდეს სამართლებ-
რივი გარანტის სტატუსი: გარკვეუ-
ლი გარემოებებიდან გამომდინარე,
პირს მოქმედების სპეციალური, პირ-
დაპირი მოვალეობა უნდა ეკისრებო-
დეს;
2. პირს უნდა ჰქონდეს მოქმედების შე-
საძლებლობა: პირს უნდა შეეძლოს
მოქმედება – ე.ი. არ უნდა ჰქონდეს
შეზღუდული მოქმედების შესაძლებ-
ლობა;
3. პირის უმოქმედობის კავშირი შედეგ-
თან/საფრთხის შექმნასთან: პირის
მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნე-
ბოდა აცილებული.¹⁰

8 დონჯაშვილი თ., 2002. საქართველოს სისხლის
სამართალი, ზოგადი ნაწილი, თბილისი, გვ.
114-116.

9 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი
საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფი-
ციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge

10 ტურავა მ., 2013. სისხლის სამართალი, ზოგადი
ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, მერი-
დიანი, თბილისი გვ. 276.

სუბიექტურად, შერეული უმოქმედობის
დროს პირი შესაძლოა მოქმედებს განზრახ
ან გაუფრთხილებლობით რაც ბუნებრივია
საბოლოო ჯამში პირდაპირ აისახება ქმე-
დების კვალიფიკაციაზე.

დანაშაულის მოქმედებით ჩადენის წი-
ნაპირობები, მკვეთრად განსხვავდება
უმოქმედობით დანაშაულის ჩადენის წინა-
პირობებისაგან. მოქმედებით ჩადენილი
დანაშაულის ყველა შემთხვევა დასჯადია,
უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაულები
დასჯადია მხოლოდ შემდეგ შემთხვევებში:

- ასეთი დანაშაულის დასჯადობა გათ-
ვალისწინებულია კოდექსის კერძო
ნაწილის რომელიმე მუხლით, მაგა-
ლითად როგორც ეს გვხვდება წმი-
ნდა უმოქმედობის დელიქტებში (სსკ
129 მუხლი, დაუხმარებლობა) ან
- ჩადენილი ქმედება აკმაყოფილებს
სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილით
გათვალისწინებულ წინაპირობებს –
ე.ი. სახეზეა შერეული უმოქმედობა
(მაგ. უმოქმედობით ჩადენილი გან-
ზრახ მკვლელობა).¹¹

ვინაიდან, შერეული უმოქმედობის პირ-
ველი, ამოსავალი ნიშანია სამართლებრივი
გარანტის სტატუსი, მნიშვნელოვანია განვი-
ხილოთ რა შემთხვევაში გვაქვს ასეთ სტა-
ტუსთან საქმე. იურიდიულ ლიტერატურაში,
დიფერენცირებულია ის შემთხვევები, რო-
დესაც პირი შეიძლება მიჩნეულ იქნას სამა-
რთლებრივ გარანტად. ეს შემთხვევებია:

1. კანონმდებლობის მოთხოვნა, ახლო
ნათესაური კავშირი. პროფესიული
მოვალეობა. მაგალითად მშობლები
ვალდებულნი არიან იზრუნონ თავი-
ანთ შვილებზე, ექიმი ვალდებულია
იზრუნოს პაციენტებზე, მაშველი ვა-
ლდებულია ზრუნავდეს დამსვენებ-
ლებზე და საჭიროების შემთხვევაში
გადაარჩინოს პირი რომელიც ვერ
გამოდის ნაპირზე და ა.შ.¹

11 მჭედლიშვილი ქ., 2011. სისხლის სამართალი,
ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების
ცალკეული ფორმები (დანაშაულის მომზადება
და მცდელობა, თანამონაწილეობა დანაშაულ-
ში, უმოქმედობა, კონკურენცია), მერიდიანი,
თბილისი, გვ. 286.

2. ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებები (მაგ. საბავშვო ბაღის გადია ვალდებულია იზრუნოს ბავშვებზე, მომვლელი ვალდებულია იზრუნოს მოხუცებულზე და ა.შ.).¹²
3. პირის წინარე მოქმედება.¹³ (მაგ. ალპინისტი რომელსაც მწვერვალზე აყავს ჭკუფი ვალდებულია ზრუნავდეს ჭკუფის წვერებზე, მძღოლი რომელიც დაეჭახა ქვეითს ვალდებულია იზრუნოს ქვეითზე და გადაიყვანოს უახლოეს სამედიცინო პუნქტში და ა.შ.).

შერეული უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაული შინაარსობრივად ისეთივე თავისებურებებით ხასიათდება, როგორც მოქმედებით ჩადენილი დანაშაული, სუბიექტურად აქაც შეიძლება გვექნოდეს განზრახვა ან გაუფრთხილებლობა. მაგალითად, დედას დაავიწყდა ბავშვის გამოკვება, რის შედეგადაც ბავშვი გარდაიცვალა, სახეზე გვექნება გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობა, გამოხატული უმოქმედობით. ამის საპირისპიროდ თუ დედა შეგნებულად არ აქმევს შვილს იმიტომ რომ ეზარება მისი მოვლა და სურს დაილუპოს, ქმედება დაკვალიფიცირდება როგორც დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილი განზრახ მკვლელობა. დანაშაულის სტადიის მიხედვით შესაძლოა სახეზე იყოს როგორც დასრულებული ისე დაუმთავრებელი დანაშაული. ასევე დედის მაგალითზე, თუ დედა შეგნებულად არ აქმევს ჩვილს მაგრამ ამის თაობაზე შეიტყობს ბავშვის მამა და დროულად აღკვეთს დედის ქმედებას, დედის მხრიდან სახეზე გვექნება დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილი განზრახ მკვლელობის მცდელობა.¹⁴ ამ შემთხვევაშიც შე-

საძლოა გვექნოდეს საქმე თანამონაწილეობასთან ან/და თანაამსრულებლობასთან, მაგალითად, თუ დედას ეზარება ბავშვის მოვლა და მეგობარი მას ურჩევს არ აჭამოს რათა ბავშვი დაილუპოს, მეგობრის მხრიდან სახეზე გვექნება მკვლელობაში თანამონაწილეობა, ხოლო დედის მხრიდან უშუალო ამსრულებლობა¹⁵. ანალოგიურად თუ დედა და მამა გადაწყვეტენ რომ ბავშვის მოშორების მიზნით არ აჭამონ მას, სახეზე გვექნება ჭკუფურად (თანაამსრულებლობით) ჩადენილი განზრახ მკვლელობა დამამძიმებელ გარემოებებში.

ამდენად, ცალსახაა, რომ უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაული შეიძლება იყოს როგორც განზრახი ისე გაუფრთხილებელი, დამთავრებული ან დაუმთავრებელი და მისი ჩადენა შესაძლებელია ინდივიდუალურად, ჭკუფურად ან სულაც თანამონაწილეობით.

პრაქტიკაში შესაძლებელია რთული გახდეს იმის გარკვევა მოქმედებით არის ჩადენილი დანაშაული თუ უმოქმედობით. ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში არაერთი ასეთი შემთხვევაა განხილული. ერთ ერთი ასეთია პირის გადარჩენისათვის ხელის შეშლა. მაგალითად, პირს მოსდევს მოსაკლავად ნასვამი ადამიანი, გადარჩენის მიზნით დაზარალებული ცდილობს შეეფაროს ერთ ერთი კორპუსის სადარბაზოს. ამ დროს კი მას კარს უკეტავს მეზობელი. მიუხედავად შემთხვევის პრობლემურობისა ვფიქრობთ ამ შემთხვევაში სახეზე გვაქვს მოქმედებით ჩადენილი დანაშაული.¹⁶ მსგავსი შემთხვევაა როდესაც პირი ხელს უშლის მეორე პირს ადამიანის გადარჩენაში. მაგალითად, სანაპიროს მშველი ცდილობს ბ-ს გადარჩენას. გ მას წინ ეღობება და ხელს უშლის, შედეგად ბ ილუპება. ამ შემთხვევაშიც საქმე გვაქვს აქტიურ მოქმედებასთან და გ უნდა დაისაჯოს მოქმედებით ჩადენილი განზრახი დანაშაულისთვის. განსაკუთრებული ყურადღების ღირსია ის შემთხვევები როდესაც პირი გადაიფიქრებს მსხვერპლის გადა-

12 იქვე.
 13 ტურავა მ., 2013. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, მერიდიანი, თბილისი გვ. 276.
 14 მჭედლიშვილი ქ., 2011. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები (დანაშაულის მოშადება და მცდელობა, თანამონაწილეობა დანაშაულში, უმოქმედობა, კონკურენცია), მერიდიანი, თბილისი, გვ. 283-284.

15 იქვე.
 16 Schonke/Schroder-Stree, vor §13/Rn.159.

რჩენას. მაგალითად, სკოლის დარაჯი ხედავს რომ სკოლის ეზოში არსებულ ტბაში მოსწავლე იხრჩობა ის მიდის მოსწავლის ამოსაყვანად, ამ დროს აღმოაჩენს რომ ბავშვი ფიზიკის მასწავლებლის შვილია, რომელთანაც მას ცუდი ურთიერთობა აქვს. ამიტომ დარაჯი ხელს უშვებს ბავშვს და ბავშვი იღუპება. ამ შემთხვევის შეფასებისას ვფიქრობთ დიდი მნიშვნელობა აქვს დარაჯის მიერ დახმარების შეწყვეტის მომენტს. თუ დარაჯს არც კი გაუწვდია ხელი მოსწავლისთვის და ისე დატოვა იქაურობა, მაშინ საქმე გვექნება უმოქმედობით ჩადენილ განზრახ დანაშაულთან, ხოლო თუ დარაჯმა უკვე გაწვდილი ხელი გაუშვა მოსწავლეს, სახეზე გვექნება მოქმედებით ჩადენილი განზრახი დანაშაული.

ვინაიდან, შერეული უმოქმედობის დელიქტის ერთ ერთი მთავარი მახასიათებელია ამსრულებლის, სამართლებრივი გარანტიის სტატუსი, ერთი და იგივე ქმედებას შესაძლოა სრულიად სხვადასხვა სამართლებრივი შეფასება მიეცეს. მაგალითად, მაღაზიაში პურის საყიდლად ჩასულ ირაკლის, გზაში ხვდება უცნობი რომელსაც ბრმა ნაწლავის შეტევა აქვს და სასწრაფო დახმარებას საჭიროებს, ირაკლის ეჩქარება და ისე აგრძელებს გზას თითქოს არც კი დაუნახავს უცნობი. სახეზე გვექნება დაუხმარებლობა. ამ შემთხვევაში, უცნობი ადამიანის ნაცვლად ირაკლის მეუღლე რომ ყოფილიყო, ქმედება დაკვალიფიცირდებოდა როგორც უმოქმედობით ჩადენილი განზრახი დანაშაული. აღნიშნული საკითხი საკმაოდ კარგად არის დამუშავებული ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ამიტომ ჩვენ აღარ შევცხებით მისი გამოვლინების სხვა ფორმებს.

საინტერესოა ალბათ, მაშინ როდესაც სისხლის სამართალი ქმედებათა სამართალია რატომ გახდა საჭირო უმოქმედობის ცალკეული ფორმების დანაშაულად გამოცხადება. საქმე იმაშია რომ სისხლის სამართლის მიზნებიდან გამომდინარე, დემოკრატიული საზოგადოების განვითარებისა და საზოგადოებაში შესაბამისი წესრიგის შენარჩუნებისთვის საკმარისი არ

არის ცალკეული ქმედებების აკრძალვა, აუცილებელია ამ ქმედებების განხორციელების ხელის შეშლისათვის შესაბამისი ინსტრუმენტების შექმნა და სწორედ ეს გახლავთ უმოქმედობის შემადგენლობების არსებობის მთავარი საზრისი. მართლწესრიგის შენარჩუნება შეუძლებელია სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების პრევენციის გარეშე და ამ პრევენციის ნაწილია ისიც რომ ცალკეულ შემთხვევებში პირი ვალდებულია იმოქმედოს. ძალზე საინტერესო პრაქტიკა აქვს ამ მხრივ ინგლისურ ამერიკულ სამართალს. ეს წესები, ხშირად „კეთილი სამართლის“ წესების სახელით მოიხსენიება ინგლისურ ამერიკულ სამართალში.¹⁷ ქართული სამართლის მსგავსად, ინგლისურ ამერიკულ სამართალშიც ცნობილია შერეული უმოქმედობის დასჯადობა, მაშინ როდესაც პირს მოქმედების პირდაპირი, სპეციალური ვალდებულება ჰქონდა. იურიდიულ ლიტერატურაში სპეციალური ვალდებულება მოიხსენიება ფრაზით: „სპეციალური ურთიერთობა“. საუბარია ურთიერთობაზე რომელიც შეიძლება გამომდინარეობდეს:

- ნათესაური კავშირიდან (მშობლები-სა და შვილებს შორის ან ცოლ-ქმარს შორის არსებული სპეციალური ურთიერთობა);
- შრომითი ურთიერთობებიდან (დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის არსებული ურთიერთობა);
- პროფესიული მდგომარეობიდან (ექიმსა და პაციენტს შორის, მაშველსა და სანაპიროზე მყოფ პირებს შორის არსებული სპეციალური ურთიერთობა);
- სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან (ძიძასა და აღსაზრდელს შორის არსებული ურთიერთობა).

სწორედ ზემოთ აღწერილ სპეციალური ურთიერთობებია ინგლისური სამართლისთვის სამართლებრივი გარანტიის სტატუსის წინაპირობა და მხოლოდ სამა-

17 Freeman S., 2005. Criminal liability and the duty to aid distressed, University of Pennsylvania law review, Vol. 142, p. 1455.

რთლებრივი გარანტის მიერ ჩადენილი უმოქმედობაა ინგლისური სამართლისთვის დანაშაული. კონტინენტური ევროპის ქვეყნების საპირისპიროდ ამ სამართლებრივ სისტემაში, დახმარების ზოგადი ვალდებულება არ არსებობს. არავინ არის ვალდებული მიეშველოს განსაცდელში მყოფ უცნობ ადამიანს. ამ ტიპის მოვალეობა არ არის დეკლარირებული არც ერთი დანაწესით, მაშინაც კი როდესაც პირს აქვს მოქმედების შესაძლებლობა.

ამ მხრივ საკმაოდ საინტერესო მსჯელობას ავითარებს და სწორედ სამართლებრივი გარანტის სტატუსს უსვამს ხაზს ინგლისელი პოლიტიკოსი, თომას ბეზინგტონ მაქალი, რომლის სახელთანაც არის დაკავშირებული ინდოეთის სისხლის სამართლის კოდექსის შექმნა. ის აღნიშნავს: „ძნელი წარმოსადგენია რომ ქირურგი რომელმაც უარი თქვა კალკუტადან მერუთში წასვლაზე, რთული ქირურგიული ოპერაციის შესასრულებლად არის მკვლელი, თუმცა ისიც აღსანიშნავია რომ ის იყო ერთადერთი ადამიანი ვისაც ამ ოპერაციის შესრულება შეეძლო და მისი გამოუცხადებლობის შემთხვევაში ადამიანი დაიღუპებოდა.“¹⁸ მაშასადამე, მაქალი ცალსახად სამართლებრივი გარანტის არსებობის შემთხვევაში მიიჩნევს უმოქმედობას დანაშაულად ე.ი. ის აღიარებს მხოლოდ შერეული უმოქმედობის დასჯადობას. საკუთარი პოზიციების გასამყარებლად ის ქმედებების რამდენიმე ვერსიასაც გვთავაზობს: „ა“ „ბ“-ს აძლევს საკვებს, რომლის მიღების შედეგადაც „ბ“ იღუპება. დანაშაული სახეზე გვაქვს მხოლოდ შემდეგ შემთხვევებში:

- თუ „ა“ არის ციხის ზედამხედველი სადაც „ბ“ იხდის სასტუმარს და „ა“-ს პირდაპირი ფუნქციაა „ბ“-ს გამოკვება;
- თუ „ა“ არის „ბ“-ს მცირეწლოვანი შვილი;
- „ა“ არის ინვალიდი და „ბ“ არის მისი მომვლელი;

შესაბამისად, დანაშაული არ იქნება თუ „ბ“ „ა“-სგან მოითხოვდა შემწეობას და ეს უკანასკნელი წმინდა ჰუმანური მოსაზრე-

ბებიდან გამომდინარე დაეხმარა მას.¹⁹ ლიტერატურაში მოყვანილია კიდევ ერთი მაგალითი: ა-ს არის მინიციპალიტეტის შესაბამისი სამსახურის მიერ ტურისტების დასვენების ზონებში გამწესებული ზედამხედველი და მისი მოვალეობაა გააფრთხილოს ტურისტები შესაძლო საფრთხეზე. ის დროულად არ აფრთხილებს ტურისტს იმის შესახებ რომ წვიმის გამო მდინარეში შესვლა საშიშია, შედეგად ტურისტი იღუპება. ამ შემთხვევაშიც ინგლისური სამართლით სახეზე გვეჩვენება დანაშაულებრივი უმოქმედობა. მაშასადამე, ინგლისურ ამერიკული სამართლით უმოქმედობა დასჯადია მხოლოდ მაშინ როდესაც მსხვერპლსა და ამსრულებელს შორის არსებობს სპეციალური ურთიერთობა, ეს ურთიერთობა, კი როგორც წესი, ემყარება პროფესიულ სტატუსს, საოჯახო, სახელშეკრულებო, შრომით ან სხვა ტიპის სპეციალურ კავშირს.

ამ მხრივ განსაკუთრებით აქცენტირებულია დამსაქმებელთა ვალდებულება დასაქმებულთა მიმართ, ეს საკითხი ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში საერთოდ არ გვხვდება, რეალურად კი ბოლო პერიოდში დაგროვილი საკმაოდ უსიამოვნო გამოცდილებებიდან ძალზე მწავევდ დგას აღნიშნული საკითხი. თუმცა ისიც აღსანიშნავია, რომ ინგლისურ ამერიკული სამართალი არ იცნობს მოქმედების ზოგად ვალდებულებას, ის არ ავალდებულებს ადამიანებს დაეხმარონ განსაცდელში მყოფ უცნობ პირებს, შესაბამისად ისეთი ქმედება როგორც არის სსკ-ის 129 მუხლით გათვალისწინებული დაუხმარებლობა უცნობია საერთო სამართლის ქვეყნებისთვის. აღნიშნულ პოზიციას ინგლისურ სამართალში მოწინააღმდეგეებიც ყავს. ამერიკელი პროფესორი მაიკლ მური, რომელსაც არაერთი სამეცნიერო ნაშრომი ეკუთვნის სისხლის სამართლის თეორიის სფეროში ბოლომდე არ ეთანხმება „სპეციალური ურთიერთობის“ არგუმენტს. თუმცა ის არ ავითარებს ცალსახა პოზიციას საკითხის სხვაგვარად გადაწყვეტისთვის. მისთვის არ არის მნიშვნელობანი სპეციალური

18 იქვე, P. 1458.

19 იქვე, P. 1994.

ურთიერთობა ამსრულებელსა და მსხვერპლს შორის, მისთვის მთავარია სამართლებრივად გასაკიცხი ქმედების შინაარსი, ის რომ ექსტრემალურ სიტუაციაში, კონკრეტული მოქმედება გადაარჩინდა სამართლებრივ სიკეთეს. მაიკლ მური ავითარებს მსჯელობას პოზიტიურ და ნეგატიურ ვალდებულებათა შესახებ. ნეგატიურ ვალდებულებათა იდეაა ყოველი პირის ვალდებულება თავისი მოქმედებით არ გააუაროსო სამყარო, მაშინ როდესაც პოზიტიურ ვალდებულებათა იდეაა შეცვალოს სამყარო უკეთესობისაკენ. ის აღნიშნავს რომ როდესაც პირი ადამიანს კლავს, ამით უფრო დიდ ბოროტებას სჩადის ვიდრე მაშინ როდესაც ხელს არ უშლის ადამიანს სიკვდილში. მაგალითად, ბიძა რომელიც უფლებას აძლევს და ხელს არ უშლის ძმის შვილს აუზში დახრჩობაში და ბიძა რომელიც შეგნებულად ახრჩობს აუზში ძმიშვილს სხვადასხვა სიმძიმის გასაკიცხაობს სჩადის და ამ გასაკიცხაობებს შორის მეორე შემთხვევა უფრო მეტად იმსახურებს სასჯელს ვიდრე პირველი.²⁰ ინგლისური სამართლის ასეთი მიდგომა განპირობებულია იმით რომ ეს სამართალი არ მოითხოვს ადამიანებისაგან სამყაროს უკეთესობისკენ შეცვლას, სამართალი მოითხოვს სულ მინიმუმს ადამიანებისაგან – არ შეცვალონ სამყარო უარესობისკენ. ინგლისური დოქტრინის მსგავსად, ამერიკის სამართლებრივი სისტემაც არ იცნობს განსაცდელში მყოფი უცნობი პირისთვის გადაუდებელი დახმარების აღმოჩენის ვალდებულებას, თუმცა ცალკეულ შტატებში მაინც გვხვდება განსხვავებული მიდგომა. მაგალითად, კალიფორნიის, ფლორიდის, ჰავაის, მასაჩუსეტის, მინესოტას, ოჰაიოს, როდ აილენდის, ვაშინგტონის და ვისკინსინის შტატებში, ასეთი ვალდებულება ძალაშია.²¹

საკითხის შეჭამების თვალსაზრისით

უნდა ითქვას რომ სრულიად განსხვავებულია კონტინენტური ევროპისა და საერთო სამართლის ქვეყნების მიდგომა. რომანულ გერმანული სამართლის ქვეყნებში ისევე როგორც საქართველოში დასჯადია უმოქმედობის ორივე ფორმა. ხოლო საერთო სამართლის ქვეყნები ძირითადად სტიან მხოლოდ შერეულ უმოქმედობას. იმ ფონზე როდესაც სისხლის სამართლის ნორმათა მთავარი მიზანია დანაშაულის თავიდან აცილება, ვფიქრობთ უმოქმედობის ორივე ფორმის დასჯადობა პირდაპირ ეხმიანება სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების თავიდან აცილებისა და შესაბამისად სისხლის სამართლის მიზნებს.

საკითხში უკეთ გარკვევის მიზნით აუცილებელია მიმოვიხლოთ სასამართლო პრაქტიკა. საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ 2003 წლის ოქტომბერში განიხილა ერთ ერთი სისხლის სამართლის საქმე სადაც წარმოდგენილია ძალზე საინტერესო მსჯელობა ამ საკითხზე. 2001 წლის 5 მარტს, ბ. ყ-ს. კუთვნილი სატვირთო მგზავრო ავტობუსით გადაყავდა მგზავრები ახალქალაქის მიმდებარე ტერიტორიაზე. მგზავრებს დაახლოებით 11 ტონა კარტოფილი მიჰქონდათ რუსთავის ბაზრობაზე. ასპინძაში მგზავრებს შეურთდათ კიდევ ერთი ადამიანი ქ.ს. მან მგზავრებთან ერთად დალია რამდენიმე ჭიქა არაყი და გვიან, 23 საათსა და 15 წუთზე, სოფელ იდუმალას გადასახვევთან ჩავიდა. იმ მომენტში როდესაც ქ.ს. ჩადიოდა ავტობუსიდან, მძღოლმა ყურადღება არ გამოიჩინა და ნაადრევად დაძრა ავტობუსი, რის გამოც საბურავებით მარჯვენა ფეხზე გადაუარა ქ.ს. მძღოლი მაშინვე მიხვდა თავის შეცდომას, გააჩერა ავტობუსი, მხრებში მოკიდა ხელი ქ.ს. და გადაიყვანა მოშორებით, მგზავრების მოსაცდელ სივრცეში. ამის შემდეგ ის ტოვებს დაზიანებულ მგზავრს და განაგრძობს გზას. პირის გადაყვანაში მძღოლს ეხმარება მისივე ძმა ვ.ყ. 20 წუთის შემდეგ ქ.ს-ს მდგომარეობა უარესდება, ის უკვე მომაკვდავია და მას პოულობს მისივე თანასოფლელი გ.ა. რომელიც უხმობს სხვებს დასახმარებლად და პირი გადაყავთ ასპი-

20 იქვე, P. 1996.

21 Peterson M., at Carrington, Coleman, Sloman & Sloman & Blumenthal LLP, Good Samaritan Laws, A comparative study of laws that protect first responders with assist accident victims, p. 5.

ნძის რაიონულ საავადმყოფოში, სადაც მიუხედავად სამედიცინო პერსონალის დახმარებისა პირი იღუპება. სააპელაციო ინსტანციის სასამართლოს მიერ აღნიშნული ქმედება დაკვალიფიცირდა, 276ე მუხლის მე-5 ნაწილითა და სსკ 128 მუხლით, როგორც განსაცდელში მიტოვება. საკასაციო საჩივრით დაზარალებულის ინტერესების დამცველი ადვოკატი ითხოვდა რომ ბ.ყ-ს ქმედება დაკვალიფიცირებულიყო სსკ 276 მუხლის მე-3 ნაწილით (ა.რ საშუალების მართვის წესების დარღვევა რასაც შედეგად მოყვა ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება) და უმოქმედობით ჩადენილი განზრახ მკვლელობით. კასატორი მიიჩნევდა რომ პირის მიერ განხორციელდა არაპირდაპირი განზრახვით მკვლელობა და ითხოვდა უშუალოდ სიკვდილის ნაწილში საქმეზე ჩატარებულიყო დამატებითი გამოძიება. ამის საპირისპიროდ, მსჯავრდებულის ადვოკატი მიიჩნევდა რომ ბ.ყ. სიკვდილის დადგომის შესაძლებლობას არ ითვალისწინებდა და ამიტომ გამოირიცხებოდა უმოქმედობით ჩადენილი მკვლელობა.²²

უზენაესმა სასამართლომ გაიზიარა, დაზარალებულის ინტერესების დამცველი ადვოკატის პოზიცია და ქმედების ერთი ეპიზოდი მართლაც დააკვალიფიცირა 276 – ე მუხლის მესამე ნაწილით ხოლო მეორე ეპიზოდის მსჯავრდება სსკ 128 მუხლის ნაწილში გააუქმა, და დააბრუნა საქმე დამატებითი გამოძიების ჩასატარებლად.

სასამართლო დაეყრდნო შემდეგ ფაქტობრივ გარემოებებს:

- საქმის მასალებით დადგენილად იქნა მიჩნეული რომ 2001 წლის 5 მარტს მგზავრის ჩასვლისას მძღოლმა დაარღვია ავტოსატრანსპორტო საშუალების მართვის წესები და ჯანმრთელობის დაზიანება მიაყენა მგზავრს;
- მძღოლმა დაინახა დაზიანებული

მგზავრი, აღიქვა საკუთარი ქმედების მიზეზ შედეგობრიობა და მოშორებით გადაიყვანა შეუძლოდ მყოფი დაზარალებული;

- მძღოლმა ყოველგვარი დახმარების გარეშე, მიატოვა მგზავრი და თავად გზა განაგრძო.

უზენაესი სასამართლო საქმის განხილვისას დაეყრდნო შემდეგ სამართლებრივ არგუმენტაციას:

- მძღოლმა დაარღვია ავტოსატრანსპორტო საშუალების მართვის წესები, რის შედეგადაც გარდაიცვალა მგზავრი;
- მძღოლმა აღიქვა და გააცნობიერა რომ მან ფეხზე გადაუარა ბ.ყ-ს, გააცნობიერა ისიც, რომ ეს პირი ამის გამო იმყოფებოდა სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში, ითვალისწინებდა იმას, რომ პირი მოკლებული იყო შესაძლებლობას გადაერჩინა თავი, ასევე იცოდა, რომ მგზავრს შეზღუდული ჰქონდა გადაადგილების შესაძლებლობა ფეხის ტრამვის გამო;
- მგზავრისთვის დაზიანების მიყენების მომენტიდან, ბ.ყ-ს წარმოეშვა მგზავრზე ზრუნვის ვალდებულება – შეიძინა სამართლებრივი გარანტიის სტატუსი;
- სამართლებრივი ვალდებულების წარმოშობის მიუხედავად, მძღოლი არ დაეხმარა მგზავრს, გადაიყვანა ის შემთხვევის ადგილიდან მოშორებით და მიატოვა უმწეო მდგომარეობაში, ყოველგვარი დახმარების გარეშე.²³
- უზენაესმა სასამართლომ საერთოდ არ გაიზიარა სააპელაციო სასამართლოს პოზიცია განსაცდელში მიტოვებასთან დაკავშირებით, რადგან მიიჩნია რომ ვინაიდან მძღოლმა დაარღვია ავტოსატრანსპორტო საშუალების მართვის წესები, რის შედეგადაც დადგა მძიმე შედეგი, იკვეთება მიზეზობრიობის სამი ძირითადი პირობა. იმ მომენტში როდესაც ბ.ყ.

22 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატა, შემადგენლობა: ტურავა მ. ლალიაშვილი თ. გოგელია მ. 2003 წლის 16 ოქტომბრის განჩინება №216-აპ, გვ 1-2

23 იქვე, გვ. 4-5.

დაეჭაბა და დააზიანა მგზავრი, მძღოლს წარმოეშვა მოქმედების სამართლებრივი მოვალეობა, ე.წ. სამართლებრივი გარანტიის ფუნქცია, მან თავისი მოქმედებით ჩააყენა პირი სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში რის გამოც მასვე ევალებოდა შესაბამისი ზომების მიღება პირის დასახმარებლად.

მაშასადამე უზენაესმა სასამართლომ შეცვალა ქმედების კვალიფიკაცია 276-ე მუხლთან მიმართებაში და გააუქმა სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება სსკ-ის 128 მუხლთან მიმართებაში. უზენაესმა სასამართლომ დამატებით გამოძიებაში დააბრუნა საქმე და გამოძიებაში დაბრუნების მთავარ მიზნად მიუთითა:

- იმის გარკვევა რამდენად ჰქონდა მძღოლს პირის დახმარების შესაძლებლობა და ასეთი დახმარების შემთხვევაში იქნებოდა თუ არა შესაძლებელი სასიკვდილო შედეგის თავიდან აცილება;
- მძღოლის სუბიექტური დამოკიდებულების გარკვევა – უშვებდა თუ არა იმის შესაძლებლობას რომ მის მიერ სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული. სასამართლო უთითებს რომ ამის გასარკვევად გათვალისწინებულ უნდა იქნას მგზავრის დატოვების დრო, ადგილი, გარემოებები და მისი მდგომარეობა.²⁴

ძნელია არ დავეთანხმოთ უზენაესი სასამართლოს პოზიციას. პირველ რიგში ვერ დავეთანხმებით სააპელაციო სასამართლოს მიდგომას აღნიშნული ქმედების განსაცდელში მიტოვებით დაკვალიფიცირების თაობაზე. მაშინ როდესაც პირის განსაცდელში ჩაგდება განპირობებულია ამსრულებლის წინარე მოქმედებებით ყოველთვის უნდა შემოწმდეს უმოქმედობის მიზეზობრიობის პირობები. სამართლებრივი გარანტიის ფუნქცია შეიძლება წარმოიშვას პირის წინა მოქმედებიდანაც. შესაბამისად, მოცემული ქმედება მკვეთრად

გასცდა განსაცდელში მიტოვების ფარგლებს და განზრახ დანაშაულში გადაიზარდა. უზენაესი სასამართლოსთვის, უმოქმედობის შეფასების ამოსავალი გახდა სსკ-ის 8 მუხლი, სასამართლო პირდაპირ აპელირებს უმოქმედობის მიზეზობრიობის სამ პირობაზე, კერძოდ:

1. პირს ეკისრება მოქმედების სპეციალური მოვალეობა: საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან გამომდინარე, ამსრულებელი გახლდათ მძღოლი, რომელიც მართავდა ავტობუსს, მან დაარღვია ტრანსპორტის უსაფრთხოების წესები, ჯანმრთელობის დაზიანება მიაყენა დაზარალებულს რის შედეგადაც თავისივე წინა მოქმედებიდან წარმოეშვა მოქმედების სპეციალური ვალდებულება – გახდა სამართლებრივი გარანტი დაზარალებულისთვის
2. მძღოლს ჰქონდა მოქმედების შესაძლებლობა: აღნიშნული საკითხი დამატებითი ძიების საგანად მიიჩნია სასამართლომ მაგრამ საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან ცხადი ხდება რომ მძღოლმა გააცნობიერა მგზავრის მდგომარეობა, მოშორებით გადაიყვანა და საქმეში არ არსებობს რაიმე გარემოება რომელიც მიუთითებს რომ მას შეზღუდული ჰქონდა მოქმედება, არ შეეძლო დახმარება
3. მძღოლის მოქმედებით მძიმე შედეგი თავიდან აცილებული იქნებოდა: ეს საკითხიც დამატებით ძიების საგანად მიიჩნია სასამართლომ თუმცაღა, ამ საკითხის ძიების შედეგების მიუხედავად მაშინაც კი თუ აღმოჩნდებოდა რომ მგზავრი ვერ გადარჩებოდა მაინც გვეჩვენებოდა შერეული უმოქმედობა ცხადია დაუმთავრებელი დანაშაულის კვალიფიკაციით – ე.ი. უმოქმედობით ჩადენილი განზრახ მკვლელობის მცდელობა.

საინტერესო საკითხი იქნება რა მოხდებოდა იმ შემთხვევაში მძღოლს რომ სატრანსპორტო მოძრაობის წესები არ დაერღვია, სასამართლოს იმდენად ხშირად აქვს

24 იქვე, გვ. 5.

ხაზგასმული მძღოლის მიერ მოძრაობის წესების დარღვევა, ვფიქრობთ უმოქმედობის მიზეზობრიობის კვალიფიკაციისას ესეც საკვანძო საკითხია – არა ყველა ტიპის წინა მოქმედება წარმოშობს სამართლებრივი გარანტის სტატუსს არამედ მხოლოდ კანონსაწინააღმდეგო მოქმედება. მიუხედავად, სასამართლოს მიერ საკითხზე ხშირი აპელირებისა, მიგვაჩნია რომ წინა ქმედების მართლწინააღმდეგობას ამ შემთხვევაში არსებითი მნიშვნელობა არ უნდა ჰქონდეს.

არანაკლებ პრობლემატური საკითხია აღნიშნული საქმის კიდევ ერთი ფიგურანტი – მძღოლის ძმა რომელიც ეხმარება მგზავრის მოშორებით გადაყვანაში, აღნიშნული ქმედების უმოქმედობით ჩადენილი განზრახი დანაშაულად კვალიფიკაციის შემთხვევაში ცხადია დადგებოდა ამ პირის დანაშაულში თანამონაწილეობის საკითხი. თანაამსრულებლობა ამ შემთხვევაში გამორიცხულია რადგან მძღოლი მოცემულ შემთხვევაში სპეციალურ სუბიექტია.

დასასრულს გვუსრს ავღნიშნოთ რომ დანაშაულებრივი უმოქმედობა ერთ ერთი ყველაზე სადაო და პრობლემატური ინსტიტუტია სისხლის სამართალში. ადამიანური ქცევის მრავალფეროვნებიდა გამომდინარე, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, ძალზე რთული ხდება პრობლემატური შემთხვევების ცალსახა კვალიფიკაცია, ვფიქრობთ ამ სფეროში გადამწვეტი სიტყვა სწორედ სასამართლო პრაქტიკას ეკუთვნის. წინამდებარე კვლევის ფარგლებში წარმოდგენილი საქმე ერთადერთი საქმეა უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში სადაც სასამართლო დეტალურად მსჯელობს უმოქმედობის მიზეზობრიობაზე. ცხადია ეს სრულებით არ ნიშნავს იმას რომ ამ სფეროში პრაქტიკა არ არსებობს. პრაქტიკა საკმაოდ მრავალფეროვანია პირველი და მეორე ინსტანციის სასამართლოებში, უზენაესი სასამართლოს პოზიცია კი ამ კუთხით ცხადია ნორმის ინტერპრეტაციის ყველაზე კვალიფიციური საშუალებაა და ამის გამო ძალზე მნიშვნელოვანია.

PROBLEMATIC ISSUES OF QUALIFYING CRIMINAL OMISSIONS

Tatia Dolidze

PhD, Associated professor at the European University

KEYWORDS: Crime, Duty, Court

RESUME

Criminal code of Georgia (7th article) defines crime. According to this article main element of a crime is an action. Action is also the first and the most important element of actus reus in Georgian criminal law. In this case, action includes not only criminal activity, but also criminal inaction. According to Georgian criminal law, there are two forms of inaction: typical inaction and mixed inaction. Mixed inaction is much more serious crime than typical inaction. While qualifying inaction the most important issue is the obligation on action, whether it was because of profession, previous action or special relations with the victim.

The research includes detailed review of Georgian criminal law in the field of qualification of criminal inaction. Georgia belongs to continental law system. There is big difference in this field between continental law system and common law system. In continental criminal law system, every type of inaction is a crime, while in common law system, typical inactions, like leaving person without help in danger, is not a crime. Main aim of criminal law is to avoid harm of such values like life, freedom etc. That's why it is important to prevent such harms. The research includes analyzing of this differences.

The most important issue while qualification of inaction is practice of Georgian Supreme Court. So, the research includes detailed review of Georgian Supreme Court decisions in this field.

To sum up, the research includes following issues: Theoretical research on qualification of inaction, practical recommendations, review of Georgian Supreme Court practice, specifics of common law countries.

გამოყენებული ლიტერატურა:

1. საქართველოს კონსტიტუცია, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე.
2. Samaha J., 2017. Criminal law, United States of America.
3. ლეკვეიშვილი მ., თოდუა ნ., მამულაშვილი გ., 2011. სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი,(წიგნი I), მეოთხე გამოცემა, გამომცემლობა მერიდიანი, თბილისი.
4. Ashworth A. Horder J., 2017. Principles of criminal law, Seventh edition, Oxford.
5. Bentham J., 2011. An introduction to the principles of morals and legislation. Bottom of the Hill Publishing, NY.
6. Bentham J., 2011. Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence. Bottom of the Hill Publishing, NY.
7. Beccaria C., 2013. An Essey on crimes and punishment. TheClassics.us.

BIBLIOGRAPHY:

1. Constitution of Georgia, Legislative herald of Georgia (Georgian)
2. Samaha J., 2017. Criminal law, United States of America. (English)
3. Lekveishvili M., Todua N., Mamulashvili G., 2011. Commentaries on specific part of criminal law, Book N1, fourth edition, Meridiani, Tbilisi. (Georgian)
4. Ashworth A. Horder J., 2017. Principles of criminal law, Seventh edition, Oxford. (English)
5. Bentham J., 2011. An introduction to the principles of morals and legislation. Bottom of the Hill Publishing, NY. (English)
6. Bentham J., 2011. Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence. Bottom of the Hill Publishing, NY. (English)
7. Beccaria C., 2013. An Essey on crimes and punishment. The Classics us. (English)

NOTES:

1. Donjashvili T., 2002, Georgian criminal law, General part, Tbilisi, p.114-116. (In Georgian)
2. Mchedlishvili K.,2011. Criminal law, General part II, various forms of demonstrating crime (crime preparation, criminal attempt, complicity, inaction, collision), Meridiani, Tbilisi, p. 282-283. (In Georgian)
3. Criminal code of Georgia, legislative herald of Georgia, official web site: www.matsne.gov.ge (Geo)
4. Turava M., 2013. General part of criminal law, ninth edition, Meridiani, Tbilisi, p. 274-275. (In Georgian)
5. Veselsi I., Biolke V., 2010, General part of criminal law, crime and its construction, Tbilisi University edition, p. 241 (Geo)
6. Criminal code of Georgia, legislative herald of Georgia, official web site: www.matsne.gov.ge (Geo)
7. Gamkrelidze O., 2005, commentaries on Georgian criminal code, Tbilisi, p. 80. (In Georgian)
8. Donjashvili T., 2002, Georgian criminal law, General part, Tbilisi, p.114-116. (In Georgian)
9. Criminal code of Georgia, legislative herald of Georgia, official web site: www.matsne.gov.ge (Geo)

10. Turava M., 2013. General part of criminal law, ninth edition, Meridiani, Tbilisi, p. 276. (In Georgian)
11. Mchedlishvili K., 2011. Criminal law, General part II, various forms of demonstrating crime (crime preparation, criminal attempt, complicity, inaction, collision), Meridiani, Tbilisi, p. 286. (In Georgian)
12. Mchedlishvili K., 2011. Criminal law, General part II, various forms of demonstrating crime (crime preparation, criminal attempt, complicity, inaction, collision), Meridiani, Tbilisi, p. 286. (In Georgian)
13. Turava M., 2013. General part of criminal law, ninth edition, Meridiani, Tbilisi, p. 276. (In Georgian)
14. Mchedlishvili K., 2011. Criminal law, General part II, various forms of demonstrating crime (crime preparation, criminal attempt, complicity, inaction, collision), Meridiani, Tbilisi, p. 283-284. (In Georgian)
15. Mchedlishvili K., 2011. Criminal law, General part II, various forms of demonstrating crime (crime preparation, criminal attempt, complicity, inaction, collision), Meridiani, Tbilisi, p. 283-284. (In Georgian)
16. Schonke/Schroder-Stree, vor §13/Rn.159. (In German);
17. Freeman S., 2005. Criminal liability and the duty to aid distressed, University of Pennsylvania law review, Vol. 142, p.1455. (In English)
18. Freeman S., 2005. Criminal liability and the duty to aid distressed, University of Pennsylvania law review, Vol. 142. P. 1994. (In English)
19. Freeman S., 2005. Criminal liability and the duty to aid distressed, University of Pennsylvania law review, Vol. 142. P. 1996. (In English)
20. Peterson M., at Carrington, Coleman, Sloman & Sloman & Blumenthal LLP, Good Samaritan Laws, a comparative study of laws that protect first responders who assist accident victims, p.5. (In English)
21. Peterson M., at Carrington, Coleman, Sloman & Sloman & Blumenthal LLP, Good Samaritan Laws, a comparative study of laws that protect first responders who assist accident victims, p.5. (In English)
22. Supreme court of Georgia, Criminal law chamber, judges: M. Turava, T. Laliashvili, T. Gogelia, 2003 year, 16 October, case N216-Ap, p. 1-2. (In English)
23. Supreme court of Georgia, Criminal law chamber, judges: M. Turava, T. Laliashvili, T. Gogelia, 2003 year, 16 October, case N216-Ap, p. 4-5. (In English)
24. Supreme court of Georgia, Criminal law chamber, judges: M. Turava, T. Laliashvili, T. Gogelia, 2003 year, 16 October, case N216-Ap, p.5. (In English)

ეთნიკური/ენობრივი უმცირესობები საქართველოში და მათი ენობრივი უფლებების დაცვის საკითხი

ტარიელ ფუტკარაძე

*პროფესორი, ფილოლოგიის მეცნიერებათა დოქტორი,
ანდრია პირველწოდებულის სახელობის ქართული
უნივერსიტეტის ქართველოლოგიის ცენტრის ხელმძღვანელი*

საკვანძო სიტყვები: ლინგვისტური უფლებები, უმცირესობები, ენობრივი სიტუაცია

ბუნებრივი ენის საშუალებით ადამიანი დაბადებისთანავე იწყებს გარესამყაროს აღქმას, შემეცნებას, გააზრებას და ამყარებს ურთიერთობას საზოგადოების სხვა წევრებთან. გარდა ამისა, ყოველი კონკრეტული ტრადიციული ენა მოცემული საზოგადოების წევრების თანაცხოვრების კომფორტული „ველია“. ენა ამავედროულად არის ცოდნის შენახვის საშუალება. რაც უფრო დიდია მოცემული ენის სამწიგნობრო, ზოგადად, კულტურული მემკვიდრეობა, მით უფრო ძლიერია ამ ენის შემქმნელი საზოგადოების ერთობა. გამომდინარე აქედან, სავსებით ლოგიკურია, ვთქვათ: ტრადიციული ენა არის ადამიანის მეობის, ასევე, მოცემული საზოგადოების (თემის, ეთნიკური ჯგუფის, ერის, სახელმწიფოს მოქალაქეების) თვითობის განმსაზღვრელი მთავარი ფაქტორია (შდრ., ასევე, მნიშვნელოვანია რელიგია და მოქალაქეობრივი იდენტობა). ბუნებრივია, ყველა ხელისუფლება ვალდებულია დაიცვას ენა, როგორც ტრადიციული კულტურული მემკვიდრეობა და დაიცვას მოცემული სახელმწიფოს მოქალაქეთა ლინგვისტური (ენობრივი) უფლებები.

ენა, როგორც მოცემული საზოგადოების წევრთა თანაცხოვრების კომფორტული სივრცე, შეიძლება იყოს:

- სახელმწიფო ენა;
- მოცემულ სახელმწიფოში ისტორიული ან მიგრანტი ეთნიკური უმცირესობის ენა;
- მოცემული სახელმწიფოს სახელმწიფო ენის სახესხვაობა, რომელიც ზეპირი ფორმით არსებობს ამ სახელმწიფოს ერთ კონკრეტულ მხარეში ტერიტორიული დიალექტის სახით;
- მოცემული საზოგადოების რომელიმე ფენის მეტყველება (სოცალური დიალექტი, პროფესიული დიალექტი, ჟარგონი, არგო...).

უმცირესობის ენობრივ უფლებებზე საუბრის დროს უაღრესად მნიშვნელოვანია, პირველ რიგში გავარკვიოთ მოცემული საზოგადოების **რეალური ენობრივ-ეთნიკური ისტორია**, რადგან, პოლიტიკური მიზნებიდან გამომდინარე, ზოგჯერ ერთი ენის მქონე საზოგადოება მიზანმიმართულად ცხადდება სხვადასხვაენოვან საზოგადოებებად, ან პირიქით: სხვადასხვა ენისა და კულტურის მქონე საზოგადოებები – ერთენოვან ეთნოსად. შესაბამისად, საერთაშორისო კანონმდებლობის გათვალისწინებით ენობრივი უფლებების დაცვაზე საუბრისას მნიშვნელოვანია მოცემულ სახელმწიფოში რეალურად არსებული უმცირესობის სტატუსის გარკვევა: **თუ ენობრივი/ეთნიკური უმცირესობაა, ეს უმცირესობა ისტორიული (ავტოქთონი) უმცირესობაა თუ მიგრანტი უმცირესობაა**; მაგ., გასული საუკუნის შუა პერიოდებიდან გერმანიაში მცხოვრობ მილიონობით თურქის მშობლიურ ენას არა აქვს „რეგიონული ან უმცირესობის ენის“ სტატუსი, მაშინ როცა ამგვარი სტატუსი აქვს, მაგ., რუსულ ენას სომხეთში, მაშინ როცა რუსული ენა ნამდვილად არ არის სომხეთის რესპუბლიკის ავტოქთონი უმცირესობის ენა. წინასწარვე აღვნიშნავ, რომ საბჭოთა პერიოდში პოლიტიზებული ლინგვისტური და ეთნიკური იდეოლოგიების ინერციის გამო **პოსტსაბჭოთა ქვეყნებში** უფრო პრობლემურია **ენობრივი/ეთნი-**

კური უმცირესობის სტატუსის განსაზღვრა. ქვემოთ წარმოდგენილია საქართველოს ენობრივი პოლიტიკისა და საქართველოს ენობრივი/ეთნიკური უმცირესობების შესახებ ბოლო პერიოდში გამოქვეყნებული კვლევების კრიტიკული ანალიზი.

საქართველოს ენობრივი პოლიტიკის ძირითადი წახნაბები

ძვ.წ. პირველი ათასწლეულიდან არსებობდა საქართველოს ერთიანი სახელმწიფო – ქართლის ერთიანი სახელმწიფო, რომელიც მოიცავდა დასავლეთ, აღმოსავლეთ და სამხრეთ საქართველოს. ისტორიული წყაოების მიხედვით ძვ.წ. IV საუკუნეში ქუჩისა და ფარნავაზის მიერ აღორძინებული ქართლი არსებობდა ვახტანგ გორგასლის მკვლელობამდე (VI საუკუნეებამდე). „საქართველოს“ სახელით ქართველთა ერთიანი სახელმწიფო ისევ აღორძინდა XI საუკუნეში და არსებობდა XV საუკუნემდე. ამავე სახელწოდებით, მაგრამ გაცილებით მცირე ტერიტორიით ერთიანი სახელმწიფო კიდევ ერთხელ აღორძინდა 1918 წელს. სხვა პერიოდებში საქართველო დანაწევრებული იყო პატარ-პატარა ქართულენოვან სამეფო-სამთავროებად (იმერეთის სამეფო, აფხაზეთის სამეფო, ეგრისი, ქართლი, კახეთი, ოდიში, სამცხე-საათაბაგო, გურიის სამთავრო); ეს სახელმწიფოებრივი წარმონაქმნები სხვადასხვა იმპერიის გავლენის ქვეშ არსებობდნენ XV საუკუნიდან XIX საუკუნემდე, ვიდრე მათი დიდი ნაწილის ოკუპაცია/ანექსია არ მოახდინა რუსეთის იმპერიამ (უფრო ადრე, XVI-XVII საუკუნეებში სამცხე-საათაბაგოს – სამხრეთ საქართველოს – ანექსია განახორციელა ოსმალეთის იმპერიამ). დოკუმენტური მონაცემების საფუძველზე შეგვიძლია ვთქვათ, რომ სულ მცირე 23 საუკუნის განმავლობაში ქართული ენა იყო ამ სახელმწიფოების სახელმწიფო ენა, საქართველოს ეკლესიის ღვთისმსახურების ენა და ქართველთა მნიგნობრობის ენა.

ისტორიულ ეპოქაში რთულია ენობრივ-ეთნიკური უმცირესობების ენობრივ უფლებებზე საუბარი, თუმცა ფაქტია, რომ რთულ გეოპოლიტიკურ ველში არსებულ საქართველოში ყველა ეპოქაში არაერთი ეთნოსი ცხოვრობდა და, შესაბამისად, საქართველოს სახელმწიფოში ქართულის გარდა სხვა რამდენიმე ენაც ფუნქციონირებდა. ამ თვალსაზრისით საინტერესო ცნობა გვაქვს „ქართლის ცხოვრებაში“, რომლის მიხედვითაც ჯერ კიდევ ძვ.წ. IV-III საუკუნეებში საქართველოში თანაარსებობდა შემდეგი ენები: სომხური /ანუ ურარტული ენა – ტ.ფ./, ქართული, ხაზარული, ასურული, ებრაული და ბერძნული. „ესე ენანი იცოდეს ყოველთა მეფეთა ქართლისათა, მამათა და დედათა“¹. ამავე პერიოდში სახელმწიფო ენად გამოცხადდა ქართული ენა, თუმცა, სხვადასხვა ძლიერი სახელმწიფოების გავლენის ქვეშ მოქცეულ საქართველოში, სხვა ენებიც აქტიურად იყო გამოყენებული. საქართველოს დიდი სახელმწიფოს არსებობისა და ძლიერი ხელისუფლების პირობებშიც მრავალეთნიკური მოსახლეობა მშვიდობიანად თანაარსებობდა და არასოდეს წამოჭრილა ენობრივი და რელიგიური უფლებების შელახვის საკითხი, ვიდრე საქართველოში რუსეთის იმპერიის გაბატონებამდე (ამის შესახებ იხ. ქვემოთ). საქართველოს პირველი რესპუბლიკის გამოცხადების შემდეგ კი ენობრივი უფლებები მკაფიოდ გაიწერა საქართველოს კონსტიტუციაშიც, რომელი მიღებულ იქნა 1921 წელს. მალევე, საქართველო დაიპყრო რუსეთის საბჭოთა იმპერიამ, რის გამოც ეს კონსტიტუცია ფაქტობრივად არ ამოქმედებულა; თუმცა, ენობრივი უფლებების მიმართულებით მეტად საყურადღებოა საქართველოს პირველი კონსტიტუტიციის მამების ხედვა. კერძოდ, სახელმწიფო ენასა და უმცირესობათა ენობრივი უფლებების თემას ეხება 5 მუხლი:

ზოგადი დებულებები, მუხლი 3. საქართველოს სახელმწიფოებრივი ენა არის ქართული ენა (აქაც და ქვემოთაც ხაზგასმით ჩემია – ტ.ფ.).

თავი IV, ეროვნულ უმცირესობათა უფლებანი, მუხლი 129. არ შეიძლება შეიზღუდოს საქართველოს რესპუბლიკის რომელიმე ეროვნული უმცირესობის თავისუფალი საციალ-ეკონომიკური და კულტურული განვითარება, განსაკუთრებით მისი დედაენით სწავლა-აღზრდა და ეროვნულ-კულტურულ საქმეთა შინაური მართვა-გამგეობა. ყველას აქვს უფლება სწეროს, ჰბეჭდოს და ილაპარაკოს დედა ენაზე.

მუხლი 135. ეროვნულ უმცირესობის სკოლაში სწავლება სწარმოებს ბავშვის სალაპარაკო ენაზე.

მუხლი 136. ადგილობრივ მმართველობის ფარგლებში, სადაც ერთი რომელიმე ეროვნული უმცირესობა აღემატება ყველა მოქალაქეთა 20%-ს, ამ ეროვნულ უმცირესობის მოთხოვნით მსჯელობა და საქმის წარმოება, სახელმწიფო და საზოგადოებრივ დაწესებულებაში შემოღებულ უნდა იქნეს სახელმწიფო ენასთან ერთად მის დედაენაზედაც.

მუხლი 137. არა ქართველ დეპუტატს, რომელმაც სახელმწიფო ენა საკმაოდ არ იცის, შეუძლია პარლამენტში სიტყვა წარმოსთქვას დედაენით, რომლის სწორთარგმანს წინასწარ წარუდგენს პარლამენტის პრეზიდიუმს. დაწვრილებით წესს განსაზღვრავს კანონი².

ვფიქრობ, წარმოდგენილი დოკუმენტური მასალა კომენტარს არ საჭიროებს. ენობრივი უფლებების დაცვის თვალსაზრისით იდეალური ფორმულირებებია ქართველი პოლიტიკოსების მიერ 100 წლის წინ მიღებულ სახელმწიფო დოკუმენტში.

საბჭოთა პერიოდის კონსტიტუციებს აქ არ განვიხილავ, თუმცა, აღვნიშნავ, რომ „გათიშე და იბატონეს“ პრინციპით მოქმე-

1 ქართლის ცხოვრება 1955. სიმონ ყაუხჩიშვილის გამოცემა, ტომი I. Kartlis Tskhovreba (Georgian Chronicles), Simon Kaukhchishvili edition, volume I, 1955; <https://sites.google.com/site/tskhroebi/home/kartlistskhovreba-leontimroveli>

2 საქართველოს კონსტიტუცია 1921. http://constcentre.gov.ge/failebi/1921_clis_konstitucia_33442.pdf. (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

დი საბჭოთა იმპერიის ხელისუფლება და-ინტერესებული იყო, გაეზარდა საქართველოს „უმცირესობათა“ რაოდენობა და რაც შეიძლება ბევრი თემი გაეყვანა ქართული ენის, როგორც ქართველთა ეროვნული ენის, ველიდან. ამ მიზნით, სხვადასხვა დროს საქართველოში (/კავკასიაში) არსებული ათეულობით დიალექტი გამოაცხადა ე.წ. „უმწერლებო ენად“ თუ უმცირესობის ენად³.

თანამედროვე პირობებში სახელმწიფო ენის (ენების) სტატუსის დაცვისა და ენობრივი/ეთნიკური უმცირესობების ენობრივი უფლებების დაცვის პრინციპებს განსაზღვრავს მოცემული ქვეყნის კანონმდებლობა და საერთაშორისო დოკუმენტები. დამოუკიდებლობის აღდგენის დღიდან (09.05.1991 წ.) საქართველოს აღიარებული აქვს ყველა საერთაშორისო დოკუმენტის პრიმატი; კერძოდ, საქართველოს უზენაესი საბჭოს 1991 წლის 15 სექტემბრის დადგენილებით საქართველოში ძალაშია ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია (1948 წლის 10 დეკემბერი)⁴; რატიფიცირებულია „ეროვნულ ან ეთნიკურ, რელიგიურ და ენობრივ უმცირესობათა უფლებების შესახებ გაეროს 1992 წლის დეკლარაცია“. ძალაში შესულია საერთაშორისო პაქტი „სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ“⁵, გაეროს 1993 წლის ვენის დეკლარაცია⁶, „ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია“

(რომი, 1950 წლის 4 ნოემბერი)⁷, ეუთოს ოსლოს რეკომენდაციები ეროვნულ უმცირესობათა ენობრივ უფლებებთან დაკავშირებით (თებერვალი, 1998 წელი)⁸ და ლუნდის რეკომენდაციები (სექტემბერი, 1999 წ.)⁹.

ევროსაბჭოს წინაშე აღებული ვალდებულების შესაბამისად, საქართველოს ხელისუფლებამ 2000 წლის 21 იანვარს ხელი მოაწერა „ჩარჩო კონვენციას ეროვნულ უმცირესობათა შესახებ“. საქართველოს პარლამენტმა ამ დოკუმენტის რატიფიკაცია მოახდინა 2005 წელს¹⁰.

1999 წელს საქართველომ აიღო ვალდებულება, რომ შეუერთდეს „ევროპულ ქარტიას რეგიონული ან უმცირესობის ენების შესახებ“ („ენის ქარტია“); თუმცა, რიგი მიზეზების გამო დღემდე ფერხდება ამ უკანასკნელის რატიფიცირება¹¹.

საქართველოს ბოლო კონსტიტუციაშიც მკაფიოდაა განსაზღვრული როგორც ქვეყნის დომინანტი მოსახლეობის (ქართველებისა და აფხაზების), ასევე, უმცირესობათა ენობრივი უფლებები; კერძოდ; შდრ.:

მუხლი 2. სახელმწიფო სიმბოლოები: (3) „საქართველოს სახელმწიფო ენა არის ქართული, ხოლო აფხაზეთის ავტონომიურ რესპუბლიკაში – აგრეთვე აფხაზური. სახელმწიფო ენა დაცულია ორგანული კანონით“.

მუხლი 11. თანასწორობის უფლება: (1) ყველა ადამიანი სამართლის წინაშე თანასწორია. აკრძალულია დისკრიმინაცია რასის, კანის ფერის, სქესის, წარმოშობის, ეთნიკური კუთვნილების, ენის, რელიგიის, პოლიტიკური ან სხვა შეხედულებების, სოციალური კუთვნილების, ქონებრივი ან წო-

3 მსჯელობისათვის ვრცლად იხ.: ტ. ფუტკარაძე, ი. ვაშაკიძე 2011. ქართველოლოგიის ორგვარი დაგეგმვა 1917-1935 წლებში, თბილისი. გამომცემლობა „უნივერსალი“. T. Putkaradze, I. Vashakidze 2011. **Two Types of Planning of Kartvelology in 1917-1935 /Comparative Analysis of Positions of Ivane Javakhishvili and Nicholas Marr/**, Tbilisi, Printing House „Universal“. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315604> ტ. ფუტკარაძე, ე. დადიანი, რ. შეროზია 2010. „ევროპული ქარტია რეგიონული ან უმცირესობის ენის შესახებ“ და საქართველო“, ქუთაისი, გვ. 29-48.

4 <http://www.parliament.ge/uploads/other/132/132676.pdf> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

5 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1398335?publication=0> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

6 <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

7 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1208370?publication=0> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

8 <https://www.osce.org/files/f/documents/a/8/67536.pdf> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

9 <https://www.osce.org/files/f/documents/7/7/30331.pdf> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

10 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1244853?publication=0> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

11 მიზეზებისათვის ვრცლად იხ., ტ. ფუტკარაძე, ე. დადიანი, რ. შეროზია 2010. ევროპული ქარტია რეგიონული ან უმცირესობის ენის შესახებ“ და საქართველო, ქუთაისი.

დებრივი მდგომარეობის, საცხოვრებელი ადგილის ან სხვა ნიშნის მიხედვით. (2) საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული პრინციპებისა და ნორმების და საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისად საქართველოს მოქალაქეებს, განურჩევლად მათი ეთნიკური, რელიგიური თუ ენობრივი კუთვნილებისა, უფლება აქვთ ყოველგვარი დისკრიმინაციის გარეშე შეინარჩუნონ და განავითარონ თავიანთი კულტურა, ისარგებლონ დედაენით პირად ცხოვრებაში ან საჯაროდ.

მუხლი 62. სამართალწარმოება: (4) „სამართალწარმოება ხორციელდება სახელმწიფო ენაზე. პირს, რომელმაც სახელმწიფო ენა არ იცის, მიეჩინება თარჯიმანი“¹².

იხ. ასევე, კანონი საზოგადოებრივი მაუწყებლის შესახებ მუხლი 16)¹³, სადაც ვკითხულობთ: (თ) პროგრამებში ასახოს საზოგადოებაში არსებული ეთნიკური, კულტურული, ენობრივი, რელიგიური, ასაკობრივი და გენდერული მრავალფეროვნება; (მ) „სათანადო პროპორციით განათავსოს უმცირესობების ენაზე, უმცირესობების შესახებ და უმცირესობების მიერ მომზადებული პროგრამები“;

მუხლი 33. (1) საზოგადოებრივი მაუწყებელი ვალდებულია ყოველწლიურად შექმნას ერთი ან ერთზე მეტი რეგულარული პროგრამული პროდუქტი არანაკლებ 4 ენაზე, მათ შორის, აფხაზურ და ოსურ ენებზე... ეთნიკური უმცირესობების ენობრივი უფლებები შთამბეჭდავადაა დაცული, სხვა სამართლებრივი დოკუმენტებით; იხ, მაგ.: „კანონი მოქალაქეობის შესახებ“, „კანონი გეოგრაფიული ობიექტების სახელის შესახებ“, „კანონი რეკლამის შესახებ“, „ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი“ (მე-14 მუხლი), „კანონი საჯარო სამსახურის შესახებ“, „საქართველოს საარჩევნო კოდექსი“ (თბ., 2008, 27,4, 33, 51, 92 მუხლები), „კანონი განათლების შესახებ“, „სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი“, „სამო-

ქალაქო სამართლის საპროცესო კოდექსი“, „ადმინისტრაციული კოდექსი“, „კანონი ადგილობრივი თვითმმართველობის შესახებ“ და სხვ.

მნიშვნელოვანია ისიც, რომ საქართველომ ახლახან მიიღო კანონი „სახელმწიფო ენის შესახებ“¹⁴, სადაც, ასევე, აქცენტირებულია უმცირესობათა ენობრივი უფლებები; კერძოდ:

მუხლი 7. (1) სახელმწიფო უზრუნველყოფს ადრეული და სკოლამდელი აღზრდისა და განათლების, ზოგადი, პროფესიული და უმაღლესი განათლების სახელმწიფო ენაზე მიღებას. განათლების არასახელმწიფო და ეროვნული უმცირესობის ენებზე მიღების საკითხი რეგულირდება საქართველოს კანონმდებლობით.

მუხლი 9. (3) იმ მუნიციპალიტეტში, სადაც ეროვნული უმცირესობის წარმომადგენლები კომპაქტურად ცხოვრობენ, სახელმწიფო უზრუნველყოფს ეროვნული უმცირესობისთვის მიკუთვნილებული პირის სახელმწიფო და მუნიციპალიტეტის ორგანოებთან ამ ეროვნული უმცირესობის ენაზე თარჯიმნის დახმარებით ურთიერთობას.

მუხლი 11. (2) იმ მუნიციპალიტეტში, სადაც ეროვნული უმცირესობის წარმომადგენლები კომპაქტურად ცხოვრობენ, ადგილობრივი მნიშვნელობის ოფიციალური ღონისძიება (გარდა მუნიციპალიტეტის ორგანოს სხდომისა) შეიძლება ამ ეროვნული უმცირესობის ენაზე ჩატარდეს.

მუხლი 24. საჯარო ინფორმირებისათვის განკუთვნილი განცხადების, შეტყობინების, სასათაურო წარწერის, პლაკატის, აბრის, აფიშის, რეკლამის, სხვა ვიზუალური ინფორმაციის ტექსტი სახელმწიფო ენაზე სრულდება. საჭიროების შემთხვევაში, შესაბამისი ინფორმაცია შეიძლება მიეთითოს არასახელმწიფო ენაზედაც, ხოლო იმ მუნიციპალიტეტში, სადაც ეროვნული უმცირესობის წარმომადგენლები კომპაქტურად ცხოვრობენ, – აგრეთვე ამ ეროვნული უმცირესობის ენაზე...

12 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=36> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).
13 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/32866?publication=59> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

14 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2931198?publication=4> (დამოწმება: 08.10.2020 წ.).

როგორც ვხედავთ, კანონმდებლობის თვალსაზრისით საქართველოში ყველაფერი საერთაშორისო სტანდარტების მიხედვითაა გაწერილი, თუმცა, საქართველოს სრულ დეოკუპაციამდე შეუძლებელია კანონმდებლობით გათვალისწინებული ლინგვისტური უფლებების რეალიზაცია საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე. ასევე, დღემდე ფერხდება ავტოქტონი უმცირესობის ენის (კულტურის) დაცვაზე ორიენტირებული „რეგიონული ან უმცირესობის შესახებ ევროპული ქარტიის“ რატიფიცირება, რადგან საქართველოს აკადემიურ წრეებში არ არის კონსენსუსი უმცირესობის ავტოქტონობის „ასაკის“ შესახებ (რომელი უმცირესობა უნდა ჩაითვალოს ავტოქტონ უმცირესობად?). „ავტოქტონი ენობრივი უმცირესობისა“ თუ „ავტოქტონი ეთნიკური უმცირესობის“ განსაზღვრის სირთულეს ქმნის საბჭოთა პერიოდის ეთნიკური და ლინგვისტური კვალიფიკაციების ინერცია, ზოგი ექსპერტის მიერ ოკუპაციის პერიოდში ჩამოსახლებული უმცირესობების მიჩნევა ავტოქტონ უმცირესობებად, ასევე, ზოგი ჯგუფის სუბიექტური ინტერესი, ქართველთა კუთხური მეტყველებების (დიალექტების) ნაწილი გამოაცხადოს „ენობრივი უმცირესობის“ ე.წ. უმწერლებო ენებად¹⁵. ქვემოთ კრიტიკულად გავაანალიზებთ რამდენიმე განსხვავებულ მოსაზრებას საქართველოში „ენობრივი/ეთნიკური უმცირესობის“ განსაზღვრის შესახებ.

საქართველოს ენობრივი/ეთნიკური უმცირესობები ბოლო კვლევების მიხედვით

ტომამ ვიხერკევიჩისა და მისი ქართველი თანაავტორების მიერ საქართველოს ხელისუფლებისათვის მომზადებუ-

15 სუბიექტური ინტერესის გამოვლენის ფაქტების შესახებ იხ.: ტ. ფუტკარაძე 2019. ქართველოლოგიის თანამედროვე გამოწვევები, თბილისი, გამომცემლობა „უნივერსალი“. გვ. 97-119. T. Putkaradze 2019. **Contemporary Challenges of Kartvelology**, Tbilisi, Printing House „Universal“. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315617>

ლი რეკომენდაციების შესახებ საუბარი ვრცლად გვქონდა სხვა გამოკვლევებში¹⁶. აქ მოკლედ აღვნიშნავ: მათი აზრით, საქართველოში რეგიონული ან უმცირესობის ენების კვალიფიკაცია უნდა მიენიჭოს **სომხურსა და აზერბაიჯანულს** (გვ. 35); ასევე, „რეგიონული ან უმცირესობის ენების შესახებ ევროპული ქარტიის“ მეორე თავის დებულებები უნდა გავრცელდეს „ტერიტორიის არმქონე ენების“: **რუსულის, ბერძნულის, ებრაულის, ქურთულის/იეზიდურის, უკრაინულის, ჩეჩნურის/ქისტურის, ასირიულის, ავარიულის** (უმჯობესი იყო, საქართველოს მოსახლეობის აღწერის მასალებშიც და ამ „რეკომენდაციებშიც“ დაფიქსირებულიყო ავარიელთა ქართული სახელწოდება: ხუნძური ენა – ტ.ფ.) და „უმწერლობო ენების“: **მეგრულ-ლაზურისა და სვანურის მიმართ** (გვ. 36-37).

წარმოდგენილ კვლევებში საქართველოსთვის „ისტორიული ენების“ ასეთი ვრცელი სიის შექმნა განაპირობა „ქარტიის“ ტერმინოლოგიისა და დებულებების არასწორმა ინტერპრეტაციამ. დავძენთ იმასაც, რომ ამგვარ კვალიფიკაციებს „კვებავს“ საქართველოს ენობრივი სიტუაციის აღწერის საბჭოური ტრადიცია და ამ ტრადიციის გავლენით საერთაშორისო ქსელში დამკვიდრებული „საქართველოს უმცირესობათა ენების“ არაადეკვატური სიები.

2009 წლის ივნისში ინგლისურად, ქართულად და რუსულად (?) „უმცირესობათა საკითხების ევროპული ცენტრის“ სახელით გამოქვეყნდა ჯონათან უითლის (Jonathan Wheatley) ოფიციალურ მოხსენება: Georgia and the European Charter for Regional or Minority Languages¹⁷. ავტორის აზრით, საქა-

16 ტ. ფუტკარაძე 2009. „ევროპული ქარტია რეგიონული ან უმცირესობის ენების შესახებ“ და საქართველოში ენობრივი პოლიტიკის დავგემვის საკითხი, თბილისი, გამომცემლობა „უნივერსალი“. T. Putkaradze 2009. **„European Charter for Regional or Minority Languages“ and an Issue of Plannig Linguistic Policy in Georgia**, Tbilisi, Printing House „Universal“. <http://www.scribd.com/doc/12621676/T-Putkaradze-European-Charter-for-Regional-or-Minority-Languages-and-An-Issue-of-Plannig-Linguistic-Policy-in-Georgia>

17 <https://www.ecmi.de/publications/ecmi-research-pa>

რთველო მრავალენოვან და მრავალენოვან კურ საზოგადოებას წარმოადგენს. მრავალ უმცირესობათა ენაზე (ხაზი ჩემია – ტ.ფ.) საუბრობენ საქართველოში, მათ შორისა: აფხაზური, ოსური, აზერბაიჯანული, სომხური, რუსული, უკრაინული, კურმანჯი (ქურთული), ჩეჩენური (ქისტური), ოტომანური თურქული, პონტიური ბერძნული, სირიული, ავარული, წოვა-თუშური და უდინური. ამის გარდა, ქართული მოსახლეობის უმეტესობა საუბრობს **ოთხ განსხვავებულ ენაზე – ქართული, მეგრული, სვანური და ლაზური** – თუმცა ისინი ძირითადად ადგილობრივ ენებს წარმოადგენენ და არ გამოიყენებენ წერილობით ფორმით” (გვ. 4)¹⁸. ციტატის მეორე ნახევარში ალბათ იგულისხმება, რომ დასახელებული „ოთხი განსხვავებულ ენათაგან“ სამი „ენა“ არ გამოიყენება წერილობითი ფორმით¹⁹. ჯ. უითლის რეკომენდაციის მიხედვით, დასახელებული ენები, როგორც საქართველოს უმცირესობების კულტურული მემკვიდრეობები, დაცული უნდა იქნას „რეგიონული ან უმცირესობის ენების ევროპული ქარტიით“²⁰.

ჯ. უითლი კარგად იცნობს საქართველოს თანამედროვე ენობრივ სიტუაციას, ითვალისწინებს საქართველოს წინაშე

არსებულ გამოწვევებსაც; მაგ., მაგ., (1) საბჭოთა პერიოდში ქართველი ერის დასაწინააღმდეგებლად შექმნილ რუსულ „ენათმეცნიერულ“ დივერსიებს, (2) ქართული ენის, როგორც სახელმწიფო ენის, სტატუსისადმი ზიანის მიყენების პერსპექტივას და სხვ. რაც მთავარია, აკადემიურ სიფრთხილეს იჩენს სახელმწიფო ენის სახესხვაობების ენად თუ კილოდ კვალიფიციირების დროს; თუმცა, საქართველოს ხელისუფლებისადმი რეკომენდაციების შემუშავებისას მას სწორი ინფორმაცია რომ ჰქონოდა ქართველთა ენობრივი ისტორიისა და საქართველოში ამჟამინდელი ეთნიკური უმცირესობების ჩამოსახლების ქრონოლოგიის შესახებ, სხვაგვარ დასკვნებს გააკეთებდა; კერძოდ: (1) ქართველთა ნაწილს ენობრივ უმცირესობად არ ჩათვლიდა; (2) „ენის ქარტიის“ არსიდან გამომდინარე, ირანის, ოსმალეთისა თუ რუსეთის დემოგრაფიული ექსპანსიის პირობებში ჩამოსახლებულ არაავტოქტონ ეთნიკურ ჯგუფებს საქართველოს ძირძველ (აბორიგენ) მოსახლეობად არ მიიჩნევდა და მათი ენების დაცულობის თვალსაზრისით საკმარისად ჩათვლიდა „ევროპულ ჩარჩო კონვენციასა“ თუ სხვა საერთაშორისო დოკუმენტების მოთხოვნების დაკმაყოფილებას²¹. შესაბამისად, „ენის ევროპული ქარტიით“ საქართველოში დასაცავ რეგიონულ ან უმცირესობის ენათა გაცილებით მოკლე სიას შეადგენდა. ჯ. უითლის კვლევის კონტექსტში, „ენის ევროპული ქარტიის“ ფუნდამენტური პრინციპებიდან გამომდინარე, ქვემოთ მოკლედ ვუპასუხებთ ერთ კითხვას:

ქართულ რეალობაში რამდენად მართებულია სახელმწიფო ენის სახესხვაობების ჩათვლა უმცირესობის ენებად?

pers/42-georgia-and-the-european-charter-for-regional-or-minority-languages (დამოწმება: 05.10.2020).
 18 https://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/working%20papers/working_paper_42_ge.pdf (დამოწმება: 05.10.2020).
 19 ციტატის მეორე ნახევარი ბუნდოვანია ინგლისური დედანშიც და რუსულ ვარიანტშიც: „In addition, four distinct languages are spoken by the majority Georgian population – Georgian, Megrelian, Svan and Laz – although these are basically vernacular languages that are not normally written (გვ. 4); К тому же, грузинское большинство говорит на четырех отдельных языках – грузинском, мегрельском, сванском и лазском – хотя это местные языки, обычно не имеющие письменности (გვ. 4) https://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/working%20papers/working_paper_42_ru.pdf (დამოწმება: 05.10.2020). https://www.ecmi.de/fileadmin/redakteure/publications/pdf/working_paper_42_en.pdf. (დამოწმება: 05.10.2020).
 20 https://www.ecmi.de/fileadmin/redakteure/publications/pdf/working_paper_42_en.pdf (დამოწმება: 05.10.2020).

21 ამ თემაზე ვრცელი მსჯელობისათვის იხ.: ტ. ფუტკარაძე, ე. დადიანი, რ. შეროზია 2010. „ევროპული ქარტია რეგიონული ან უმცირესობის ენის შესახებ“ და საქართველო“, ქუთაისი, გვ. 149-175.

უჩვეელი ფაქტია, რომ საქართლოს სახელმწიფო ენა – ქართული სამწიგნობრო ენა – შეიქმნა საქართველოს ყველა კუთხის ქართველობის, მათ შორის სამეგრელოსა და სვანეთის მოსახლეობის მრავალსაუკუნოვანი აქტიური ჩართულობით; შდრ., საფრანგეთის თუ ესპანეთის ბასკისტვის მართლაც სხვადასხვა ეთნიკური კულტურაა ბასკური ენა და სახელმწიფო ენა. ქართული სინამდვილე კი ასეთია: მეგრელი, ლაზი, სვანი მრავალი საუკუნის მანძილზე სხვა ქართველების მსგავსად საკუთარ დედაენაზე – ქართულ ენაზე – ქმნიდა სამწიგნობრო კულტურას. ლინგვისტური კვლევების საფუძველზე დანამდვილებით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ქართული სამწიგნობრო ენა ეფუძნება საერთოქართველურ ენას და არა – ქართულ ენას (აღმოსავლეთ საქართველოს მკვიდრთა) დიალექტს, ან რომელიმე სხვა კუთხის ქართველთა დიალექტს²²... ქართველთა ენობრივ ისტორიას თუ გავითვალისწინებთ, მეგრულს, სვანურსა და ლაზურს ქართულისაგან ცალკე მდგომ კულტურულ ერთეულებად ვერ გამოვაცხადებთ; შდრ.: „რეგიონული ან უმცირესობის ენის შესახებ ევროპული ქარტიის“ მიზანია რეგიონული ან უმცირესობის ენების აღიარება კულტურული სიმდიდრის გამოხატულებად და რეგიონული ან უმცირესობის ენების ხელშესაწყობად გადამჭრელი მოქმედების აუცილებლობის აღიარება მათი, როგორც კულტურული იდენტობის, დაცვის მიზნით... მეგრელისთვის, სვანისთვის თუ საკუთარი ისტორიის მცოდნე ლაზისთვის **ერთგვლი კულტურის გამოხატულება** პირველ რიგში არის თავიანთი წინაპრე-

22 მსჯელობისათვის ვრცლად იხ. ტ. ფუტკარაძე 2005. ქართველები (ისტორიული საცხოვრისი, სამწიგნობრო ენა, დიალექტები), 2005. გამომცემლობა „ქუთაისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი“. ინგლ. 395-492 გვ.; თურქ. 331-394 გვ. T. Putkaradze 2005. **The Georgians The Kartvels (Historical Home, Mother Tongue Dialects); 2005.** Printing House „Kutaisi State University“, English version pg. 395-492. <http://www.scribd.com/doc/2158690/The-Georgians-the-Kartvels> <http://www.scribd.com/doc/2158759/Kartveller-Gurculer> <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315602>

ბის მიერ შექმნილი მრავალსაუკუნოვანი დედაენობრივი (/ქართულენოვანი) წერილობითი თუ ზეპირსიტყვიერი კულტურა. შესაბამისად, ეთნიკურ ქართველებს გვაქვს ერთი მრავალსაუკუნოვანი დედაენა („მთავარი ენა“ და არა – დედის ენა) და არა – ოთხი „დედაენა“; ამგვარად, **გაუმართლებელია ქართველთა ერთი ნაწილის გამოცხადება საქართველოს ენობრივ თუ ეთნიკურ უმცირესობად.** აქვე აღვნიშნავ: ქართული ლექსიკური ერთეული „დედაენა“ ინგლისურად არ უნდა ითარგმნოს როგორც Mother tongue (ან გერმანულად, როგორც Muttersprache...). ქართულ ენაში „დედაენა“ ნიშნავს მოცემული ერის მთავარი ენას, უპირველეს ენას, მოცემული საზოგადოების ისტორიული კულტურის და მწერლობის ენას და არა – პირველყოფილი საზოგადოების ენას, „კერიის ენას“ ან – ოჯახის ენას.

ტ. ვიხერკევიჩისა და ჯ. უითლის საკამათო კვალიფიკაციებიც ცხადყოფს, რომ პოსტსაბჭოთა ქვეყნებში ენობრივი სიტუაციის აღწერის დროს კრიტიკულად უნდა მივუდგეთ საბჭოთა პერიოდში შექმნილი პოლიტიზებულ იდეოლოგიებებს, რომ ადეკვატური შედეგი მივიღოთ; ჩვენს შემთხვევაში, საქართველოში ენობრივი სიტუაციის აღწერისას გასათვალისწინებელია რუსეთის იმპერიის – ოკუპანტი ქვეყნის – მიერ 155 წლის განმავლობაში დემოგრაფიული ექსპანსიის შედეგებიც და ქართველი ერის დასანაწევრებლად შექმნილი ე.წ. ოთხი თუ სამი ქართველური ენის პოლიტიზებული თეორიის ნეიტრალიზაციის აუცილებლობაც. კიდევ ერთხელ მოკლედ „ოთხი ენის“ საბჭოთა „კონცეფციის“ შესახებ:

ქართველთა ენობრივი ისტორიის ყველა მცოდნემ იცის, რომ XIX საუკუნის 60-იანი წლებიდან მოყოლებული (როდესაც რუსეთმა დაასრულა კავკასიის იარაღით დაპყრობა), ჯერ მეფის რუსეთის, შემდეგ საბჭოთა რუსეთის, დღეს კი პუტინის რუსეთის იდეოლოგიები ცდილობენ, ისტორიული დედაენა – ქართული ენა და ამ ენაზე შექმნილი დიდი სამწიგნობრო კულტურა

გაუცხოვონ ქართველთა ერთ ნაწილს, კერძოდ, მეგრელებს, ლაზებს, სვანებს. ამ მიზნის მისაღწევად განსაკუთრებით იღვანეს საბჭოთა პერიოდში, როდესაც ქართულის პარალელურ „უმწერლობო ენებად“ გამოაცხადეს მეგრული, ლაზური, სვანური მეტყველებები. „უმწერლობო ენა“ ის ენაა, რომელ ენაზე არ არსებობს სამწიგნობრო ტრადიცია; რაც იმას ნიშნავს, რომ ამ „ენის“ მფლობელ საზოგადოებას დედაენაზე არა აქვს სამწიგნობრო კულტურა²³.

საქართველოს ენობრივი სიტუაციისა და საქართველოს ენობრივი უმცირესობების შესახებ ერთ-ერთი ბოლო კვლევა ეკუთვნის პროფ. კ. გაბუნიას; კერძოდ, 2014 წელს გამოქვეყნდა მისი წერილი: „ენობრივი სიტუაცია თანამედროვე საქართველოში“²⁴. მისი აზრით, „ენობრივ უმცირესობად იწოდება ენა, რომელზეც შესაძლებელია ლაპარაკობდნენ უმცირესობები ეროვნული ტერიტორიის ნაწილზე“ (გვ. 50-51). აქვე კ. გაბუნია წერს: „ქართველური ენების ერთ-ერთი სახესხვაობა – ქართული ენა სახელმწიფო ენის სტატუსით სარგებლობს; სხვა ქართველურ ენათაგან ყველა უმწერლობო (დამწერლობის არმქონე) ენებია“ (გვ. 53)... კ. გაბუნიას თავის წერილში სხვა მეცნიერთა „პოლიტიზებაზე“ უსაფუძვლოდ საუბრობს (გვ. 59), ამ დროს კი, თავად ვერ აღწევს თავს საბჭოთა პერიოდში პოლიტიზებულ იდეოლოგიებს და დღესაც ქართველთა ნაწილს უმწერლობო ენების მფლობელებად აცხადებს.

ჩემი აზრით, „უმწერლობო ენა“ არ შეიძლება ჰქონდეს სულ მცირე 15-საუკუნოვანი სამწიგნობრო კულტურის მქონე ხალხს. რომელიმე მეტყველებისადმი „უმწერლობო ენის“ სტატუსის მინიჭება გულისხმობს ამ ენის მფლობელი საზოგადოების გამო-

ცხადებას ისეთ „ხალხად“, რომელსაც საკუთარ დედაენაზე არა აქვს წერილობითი ტრადიცია და რომელსაც წერილობითი კულტურისათვის აქვს სხვათა მიერ შექმნილი სამწერლობო ენა... **ქართველთა რამდენიმე ჯგუფის გამოცხადება უმწერლობო ენის მქონე ხალხად, საბჭოთა იდეოლოგიის ინერციაა.** სწორედ საბჭოური კვაზიმეცნიერული დებულებების გაზიარების გამო შედის კ. გაბუნია გამოუვალ ჩიხში როცა წერს:

„კითხვარებში, რომლებიც გამოიყენება სოციოლინგვისტური აღწერისას, ენობრივ საკითხებზე დასმული შეკითხვები, როგორც წესი, ფოკუსირებულია, ერთი მხრივ, პირველ (მშობლიურ) ენაზე, მეორე მხრივ – ყოველდღიურად გამოყენებულ სხვა, არამშობლიურ ენაზე (ხაზი ჩემია – ტ.ფ.), რომელზეც ლაპარაკობენ სახლში, მეზობლებთან, სახელმწიფო უწყებებთან ურთიერთობისას, სკოლაში ან სამსახურში და ა. შ. (გვ. 55)... საქართველოს სვანურენოვანი და მეგრულენოვანი მოსახლეობა ზეპირმეტყველების მიმართულებით (ლაპარაკი, მოსმენა) ძირითადად გამოიყენებს პირველ ენას (სვანურს, მეგრულს), მაგრამ კითხვისა და წერის კომპონენტებს, ასე ვთქვათ, „ავსებს“ საერთოქართველური სტატუსით გამაგრებულ სალიტერატურო ქართული ენით“ (გვ. 63).

დამოწმებული ტექსტიდან გამოდის, რომ მეგრელის პირველი ენაა მეგრული, ხოლო მეგრელისათვის ქართული ენა „არამშობლიური“ ენაა! ამგვარი დასკვნა ფაქტებსა და სწორ წანამძღვრებს არ ემყარება, უსაფუძვლოა; ფაქტი სხვაგვარია: სალიტერატურო ქართული ენა საუკუნეების მანძილზე იქმნებოდა სამეგრელოსა და სვანეთის მოსახლეობის მიერ და ისევე მშობლიურია მათთვის, როგორც სხვა ქართველებისათვის.

სწორი მეთოდოლოგიით შედგენილი კითხვარის გამოყენების შემთხვევაში სულ სხვა შედეგს მიიღებდა კ. გაბუნიას ჯგუფიც; კერძოდ, საყოველთაოდ ცნობილია ფაქტია და ამას ჩვენ მიერ დატარებული კვლევაც ადასტურებს, რომ სამე-

23 მსჯელობისათვის ვრცლად იხ.: ტ. ფუტკარაძე 2019. ქართველოლოგიის თანამედროვე გამოწვევები, თბილისი. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315617>

24 კ. გაბუნია 2014. ენობრივი სიტუაცია თანამედროვე საქართველოში, საერთაშორისო ჟურნალი მულტილინგვური განათლებისთვის, №3, გვ. 45-69.

გრელოშიც და სვანეთშიც ადგილობრივი მოსახლეობა ზეპირმეტყველებისას (ლაპარაკი, მოსმენა) იყენებს როგორც ქართულ სალიტერატურო ენას – ისტორიულ დედენას (ეროვნულ ენას, პირველ ენას), ასევე, კუთხურ მეტყველებას (მეგრულს თუ რომელიმე სვანურ დიალექტს); კერძოდ: დიალექტს მეტწილად – ოჯახში და შინაურ გარემოში, სალიტერატურო ენას – შინაურ გარემოშიც და სახლს გარეთაც; მით უმეტეს, ოფიციალური საუბრისას (სუფრასთან, შეკრებაზე, სხდომაზე...). ის ფაქტი, რომ ბავშვი ენას იდგამს რომელიმე კონკრეტულ კილოსა თუ კილოკავზე, არ ნიშნავს იმას, რომ მას არამშობლიურად ენად გამოვუცხადოთ წინაპრების მიერ შექმნილი ენა, რომელსაც ეს საზოგადოება მრავალი საუკუნის განმავლობაში იყენებს როგორც ყოველდღიურ ცხოვრებაში, ასევე, ღვთისმსახურების, სამწიგნობრო კულტურის შექმნისა თუ საქმისწარმოების პროცესში.

თავის სტატიაში კ. გაბუნია რატომღაც ეჭვის ქვეშ აყენებს ჩემ მიერ დამოწმებულ ერთ დებულებას და „საკითხის პოლიტიზების მცდელობად“ მითვლის (გვ. 59); კერძოდ, მე ვწერ: **„როგორც წესი, ერთ ენს (ეთნიკური გაგებით) ერთი დედაენა აქვს“**. ჩანს, ბ-ნი კ. გაბუნიასათვის უცნობია, რომ ბევრ შემთხვევაში ენა ეთნოსის იდენტობის განმსაზღვრელი უმთავრესი ფაქტორია (ზოგ შემთხვევაში, ეთნოსის უმთავრესი მახასიათებელია რელიგიაცაა). სიცხადისათვის დავიმოწმებ რამდენიმე სხვა მკვლევარის განმარტებას:

დევიდ კრისტალი: „ამ ბოლო წლებში, ენათმეცნიერებმა კვლავ ყურადღება მიაქციეს ენის იმ მნიშვნელოვან ფუნქციებს, რომელთაგან ერთ-ერთია... თვითაღქმის გამოხატვა: ვინ ვართ ჩვენ (როგორც ინდივიდი და როგორც ამა თუ იმ ჯგუფის წევრი), საიდან ვართ (რეგიონული, სოციალური, საქმიანობის თვალსაზრისით) – ეს [ყველაფერი] გამოიხატება ორგვარი სახით: ზოგადენობრივად – საკუთარი ენით, რომელიც უჩვენებს ეროვნულ-სახელმწიფოებრივ ან ეთნიკურ კუთვნილებას

და შიდაენობრივად – კუთხური აქცენტით ან კილოთი, რომელიც ცხადყოფს, თუ საიდან ვართ წარმოშობით. ესაა ენის თვითაღქმითი ფუნქცია“²⁵

ორვილ ბოიდ ჯენკინსი: „ენა არის უპირველესი და ყოველთვის წარმოდგენილი თავისებურება ეთნიკურობისა. ენის გარეშე თქვენ გეჩვენებათ ეთნიკურობის უსრული აღქმა. ენა არის ეთნიკურობის პირველი კომპონენტი. ენა უკავშირდება ჩვენს ფსიქიკას – როგორც ინდივიდუალური, ისე საზოგადოებრივი თვალსაზრისით. ენა არის აზროვნების საშუალება და ამდენად, იგი მსოფლმხედვის განუყოფელი ნაწილიცაა. მსოფლმხედველობითი განსხვავებანი იწვევს სხვაობას აზროვნებასა და ენაში. დიახ, ენა ეთნიკურობის უპირველესი კომპონენტია – კვლავაც ერთადერთი [გამორჩეული] მრავალთა შორის“²⁶

კიმბერლი ა. ნოელზი: „ენასა და ეთნიკურობის ურთიერთდამოკიდებულება კარგა ხანია, სოციოლინგვისტთა ინტერესის საგანია. ენობრივ ერთეულთა ვარიაციების არსებობას მათზე მეტყველთა ეთნი-

25 „ენა – ურთიერთობის საშუალება, ბარიერი თუ ტროას ცხენი?“ Language: Medium, Barrier or Trojan Horse?: „In recent years, linguists have drawn attention to the existence of other functions of language, one of which is... language as the means of expressing identity: who we are (as an individual or a group), where we are from (regionally, socially, occupationally). It manifests itself both interlinguistically, in the form of the individual languages, which identify the nation states or ethnic groups, and intralinguistically, in the form of the local accents and dialects, which reflect where we were brought up. This is the identify view of language“
<http://www.davidcrystal.com/Files/BooksAndArticles/-4879.pdf>

26 „კილოები, ენები და ეთნიკურობა“ Dialects, languages and ethnicity: Language is a primary characteristic and an *always present* characteristic of ethnicity. Without language you would have an incomplete description of ethnicity. Language is the primary component of ethnicity. Language is tied up with our psyche, as individuals and as a society. Language is a component of thought. Thus language is integral to worldview. Differences in worldview involve differences in thought and language. Yes, language is the primary component of ethnicity. Yet it is still only one component among others. <http://ojtr.org/languages/dialectslangsethnicity.html>

კურობა განაპირობებს და პირიქით – [ამა თუ იმ] ენაზე მეტყველება განაპირობებს ეთნიკურობას.²⁷

მასაცუგუ მაცუო: „მიუხედავად იმისა, რომ ენა არაა ერთადერთი ან უმნიშვნელოვანესი ფაქტორი, რაც ერთმანეთისგან განასხვავებს ეთნოსებს, ბევრი მეცნიერი კვლავინდებურად დარწმუნებულია, რომ ენა არის იმ ძირითად ფაქტორთაგანი, რომლებიც ერთი ეთნოსის მეორისგან განსხვავების საფუძველს ქმნის“²⁸...

სხვა მრავალი თანამედროვე სპეციალისტის თვალსაზრისის დამოწმებაც შესაძლებელია²⁹; ჩვენთვის უდავოა, რომ როგორც წესი, ენა და ეთნოსი ურთიერთგანმსაზღვრელი ცნებებია (არის ცალკეული გამონაკლისებიც); სწორედ ამის გათვალისწინებით, რუსეთის იმპერიის მოხელეები 155 წელია ცდილობენ, ქართველები დააჯერონ რომ სხვადასხვა ენებია: ქართული, მეგრული, ლაზური და სვანური... სამწუხაროა, რომ ეს პოლიტიზებული იდეოლოგემა ზოგმა ენათმეცნიერმაც და ენობრივი პოლიტიკის სპეციალისტმაც დაიჯერა. არც ის გამოირიცხება, რომ თანამედროვე რეალობაში ქართველთა ოთხ „პირველ ენაზე“ საუბარი ქართველთა

ე.წ. ოთხი დედაენის თეორიის შეფუთვის მცდელობაა.

ჯ. უითლისაგან განსხვავებით, კ. გაბუნია სიფრთხილით არ ეკიდება არც უმწერლებო ენისა და დიალექტის გასამიჯნი კრიტერიუმის თემას და კატეგორიულად წერს: „ენად კვალიფიცირება ხდება სისტემური იგივეობა-სხვაობების მიხედვით – ეს არის აქსიომა ენათმეცნიერებისთვის და სხვა მიდგომები უკვე სცილდება ლინგვისტიკის სფეროს. შესაბამისად, ლინგვისტური ცნებებისა (ენის, დიალექტის და ა. შ.) და მათი ურთიერთმიმართების დადგენა ლინგვისტიკაში მხოლოდ საკუთრივ ლინგვისტური კრიტერიუმებით არის შესაძლებელი...“ (გვ. 59). წარმოდგენილ ციტატაში ორი არსებითი შეცდომაა:

(1) მსოფლიოში არსებული არც ერთი ენის სტატუსი არ დადგენილა „სისტემური იგივეობა-სვაობების“ მიხედვით. რაც მთავარია, სისტემური იგივეობა-სხვაობა არ არის ენად თუ კილოდ კვალიფიცირების საიმედო კრიტერიუმი: ბევრი ენა, მაგალითად, რუსული და უკრაინული, აზერბაიჯანული და თურქული, რუმინული და მოლდავური, სერბული და ხორვატული... ენადაა კვალიფიცირებული, მაგრამ, „სისტემურად“ გაცილებით ახლოსაა, ვიდრე, მაგ., გერმანული ენის დიალექტები, არაბული ენის დიალექტები, ფრანგული ენის დიალექტები, იტალიური თუ სომხური ენების დიალექტები... ამ ფაქტებთან გამომდინარე, რბილად რომ ვთქვათ, გულუბრყვილობაა აქსიომად მივიჩნიოთ კ. გაბუნიას მოსაზრება, რომ თითქოსდა „სისტემური იგივეობა-სვაობები“ არის ენისა და კილოს გასამიჯნი ლინგვისტური კრიტერიუმი³⁰.

27 „ენობრივი ვარიაცია და ეთნიკური თვითაღქმა: სოციალურ-ფსიქოლოგიური პერსპექტივა“ Language variation and ethnic identity: A social psychological perspective: The relation between language and ethnicity has long interested sociolinguists and social psychologists alike. Variations in linguistic patterns are argued to be influenced by speakers' ethnicities, and, in a reciprocal fashion, language use has been suggested to create and substantiate ethnicity. http://sites.psych.ualberta.ca/IClab/wordpress/wp-content/uploads/2016/08/Noels2014_LangComm.pdf

28 ენა და ეთნიკურობა: მრავალფეროვანი დამოკიდებულება Language and Ethnicity: An Iridescent Relation: „Though language is not the only factor or the most important factor, which distinguishes ethnic groups, many scholars have so far argued that language is among the key factors in terms of which an ethnic group is distinguished from other group(s)“ <http://home.hiroshima-u.ac.jp/heiwa/Pub/E23/03matsuo.pdf>

29 მაგ., ჯოშუა ფიშმანის მსჯელობისათვის იხ.: Language and Ethnic Identity <http://people.cas.sc.edu/dubinsk/LING240/readings/Liebkind.1999.Socialpsychology.pdf>.

30 ე.წ. „სისტემური იგივეობა-სვაობების“ კრიტერიუმის კრიტიკული ანალიზისათვის იხ., აგრეთვე, მ. ლაბაძე 2016. ენისა და კილოს გამიჯვნის პრობლემა: სისტემურ-სტრუქტურული კრიტერიუმის კრიტიკული ანალიზი“, ქართველური მეშკვიდრეობა, XX, ქუთაისი. გვ 140-152. ენისა და კილოს კრიტერიუმების შესახებ ვრცლად იხ.: თ. გვანცელაძე 2006. ენისა და დიალექტის საკითხი ქართველოლოგიაში, თბ., „უნივერსალი“; ტ. ფუტყარაძე 2008. ქართველთა დედაენა და დიალექტები, ქუთაისი;

(2) კ. გაბუნიას მოსაზრება („ენად კვალიფიცირება ხდება სისტემური იგივეობა-სხვაობების მიხედვით – ეს არის აქსიომა ენათმეცნიერებისთვის და სხვა მიდგომები უკვე სცილდება ლინგვისტიკის სფეროს“) ალოგიკურია იმიტომაც, რომ აქ გათვალისწინებული არ არის **სოციო-ლინგვისტური მიდგომები**; საყოველთაოდ ცნობილია, რომ ენისა და კილოს სტატუსი მეტწილ შემთხვევაში დგინდება არა ფონეტიკურ-მორფოლოგიურ-სინტაქსური სტრუქტურების იგივეობის მიხედვით, არამედ – მოცემული ენობრივი სახესხვაობის სოციალური სტატუსის მიხედვით, რასაც სოციოლინგვისტიკა სწავლობს; სოციოლინგვისტიკა კი ნამდვილადაა ენათმეცნიერების დარგის ნაწილი.

წარმოდგენილი ანალიზის საფუძველზე შეგვიძლია ვთქვათ:

ეთნიკურ/ენობრივ უმცირესობათა „ენობრივი უფლებების“ დამცავ საკანონმდებლო ბაზაზე მსჯელობისას, საქართვე-

ლოს ხელისუფლების მიერ პირველ რიგში გასათვალისწინებელია „რეგიონული ან უმცირესობის ენების ევროპული ქარტიის“ მამების პოზიცია ავტოქთონი (ისტორიული) უმცირესობებისა და ახალი უმცირესობების განსხვავების აუცილებლობის შესახებ; თუმცა, საქართველოს ტერიტორიაზე საქართველოს სახელმწიფო ენის, ავტოქთონი უმცირესობებისა თუ მიგრანტი უმცირესობების ლინგვისტური უფლებების სრული რეალიზაცია შეუძლებელია საქართველოს სრულ დეოკუპაციამდე.

ცივილიზებულ სამყაროსთან საქართველოს ინტეგრაციის პროცესში არსებითი მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს საქართველოს ენობრივ-ეთნიკური სიტუაციის აკადემიურ, დეპოლიტიზებულ აღწერებსა და კვალიფიკაციებს. საშურია, საერთაშორისო სამეცნიერო თუ საინფორმაციო ველში დროულად დაბალანსდეს ქართველოლოგიის სფეროში არსებული რუსულიმპერიული იდეოლოგიები და კვალიფიკაციები.

ტ. ფუტკარაძე, 2016. ენისა და კილოს გასამიჯნი კრიტერიუმები და ქართველურ იდიომათა კვალიფიკაციის პოლიტიზების რეტროსპექტივა, ქართული უნივერსიტეტის ჰუმანიტარულ მეცნიერებათა და სამართლის ფაკულტეტის შრომები, ტ. VII, თბილისი; მ. ლაბაძე, 2019. ენისა და კილოს გამიჯვნის საკითხი ლინგვისტურ ქართველოლოგიაში საერთაშორისო გამოცდილების გათვალისწინებით. თბილისი (ელექტრონული გამოცემა) და სხვ.

ETHNIC / LINGUISTIC MINORITIES IN GEORGIA AND THE PROTECTION OF THEIR LINGUISTIC RIGHTS

Tariel Putkaradze

*Professor, Doctor of Philology,
Head of Kartvelology Centre at the Saint Andrew
the First-Called Georgian University*

KEYWORDS: Linguistic rights, Minorities, Language situation

RESUME

While discussing the legal framework for the „linguistic rights” of ethnic/linguistic minorities, the Georgian authorities should first consider the position of the ‘fathers’ of the „European Charter for Regional or Minority Languages“ concerning the difference between the autochthonous (historical) and new minorities; However, full realization of the linguistic rights of the Georgian state language, autochthonous minorities or migrant minorities on the territory of Georgia is impossible until the complete de-occupation of Georgia.

Academic, depoliticized descriptions and qualifications of the linguistic and ethnic situation of Georgia should be given essential importance in the process of Georgia’s integration with the civilized world. It is desirable to be timely balanced Russian imperial ideologies and qualifications in the field of Kartvelology at the international scientific or information field.

NOTES:

1. Kartlis Tskhovreba (Georgian Chronicles), Edited by Simon Kaukhchishvili, volume 1, 1955 <https://sites.google.com/site/tskhareobi/home/kartlistskhovreba-leontimroveli>. (In Georgian)
2. Constitution of Georgia, 1021. (In Georgian)
3. http://constcentre.gov.ge/failebi/1921_clis_konstitucia_33442.pdf. (Last seen: 08.10.2020 წ.).
4. about discussion see: T. Putkaradze, I. Vashakidze 2011. Two Types of Planning of Kartvelology in 1917-1935 /Comparative Analysis of Positions of Ivane Javakhishvili and Nicholas Marr/, Tbilisi, Printing House „Universal”. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315604> (in Georgian). T. Putkaradze, E.Dadiani, R. Sherozia. 2010. „European Charter for Regional or Minority Languages” and Georgia”, Kutaisi. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315589> , p. 29-48. (In Georgian; In English).
5. <http://www.parliament.ge/uploads/other/132/132676.pdf> (Last seen: 08.10.2020). (in Georgian)
6. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1398335?publication=0> (Last seen: 08.10.2020). (In Georgian)
7. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx> (Last seen: 08.10.2020). (In Georgian)
8. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1208370?publication=0> (Last seen: 08.10.2020 წ.). (In Georgian)
9. <https://www.osce.org/files/f/documents/a/8/67536.pdf> (Last seen: 08.10.2020 წ.). (In English)
10. <https://www.osce.org/files/f/documents/7/7/30331.pdf> (Last seen : 08.10.2020 წ.). (In English)
11. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1244853?publication=0> (Last seen: 08.10.2020 წ.). (In Georgian)
12. T. Putkaradze, E.Dadiani, R. Sherozia. 2010. „European Charter for Regional or Minority Languages” and Georgia”, Kutaisi. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315589>. (In Georgian; In English).
13. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=36> (Last seen: 08.10.2020). (In Georgian)
14. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/32866?publication=59> (Last seen 08.10.2020). (In Georgian)
15. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2931198?publication=4> (Last seen 08.10.2020). (In Georgian)
16. About subjective interests read more in) T. Putkaradze 2019. Contemporary Challenges of Kartvelology, Tbilisi, Printing House „Universal”. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315617>. (In Georgian)
17. T. Putkaradze 2009. „European Charter for Regional or Minority Languages” and an Issue of Plannig Linguistic Policy in Georgia, Tbilisi, Printing House „Universal”.
18. <http://www.scribd.com/doc/12621676/T-Putkaradze-European-Charter-for-Regional-or-Minority-Languages-and-An-Issue-of-Plannig-Linguistic-Policy-in-Georgia>. (In Georgian)
19. <https://www.ecmi.de/publications/ecmi-research-papers/42-georgia-and-the-european-charter-for-regional-or-minority-languages> (Last seen: 05.10.2020). (In English)
20. <https://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/working%20>

- papers/working_paper_42_ge.pdf
21. (Last seen: 05.10.2020).
 22. the second half of the citation is unclear in english original, also in russian version „In addition, four distinct languages are spoken by the majority Georgian population – Georgian, Megrelian, Svan and Laz – although these are basically vernacular languages that are not normally written (გვ. 4); К тому же, грузинское большинство говорит на четырех отдельных языках – грузинском, мегрельском, сванском и лазском – хотя это местные языки, обычно не имеющие письменности (გვ. 4) (In English)
 23. https://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/publications/working%20papers/working_paper_42_ru.pdf (Last seen: 05.10.2020).
 24. https://www.ecmi.de/fileadmin/redakteure/publications/pdf/working_paper_42_en.pdf.
 25. https://www.ecmi.de/fileadmin/redakteure/publications/pdf/working_paper_42_en.pdf
 26. (Last seen: 05.10.2020). (In English)
 27. T. Putkaradze, E.Dadiani, R. Sherozia. 2010. „European Charter for Regional or Minority Languages” and Georgia”, Kutaisi. 2010 <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315589> p. 149-175. (In Georgian; In English)
 28. About discussion read more in T. Putkaradze 2005. The Georgians The Kartvels (Historical Home, Mother Tongue Dialects); 2005. Printing House „Kutaisi State University”, English version pg. 395-492. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315602>. (In Georgian; In English)
 29. About discussion read more in T. Putkaradze Contemporary Challenges of Kartvelology, Tbilisi, Printing House „Universal”, 2019.. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315617>. (In Georgian)
 30. K. Gabunia. Language Situation in Modern Georgia 1. Kartvelian Languages, International Journal of Multilingual Education, № 3, 2014 გვ. 45-69. (In Georgian)
 31. Language: Medium, Barrier or Trojan Horse?: „In recent years, linguists have drawn attention to the existence of other functions of language, one of which is... language as the means of expressing identity: who we are (as an individual or a group), where we are from (regionally, socially, occupationally). It manifests itself both interlinguistically, in the form of the individual languages, which identify the nation states or ethnic groups, and intralinguistically, in the form of the local accents and dialects, which reflect where we were brought up. This is the identify view of language” in: David Crystal, Language: Medium, barrier, or trojan horse?/ Cultural diplomacy at the crossroads: Cultural Relations in Europe and the wider world, Wilton House, 1997; <http://www.davidcrystal.com/Files/BooksAndArticles/-4879.pdf>. (In English)
 32. Dialects, languages and ethnicity: Language is a primary characteristic and an *always present* characteristic of ethnicity. Without language you would have an incomplete description of ethnicity. Language is the primary component of ethnicity. Language is tied up with our psyche, as individuals and as a society. Language is a component of thought. Thus language is integral to worldview. Differences in worldview involve differences in thought and language. Yes, language is the primary component of ethnicity. Yet it is still only one component among others. in: Orville Boyd Jenkins, Dialects, Languages and Ethnicity; Based

- on notes in an email dialogue with other researchers and linguists October 08, 2002 <http://ojtr.org/languages/dialectslangsethnicity.html>. (In English)
33. Kimberly A. Noels, Language variation and ethnic identity: A social psychological perspective: The relation between language and ethnicity has long interested sociolinguists and social psychologists alike. Variations in linguistic patterns are argued to be influenced by speakers' ethnicities, and, in a reciprocal fashion, language use has been suggested to create and substantiate ethnicity. in: Kimberley A. Noels, Language Variation and Ethnic Identity, A social phsychological perspective/Language and Communications, 2014. (In English)
 34. http://sites.psych.ualberta.ca/IClab/wordpress/wp-content/uploads/2016/08/Noels2014_LangComm.pdf (In English)
 35. Language and Ethnicity: An Iridescent Relation: „Though language is not the only factor or the most important factor, which distinguishes ethnic groups, many scholars have so far argued that language is among the key factors in terms of which an ethnic group is distinguished from other group(s)“ in: Masatsugu Matsuo, Language and Ethnicity : An Iridescent Relation/IPSHU English Research Report Series, issue 23, Hiroshima University Peace Science Research Center, Hiroshima, 2009; (In English)
 36. <http://home.hiroshima-u.ac.jp/heiwa/Pub/E23/03matsuo.pdf> (In English)
 37. For the reasons of Joshua Fishman read more: Language and Ethnic Identity, edited by Joshua A Fishman, New york-Oxford, Oxford University press, 1999 (In English)
 38. <http://people.cas.sc.edu/dubinsk/LING240/readings/Liebkind.1999.Social.psychology.pdf>. (In English)
 39. For the „systematic identities and differencies read more in: M. Labadze, Problem of Distinctions Between Language and Dialect: Systemic-structural criterion, a critical analysis, Kartvelian Heritage, XX, Kutaisi, pg. 140-152). About the criteria between Language and Dialect read more in:); T. Gvantseladze, A question of Language and Dialect in Kartvelology, Universali publishing, Tbilisi, 2006) T. Putkaradze 2008. The National Language and the Dialects of Kartvels (Georgians), Kutaisi, 2008. Printing House „Lampari“ <http://www.scribd.com/doc/8727375/T-Putkaradze-Kartvelta-Dedaena-Da-Dialeqtebi-2008>; <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315609> ; T. Putkaradze 2017. Retrospect of Language and Dialect Distinction Criteria and Politicizing Qualification of Kartvelian Idioms, Works of The St. Andrew the First-Called Georgian University of The Patriarchate of Georgia Faculty of Humanities and Law, VII, Tbilisi,, pg., 115-1340. M. Labadze, The Issue of Distinction Between Language and Dialect In The Linguistic Kartvelology, Taking into Account the International Experience, Tbilissi, Georgian University Press, 2019 [electronic publication]) და სვ. (In Georgian)

BIBLIOGRAPHY:

1. Gabunia K. 2014. Language Situation in Modern Georgia 1. Kartvelian Languages, International Journal of Multilingual Education, № 3 (In Georgian)
2. http://www.multilinguaeducation.org/storage/uploads/articles_contents/160719012522.pdf
3. Gvantseladze T. 2006. A question of Language and Dialect in Kartvelology, Universali publishing, Tbilisi. (In Georgian)
4. Vashakidze I. Putkaradze T. 2011. Two Types of Planning of Kartvelology in 1917-1935 /Comparative Analysis of Positions of Ivane Javakhishvili and Nicholas Marr/, Tbilisi, Printing House „Universal”. http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315604_(In Georgian)
5. Labadze M. 2018. Problem of Distinctions Between Language and Dialect: Systemic-structural criterion, a critical analysis, Kartvelian Heritage, XX, Kutaisi, pg. 140-152. (In Georgian)
6. Labadze M. 2019. The Issue of Distinction Between Language and Dialect In The Linguistic Kartvelology, Taking into Account the International Experience, Tbilisi, Georgian University Press, [electronic publication]. (In Georgian)
7. Crystal D. 1997. Language: Medium, barrier, or trojan horse?/Cultural diplomacy at the crossroads: Cultural Relations in Europe and the wider world, Wilton House. (In English)
8. <http://www.davidcrystal.com/Files/BooksAndArticles/-4879.pdf>. (In English)
9. Boyd Jenkins O. 2002. Dialects Languages and Ethnicity; Based on notes in an email dialogue with other researchers and linguists October 08, (In English)
10. <http://ojtr.org/languages/dialectslangsethnicity.html>.
11. Noels K, 2014. Language Variation and Ethnic Identity, A social psychological perspective/Language and Communications. (In English)
12. http://sites.psych.ualberta.ca/IClab/wordpress/wp-content/uploads/2016/08/Noels2014_LangComm.pdf.
13. Matsuo M. 2009. Language and Ethnicity : An Iridescent Relation/ IPSHU English Research Report Series, issue 23, Hiroshima University Peace Science Research Center, Hiroshima <http://home.hiroshima-u.ac.jp/heiwa/Pub/E23/03matsuo.pdf>. (In English)
14. Fishman J. 1999. Language and Ethnic Identity, New york-Oxford, Oxford University press, <http://people.cas.sc.edu/dubinsk/LING240/readings/Liebkind.1999.Social.psychology.pdf>. (In English)
15. Putkaradze T. 2005. The Georgians The Kartvels (Historical Home, Mother Tongue Dialects); 2005. Printing House „Kutaisi State University”, English version pg. 395-492. (In Georgian)
16. <http://www.scribd.com/doc/2158690/The-Georgians-the-Kartvels> <http://www.scribd.com/doc/2158759/Kartveller-Gurculer> <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315602>
17. Putkaradze T. 2008. The National Language and the Dialects of Kartvels (Georgians), Kutaisi, 2008. Printing House „Lampari” <http://www.scribd.com/doc/8727375/T-Putkaradze-Kartvelta-Dedaena-Da-Dialeqtebi-2008>; <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315609> (In Georgian)
18. Putkaradze T. 2009. „European Charter for Regional or Minority

- Languages” and an Issue of Plannig Linguistic Policy in Georgia, Tbilisi, Printing House „Universal”. (In Georgian) <http://www.scribd.com/doc/12621676/T-Putkaradze-European-Charter-for-Regional-or-Minority-Languages-and-An-Issue-of-Plannig-Linguistic-Policy-in-Georgia> (In Georgian)
19. Putkaradze T. Dadiani E. Sherozia R. 2010. „European Charter for Regional or Minority Languages” and Georgia”, Kutaisi. <http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315589>. (In Georgian; In English).
 20. Putkaradze T. 2017. Retrospect of Language and Dialect Distinction Criteria and Politicizing Qualification of Kartvelian Idioms, Works of The St. Andrew the First-Called Georgian University of The Patriarchate of Georgia Faculty of Humanities and Law, VII, Tbilisi,, pg., 115-134. (In Georgian)
 21. Putkaradze T. 2019. Contemporary Challenges of Kartvelology, Tbilisi, Printing House „Universal”.<http://dspace.nplg.gov.ge/handle/1234/315617>. (In Georgian)
 22. Kartlis Tskhovreba (Georgian Chronicles) 1955. Edited by Simon Kaukhchishvili, volume 1, <https://sites.google.com/site/tskharoebi/home/kartlistskhovreba-leontimroveli>. (In Georgian)

კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა (ევროპული და ამერიკული მიდგომები)

ევანგოსტორიკა

*საქართველოს საპატრიარქოს წმიდა ანდრია
პირველწოდებულის სახელობის ქართული
უნივერსიტეტის პროფესორი,
საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს
მოსამართლე, სამართლის დოქტორი*

საკვანძო სიტყვები: კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა

კეთილსინდისიერ წინააღმდეგობასთან¹ დაკავშირებული საქმეები წარმოაჩენს არაერთი ტიპის სამართლებრივ პრობლემას, ასპექტს, ჭრილს, რომელთა გათვალისწინება აუცილებელი ხდება საქმის სამართლიანად გადასაწყვეტად. როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში, ისე აშშ-ს სასამართლოებში, არაერთი იყო ისეთი საქმე, სადაც მთავარი, წამყვანი თემა უკავშირდებოდა სახელმწიფოს ან კერძო სუბიექტის აქტს თუ ღონისძიებას, რომელიც მოითხოვდა ინდივიდისაგან გარკვეული მოქმედების შესრულებას, ან პირიქით, მისგან თავის შეკავებას, რის მიმართაც ამ ინდივიდს

¹ ეს ტერმინი (ინგ: conscientious objection) ისტორიულად ჩამოყალიბდა რელიგიური მოსაზრებების გამო სავალდებულო სამხედრო სამსახურზე უარის თქმასთან მიმართებაში (მაგალითისათვის იხილეთ Black's Law Dictionary, "Conscientious objector", St.Paul, Minn. West Publishing Co. Centennial edition, 1991; გვ.210). თუმცა დღეს იგი უფრო ფართოდ გამოიყენება, როდესაც საქმე შეეხება ინდივიდის მიერ კანონის მოთხოვნის ან ამა თუ იმ რეგულაციიდან გამომდინარე ვალდებულების შესრულებაზე უარის თქმას რელიგიური თუ არარელიგიური რწმენიდან გამომდინარე, მათ შორის, მორალის მოსაზრებებით.

გააჩნდა წინააღმდეგობა თავისი (რელიგიური თუ არარელიგიური) რწმენიდან გამომდინარე.

ამოცანა, რომელიც ამდაგვარ საქმეებში ჩვეულებრივ უნდა გადაწყდეს შემდეგია: უნდა დადგინდეს, წარმოადგენდა თუ არა ინდივიდზე შესაბამისი ვალდებულების დაკისრება, ანდა, ზოგიერთ შემთხვევაში – ამ ვალდებულებისაგან გაუთავისუფლებლობა, სახელმწიფოს მხრიდან ჩარევას მისი რწმენის თავისუფლებაში, და თუ წარმოადგენდა, იყო თუ არა ის გამართლებული ღირებულებათა შესაბამის კონტექსტში. არცთუ იშვიათად, საკითხი მხოლოდ პოზიტიური ვალდებულების ქრილშია შესაფასებელი, რა დროსაც უნდა გაირკვეს, დაბრუნდება თუ არა სახელმწიფომ რომელიმე თავისი პოზიტიურ ვალდებულებათაგანი, რომელიც შესაბამის შემთხვევებში მას წარმოეშვა უფლების დაცვის თუ დარღვევის პრევენციასთან მიმართებაში. უმეტეს შემთხვევაში, ეს უკავშირდება ვითარებას, სადაც უნდა შეფასდეს, საჭირო იყო თუ არა გამონაკლისების დაწესება ზოგადი რეგულაციიდან ღირებულებათა კონფლიქტის თავიდან აცილების მიზნით.

სასამართლო პრაქტიკა ამ სფეროში დიდი არ არის. თუმცა გამოიკვეთა, რომ ეს საქმეები, რომლებიც, თითქოსდა ერთგვაროვან თემატიკას გულისხმობენ, საკმაოდ კომპლექსურ მიდგომებს მოითხოვენ იმ ფაქტორთა მრავალგვარობიდან გამომდინარე, რომლებითაც კონკრეტულ საქმეები ხასიათდება.

სასამართლოებს უწევთ პასუხი გასცენ არაერთ კითხვას:

- როგორი უნდა იყოს რწმენა, რომელსაც კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა უკავშირდება, რათა მან დაცვა მოიპოვოს რწმენის/ რელიგიის თავისუფლების საფუძველზე; როგორია ამ სფეროში სასამართლოს მიხედულების თავისუფლება იმსჯელოს ინდივიდის რწმენასთან დაკავშირებული მოთხოვნების ლეგიტიმურობაზე;
- რამდენად პირდაპირ უნდა იყოს ნა-

კარნახევი ინდივიდის ქმედება შესაბამისი რწმენით იმისათვის, რათა მან დაცვა მოიპოვოს; ეს ქმედება ინდივიდის რწმენის/რელიგიის პირდაპირი მოთხოვნას უნდა წარმოადგენდეს თუ ისიც საკმარისია, რომ იგი რწმენასთან/რელიგიასთან დაკავშირებული მოტივებით იყოს ნაკარნახევი; ანდა, საჭიროა თუ არა ინდივიდის ქმედება დაფუძნებული იყოს შესაბამისი რელიგიის, რწმენის პრინციპულ მოთხოვნებზე, პოსტულატებსა და დოქტრინებზე, თუ საკმარისია, რომ იგი მათ ინდივიდუალურ აღქმებსა და ინტერპრეტაციებს ეყრდნობოდეს;

- არის თუ არა სასამართლოს მხრიდან წინააღმდეგობის მქონე ადამიანთა გულწრფელობაში, და შესაბამისად, წინააღმდეგობის კეთილსინდისიერებაში დარწმუნება გადაწყვეტი;
- საერთოდ, რწმენის თავისუფლების რომელ კომპონენტში ხდება ამ დროს ჩარევა, რა არის ხელყოფის საგანი – Forum internum თუ Forum externum;
- ჩაყენებულია თუ არა პირი ისეთ მდგომარეობაში, როდესაც მას მოეთხოვება ანდა იძულებულია შეიცვალოს თავის რწმენა ანდა იმოქმედოს მის წინააღმდეგ, იმისათვის, რათა თავი დააღწიოს სამართლებრივ პასუხიმგებლობას (1), ან არ დაკარგოს სხვა უფლებებით სარგებლობის შესაძლებლობა (2), ანდა ის პრივილეგიები, რომეთა სარგებლობის შესაძლებლობაც იარსებებდა დადგენილი მოთხოვნების შესრულების შემთხვევაში (3) ; ზემოაღნიშნული შემთხვევებიდან რომელი მათგანი გულისხმობს ჩარევას და რომელი – არა; როდისაა ჩარევის ინტენსიურობის ხარისხი ყველაზე მეტი;
- რა გავლენას ახდენს ერთი მხრივ, იმ ტვირთის სიმძიმე, რომელიც ინდივიდს დაეკისრა რელიგიის თავისუფლებასთან მიმართებაში და,

მეორე მხრივ, ის პირდაპირი თუ გვერდითი შედეგები, რაც მოჰყვება რწმენით შთაგონებულ ინდივიდის ქცევას;

- შეიძლება თუ არა შინაარსობრივად ნეიტრალური კანონი, რომელიც სრულიადაც არ შეეხება რწმენის საკითხებს, წარმოადგენდეს ინდივიდის რწმენის თავისუფლებაში ჩარევას; ხომ არ უნდა შეფასდეს ასეთი შემთხვევები მხოლოდ პოზიტიური ვალდებულებების ქრილში; არის თუ არა ასეთ დროს რელიგიანტური საკითხი, შეედლო თუ არა კანონმდებელს წინასწარ განეჭვრიტა და აერიდებინა წინააღმდეგობის წარმოშობის შესაძლებლობა;

ამ კითხვებზე პასუხის გაცემას დიდი წვლილი შეაქვს არამართო კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის თემის ღრმად გააზრებაში, არამედ, საერთოდ, რწმენის თავისუფლების შინაარსობრივი ფარგლების დასაზუსტებაში.

რწმენის „ლეგიტიმურობა“

თუ საკითხს ადამიანის უფლებათა ევროპული კოვენციის ქრილში განვიხილავთ, იგი ასე უნდა დავსვათ: როგორი უნდა იყოს რწმენა, მათ შორის, როდესაც მას კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა უკავშირდება, რათა მან დაცვა მოიპოვოს კონვენციის მე-9 მუხლის 1-ლი პუნქტის საფუძველზე.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის სამართალში რამდენიმე კრიტერიუმი გამოიყენება:

პირველ რიგში, „რწმენა“ შეთავსებადი უნდა იყოს დემოკრატისა და ადამიანის უფლებებთან. ეს იმას ნიშნავს, რომ ეს ფილტრი კონვენციის დაცვის გარეშე დატოვებს დემოკრატისა და ადამიანის უფლებებთან შეუთავსებელ ნებისმერ რწმენას/ რელიგიას, რადგან ერთადერთი პოლიტიკური რეჟიმი, რასაც კონვენცია ეფუძნება, ესაა დემოკრატია. ამიტომაც,

რომ ფაშისტური, ნაცისტური, კომუნისტური იდეოლოგია და მათზე დაფუძნებული ქმედებები არ არის კონვენციის მე-9 მუხლის დაცვის საგანი. შესაბამისად, ვერავითარი წინააღმდეგობა, რომელიც ემყარება ზემოაღნიშნულ ანტიდემოკრატიულ რწმენას, ვერ იქნება პრაქტიკაში დაცული.²

ამის გარდა, „რწმენას“ უნდა გააჩნდეს განსაზღვრული ხარისხის დამატებლობა, სერიოზულობა, თანმიმდევრულობა და მნიშვნელოვნება (a certain level of cogency, seriousness, cohesion an importance).³ ეს იმას

2 ცოტა განსხვავებულ შემთხვევა იყო საქმე „რეფორმირებული პროტესტანტების პარტია ნიდერლანდების წინააღმდეგ“ . იგი შეხებოდა პროტესტანტების ერთი ჯგუფის მიერ შექმნილ პოლუტიკურ პარტიას, სადაც, რელიგიური მოსაზრებების გამო, აკრძალული იყო ქალი კანდიდატის წარდგენა ნებისმიერი დონის წარმომადგენლობითი ორგანოს არჩევნებში. მათი აზრით, ვინაიდან, ბიბლიის მიხედვით, ქალი შეიქმნა მამაკაცისაგან, ამიტომ სწორედ მამაკაცი განიხილებოდა ქალის უფროსად, შესაბამისად, ქალს არ უნდა ჰქონოდა საჯარო თანამდებობის დაკავების უფლება. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ რეფორმირებული პროტესტანტების პარტიის საჩივარი უარყო. მისი განცხადებით, პარტიის „უფლება“ არ ჰყოლოდა ქალი კანდიდატები პარლამენტის ან სხვა წარმომადგენლობითი ორგანოს არჩევნებზე, წინააღმდეგობაში მოდიოდა დემოკრატიული მმართველობის პრინციპთან, რომელიც სწორედ ადამიანის უფლებებს ემყარებოდა. ევროპულმა სასამართლომ გაიზიარა ნიდერლანდების უზენაესი სასამართლოს დასკვნა იმის შესახებ, რომ პარტიის პოზიცია არღვევდა ქალის მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ კონვენციის მე-7 მუხლს, ასევე, სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა პაქტის მე-2 და 25-ე მუხლებს. ევროპული სასამართლოს აზრით, იმის მიუხედავად, რომ ქალის დეპუტატად წარდგენის მიმართ კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა ღრმა რელიგიურ მრწამსს ეფუძნებოდა, ასეთი წინააღმდეგობა ვერ იქნებოდა დაცული კონვენციის მე-9 მუხლით. საჩივარი არ იქნა არსებითად განსახილველად მიღებული. იხ: STAATKUNDIG GEREFORMEERDE PARTIJ v. the Netherlands, Application no. 58369/10; decision of 10 July 2012; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112340>

3 Eweida and Others v. the United Kingdom, Judgment of 25 May 2013; <http://hudoc.echr.coe.int/eng#?i=001-115881> იხ. აგრეთვე, Bayatyan v. Armenia [GC], no. 23459/03, § 110, ECHR

ნიშნავს, რომ ნებისმიერ საკითხზე ნებისმიერი მოსაზრება ვერ იქნება მიჩნეული „რწმენად“ კონვენციის გაგებით, თუკი ის არ შეეხება საკმარისად მნიშვნელოვან საკითხს, არ წარმოადგენს კარგად ჩამოყალიბებულ კონცეფციას, რომელიც ლოგიკურადაა დასაბუთებული შესაბამისი არგუმენტებით.

იმის მაგალითად, თუ რა არ იქნა მიჩნეული ასეთად, შეიძლება გავიხსენოთ საქმე *Gough v. The United Kingdom* სტრასბურგის სასამართლოს პრაქტიკიდან. მომჩივნის რწმენით, ადამიანის შიშველი სხეულის წარმორჩენა იყო სრულიად უწყინარი რამ და არავისთვის არ იყო შეურაცხმყოფელი. სატარო სივრცეში შიშველ მდგომარეობაში სიარულისათვის ის დაკავებული იქნა რამდენჯერმე, რაც, მისი აზრით, წარმოადგენდა მისი რწმენის თავისუფლების დარღვევას. სტრასბურგის სასამართლომ მიიჩნია, რომ მომჩივნის „რწმენა“ ვერ აკმაყოფილებდა დამატებლობის, სერიოზულობის, თანმიმდევრულობისა და მნიშვნელოვნების აუცილებელ კრიტერიუმებს; შესაბამისად, მისი საჩივრის ეს ნაწილი დაუშვებლად იქნა ცნობილი.⁴

სტრასბურგის სასამართლომ განმარტების შესაბამისად, „... როდესაც ეს კრიტერიუმები (cogency, seriousness, cohesion and importance) კმაყოფილდება, სახელმწიფოს არ აქვს იმის უფლება, რომ რელიგიური რწმენის ან მისი გამოხატვის ლეგიტიმურობა შეაფასოს.“⁵ სასამართლო მიიჩნევს, რომ სახელმწიფოს ვალდებულება, იყოს ნეიტრალური და მიუკერძოებელი, შეუთავსებელია სახელმწიფოს მხრიდან რელიგიური რწმენის ანდა იმ საშუალებების ლეგიტიმურობის შეფასებასთან, რომლებითაც ეს რწმენაა გამოხატული.⁶

2011; Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany, no. 58911/00, § 80, 6 November 2008; Jakóbski v. Poland, no. 18429/06, § 44, 7 December 2010).

4 Gough v. the United Kingdom; Judgment of 23 March, 2015; იხ. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-147796"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) პარ. 188.

5 Eweida and Others v. the United Kingdom. პარ. 81.

6 (იხ. Manoussakis and Others v. Greece, judgment of 26 September 1996, Reports 1996-IV, p. 1365, §

აქ მხედველობიდან არ უნდა გამოგორჩეს, რომ „რწმენის ლეგიტიმურობაში“ იგულისხმება მხოლოდ ის, რომ შესაბამისი შემთხვევები მოქცეულია კონვენციის მე-9 მუხლის პირველი პუნქტის დაცვის არეალში და არა ის, რომ ამა თუ იმ გზით მისი გამოხატვის/გაცხადების შეზღუდვა არასოდეს იქნება გამართლებული ამავე მუხლის მე-2 პუნქტის საფუძველზე. სასამართლომ მიდგომა მხოლოდ იმას გულისხმობს, რომ ხსენებული კრიტერიუმების დაკმაყოფილების შემთხვევაში რწმენის ლეგიტიმურობა აღარ დადგება ეჭვქვეშ. თუმცა, სულ სხვა საკითხია, მოიპოვებს თუ არა პრაქტიკულ დაცვას ინდივიდის ესა თუ ის მოსაზრება და მასთან დაკავშირებული ქმედება, რომელიც, მისი აზრით, შესაბამის რწმენას ემყარება.

სტრასბურგის სასამართლომ გამიჯნა ინდივიდის რწმენისა და ინდივიდის იმ ქმედების დაცულობის საკითხები, რომელიც, მისი აზრით, სწორედ ამ რწმენის გამოხატულება, მისი გაცხადებაა. სტრასბურგის სასამართლო იკვლევს, წარმოადგენს თუ არა ინდივიდის ქმედება მისი რწმენის გაცხადებას, იმ რწმენისა, რომელიც დაცვას საჭიროებს. რწმენიდან დაკავშირებული წინააღმდეგობის საქმეებში ასეთი „ქმედება“, ჩვეულებრივ, არის რაიმე ვალდებულების შესრულებაზე უარი მასთან რელიგიური თუ სხვაგვარი წინააღმდეგობის გამო. შესაბამისად, გარკვევას ექვემდებარება საკითხი – წარმოადგენდა თუ არა ეს უარი ინდივიდის რწმენის გაცხადებას, იმგვარი რწმენისა, რომელიც დაცვას საჭიროებს.

თავის მხრივ, საკითხს წარმოადგენს თუ არა ინდივიდის ქმედება რწმენის გაცხადებას, სტრასბურგის სასამართლო შედარებით ვიწროდ განმარტავს და ამბობს, რომ ქმედება უნდა წარმოადგენდეს რწმენის პირდაპირ გაცხადებას.

ზემოაღნიშნული მიდგომა ნათლად გამოხატა სასამართლომ საქმეზე – *Skugar*

47; Hasan and Chaush v. Bulgaria [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000XI; Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 1, ECHR 2003-II).

ბოდა თაყვანისცემის ან ღვთისმოშიშობის აქტი, რომელიც წარმოადგენს რელიგიის ან რწმენის პრაქტიკული განხორციელების საყოველთაოდ აღიარებულ ერთ-ერთ ფორმას. თუმცა, რწმენის ან რელიგიის გაცხადება არ ამოიწურება ამ აქტებით. საკმრისად ახლო და პირდაპირი კავშირის არსებობა ქმედებასა და რწმენას შორის უნდა დადგინდეს ფაქტების საფუძველზე ყოველ კონკრეტულ საქმეზე. ამასთან, მოსარჩელეს არ მოეთხოვება ამტკიცოს, რომ იგი მოქმედებდა სწორედ რელიგიური ვალდებულების შესრულების მიზნით.¹¹

სხვადასხვა დროს და სხვადასხვა საქმეზე სასამართლომ რწმენის პირდაპირ გამოხატულებად და მაშასადამე, მე-9 მუხლის 1-ლი პუნქტით დაცულად მიიჩნია: წმინდა ტექსტების კითხვა,¹² სხვებთან ერთად შეკრება ღვთისმსახურებისათვის,¹³ თემის ცხოვრებაში მონაწილეობა,¹⁴ ქადაგება,¹⁵ სპეციალური ტანსაცმლის ტარება,¹⁶ დიეტური შეზღუდვების დაცვა,¹⁷ და სხვა.

თუმცა, აღსანიშნავია შემდეგი: მართალია, სასამართლომ ქმედებასა და რწმენას შორის ახლო და მჭიდრო კავშირის კრიტერიუმი ჩამოაყალიბა, მაგრამ, იმავდროულად იგრძნობა, რომ იგი სიფრთხილით ეკიდება იმის შეფასებას, წარმოადგენს თუ არა ცალკეული ქმედება რელიგიური ვალდებულებების ნაწილს და ასეთ დროს გადამწყვეტ მნიშვნელობას ანიჭებს ინდივიდის გულწრფელობას, წი-

ნაალმდეგობის კეთილსინდისიერებას. სასამართლოსთვის ძალზე მნიშვნელოვანია დარწმუნდეს იმაში, რომ წინააღმდეგობა ეფუძნებოდა ადამიანის გულწრფელ მოსაზრებებს, რაიმეს სისწორეში ან სიმცდარეში მის გულწრფელ რწმენას.

მისივე განმარტებით:

„ვერავითარი ლოგიკური და სამართლებრივი არგუმენტის მოხმობით ვერ იქნება შესაძლებელი მორწმუნის იმ მტკიცების ეჭვის ქვეშ დაყენება, რომ ცალკეული რწმენა ან ქმედება მისი რელიგიური ვალდებულების მნიშვნელოვან ელემენტს წარმოადგეს. თუმცა, ეს არ ართმევს სასამართლოს იმის შესაძლებლობას, ფაქტების საფუძველზე გამოიკვლიოს, იყო თუ არა მომჩივნის რელიგიური მოსაზრებები ნამდვილი და გულწრფელი“.¹⁸

საქმე *Skugar and others v. Russia* შეხებოდა 1999 წელს რუსეთის საკანონმდებლო ორგანოს მიერ მიღებულ რეგულაციას, რომლითაც გადასახადის გადამხდელებს მიენიჭათ საიდენტიფიკაციო ნომერი. მომჩივნის აზრით, მაიდენტიფიცირებელი ნომრის მინიჭება მისთვის მხეცის ნიშნის დადების ტოლფასი იყო. ამგვარი რამ მოხსენებული იყო ბიბლიის აპოკალიფსის თავში და ამ ნიშნის დადება მას აშორებდა მართმადიდებლური ეკლესიისგან. მიუხედავად იმ გარემოებისა, რომ ბიბლიის მომჩივნისეული ინტერპრეტაცია წინააღმდეგობაში იყო რუსული მართლმადიდებლური ეკლესიის განმარტებისთან, სტრასბურგის სასამართლოს არ უარუყვია, რომ მომჩივნის ქმედება წარმოადგენდა მისი რწმენის გაცხადებას. იქიდან გამომდინარე, რომ არ არსებობდა გარემოება, რომელიც მიუთითებდა მომჩივნის რწმენის არაგულწრფელობაზე, სასამართლო მიიჩნევდა, რომ მომჩივნის წინააღმდეგობა ზემოაღნიშნულ კოდას მიმართებით, მე-9 მუხლით დაცულ სფეროდ უნდა მიჩნეულიყო.¹⁹

11 (ob. *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, §§ 73-74, ECHR 2000VII; *Leyla Şahin*, cited above, §§ 78 and 105; *Bayatyan*, cited above, § 111; *Skugar; Pichon and Sajous v. France* (dec.); no. 49853/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-X.

12 *Kuznetsov and Others*, Judgment of 11 January 2007;

13 *Barankevich v. Russia*, no. 10519/03, § 20, 26 July 2007,

14 *Supreme Holy Council of the Muslim Community v. Bulgaria*, no. 39023/97, § 73, 16 December 2004;

15 *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 36, Series A no. 260A,

16 *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 78, ECHR 2005XI, and *Phull v. France* (dec.), no. 35753/03, 11 January 2005;

17 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, § 73, ECHR 2000VII.

18 *Skugar and Others v. Russia*. European Court of Human Rights, Decision, 40010/04, 03 /12/2009; ob. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-96383"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

19 შესატყვისი მაგალითია აგრეთვე საქართვე-

საქმე *Eweida and Others v. The United Kingdom*²⁰ შეხებოდა ოთხ მომჩივანს, რომლებიც იყვნენ მორწმუნე ქრისტიანები. ორი მომჩივანი (პირველი მომჩივანი იყო «ბრიტანეთის ავიახაზების» თანამშრომელი, ხოლო მეორე მომჩივანი, ხანდახმულთა მედდა), მე-9 მუხლით დაცული უფლების დარღვევად მიიჩნევდა მათი დამსაქმებლის მიერ მათ დავალდებულებას, სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების დროს თვალსაჩინოდ არ ეტარებინათ ჯვარი; მომჩივანთა მეორე ნაწილი კი დარღვევად მიიჩნევდა დამსაქმებლის მიერ მათთვის მიცემულ დავალდებებს, ემუშავათ არატრადიციული ორიენტაციის მქონე პირთა ოჯახების საქმეებზე და გაეწიათ მათთვის დახმარება. კერძოდ, მესამე მომჩივანი იყო დაბადების, გარდაცვალებისა და ქორ-

წინების რეგისტრატორი, ხოლო მეოთხე მომჩივანი – სექსისა და ურთიერთობების კონფიდენციალური კონსულტანტი. მათი აზრით, მათი რწმენის ნაწილს წარმოადგენდა ის, რომ ოჯახი იყო კაცსა და ქალს შორის ერთობა. შესაბამისად, ზემოთხსენებული დავალდებების განხორციელება მათი მხრიდან იქნებოდა ჰომოსექსუალიზმის ხელშეწყობა, რაც შეუთავსებელი იყო მათ რელიგიურ მრწამსთან. ოთხივე მომჩივანი გათავისუფლებული იქნა სამსახურიდან დაკისრებული ვალდებულებების შეუსრულებლობის გამო, რაც მათი აზრით, წარმოადგენდა მათი რელიგიის თავისუფლების დარღვევას, რამდენადაც ეს ვალდებულებები მათ არ შეასრულეს სწორედ რელიგიური წინააღმდეგობის გამო.

ევროპულმა სასამართლომ გაიმეორა, რომ ნებისმიერი ქმედება, რომელიც შთაგონებული, მოტივირებული ან ნაკარნახევი იყო ამ რწმენით, მისი გაცხადების ლეგიტიმურ საფუძველს ვერ შექმნიდა. ქმედებები, რომლებიც პირდაპირ არ გამოხატავდა დასახელებულ რწმენას ან ნაკლებ კავშირში იყო ამ რწმენის მოძღვრებასთან, ვერ მოექცეოდა მე-9 მუხლით დაცულ სფეროში. მე-9 მუხლის მიზნებისთვის, რწმენის გაცხადებად ჩაითვლებოდა შემთხვევა, როდესაც რწმენის გამოხატვა მჭიდრო უკავშირდებოდა და „შესისხლხორცებული იყო“ შესაბამის რელიგიასთან ან რწმენასთან. შესატყვისი მაგალითი იყო ლოცვა, რაც წარმოადგენდა რწმენის გაცხადების ტრადიციულ მეთოდს. თუმცა, რწმენის გაცხადება შემოსაზღვრული ვერ იქნებოდა მხოლოდ ასეთი ფორმებით. თუკი გამოხატვის ფორმასა და რწმენას შორის საკმარისად ახლო და პირდაპირი კავშირი არსებობდა, ასეთი შემთხვევები მოექცეოდა მე-9 მუხლით დაცულ სფეროში.

ამ საქმეში სასამართლომ არ უარუყვია, რომ მომჩივანთა მოთხოვნები წარმოადგენდა მათი რწმენის გაცხადებას და რომ ისინი დაცული იყო მე-9 მუხლის 1-ლი პუნქტით. ამიტომ, მათი შეზღუდვა მან ამ მუხლის მე-2 პუნქტის საფუძველზე შეათვალა. **გადამწყვეტი აღმოჩნდა პროპო-**

ლოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში არსებული საქმე – ნანა სეფიაშვილი და იარეხიაშვილი საქართველოს პარლამენტისა და იუსტიციის მინისტრის წინააღმდეგ. მოსარჩელები გამოთქვამდნენ თავიანთ რელიგიურ წინააღმდეგობას, მათ შორის, ახალი ელექტრონული პირადობის დამადასტურებელი მოწმობებთან მიმართებაში, რომლებიც შეიცავს ინფორმაციის ელექტრონულ მატარებელს – ჩიპს. მათი აზრით, ჩიპი წარმოადგენს ადამიანებზე მასობრივი კონტროლის საშუალებას და მისი ტარება ღმერთის ღალატს და ანტიქრისტულ გზაზე დადგომას ნიშნავს. თავიანთი ინფორმაციის წყაროდ ისინი მიუთითებდნენ მართლმადიდებლურ სამყაროში გავრცელებულ მოსაზრებაზე, ბერების პოზიციიზაზე და სხვა. მიუხედავად იმისა, რომ ქართული ეკლესიის წმინდა სინოდს კრებაზე დადასტურებული ჰქონდა ის გარემოება, რომ ჩიპი არ შეიცავს მხედის ნიშანს, და, მაშასადამე, მოსარჩელების პოზიცია არ იყო გამყარებული ეკლესიის ოფიციალური პოზიციით, საკონსტიტუციო სასამართლომ უარი არ უთქვამს, რომ მოსარჩელებთა მოსაზრებები ჩაეთვალა ისეთად, რომლებსაც ფარავს საქართველოს კონსტიტუციის მე-16 მუხლით დაცული რწმენის, აღმსარებლობისა და სინდისის თავისუფლება იხ. საკონსტიტუციო სასამართლომ 2020 წლის 4 ივნისის გადაწყვეტილება სარჩელზე # 1404 – ნანა სეფიაშვილი და იარეხიაშვილი საქართველოს პარლამენტისა და იუსტიციის მინისტრის წინააღმდეგ.

20 Eweida and Others v. the United Kingdom. ზემოთ მითითებული, იხ. <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%5C%22001-115881%22%5D%7D>

რციულობის ტესტი. კონვენციის მე-9 მუხლის დარღვევა ცნობილ იქნა მხოლოდ პირველ მომჩივანთან მიმართებაში. სხვა მომჩივნების გათავისუფლება რელიგიური წინააღმდეგობის გამო მოვალეობების შესრულებლობისათვის არ იქნა მიჩნეული რელიგიის თავისუფლების დარღვევად. გათავისუფლების ღონისძიებები გამართლებულად იქნა მიჩნეული სხვა პირთა დაცვის ლეგიტიმური ინტერესებისათვის.

ზემოაღნიშნული და სხვა საქმეები მოწმობენ, რომ „პირდაპირი და მჭიდრო კავშირის“ შეფასებისას სტრასბურგის სასამართლო არ არის მკაცრი. იგი ფრთხილად ეკიდება ამ თემას და მხოლოდ აშკარა შემთხვევებში არ მიიჩნევს კავშირს ასეთად. მაგალითად, რწმენის პირდაპირ გამოხატულებად მან არ მიიჩნია: სიკვდილის შემდეგ ფერფლის მიმობნევა საკუთარ მიწაზე,²¹ ფოტოს დადება სამარის ქვაზე,²² ბავშვისთვის გარკვეული კონკრეტული სახელის მიცემა²³, თვითმკვლელობაში დახმარების განწევის დასჯადობიდან გამონაკლისის მოთხოვნა²⁴, უარი სასკოლო პარადში სავადებულო მონაწილეობაზე²⁵, აფთიაქარის უარი გაყიდოს ჩასახვის საწინააღმდეგო საშუალებები²⁶ და სხვა შემთხვევები.

აღსანიშნავია, რომ ამ საკითხში აშშ-ს სასამართლოების მიდგომა მსგავსია ევროპულისა. ისინიც ფრთხილად ეკიდებიან იმაზე გადაჭრით საუბარს, თუ რამდენად პირდაპირ გამომდინარეობს შესაბამისი რელიგიური სწავლებიდან მოსარჩელის რელიგიური მოსაზრებები და ქმედებები. არც მათთვისაა გადამწყვეტი, რამდენად შეესაბამება შესაბამისი რწმენა, მოსაზრე-

ბა თუ ინტერპრეტაცია ეკლესიის ოფიციალურ პოზიციას, ანდა გაზიარებულია თუ არა იგი მოსარჩელის მოძღვარის მიერ. მსგავსად ევროპული მიდგომისა, დიდი მნიშვნელობა ენიჭება რწმენის გულწრფელობას.

კერძოდ, კეთილსინდისიერების კრიტერიუმის ქვეშ მოწმდება ადამიანის გულწრფელობა საკუთარი მრწამსის მიმართ. ამასთან, მნიშვნელობა არ აქვს, თუ რამდენად შეესაბამება პირის მოსაზრებები ან რელიგიური დოგმატიკის ესა თუ ის ინტერპრეტაცია რომელიმე კონფესიის თუ იდეოლოგიური ჯგუფის წევრების შეხედულებებს ანდა თავად კონფესიის დოგმებს. გარდა ამისა, არც ისაა აუცილებელი, რომ პირი რომელიმე რელიგიური ჯგუფის წევრი იყოს, იმისათვის რათა მისი წინააღმდეგობა დაცული იყოს აშშ-ს კონსტიტუციის პირველი დამატებით.²⁷ აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, მოსამართლეები ვერ გადაწყვეტენ პირის რელიგიური მრწამსის სისწორეს. სასამართლოების კომპეტენციაში არ შედის პირის რელიგიური გრძობის სისწორის გადამოწმება რაიმე ფაქტობრივ მონაცემებზე დაყრდნობით.²⁸ ამის მაგივრად, სასამართლოები ამოწმებენ, თუ რამდენად გულწრფელად მისდევს ადამიანი საკუთარ მრწამსს.²⁹

საქმე – *U.S. Equal Employment Opportunity Commission v. Consol Energy, INC*³⁰ – შეეხებოდა ქვანახშირის კომპანიის მეშახტის უარს სამსახურში მისვლისა და გასვლის დროს გაეწეოთ თითის ანაბეჭდის ბიომეტრიული სკანირების სისტემა. კომპანიამ ეს სისტემა შემოიღო მუშაკების სამსახურში მისვლისა და გასვლის დროის გასაკონტროლებლად. მოსარჩელემ, გვარად ბატჩერმა, რომელიც 40 წლის განმავლობაში მუშაობდა ამ კომპანიაში მეშახტედ, უარი თქვა სა-

21 X. v. Germany, no. 8741/79, Commission decision of 10 March 1981, D.R. 24, p. 137.

22 Jones v. the United Kingdom (dec.), no. 42639/04, 13 September 2005.

23 Salonen v. Finland, no. 27868/95, Commission decision of 2 July, 1997.

24 Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02, § 82, ECHR 2002III.

25 Valsamis v. Greece and Efstratiou v. Greece, 18 December 1996, § 37, Reports 1996VI.

26 Pichon and Sajous v. France (dec.), no. 49853/99, 2 October 2001.

27 Thomas v. Review Board, 450 U.S. 707 (1981).

28 United States v. Ballard, 322 U.S. 78 (1944).

29 იხ. მაგ. Quaring v. Peterson, 728 F.2d 1121 (8th Cir. 1984).

30 United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; 16-12-30, 12/06/2017.

<http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/161230.P.pdf>

მსახურში მისვლისა თუ იქიდან წამოსვლის დროს გაეტარებინა მარჯვენა ხელი სკანერზე. იგი იყო ევანგელისტი ქრისტიანი და მიაჩნდა, რომ დამსაქმებლის მოთხოვნა იყო ბიბლიური წინასწარმეტყველების აღსრულება. აპოკალიფსის გამოცხადების ერთ-ერთი პასაჟის თანახმად, ანტიქრისტე მოეგლინება დედამიწას და მისი მოსვლის ჯამს ხალხი მიიღებს მის ნიშანს მარჯვენა ხელსა და შუბლზე ... და არავის შეეძლება იყიდოს ან გაყიდოს რაიმე ამ ნიშნის გარეშე. მოსარჩელემ ხელის სკანირება აღიქვა მისთვის მხეცის ნიშნის დადებად; მან აცნობა დამსაქმებელს კონფლიქტის შესახებ და წარუდგინა თავისი მოძღვარის მოსაზრება სკანირებასა და მხეცის ნიშანს შორის კავშირისა და მისი რელიგიური წინააღმდეგობის შესახებ.

კომპანია შეცადა დაერწმუნებინა მუშაკი, რომ სკანერში ხელის გატარება არ ტოვებდა რაიმე ნიშანს სხეულში და გადასცა ცნობა ამის თაობაზე. მანვე დასაქმებულს შესთავაზა მარჯვენის ნაცვლად, მარცხენა ხელით გაეკეთებინა სკანირება, რაზეც უარი მიიღო. თავის მხრივ, კომპანიაც უარზე იყო მოსარჩელე რეგისტრაციაზე გაეტარებინა პირადი ნომრით, მაშინ როდესაც, სხვა ორი თანამშრომელის რეგისტრაცია, რომლებსაც ხელი ჰქონდათ დაზიანებული, ხორციელდებოდა პირადი ნომრის მეშვეობით. მოსარჩელე იძულებული გახდა დაეტოვებინა სამსახური.

ეროვნული სასამართლოსთვის გადამწყვეტი ის კი არ აღმოჩნდა, რამდენად გონივრული იყო მომჩივნის რელიგიური მოსაზრებები, ანდა ის, იყო თუ არა ისინი გაზიარებული მისი რელიგიური სექტის მიერ, არამედ იმის გარკვევა, თუ რამდენად გულწრფელი იყო მომჩივანი.

სასამართლოს აზრით, მომჩივნის რელიგიური წინააღმდეგობა იმითაც ვლინდებოდა, რომ მას გულწრფელად სწამდა, რომ ამ სისტემაში მონაწილეობა, სკანირების შედეგად ხელზე ხილული ნიშნის დადებათ თუ მის გარეშე, წარმოადგენდა ანტიქრისტესთან ალიანსში შესვლას, რაც შეუთავსებელი იყო მის რელიგიური

გრძნობებთან. ყოველივე ეს მოწმობდა რელიგიური გრძნობებსა და სკანერის გავლის ვალდებულებას შორის არსებული კონფლიქტის გულწრფელობას. ... არც მოპასუხის და არც სასამართლოს საქმე არ იყო განესაზღვრა მისი რელიგიური აღქმების სისწორე ან დამატებლობა. მოსარჩელის რელიგიური გრძნობები დაცული იყო იმის მიუხედავად, დაეთანხმებოდა თუ არა მას მისი მოძღვარი. რელიგიურ გრძნობები არ იყო ზღვარდადებული მხოლოდ იმ გრძნობებით, რომლებიც გაზიარებული იყო რელიგიური სექტის მიერ. ასე რომ, არც მოპასუხის, არც სკანერის მწარმოებლის, არც მღვდელმსახურის და არც სასამართლოს საქმე არ იყო იმის განსაზღვრა, რამდენად გონივრული იყო მოსარჩელის რელიგიური წინააღმდეგობა სკანირების სისტემის მიმართ. ამგვარად, არსებობდა საკმარისი მტკიცებულებები იმაში დასაწმუნებლად, რომ რომ მოსარჩელის რელიგიური რწმენა იყო სავსებით გულწრფელი.

როდესაც არ დასთურდება საკმარისად მჭიდრო და პირდაპირი კავშირი

საქმეებში, სადაც ქმედებასა და რელიგიის/რწმენის მოთხოვნებს შორის პირდაპირი და მჭიდრო კავშირის დაუდგენლობის გამო შესაბამისი ქმედება არ არის მიჩნეული რწმენის „გაცხადებად“, სტრასბურგის სასამართლო, ლოგიკურად, იმ დასკვნამდე მიდის, რომ არ არსებობდა საკუთრივ ჩარევა რწმენის თავისუფლებაში. მაგალითად:

საქმეში *Pichon and Sajous v. France*³¹ მომჩივნები იყვნენ აფთიაქის მესაკუთრეები, რომლებიც ურს აცხადებდნენ კონტრაცეპტიული საშუალებების გაყიდვაზე საკუთარ აფთიაქში. მათი განცხადებით, აღნიშნული მედიკამენტების გაყიდვა ეწინააღმდეგებოდა მათ რწმენას და ამგვარი ვალდე-

31 Pichon and Sajous v. France. Judgment of 30/10/2012; ob. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-22644"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

ბულების მათთვის დაკისრება არღვევდა მათი რწმენის თავისუფლებას.

სასამართლომ აფთიაქარების უარი არ მიიჩნია რწმენის „გაცხადებად“. სასამართლოს აზრით, კონვენციის მე-9 მუხლი არ იძლეოდა იმის გარანტიას, რწმენით ნაკარნახევი ყოველი ქმედება საჭარო სივრცეში განხორციელებულიყო. მე-9 მუხლის პირველ პუნქტში მოხსენიებული სიტყვა – „გაცხადება“ – არ მოიცავდა ნებისმიერ ქცევას, რომელიც შთაგონებული იყო რწმენით ან რელიგიით. ვინაიდან კონტრაცეპტივების გაყიდვა ლეგალური იყო და ხორციელდებოდა მხოლოდ რეცეპტის საფუძველზე, აფთიაქებში, მომჩივნები ვერ მიანიჭებენ პრიორიტეტს თავიანთ რელიგიურ რწმენას და ვერ დააძალებენ სხვებს ამ რწმენის გაზიარებას, როგორც მათი უარის გამართლებას მსგავსი პროდუქტების არგაყიდვაზე, მაშინ როდესაც, მათ შეეძლოთ გამოეხატათ თავიანთი რწმენა მრავალგვარად, პროფესიული სფეროს გარეთ. შესაბამისად, მომჩივნებისთვის კონტრაცეპტიული საშუალებების გაყიდვის დაგადადებულება არ წარმოადგენდა მე-9 მუხლით დაცულ სფეროში ჩარევას და საჩივარი დაუშვებლად უნდა ყოფილიყო ცნობილი.

ზემოაღნიშნულ მიდგომას, თავის დროზე საფუძველი ჩაუყარა ადამიანის უფლებათა ევროპულმა კომისიამ:

საქმეში *McFeeley and Others v. the United Kingdom*³² მსჯავრდებული მომჩივნები აცხადებდნენ, რომ ციხის უნიფორმის ტარება და ციხეში მუშაობა ეწინააღმდეგებოდა მათ რწმენას. შესაბამისად, ამ ვალდებულებებისგან ისინი უნდა გაეთავისუფლებინათ. მოპასუხემ მთავრობის განმარტებით, კონვენციის მე-9 მუხლის პირველი პუნქტში ხსენებული სიტყვა – „რწმენა“ – გულისხმობდა სულიერ და ფილოსოფიურ შეხედულებებს, რომელსაც გააჩნდა იდენტიფიცირებადი ფორმალური შინაარსი და არა მოსაზრე-

ბებს ან გრძობებს ნებისმიერ საკითხზე. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა კომისიამ მიუთითა, რომ რწმენის გაცხადების თავისუფლება არ უნდა განმარტებულიყო იმგვარად, თითქოს იგი მოიცავდა ადამიანის უფლებას, ეტარებინა საკუთარი ტანსაცმელი ციხეში.³³ ამ საქმეზე არ დადგინდა ჩარევა.

საქმე *X. v. the United Kingdom*³⁴ შეეხებოდა ბუდისტი პატიმრის მიერ ბუდისტურ ჟურნალში სტატიის გამოქვეყნებას, რის შემდეგაც, საპატიმროს ადმინისტრაციის მხრიდან მას აეკრძალა სტატიების გაგზავნა ჟურნალის რედაქტორისათვის. მომჩივნის აზრით, ამ აკრძალვით მას დაურღვიეს რწმენის თავისუფლება, რამდენადაც იდეათა გაცვლა ბუდისტებს შორის წარმოადგენდა ბუდიზმის, როგორც რელიგიის აღმსარებლობის ერთ-ერთ ელემენტს. კომისიის აზრით, მომჩივანმა ვერ დაასაბუთა, რომ სტატიების გამოქვეყნება რელიგიურ ჟურნალში სხვა ბუდისტებთან კომუნიკაციისათვის აუცილებელ ელემენტს წარმოადგენდა და მე-9 მუხლში ჩარევა არ დაადგინა.

საქმეში *Knudsen v. Norway*³⁵ ასევე არ დადგინდა ჩარევა, თუმცა, სხვაგვარი არგუმენტების გამოიყენებით. საქმე შეეხებოდა რელიგიის მინისტრის თანამდებობიდან გათავისუფლებას მასზე დაკისრებული მოვალეობების შეუსრულებლობის გამო. ნორვეგიაში 1978 წელს მიღებული საკანონმდებლო ცვლილებების თანახმად, ქალს მიეცა აბორტის გაკეთების უფლება ორსულობის 12 კვირის განმავლობაში. მომჩივანი იმხანად იყო რელიგიის მინისტრი, რომელმაც პროტესტის ნიშნად უარი თქვა დაკისრებული სამსახურებრივი მოვალეობების შესრულებაზე, რის შემდეგაც ის გა-

32 ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის 1980 წლის 15 მაისის განჩინება საქმეზე, *McFeeley and Others v. the United Kingdom*. იხ. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74412"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

33 იქვე, პარ. 30.

34 ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის 1974 წლის 20 დეკემბრის განჩინება საქმეზე, *X. v. the United Kingdom*. იხ. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74994"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

35 ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის 1985 წლის 8 მარტის განჩინება საქმეზე, *Knudsen v. Norway*. იხ. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-73733"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

ათავისუფლეს თანამდებობიდან. იგი მიიჩნევდა, რომ აღნიშნული საფუძვლით მისი თანამდებობიდან გადაყენებით შეილახა მისი რწმენის თავისუფლება. მისი შეხედულებები აბორტის თემაზე ემთხვეოდა ნორვეგიის ეკლესიის პოზიციას. შესაბამისად, იგი თანამდებობიდან გადაყენებული იყო მისი რწმენის გაცხადების გამო.

მართლაც, ძნელია იმის უარყოფა, რომ მოსარჩელის აბორტთან დაკავშირებული შეხედულებები მჭიდრო კავშირშია ერთი მხრივ მის ქმედებასთან და მოერე მხრივ, თავად ქრისტიანულ რელიგიასთან, რომელსაც აბორტის საკითხზე აქვს მკვეთრი და შეუვალი პოზიცია. ამ ლოგიკით, კომისიას მოსარჩელის ქმედება უნდა ეცნო რწმენის პირდაპირ გაცხადებად. თუმცა, კომისიამ სხვა კუთხით შეხედა ამ საქმეს. მან მიიჩნია, რომ მომჩივნის თანამდებობიდან გათავისუფლებით მისი მე-9 მუხლით დაცულ უფლებაში ჩარევა საერთოდ არ იყო მომხდარი, რადგან მომჩივანმა ვერ აჩვენა, რომ ის ზეწოლის ქვეშ მოექცა, რათა შეეცვალა საკუთარი შეხედულებები, ანდა ის, რომ მას აეკრძალა საკუთარი რწმენის გაცხადება.

ამგვარად, რწმენის მოთხოვნებსა და ინდივიდის ქცევას შორის „მჭიდრო და პირდაპირი კავშირის“ კრიტერიუმის გამოყენების იურიდიული შედეგი ხშირად არის ხოლმე რწმენის თავისუფლებაში ჩარევის უარყოფა. გამოკვეთილია მიდგომა, რომლის მიხედვითაც, რწმენის თავისუფლებაში ჩარევა სახეზე არ არის, თუკი ინდივიდს შეუძლია სხვაგვარად გააცხადოს თავისი რწმენა.

ზემოაღნიშნული საქმის მაგალითზე ნათელი ხდება, რომ წამოიჭრება კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი საკითხი – რამდენად რელევანტურია, რომ რელიგიურ წინააღმდეგობასთან დაკავშირებული საქმეები უკავშირდებოდეს არა მარტო რწმენის გაცხადების თავისუფლებაში ჩარევას, არამედ რწმენის შინაგანი ასპექტების ხელყოფასაც.

Forum internum თუ Forum externum?

არცთუ იოლი საკითხია, რწმენის/რელიგიის თავისუფლების რომელ კომპონენტს უკავშირდება კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის შემთხვევები.

ზემოაღნიშნული საქმეები მოწმობს, რომ ინდივიდის ქმედება განიხილება რწმენის „გაცხადების“ კონტექსტში და, მაშასადამე, როგორც forum externum. ეს ასე რომ არ იყოს, მაშინ შეუძლებელი იქნებოდა ჩარევის გამართლება, ვინაიდან რწმენის forum internum კომპონენტები ხომ აბსოლუტური დაცვით სარგებლობს. თუმცა იგივე საქმეები მოწმობს, რომ მხოლოდ რწმენის „გაცხადების“ საკითხებით არ ამოიწურება თემა და forum internum კომპონენტებიც საკმარისი ხვედრითი წილით მონაწილეობს ღირებულებათა კონფლიქტებში პირდაპირ თუ არაპირდაპირ.

ერთი მხრივ, ცხადია, რომ კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა, ჩვეულებრივ, გამოიხატება გარკვეული კანონისმიერი ან სხვაგვარი ვალდებულების შესრულებაზე უარით შესაბამისი რწმენიდან გამომდინარე. ამ თვალსაზრისით, უარი, მიუხედავად იმისა, რომ უმოქმედობას გულისხმობს, უთუოდ წარმოადგენს რწმენის „გაცხადებას“. მაგრამ, რელიგიური/რწმენიდან გამომდინარე წინააღმდეგობის ბუნება უფრო ღრმაა და გარკვეული სპეციფიკით ხასიათდება.

საქმე ისაა, რომ წინააღმდეგობის საქმეებისათვის დამახასიათებელია შემდეგი: ესა თუ ის კანონი, წესი, რეგულაცია ინდივიდს ავალდებულებს გარკვეულ ქმედებას, ქცევას, რომლისადმიც მას გააჩნია წინააღმდეგობა, შინაგანი უთანხმოება თავისი რწმენის გამო. იმავდროულად, ინდივიდის მიერ ამ ვალდებულების/ რეგულაციის შესრულებლობას შეიძლება მოჰყვეს რამე ნეგატიური შედეგი მის მიმართ (პასუხისმგებლობა, სამსახურის დაკარგვა, ა.შ.). ეს კი იმას ნიშნავს, რომ იგი ჩაყენებულია ისეთ მდგომარეობაში, როდესაც იძულებულია ან იმოქმედოს თავისი რწმენის სა-

წინააღმდეგოდ მოსალოდნელი სანქციების ასაცილებლად, ანდა დარჩეს თავისი რწმენის ერთგული, მაგრამ იწვინოს თავის ქცევის ნეგატიური შედეგები. შესაბამისად, ასეთ დროს, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც პიროვნებას არ ათავისუფლებენ ვალდებულებისაგან, ძნელია იმის უარყოფა, რომ ინტერვენციის ობიექტია პიროვნების შინაგანი რწმენა – *forum internum*, ანუ, მისი სულიერი სიმშვიდე, საკუთრივ უფლება – სწამდეს რაიმე და არ ექვემდებარებოდეს ამისათვის რაიმე სანქციებს, იცხოვროს თავის რწმენის შესაბამისად, ინარჩუნებდეს რელიგიურ სიმშვიდეს, და არავინ თხოვლობეს მისგან ისეთ ქმედებას, რომელიც მის რწმენაზე უარის თქმას, მისი მოთხოვნების შეუსრულებლობას გულისხმობს.

ვფიქრობ, ნათელია, რომ რწმენის საფუძველზე წარმოშობილი წინააღმდეგობის ზოგიერთ შემთხვევაში, ძალიან მკრთალი და პირობითია მიჯნები რწმენის *forum internum* და *forum externum* კომპონენტებს შორის და, იოლად უარსაყოფი არ არის, რომ *forum internum*, გარკვეული ხვედრითი წილით, ასევე არის ინტერვენციის საგანი.

შემთხვევითი არ არის, რომ სასამართლოები რელიგიური წინააღმდეგობის საქმეებზე აუცილებლად მიიჩნევენ გაარკვიონ, ხომ არ არის ჩაყენებული პირი ისეთ მდგომარეობაში, როდესაც იძულებულია უარი თქვას თავის რწმენაზე მოსალოდნელი ნეგატიური შედეგების თავიდან ასაცილებლად. მაგალითად, აშშ-ის სასამართლოების პრაქტიკის მიხედვით, რწმენიდან გამომდინარე წინააღმდეგობის საქმეებზე ინდივიდისათვის დაკისრებული ტვირთის შეფასებისას უნდა გაირკვეს: ხომ არ გააჩნდა სახელმწიფოს ქმედებას ისეთი ეფექტი, რომელიც გავლენას ახდენდა მორწმუნის ქმედებაზე იმგვარად, რომ აიძულებდა მას თავისი რელიგიური რწმენის დარღვევას.³⁶ პრაქტიკულად იგივე ქრილი გამოიყენა ადა-

მიანის უფლებათა ევროპულმა კომისიამ ზემოთ მითითებულ საქმეში *Knudsen v. Norway*, როდესაც დაასკვნა, რომ ვერ დადგინდა, რომ „მომჩივანი ზენოლის ქვეშ მოექცა, რათა შეეცვალა საკუთარი შეხედულებები“. ეს სხვა არაფერია, თუ არა იმის თქმა, რომ მომჩივნის რელიგიის თავისუფლების *forum internum* კომპონენტებში ჩარევა არ მომხდარა. შესაბამისად, თუ დადგინდებოდა რომ მოხდა, მაშასადამე, სწორედ *forum internum* იქნებოდა ხელყოფის საგანი.

ამ თვალსაზრისით, ძალზე საგულისხმოა საქმე *Bascarini and others v. San Marino*, რომელიც შეეხებოდა პარლამენტის წევრის ვალდებულებას, პარლამენტში თავისი ადგილის დაკავებას დაეფიცებინა ქრისტიანულ ბიბლიაზე. ვინაიდან ფიცის დადებისას მომჩივანს მოუწევდა ემოქმედა თავის რწმენის საწინააღმდეგოდ, ევროპულმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ ფიცის დადების მოთხოვნა შეთავსებადი არ იყო კონვენციის მე-9 მუხლთან; თუმცა, საქმეც ისაა, რომ მან თავი შეიკავა ზუსტად განმარტებინა, რომ მოცემულ შემთხვევაში, საქმე სწორედ შინაგან თავისუფლებაში ჩარევას შეეხებოდა. მან მხოლოდ ზოგადად მიუთითა, რომ ამგვარი წესის არსებობა „არ იყო აუცილებელი დემოკრატიულ საზოგადოებაში“.³⁷

გარდა ამისა, საკითხს სხვა რაკურსითაც შეგვიძლია შევხედოთ: როგორც ზემოთაც აღვნიშნე, ვალდებულების შესრულებაზე უარი მართლაც შეგვიძლია განვიხილოთ რწმენის გაცხადებად, მაგრამ როდესაც პირი იძულებულია უარი თქვას თავის რწმენაზე, ანდა არ ასრულებს რაიმე მოთხოვნას სანქციების თავიდან აცილების შიშით, განა ამ დროს მას რწმენის გაცხადების უფლება ეზღუდება, თუ თავად ის უფლება, გააჩნდეს ასეა თუ ის რწმენა და დარჩეს მისი ერთგული?

ეს თემა მჭიდროდ უკავშირდება შინაარსობრივად ნეიტრალური ნორმებიდან გამომდინარე ვალდებულებებს და ინდივიდისათვის დაკისრებული ტვირთის თემებს, რომლებიც ქვემოთაა განხილული.

36 აშშ-ს სამხარეო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე *Hernandez v. Northside Indep. Sch. Distr.*; United States District Court, Western District of Texas, San Antonio Division, 08/01/2013; https://www.rutherford.org/files_images/general/01-08-2013_Hernandez_Ruling.pdf

37 1999-1, 30 EHRR 208, para 39 GC.

ჩარევა ნეიტრალური კანონის საფუძველზე?

რელიგიურ წინააღმდეგობასთან დაკავშირებული საქმეები ძალზე სპეციფიკურია კიდევ ერთი ნიშნით. საქმეთა უმრავლესობა მოწმობს, რომ რწმენიდან გამომდინარე წინააღმდეგობა წარმოიშობა გარკვეული ვალდებულებების მიმართ, რომლებიც ინდივიდს ეკისრება მთლიანად ნეიტრალური ნორმების საფუძველზე, რომლებიც, იმავდროულად, სრულიადაც არ უკავშირდება რელიგიისა და რწმენის საკითხებს, და, მაშასადამე, *prima facie*, რთულად შეიძლება გულისხმობდნენ (თუნდაც ჰიპოთეტურ) ჩარევას რწმენის თავისუფლების გნებავთ – *Forum internum*, და გნებავთ – *Forum externum* კომპონენტებში;

ასე შეგვიძლია დავსვათ საკითხი: შეიძლება თუ არა, შინაარსობრივად ნეიტრალური კანონი, რომელიც პირდაპირ არ შეეხება რწმენის თავისუფლების საკითხებს, საერთოდ გულისხმობდეს ამ თავისუფლებაში ჩარევას. ხომ არა გვაქვს ასეთ დროს საქმე ისეთ ვითარებასთან, როცა საკითხი მხოლოდ პოზიტიური ვალდებულებების ქრილში შეიძლება განვიხილოთ.

საქმეების მაგალითზე ვნახავთ, რომ სასამართლოების მიერ არაერთხელ იქნა უარყოფილი სახელმწიფოს მხრიდან ნეგატიური ვალდებულების დარღვევა. თუმცა, მიდგომები მაინც არ არის ერთგვაროვანი.

იმისათვის, რომ ღრმად და კომპლექსურად გავიაზროთ თემა, შემდეგ კვეთაშიც უნდა შევხდეთ მას: სად უნდა ვეძიოთ „ჩარევა“ – კანონით, წესით, რეგულაციით რაიმე ვალდებულების დაკისრებაში (რაც სრულიადაც არ არის გამორიცხული, რომ მართლაც გულისხმობდეს რწმენის თავისუფლებაში ჩარევას), თუ ამ ვალდებულების შესრულებისაგან გათავისუფლებაზე უარში, ცხადია მას შემდეგ, რაც ცნობილი გახდება ვალდებულების შემსრულებლის რწმენიდან გამომდინარე შეუთავსებლობა ამ ვალდებულებასთან. უნდა გავცეს პასუხი კითხვას – რით გამოიხატება სახელმწიფოს ბრალი – იმით, რომ

არ განჭვრიტა რწმენიდან გამომდინარე წინააღმდეგობის წარმოშობის ალბათობა და არ გაითვალისწინა ნორმიდან გამონაკლისები თუ მხოლოდ იმით, რომ, პოსტ ფაქტუმ არ იმოქმედა ინდივიდის ინტერესების შესაბამისად. აქ იმავდროულად მუდამ იქნება გასათვალისწინებელი, აგრეთვე ის, შესაძლებელი იყო თუ არა მოსალოდნელი წინააღმდეგობის განჭვრეტა და, კიდევაც რომ ყოფილიყო ამგვარი განჭვრეტა შესაძლებელი, იქნებოდა თუ არა გამონაკლისების დაწესება ყოველთვის გონივრული. საქმეები მოწმობს, რომ გამონაკლისების დაწესება ყოველთვის არ ჩაითვალება გონივრულად; ზოგადი ხასიათის ნეიტრალური ნორმების ლეგიტიმური მიზნები მიჩნეულ იქნა უფრო მნიშვნელოვნად და გადამწონად რელიგიურ და რწმენასთან დაკავშირებულ მოტივებთან შედარებით.

აშშ-ს სასამართლოების შესაბამისი პრაქტიკა

ერთი მხრივ, ირკვევა, რომ რეგულაციის ნეიტრალურობა განსაზღვრავს, თუ შეფასების რა ტესტი იქნება გამოყენებული. სასამართლოები მიიჩნევენ, რომ ზოგადი ხასიათის ნორმები, რომლებსაც მხოლოდ გვერდითი ეფექტი აქვთ რელიგიის თავისუფლებაზე, არ საჭიროებს მკაცრი ტესტით შეფასებას; რომ ასეთ დროს საკმარისია რაციონალური ტესტის გამოყენება და სასამართლოს მხრიდან იმაში დარწმუნება, რომ ეს ნეიტრალური რეგულაცია რაციონალურ კავშირშია დასახულ ლეგიტიმურ მიზნებთან. სადავო ნორმა კონსტიტუცურად მიიჩნევა, თუკი ის რაციონალურად უკავშირდება სახელმწიფოს ლეგიტიმურ ინტერესს.³⁸

38 მაგალითად, უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ რელიგიური მოსაზრებები არ ათავისუფლებს ადამიანს ვალდებულებისაგან, დაემორჩილოს პოლიგამიის, ბავშვთა შრომისა თუ კვირაობით მუშაობის კანონით აკრძალვებს, ანდა კანონს, რომელიც ადგენს სოციალური უსაფრთხოების გადასახადის ვალდებულებას.

ცალკე საკითხია, თუ როგორ ახორციელებენ სასამართლოები იმის ანალიზს, ხდება თუ არა ზოგადი ნორმებით რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევა³⁹.

იმისათვის, რომ დადგინდეს, მოხდა თუ არა სახელმწიფოს ზოგადი ნორმებით რელიგიის თავისუფლების შეზღუდვა, აშშ-ს სასამართლოები ძირითადად ამოწმებენ შემდეგ საკითხებს:

- გააჩნია თუ არა პირს გულწრფელი რელიგიური მრწამსი;
- წარმოადგენს თუ არა სადავო ნორმა მნიშვნელოვან ტვირთს პირის რელიგიური თავისუფლებისთვის;
- არის თუ არა ეს ტვირთი საკმარისი იმისთვის, რომ გადაწონოს სახელმწიფოს ინტერესი – გამოიყენოს ნორმა ბლანკეტურად – გამონაკლისების გარეშე.⁴⁰

თუმცა, საქმეების ანალიზი მოწმობს, რომ **ზოგ შემთხვევაში, რეგულაციის ნეიტრალურობა გამორიცხავს უფლებაში ჩარევას; ზოგჯერ უარყოფილი არ არის ნეიტრალური რეგულაციით რწმენის თავისუფლებისათვის ზიანის მიყენება, თუმცა, შეზღუდვა გამართლებულად ფასდება, რაკილა გამოიყენება რაციონალური და არა მკაცრი შეფასების ტესტი. ზოგჯერ კი, რეგულაციის ნეიტრალურობის მიუხედავად, საკითხი რელიგიის თავისუფლების სასარგებლოდ წყდება ტვირთის სიმძიმიდან გამომდინარე.**

მაგალითად, საქმეში *Wisconsin v. Yoder*⁴¹ აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო ვისკონსინის შტატის კანონი, რომლის საფუძველზე სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობაში მიეცნენ სკოლის მოსწავლეთა მშობლები,

რომლებიც უარს აცხადებდნენ საკუთარი შვილების სკოლის დამამთავრებელ კლასებში მიყვანაზე. სადავო ნორმის თანახმად, ბავშვებისთვის სკოლაში სიარული 16 წლამდე სავალდებულო იყო. ნორმა გასაჩივრდა ბავშვების მშობლების მიერ, რომლებიც მიეკუთვნებოდნენ ამიშების რელიგიას და რომლებიც მიიჩნევდნენ, რომ ზოგადი ხასიათის ნორმა ეწინააღმდეგებოდა მათი რელიგიის თავისუფლებას. ამიშების რწმენით, დამამთავრებელი კლასის განათლება არა თუ საჭირო არ იყო, ეწინააღმდეგებოდა კიდევ მათ რელიგიას. როგორც ვხედავთ, არაკონსტიტუციურად გამოცხადებული ნორმა შინაარსობრივად ნეიტრალური ხასიათის იყო, მაგრამ მიჩნეულ იქნა, რომ მის მიმართ მორწმუნეებს გულწრფელი რელიგიური წინააღმდეგობა გააჩნდათ; რომ იგი გულისხმობდა ჩარევას მათი რელიგიის თავისუფლებაში და მნიშვნელოვან ტვირთს აკისრებდა მათ. სადავო ნორმის არაკონსტიტუციურად ცნობა ლოგიკურად იმაზე მიაწინებს, რომ ამიშების რელიგია კანონმდებელს წინდანივთა უნდა გაეთვალისწინებინა და დაეწესებინა მათთვის გამონაკლისი. შესაბამისად, უნდა ვივარაუდოთ, რომ იმის განჭვრეტა, რომ ამიშებს ექნებოდათ კანონთან წინააღმდეგობა, შესაძლებელი იყო. თუმცა, ამავდროულად, სავარაუდოა, რომ ვერდიქტი სხვაგვარი იქნებოდა, რომ არა მშობლების სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა. აშკარაა რომ ამ საქმეში „ჩარევად“ განხილული იქნა სწორედ მშობელთა წინააღმდეგ სისხლისსამართლებრივი ღონისძიებების გამოყენება და არა საკუთრივ ნორმა, რომელიც 16 წლამდე ასაკის ყველა ბავშვს ავალდებულებდა სკოლაში სიარულს და არ ითვალისწინებდა გამონაკლისს ამიშებისათვის. საკითხავი ისაა, ასეთი მკაცრი სანქციის გარეშე იქნებოდა თუ არა მიჩნეული „ჩარევად“ საკუთრივ კანონი, ვალდებულების შემცველი ნორმა. რელიგიური წინააღმდეგობა ხომ ამიშებს სწორედ სკოლაში სიარულის ვალდებულებასთან მიმართებაში გააჩნდათ.

39 ჯერ კიდევ თომას ჯეფერსონმა გაავლო მკვეთრი ზღვარი რწმენასა და ამ რწმენის ამსახველ ქმედებას შორის. მისი თქმით, პირველი მათგანი (რწმენა) მხოლოდ ადამიანსა და მის ღმერთს შორისაა, შესაბამისად, საკანონმდებლო ხელისუფლება შეიძლება არეგულირებდეს მხოლოდ ქმედებას და არა შეხედულებებს.

40 იხ. მაგ. *Quaring v. Peterson*, 728 F.2d 1121 (8th Cir. 1984).

41 *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972).

ზემოთ მითითებული საქმე *U.S. Equal Employment Opportunity Commission v. Consol Energy, INC*⁴², რომელიც შეხებოდა ქვანახშირის კომპანიაში შემოღებულ თითის ანაბეჭდის ბიომეტრიული სკანირების სისტემას, ასევე უკავშირდებოდა შინააარსობრივად ნეიტრალურ რეგულირებას. მოსარჩელეც სწორედ იმას აპროტესტებდა, რომ საერთო რეგულაციიდან მისთვის არ დაუშვეს გამონაკლისი და არ გაათავისუფლეს ხელის საკანირების ვალდებულებისაგან.

ამ საქმეში აშშ-ს სააპელაციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ შინაარსობრივად ნეიტრალური რეგულირება ვერ უზრუნველყოფდა გონივრულ გარემოს კეთილსინდისიერი რელიგიური წინააღმდეგობის მქონე პირისთვის, რითაც, თითქოსდა არ უარყო ნეიტრალური რეგულაციით რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევის ფაქტი. მეორე მხრივ, აღნიშნა, რომ მოსარჩელისათვის უარის თქმა ნეიტრალური რეგულაციიდან გამონაკლისის დაწესებაზე გამართლებული ვეღარ იქნებოდა ისეთ პირობებში, როდესაც სხვა ორი მუშაკისათვის (ხელის დაზიანების გამო) უკვე იყო ასეთი გამონაკლისი დაწესებული. ამგვარად, ამ საქმეში, ასევე არ გამართლდა ნეიტრალური რეგულაციიდან გამონაკლისების არარსებობა და კვლავ რელიგიის თავისუფლების სასარგებლოდ გადაწყდა საკითხი.

თუმცა, საქმეში *Bowen v. Roy*, რომელიც ასევე ნეიტრალურ ნორმას – ყველასათვის სოციალური უზრუნველყოფის ნომრის მინიჭებას – შეეხებოდა, საერთოდ უარყოფილ იქნა რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევის ფაქტი, ხოლო არგუმენტებად მოხმობილი იყო სწორედ ნორმის ნეიტრალური ხასიათი და იმ მიზანთა ლეგიტიმურობა, რომლებსაც ეს კანონი ემსახურებოდა. სასამართლოს ზრით, **სწორედ მიზანთა დიდი მნიშვნელობის გამო, მოსარჩელისათვის გამონაკლისის დაწესება**

ვერ იქნებოდა გამართლებული. ვფიქრობ, ამ საქმეში გადამწყვეტი გახდა ის გარემოება, რომ საქმე შეეხებოდა სახელმწიფოს ოფიციალურ დოკუმენტებს და სოციალური უზრუნველყოფის სისტემის ადმინისტრირებას, რაშიც სახელმწიფოს დიდი მიხედულების ფარგლები გააჩნდა. ამ საქმეზე აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ გააკეთა ძალზე საგულისხმო განმარტებები.

კერძოდ, მოსარჩელე იღებდა ოჯახისა და შვილებისთვის სახელმწიფო დახმარებას. თუმცა, ამ დახმარების მიღების წინაპირობა შემდგომში გახდა სოციალური უზრუნველყოფის ნომრის ფლობა. მან უარი განაცხადა მისი ქალიშვილისთვის – „თოვლის პატარა ჩიტისთვის“, მიენიჭებინათ ასეთი ნომერი, ვინაიდან ამას რელიგიური გრძნობების შელახვად მიიჩნევდა. ამის გამო მას შეუჩერეს სოციალური დახმარება. მოსარჩელე არ ამტკიცებდა იმას, რომ აღნიშნული ნორმები ზღუდავდნენ მის რწმენას ანდა უზღუდავდნენ მას იმის გაკეთებას, რისიც სწამდა. იგი უბრალოდ მიიჩნევდა, რომ რიცხვის მინიჭება ზიანს აყენებს მისი ქალიშვილის სულს. მოსარჩელები ნორმის კონსტიტუციურობას სადავოდ ხდიდნენ ორი ასპექტით: რომ ეს წარმოადგენდა სახელმწიფოს მხრიდან მათ იძულებას, აეღოთ სოციალური უზრუნველყოფის ნომერი (ა) და რომ შემდგომში მოხდებოდა სახელმწიფოს მიერ ამ ნომრის შემდგომში დამუშავება და გამოყენება (ბ).

სასამართლომ აღნიშნა, რომ რელიგიის თავისუფლების საქმეებზე არსებული პრაქტიკა ანსხვავებდა: ინდივიდუალური პირის შინაგანი რწმენის თავისუფლებას, რომელიც აბსოლუტური იყო, და პირის ინდივიდუალური ქცევის თავისუფლებას, რომელიც არ იყო აბსოლუტური. აღნიშნული შემთხვევა მხოლოდ მეორე მათგანს მიემართებოდა.

კერძოდ, სასამართლომ აღნიშნა, რომ ფედერალური მთავრობის მიერ სოციალური უზრუნველყოფის ნომრის გამოყენება იმთავითვე არ წარმოადგენდა რაიმე ხარისხით მომჩივნის რელიგიის თავისუფლების შესუსტებას, შელახვას. მოსარჩელე

42 United States Court of Appeals of Fourth Circuit, 16-12-30, 12/06/2017. <http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/161230.P.pdf>

თავადაც არ ამტკიცებდა იმას, რომ აღნიშნული ნორმები ზღუდავდნენ მის რწმენას ანდა უზღუდავდნენ მას იმის გაკეთებას, რისიც სწამდა. იგი უბრალოდ მიიჩნევდა, რომ რიცხვის მინიჭება ზიანს აყენებდა მისი ქალიშვილის სულს. წესი ნომრის მინიჭებას შესახებ წარმოადგენდა მთლიანად ნეიტრალური შინაარსის ნორმას, რომელსაც საყოველთაო ხასიათი გააჩნდა, გათვლილი იყო უკლებლივ ყველა პირზე და არ არსებობდა არცერთი საჩივარი, რომ ვინმეს იგი ენიჭებოდა დისკრიმინაციულად. იმავედროულად, ნომრის მინიჭება ემსახურებოდა იმას, რომ სახელმწიფოსგან პირებს მიეღოთ გარკვეული ბენეფიტები, რომლის აულებლობის შემთხვევაშიც გათვალისწინებული არ იყო რაიმე სანქცია. **სახელმწიფო კი არ აიძულებდა პირს, აუცილებლად აეღო სოციალური უზრუნველყოფის ნომერი, არამედ აპელანტი თავად ითხოვდა სახელმწიფოსგან გარკვეულ ბენეფიტს, კერძოდ, სოციალურ უზრუნველყოფას და, რელიგიური მოტივით უარს ამბობდა მისი მიღების ერთ-ერთი წინაპირობის – სოციალური უზრუნველყოფის ნომრის – მინიჭებაზე.**

სასამართლომ აღნიშნა, რომ **დაუშვებელი იყო რელიგიის თავისუფლების მუხლი გაგებული ყოფილიყო სახელმწიფოს ვალდებულებად, მოქცეულიყო ყველა პირის შინაგანი რელიგიური რწმენის შესაბამისად. მოქალაქის რელიგიის თავისუფლება არ ვრცელდებოდა ისე შორს, რომ სახელმწიფო ჩაეხიზნა თავის რელიგიურ პრაქტიკაში და უარი ეთქმევინებინა სოციალური უზრუნველყოფის ნომრის მინიჭებაზე. პირველი შესწორების მუხლი დაწერილი იყო იმ სულისკვეთებით, თუ რა არ შეიძლებოდა სახელმწიფოს მოეთხოვა ინდივიდისათვის, და არა იმ მოტივით, თუ რისი გამოტყუება შეეძლო ინდივიდს სახელმწიფოსათვის.**

სასამართლოს განმარტებით, მოსარჩელეს იმდენად ჰქონდა უფლება წინააღმდეგობა ჰქონოდა სახელმწიფოს მიერ გაცემულ სოციალური უზრუნველყოფის ნომერზე მისი ქალიშვილის მიმართ, რამდე-

ნადაც, მას შესაძლოა ჰქონოდა რელიგიური წინააღმდეგობა ადმინისტრაციული ორგანოს ავეჯის ზომასა და ფერზე. **პირველი შესწორება მოქალაქეს იცავდა სახელმწიფოს იძულებისგან და არ ანიჭებდა მას უფლებას ეკარნახა სახელმწიფოსათვის, თუ როგორ უნდა მოქცეულიყო იგი თავისი საშინაო ადმინისტრირების პროცედურებში.** შესაბამისად, მოსარჩელის მოთხოვნა, რომ მთავრობას არ გამოეყენებინა მსგავსი სოციალური უზრუნველყოფის ნომერი მისი ქალიშვილის მიმართ, უსაფუძვლო იყო.

სასამართლომ აგრეთვე განიხილა მოსარჩელის მეორე ასპექტი – **სოციალური უზრუნველყოფის ნომრის აღების ვალდებულება გარკვეული ბენეფიტების მინიჭებისთვის.** სასამართლომ თქვა, რომ ინფორმაციის დამუშავებისგან განსხვავებით, ნომრის აღების ვალდებულება შესაძლოა წარმოადგენდა ტვირთს რელიგიის თავისუფლებისათვის, თუმცა უნდა შეფასებულიყო, გადაწონიდა თუ არა ის საჯარო ინტერესებს, ვინაიდან ყველა შეზღუდვა იმთავითვე არაკონსტიტუციური როდი იყო. სასამართლომ არ დაადგინა ნორმის არაკონსტიტუციურობა.

საბოლოო ჯამში, სასამართლომ მიიჩნია, რომ პლურალისტურ საზოგადოებაში არსებული რწმენის თავისუფლება და მთავრობის საჭიროებები მოითხოვდა გარკვეულ დაბალანსებას, **რა დროსაც გარკვეული ნეიტრალური შეზღუდვების წარმოშობა რელიგიის თავისუფლების განხორციელებაზე გარდაუვალი იყო.** საკანონმდებლო დონეზე ალბათ შესაძლებელი იყო კანონმდებელს დაეშვა რელიგიური ხასიათის კომპრომისები, თუმცა, ამ საქმეში სასამართლოს შესაფასებელი იყო მხოლოდ რეგულაციის კონსტიტუციური ფარგლები და არა კანონმდებლის სიბრძნე. მართალია, სოციალური უზრუნველყოფის ნომრის აულებლობა აფერხებდა ადამიანს ჩაბმული ყოფილიყო აქტიურ სამოქალაქო ცხოვრებაში, მიეღო ბენეფიტები სახელმწიფოსგან, **თუმცა ის მაინც ვერ შეფასდებოდა მასშტაბურად, როგორც სახელმწიფოს**

მხრიდან განხორცილებული რაიმე იძულება. ამდენად, ამ შემთხვევაში, მკაცრი ტესტის გამოყენება არ იყო მიზანშეწონილი. ვინაიდან არ იკვეთებოდა რელიგიურ ჯგუფების დისკრიმინაციის ნიშნები, სახელმწიფოს ინტერესი დასაბუთებულად ჩაითვლებოდა, თუკი სახელწიფო შემწეობისთვის დაწესებული მოთხოვნები, თავისი მისი არსით იყო ნეიტრალური და საყოველთაო, და წარმოადგენდა გონივრულ საშუალებას ლეგიტიმური საჯარო მიზნის მიღწევისთვის.

სასამართლომ აღნიშნა, რომ სოციალური უზრუნველყოფის ნომრების მიზანს წარმოადგენდა ბენეფიტების გაცემის პროცესში გაყალბებების თავიდან აცილება. სოციალურ პროგრამებთან მიმართებით სახელმწიფოს გააჩნდა შეზღუდული რესურსები, რომელიც ეფექტურად უნდა ყოფილიყო განაწილებული საზოგადოებაში და, შესაბამისად, სწორედ ამ ნომრების მინიჭებით წარმოშობილი სიზუსტე და აკურატულობა უზრუნველყოფდა სახელმწიფო რესურსების ეფექტურ გადაანაწილებას. ამავდროულად, საიდენტიფიკაციო ნომრის მინიჭება წარმოადგენდა მილიონობით ოჯახის შესახებ ინფორმაციის დამუშავების ეფექტურ მექანიზმს, რაც შესაძლოა განხორციელებულიყო კომპიუტერის დახმარებით და რაც შეუძლებელი იქნებოდა მხოლოდ მოქალაქეთა სახელის მითითების შემთხვევაში. **სასამართლოს დადგენილად მიაჩნდა, რომ სახელმწიფოს მხრიდან მოსარჩელისთვის ნეიტრალური ხასიათის რეგულაციიდან გამონაკლისის დაშვებაზე უარის თქმა არ არღვევდა მისი რელიგიის თავისუფლებას.**

1990 წლიდან აშშ-ს სასამართლო პრაქტიკაში ზოგად ნორმებსა და რელიგიის თავისუფლებას შორის კონფლიქტის სფეროში წამყვან პრეცედენტად განიხილება აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე „*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*“⁴³. ეს საქმე შეხებოდა ინდიელებს,

რომლებიც ვერ იღებდნენ უმუშევრობის შეწყალებას იმის გამო, რომ სამსახურიდან გათავისუფლებულნი იყვნენ ჰალუცინოგენური მცენარის – პეიოტის – მოხმარებისთვის, მაშინ როდესაც, პეიოტის მოხმარება ინდიელების რელიგიური რიტუალის შემადგენელი ნაწილს წარმოადგენდა. მოსარჩელები მიიჩნევდნენ, რომ მათი მოქმედებები რელიგიური მრწამსით იყო ნაკარნახევი და უნდა ჩათვლილიყო საპატიო გარემოებად.

გადაწყვეტილებაში ითქვა, რომ **ზოგადი ხასიათის ნორმები, რომლებსაც გვერდითი ეფექტი აქვთ რელიგიის თავისუფლებაზე, არ საჭიროებდა მკაცრი ტესტის გამოყენებას.** მოსამართლე სკალიამ, რომელიც უმრავლესობის სახელით წერდა გადაწყვეტილებას, აღნიშნა, რომ **პირის ვალდებულება, დაემორჩილოს მხოლოდ იმ კანონს, რომელიც თავსებადია მის რწმენასთან, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც არსებობს დაუძლეველი სახელწიფო ინტერესი, იგივეა, რაც ადამიანის მიერ თავისივე თავის კანონად გამოცხადება, რაც ეწინააღმდეგება როგორც კონსტიტუციურ ღირებულებებს, ისე საღ აზრს.**

ამ გადაწყვეტილების შემდეგ ზოგადი ხასიათის ნორმებსა და რელიგიის თავისუფლებას შორის კონფლიქტები ფასდება **ნორმის შეფასების ყველაზე დაბალი – რაციონალური დიფერენციაციის ტესტით.**⁴⁴ თუმცა, ძველი პრეცედენტებიც ინარჩუნებენ თავიანთ გავლენას. მიჩნეულია რომ სახელმწიფომ არ უნდა შეზღუდოს პირის რელიგიის თავისუფლება დაუძლეველი სახელმწიფო ინტერესის გარეშე.⁴⁵

ამ პრეცედენტის შემდეგ, ფედერალურ კონსტიტუციასთან მიმართებაში წარმოშობილი კონსტიტუციური დავების დროს, რომლებიც შეეხება კონფლიქტს ზოგად ნორმებსა და რელიგიის თავისუფლებას შორის, აშშ-ის სასამართლოები იყენებენ

43 Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 US 872 (1990).

44 იხ. შავ. Valov v. Dep’t of Motor Vehicles, 132 Cal. App. 4th 1113, 1125 (Cal. Ct. App. 2005). ანალიზისთვის იხ. Cynthia Brougher, Legal analysis of religious exemptions for photo identifications requirements, CRS Reoirt for Congress, 2, (2012).

45 იხ. City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

მიდგომას, რომლის მიხედვითაც, სახელმწიფოს გააჩნია თავისუფალი მიხედულების დიდი ფარგლები იმგვარი ზოგადი ნორმების შემუშავებისას, რომლებსაც მხოლოდ გვერდითი ეფექტი აქვს რელიგიის თავისუფლებებზე; გამოიყენება რაციონალური ტესტი და, შესაბამისად, როგორ წესი, ასეთი ნორმები კონსტიტუციურად არის მიჩნეული. თუმცა, დამკვიდრდა ისეთი მიდგომა, სადაც სასამართლოები ორივე (მკაცრი და რაციონალური) ტესტით ახორციელებენ შეფასებას. ამის მაგალითია ქვემოთ სექციონი, სადაც რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევის ფაქტი არ იქნა უარყოფილი, მაგრამ საკითხი მაინც არ გადაწყდა მის სასარგებლოდ.

გგულისხმობს საქმეს *Hernandez v. Northside Indep. Sch. Distr.*⁴⁶ სკოლაში დამკვიდრებული პრაქტიკის თანახმად, წლების განმავლობაში სტუდენტები და მომუშავე პერსონალი ატარებდნენ ბეიჯებს, რომლის მეშვეობითაც ხდებოდა მათი იდენტიფიცირება და კამპუსის ტერიტორიაზე მათი ყოფნის დადასტურება. მოგვიანებით, სკოლამ, სტუდენტთა უსაფრთხოებისა და დაცვის მიზნით, შეიმუშავა ახალი საიდენტიფიკაციო ბეიჯები, რომელსაც პერსონალურ ინფორმაციასთან ერთად, დატანებული ჰქონდა რადიოსიხშირის მაიდენტიფიცირებელი ჩიპი. აღნიშნული ჩიპიანი ბეიჯი უზრუნველყოფდა სტუდენტების ადგილსამყოფელის დადგენას მხოლოდ კამპუსის მასშტაბით. ბეიჯი ასევე გამოიყენებოდა შენობაში შესასვლელად, ბიბლიოთეკიდან წიგნების გასატანად, კაფეტერიაში და ბილეთების საყიდლად. ერთ-ერთი სტუდენტის მშობლის აზრით, ჩიპიანი ბეიჯი წარმოადგენდა „მხეცის ნიშანს“, რაც საფრთხეს უქმნიდა მათ რელიგიურ თავისუფლებას, უქადდა გზას ჯოჯოხეთის ცეცხლისკენ, არღვევდა მათ პირად სივრცეს. მან მოითხოვა, ნება დაერთოთ მისი ქალიშვილსათვის, ეტარებინა ძველი ბეიჯი. სკოლის დირექტორმა მოსარჩელის შვილს შესთავაზა ეტარებინა აღნიშნული ბეიჯის მსგავსი მაიდენტიფიცირებელი ბარათი, ოღონდ ჩიპის გარეშე, თუმცა მოსარჩელემ ეს შეთავაზება არ მიიღო. მისი აზრით, თავად მაიდენტიფიცირებელი ბარათების სისტემა ეწინააღმდეგებოდა რელიგიას; ჩიპიანი ბარათების ტარება თავისუფლების დაკარგვას და სკოლის გაყიდვას ნიშნავდა. რელიგიური მოძღვრების თანახმად, ანტიქრისტეს მიზანს წარმოადგენდა ადამიანებზე სრული კონტროლის მოპოვება; „სმარტ ბეიჯში“ ჩამონტაჟებული ჩიპი კი ასახავდა მოსწავლეების გადაადგილებას და მათ თითოეულ ნაბიჯს სკოლაში. კონსტიტუციის პირველი შესწორებით გარანტირებული რელიგიური რწმენის გაცხადების თავისუფლება დაირღვეოდა, თუკი ის იძულებული იქნებოდა ეტარებინა ქვეყნის ჩიპიანი ID ბეიჯი. იგი ითხოვდა სკოლაში ჩიპიანი საპილოტე პროგრამის გაუქმებას. აღნიშნული მოთხოვნა სკოლამ არ დააკმაყოფილა.

სასამართლომ საქმე შეაფასა აშშ-ს კონსტიტუციის პირველ შესწორებასთან მიმართებაში და დაადგინა, რომ რელიგიის თავისუფლების მუხლი დარღვეული არ იყო. სასამართლომ თქვა, რომ მოცემულ შემთხვევაში საკმარისი იყო რაციონალური ტესტი, თუმცა, იგი საქმეს შეაფასებდა მკაცრი ტესტის ფარგლებშიც, რათა დაედგინა, ჰქონდა თუ არა სარჩელს რაიმე პერსპექტივა ამ შემთხვევაში.

სასამართლომ მიუთითა, რომ საზოგადოდ, მკაცრი შეფასების ტესტის ფარგლებში, გადამწყვეტი იყო იმის შეფასება, დააკისრა თუ არა სახელმწიფომ სერიოზული ტვირთი ფუნდამენტური რელიგიური რწმენის ან პრაქტიკის განხორციელებას, და თუ დააკისრა, გამართლებული იყო თუ არა ეს ტვირთი მყარი და მნიშვნელოვანი საჯარო ინტერესით. თუმცა, როდესაც საქმე შეხებოდა სახელმწიფოს მიერ ნეიტრალური შინაარსისა და საერთო გამოყენების რეგულაციის დადგენას, საჭირო აღარ იყო ღონისძიების გამართლება მყარი საჯარო ინტერესით, თუნდაც კანონს ჰქონოდა ცალკეულ რელიგიურ პრაქტიკაზე ნეგატი-

46 United States District Court, Western District of Texas, San Antonio Division, 08/01/2013. https://www.rutherford.org/files_images/general/01-08-2013_Hernandez_Ruling.pdf

ური ეფექტი. საკმარისი იყო, რეგულაცია რაციონალურ მიმართებაში ყოფილიყო ლეგიტიმურ საჯარო ინტერესთან, იმისათვის, რათა შეზღუდვა კონსტიტუციურად მიჩნეულიყო.

განსახილველ შემთხვევაში, მოსარჩელე სადავოდ ხდიდა სკოლაში შემოღებულ სავალდებულო წესს, რომლის თანახმადაც, ყველა სტუდენტი ვალდებული იყო ეტარებინა ქვიანი ჩიპიანი ბეჭი, მათივე იდენტიფიკაციის, უსაფრთხოებისა და დაცვის მიზნით. ამდენად, აღნიშნული რეგულაცია იყო ნეიტრალური და გამოყენებადი ყველა სტუდენტის მიმართ, რაც იმაზე მიუთითებდა, რომ გამოყენებული უნდა ყოფილიყო რაციონალური შეფასების ტესტი. თუმცა, შეზღუდვა განხილული იქნებოდა მკაცრი შეფასების ტესტითაც, რათა განსაზღვრულიყო, არსებობდა თუ არა სარჩელს დაკმაყოფილების რაიმე პერსექტივა.

რაციონალური ტესტით შეფასებისას სასამართლომ დაადგინა, რომ შეზღუდვა ადვილად აკმაყოფილებდა მის მოთხოვნებს. სადავო წესი ნეიტრალური იყო როგორც მიზნის, ასევე განხორციელების თვალსაზრისით, ვინაიდან მთელი დაწესებულება, სკოლა, ემორჩილებოდა მის მოთხოვნებს. წესი ემსახურებოდა არაერთ ღირებულ მიზანს, რომლებიც საერთოდ არ იყო დაკავშირებული რელიგიასთან, რწმენასთან ან რელიგიურ პრაქტიკასთან. სკოლას გააჩნდა ლეგიტიმური საჭიროება, მარტივად უზრუნველყო სტუდენტების იდენტიფიცირება, უსაფრთხოება, დაცვა, გაკვეთილებზე დასწრება. შესაბამისად, ბეჭის ტარების მოთხოვნას გააჩნდა რაციონალური საფუძველი. გარდა ამისა, ID ბეჭი სასარგებლო საშუალებას წარმოადგენდა სტუდენტებისთვისაც, ვინაიდან მისი საშუალებით შესაძლებელი იყო კაფეტერიაში გადახდის განხორციელება, ბიბლიოთეკით სარგებლობა და სხვადასხვა აქტივობაზე დასწრება. ID ბარათების ერთგვაროვნება და საყოველთაოობა აუცილებლობას წარმოადგენდა. კამპუსის ადმინისტრაციას და სხვებს მისი მეშვეობით შეეძლოთ სწრაფად, ერთი შეხედვით განესაზღვრათ,

რომ პირი ვისაც ეკეთა ასეთი ბეჭი, ამ კამპუსს მიეკუთვნებოდა. ბეჭის მიზანი ფუჭი იქნებოდა, თუკი ყველა სტუდენტს შეეძლებოდა აერჩია ისეთი ბეჭი, როგორსაც მოისურვებდა. სკოლის ბეჭი მხოლოდ გვერდითი ეფექტს იწვევდა მოსარჩელის რელიგიური რწმენასთვის. გასათვალისწინებელი იყო ისიც, რომ ტვირთი, რომელიც მოსარჩელეს დაეკისრა, სკოლის ადმინისტრაციამ მას შეუმსუბუქა, როდესაც მის ქალიშვილს უჩიპო ბარათის ტარება შესთავაზა.

მკაცრი ტესტით შეფასებისას, სასამართლომ დაადგინა, რომ შეზღუდვა ასევე აკმაყოფილებდა მის მოთხოვნებს. სასამართლოს ეჭვი არ შეუტანია მოსარჩელის გულწრფელობაში. თუმცა, მიიჩნია, რომ მან ვერ დაანახა სასამართლოს, რომ ჩიპიანი ბარათის ტარება გულისხმობდა არსებით ტვირთს მისი რელიგიური რწმენის განხორციელებისათვის. **არსებითი ტვირთი სახეზე იყო მაშინ, როდესაც სახელმწიფოს ქმედებას გააჩნდა ისეთი ეფექტი, რომელიც: 1. გავლენას ახდენდა მორწმუნის ქმედებაზე იმგვარად, რომ აიძულებდა მას თავისი რელიგიური რწმენის დარღვევას 2. აიძულებდა მორწმუნეს არჩევანი გაეკეთებინა, ერთი მხრივ, საზოგადოდ ხელმისაწვდომ გარკვეულ სარგებელსა და, მეორე მხრივ, რელიგიური რწმენის განხორციელებას შორის.**

ის გარემოებები, რომ ჩიპიანი ბარათის გარეშე სტუდენტი ვერ შეძლებდა კაფეტერიაში გადახდას, ბიბლიოთეკიდან წიგნის გატანას და სხვა, **სასამართლომ არ მიიჩნია რწმენის განხორციელებაში არსებით ტვირთად.** მოსარჩელეს უბრალოდ მოეთხოვებოდა ჩიპიანი ID ბარათის ტარება და არ იყო ვალდებული პოზიტიური დამოკიდებულება ჰქონოდა მის მიმართ; არ იყო ვალდებული ეტარებინა იგი უშუალოდ მკერდზე ან კისერზე. მის ტარებაზე უარის შემთხვევაში, მას იოლად შეეძლო წარმოშობილი დისკომფორტის თავისივე ძალისხმევით აღმოფხვრა (სახლიდან წამოეღო საუბმე (ლანჩი), წიგნები წაეკითხა ბიბლიოთეკაშივე მათი გატანის გარეშე და

ნაღდი ფულით განეხორციელებინა გადახდები). რაკი იგი ჩიპიანი ბარათის ტარებაზე თავისივე ნებით ამბობდა უარს, მას, შესაბამისად მოუწევდა მისი უქონლობით წარმოშობილი უსიამოვნებების ატანა.

მაშინაც კი, თუ მოსარჩელე დაადასტურებდა არსებით ტვირთს, სახელმწიფოს ნამდვილად ექნებოდა მყარი სახელმწიფოებრივი ინტერესი, რომელიც გადაწონიდა ამ ტვირთს. ძნელი იქნებოდა იმის უარყოფა, რომ მოსწავლეების უსაფრთხოება და დაცვა საჯარო სკოლებში ნამდვილად იყო მყარი საჯარო ინტერესი. სკოლებში მოსწავლეების უსაფრთხოებისა და დაცვის ალტერნატიულ მეთოდებს შორის ID ბარათების ტარება ნამდვილად წარმოადგენდა ერთ-ერთ ყველა ნაკლებად მზლუდავ საშუალებას. კიდევაც რომ დაეშვათ, რომ განსახილველ საქმეზე მკაცრი შეფასების ტესტი უნდა ყოფილიყო გამოყენებული, მაინც უსაფუძვლო აღმოჩნდებოდა ბრალდება, თითქოს სკოლის პოლიტიკამ ვერ დააკმაყოფილა ამ ტესტის მოთხოვნები, ვინაიდან სკოლამ შესთავაზა მოსარჩელეს კომპრომისი, რომელიც მთლიანად აღმოფხვრიდა მის რელიგიურ წინააღმდეგობას ჩიპიან ბარათთან მიმართებით. მოსარჩელის იმ არგუმენტის საპასუხოდ, რომ ამგვარი ბარათით მოსწავლე სისტემის მხარდამჭერი აღმოჩნდებოდა და არ შეეწინააღმდეგებოდა ანტიქრისტეს პროპაგანდას, სასამართლომ აღნიშნა, რომ პირველი შესწორება იცავდა რელიგიურ წინააღმდეგობას და არა მის სახესხვაობებს მსგავსი ფორმებით.

ორმაგი შეფასება გაიარა აგრეთვე სადავო ნორმამ საქმეზე *Valov v. Dep't of Motor Vehicles*, რომელიც შეეხებოდა რელიგიურ წინააღმდეგობას ფოტოსურათის გადაღების მიმართ, რის გამოც მოსარჩელისათვის შეუძლებელი გახდა მართვის მოწმობის აღება.⁴⁷ კალიფორნიის სააპელაციო სასამართლომ მართვის მოწმობაზე ფოტოგადაღების ვალდებულება შეაფასა როგორც აშშ-ის კონსტიტუციასთან, ისე კალიფორ-

ნიის კონსტიტუციასთან მიმართებაში. აშშ-ის კონსტიტუციასთან მიმართებაში გამოიყენა რაციონალური ტესტი და სადავო ნორმა, რომელიც არ აწესებდა გამონაკლისს მართვის მოწმობის ასაღებად ფოტოსურათის გადაღების ვალდებულებიდან, მიიჩნია აშშ-ს კონსტიტუციის პირველ დამატებასთან თავსებადად, ვინაიდან ნორმა იყო ნეიტრალური და რაციონალურად უკავშირდებოდა ისეთ ლეგიტიმურ ინტერესებს, როგორც იყო საგზაო მოძრაობისა უსაფრთხოება და თაღლითობის პრევენცია. შტატის კონსტიტუციით დაცულ რელიგიის თავისუფლებასთან მიმართებაში სასამართლომ ნორმა შეაფასა მკაცრი ტესტით და აღნიშნა, რომ სახელმწიფოს გააჩნდა მომეტებული ინტერესი საგზაო მოძრაობის უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად და წარდგენილი მტკიცებულებები ასაბუთებდა, რომ მართვის მოწმობის ფოტოსურათი წარმოადგენდა მიზნის მიღწევის ყველაზე ეფექტურ საშუალებას.⁴⁸

ევროპული სასამართლოს მიდგომა

აღსანიშნავია, რომ ნეიტრალურ რეგულაციებთან მიმართებაში სტრასბურგის სასამართლოს პრაქტიკა უფრო ცალსახაა. მიჩნეულია, რომ **საერთო კანონმდებლობა, რომელიც გამოიყენება ნეიტრალურ საფუძველზე და არ გააჩნია არანაირი კავშირი მომჩივნის პიროვნულ რწმენასთან, არ შეიძლება, პრინციპულად, მიჩნეულ იქნეს მე-9 მუხლის უფლებებში ჩარევად.**

ერთ-ერთი გამორჩეული საქმეა ზემოთ მითითებული *Skugar and others v. Russia*,⁴⁹

48 აღსანიშნავია, რომ ბოლო ორი ათწლეულია, რაც აშშ-ს სასამართლოები მკაცრი ტესტის გამოყენების დროსაც აღარ ადგენენ რელიგიური წინააღმდეგობის მქონე პირთა მიმართ გამონაკლისების არსებობის საჭიროებას. მაგალითისათვის იხილეთ *Freeman v. Dep't of Highway Safety and Motor Vehicles*, 924 So.2d 48 (Fla. Dist. Ct. App. 2006).

49 იხ. სტრასბურგის სასამართლოს 2009 წლის 3 დეკემბრის გადაწყვეტილება, რომლითაც საჩივარი გამოცხადდა დაუშვებლად.

ობ. *Valov v. Dep't of Motor Vehicles*, 132 Cal. App. 4th 1113, 1125 (Cal. Ct. App. 2005).

რომელიც შეეხებოდა საგადასახადო მონაცემთა ბაზაში გადასახადებელთა გადამხედვლებისათვის ნომრების მინიჭებისადმი რელიგიურ წინააღმდეგობას. სასამართლომ განმარტა, რომ ამ საქმეში მას არცკი სჭირდებოდა განესაზღვრა, წარმოადგენდა თუ არა ნომრის მინიჭებაზე უარი რწმენის პირდაპირ გამოხატვას, რადგან საჩივარი მაინც მიუღებელი იყო რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევის არარსებობის გამო. სასამართლომ მიუთითა:

„კონვენციის ორგანოებს დადგენილი აქვთ, რომ საერთო კანონმდებლობა, რომელიც გამოიყენება ნეიტრალურ საფუძველზე და არ გააჩნია არანაირი კავშირი მომჩივნის პიროვნულ რწმენასთან, არ შეიძლება, პრინციპულად, მიჩნეულ იქნეს მე-9 მუხლის უფლებებში ჩარევად“.

გარდა ამისა, სასამართლომ მოიხმო ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის შემდეგი დებულება გადაწყვეტილებიდან საქმეზე **C. v. the United Kingdom**: „კონვენციის მე-9 მუხლი არ მოიცავს ადამიანის უფლებას, არ დაემორჩილოს კანონმდებლობას, რომელიც გამოიყენება ნეიტრალურად და ზოგადად საჯარო სფეროში მე-9 მუხლით დაცულ უფლებებთან დაკავების გარეშე.“⁵⁰

სტრასბურგის სასამართლომ ასევე მოიხმო აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს განმარტება, მიცემული საქმეზე **Bowen v. Roy**, რომლის მიხედვითაც, ნეიტრალური და უნიფორმულად გამოსაყენებელი მოთხოვნების აღსრულების დროს სახელმწიფოს ფართო მიხედვლება გააჩნია.

სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმასაც, რომ არც შესაძლებელი იყო და არც მიზანშეწონილი, ამა თუ იმ რეგულაციის შემუშავებისას სახელმწიფოს ყოველთვის სრულად განეჭვრიტა რელიგიური წინააღმდეგობის წარმოშობის რისკები. სასამართლოს თქმით, სახელმწიფოს, შიდა პროცედურების შემუშავებისა და განხორციელების დროს, არ შეიძლება მოეთხოვებოდეს გაითვალისწინოს, თუ როგორ და რა ფორმით

მოხდება მათი ინტერპრეტაცია ინდივიდუალური მოქალაქეების მიერ თავიანთი რელიგიური რწმენის საფუძველზე/პრიზმაში.

მან შესაბამისი მნიშვნელობა მიენიჭა იმასაც, რომ ყველა შემთხვევაში, ხელისუფლების შიდა რეგულაციების სავარაუდო შეუთავსებლობა მომჩივნის რწმენასთან, წარმოადგენდა საერთო გამოყენების ნეიტრალური დებულებების არაძირითად, თანმხლებ შედეგს; თუმცა, ყველაზე უფრო ანგარიშგასაწევი გარემოება, რომელმაც ვფიქრობ რომ გადაწყვიტა საქმის ბედი, ის გახლდათ, რომ საქმე შეეხებოდა სახელმწიფოს ოფიციალურ დოკუმენტებს. სასამართლომ აღნიშნა, რომ ოფიციალური დოკუმენტების ან მონაცემთა ბაზების შინარსი/კონტენტი ვერ იქნებოდა განსაზღვრული ინდივიდუალური სურვილების მიხედვით. თუ ყველა ინდივიდს ექნებოდა უფლება ამოეღო ან დაემატებინა დოკუმენტში რაიმე ინფორმაცია, რასაც ის არასასურველად ან პირიქით, შესაბამისად მიიჩნევდა, ადმინისტრაციულ საკითხებში საჭირო ერთგვაროვნება და მისი ძირითადი ფილოსოფია შელახული იქნებოდა.

საბოლოო ჯამში, სასამართლომ მიიჩნია, რომ საგადასახო მონაცემთა ბაზის ორგანიზაციის მეთოდი, რომელიც გულისხმობდა გადასახადებელთა გადამხედვლებისათვის ინდივიდუალური ნომრების მინიჭებას, არ წარმოადგენდა მომჩივნის რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევას და საჩივარი აშკარად უსაფუძვლო იყო.⁵¹

რელიგიის თავისუფლებისათვის დაკისრებული ტვირთი

საერთო მიდგომების თანახმად, მასში იგულისხმება იმის შეფასება, თუ რა

50 C. v. the United Kingdom, no. 10358/83, Commission decision of 15 December 1983, D.R. 37, p. 142)

51 იხ. აგრეთვე: V. v. the Netherlands, no. 10678/83, Commission decision of 5 July 1984, D.R. 34, p. 267; Revert and Legallais v. France, nos. 14331/88 and 14332/88, Commission decision of 8 September 1989, D.R. 62, p. 314; Sofianopoulos and Others v. Greece (dec.), nos. 1988/02, 1997/02, 1977/02, 12 December 2002

ტვირთი დაეკისრა ინდივიდის რელიგიურ გრძნობებს. მნიშვნელოვან ტვირთად განიხილება შემთხვევები, როდესაც ესა თუ ის ნორმა აიძულებს ამა თუ იმ რწმენის/რელიგიის მიმდევარს, შეცვალოს თავისი ცხოვრების წესი და დაარღვიოს თავისი რელიგიური თუ ფილოსოფიური მრწამსი.

ტვირთის მნიშვნელოვნად შეფასებისათვის, დიდი გავლენა აქვს იმ გარემოებას, წარმოადგენდა თუ არა ესა თუ ის მოთხოვნა, რომელზედაც უარის თქმა ევალებოდა ან მოუწია ინდივიდს, შესაბამისი რწმენის /რელიგიის აღიარებულ და ფუნდამენტურ პოზიციას.

მაგალითად, ერთ-ერთი პრეცედენტული საქმე – *Sherbert v. Verner*,⁵² ეხებოდა უმუშევრობის შემწეობის გაუცემლობას მე-7 დღის ადვენტისტთა ეკლესიის მიმდევრისთვის, რომელიც სამსახურიდან იქნა გათავისუფლებული იმის გამო, რომ საკუთარი რწმენის საფუძველზე უარი განაცხადა შაბათობით მუშაობაზე. მისი რელიგია შაბათს მუშაობას კრძალავდა, ხოლო აღნიშნული კი, კანონმდებლობის მიხედვით, საპატიო მიზეზად არ ითვლებოდა. აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო ხსენებული ნორმა, ვინაიდან ეს უკანასკნელი მოსარჩელის რელიგიისთვის მნიშვნელოვან ტვირთს წარმოადგენდა, ხოლო სახელმწიფოს არ ჰქონდა წარმოდგენილი დაუძლეველი სახელმწიფო ინტერესი, თუ რატომ არ იყო გათვალისწინებული საპატიო მიზეზად პირის რელიგიური გრძნობები.

ზემოთ მითითებულ საქმეზეც *Wisconsin v. Yoder*, რომელიც ამიშების რელიგიურ ჯგუფს შეეხებოდა, ზოგადი ხასიათის ნორმა სწორედ მათი რელიგიისადმი დაკისრებული მნიშვნელოვანი ტვირთის გამო იქნა არაკონსტიტუციურად ცნობილი. მიჩნეულ იქნა, რომ დამამთავრებელი კლასის განათლება ეწინააღმდეგებოდა ამიშების რელიგიას და ეს ამ რელიგიის პრინციპული საკითხი იყო.

ინდივიდზე დაკისრებული ტვირთის კონტექსტში საინტერესოა კანადის სასამართლოების პრაქტიკა.

52 *Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963).

კანადის სასამართლოთა პრეცედენტების მიხედვით, უმნიშვნელო ტვირთები რელიგიაზე რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევად არ განიხილება.⁵³ რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევად მიჩნეულია შემთხვევები, როდესაც:

- მოსარჩელეს გულწრფელად სჯერა საკუთარი რწმენის, რომელსაც კავშირი აქვს რელიგიასთან;
- სადავო ნორმა იმგვარად ერევა პირის თავისუფლებაში – იმოქმედოს საკუთარი მრწამსის მიხედვით, რომელიც არ შეიძლება მიჩნეულ იქნას უმნიშვნელოდ.⁵⁴

ამ თვალსაზრისით საგულისხმოა კანადის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე *Alberta v Hutterian Brethren Case Comment*.⁵⁵ საქმე ეხებოდა ჰუტერიტების რელიგიის მიმდევრებს, რომლებიც უარს აცხადებდნენ მართვის მოწმობისთვის ფოტოსურათის გადაღებაზე, რადგან მათი რელიგია მათ უკრძალავდა ფოტოსურათის გადაღებას. მართვის მოწმობა კი მათი არსებობისთვის მნიშვნელოვანი იყო, ვინაიდან სწორედ მანქანებით ახდენდნენ ქალაქის ცენტრიდან თავიანთ დასახლებაში სხვადასხვა პროდუქტის გადაზიდვას.

კანადის უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ სადავო ნორმით ხდებოდა რელიგიის თავისუფლებაში არაუმნიშვნელო ჩარევა, თუმცა მიზნის მიღწევის საშუალება იყო გამოსადეგი და აუცილებელი. რაც შეეხება პროპორციულობას ვიწრო გაგებით, სასამართლომ მიუთითა, რომ ჩარევა არ აიძულებდა ჰუტერიტებს დაერღვიათ საკუთარი რწმენა, ვინაიდან მათ არავინ ავალდებულებდა ფოტოს გადაღებას. მანქანის მართვა უფლება კი არ იყო, არამედ – პრივილეგია. ხოლო ჰუტერიტებს შეეძლოთ დაექირავებინათ მართვის მოწმობიანი მუშახელი, რომელიც მათ მოემსახურებოდა.

53 *ob. R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.

54 *ob. Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47

55 *ob. Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 SCR 567.

მართალია, ამ შემთხვევაში, ჰუტერიტების ფინანსური ტვირთი გაიზრდებოდა, თუმცა ეს არ იქნებოდა იმ ხარისხის ტვირთი, რომელიც გადაწონიდა ლეგიტიმურ მიზანს. საბოლოო ჯამში, პროპორციულობის პრინციპზე დაყრდნობით სასამართლომ დაადგინა, რომ თაღლითობასთან ბრძოლა იმდენად წონადი სახელმწიფო ინტერესი იყო, რომ ამ შემთხვევაში პირის რელიგიის თავისუფლების შეზღუდვა გამართლებული იყო.⁵⁶

მოსალოდნელი შედეგები და მისი გავლენა კონფლიქტის გადაჭრაზე

„შედეგები“ შეიძლება უკავშირდებოდეს სახელმწიფოს მხრიდან როგორც ნეგატიური, ისე პოზიტიური ვალდებულებების შეუსრულებლობას, ისევე როგორც პირის მიერ ამა თუ იმ კანონით ან რეგულაციით გათვალისწინებული ვალდებულების/ მოთხოვნის შეუსრულებლობას. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია, როგორია ეს შედეგები, პირდაპირი და აუცდენელი თუ გვერდითი.

პრაქტიკაში, ეს შეიძლება იყოს სერიოზული და პირდაპირი შედეგი, მაგალითად, **სამართლებრივი პასუხისმგებლობის რომელიმე ფორმა** (სისხლისსამართლებრივი, დისციპლინური, ა.შ); თუმცა, უარს შეიძლება გააჩნდეს მხოლოდ გვერდითი ეფექტები, კერძოდ, ვალდებულების შესრულების უარს შეიძლება მოჰყვეს რომელიმე სხვა უფლებით სარგებლობის (ან ეფექტიანად სარგებლობის), ანდა გარკვეული ბენეფიტების მიღების შესაძლებლობის აღკვეთა ან შემცირება, ან უბრალოდ დისკომფორტის შექმნა, ისეთ პირობებში, როდესაც საკუთრივ უარის გამო მოქალაქეს არ ემუქრება არავითარი სანქცია.

გფიქრობ, ეს კონტექსტი ძალზე მნიშვნელოვანია, რადგან, იმისდა მიხედვით, ემუქრება თუ არა პირდაპირი სანქცია ინდივიდს ვალდებულების შესრულებაზე

უარისათვის, საქმის სამართლებრივი ბუნება სრულიად განსხვავებულია. **სანქციების მუქარის შემთხვევაში გაცილებით მეტია Forum internum-ზე ზემოქმედების ხარისხი, მეტია რწმენის საწინააღმდეგოდ მოქმედების შინაგანი იძულების ხარისხი და, მასთან ერთად, ის სულიერი წუხილი და დისკომფორტი, რომელიც ამგვარი ნაბიჯის გადადგმას ახლავს თან.**

მისგან განსხვავებით, როდესაც სანქციების მუქარა პირდაპირ არ არსებობს და ნეგატიური შედეგები მხოლოდ თანმდევი და გვერდითია, ვალდებულების არსებობა (რაიმე კანონით, რეგულაციით) ან საერთოდ არ გულისხმობს ჩარევას, ანდა ის ძალიან სუსტი ინტენსიურობის შემცველია. ამასთან, რაც უფრო ნაკლებია ინდივიდზე დაკისრებული ტვირთი, და რაც უფრო გვერდითია დამდგარი შედეგი, მით უფრო ნაკლებია რწმენის თავისუფლების სასარგებლოდ საქმის გადაწყვეტის პერსპექტივა.

ეს ნათლად ჩანს აშშ-ის სასამართლოების პრაქტიკიდან ოთხი საქმის მაგალითზე: რელიგიის თავისუფლების სასარგებლოდ დასრულდა საქმე *Wisconsin v. Yoder*⁵⁷, რომელიც შეეხებოდა **სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის დაკისრებას** მოსწავლეთა მშობლებზე, რომლებიც უარს აცხადებდნენ საკუთარი შვილების სკოლის დამამთავრებელ კლასებში მიყვანაზე, და ასევე, საქმე *U.S. Equal Employment Opportunity Commission v. Consol Energy, INC*⁵⁸, რომელიც შეეხებოდა მუშაკის სამსახურიდან გათავისუფლებას ხელის სკანირების სისტემაში მონაწილეობაზე უარის გამო.

მათგან განსხვავებით, საქმე *Bowen v. Roy*⁵⁹, რომელიც შეეხებოდა **მხოლოდ სახელმწიფო დახმარების დაკარგვას** სო-

56 *ib. Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2009 SCC 37, [2009] 2 SCR 567.*

57 *Wisconsin v. Yoder, 406 US 205 (1972).*
58 *United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; 16-12-30, 12/06/2017. <http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/161230.P.pdf>*
59 *United States Supreme Court, 476 U.S. 693 (1986) https://scholar.google.com/scholar_case?case=7792789260678712332&q=Bowen+v.+Roy&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1*

ციალური დახმარების ნომრის მიღებაზე უარის გამო, დასრულდა რელიგიის თავისუფლების სასარგებლოდ. სასამართლოს არ უარუყვია, რომ ნომრის აღების ვალდებულება შესაძლოა წარმოადგენდა საკმაო ტვირთს რელიგიის თავისუფლებისათვის, თუმცა იგი ვერ გადასწონიდა იმ საჯარო ინტერესებს, რომელსაც საიდენტიფიკაციო ნომრების შემოღება ემსახურებოდა. საქმეზე *Hernandez v. Northside Indep. Sch. Distr*⁶⁰ კი ის ნეგატივი, რომელიც თან სდევდა მოსარჩელის მხრიდან ვალდებულების შესრულებაზე უარის თქმას, კიდევ უფრო მინიმალური იყო. იგი გამოიხატებოდა მხოლოდ ერთგვარ დისკომფორტში, რომელიც წარმოიშობოდა ჩიპიანი ბეიტის ტარებაზე უარით (ჩიპიანი ბარათის გარეშე მოსარჩელის შვილი კამპუსის ტერიტორიაზე ვერ შეძლებდა კაფეტერიაში გადახდას, ბიბლიოთეკიდან წიგნის გატანას, ზოგიერთ სტუდენტურ აქტივობაში მონაწილეობას). აქაც საქმე არ დასრულდა რელიგიის თავისუფლების სასარგებლოდ.

დასკვნა

კეთილსინდისიერ წინააღმდეგობასთან დაკავშირებული საქმეები გულისხმობს საკმაოდ რთულ ღირებულებათა კონფლიქტებს; კონფლიქტის გადაჭრაზე გავლენას ახდენს იმდენი სხვადასხვა გარემოება და ფაქტორი, რომ ხანდახან ძნელია იმის გარკვევა, თუ რომელი მათგანი აღმოჩნდა მთავარი და გადამწყვეტი შესაბამის შემთხვევაში.

1. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-9 მუხლის საფუძველზე შექმნილი სამართალი მოწმობს, რომ სტრასბურგის სასამართლო გამოიყენებს არაერთ მიდგომას, რომლებიც ხან ავიწროვებს და ხან აფართოვებს რწმენის თავისუფლების

დაცული ფარგლების საზღვრებს და, შესაბამისად, ხან ზრდის და ხან ამცირებს მის სასარგებლოდ კონფლიქტის გადაჭრის პერსპექტივას. ლაბირინთების გავლასა საქირო, რათა დავადგინოთ, ინდივიდის ქმედება, რომელიც ამ ინდივიდის აზრით, მისი რწმენით არის ნაკარნახევი, ჩაითვლება თუ არა რწმენის გაცხადებად კონვენციის მე-9 მუხლის გაგებით, რომლის შეზღუდვის სამართლიანობაც ღირებულებათა შესაბამისი კონფლიქტის ქრილში უნდა გადაწყდეს. მოკლედ რომ ვთქვათ, სტრასბურგის სასამართლო ჯერ სხვადასხვა კრიტერიუმებით ზღუდავს იმ შინაარსს, რაც მე-9 მუხლით არის დაცული, შემდეგ, თავისივე შემზღუდველ კრიტერიუმებს ვიწრო ინტერპრეტაციას აძლევს და ამით, ერთგვარ თვითშეზღუდვას ახორციელებს რწმენის საკითხების შეფასებისას:

ა) დაცული ფარგლების შემზღუდვა.

დავიწყოთ იმით, რომ სტრასბურგის სასამართლო აყალიბებს რწმენის ლეგიტიმურობის კონცეფციას კონვენციის მე-9 მუხლის გაგებით და ამ მუხლის ფარგლებს მიღმა აქცევს ჯერ – დემოკრატიასა და ადამიანის უფლებებთან შეუთავსებელ „რწმენას“, ხოლო შემდეგ ისეთ „რწმენას“, რომელიც არ ხასიათდება „განსაზღვრული ხარისხის დამატებლობით, სერიოზულობით, თანმიმდევრულობითა და მნიშვნელოვნებით“. სასამართლო განმარტავს, რომ როდესაც ეს კრიტერიუმები დაკმაყოფილებილია, სახელმწიფოს აღარ აქვს იმის უფლება, რომ რელიგიური რწმენის ან მისი გამოხატვის ლეგიტიმურობა შეაფასოს. ზემოაღნიშნულიდან შეიძლება გადავიკეთებინა მარტივი დასკვნა, რომ მითითებული კრიტერიუმებით რწმენის ლეგიტიმურობის დამტკიცების შემდეგ, ამ რწმენის ამა თუ იმ ფორმით გაცხადების შეზღუდვა თუ დაცულობა ღირებულებათა კონფლიქტის ქრილში შეფასდება. თუმცა, საკითხი ამით არ მთავრდება და გზადაგზა კიდევ რამდენიმე კრიტერიუმი გამოიყენება, რომლებიც ახალი საფუძველით ზღუდავს რწმენის თავისუფლების დაცულობის ფარგლებს. კერძოდ:

60 United States District Court Western District of Texas San Antonio Division, 08/01/2013 https://www.rutherford.org/files_images/general/01-08-2013_Hernandez_Ruling.pdf

ბ) ტერმინების ვიწროდ განმარტება.

სასამართლო ვიწროდ განმარტავს, თუ რას გულისხმობს „რწმენის გაცხადება“. მისი თქმით, „რწმენის გაცხადებაში“ იგულისხმება ქმედება, რომელიც წარმოადგენს ამ რწმენის პირდაპირ გაცხადებას, იმგვარი რწმენისა, რომლის ლეგიტიმურობაც ეჭვს არ იწვევს. პირდაპირ გაცხადებად კი მიიჩნევა შემთხვევას, როდესაც რწმენასა და ქმედებას შორის არსებობს საკმარისად მჭიდრო და პირდაპირი კავშირი. სასამართლოს განმარტებებით, იმისათვის, რომ ქმედება ჩაითვალოს „გაცხადებად“ მე-9 მუხლის გაგებით, იგი პირდაპირ უნდა უკავშირდებოდეს შესაბამის რელიგიას ან რწმენას. რელიგიის/რწმენის შესაბამისი „ გაცხადება “ (manifest) უნდა წარმოადგენდეს ადამიანის ამა თუ იმ რწმენის გამოხატულებას და უშუალოდ იყოს ამ რწმენასთან დაკავშირებული. ქმედება ან მისგან თავის შეკავება, რომლებიც პირდაპირ არ გამოხატავს შესაბამის რწმენას და რომელიც მხოლოდ შორეულ კავშირშია მასთან, ხვდება მე-9 მუხლის დაცვის მიღმა. „რწმენის გაცხადება“ არ გულისხმობს, ყველანაირ აქტს, რაც კი რელიგიით ან რწმენით არის მოტივირებული ანდა შთაგონებული. ქმედებასა და რწმენას შორის უნდა არსებობდეს საკმარისად ახლო და პირდაპირი კავშირი და ეს კავშირი უნდა დადგინდეს ფაქტების საფუძველზე ყოველ კონკრეტულ საქმეზე.

გ) ერთგვარი სიფრთხილე და უკანდახევა

მიუხედავად, საკმაოდ მკაცრი ფორმულირებებისა, პრაქტიკა აჩვენებს, რომ სასამართლო უარს ამბობს ზემოაღნიშნული მიდგომის ხისტი გამოყენებისაგან:

- იგი საკმარისად ფრთხილია იმის შეფასებისას, თუ რა ჩაითვლება საკმარისად მჭიდრო და პირდაპირ კავშირად. იგი არ მოითხოვს, რომ ქმედება წარმოადგენდეს შესაბამისი რწმენის გამოხატვის აღიარებულ ფორმას. რელიგიის ან რწმენის საყოველთაოდ აღიარებულ ფორმებად მიიჩნევა თაყვანისცემის ან

ღვთისმოშიშობის აქტებს, თუმცა მიუთითებს, რომ რწმენის ან რელიგიის გაცხადება არ ამოიწურება ამ აქტებით;

- იგი თითქოს უკან იხევს და ადასტურებს, რომ სასამართლოს პოზიცია სრულიადაც არ არის გადამწყვეტი იმის შეფასებისას, წარმოადგენს თუ არა ცალკეული ქმედება რელიგიური ვალდებულებების ნაწილს და რომ აქ მორწმუნის დამოკიდებულებაა მთავარი. განმარტავს, რომ ლოგიკური და სამართლებრივი არგუმენტების მოხმობით შეუძლებელია მორწმუნის იმ მტკიცების ეჭვის ქვეშ დაყენება, რომ ცალკეული რწმენა ან ქმედება მისი რელიგიური ვალდებულების მნიშვნელოვან ელემენტს წარმოადგენს;
- მისთვის ნაკლები მნიშვნელობა აქვს, შესაბამება თუ არა მორწმუნის მოსაზრება შესაბამისი კონფესიის ან იდეოლოგიური ჯგუფის ოფიციალურ პოზიციას, ანდა შეხება თუ არა ის შესაბამისი რწმენის პრინციპულ საკითხებსა და დოგმებს.
- უფრო მეტიც, მკვლევარები მიუთითებენ, რომ სასამართლოში პრაქტიკულად მომწიფებულია აზრი, აღიარებულ იქნას პრეზუმფცია იმისა, რომ აღმსარებლობით, ქადაგებით, წესების დაცვითა და რიტუალების შესრულებით რელიგიის ნებისმიერი bona fide „გაცხადება“, დაცულია კონვენციით⁶¹.
- იმავედროულად, სასამართლო მორწმუნეს ათავისუფლებს იმისი დამტკიცების ტვირთისგან, რომ იგი მოქმედებდა სწორედ რელიგიური ვალდებულების შესრულების მიზნით;
- კონფლიქტის გადაჭრისას ძლზე დიდ, ზოგჯერ, გადამწყვეტ მნიშვნელობას ანიჭებს ინდივიდის გულ-

61 Harris, O’Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Second edition, Oxford, 2009, გვ. 434.

წრფელობას, წინააღმდეგობის კეთილსინდისიერებას. მისთვის ძალზე მნიშვნელოვანია დარწმუნდეს იმაში, რომ წინააღმდეგობა ეფუძნებოდა ადამიანის გულწრფელ მოსაზრებებს, რაიმეს სისწორეში ან სიმცდარეში მის გულწრფელ რწმენას.

2. მსგავსია აშშ-ის სასამართლოთა პოზიცია. აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, მოსამართლეები ვერ გადაწყვეტენ პირის რელიგიური მრწამსის სისწორეს. სასამართლოების კომპეტენციაში არ შედის პირის რელიგიური გრძნობის სისწორის გადამოწმება რაიმე ფაქტობრივ მონაცემებზე დაყრდნობით. დიდი მნიშვნელობა აქვს, მაგრამ გადამწყვეტი არ არის, თუ რამდენად პირდაპირ გამომდინარეობს შესაბამისი რელიგიური სწავლებიდან მოსარჩელის რელიგიური მოსაზრებები და ქმედებები. გადამწყვეტი არ არის, რამდენად შეესაბამება შესაბამისი რწმენა, მოსაზრება თუ ინტერპრეტაცია ეკლესიის ოფიციალურ პოზიციას ან გაზიარებულია თუ არა იგი მოსარჩელის მოძღვარის მიერ. არც ისაა აუცილებელი, რომ პირი რომელიმე რელიგიური ჯგუფის წევრი იყოს, იმისათვის, რათა მისი წინააღმდეგობა დაცული იყოს აშშ-ის კონსტიტუციის პირველი დამატებით. ამის მაგივრად, შემოწმებად საკითხად და დიდი მნიშვნელობის მქონედ მიიჩნევა ის, თუ რამდენად გულწრფელად მისდევს ადამიანი საკუთარ მრწამსს.

3. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ დაკავებული პოზიციები კეთილსინდისიერი რელიგიური წინააღმდეგობის საკითხებზე შეესაბამება ამ სფეროში საერთაშორისო სამართლის მიდგომებსა და საერთო სულისკვეთებას.

4. კეთილსინდისიერ წინააღმდეგობასთან დაკავშირებული საქმეები, როგორც წესი, უკავშირდება ზოგადი გამოყენების ნორმებს თუ სხვა რეგულაციებს, რომელთა მოთხოვნების მიმართ ინდივიდს გააჩნია რწმენიდან გამომდინარე წინააღმდეგობა.

წინააღმდეგობა გამოიხატება ამ მოთხოვნების შესრულებაზე უარით. თავის მხრივ, უარის შედეგები ძალიან განსხვავებული შეიძლება იყოს (სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება, სამსახურის დაკარგვა, ბენეფიტებისა თუ პრივილეგიების დაკარგვა, მხოლოდ გარკვეული დისკომფორტის წარმოშობა...). ამასთან, შედეგი შეიძლება იყოს როგორც პირდაპირი, ისე, გვერდითი, თანმხლები. რაც უფრო პირდაპირი და სერიოზულია ინდივიდისათვის დამდგარი ნეგატიური შედეგი, მით უფრო მეტია წინააღმდეგობის დაცვის გარანტია.

შედეგებისაგან უნდა განვასხვავოთ ტვირთი, რომელიც ეკისრება უშუალოდ ინდივიდის რელიგიის თავისუფლებას სახელმწიფოს ღონისძიების შედეგად. ცხადია, მძიმე ტვირთის დაკისრება მნიშვნელოვანი ფაქტორია რწმენის თავისუფლების სასარგებლოდ სასწორის გადასახრელად. მძიმე ტვირთად განიხილება შემთხვევა, როდესაც ნორმა/რეგულაცია იდივიდისაგან მოითხოვს მისი რწმენის საწინააღმდეგოდ მოქმედებას. თუმცა, ჩემი აზრით, მძიმე ტვირთად უნდა ჩაითვალოს ინდივიდის რწმენის საწინააღმდეგოდ ამა თუ იმ მოქმედების შესრულების მოთხოვნა სანქციების მუქარით. შემთხვევა, როდესაც მოთხოვნის შეუსრულებლობა უკავშირდება ოდენ ბენეფიტების დაკარგვას ან დისკომფორტის წარმოშობას, არ უნდა იქნეს განხილული „მძიმე ტვირთად“.

5. თავისი სპეციფიკა აქვს კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის საქმეებს, რომლებიც უკავშირდება შინაარსობრივად ნეიტრალური ნორმების/რეგულაციებით გათვალისწინებულ მოთხოვნებს. იმისდა მიხედვით, თუ რა შედეგებს უკავშირდება მათი შეუსრულებლობა, ხშირად კითხვის ნიშნის ქვეშ დგება საკუთრივ საკითხი, იყო თუ არა სახეზე რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევა; სტრასბურგის სასამართლოში გამოკვეთილია პრაქტიკა, რომლის მიხედვითაც, შინაარსობრივად ნეიტრალური ნორმები, რომლებსაც მხოლოდ გვერდითი ნეგატიური ეფექტი აქვს რწმენის

თავისუფლებაზე, არ წარმოადგენს ამ თავისუფლებაში ჩარევას; უფრო ხშირად, საკითხი მოწმდება სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებების ქრილში. ასეთ დროს მთავრი გამოსაკვლევი საკითხებია: იყო თუ არა გამართლებული ბლანკეტური ნორმის მიღება, რომელიც არ ითვალისწინებდა გამონაკლისებს რწმენიდან გამომდინარე შესაძლო გულწრფელი წინააღმდეგობის შემთხვევებისათვის; იყო თუ არა განჭვრეტადი ამგვარი წინააღმდეგობის ალბათობა, და, კიდევაც რომ ყოფილიყო, იყო თუ არა გამონაკლისის დაწესება გონივრული, მიზანშეწონილი, და გამართლებული.

აშშ-ის სასამართლოთა მიერ ჩამოყალიბებული მიდგომების მიხედვით, ზოგადი ხასიათის ნორმები, რომლებსაც მხოლოდ გვერდითი ეფექტი აქვთ რელიგიის თავისუფლებაზე, მოწმდებიან რაციონალური ტესტის საფუძველზე. სადავო ნორმა კონსტიტუციურად მიიჩნევა, თუკი ის რაციონალურად უკავშირდება სახელმწიფოს ლეგიტიმურ ინტერესს. მკაცრი ტესტი კი გამოიყენება მხოლოდ არსებითი ტვირთის დროს, როგორცაც მიჩნეულია შემთხვევა, როდესაც სახელმწიფოს ქმედება აიძულებს ინდივიდს თავისი რელიგიური რწმენის დარღვევას. პრაქტიკაში არის შემთხვევები, როდესაც ერთდროულად გამოიყენება რაციონალური და მკაცრი შეფასების ტესტები. თუმცა, უნდა აღინიშნოს, გარკვეული არათანმიმდევრულობაც პრაქტიკაში: ზოგ შემთხვევაში, რეგულაციის ნეიტრალურობა გამორიცხავს უფლებაში ჩარევას, ხოლო ზოგჯერ – არა, თანაც, ეს შეიძლება ხდებოდეს საკმაოდ მსგავს შემთხვევებში.

საბოლოო ჯამში, შეიძლება ითქვას, რომ მიუხედავად დასაბუთების განსხვავებული სისტემისა თუ სტრუქტურისა, როგორც ევროპული სასამართლოს, ისე აშშ-ს სასამართლოების პრაქტიკა მოწმობს, რომ შინაარსობრივად ნეიტრალური კანონები, რომლებსაც გარკვეული ნეგატიური გავლენა აქვთ რწმენის თავისუფლებაზე, ძირითადად დაცულია. სასამართლოს პრეცედენტები მოწმობს, რომ როგორც ევროპული სასამართლოს, ისე აშშ-ს სა-

სამართლოების მიერ ზოგადი ნორმების ბლანკეტურობა და მათგან გამონაკლისების არარსებობა ძირითადად არ ცხადდება არაკონსტიტუციურად, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, რომელიც უკავშირდება რწმენის თავისუფლებაზე დაკისრებულ მნიშვნელოვან ტვირთს. ის ლეგიტიმური მიზნები, რომლებსაც ნეიტრალური ნორმები ემსახურება, ხშირად გადასწონის რწმენის თავისუფლების საკითხებს, როცაკი ნორმები რაციონალურ კავშირშია ამ მიზნებთან. ზოგიერთ სფეროში, როგორცაა სახელმწიფოს ოფიციალური დოკუმენტების შინაარსი და ფორმა, მიჩნეულია, რომ სახელმწიფოს მიხედულების ფარგლები განსაკუთრებულად დიდია და ბლანკეტური ნორმებიდან გამონაკლისების საჭიროება არ დგინდება. მიჩნეულია, რომ რწმენის თავისუფლება ვერ იქნება ისე ფართოდ განხილული, თითქოს ის გულისხმობდეს ადამიანის უფლებას, არ დაემორჩილოს საერთო გამოყენების კანონებს და დაემორჩილოს მხოლოდ მათ, რომლებიც მის რწმენასთანაა შესაბამისი.

6. რწმენასთან დაკავშირებული წინააღმდეგობის საქმეები ყოველთვის განიხილება რწმენის გამოხატვის (forum externum) ქრილში, რამდენადაც მიჩნეულია, რომ ინდივიდის მიერ ნორმიდან/რეგულაციიდან გამომდინარე მოთხოვნის შეუსრულებლობა წარმოადგენს სწორედ რწმენის გაცხადებას/გამოხატვას. თუმცა, თუ დავაკვირდებით, მიჯნები რწმენის forum internum თუ forum externum კომპონენტებს შორის ძალიან მკრთალი და პირობითია. როდესაც ინდივიდი ჩაყენებულია ისეთ მდგომარეობაში, როდესაც იძულებულია ან იმოქმედოს თავისი რწმენის საწინააღმდეგოდ მოსალოდნელი სანქციების ასაცილებლად, ანდა დარჩეს თავისი რწმენის ერთგული, მაგრამ იწვნოს თავის ქცევის ნეგატიური შედეგები, ძნელია იმის უარყოფა, რომ პიროვნების შინაგანი რწმენა – forum internum, გარკვეული ხვედრითი წილით, ასევე არის ინტერვენციის საგანი.

7. კეთილსინდისიერ წინააღმდეგობასთან დაკავშირებული საქმეების ანალიზმა აჩვენა, რომ ისინი ხასიათდება კომპლექსურობითა და დელიკატურობით, რომელთა ბიჭ ფრთხილ, ფილიგრანულ მიდგომებს საჭიროებს. რწმენის თავისუფლებას პატივი უნდა მიეგოს, თუმცა, ერთ-ერთ ძირეულ საკითხზე უკვე არის ცხადი პასუხი გაცემული:

რწმენის/რელიგიის თავისუფლების ფარგლები არ ვრცელდება ისე შორს, რომ იგინებს რთავდეს პირს, თავისი რელიგიური თუ სხვა მოსაზრებების გამო არ დაემორჩილოს საერთო კანონებს, ხოლო სახელმწიფოს ყოველთვის ავალდებულებდეს ამ კანონებიდან გამონაკლისის დაწესებას მათთვის.⁶²

62 მხედველობაშია აშშ-ს უზენაეს სასამართლოში განხილული საქმე Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1878), სადაც დადგინდა, რომ რელიგიური ვალდებულების შესრულება არ წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივი დევნისაგან იმუნიტეტის გარანტიას. საქმე შეეხებოდა რელიგიით მორმონი პირის მსჯავრდებას ორცოლიანობისათვის, მაშინ როდესაც კანონით მრავალცოლიანობა (პოლიგამია) დანაშაულს წარმოადგენდა. სასამართლომ არ გაიზიარა არგუმენტი იმის თაობაზე, რომ რაკილა პირი ასრულებდა რელიგიურ ვალდებულებას, მას დევნისაგან იმუნიტეტი გააჩნდა. სასამართლომ მიუთითა, რომ ამის დაშვება რელიგიური მოსაზრებების კანონზე მაღლა დაყენებას და ყოველი მოქალაქისათვის იმის უფლების მიცემას ნიშნავდა, რომ თვითონ გამხადრიყო თავისი თავის კანონმდებელი („... to permit this would be to make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and in effect to permit every citizen to become a law unto himself.» The Court believed the First Amendment forbade Congress from legislating against opinion, but allowed it to legislate against action“)..

CONSCIENTIOUS OBJECTION (European and American approaches)

Eva Gotsiridze

*PhD in Law, Professor of Saint Andrew the First-Called
Georgian University of the Patriarchate of Georgia,
Judge of the Constitutional Court of Georgia*

KEYWORDS: Conscientious objection

RESUME

The Article concerns the legal issues, connected with the situation, when a person (or group of people) disobey requirements of the Law or other State regulations on the basis of religious or nonreligious belief. The Author analyses almost all related issues – whether imposing certain obligation on individuals, to which the individual has a conscientious objection based on his/her religious beliefs, always represents interference with his/her religion rights, and if it does, then what is subject of the interference – *forum integrum* or *forum externum*; whether neutral regulation, which does not refer to religion issues at all, could ever be regarded as interference into someone's religious rights; whether opinion or belief, on which the individual's objection and the corresponding conduct is based, must necessarily represent the clear "manifest" of the same religion or belief in order to gain legal protection; what is regarded as "manifest" of the religion or other belief in general and whether a close and direct link must exist between personal conduct and requirements of the religious or nonreligious belief; what are the criteria of the "legitimacy" of the belief; to what extent the following factors should be taken into consideration : whether the personal conduct of the individual represents the official requirements of corresponding religion or belief, what is the burden which was imposed on the believer's religious or moral feelings by the State regulation, also, proportionality and degree of sincerity of the individual who thinks that his disobedience to the Law is required by his/her religious or philosophical belief. The effects (direct or nondirect)

of the nonfulfilment of the law requirement (legal responsibility, lost of the job, certain discomfort, etc..) are relevant factors as well. By the Author, all these circumstances and factors are essential while estimating, whether it arises, actually, a real necessity and relevant obligation before a state for making some exemptions from the law to the benefit of the conscientious objectors, in cases, if to predict such an objection was possible at all. So, the issues are discussed in the prism of the negative and positive obligations of a State. Corresponding precedents of the US

Supreme Court and European Human Rights Court have been presented and analysed comparatively by the Author in the Article. The Article contains an important resume, in which the main points, principal issues and conclusion remarks are delivered. The Author shows, that due analysis of the legal aspects typical to “Conscientious objection” is very important for deep understanding religious rights, not absolute ones, and facilitates finding a correct answer on the question – how far do their boundaries go?

BIBLIOGRAPHY:

1. Black’s Law Dictionary, “Conscientious objector“, St.Paul, Minn. West Publishing Co. Centennial edition, 1991.
2. P.van Dijk; G.J.H. van Hoof, 1998. Theory and practice of the European Convention on Human Rights; Kluwer Law international , Hague,- London-Boston.
3. R. A. Lawson & H.G. Schermers, 1999. Leading cases of the European Court of Human Rights (sec.ed).
4. D.G. Harris; M.O’ Boule, C.Warbrick, 1995. Law of the European Convention on Human Rights; Butterwarths, London, Dublin; Edinburg.
5. William B.Lockhart, Yale Kamissar, Jesse H. Choper, Steven H. Shiffrin, Constitutional law; Cases – Comments – Questions, seventh edition, American Casebook Series, Westpublishing Co. 1991; Chapter 9, Freedom ef Religion.
6. Samanta Knight; Art. 9: Freedom of thought, Conscience and Religion, Human Rights Practice, Sweet &Maxwell, Release 22; 2011.
7. Constitutionalism, achievements and Challenges; collection; scientific editors and publishers: Mindia Ugrekhelidze and Beka Kantaria; “Universal” publishing, Tbilisi, 2019; (in Georgian)
8. “Religious Freedom Restoration”, 42 U.S. Code, § 2000bb, Congressional Findings and Declaration of Purposes, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/2000bb>.
9. Charter of Fundamental Rights of the European Union.
10. Eoropean Convention on Human Rights.
11. Christopher Decker, Lucia Fresa, The Status of conscientious objection under Article 4 of the ECHR; D. J. Intarnational Law and Politics, vol. 33: 379; <http://www1.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/33/pdf/33n.pdf>
12. “Conscientious objection to military service, Commission on Human Rights resolution 1998/77, Document: CHR 54th 4/22/1998E/CN.4/RES/1998/77”. United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner for Human Rights. 2008; https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11
13. Merriam-Webster.com Dictionary, Conscientious objection; <https://www.merriam-webster.com/dictionary/conscientious%20objection>

კიბერდანაშაულის სოციალურ-ეკონომიკური ანალიზი

ირაკლი ნადარეიშვილი

სამართლის დოქტორი, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ასისტენტ პროფესორი, საქართველოს გენერალური პროკურატურის სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი დანაშაულის გამოძიების დეპარტამენტის უფროსი

ჯემალ ლომსაძე

სამართლის მაგისტრი, საქართველოს გენერალური პროკურატურის სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი დანაშაულის გამოძიების დეპარტამენტის უფროსი პროკურორი

საკვანძო სიტყვები: კიბერდანაშაული, ჰაკერი, ვირუსი

შესავალი

ორ ათწლეულზე ნაკლებ დროში, ინტერნეტი საინტერესო სიახლიდან გადაიზარდა მილიონობით ადამიანის ცხოვრების მნიშვნელოვან ასპექტად. გლობალიზაციის სხვა გამოვლინებებთან ერთად, ინტერნეტის სწრაფმა განვითარებამ მკვეთრად გადააჭარბა მისი კონტროლის შესაძლებლობებს, მეთვალყურეობის ნაკლებობამ კი გაადვილა ინტერნეტის შესაძლებლობების ბოროტად, დანაშაულის მიზნებისათვის გამოყენება. აღნიშნული სირთულეს კიდევ უფრო ამწვავებს ის ფაქტი, რომ ინტერნეტი შეიქმნა სამხედრო სისტემის ბაზაზე, რომელიც მიმართული იყო წინააღმდეგობის და გარე კონტროლი

მექანიზმების დაძლევისკენ. დღეის მდგომარეობით ისინიც კი ვინც ხმამაღლა იცავდნენ ინტერნეტის შემოქმედებით ანარქიას მიხვდნენ, რომ ინტერნეტის პოტენციალის სრულფასოვნად ათვისება და მისი საზოგადოებისათვის სასარგებლო სამსახურში ჩაყენება შეუძლებელია ძირითადი წესების დადგენის, ანტისაზოგადოებრივი ქცევების დაგმობისა და მკაცრი საკანონმდებლო რეგულაციების დაწესების გარეშე. ინტერნეტის საშუალებით განხორციელებულ დანაშაულთა შედეგად მიყენებული, ყოველწლიურად მზარდი ზიანი კოლოსალურ მასშტაბებს აღწევს და დამანგრეველი ეფექტი აქვს, როგორც სახელმწიფო უსაფრთხოების კუთხით, ისე მსოფლიოს სოციალურ-ეკონომიკურ სტაბილურობის მიმართებით.

კიბერდანაშაულის სოციალურ-ეკონომიკური ანალიზი

კიბერდანაშაული არ განეკუთვნება სისხლის სამართლის კლასიკურ დელიქტს, ისეთს, როგორც არის მკვლელობა, ყაჩაღობა, ქურდობა და ა.შ. XXI საუკუნეში განხორციელებულმა ფართომასშტაბიანმა კიბერშეტევებმა ნათლად დაგვანახა კიბერუსაფრთხოების პოლიტიკის შემუშავების აუცილებლობა, რათა უზრუნველყოფილი იქნას სტრატეგიულად მნიშვნელოვანი ობიექტების, კომპიუტერული სისტემების გამართული და უსაფრთხო ფუნქციონირება. კომპიუტერული ტექნოლოგიების განვითარებამ მნიშვნელოვნად განაპირობა მსოფლიოს კიბერსივრცეში გამოწვევების, რისკების, საფრთხეების, მათი წყაროების წარმოქმნა და აღნიშნულიდან გამონაკლისს არც საქართველო წარმოადგენს.

ინტერნეტსივრცის შექმნასთან ერთად, გაჩნდა ისეთი ცნებები, როგორებიცაა კიბერსივრცე, კიბერდანაშაული, კიბერტერორიზმი, კიბერომი, კიბერუსაფრთხოება და სხვა. ყველა ჩამოთვლილ მოვლენას ინტერნეტის – გლობალური კომპიუტერული ქსელის შექმნა უდევს საფუძვლად. ინტერ-

ნეტი თავდაპირველად მოწინავე კვლევითი სააგენტოების (ARPA) და ამერიკის შეერთებული შტატების (აშშ) თავდაცვის დეპარტამენტის (DOD) მიერ 1969 წელს შეიქმნა არპანეტის (ARPANET) სახით და მიზნად ისახავდა, ელექტრონული კვანძების გამოყენებით, ოთხი ამერიკული უნივერსიტეტისა და მათ მეცნიერთა ერთმანეთთან დაკავშირებას.¹ თუმცა, დღეისათვის, ინტერნეტი მთელ მსოფლიოს მოიცავს და მან შეაღწია თითქმის ყველა ოჯახში. პირველად, 2001 წლის 11 სექტემბრის მოვლენებმა აიძულა მსოფლიო, ყურადღება გაემახვილებინა ინტერნეტის გამოყენების არამხოლოდ დადებით შედეგებზე, არამედ ისეთ სერიოზულ საფრთხეებსა და რისკებზე, რომლებიც შესაძლოა კიბერსივრციდან მომდინარეობდეს. სწორედ ასეთი რისკების გაანალიზების შემდეგ, კაცობრიობა დადგა კიბერსივრცის სამართლებრივი რეგულირებისა და კიბერდანაშაულის აღსაკვეთად მნიშვნელოვანი სტრატეგიების დანერგვის აუცილებლობის წინაშე.

ყურადღებას გაგვამახვილებთ კიბერდანაშაულის შემდეგ სახეებზე:

1. ბავშვთა პორნოგრაფია – შემთხვევა, როდესაც კიბერსივრცის გამოყენებით, ჩათისა (Chat) თუ სხვა პროცესის განმავლობაში ხდება არასრულწლოვნის ჩაბმა და დაყოლიება სექსუალური ხასიათის უკანონო ქმედებებში. ასევე, ისეთი მასალის შექმნა და გავრცელება, რომელიც უარყოფით ზეგავლენას ახდენს არასრულწლოვნებზე.
2. კიბერგათეთრება – არანაკლებ გავრცელებული დანაშაული, როდესაც ინტერნეტის გამოყენებით ხდება უკანონოდ მოპოვებული ფულის გათეთრება, გადარიცხვა სხვადასხვა საიტებზე, შესაბამისი პიროვნებების ვინაობის მითითების გარეშე.
3. კიბერქურდობა და კიბერთაღლითო-

¹ ცაცანაშვილი მ., სიხარულიძე ტ., კიბერტერორიზმის პრობლემები საქართველოში, ელ. ჟურნალი «კიბერუსაფრთხოება», 2007, იხ. <http://informsoc.org/ka/journal/cybersecurity/69-2009-08-19-15-33-04>

ბა – ქურდობა/თაღლითობა, სხვისი ქონების ფარული ან/და მოტყუებით დაუფლება კომპიუტერული სისტემისა და ინტერნეტის გამოყენებით.

- 4. კიბერვანდალიზმი – საინფორმაციო ბაზებში შეღწევა და მათი განადგურება, რა დროსაც დამნაშავეს მიზანს არ წარმოადგენს მონაცემის მოპარვა, ან რაიმე მიზნით გაცნობა.
- 5. კიბერტერორიზმი, კიბერდანაშაულის ერთ-ერთი ყველაზე საშიში ფორმა. კიბერტერორიზმი – ეს არის კომპიუტერზე, ქსელზე და მათში არსებულ ინფორმაციაზე შეტევის ან შეტევის განხორციელების მუქარა, სახელმწიფო, ან მისი ხალხის პოლიტიკურად, სოციალურად, რელიგიურად ან იდეოლოგიურად დაშინების მიზნით.

ტერმინი „კიბერტერორიზმი“ პირველად 1980 წელს კალიფორნიის უსაფრთხოებისა და დაზვერვის ინსტიტუტის მეცნიერ-თანამშრომელმა, ბარი კოლინმა გამოიყენა. მისი პირველი განმარტება კი FBI-ს ოფიციალურმა აგენტმა, მარკ პოლიტმა გააკეთა, რომელმაც აღნიშნა, რომ კიბერტერორიზმი ეს არის სუბნაციონალური, ან ფარული აგენტების მიერ წინასწარ განზრახული, პოლიტიკურად მოტივირებული ძალადობა მშვიდობიანი (არამებრძოლი) სამიზნის წინააღმდეგ, რაც გამოხატულია ინფორმაციაზე, კომპიუტერულ სისტემებზე, პროგრამებსა და მონაცემთა ბაზებზე შეტევასა და მათ განადგურებაში. აშშ-ს კიბერტერორიზმის ერთ-ერთმა ექსპერტმა, ჯორჯთაუნის პროფესორმა დოროთი დენინგმა, ინტერნეტში საქმიანობის კლასიფიკაციის სამი ასპექტი გამოყო. ეს არის: 1. „აქტივიზმი“ – კიბერსივრცის „ლეგიტიმური“ (მისი ტერმინებით ნორმალური) გამოყენება საკუთარი იდეების პროპაგანდისა თუ სხვა ღონისძიებების განხორციელების მიზნით, რომელიც მოიცავს ინფორმაციის მოძიებას, ინტერნეტგვერდების განთავსებას, ელ-ფოსტის გამოყენებას, ელექტრონული პუბლიკაციების გავრცელებას. აგრეთვე, ინტერნეტის გამოყენებას სხვადასხვა საკითხის

განსახილველად, კოალიციების შესაქმენად ან ქმედებათა კოორდინაციას. 2. „ჰაკტივიზმი“ – მოიცავს ოპერაციებს, როდესაც გამოიყენება „ჰაკერების“ ტექნიკა სამიზნის ვებგვერდის წინააღმდეგ და მის მთავარ მიზანს წარმოადგენს ნორმალური ფუნქციონირებისათვის ხელის შეშლა და არა დამანგრეველი ზიანის მიყენება. ამის მაგალითებია: ვირტუალური ბლოკადა, კომპიუტერული „ტროიანები“ და ვირუსები, ავტომატური ელ-ფოსტის „დაბომბვა“, კომპიუტერების „გატეხვა“ და ა.შ. და ბოლოს 3. „კიბერტერორი“, რაც წარმოადგენს ტერორიზმისა და კიბერსივრცის შერწყმას. ის მოიცავს პოლიტიკურად მოტივირებულ ჰაკერულ ოპერაციებს, რომელთა მიზანია დამანგრეველი შედეგის მიღწევა, როგორც არის ლეტალური ან მძიმე ეკონომიკური შედეგები.²

კომპიუტერული სისტემების განვითარება და ე.წ. „ჰაკერული“ თავდასხმების დახვეწამ განაპირობა სხვადასხვა საწარმოებისა და ორგანიზაციების მისწრაფება, საკუთარ კომპანიაში დანერგონ მაღალი ხარისხის კომპიუტერული მონაცემების დამცავი ტექნოლოგიები. თავის მხრივ, კიბერდამნაშავეები ცდილობენ იპოვონ კიბერშეტევებისგან ნაკლებად დაცული სივრცე. უსაფრთხოების ექსპერტების მტკიცებით, მასობრივი კიბერშეტევების მორიგი ტალღა აუცილებლად განხორციელდება სხვადასხვა სახის სოციალური ქსელების მეშვეობით, რომლებიც ძალიან დიდი პოპულარობით სარგებლობენ თანამედროვე მსოფლიოში.

სოციალური ქსელები, როგორებიც არის – Facebook, LinkedIn და Twitter, საზოგადოებაში ძალიან ფართოდ არის გავრცელებული. სოციალური ქსელების გამოყენებით ადამიანები ურთიერთობენ საკუთარ ოჯახთან, მეგობრებთან, უზიარებენ ერთმანეთს სხვადასხვა სახის გამოცდილებას. სოციალური ქსელები, აქტუალობიდან გამომდინ

2 ცაცანაშვილი მ., სიხარულიძე ტ., კიბერტერორიზმის პრობლემები სამათალში, ელ. ჟურნალი «კიბერ უსაფრთხოება», 2007, იხ. <http://informatics.org/ka/journal/cybersecurity/69-2009-08-19-15-33-04>

ნარე, ასევე, იქცა პოლიტიკურ „იარაღად“.

სახელმწიფოები და წამყვანი ბიზნეს ორგანიზაციები უკვე აღიარებენ სოციალური ქსელების უპირატესობას სხვადასხვა საკითხებში, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ სოციალური ქსელების გამოყენება კომპანიებს უქმნის უზარმაზარ რისკს და გზას უხსნის კიბერდამნაშავეს გამოიყენოს სხვადასხვა ტექნოლოგიები კიბერ-შეტევის განსახორციელებლად.

ერთ-ერთ ყველაზე ნათელ მაგალითს იმისა, თუ რა სახის ზიანი შეიძლება მოიტანოს სოციალური ქსელების გამოყენებით განხორციელებულმა კიბერდანაშაულმა წარმოადგენს „შარმიანი კნუტის“ სახელწოდებით ცნობილი კიბერშეტევა. აღნიშნული კიბერშეტევის ორგანიზება მოხდა ირანის სახელმწიფოში და მის ძირითად სამიზნეს წარმოადგენდნენ აშშ-ს სამხედრო და დიპლომატიური პირები, კონგრესის წევრები, ჟურნალისტები და აშშ-ს მოკავშირე სახელმწიფოების თანამდებობის პირები. „შარმიანი კნუტის“ კიბერშეტევის ფარგლებში კიბერდამნაშავეებმა სხვადასხვა სოციალურ ქსელებში (Facebook, LinkedIn, Twitter და Google +) ყალბი მონაცემებით დაარეგისტრირეს ათეულობით მომხმარებელი, რომლებიც ცდილობდნენ, სხვადასხვა თანამდებობის პირებთან დაემყარებინათ ახლო-მეგობრული ურთიერთობები, რასაც შემდგომ გამოიყენებდნენ აღნიშნული პირების კომპიუტერულ სისტემაში სხვადასხვა სახის ვირუსული პროგრამის გასავრცელებლად და ამ პირების კომპიუტერული სისტემიდან მათთვის სასურველი ინფორმაციის მისაღებად.

მიუხედავად იმისა, რომ სოციალური ქსელები საზოგადოებაში აქტუალური გახდა ბოლო რამდენიმე წლის განმავლობაში, ისტორიულად ცნობილია, რომ პირველი ფაქტი, როდესაც კიბერდამნაშავეებმა სოციალური ქსელი გამოიყენეს საზოგადოებაში პანიკის დათესვის მიზნით, განხორციელდა რუსეთის ფედერაციაში დაახლოებით 15 წლის წინ. ე.წ. „ჰაკერებმა“ (Hacker – პიროვნება, რომელიც ეძებს და დანაშაულებრივი მიზნებისთვის

იყენებს სხვის კომპიუტერულ სისტემაში არსებულ ხარვეზებს) კიბერშეტევა განახორციელეს ატომური ელექტროსადგურის ოფიციალურ ვებ-გვერდზე და საზოგადოებაში, სოციალური ქსელების გამოყენებით, გაავრცელეს ინფორმაცია, თითქოს ატომურ ელექტროსადგურზე მოხდა გაჟონვა, რამაც გარკვეული პერიოდით მოსახლეობაში პანიკა და ქაოსი გამოწვია.

სოციალური ქსელების მეშვეობით ფართოდ გავრცელებულ კიბერდანაშაულებს შორის გამოყოფენ:

ა) ე.წ. „ცრუ შეთავაზებებს“, როდესაც სოციალური ქსელის მომხმარებელი იღებს შეტყობინებას და მის სანახავად აუცილებელია სხვადასხვა სახის პირადი ინფორმაციის შევსება, რომლის შევსების შემთხვევაში აღნიშნული ინფორმაცია ავტომატურად ხვდება კიბერდამნაშავესთან;

ბ) ე.წ. „მოწონების ღილაკი“, რაც არის კიბერდამნაშავის მიერ შექმნილი ერთგვარი „ხაფანგი“, რაც გათვლილია იმაზე, რომ თუ სოციალური ქსელის მომხმარებელი დააჭერს ე.წ. „მოწონების ღილაკს“, მის კომპიუტერში ავტომატურად იტვირთება მავნე პროგრამა, რომელიც, თავის მხრივ, კიბერდამნაშავეს საშუალებას აძლევს შეაღწიოს მომხმარებლის კომპიუტერულ სისტემაში. ანალოგიური სახის კიბერშეტევის საშიშროებასთან გვაქვს საქმე, როდესაც მომხმარებელი ცდილობს სხვადასხვა ვებ-გვერდიდან გადმოიწეროს რომელიმე პროგრამის აპლიკაცია, რაც სინამდვილეში წარმოადგენს საფრთხის მატარებელ პროგრამას. მისი გადმოტვირთვის შემთხვევაში კიბერდამნაშავეს შეუძლია შეაღწიოს კონკრეტული პირის კომპიუტერულ სისტემაში და გადმოტვირთოს მისთვის სასურველი ინფორმაცია.

ზოგადად ტერმინი „კიბერდანაშაული“ გამოიყენება დანაშაულთა ფართო სპექტრის მიმართ, მათ შორის არის კომპიუტერული მონაცემებისა და სისტემების წინააღმდეგ მიმართული ქმედებები (როგორცაა ჰაკერობა), ინტერნეტ რესურსებთან დაკავშირებული თაღლითობა და

სიყალბე (ე.წ. „ფიშინგი“), ბავშვთა პორნოგრაფიის გავრცელება და საავტორო უფლებების დარღვევა (პირატული ნაწარმის გავრცელება) და სხვა. კიბერდანაშაული, ცალმხრივი მავნებლური კიბერ-ვანდალიზმიდან, ძალიან მალე გადაიზარდა საკმაოდ შემოსავლიან დანაშაულებრივ საქმიანობაში. რა თქმა უნდა კრიმინალეზიც, ისევე როგორც რიგითი ადამიანები, იყენებენ ინტერნეტს კომუნიკაციისთვის და ინფორმაციის შეგროვებისთვის, რამაც თავის მხრივ ხელი შეუწყო ტრადიციული ორგანიზებული დანაშაულის განვითარებას. ინტერნეტის მნიშვნელობის ზრდამ და მასზე ჩვენმა ყოველდღიურმა, მასობრივმა დამოკიდებულებამ წარმოშვა ახალი დანაშაულებრივი შესაძლებლობები.

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ნარკოტიკისა და დანაშაულის სამმართველოს 2010 წლის ანგარიშში, რომელიც შეეხებოდა დანაშაულის გლობალიზაციისა და ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულის საფრთხის შეფასების საკითხს, აღნიშნულია, რომ ყველაზე პრობლემურად მიჩნეული უნდა იქნას: თაღლითობა პირადი მონაცემების მითაცების გზით, ნარკორეალიზაცია ინტერნეტრესურსების გამოყენებით და ბავშვთა პორნოგრაფიით ვაჭრობა. ანგარიშის მიხედვით მთავარი საკვანძო საკითხი მდგომარეობს იმაში, რომ ეს დანაშაულებრივი საქმიანობა უნდა მივიჩნიოთ ორგანიზებულ დანაშაულად. მრავალ უპირატესობას შორის, რასაც კიბერსივრცე სთავაზობს დამნაშავეებს, არის ანონიმურობა და შესაძლებლობა მსოფლიოს სხვადასხვა კუთხეში მყოფი ადამიანები დაუკავშირდნენ ერთმანეთს ტრანსნაციონალურ დონეზე (მაგალითად ფორუმებისა და ე.წ. „ჩათების“ მეშვეობით). ამასთან გამოთქმულია შემოფთება, რომ საფუძვლიანი ვარაუდით მოსალოდნელია ორგანიზებული კიბერდანაშაულის ახლო მომავალში კიდევ უფრო მომძლავრება.³

პირველ რიგში უნდა აღინიშნოს, რომ ბოლო ათწლეულში კიბერდანაშაულის ჩასადენად საჭირო ტექნოლოგიები გაცილებით უფრო ხელმისაწვდომი გახდა. ინტერნეტის მეშვეობით შესაძლებელია პროგრამული უზრუნველყოფის შექმნა, რომელიც საშუალებას აძლევს მომხმარებელს მოიძიოს ღია პორტები და შეაღწიოს დაცულ სისტემებში. აღნიშნული საშუალებები გაცილებით უფრო აფართოებს პოტენციური კანონდამრღვევების არეალს და დანაშაულის ჩადენა შესაძლებელი გახდა იმათთვისაც, ვისაც არ გააჩნია განსაკუთრებული კომპიუტერული უნარები. მაგალითისთვის, არც თუ ისე დიდი ხნის წინ აღმოჩენილი, ისტორიაში ყველაზე მძლავრი ბოტნეტი (შეპყრობილი კომპიუტერების ქსელი) „მარიპოსა“, შექმნილი იყო არც თუ ისე კვალიფიციური ჰაკერების მიერ. მსგავსი სახის პროგრამული უზრუნველყოფის ხელმისაწვდომობის შეზღუდვა რთულია, ხშირ შემთხვევაში მისი გავრცელება ხდება ხელიდან-ხელში, ან ე.წ. „მირორინგის“, ანუ დუბლირების მეშვეობით. კვალიფიციურ კიბერ-ქურდებს, როგორც წესი, კონკრეტული ორგანიზაციისთვის მუშაობას ურჩევნიათ დამოუკიდებლად მუშაობა. თავის მხრივ კრიმინალური დაჯგუფებები სპეციალური პროგრამების გამოყენებით ასაქმებენ ნაკლებად სპეციალიზებულ პირთა ფართო წრეს, რთავენ მათ დანაშაულებრივ საქმიანობაში და იყენებენ თავიანთი მიზნების მისაღწევად. მეორე ფაქტორი, რაც ხელს უწყობს კიბერდანაშაულის განვითარებას, არის ინტერნეტის მომხმარებელთა რიცხოვრივი ზრდა. 2005 წელს, განვითარებად ქვეყნებში ინტერნეტის მომხმარებელთა რიცხვმა, გადააჭარბა ინდუსტრიულ ქვეყნებში მომხმარებელთა რაოდენობას. ახალ მომხმარებელთა შორის გვხვდება ბევრი პოტენციური დამნაშავე და მათი რიცხვი უფრო და უფრო იზრდება. თავის მხრივ, მაღალშემოსავლიანი, პოტენციური დაზარალებულების რიცხვი მეტ-ნაკლებად უცვლელია, ისინი განთავსებულები

3 United Nations Office on Drugs and Crime, The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment, United Nations publication, Vienna, 2010, ISBN: 978-92-1-130295-0, pp 203-204

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf

ირაკლი ნადარეიშვილი, ჯემალ ლომსაძე

არიან იდენტიფიცირებად და შედარებით განსხვავებულ (შემოსავლიან) ზონებში. შედეგად, პოტენციურ დაზარალებულებზე თავდასხმების ინტენსიურობა სავარაუდოდ კიდევ უფრო მოიმატებს. ინტერნეტმა მაღალშემოსავლიანი მსხვერპლი გახადა ისეთივე ხელმისაწვდომი დამნაშავეებისთვის, როგორც განვითარებად ქვეყნებში მცხოვრები მსხვერპლი. აღსანიშნავია, რომ თითოეულ ახალ დამნაშავეს შეუძლია მკვეთრად გაზარდოს შეტევების რიცხვი ავტომატიზაციის გამოყენებით. მრავალი მილიონი არასასურველი შეტყობინებების (ე.წ. „სპამის“) დაგზავნა შესაძლებელია ავტომატურად, საკმაოდ მოკლე ვადაში. ჰაკერულმა თავდასხმებმაც ბოლო დროს მიიღეს ავტომატური ხასიათი, ყოველდღიურად ხორციელდება დაახლოებით 80 მილიონი ჰაკერული თავდასხმა, ძირითადად ავტომატიზაციის პროგრამების გამოყენებით, რომლებიც იძლევიან საშუალებას მიიტანონ იერიში ათასობით კომპიუტერულ სისტემაზე დროის მოკლე მონაკვეთში. ცოტა ხნის წინ, აღმოჩინეს ბოტნეტი, რომელშიც ჩართული იყო 12,7 მილიონი ინფიცირებული კომპიუტერი, მათ შორის მსოფლიოს უმსხვილეს კორპორაციების საკუთრებაში არსებული კომპიუტერები. მილიონობით თავდასხმის განხორციელების შესაძლებლობა მნიშვნელოვანია ორი მიზეზის გამო:

1. ეს ქმნის სიცოცხლისუნარიან და ეფექტურ კრიმინალურ სტრატეგიებს, რაც სხვაგვარად არ იქნებოდა სარგებლიანი ხარვეზების მაღალი მაჩვენებლების გამო. მაგალითად, თაღლითობისა და ფიშინგის არსებული სქემების შესახებ ინფორმირებულობის მიუხედავად, აღნიშნული სქემები შემოსავლიანია, ვინაიდან დამნაშავესთვის საკმარისია მილიონობით ცდაში ერთ ან ორ სამიზნემდე წარმატებით მიღწევა.
2. ეს აძლევს კიბერ-ქურდებს შესაძლებლობას არ მიიქციონ არასასურველი ყურადღება, ვინაიდან მცირე ოდენობის თანხის ქურდობა დიდი

რაოდენობის მსხვერპლისგან ამცირებს გამოვლენის რისკებს.

ზოგიერთი ანალიტიკოსის მოსაზრებით 2008 წელს კიბერდანაშაულის შედეგად მიყენებული ზიანის ოდენობამ შეადგინა ერთი ტრილიონი აშშ დოლარი, თუმცა ბევრი არ ეთანხმებოდა ამ მოსაზრებას. საქმიანობის მასშტაბის და შესაძლო მსხვერპლთა რაოდენობის გათვალისწინებით (მსოფლიოში 2008 წლის მონაცემებით იყო 1,5 მილიარდზე მეტი ინტერნეტ მომხმარებელი), რთულია ზიანის ზუსტი განსაზღვრა და შეფასებების გაკეთება.⁴

კომპანია „LexisNexis“-ის 2019 წლის ანგარიშის მიხედვით მსოფლიო ლიდერი კიბერ-თავდასხმების განხორციელებაში არის ამერიკის შეერთებული შტატები, მას მოსდევენ კანადა, გაერთიანებული სამეფო, გერმანია და ირლანდია. ამავე ანგარიშის მიხედვით ბოლო ხუთი წლის მანძილზე კიბერდანაშაულმა განიცადა სახეცვლილება და კიდევ უფრო მეტად დაიხვეწა, შეიქმნა რთული თაღლითური სქემები. კიბერდანაშაული ჩამოყალიბდა დამოუკიდებელ დარგად. სპეციალისტები ვარაუდობენ, რომ აღნიშნული დანაშაული იქნება მომავალი ორი ათწლეულის ერთ-ერთი ყველაზე უფრო რთული გამოწვევა.⁵

შთამბეჭდავია კიბერდანაშაულის, როგორც კრიმინალური ბიზნესის შემოსავლები ციფრებში. 2012 წელს რუსეთის კიბერდანაშაულის გამოძიების კომპანიამ GROUP-IB გამოაქვეყნა კვლევა, რომლის თანახმადაც ამ ქვეყანაში კიბერდანაშაული წარმოადგენს 2.3 მილიარდ დოლარიან ბიზნესს.⁶

4 United Nations Office on Drugs and Crime, The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment, United Nations publication, Vienna, 2010, ISBN: 978-92-1-130295-0, pp 203-204 https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf

5 The LexisNexis® Risk Solutions Cybercrime Report <https://risk.lexisnexis.com/global/-/media/files/financial%20services/research/lnrs-cybercrime-report-research-january-june-2019.pdf>

6 კობრეიძე ნ. „რუსეთის კიბერ შესაძლებლობები“ (კვლევა) <http://ilawge.blogspot.com/2013/01/blog-post.html>

ანალიტიკოსები მიიჩნევენ, რომ 2015 წელს, ზოგადად, კიბერდანაშაულის შედეგად მიღებულმა შემოსავალმა შეადგინა 3 ტრილიონი აშშ დოლარი. ვარაუდობენ, რომ 2021 წლისთვის, კიბერდანაშაულის ინდუსტრიის შემოსავალი მიაღწევს წლიურად 6 ტრილიონ აშშ დოლარს.

როგორც დაიანგარიშეს, 2017 წელს Yahoo-ს სისტემაზე განხორციელებული კიბერშეტევა შეეხო დაახლოებით 3 მილიარდ ანგარიშს, Equifax-ზე განხორციელებულმა შეტევამ კი მოიცვა 145,5 მილიონი მომხმარებელი, რაც მიიჩნევა რეკორდულ მარჯვენებად. იმავე წელს განხორციელდა კიდევ ორი მაშტაბური კიბერშეტევა WannaCry და NotPetya, აღნიშნული თავდასხმები არის არა მხოლოდ უფრო მაშტაბური, არამედ მინიშნება იმისა, რომ დროება იცვლება.⁷

IT-უსაფრთხოების დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მონაცემებით, ყოველდღე, AV-TEST ინსტიტუტი არეგისტრირებს 350 000-ზე მეტ ახალ მავნე პროგრამას და პოტენციურად არასასურველ პროგრამას (PUA). რაც ფართოდ გამოიყენება კიბერშეტევის განხორციელებაში. 2011 წლის მონაცემებით ინსტიტუტმა, ერთ წელიწადში, გამოავლინა 65,26 მილიონი მავნე პროგრამა. შედარებისთვის 2020 წლის 15 ივლისის მონაცემებით, ანუ მხოლოდ ექვსნახევარ თვეში გამოვლინდა 1071,54 მილიონი ზიანის მომტანი პროგრამა. ეს მონაცემები ნათლად ადასტურებს, რომ კიბერდანაშაული წლების განმავლობაში მხოლოდ იხვეწება და აფართოებს მოქმედების არეალს.⁸

ყოველდღიურად, ინტერნეტ მომხმარებელთა მზარდი რიცხვი კიბერდანაშაულის შედეგად განიცდის ვიქტიმიზაციას. იმისათვის, რომ გაირკვეს, რამდენად სრულყოფილად გადიან რეაბილიტაციას კიბერდანაშაულის მსხვერპლები, მნიშვნელოვანია გავაცნობიეროთ აღნიშნული და-

ნაშაულის ეფექტი და გავლენის ხარისხი. დღეის მდგომარეობით, კიბერდანაშაულის გავლენის საკითხზე საკმაოდ მწირე ინფორმაცია მოიპოვება. იმისათვის, რომ დაედგინათ თუ როგორ უნდა გავუმკლავდეთ კიბერდანაშაულის შედეგად ვიქტიმიზაციას, ჰოლანდიელმა მეცნიერებმა იურჯენ იანსენმა და რუთგერ ლუკფელდტმა ჩაატარეს საკმაოდ საინტერესო კვლევა, რომლის ფარგლებში გამოკითხეს 30 დაზარალებული პირი. კვლების შედეგად გამოვლინდა, რომ ფინანსურ ზარალთან ერთად, კიბერდანაშაული მსხვერპლზე ახდენს ფსიქოლოგიურ და ემოციურ ზეგავლენას. დაზარალებულებმა განაცხადეს, რომ დაექვემდებარნენ სხვადასხვა სახის მეორეხარისხოვან ზემოქმედებასაც, როგორცაა, დროის დაკარგვა და არასათანადო მოპყრობა ინციდენტის გამოძიებისას. გარდა ამისა, დაზარალებულებში გამოვლინდა კოგნიტური და ქცევითი ცვლილებები.

საბოლოოდ კვლევის ავტორები მივიდნენ დასკვნამდე, რომ ისევე როგორც სხვა თაღლითობების შემთხვევაში, ინტერნეტ თაღლითობაც არ შეიძლება მივიჩნიოთ დანაშაულად მსხვერპლის გარეშე, იმ შემთხვევაშიც კი თუ ზიანის თანხა სრულად იქნება ანაზღაურებული. ამგვარი თაღლითური სქემების მოქმედება და გავლენა მსხვერპლზე არ უნდა დარჩეს არასათანადოდ შეფასებული. ინტერნეტ თაღლითობის შედეგად გამოწვეული ფინანსური დანაკარგებთან ერთად, დანაშაულის მსხვერპლს ეკარგება ნდობა (როგორც ონლაინ სერვისების, აგრეთვე ზოგადად ადამიანების) და ეუფლება დაუცველობის განცდა. ამასთან, რამდენად აღიქვამს ინდივიდი ამ ეფექტებს და გავლენას, ცალკეულ შემთხვევებში მნიშვნელოვნად განსხვავდება. ზოგისთვის ეს მხოლოდ დროებითი უხერხულობა იყო და მათ მოახერხეს მისი გადალახვა, ხოლო ზოგისთვის ეს იყო და რჩება დამთრგუნველ გამოცდილებად, რომელმაც ისინი შეცვალა. შედეგად ისინი გახდნენ უფრო ყურადღებიანები, ფხიზლები და გამსჭვალულები უნდობლობით. ეს ნიშნავს, რომ ინდივიდუალური განსხვავ-

7 Cybersecurity Ventures, 2017 <https://cybersecurityventures.com/hackerpocalypse-cybercrime-report-2016/>

8 The independent IT-security institute, AV-TEST GmbH, Magdenburg, Germany <https://www.av-test.org/en/statistics/malware/>

ირაკლი ნადარეიშვილი, ჯემალ ლომსაძე

ვებები უნდა იქნას გათვალისწინებული, როდესაც დაზარალებულებს ეხმარებიან გაუმკლავდნენ მათ ვიქტიმიზაციას. აქედან გამომდინარე, იმისათვის, რომ დახმარება იყოს ეფექტური, უნდა გათვალისწინებულ იქნას ურთიერთქმედება დაზარალებულის პიროვნულ მახასიათებლებსა და გარემოს შორის.⁹

კიბერდანაშაულის მჭიდროდ არის დაკავშირებული ინტერნეტთან, იმ მარტივი მიზეზით, რომ ინტერნეტის გარეშე ის ვერ იარსებებდა. სწორედ ინტერნეტი ქმნის იმ ციფრულ გარემოს, რომელიც სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია ამ დანაშაულისათვის. თავის მხრივ ინტერნეტი არ უნდა მივიჩნიოთ ტექნოლოგიის ერთ-ერთ ჩვეულებრივ გამოვლინებად, რომელიც არსებობს იმ ადამიანებისგან დამოუკიდებლად ვინც მას იყენებს. უფრო მეტიც, ის უნდა განიხილებოდეს, როგორც სოციალური აქტივობების ერთობლიობა, ვინაიდან ადამიანები მას იყენებენ კონკრეტული გზით და კონკრეტული მიზნებისთვის. ინტერნეტის საზოგადოებრივი მიზნებისთვის გამოყენებით სამოქმედო არეალი იქმნება სხვა და სხვა სახის დანაშაულებრივი და უკანონო საქმიანობისთვის. მაგალითისთვის, ადამიანებს რომ არ გამოეყენებინათ ინტერნეტი ვაჭრობისთვის, საკრედიტო ბარათებთან დაკავშირებული დანაშაულების ჩასადენად საჭირო პერსონალური ინფორმაცია არ იქნებოდა ხელმისაწვდომი დანაშაულებათვის. ანალოგიურად, როდესაც ჩვენ ვიყენებთ ინტერნეტს და ელექტრონულ ფოსტას მეგობრებთან თუ თანამშრომლებთან კომუნიკაციისთვის, სპეციალური პროგრამების გამოყენებით შესაძლებელი ხდება საფოსტო სისტემებში შეღწევა და მონაცემების მოპარვა. ინტერნეტის გამოყენების ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვან სფეროს წარმოადგენს საქმიანი ურთიერთობები და ბიზნესი. ინტერნეტი ფართოდ

გამოიყენება ჩვეულებრივი საქმიანი ურთიერთობებისთვის, დაწყებული ბაზრის კვლევით და დასრულებული წარმოებით, დისტრიბუციით, მარკეტინგით და გაყიდვებით. აღნიშნული თავის მხრივ ქმნის შესაძლებლობებს კრიმინალური აქტივობებისთვის, მაგალითად სავაჭრო საიდუმლოების და სტრატეგიული ინფორმაციის ქურდობა, ონლაინ სავაჭრო სისტემების შეფერხება, საბარათე მონაცემების თაღლითურად გამოყენება საქონლის და მომსახურების შესაძენად. ონლაინ ბანკინგის და მსგავსი მომსახურებების განვითარებამ ასპარეზი გაუხსნა ფინანსური დანაშაულების ახალ სახეებს, რა დროსაც გამოიყენება პიროვნების დადგენის სისტემების მოტყუების ახალი მეთოდები. გარდა ამისა ინტერნეტი უფრო და უფრო აქტიურად გამოიყენება პოლიტიკური მიზნებისთვის, მთავრობები ინტერნეტს იყენებენ მოქალაქეების ინფორმირების და კონსულტაციის მიზნით, პოლიტიკური პარტიები იყენებენ მას მხარდაჭერების მოზიდვისთვის, ცალკეული საინიციატივო ჯგუფები ინტერნეტს იყენებენ კამპანიების წარმართვის და თანხების შესაგროვებლად და სხვა. შესაბამისად, ჩნდება ახალი ტიპის კიბერდანაშაულები, რომლებიც ატარებენ პოლიტიკურ ხასიათს, რაც გამოიხატება ოფიციალური ვებ-გვერდების საბოტაჟში, ექსტრემისტების მიერ სიძულვილით მოტივირებული კამპანიების წარმართვაში და ტერორისტული დაჯგუფებების მიერ ახალი წევრების რეკრუტირებაში და დაფინანსების მოზიდვაში. ინტერნეტის გამოყენების კიდევ ერთი საშუალებაა დასვენება და კულტურული ღონისძიებები, როგორცაა მუსიკა, კინო და ვიდეო თამაშები. აღნიშნულ საქონელზე და მომსახურებაზე მოთხოვნის ზრდასთან ერთად, ამ მიმართულებით გაიზარდა კრიმინალური აქტივობაც, რაც გამოიხატება პირატური პროგრამული უზრუნველყოფით, აუდიო და ვიდეო ჩანაწერებით ვაჭრობაში. საზოგადოების მხრიდან ინტერნეტის გამოყენების კიდევ ერთი თვალსაჩინო მაგალითია სოციალური ქსელები და მედია პლატფორმები (Facebook, Twitter, Instagram), რაც თავის

9 Jansen J., Leukfeldt R., Coping with cybercrime victimization: An exploratory study into impact and change, *Journal of Qualitative Criminal Justice and Criminology*, volume 6, Number 2, Special Issue, Dallas, 2018, pp 223-224; <https://www.jqjc.org/documents/v6i2.pdf#page=78>

მხრივ წარმოშობს ახალ შესაძლებლობებს კიბერდანაშაულისთვის. ზემოხსენებული გახლავთ კიბერდანაშაულის ჩადენის არეალის მხოლოდ ნაწილი, ვინაიდან ინტერნეტმა მოიცვა ადამიანის ცხოვრების თითქმის ყველა სფერო და გახდა მისი განუყოფელი ნაწილი.¹⁰

დანაშაული სოციალურ ფენომენად მიიჩნევა, კიბერდანაშაული თავის მხრივ სოციალურ-ეკო-პოლიტიკური ხასიათის მატარებელია, ვინაიდან მან მოიცვა საზოგადოებრივი ურთიერთობების საკმაოდ ფართო სპექტრი. თითქმის არ დარჩა სფერო და საზოგადოების ფენა, რომელიც არ ზარალდება აღნიშნული დანაშაულის შედეგად, იგი გავლენას ახდენს კერძო და საჯარო სექტორებზე, ბიზნესზე, მომხმარებლებზე, მოზარდებზე (კიბერ ბულინგი, ბავშთა პორნოგრაფია და სხვა) და ზოგადად ადამიანის ფსიქოლოგიურ მდგომარეობაზე.¹¹

2018 წელს, დიდი ბრიტანეთის შინაგან საქმეთა სამინისტრომ ჩაატარა კვლევა კიბერდანაშაულის შედეგად წარმოშობილი ხარჯების დაანგარიშების მიზნით. დაანგარიშებულ იქნა ამ დანაშაულისგან მომდინარე მოსალოდნელი ხარჯები, შედეგად მიღებული ხარჯები და საპასუხო ხარჯები. საბოლოოდ გათვალისწინებულ იქნა არა მხოლოდ უშუალოდ დანაშაულის შედეგად მიყენებული ზიანის ოდენობა, არამედ დანაშაულთან ეფექტური ბრძოლისთვის გასატარებელი ღონისძიებებიც. ხარჯებს შორის მოექცა დაცვის ახალი ტექნოლოგიების განვითარებისთვის საჭირო ხარჯები, კვალიფიკაციის ასამაღლებელი ტრენინგები, ციფრული უსაფრთხოების გაზრდის მიზნით გასატარებელი ღონისძიებები და ახალი ქცევის პროტოკოლები, ახალი ტიპის კანონმდებლობის შემუშავებისა და

იმპლემენტაციის ხარჯები, თავდასხმების შედეგად დაზიანებული ტექნიკის და ინვენტარის აღდგენის ხარჯები, აგრეთვე სამართალდამცავი, სასამართლო და პენიტენციური ორგანოების მხრიდან გაწეული დანახარჯები. კვლევის ავტორების შეფასებით კიბერდანაშაულის შედეგად წარმოშობილი ხარჯები შეადგენს დაახლოებით 27 მილიარდ ფუნტს ყოველწლიურად, მათ შორის სახელმწიფო ხარჯები 2,2 მილიარდი ფუნტი, მოქალაქეებისთვის მიყენებული ზიანი – 9,1 მილიარდი ფუნტი და ბიზნეს სექტორის ზიანი – 16 მილიარდი ფუნტი.¹²

2000 წლის მაისში, ამერიკის შეერთებული შტატების ფედერალურ საგამოძიებო ბიუროში შეიქმნა სპეციალური ცენტრი – IC3, რომელშიც აკუმულირდებოდა ინტერნეტ დანაშაულის თაობაზე შესული საჩივრები. ცენტრის მიზანია მსოფლიო მასშტაბით განხორციელებული, შესაძლო ინტერნეტ დანაშაულის თაობაზე შეტყობინების მიღება და დამუშავება, შემდგომში ეფექტური ბრძოლის მეთოდების შემუშავებისა და გამოძიების ეფექტურობის ამაღლების მიზნით. მიღებული ინფორმაციის დამუშავების და გაანალიზების შემდეგ ცენტრი ადგენს ყოველწლიურ მოხსენებას, რომელიც ხელმისაწვდომია ფართო საზოგადოებისათვის. აღნიშნული ემსახურება საზოგადოებრივი ცნობიერების ამაღლებასა და ინფორმირებას.

2019 წლის ანგარიშის მიხედვით, შექმნის დღიდან, ანგარიშის გამოქვეყნების მომენტამდე, მხოლოდ ზემოაღნიშნულ სამსახურში შევიდა 4,883,231 შეტყობინება. მხოლოდ წინა 5 წლის მონაცემებით ზიანის სავარაუდო ოდენობა შეადგენდა 10,2 მილიარდ აშშ დოლარს.

ამავე ანგარიშში მოყვანილია 20 ქვეყანა, რომელიც 2019 წლის მონაცემებით ლიდერობს კიბერდანაშაულის მსხვერპლთა

10 Yar M., Steinmetz K.F., *Cybercrime and Society*, Third Edition, SAGE Publishing Ltd, London, 2019 p. 7-9
11 Sumanjit D., Tapaswini N., *Impact of Cyber Crime: Issues and Challenges*, International Journal of Engineering Sciences & Emerging Technologies, Volume 6, Issue 2, pp: 147-151
<http://www.ijeset.com/media/0002/2N12-IJES0602134A-v6-iss2-142-153.pdf>

12 Understanding the costs of cyber crime, A report of key findings from the Costs of Cyber Crime Working Group, Research Report 96, Home Office Science Advisory Council, January 2018, pp 25-26
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/674046/understanding-costs-of-cyber-crime-horr96.pdf

ირაკლი ნადარეიშვილი, ჯამალ ლომსაძე

საერთო რაოდენობით (IC3-ში შესული შეტყობინებების მიხედვით). პირველ ადგილზე გვევლინება გაერთიანებული სამეფო (93,796 შემთხვევა). ანგარიშის მიხედვით 2019 წლის მონაცემებით საქართველო იკავებს მე-14 ადგილს. საქართველოში დაფიქსირდა 454 შემთხვევა. ამ მონაცემების მიხედვით საქართველო უსწრებს შვეიცარიას (438 შემთხვევა), იტალიას (428 შემთხვევა), ჩინეთს (403 შემთხვევა), მალაიზიას (362 შემთხვევა), ესპანეთსა (358 შემთხვევა) და რუსეთის ფედერაციას (349 შემთხვევა).¹³

2019 წელს მოსკოვში გაიმართა კიბერუსაფრთხოების საერთაშორისო კონგრესის მორიგი შეხვედრა. კიბერუსაფრთხოების საერთაშორისო კონგრესი, ერთ – ერთი მთავარი სპეციალიზებული მოვლენა და უნიკალური პლატფორმაა, რომელიც აერთიანებს მთავრობის წარმომადგენლებს, მსოფლიო ბიზნესის ლიდერებსა და ინდუსტრიის აღიარებულ ექსპერტებს. კონგრესზე ღია დიალოგის ფარგლებში მსჯელობენ კიბერუსაფრთხოების ყველაზე აქტუალურ და გლობალურ საკითხებზე.

კონგრესის შედეგების მიხედვით, 2019 წლის მდგომარეობით ყველაზე აქტუალური მიმართულება ახალი ტექნოლოგიების სფეროში იყო კიბერუსაფრთხოება, როგორც ციფრული ეპოქის ერთ-ერთი მთავარი საკითხი და მთავარი გამოწვევა. კონგრესზე დადგინდა, რომ კიბერ საფრთხეებისგან დაცვისთვის, პრევენცია უფრო ეფექტური იყო, ვიდრე თავდასხმის შემდგომი შედეგების აღმოფხვრა, თუმცა აღინიშნა, რომ ამ კატეგორიის დანაშაულის პრევენცია დიდ ინვესტიციებს მოითხოვდა. გამოვლინდა, რომ ბოლო დროს ტექნოლოგიურ და ფინანსური სექტორში საქმიანობის განმახორციელებელი კომპანიები და სახელმწიფო უწყებები ყველაზე აქტიურად ინვესტიციას დებენ სწორედ კიბერ უსაფრთხოებაში. უფრო მეტიც, ბანკები და სამთავრობო ორ-

განიზაციები, აცნობიერებენ რა საფრთხის მასშტაბებს, არ ზღუდავენ ხარჯებს ამ მიმართულებით. ბოლო 13 წლის მონაცემებით კიბერუსაფრთხოების სფეროში ინვესტირების მაჩვენებელი გაიზარდა 35-ჯერ და მხოლოდ 2017 წელს შეადგინა 120 მილიარდი აშშ დოლარი. ამავე კონგრესის მონაცემებით მსოფლიოში არის 4 მილიარდი ინტერნეტმომხმარებელი, ხოლო მობილური ტელეფონების მომხმარებელთა რიცხვი შეადგენს 5 მილიარდს.¹⁴

როგორც ვხედავთ კიბერდანაშაულის შედეგად მიყენებული ზიანი მზარდია და წლიდან წლამდე კოლოსალურ მატერიალურ ზიანს აყენებს არა მხოლოდ კერძო სამეწარმეო სუბიექტებისა და მოქალაქეების კანონიერ ინტერესებს, არამედ სახელწიფო ინსტიტუტების გამართულ ფუნქციონირებასა და საბანკო თუ საფონდო ბირჟების საქმიანობას. აღნიშნული კვლევები და დასკვნები ცხადად წარმოაჩენს, რომ კიბერდანაშაულზე ქმედითი რეაგირება უნდა ატარებდეს კომპლექსურ ხასიათს, უნდა ეფუძნებოდეს ერთიან, ჯეროვნად ჩამოყალიბებულ საერთაშორისო პოლიტიკას, რისი მიღწევაც მხოლოდ სახელმწიფოთაშორისი მჭიდრო თანამშრომლობისა და მყისიერი (ბიუროკრატიული ფორმალის გვერდით ავლით) ურთიერთ სამართლებრივი დახმარების გაწევის გზით არის შესაძლებელი. ცალკეულ, თუნდაც ძლიერი ეკონომიკისა და მაღალტექნოლოგიური განვითარების ქვეყნებში, რომელიმე სფეროს, ან დანაშაულთან ბრძოლის კონკრეტული მიმართულებების დახვეწა/განვითარება ვერ უზრუნველყოფს დანაშაულის პრევენციასა და მასზე ეფექტურ რეაგირებას, ვინაიდან კიბერდანაშაული გლობალური და ტრანსნაციონალური ხასიათის დანაშაულია და მისგან მომდინარე საფრთხეები შემაშფოთებლად მზარდია.

13 Federal Bureau of Investigation Internet Crime Complaint Center, 2019 crime complaint report, pp. 5, 17
https://pdf.ic3.gov/2019_IC3Report.pdf

14 2019 International Cybersecurity Congress report, p. 87
https://icc.moscow/upload/doc/ICC_reports_EN.pdf

ბიბლიოგრაფია:

1. ცაცანაშვილი მ., სიხარულიძე ტ., კიბერტერორიზმის პრობლემები სამათალში, ელ. ჟურნალი „კიბერ უსაფრთხოება“, 2007 წ. <http://informsoc.org/ka/journal/cybersecurity/69-2009-08-19-15-33-04>
2. კობრეიძე ნ. „კიბერდანაშაული“. http://ilawge.blogspot.com/2012/05/blog-post_191.html
3. კობრეიძე ნ. „რუსეთის კიბერ შესაძლებლობები“ (კვლევა) <http://ilawge.blogspot.com/2013/01/blog-post.html>
4. ლანჩავა გ. „კომპიუტერული დანაშაული“, ჟურ. „მართლმსაჯულება“, N2, 2008 წ.
5. Yar M., Steinmetz K.F., Cybercrime and Society, Third Edition, SAGE Publishing Ltd, London, 2019.
6. United Nations Office on Drugs and Crime, The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment, United Nations publication, Vienna, 2010, ISBN: 978-92-1-130295-0 https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf
7. The LexisNexis® Risk Solutions Cybercrime Report <https://risk.lexisnexis.com/global/-/media/files/financial%20services/research/Inrs-cybercrime-report-research-january-june-2019.pdf>
8. Cybersecurity Ventures, 2017 <https://cybersecurityventures.com/hackerpocalypse-cybercrime-report-2016/>
9. The independent IT-security institute, AV-TEST GmbH, Magdenburg, Germany <https://www.av-test.org/en/statistics/malware/>
10. Jansen J., Leukfeldt R., Coping with cybercrime victimization: An exploratory study into impact and change, Journal of Qualitative Criminal Justice and Criminology, volume 6, Number 2, Special Issue, Dallas, 2018 <https://www.jqcjc.org/documents/v6i2.pdf#page=78>
11. Sumanjit D., Tapaswini N., Impact of Cyber Crime: Issues and Challenges, International Journal of Engineering Sciences & Emerging Technologies, Volume 6, Issue 2. <http://www.ijeset.com/media/0002/2N12-IJESSET0602134A-v6-iss2-142-153.pdf>
12. Understanding the costs of cyber crime, A report of key findings from the Costs of Cyber Crime Working Group, Research Report 96, Home Office Science Advisory Council, January 2018 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/674046/understanding-costs-of-cyber-crime-horr96.pdf
13. Federal Bureau of Investigation Internet Crime Complaint Center, 2019 crime complaint report https://pdf.ic3.gov/2019_IC3Report.pdf
14. 2019 International Cybersecurity Congress report https://icc.moscow/upload/doc/ICC_reports_EN.pdf

SOCIO-ECONOMIC ANALYSIS OF CYBERCRIME

Irakli Nadareishvili

Doctor of Law, Assistant professor of Caucasus International University, Head of The Department to Investigate Offenses Committed in the Course of Legal Proceedings, The Office of The General Prosecutor of Georgia

Jemal Lomsadze

Master of Law. Senior Prosecutor of The Department to Investigate, Offenses Committed in the Course of Legal Proceedings, The Office of The General Prosecutor of Georgia

KEYWORDS: Cybercrime, Hacker, Virus

RESUME

In the presented article, the author analyzes socio-economic damage caused and expected as a result of cybercrime, a global and transnational threat. In parallel, with the development of technology and the growing dependence of the population on internet resources in the digital era, there are discussed dangers of blooming opportunities for cybercriminals and harm imposed by their actions. Taking into account the scale of the proceeds of crime, the author of the article presumes that cybercrime has formed into organized criminal business and has become a threat not only to the security of states and proper functioning of their institutions but also to the property and assets of citizens and enterprises, banks and fund institutions. According to the author, even the rules implemented by countries with a strong economy and developed technologies, and the refinement/development of methods to combat this crime, will not bring results and will not be effective,

since cybercrime is global and transnational by its nature. To accomplish the goals effectively, response to this challenge should be comprehensive, based on unified, well-established

international policy. This only can be achieved through close interstate cooperation and instant (bypassing bureaucratic formalism) mutual legal assistance.

BIBLIOGRAPHY:

1. Tsatsanashvili M., Sikharulidze T., Problems of cyberterrorism in Law, e. Journal "Cyber Security", 2007. <http://informsoc.org/ka/journal/cybersecurity/69-2009-08-19-15-33-04> (In Georgian)
2. Kokhraidze N. "Cybercrime". http://ilawge.blogspot.com/2012/05/blog-post_191.html (In Georgian)
3. Kokhraidze N., "Cyber Capabilities of Russia" (research) <http://ilawge.blogspot.com/2013/01/blog-post.html> (In Georgian)
4. Lanchava G. "Computer Crime", Journal "Justice", N2, 2008 (In Georgian)
5. Yar M., Steinmetz K.F., Cybercrime and Society, Third Edition, SAGE Publishing Ltd, London, 2019 (In English)
6. United Nations Office on Drugs and Crime, The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment, United Nations publication, Vienna, 2010, ISBN: 978-92-1-130295-0 (In English) https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf
7. The LexisNexis® Risk Solutions Cybercrime Report <https://risk.lexisnexis.com/global/-/media/files/financial%20services/research/lirs-cybercrime-report-research-january-june-2019.pdf>
8. Cybersecurity Ventures, 2017. <https://cybersecurityventures.com/hackerpocalypse-cybercrime-report-2016/> (In English)
9. The independent IT-security institute, AV-TEST GmbH, Magdenburg, Germany <https://www.av-test.org/en/statistics/malware/> (In English)
10. Jansen J., Leukfeldt R., Coping with cybercrime victimization: An exploratory study into impact and change, Journal of Qualitative Criminal Justice and Criminology, volume 6, Number 2, Special Issue, Dallas, 2018 <https://www.jqcjc.org/documents/v6i2.pdf#page=78> (In English)
11. Sumanjit D., Tapaswini N., Impact of Cyber Crime: Issues and Challenges, International Journal of Engineering Sciences & Emerging Technologies, Volume 6, Issue 2 (In English) <http://www.ijeset.com/media/0002/2N12-IJESET0602134A-v6-iss2-142-153.pdf>
12. Understanding the costs of cyber crime, A report of key findings from the Costs of Cyber Crime Working Group, Research Report 96, Home Office Science Advisory Council, January 2018 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/674046/understanding-costs-of-cyber-crime-horr96.pdf (In English)
13. Federal Bureau of Investigation Internet Crime Complaint Center, 2019 crime complaint report. https://pdf.ic3.gov/2019_IC3Report.pdf (In English)
14. 2019 International Cybersecurity Congress report https://icc.moscow/upload/doc/ICC_reports_EN.pdf (In English)

აფექტირებული დანაშაულის ესკიზი სამართო სამართლის ქვეყნებში

თამთა წირქვაძე

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის
სამართლის დოქტორანტი

საკვანძო სიტყვები: აფექტირებული დანაშაული,
განუსჯელობა, ორმაგი მიზეზობრიობა

კროვოკაციის როლი აფექტირებულ დანაშაულში

საერთო სამართლის სისტემაში აფექტირებული დანაშაულის საკითხები, ჩვეულებრივ, დარეგულირებულია ე.წ. „მაკნათენის წესებით“. ეს წესები ინგლისში შემუშავდა კონკრეტული საქმის გამო, რომელიც მკვლელობას უკავშირდება და რომლის შინაარსი ასეთია:

1848 წელს ვინმე **დანიელ მაკნათენმა**, ნაცვლად პრემიერ მინისტრისა, რომლის მოკვლაც მას განზრახული ჰქონდა, შეცდომით მოკლა მისი მდივანი. განსასჯელის სულით ავადმყოფობის გამო, სწორედ ამ საქმის განხილვისათვის სასამართლოს დასჭირდა მსგავსი შემთხვევებისათვის შესაფერისი წესების შემუშავება. განსასჯელი გაამართლეს შეშლილობის, სულით ავადმყოფობის საფუძვლით. წესების მიხედვით, განსასჯელმა უნდა დაამტკიცოს, რომ ის შეპყრობილია გონებრივი დეფექტით, რაც სულით ავადმყოფობიდან წარმოდგება. ეს შეიძლება იყოს „ფსიქოზი“, „პარანოია“, „შიზოფრენია“ და სხვა. თუმცა „ფსიქოპათები“ და „ნევროზით“ შეპყრობილები არ განეკუთვნებიან ზემორე კატეგორიას. განსასჯელმა უნდა ამტკიცოს, აგრეთვე, რომ შეშლილობის გამო მას არ შესწევდა უნარი, სცოდნოდა საკუთარი ქცევის „ბუნება და თვისება“,

საერთოდ რას სჩადიოდა; ან ეს კი იცოდა, მაგრამ არ ესმოდა, რომ ასეთი საქციელი ცუდია. (მაგალითად, იცოდა რომ კლავდა, მაგრამ არ ესმოდა, რომ მკვლელობა ცუდია). თუ ნაფიცი მსაჯულები ჰპოვებენ, რომ ყოველივე ეს დასტურდება და ირწმუნებენ ამას, მაშინ გამოაქვთ ვერდიქტი: „არაბრალეულია (უდანაშაულოა) შეურაცხაობის გამო“. ასეთ შემთხვევაში მას ჰოსპიტალში გაამწესებენ – სპეციალურ ჰოსპიტალში – ჩვეულებრივ „ბროდმურის“ ჰოსპიტალში. თუმცა არსებობს „შემცირებული პასუხისმგებლობის“ შემთხვევები, რომლებიც ჩვენთვის საინტერესოა, რადგან საკვლევ თემას განეკუთვნება, მაგრამ იმ სისტემაში, სადაც არ არსებობს კოდიფიცირებული კანონმდებლობა, ისინი ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში, კონკრეტული საქმის ინდივიდუური თავისებურებებისა და გარემოებების მიხედვით, გადაწყდება პრინციპით – case by case. აქ გაცილებით უფრო გამოსადეგია სხვა, ე.წ. „დაუძლეველი იმპულსის“ (Irresistible impuls) კონცეპტი, რომელიც არ განიხილება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამომრიცხავ გარემოებად გამოცალკევებით და ვერც გამოიყენება საამისოდ, თუ არ მოიცვა „მაკნათენის წესებმა“, მაგრამ თავისუფლად შეიძლება გამოდგეს, რამდენადაც ის უნებლიე ქცევაა, პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელ გარემოებად მეტადრე პროვოკაციის შემთხვევებში. ეს კი უშუალოდ ჩვენ თემასთან გვაახლოებს, რადგან ვიკვლევთ პროვოცირებული აფექტური დროებითი აშლილობის შემთხვევებს, მანამდე კი საჭირო იქნება გავერკვეთ, რა იგულისხმება საერთო სამართლის ქვეყნებში „პროვოკაციის“ ქვეშ.

ამთავითვე უნდა ითქვას, რომ პროვოკაცია აქ სრულიად დამოუკიდებელი კონცეპტია და ასევე დამოუკიდებლად გამოიყენება, თუმცა არც კომბინაცია შეიძლება გამოირიცხოს. ჩვეულებრივ „პროვოკაციას“ განმარტავენ, როგორც საქციელს(ქმედებას) ან სიტყვებს, რომლებმაც მავანს თვითკონტროლი დააკარგინა. პროვოკაცია არ მიეკუთვნება სისხლისსამართლებ-

რივი პასუხისმგებლობის გამომრიცხველ ანუ გამამართლებელი გარემოებების კატეგორიას, თუმცა შეუძლია Murder ანუ მძიმე მკვლელობა Manslaughter – ობამდე დაიყვანოს. ის არც მკვლელობის მცდელობას ამართლებს.

პროვოკაციის ტესტია იმის შემოწმება, შეუძლია თუ არა მოცემულ ქცევას ან გამოთქმას მავანს თვითკონტროლი დააკარგინოს და, თუ შეუძლია, გაგრცელდებოდა თუ არა იგივე სხვა „კეთილგონერ კაცზე“ ასეთსავე მდგომარეობაში. ეს გახლავთ ფაქტის საკითხი (questio facti), რომელიც ჟიურიმ უნდა გადაწყვიტოს ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში. ტესტის მიხედვით, „კეთილგონიერი კაცი“ იმავე ასაკისა და სქესის უნდა იყოს, როგორცაა განსასჯელი და სხვა სპეციალურ მახასიათებლებსაც უნდა იზიარებდეს, მაგალითად, თუ განსასჯელი იმპოტენტია, მაშინ „კეთილგონიერი კაციც“ ასეთივე უნდა წარმოვიდგინოთ, რათა შესაძლებელი გახდეს შესატყვისი დასკვნის გამოტანა. ამიტომ, ჟიურიმ უნდა დაადგინოს, როგორი იქნებოდა „იმპოტენტი კეთილგონიერის“ მხრივ რეაქცია. სამაგიეროდ, არ შეიძლება „კეთილგონიერი კაცის“ როლში განიხილებოდეს ალკოჰოლიკი და ნარკომანი.

ყოველივე ზემოთქმულიდან გამომდინარე, ძნელი არ არის დავასკვნათ, რომ ერთიანი საკანონმდებლო ან თუნდაც დოქტრინალური კონსტრუქცია საერთო სამართლის სამშობლოში არც არასდროს ყოფილა და არც სადღეისოდ არსებობს, მაგრამ ის ელემენტები გამოიყენება, რომლებიც კონტინენტურ სამართალში მონაწილეობენ აფექტირებული დანაშაულის სპეციალურ შემადგენლობაში. მხედველობაში მიიღება ცალკეული შემთხვევების განხილვისას და ყოველივე ამის ხერხემალს წარმოადგენს „მაკნათენის საქმე“. იგი დიდი ხნის განმავლობაში ამერიკის შეერთებული შტატების თეორიასა და პრაქტიკასაც ასაზრდოებდა კონცეპტუალურად. თუმცა დროთა განმავლობაში ის თანდათან მდიდრდებოდა ახალახალი ქეისებით. ასეთია მაგალითად ძიურჰამის ქეისი (Durham

Case, 1993).¹ საქმე ისაა, რომ საერთო სამართლის ტრადიცია დიდად ვერ შეცვალა ამერიკის შეერთებული შტატების სისხლის სამართლის კოდექსის შემუშავებამ და მისი დებულებების მოქმედ კანონმდებლობაში დანერგვამ. ამიტომ უპირატესად ზემოთ მითითებული პრეცედენტული ქეისები კვლავ რჩება საერთო სამართალში ჩვენთვის საინტერესო თემაზე ინფორმაციისა და შემეცნების ძირითად წყაროდ; ასევე სახელოვანი მეცნიერი² და პრაქტიკოსი ავტორიტეტების³ გამონათქვამები, რომელთა მიმოხილვა შერჩევით უნდა ხდებოდეს სუბსუმციის ყველა წესის დაცვით.

როგორც უკვე აღინიშნა, აფექტირებული დანაშაულის საკითხი, საერთო სამართლის ქვეყნებში, რომელსაც, უწინარეს ყოვლისა გაერთიანებული სამეფო მიეკუთვნება, განიხილება როგორც პროვოცირებული დანაშაული; საქართველოში კი პროვოკაციას საერთოდ სხვა დატვირთვა აქვს და, სსკ-ის 145-ე მუხლის მიხედვით, ეს ნიშნავს სხვის დაყოლიებას დანაშაულის ჩასადენად მისი სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიცემის მიზნით. საერთო სამართლის ქვეყნებში პროვოკაცია არის ქმედების მაპრივილეგირებელი გარემოება, რაც გულისხმობს პასუხისმგებლობის შემსუბუქებას, როდესაც ის გამოწვეულია მსხვერპლის პროვოკაციული ქმედებით.

დღესდღეისობით გაერთიანებულ სამეფოში პროვოცირებული დანაშაულის საკითხი კვლავ საკამათოა, ვინაიდან ის ამყოფებს ბრალდებულს შემამსუბუქებელ გარემოებაში: მან ხომ ვერ შეძლო დასხლტომოდა პროვოკაციას, ან ყოველივე არ იღონა საამისოდ. ამიტომ, დადგენილია უნივერსალური სტანდარტი ჩვეულებრივი, „კეთილგონიერი ადამიანისა“, რომელშიც გამოიწვევდა ესა თუ ის ქმედება პროვოცირებულ რეაქციას. დროებითი აშლილობა

ან ემოციური შეტევა არის ის ტერმინები, რომლებიც სისხლის სამართლის პრაქტიკაში გამოიყენება პროვოცირების შემდეგ ემოციური მდგომარეობის აღსაწერად. ამ დროს მოქმედება ხასიათდება, სულ მცირე, თვითკონტროლის ნაწილობრივი დაკარგვით. შესაბამისად, ამ დროს ქმედება არ არის ბოლომდე გონებით წარმართული. საერთო სამართალში ემოცია შეიძლება გამოიხატებოდეს მრისხანებით, თუმცა ის ასევე შეიძლება მოიცავდეს შიშს ან რაიმე ძალადობით გამოწვეულ ძლიერ განცდას, რომელიც საკმარისია აზროვნების შესაზღუდად.⁴

აფექტირებული დანაშაული, როგორც პრივილეგირებული მოკვდინების ნაირსახეობა

საერთო სამართლის ქვეყნებში, როგორებიცაა დიდი ბრიტანეთი, კანადა, ა.შ.შ და ავსტრალიის რამდენიმე შტატი, პროვოცირებული დანაშაული ცალკე არ მოიაზრება, არამედ ნაგულისხმები და გაერთიანებულია ე.წ. „მენსლოტერში“ (manslaughter)⁵, რომელიც გულისხმობს პრივილეგირებული მოკვდინების ნაირსახეობას ძლიერი ფსიქიკური ან ემოციური აღელვების დროს, რაც გამოწვეულია შესაბამისი საფუძვლიანი მიზეზით. ამ მიზეზის საფუძვლიანობა განისაზღვრება იმ პირის სუბიექტური აღქმით, რომელმაც დანაშაული ჩაიდინა.⁶ პროვოკაციის სუბიექტური აღქმა იმაში მდგომარეობს, რომ შესაძლებელია, მსხვერპლი იმ კონკრეტულ მომენტში არ აპირებდა არანაირი მართლსაწინააღმდეგო ქმედების განხორციელებას ბრალდებულის მიმართ, მაგრამ დანაშაულის ჩამდენს რეალურად სჭეროდა, რომ პირი განახორციელებდა მის მიმართ ძალადობას და ეს აღქმა განპირობებული იყო დაზარალებუ-

1 Richard C. Donnelly, Joseph Golgstein, Richard D. Schwartz., 1963., Criminal Law, Free Press of Glencol, Une., p.739.

2 Jerome Hall – Yale Law Journal, 761, 773-774, 1956, v.65.

3 The American Journal of Psychiatry, C XII, 1956, P. 651, 65-656.

4 *Hanna v. Commonwealth*, 153 Va. 863, 149 S.E. 419 (1929).

5 Black's Law Dictionary, Ninth Edition, 2009., St. Paul, MiNN West Publishing Co., P. 1049.

6 Model Penal Code., §210.3 Manslaughter.

ლის მიერ მის მიმართ მანამდე ჩადენილი მართლსაწინააღმდეგო ქმედებით. წინარე კონკრეტული ქმედების შემდეგ ბრალდებულს არ ჰქონია მოძალადესთან არანაირი კონტაქტი, ანუ არ ჰქონდა მის მიმართ დაგროვილი ემოციების გამოვლენისა და გაანალიზების შესაძლებლობა, მაგრამ მოძალადის დანახვამ გამოიწვია შიშის აფექტი და, მართალია იგი ამ მომენტში აღარ აპირებდა ძალადობის გამოვლინებას, ბრალდებულს წარმოეშვა ძლიერი ემოციური რეაქცია. შესაბამისად, მისი ადრინდელი ქმედება ჩაითვლება ბრალდებულის პროვოცირებად.⁷

ამერიკის შეერთებული შტატების სისხლის სამართლის კოდექსის მოდელი (Model Penal Code) „მენსლოტერს“, განათავსებს განზრახვასა და გაუფრთხილებლობას (Negligence) შორის. თავის მხრივ „მენსლოტერი“ იყოფა ორ სახედ: განუსჯელობით ჩადენილი (Recklessly)⁸, და ძლიერი ფსიქიკური ან ემოციური აღელვების დროს ჩადენილი მკვლელობა, საგულისხმოა, რომ ორივე მათგანი, შეიძლება მოიაზრებოდეს ჩვენი ფორმულირების შესაბამის აფექტირებულ დანაშაულად.

რაც შეეხება ინგლისსა და უელსს, აქ „Manslaughter“-ის ორი სახე არსებობს: უნებლიე (Involuntary Manslaughter)⁹ და ნებელით მოკვდინება (voluntary Manslaughter)¹⁰, რომელშიც შედის როგორც აფექტირებული დანაშაული (Loss of Control) ისე შეზღუდული შერაცხადობა და პასუხისმგებლობა (Diminished Responsibility).¹¹ უნებლიედ ჩადენილი მკვლელობა ნაკლებად სერიოზულ დანაშაულადაა მიჩნეული, ვიდრე ნებელი-

ბითი მოკვდინება, თუმცა ორივე შემთხვევაში სახეზე გვაქვს უკანონო ქმედება.

ზემოაღნიშნულიდან ნათელია, რომ საერთო სამართლის ქვეყნებში, აფექტირებული დანაშაული არც განზრახი დანაშაულია და არც გაუფრთხილებლობითი; ის რაღაც უცხო სუბიექტური ელემენტია, რომელშიც თან გვაქვს განზრახვა და თან არა. მკითხველს შევახსენებ, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით, აფექტირებული მკვლელობა განზრახ დანაშაულთა კატეგორიას განეკუთვნება, რა დროსაც, ერთგვარ ფიქციასთან გვაქვს საქმე, ვინაიდან განზრახვა ქმედების სრული გაცნობიერების გარეშე მხოლოდ ფიქციის დახმარებით თუ იქნება შესაძლებელი.¹² როგორც ჩანს, ამას გულისხმობდა პროფესორი თამაზ შავგულიძე, რომელიც თავის ნაშრომებში საკითხს აყენებდა აფექტით ჩადენილ დანაშაულში ბრალის ე.წ. „მესამე ფორმის“ შესაძლებლობის შესახებ.¹³

აფექტირებული დანაშაულის ობიექტური და სუბიექტური შემადგენლობა

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საერთო სამართლის ქვეყნებში აფექტირებული დანაშაული მიეკუთვნება უმართლობის პრივილეგირებულ ტიპს, ანუ არა "Murder"-ს, არამედ "Manslaughter"-ს. მისი ობიექტური შემადგენლობა გამოი-

7 Howell v. State, 917 P.2d 1202, 1209 Alaska Ct. App. 1996.

8 ქართველი ავტორი კ. წიქარიშვილი, ასეთ შემთხვევას ევენტუალურ განზრახვას მიაკუთვნებს, რაც სადაოდ მიგვაჩნია. „ვენტუალური განზრახვა თანამედროვე დასავლეთ ევროპულ და ამერიკულ სისხლის სამართალში“, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ჟურნალი მართლმსაჯულება N3, თბ.2008, გვ.34-40.

9 Black’s Law Dictionary, Ninth Edition, 2009, St. Paul, MiNN West Publishing Co., P. 1049.

10 ib. P. 1050.

11 ib. P. 235.

12 ამ მხრივ აფექტირებული დანაშაული მოგვაგონებს მოჩვენებითი მოგერიების შემთხვევას, რომელიც გამოირიცხავს ფაქტობრივ გაუფრთხილებლობას, მაგრამ გულისხმობს ე.წ. „სამართლებრივ გაუფრთხილებლობას“; გამოირიცხავს განზრახვას, თუმცა არ გამოირიცხავს ქმედების ობიექტური მხარის ცნობიერად (შეგნებულად) განხორციელებას კონკრეტული დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენის სურვილის გარეშე.

13 შავგულიძე თ., 1973., აფექტი და სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობა, გამომცემლობა „მეცნიერება“, თბილისი; Шавгулидзе, Т. Г., 1973. аффект и уголовная ответственность, издательство “мечниереба”, Тбилиси.

ხატება მსხვერპლის მხრივ პროვოკაციით და შემდგომ ამ მსხვერპლის მოკვდინებით, შესაბამისად, სახეზეა ორმაგი მიზეზობრიობა.

რაც შეეხება სუბიექტურ შემადგენლობას, სახეზე გვაქვს „Recklessness“, „რისკის შესაძლებლობის, საფრთხის თავაწყვეტილი უგულვებელყოფა“, ანუ „უგუნური ხელაქნეულობა“. ე.წ. განზრახვა აქ შეიძლება იყოს „გათქვეფილი“ და „ზოგადი“. ვინაიდან სიტყვა „Recklessness“ (განუსჯელობა) სემანტიკური მხრივ ანუ აზრობრივად, ძალიან წააგავს „Carelessness“-ს¹⁴, რაც გაუფრთხილებლობის ერთ-ერთ სახეობას „თვითიმედოვნებას“ ენათესავება, რჩება შთაბეჭდილება, რომ ისინი სინონიმებია. ხაზგასმით უნდა გავემიჯნოთ ამ მცდარ აზრს, რომელმაც შეიძლება იურიდიული ტერმინოლოგიის მიუტევებელი აღრევა გამოიწვიოს. საქმე ისაა, რომ ყოფითი სიტყვები და გამოთქმები ამა თუ იმ დარგში განსხვავებული მნიშვნელობით გამოიყენება. ასეა აქაც, მართალია „Recklessness“ და „Carelessness“ ყოფითი გაგებით ორივე „განუსჯელობას“ ანუ გაცნობიერებული საშიშროების, რისკის, საფრთხის უგულვებელყოფას ნიშნავს, მაგრამ სამართლებრივი მნიშვნელობით ისინი როდი გამოხატავენ ფსიქიკური ვითარებისა თუ პროცესების იგივეობას. „Recklessness“ – ის შემთხვევაში, მოქმედ სუბიექტს განცობიერებული აქვს საფრთხე ანუ მძიმე შედეგის დადგომის რეალური შესაძლებლობა, თუმცა არ დაგიდევს ამას და ხელაღებით განაგრძობს მართლსაწინააღმდეგო აქტივობას. სხვა სიტყვებით, ის საერთოდ არ აანალიზებს არსებულ საფრთხეს, რადგან მისი განწყობაა : „რაც იქნება, იქნება“, ოღონდ კი სიტუაციური მოთხოვნილება დაიკმაყოფილოს. თვითიმედოვნების დროს პირიქით, სუბიექტი არა თუ მსჯელობს და აანალიზებს, არამედ in abstracto წარმოიდგენს კიდევაც მისთვის და სხვისთვის მავნე შედეგის შესაძლებლობას, მაგრამ in concreto,

გარკვეულ გარემოებებზე დაყრდნობით, დარწმუნებულია, რომ ამჯერად საფრთხე არ გადაიზრდება მავნე შედეგში.¹⁵ ეს ყოველივე აფექტირებული დანაშაულის არც ევროპულ კონსტრუქციას შეესაბამება და არც ქართულს. ქართული გადმოსახედიდან ესაა „შეზღუდული განზრახვა“, ეს არის უკიდურესად შემჭიდროვებული და „დაპრესილი“, დროში ელვისებური სისწრაფით განვითარებული ინტენსიური პროცესი, რაც მიზეზობრივად გამოწვეულია მსხვერპლის ისეთი ქმედებით, რომლის მიმართ მისი ემოციური მდგრადობა არასაიმედოა და მოწყვლადი.¹⁶

დასკვნა

ვფიქრობთ, აფექტირებული დანაშაულის საერთო სამართლის სისტემის მოდელი არ არის საკმარისად კარგი, ვინაიდან ბევრ შეფასებით ნიშანსა და ფიქციას შეიცავს. არა თუ კანონი, არამედ “Model Penal Code“-იც კი არ ითვალისწინებს მისი „უმართლობის“ საკანონმდებლო აღწერილობას. ამიტომ მიგვაჩნია, რომ აფექტირებული დანაშაულის უმართლობის (შემადგენლობის) ევროპული კონსტრუქცია უფრო კარგად ჩამოყალიბებული და ნათელია.

2015 წელს კანადამ პროვოცირებული დანაშაულის რეგულაციის რეფორმირება მოახდინა. ამისდა მიხედვით, მსხვერპლის ქცევა მხოლოდ მაშინ ჩაითვლება მაპრივილეგირებულ გარემოებად, თუ იგი მოიცავს მართლსაწინააღმდეგო ქმედებას,

14 Ugrekhelidze M., 2012., Criminal Carelessness as an Inexcusable Mistake, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ჟურნალი „მაცნე“, N4.

15 მაყაშვილი ვ., ევენტუალური განზრახვის საკითხისათვის, „საბჭოთა სამართალი“, 1965, N4, გვ. 26.

16 უგრეხელიძე მ., 1967, გაუფრთხილებლობის მასშტაბი ინგლის-ამერიკის სისხლის სამართალში. ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, N4; ამავე აზრის გამოსახატავად პროფესორ მინდია უგრეხელიძეს მეცნიერულ ბრუნვაში შემოაქვს „ვიქტიმოლოგიის“ ტერმინი. დაწვრილებით იხილეთ – Ugrekhelidze M., 2020. Structure, Content Analysis and Dimensiology of a Victimogenic Situation, Scientific Journal Law and the World., N 14, p. 7-13.

რომლისთვისაც კანონი ითვალისწინებს 5 და მეტი წლით თავისუფლების აღკვეთას და, თუ ამ ქმედებამ ნორმალურ ადამიანში გამოიწვია თვითკონტროლის შეზღუდვა. ასევე, აუცილებელი მოთხოვნაა, რომ ორ მართლსაწინააღმდეგო ქმედებას შორის მცირეოდენი დრო იყოს გასული.¹⁷

მსგავსი შეზღუდვა არ უნდა იყოს მიზანშეწონილი, თუმცა დახვეწას საჭიროებს საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსიც. დღევანდელი კოდექსის მიხედვით, ძლიერი სულიერი აღელვებით ჩადენილი დანაშაულის დეფინიციში მის გამომწვევ მიზეზებად დასახელებულია მსხვერპლის მართლსაწინააღმდეგო ძალადობა, მძიმე შეურაცხყოფა ან სხვა მძიმე ამორალური ქმედება, აგრეთვე, მსხვერპლის არაერთგზისი მართლსაწინააღმდეგო ან ამორალური ქცევით განპირობებული ფსიქიკური ტრავმა. არ შეიძლება ეს ყოველივე ერთმა ფორმულირებამ დაითიოს. ამიტომ უნდა არსებობდეს ამ დანაშაულის ფრაგმენტული განაწილება ქვეკუნქტებად, სადაც მართლსაწინააღმდეგო ძალადობით გამოწვეული უკუქმედება ნაკლები სიმძიმის დანაშაული იქნება, ვიდრე მძიმე შეურაცხყოფით ან სხვა მძიმე ამორალური ქმედებით გამოწვეული. მაგალითად ევროპის საბჭოს 2002 წლის რეკომენდაციით, ცოლქმრული ღალატი უნდა გამოირიცხოს ოჯახური ძალადობის გამამართლებელი მიზეზებიდან,¹⁸ რაც, თავის მხრივ იმპლი-

ციტურად გულისხმობს ცოლქმრული ღალატის გამოირიცხვასაც ძლიერი სულიერი აღელვების გამომწვევი მაპრივილეგირებელი მიზეზებიდან. 2006 წელს ავსტრალიამაც გააუქმა პროვოცირებული დანაშაულის მაპრივილეგირებელი მდგომარეობა, რათა არ მომხდარიყო არაძალადობრივი სექსუალური განვითარების შერაცხვა როგორც ერთ-ერთი მაპროვოკაცირებელი ფაქტორისა. უელსიც იმავე გზას დაადგა. თუ შევადარებთ საქართველოს 2016-2017 წლის სასამართლო პრაქტიკას, სადაც სამივე ინსტანციის სასამართლომ არასრულწლოვნის ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანებაში ბრალდებული პირი მიიჩნია ძლიერი სულიერი აღელვების მდგომარეობაში მყოფად და მას 1 წლითა და 6 თვით თავისუფლების აღკვეთა მიუსაჯა,¹⁹ დავინახავთ, რომ ეს ნამდვილად არარელევანტურია, ვინაიდან ზემოხსენებულ საქმეში არ იკვეთებოდა სექსუალური ძალადობის ნიშნები და ნებაყოფლობითი სექსობრივი კავშირი არასრულწლოვნებს შორის არ წარმოადგენს არც სისხლის სამართლის დანაშაულს და არც მძიმე შეურაცხოფასა თუ მძიმე ამორალურ ქმედებას. სწორედ ამიტომ, უმჯობესია მოხდეს გამიჯვნა ცოლქმრული ღალატისა თუ სხვა მორალურად გასაკიცხი ქმედების ნიადაგზე და გაუპატიურების, ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანებისა და სხვა მართლსაწინააღმდეგო ქმედების ნიადაგზე წარმოშობილი აფექტირებული დანაშაულებისა.

17 Canada Criminal Code., Article 232(2).
18 Council of Europe, Committee of Ministers, Plenary., “Committee on Ministers – on the protection of women against violence”, 2002.

19 საკასაციო საჩივარი №293აპ-17, თბილისი, 4 ოქტომბერი, 2017.

ბიბლიოგრაფია:

1. Richard C. Donnelly, Joseph Golgstein, Richard D. Schwartz., 1963., Criminal Law, Free Press of Glencol, Une. p.739. (In English)
2. Jerome Hall – 1956., Yale Law Journal, 761, 773-774, v.65. (In English)
3. The American Journal of Psychiatry, 1956., C XII, , P. 651, 65-656. (In English)
4. *Hanna v. Commonwealth*, 153 Va. 863, 149 S.E. 419 (1929). (In English)
5. Black's Law Dictionary, Ninth Edition, , 2009., St. Paul, MiNN West Publishing Co., P. 1049. (In English)
6. Model Penal Code., (USA), 1985. Official Draft and Explanatory Notes, Philadelphia, PA. The American Law Institute. §210.3 Manslaughter. (In English)
7. *Howell v. State*, 917 P.2d 1202, 1209 Alaska Ct. App. 1996. (In English)
8. Tsikarishvili K., 2008., Eventual Intent in Modern Western European and American Criminal Law, Legal Journal of The Supreme Court of Georgia “ Justice”., N3, P.34-40. (In Georgian)
9. Shavgulidze T. G., 1973., Temporary Insanity and Criminal Responsibility, publishing Science, Tbilisi. (In Russian)
10. Ugrekhelidze M., 2012., Criminal Carelessness as an Inexcusable Mistake., Scientific Journal “Caucasus International University Herald”, N4. (In English)
11. Makashvili V., 1965., For the Issue of Eventual Intent, Journal „Soviet law“, N4, P. 26. (In Georgian)
12. Ugrekhelidze M., 1967., The Standard of Carelessness in British-American Criminal Law., Journal „Soviet law“, N4; (In Georgian)
13. Ugrekhelidze M., 2020. Structure, Content Analysis and Dimensiology of a Victimogenic Situation., Scientific Journal Law and the World., N 14., p. 7 – 13. (In English)
14. Canada Criminal Code., Article 232(2). (In English)
15. Council of Europe, Committee of Ministers, Plenary., “Committee on Ministers – on the protection of women against violence”., 2002. (In English)
16. Cassation appeal №293AP-17, Tbilisi, 4 October, 2017. (In Georgian)

A SKETCH OF THE OFFENCES COMMITTED UNDER THE PROVOKED TEMPORARY INSANITY IN COMMON LAW COUNTRIES

Tamta Tsirkvadze

PHD student of Law at Caucasus International University

KEYWORDS: Provoked Temporary Insanity, Recklessness,
Double Causation

RESUME

- In common law countries, which as a rule do not have codified criminal legislation, or where it exists, offences committed under the provoked temporary insanity are not treated as a separate type of wrongdoing (*delictum sui generis*). Criminal theory and practice considers them as a particular example of privileged homicide related to manslaughter but not the murder.
- *Actus reus* of offences committed under the provoked temporary insanity (as a kind of privileged homicide) consists of following objective elements: a) conduct, result (i.e. death), causal link between them and any other facultative element; b) provocative behavior committed by the victim; c) causal link between the victim's behavior and the perpetrators provoked conduct (double causation).
- *Mens rea* of the offences in question pertains to both subjective elements characteristic to manslaughter: a) recklessness and b) extreme temporary emotional excitement, which might be either explained or justified on rationale basis. The verification

of rationality depends on the “reasonable man” standard and how would he behave in the same situation.

- As a starting point, for the classification of mental element traditionally is applied *M’Naghten* case. Although it focuses on the perpetrator’s capacity to understand wrongfulness of conduct, to be responsible for his crimes, it can be directly applied to the offences, committed under the provoked temporary insanity considered as a serious situational disorder of activity of psychic or state of mind.
- Legal regulation of an offences committed under the provoked temporary insanity is entirely differently constructed within the common law countries in comparison with other legal systems, including Georgian Penal Code. The common law approach is hard to be considered as a successful one, as it is not always efficient in terms of theoretical and practical considerations.
- The main shortcoming of common law system is related to its ambiguity, derived from abundance of value judgments, tests, fictions and criteria.

სუპრანაციონალურობის ასპექტები ევროპის კავშირის ფუნქციონირების პროცესში

ირაკლი პაპავა

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

საკვანძო სიტყვები: ევროპის კავშირის სამართალი, სუპრანაციონალურობა, წევრი ქვეყნების ეროვნული სამართალი

შესავალი

სუპრანაციონალური რეგულირების საკითხები დღეისთვის ძალზე აქტუალურია. თანამედროვე გეოპოლიტიკურ პირობებში, როდესაც კავშირი ქვეყნებს შორის სულ უფრო ურთიერთდამოკიდებული ხდება, ხშირად იქმნება საერთაშორისო ორგანიზაციები მუდმივმოქმედი მარეგულირებელი ორგანოებით, რომლებიც ზესახელმწიფოებრივ დონეზე სავალდებულო გადაწყვეტილებების მიღების უფლებამოსილებით არიან აღჭურვილნი. შედეგად, იცვლება თანაფარდობა საერთაშორისო და ეროვნულ სამართალს შორის. მრავალი საკითხი, რომლებიც ადრე სახელმწიფოს კომპეტენციას მიეკუთვნებოდა, საერთაშორისო რეგულირების საგანი ხდება. ეს კი საერთაშორისო სამართლის სუბიექტთა ურთიერთობებში კოორდინაციის ახალი ინსტრუმენტების შექმნის საჭიროებას ქმნის. შესაბამისად, იზრდება ყურადღება სუპრანაციონალური რეგულირების პერსპექტივებისადმი.

საგულისხმოა, რომ სახელმწიფოთაშორის ურთიერთობებში სუპრანაციონალურობის ფენომენის გაჩენისა და შემ-

დგომი ევოლუციის საწყის წერტილად მე-20 საუკუნის შუა პერიოდში ევროპაში დაწყებული ინტეგრაციული პროცესები მიიჩნევა, რამაც თავისი განსახიერება ისეთი საერთაშორისო ინსტიტუციური სტრუქტურების შექმნაში პოვა, როგორებიცაა ევროპის ქვანახშირისა და ფოლადის გაერთიანება (1952 წ.), ევროპის ეკონომიკური გაერთიანება (1958 წ.) და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანება (1958 წ.). პარალელურად, დაიწყო სუპრანაციონალური ორგანოების (ინსტიტუტების) საერთო სისტემის ჩამოყალიბება და, შედეგად, 1967 წლის 1 ივლისიდან, როდესაც ძალაში შევიდა ე.წ. „შერწყმის ხელშეკრულება“,¹ სამივე ევროპული გაერთიანება დე ფაქტო ერთიან ორგანიზაციად გადაიქცა, თუმცა კი, ფორმალურად, თითოეულმა მათგანმა შეინარჩუნა „იურიდიული პირის“ სტატუსი და სამართალსუბიექტობა საერთაშორისო არენაზე.² მოგვიანებით მათ საფუძველზე 1992 წელს ევროპის კავშირი (შემდგომში – „ეკ“, „კავშირი“, „ევროკავშირი“) შეიქმნა. ეს მოვლენა განსახილველი ფენომენის გენეზისის საკვანძო ელემენტად იქცა. მართალია, სუპრანაციონალურობა ეკ-ის ექსკლუზივი არაა და მისთვის დამახასიათებელ გარკვეულ თვისებებს (ნიშნებს), ამა თუ იმ დოზით, სხვა საერთაშორისო ორგანიზაციებიც ფლობენ, მაგრამ ერთი რამ ფაქტია: ტრადიციული საერთაშორისო ორგანიზაციებისგან განსხვავებით, ევროკავშირში განსაკუთრებით ბევრი სუპრანაციონალური თვისება მაღალი ინტენსიურობით აისახა.³ შესაბამისად, აღნიშნული პრობლემატა მასთან მიმართებით იძენს განსაკუთრებულ მნიშვნელობასა და აქტუალურობას.

1 ob. Vertrag von Brüssel (Fusionsvertrag). – Vertrag zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften. ABl. 152 vom 13/7/1967, S. 2-17.

2 იხ. პაპავა, ი. (2017). ევროპის კავშირის ფუნქციონირების სამართლებრივი საფუძვლები: საბაზისო აქტები და კომენტარები. თბილისი, 13.

3 იხ. ბრევაძე, რ. (2005). მატერიალური სუპრანაციონალიზმი ევროპის სამართალში. ქართული სამართლის მიმოხილვა, ტ. 8, N3-4, 338.

წინამდებარე სტატია წარმოადგენს მოკრძალებულ მცდელობას, ეკ-ის გამოცდილების განზოგადების საფუძველზე, იდენტიფიცირებული იქნას სუპრანაციონალურობის დამახასიათებელი ნიშნები, შიდასახელმწიფოებრივ სამართალთან საერთაშორისო სამართლის ურთიერთქმედების კონტექსტში, შეფასებული იქნას ევროკავშირის სამართლებრივი ბუნება და მკითხველს შესთავაზოს „სუპრანაციონალურობის“ ცნების ავტორისეული განსაზღვრება.

სუპრანაციონალურობის ცნება და ნიშნები

სუპრანაციონალურობა საერთაშორისო სამართლებრივი ცნებაა, რომელიც, ძირითადად, ევროპის კავშირისა და ევროპის ყოფილი გაერთიანებების დახასიათებისას გამოიყენება⁴ და სახელმწიფოდან ზესახე-

4 ტერმინი „სუპრანაციონალური“ მომდინარეობს ლათინურიდან – supra („შემო“, „შორს“, „ზევით“) და natio („ხალხი“, „ერი“), რაც ზევროვნულს, ზესახელმწიფოებრივს ნიშნავს. – იხ. ბრევაძე, supra სქოლიო 3, გვ. 336. პირველად ოფიციალურ დოკუმენტში იგი 1951 წელს იქნა დაფიქსირებული ევროპის ქვანახშირისა და ფოლადის გაერთიანების შექმნის შესახებ პარიზის ხელშეკრულებაში, რითაც, ფაქტობრივად, მიიღო თავისი ლეგალიზაცია. კერძოდ, აღნიშნული ხელშეკრულების მე-9 მუხლის V აბზაცის თანახმად, „უმაღლესი ორგანოს (Die Hohe Behörde) წევრები სრულად დამოუკიდებელი არიან თავიანთი ფუნქციების განხორციელებისას, გაერთიანების საერთო ინტერესებიდან გამომდინარე. თავიანთი მოვალეობების შესრულებისას ისინი არცერთი მთავრობისა თუ ორგანოსგან არ ითხოვენ და არ ღებულობენ ინსტრუქციებს. ისინი თავს იკავებენ ნებისმიერი ისეთი ქმედებისაგან, რომლებიც შეუთავსებელია მათი ფუნქციების სუპრანაციონალურ ხასიათთან“ (იხ. Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE\(29/10/2020\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE(29/10/2020)))). ამრიგად, სუპრანაციონალურობა ამ შემთხვევაში გაგებელი იყო როგორც უმაღლესი ორგანოს წევრთა დამოუკიდებლობა მონაწილე სახელმწიფოების მითითებებისგან ან გავლენისგან. თუმცა „სუპრანაციონალურობის“ ცნების იურიდიულ განმარტებას ხელ-

ლმნიფოებრივ დონეზე კომპეტენციათა გადაცემას გულისხმობს. მისი სპეციფიკა ისაა, რომ, შედეგად, „სუპრანაციონალური“ ხელისუფლება იღებს შესაძლებლობას, თავისი ქმედებებით დაავალდებულოს მონაწილე ქვეყნები, ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში აღნიშნულის თაობაზე მათი თანხმობის გამოთხოვისა და მიღების გარეშე, ე.ი. ამ ქვეყნებთან მიმართებით იგი დამოუკიდებელ საგანმკარგულებლო უფლებამოსილებათა გარკვეულ მოცულობას იძენს და ამის ხარჯზე, თითქოსდა, „მაღლდება“ მათზე.

იურიდიულ მეცნიერებაში სუპრანაციონალურობის ერთიანი განმარტება არ არსებობს. მისი ცნება, როგორც წესი, ნიშნების საშუალებით განისაზღვრება. ეკ-თან მიმართებით მრავალი ასეთი განმარტება გვხვდება, მაგრამ სხვადასხვა ავტორი სუპრანაციონალურობას კავშირის საქმიანობის ამა თუ იმ კონკრეტული ასპექტიდან გამომდინარე განსაზღვრავს.⁵

შეკრულება არ შეიცავდა. აქვე საგულისხმოა, რომ 1967 წელს პარიზის ხელშეკრულებაში ცვლილებების ძალაში შესვლის შემდეგ, მისი მე-9 მუხლი, საერთოდ, გაუქმდა, რის შედეგადაც ტერმინი „სუპრანაციონალური“ ამოღებული იქნა ხელშეკრულების ტექსტიდან. მაგრამ ამით განსახილველი მოვლენა, როგორც ასეთი, არ გამქრალა. როგორც წესი, მისი გამოყვანა ევროპის გაერთიანებების დამფუძნებელი ხელშეკრულებებისა და სხვა სამართლებრივი აქტების ახსნა-განმარტების, ასევე გაერთიანებათა საკვანძო ორგანოების, პირველ რიგში, კომისიისა და ევროპის გაერთიანებების სასამართლოს პრაქტიკის საფუძველზე დაიწყო. – იხ. Безбородов, Ю. С. (2017). Наднациональность, суверенитет и конвергенция: соотношение правовых категорий. Электронное приложение к Российскому юридическому журналу, 1, 6.

5 ზოგადად, სუპრანაციონალურობის ცნებისა და მისი დამახასიათებელი ნიშნების შესახებ უფრო დაწვრილებით იხ. Schermers, H. G. (1980). *International Institutional Law* (2nd ed.). The Hague, 29-30; Kunz, J. L. (1952). *Supra-National Organs*. *The American Journal of International Law*, Vol. 46, No. 4 (Oct., 1952), 690-698; Pescatore, P. (1974). *The law of integration: emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*. Leiden: Sijthoff, 33; Lasok, D., Bridge J.-W. (1982). *Introduction to the law of the European Communities*. Londres, Butterworths; Neuhold H., Hummer, W., Schreuer, C.

მოკლედ, ასეა თუ ისე, სუპრანაციონალურობის ნიშნები ევროპის კავშირის თავისებურებების სისტემაში აისახება და შემდეგში მდგომარეობს:

1. წევრი სახელმწიფოების მიერ ევროკავშირისთვის გარკვეული სუვერენული უფლებების გადაცემა. კავშირი ეფუძნება სამართლებრივ წესრიგს, რომელიც წევრი ქვეყნების მიერ ეროვნულ უფლებამოსილებათა გარკვეული ნაწილის გადაცემის გზითაა შექმნილი. უფლებამოსილებათა გადაცემა სუვერენიტეტის შეზღუდვას ნიშნავს. სუპრანაციონალურ ინსტიტუტებს მიეცათ ნებართვა, სახელმწიფოების შიდა უფლებამოსილებათა შესაბამის სფეროებში იმოქმედონ პოლიტიკურად, კერძოდ, მიიღონ ნორმატიული აქტები, რომელთაც პირდაპირი (უშუალო) მოქმედების ძალა აქვთ წევრი ქვეყნების სამართლებრივ სისტემაში.⁶ ამასთან, „შიდასახელმწიფოებრივ კომპეტენციათა სფეროში“ ეკ-ის სამართლის ამგვარი „შეჭრა“⁷ უპრეცედენტოდ მაღალი ხარისხითაა წარმოდგენილი, რის საფუძველსაც, საკუთრივ, ამ ორგანიზაციის დამფუძნებელ დოკუმენტებში დაფიქსირებული მონაწილე სახელმწიფოების შესაბამისი ვალდებულებანი წარმოადგენს. როგორც წესი, ეს დამფუძნებელი აქტები კავშირს საკითხთა ფართო წრის გარშემო ანიჭებს კომპეტენციას; მათ შორის განსა-

(1983). *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, I Textsteil. Wien, 157; Hohenveldern, J. S. (1980). *Völkerrecht*. Köln-Berlin-Bonn-München, 166, 600; ბრევაძე, supra სქოლიო 3, გვ. 336-338; Чиркин, В. Е. (2017). Наднациональное право: основные особенности. *Журнал российского права*, 2, 136-137; Королев, М. А. (1997). Наднациональность с точки зрения международного права. *Московский журнал международного права*, 2, 8-18; Фещенко, А. С. (1988). Явление наднациональности в деятельности международных организаций. *Сов. ежегодник международного права*. 1987, М., 159-170 და სხვ.

6 იხ. არნოლდი, რ. (2014). საკონსტიტუციო სასამართლო და ევროპული ინტეგრაცია: გერმანიის გამოცდილება. *საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა*, VII, 3.

7 იხ. Steinberger, H. (1989). *Aspekte der Rechtsetzung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis zwischen EG und deutschem Recht*. *Festschrift für Karl Doebling*, 951.

კუთრებით გამოიყოფა ე.წ. ექსკლუზიური კომპეტენცია, რომლის ფარგლებშიც ქვეყნები, ეკ-ის წევრად გახდომის ფაქტიდან გამომდინარე და მის შემადგენლობაში ყოფნის მთელი პერიოდის განმავლობაში, გადასცემენ მას შესაბამის უფლებამოსილებებს, რომლებსაც ისინი თავად აღარ ახორციელებენ.⁸ წმინდა სამართლებრივი თვალსაზრისით, ეს ფაქტი ნიშნავს, ერთი მხრივ, „გადაწყვეტილებების მიღების უფლებამოსილების გადასაცვლებას“ ეროვნული კომპეტენტური ორგანოებიდან ეკ-ის ინსტიტუტებზე, ხოლო, მეორე მხრივ, – „სამართლებრივი აქტების გამოცემის სფეროში შესაბამისი სახელმწიფო ორგანოების მოქმედების თავისუფლების შეზღუდვას“.⁹

თუ საკითხს სუპრანაციონალურობის კუთხიდან მივუდგებით, აქ კიდევ ერთი გარემოება იმსახურებს განსაკუთრებულ ყურადღებას; – საუბარია წევრი ქვეყნების მხრიდან ეკ-ის სასარგებლოდ გაღებული „სუვერენიტეტის მსხვერპლის“¹⁰ უჩვეულოდ დიდ მოცულობაზე. ამასთან, ეროვნულ კომპეტენციასთან გარკვეული (დამფუძნებელი აქტებით ზუსტად განსაზღვრული) ნაწილის დელეგირებამ კავშირის ინსტიტუტებზე განაპირობა, რომ, შედეგად, ორგანიზაციამ მოიპოვა შესაძლებლობა და უფლება, – იმოქმედოს წევრი ქვეყნების ეროვნულ მართლწესრიგში უზენაესი სახელმწიფო ხელისუფლების თანაბრად. შესაბამისად, გადასცემის მომენტიდან ერთსა და იმავე სფეროში შეიძლება უზენაესი ხელისუფლების ორი მატარებელი მოქმედებდეს – თვითონ სახელმწიფო და ევროკავშირი, თან, ისინი შეიძლება ერთმანეთისგან დამოუკიდებლად მოქმედებდნენ.¹¹

8 იხ. Лифшиц, И. М. (2019). Проблема квалификации права Европейского Союза как правовой системы. Актуальные проблемы российского права, 11 (108) ноябрь, 154.

9 იხ. Mehl, P. (1987). Die Europa-Kommission des deutschen Bundestages. Kehl-Arlington, 6.

10 იხ. Hohenveldern, J. S. (1980). Völkerrecht. Köln-Berlin-Bonn-München, 141, 462.

11 იხ. Клёмин, А. В. (1992). Ещё раз о компетенции европейских сообществ. Московский журнал международного права, 4, 119.

2. ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატი (უზენაესობა) წევრი ქვეყნების ეროვნული სამართლის მიმართ. სუპრანაციონალურობა, გარდა იმისა, რომ გულისხმობს სახელმწიფოთა მიერ თავიანთი უფლებების გარკვეული ნაწილის მიზანმიმართულ შეზღუდვას და ცალკეული უფლებამოსილებების სუპრანაციონალურ სტრუქტურებზე დელეგირებას, ითვალისწინებს, რომ ამ უკანასკნელელთა ნორმატიულ აქტებს უპირატესი იურიდიული ძალა აქვთ, ვიდრე ეროვნული კანონმდებლობის აქტებს. ფაქტობრივად, ეს იმას ნიშნავს, რომ სუპრანაციონალური ხელისუფლება იერარქიულად უფრო მაღლად დგას, ვიდრე სახელმწიფო ხელისუფლება.

ის, რომ ევროკავშირის ერთ-ერთ მთავარ მიღწევად რეალურად მოქმედი სამართლის დამოუკიდებელი, სუპრანაციონალური სისტემის შექმნა ითვლება, ამაზე დღეს არავინ დავობს. ფაქტობრივად, ეკ-ის სამართალი ავტონომიური სისტემაა, რომელიც სრულად არც საერთაშორისო სამართალს წარმოადგენს და არც ეროვნულ სამართალს, თუმცა მას გააჩნია როგორც ერთი, ისე მეორე სახის წყაროები.¹² შესაბამისად, იგი ორივე მათგანისგან განიცდის ზემოქმედებას, გენეტიკურად დაკავშირებულია ორივე ამ მომიჯნავე სისტემასთან, განსაკუთრებით საერთაშორისო სამართალთან, მაგრამ მისი ბუნება და განვითარების ტენდენციები ისეთ რელსებზეა

12 იხ. Кузнецов, В. И. (1981). Проблемы теории и практики международного права в процессах европейской экономической интеграции. М., 40. აქ ვხვდებით როგორც საერთაშორისო კერძო (მაგალითად, კავშირის სამართლის კოლიზია ეროვნულ სამართალთან), ისე სამოქალაქო (ბრძოლა არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის წინააღმდეგ) და კონსტიტუციური სამართლის ელემენტებს (ეკ-ის სახელით დადებული ხელშეკრულებების სავალდებულობა წევრი სახელმწიფოებისთვის) და ა.შ.; ამასთან, ევროპის კავშირის სამართლის საფუძველს აშკარად სახელშეკრულებო საფუძველი შეადგენს (მისი დამფუძნებელი დოკუმენტები ჩვეულებრივი საერთაშორისო ხელშეკრულებებია) და, აქედან გამომდინარე, მისი განხილვა, უპირველეს ყოვლისა, სწორედ საერთაშორისო სამართლის თვალსაზრისით უნდა მოხდეს.

გადაყვანილი, რომ იგი სულ უფრო მეტად და სრულიად აშკარად ამჟღავნებს თავის დამოუკიდებლობას. ეს „ხარისხობრივად ახალი სამართალია“, რომელსაც ანალოგი არ მოეპოვება.¹³

ეკ-ის სამართლის არსებით სპეციფიკაზე მეტყველებს მისი წყაროთა სისტემაც, სადაც ორი ძირითადი ჯგუფი გამოიყოფა: (1) „პირველადი“ სამართალი, ანუ ე.წ. „კონსტიტუციური“ წყაროები (კავშირის დამფუძნებელი დოკუმენტები, ასევე მათში ცვლილებების და დამატებების შემთანი აქტები); (2) „მეორადი (ანუ ნაწარმოები) სამართალი“ (ეკ-ის ინსტიტუტების მიერ, პირველადი სამართლის საფუძველზე, მიღებული ნორმატიული აქტები, ხელშეკრულებები მესამე სახელმწიფოებთან, სხვა საერთაშორისო ორგანიზაციებთან, კოლიზიური სამართალი, ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს პრეცედენტები და ა.შ.).¹⁴

მართალია, წარმმართველი როლი და ადგილი ამ სისტემაში „კონსტიტუციურ“ წყაროებს (უპირველეს ყოვლისა, ხელშეკრულებას ევროპის კავშირის შესახებ, ხელშეკრულებას ეკ-ის ფუნქციონირების შესახებ, ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიას, რომელსაც დამფუძნებელი დოკუმენტების თანაბარი იურიდიული გააჩნია) ეკუთვნის, მაგრამ კავშირის ფარგლებში სუპრანაციონალურობის შესახებ საუბრისას განსაკუთრებული მნიშვნელობა მაინც „ნაწარმოებ“ სამართალს (მას ხშირად „კომუნიტარულ სამართალსაც“¹⁵ უწოდებენ) ენიჭება. საქმე ისაა, რომ ეს უკა-

ნასკნელი, „პირველადი“ სამართლისგან განსხვავებით (რომელიც საერთაშორისო-სამართლებრივი წარმომავლობისაა, ე.ი. პირობითად თუ ვიტყვით, „გარედანაა“ შემოტანილი), თვით კავშირის ინსტიტუტების სამართლებრივი აქტიურობის შედეგია, ერთგვარ წმინდა „საშინაო“ პროდუქციას წარმოადგენს.¹⁶ „მეორადი“ სამართლის აქტები ეკ-ის ინსტიტუტების მიერ შეიძლება მიღებული იქნას თუნდაც ცალკეულ წევრ სახელმწიფოთა ნების საწინააღმდეგოდ, რომლებიც, მიუხედავად ამისა, ვალდებულნი არიან შეასრულონ და დაიცვან ისინი. აღნიშნული და სხვა სპეციფიკური თავისებურებანი ევროკავშირს პოლიტიკური ხელისუფლების ორგანიზაციის ხასიათს ანიჭებს, ვინაიდან ევროსტრუქტურები მათ გამგებლობაში გადასული „სუვერენული უფლებების“ ფარგლებში დამოუკიდებლად ახორციელებენ საზოგადოებრივი ცხოვრების განსაზღვრულ სფეროთა რეგულირებას; გარდა ამისა, სწორედ ეს სპეციფიკური თავისებურებები განაპირობებს ეკ-ის სამართლისა და წევრი ქვეყნების ეროვნული სამართლის თანაფარდობის საკითხის გადაწყვეტისას ე.წ. „ფედერაციული მოდელის“ გამოყენებას.¹⁷ იგულისხმება წევრი სახელმწიფოების ეროვნული სამართლის მიმართ კავშირის სამართლის პრიმატის პრინციპი.

საგულისხმოა, რომ წევრი ქვეყნების ეროვნული სამართლის მიმართ ევროპის კავშირის სამართლის უზენაესობის კონცეფცია (ისევე, როგორც მისი სამართლის პირდაპირი მოქმედების პრინციპი) ეკ-ის მართლმსაჯულების (შემდეგში – ასევე ლუქსემბურგის) სასამართლოს მიერ იქნა დასაბუთებული თავის გადაწყვეტილებებში. ყველაზე უფრო სრული ასახვა ამ კონცეფციამ ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს 1964 წლის გადაწყვეტილებაში პოვა საქმეზე *Costa v. ENEL*, სადაც მან ეკ-ის სამართლისა და მონაწილე სახელ-

13 იხ. Топорнин, Б. Н. (1999). Европейское право: учебник. М., 272.

14 დღეისთვის ასეთი კლასიფიკაცია მიღებულია არა მარტო იურისტთა ნაშრომებში, არამედ მან საყოველთაო აღიარება ჰპოვა აგრეთვე სამართლებრივი რეგულირების პრაქტიკაში, მას მიჰყვება ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოც.

15 „კომუნიტარული სამართალი“ თავის სახელწოდებას იღებს ტერმინ „კომუნიტარიზაციიდან“, რომლითაც, ჩვეულებრივ, აღინიშნება ევროპის კავშირის გამგებლობაში ცალკეული უფლებამოსილებების გადაცემისა და მათზე ლუქსემბურგის სასამართლოს იურისდიქციის გავრცელების პროცესი.

16 იხ. Топорнин, supra სქოლიო 13, გვ. 27.

17 იხ. (1999). Право Европейского Союза: Документы и комментарий. Под ред. Кашкина, С. Ю. Москва, 34-35.

მნიშვნელობის ეროვნული სამართლის თანაფარდობასთან მიმართებით ორი მნიშვნელოვანი დასკვნა ჩამოაყალიბა: პირველი, წევრმა ქვეყნებმა თავიანთი სუვერენული უფლებების ნაწილი კოლექტიურად და სრულიად ცალსახად გადასცეს მათ მიერ შექმნილ გაერთიანებას; მეორე, არცერთ მონაწილე ქვეყანას არ შეუძლია ეჭვქვეშ დააყენოს ეკ-ის სამართლის სტატუსი, როგორც სისტემისა, რომელიც ერთგვაროვნად და სრულად გამოიყენება გაერთიანების მიმართ. ამასთან, სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმ გარემოებას, რომ, ტრადიციული საერთაშორისო ხელშეკრულებებისგან განსხვავებით, ევროპის გაერთიანების დამფუძნებელმა ხელშეკრულებამ შექმნა განსაკუთრებული სამართლებრივი წესრიგი, რომელიც, მისი ძალაში შესვლის მომენტიდან, ინტეგრირებულია წევრი სახელმწიფოების სამართლის სისტემაში და სავალდებულო ძალის მქონეა მათი სასამართლო ორგანოებისათვის.¹⁸ ზემოთ მითითებული დებულებებიდან მეორე მათგანის უფრო სრულყოფილად განვითარების მიზნით, ლუქსემბურგის სასამართლომ *Internationale Handelsgesellschaft*-ის საქმეზე 1970 წელს მიღებულ გადაწყვეტილებაში ხაზგასმით აღნიშნა, რომ „გაერთიანების ამა თუ იმ აქტის ნამდვილობა ან წევრი ქვეყნის ტერიტორიაზე მისი ეფექტიანი გამოყენება არ შეიძლება საფრთხის ქვეშ იქნას დაყენებული მტკიცებებით იმაზე, რომ ეს აქტი ეწინააღმდეგება ამ სახელმწიფოს კონსტიტუციაში განმტკიცებულ ძირითად უფლებებს, ან შიდასახელმწიფოებრივი მოწყობის პრინციპებს“.¹⁹ თანამედროვე ეტაპზე ეს დოქტრინა მიღებული და გაზიარებულია წევრი ქვეყნების და მათი უმაღლესი სასამართლოების მიერ.²⁰ შესა-

ბამისად, ეროვნულ სასამართლოებს არ შეუძლიათ უარი თქვან ევროკავშირის სამართლებრივი აქტების გამოყენებაზე, მაშინაც კი, თუ ისინი ეროვნულ სამართლებრივ აქტებს ეწინააღმდეგება.²¹

3. ევროპის კავშირის სამართლის პირდაპირი მოქმედება. ეკ-ის სამართლებრივ აქტებს ზოგადსავალდებულო ნორმატიული ძალა და პირდაპირი მოქმედება გააჩნია მონაწილე სახელმწიფოების ტერიტორიაზე. ეს ვითარება ასახულია მის დამფუძნებელ დოკუმენტებსა და სასამართლო პრეცედენტებში. ისტორიული ღირებულების მქონე ხელოვნების ნიმუშების საქმეზე 1972 წლის 13 ივლისის გადაწყვეტილებაში ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლომ, სხვა საკითხებთან ერთად, აღნიშნა, რომ „წევრი სახელმწიფოების მიერ გაერთიანებისთვის უფლებებისა და უფლებამოსილებების მინიჭება, [ევროპის გაერთიანების შესახებ] ხელშეკრულების დებულებების შესაბამისად, იწვევს მათი სუვერენული უფლებების შეუქცევად შეზღუდვას და ეროვნული სამართლის არცერთი დებულება, მიუხედავად მისი ბუნებისა, არ შეიძლება იურიდიულად სადავოდ ხდიდეს ამგვარ შეზღუდვას“.²²

18 იხ. European Court of Justice (შემდეგში – ECJ). Case 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Judgment of 15 July 1964.

19 იხ. ECJ. Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Judgment of 17 December 1970.

20 იხ. Капустин, А. Я. (2001). *Международно-правовые проблемы природы и действия права Европейского Союза: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М.*, 41-42.

21 რაც შეეხება წევრი ქვეყნების ეროვნული სამართლის მიმართ ეკ-ის სამართლის უზენაესობის პრინციპის კავშირის დამფუძნებელ აქტებში ასახვის საკითხს, უნდა ითქვას, რომ ევროპისთვის კონსტიტუციის დადგენის შესახებ ხელშეკრულების პროექტში მისი განმტკიცების მცდელობა უშედეგოდ დამთავრდა. ლისაბონის 2007 წლის ხელშეკრულებით კი ერთგვარი კომპრომისული გადაწყვეტა იქნა გათვალისწინებული: „უზენაესობის“ პრინციპი ასახული იქნა არა უშუალოდ ხელშეკრულების ტექსტში, არამედ იგი ამ ხელშეკრულების ერთ-ერთ დანართად იქნა გატანილი N17 დეკლარაციაში (ე.წ. „დეკლარაცია პრიმატის შესახებ“), რომელსაც, თავისთავად, არანაირი იურიდიული ძალა არ გააჩნია. თუმცა ეს ფაქტი არანაირ გავლენას არ ახდენს აღნიშნული პრინციპის, როგორც კავშირის სამართლის ერთ-ერთ მთავარი პრინციპის, გამოყენებაზე; იგი კვლავაც განაგრძობს მოქმედებას ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ ადრე შექმნილი პრეცედენტული სამართლის საფუძველზე. – იხ. პაპავა, *supra* სქოლიო 2, გვ. 21, 46-47.

22 იხ. ECJ. Case 48/71, *Commission of the European*

იმ შემთხვევაში, როდესაც ადგილი აქვს კონფლიქტს ევროკავშირის სამართლის ნორმასა და ეროვნული სამართლის ნორმას შორის, რომელიც დროის მიხედვით წინ უსწრებს მას, სასამართლო ამ უკანასკნელს განიხილავს როგორც დებულებას, რომელიც გამოყენებას არ ექვემდებარება. მაგალითად, საქმეზე *Walt v. Wilhelm* 1969 წლის 13 თებერვალს მიღებულ გადაწყვეტილებაში ლუქსემბურგის სასამართლომ მიუთითა, რომ „ევროპის გაერთიანების სამართლის უზენაესობის პრინციპის ძალით, ხელშეკრულებათა დებულებები და გაერთიანების ინსტიტუტების აქტები, რომლებსაც პირდაპირი მოქმედება გააჩნიათ, დაუშვებელს ხდის მოქმედი ეროვნული სამართლის ნებისმიერი ისეთი დებულების გამოყენებას, რომლებიც მათ ეწინააღმდეგება“.²³ გადაწყვეტილების ანალიზი იძლევა იმის დასკვნის საშუალებას, რომ ეკ-ის სამართალს პირდაპირი მოქმედება გააჩნია წევრი ქვეყნების ტერიტორიაზე და ეს ეხება როგორც დამფუძნებელ დოკუმენტებს, ისე ეკ-ის ინსტიტუტების აქტებს, ანუ მისი სუბიექტები, გარდა სახელმწიფოებისა, არიან ასევე ფიზიკური და იურიდიული პირები.

ამასთან, ევროკავშირის წევრი ქვეყნების ეროვნულ მართლწესრიგში საერთაშორისო (მათ შორის „დამფუძნებელი“) ხელშეკრულებების ნორმების მოქმედებისა და გამოყენების თავისებურება იმაში მდგომარეობს, რომ ამ ნორმების პირდაპირი ეფექტის არსებობის ან არარსებობის საკითხს წყვეტს არა წევრი სახელმწიფოების ეროვნული სასამართლოები, არამედ ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლო.²⁴ აქვე უნდა ითქვას ისიც, რომ კავშირის სამართლებრივ აქტებს შორის არის რეგლამენტები,²⁵ რომლებიც მიიღება

მისი ინსტიტუტების მიერ ეკ-ის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების შესაბამისი ნორმის საფუძველზე; მათ აქვთ პირდაპირი მოქმედება,²⁶ ანუ ისინი კავშირის წევრი ქვეყნების ეროვნული სასამართლოების მიერ უშუალოდ გამოიყენება კერძო პირების უფლებებთან და მოვალეობებთან მიმართებაში, შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის ნორმებთან მათი შესაძლო წინააღმდეგობის გაუთვალისწინებლად. და რაც მთავარია, წევრ ქვეყნებში, მათი გამოყენების მიზნით, ისინი არ საჭიროებენ ამ სახელმწიფოების მხრიდან არც თანხმობას და არც რატიფიკაციას. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ, განსხვავებით საერთაშორისო სამართლის სისტემისგან, რომელიც სახელმწიფოთა სუვერენიტეტს ემყარება

(„regulation“) უშუალო ზეგავლენით, ხშირად მოიხსენიება როგორც „რეგულაცია“. არადა, ფრანგულენოვანი ორიგინალი რედაქციის („règlement“) კვალდაკვალ, ეკ-ის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 288-ე მუხლის (სადაც ევროკავშირის სამართლებრივი აქტების სახეებია ჩამოთვლილი) სხვადასხვა ოფიციალურენოვანი რედაქციების დიდი ნაწილი მის აღსანიშნავად სწორედ ტერმინ „რეგლამენტს“ იყენებს; მაგალითად, პორტუგალიური – „regulamento“, იტალიური – „regolamento“, ესპანური – „reglamento“, რუმინული – „regulamente“, ბულგარული – „регламентът“, ლიტვური – „reglamentas“, მალტური – „regolament“ და ა.შ. (ეკ-ის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 288-ე მუხლისა და, ზოგადად, ამ ხელშეკრულების ოფიციალური სრული ტექსტის სხვადასხვა ოფიციალურენოვანი რედაქციები ხელმისაწვდომია ევროპის კავშირის ვებგვერდზე: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>). პრინციპში, აქვე უნდა ითქვას, რომ მისი ოფიციალური ინგლისურენოვანი ვარიანტიც – „regulation“ – თავისუფლად უშვებს, რომ ეკ-ის სამართლებრივი აქტის ეს სახე ქართულ ენაზე ითარგმნოს როგორც „რეგლამენტი“. აღნიშნულის გათვალისწინებით, მიგვაჩნია, რომ უფრო მართებული იქნება, თუკი იგი ქართულ თარგმანშიც (და, შესაბამისად, სპეციალურ ლიტერატურაშიც) თავს დაიმკვიდრებს როგორც „რეგლამენტი“ (ნაცვლად „რეგულაციისა“).

ეკ-ის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 288-ე მუხლის მეორე აბზაცის თანახმად, „რეგლამენტს გააჩნია ზოგადი მოქმედება. იგი სავალდებულოა თავის ყველა ნაწილში და პირდაპირ გამოიყენება ყოველ წევრ სახელმწიფოში“.

Communities v. Italian Republic, Judgment of 13 July 1972.
 23 იხ. ECJ. Case 14/68, *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt*, Judgment of 13 February 1969.
 24 იხ. *Лифшиц*, supra სქოლიო 8, გვ. 158.
 25 აღსანიშნავია, რომ ქართულ სპეციალურ ლიტერატურაში კავშირის სამართლებრივი აქტის ეს სახე, ინგლისურენოვანი ვარიანტის

და, შესაბამისად, თითოეული ქვეყანაც თვითონ წყვეტს, თუ რა გზით უნდა მოხდეს საერთაშორისო სამართლის ეროვნულ მართლწესრიგში ინტეგრირება, კავშირის სამართლებრივ აქტებს პირდაპირი მოქმედება და უშუალო გამოყენება გააჩნიათ წევრ სახელმწიფოებში, იმისდა მიუხედავად, თუ რას ამბობს მათი ეროვნული კონსტიტუციები, ანუ „ეკ-ის სამართლის პირდაპირი გამოყენება თავად ევროკავშირის სამართლიდან გამომდინარეობს“.²⁷ ფაქტობრივად, კავშირის სამართლის პირდაპირი მოქმედება უზრუნველყოფს მისი დებულებების დაუბრკოლებელ ნორმატიულ მოქმედებას „შიდასახელმწიფოებრივი ფილტრის“ გარეშე.²⁸

თუმცა ეკ-ის სამართლის პირდაპირი მოქმედებისა და წევრი ქვეყნების ეროვნული სამართლის მიმართ მისი უპირატესი ძალის პრინციპებზე საუბრისას აუცილებლად უნდა იქნას გათვალისწინებული ის გარემოება, რომ ევროკავშირი ძალიან რთულ სტრუქტურას წარმოადგენს. ლისაბონის ხელშეკრულების მიერ გარკვეული სახის ერთგვაროვანი სტრუქტურის შექმნის მცდელობა წარუმატებლად დასრულდა. კვლავინდებურად კავშირის სამართლის დამოუკიდებელ ნაწილად რჩება საერთო საგარეო და უსაფრთხოების პოლიტიკა; მნიშვნელოვანი გამონაკლისები არსებობს მისი ერთიანი სამართალსუბიექტობის პრინციპთან მიმართებით, რაც ლისაბონის ხელშეკრულებაშია გათვალისწინებული; მეტწილად, კვლავ ამორფული და ასევე მნიშვნელოვანი გამონაკლისების მქონედ რჩება ეკ-ის სამართლის ისეთი ნაწილი, როგორცაა „თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და მართლმსაჯულების სივრცე“. დასავლურ დოქტრინაში ეს სფერო, საერთო საგარეო და უსაფრთხოების პოლიტიკის სფეროსთან ერთად, მიჩნეულია როგორც ევროპის კავშირის სამართლის კიდევ

ერთი, მნიშვნელოვანწილად, გამოცალკევებული ნაწილი. ამიტომაც ეკ-ის სამართლის პირდაპირი მოქმედებისა და წევრ სახელმწიფოთა ეროვნული კანონმდებლობის მიმართ მისი უზენაესობის (პრინციპის) პრინციპებზე საუბრისას ყოველთვის უნდა გვახსოვდეს, რომ ევროკავშირს არ აქვს ერთგვაროვანი სტრუქტურა. ამასთან, ეს ორი პრინციპი მხოლოდ კომუნიტარული სამართლის, ან, ახალ ტერმინოლოგიას თუ გამოვიყენებთ, „კავშირის საერთო სამართლის“ სფეროში მოქმედებს.²⁹

4. გადაწყვეტილებათა მიმღები სუპრანაციონალური ორგანოების (ინსტიტუტების) დამოუკიდებლობა. როგორც წესი, საერთაშორისო ორგანიზაციის სუპრანაციონალური უფლებამოსილებები ამ ორგანიზაციის წევრი ქვეყნების ნებისგან დამოუკიდებლობას გულისხმობს. საგანგებოდაა აღსანიშნავი, რომ ევროკავშირის ზოგიერთი ინსტიტუტის (ევროპის კომისია, ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლო) ფუნქციონერებს არ გააჩნიათ იმპერატიული მანდატები თავიანთი ქვეყნებისგან. მიუხედავად იმისა, რომ ეროვნული სახელმწიფოები თავად ასახელებენ ამ ორგანოების შემადგენლობაში შემავალ პირებს, კანდიდატის დამოუკიდებლობა მისი დანიშვნის ერთ-ერთ აუცილებელ (შეუცვლელ) წინაპირობად ითვლება. მათ თავიანთ საქმიანობაში სუპრანაციონალური, „ევროპული“ ინტერესებით და ევროკავშირის სამართლებრივი წესებით უნდა იხელმძღვანელონ და არა თავიანთი ქვეყნების ინტერესებიდან გამომდინარე. ამასთან, წევრმა სახელმწიფოებმა თავი უნდა შეიკავონ სუპრანაციონალურ ორგანოებში დასაქმებული საკუთარი მოქალაქეებისთვის მითითებებისა და ინსტრუქციების მიცემისგან.³⁰ პრაქტიკულად, დღემდე ევროპის კომისიაცა და განსაკუთრებით ეკ-ის მა-

27 ob. Klabbers, J. (2017). *International Law*. (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 323.

28 ob. Nicolaysen, G. (2002). *Europarecht I: Die Europäische Integrationsverfassung*. (2 Aufl). Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 84.

29 ob. Мещерякова, О. М. (2011). Наднациональность в Европейском Союзе и принципы действия коммунитарного права. Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки, 4, 174.

30 ob. Энтин, Л. М. (2009). *Право Европейского союза. Новый этап эволюции: 2009–2017 гг.* Москва, 131.

რთლმსაჯულების სასამართლო საკმაოდ წარმატებით ართმევენ თავს თავიანთ ამ ძირითად მოწოდებას.

ე.წ. „სუპრანაციონალურობის პრინციპი“ ყველაზე ნათლად საგრძნობია ევროპის პარლამენტის ფორმირებისას: მისი ჩამოყალიბება საყოველთაო და პირდაპირი არჩევნების გზით – ეს უკვე სახელმწიფოებრივი (და არა საერთაშორისო) ორგანიზაციისათვის დამახასიათებელი ელემენტია. თან კიდევ, ეროვნული მთავრობები (ხოლო 1979 წლიდან კი – ეროვნული პარლამენტებიც) „ჩამოშორებულნი“ არიან აღნიშნული ორგანოს შემადგენლობის განსაზღვრისაგან.

თუმცა აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ამ სუპრანაციონალური ინსტიტუტების საპირწონედ ევროკავშირში არსებობს სახელმწიფოთაშორისი თანამშრომლობის ორგანოები, ევროპული საბჭოსა და ეკ-ის საბჭოს (მინისტრთა საბჭოს) სახით, რომლებიც წევრი ქვეყნების ოფიციალური წარმომადგენლებისგან შედგება და მათი რწმუნებულებით მოქმედებენ. ეს ინსტიტუტები, ერთი მხრივ, უზრუნველყოფენ ეროვნული ინტერესების კოორდინაციას ევროპის მშენებლობის პროცესში, მეორე მხრივ კი, – ხელს უწყობენ ნორმატიული წესების მიღებას და განხორციელებას, რომლებიც, ევროპული ინტეგრაციის სტიმულირების კვალდაკვალ, არც ცალკეული წევრი სახელმწიფოების ინტერესებს ლახავენ. ნიშანდობლივია, რომ ეროვნული ინტერესების რაც უფრო მგრძნობიარე სფეროებს ეხება ინტეგრაციის პროცესი, მით მეტი ხარისხით ეს უფლებამოსილებები სწორედ სახელმწიფოთაშორისი თანამშრომლობის ორგანოების ხელში იყრის თავს.³¹

5. ევროპის კავშირის დონეზე მიღებული გადაწყვეტილებების იძულებითი აღსრულების ეფექტიანი მექანიზმი. ევროპის სამართლებრივ სისტემას ხშირად მიიჩნევენ როგორც ყველაზე წარმატებულ სფეროს

ეკ-ის ინტეგრაციის ყველა სხვა სფეროს შორის, რომელიც, ეროვნული სუვერენიტეტის შეზღუდვის კუთხით, სხვებზე უფრო შორს წავიდა, საერთოევროპული ამოცანების მიღწევის მიზნიდან გამომდინარე. თუკი ევროკავშირი, მთლიანობაში, შეიძლება დასახიათებელი იქნას როგორც საერთაშორისო ორგანიზაცია, სამართლის პერსპექტივის თვალსაზრისით, იგი უფრო მეტად მოქმედებს როგორც ფედერალური სისტემა. იმ ფონზე, როდესაც საერთაშორისო ორგანიზაციები, უმთავრესად, ეროვნული მთავრობების ნებაყოფლობით თანამშრომლობას ეფუძნება და მათ არ გააჩნიათ წევრ სახელმწიფოებზე ზემოქმედების ეფექტიანი სასამართლო მექანიზმი, საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესრულების იძულების მიზნით, ევროპის კავშირში მისი ხელშეკრულებების დარღვევა შეიძლება სასამართლო წესით იქნას გასაჩივრებული საერთაშორისო სასამართლო სისტემის მეშვეობით, რომლის სათავეშიც უჩვეულოდ გავლენიანი ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლო დგას. ამასთან, კავშირის სამართალს უპირატესი იურიდიული ძალა აქვს წევრი ქვეყნების ეროვნული სამართლის მიმართ. ცალკეულ პირებს შეუძლიათ ეკ-ის სამართალთან შესაბამისობის საკითხი გაასაჩივრონ როგორც ლუქსემბურგის სასამართლოში, ისე თავიანთ ეროვნულ სასამართლოებში.³² შედეგად: (1) ევროკავშირის სამართლის ნორმები ეფექტიანად ხორციელდება მონაწილე ქვეყნების ეროვნული სამართლებრივი სისტემების მეშვეობით; (2) ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლო უზრუნველყოფს ეფექტიან კონტროლს ეროვნულ მთავრობებზე, კავშირის დონეზე მიღებული გადაწყვეტილებების შესრულების კუთხით. სწორედ იგია აღჭურვილი უფლებამოსილებით, აიძულოს სახელმწიფოები, – დაიცვან და შეასრულონ ევროკავშირის სამართლის ნორმები, რაც გამოიხატება როგორც მისი იურისდიქციის სავალდე-

31 იხ. Примова, Э. Н. (2013). Соотношение национального и наднационального начал в Евросоюзе. Вестник Московского университета. Серия 12, Политические науки, 5, 46.

32 იხ. Ерофеенко, Л. В. (2016). Наднациональный аспект в праве Европейского Союза. Юридичний науковий електронний журнал, 6, 244-247.

ბულობაში წევრი ქვეყნებისთვის, ისე მის უფლებებში, – გამოიყენოს ფინანსური სანქციები იმ სახელმწიფოს მიმართ, რომელიც სასამართლოს გადაწყვეტილებას უგულვებელყოფს.³³

6. ევროპის კავშირის ფინანსური ავტონომია. საგულისხმოა, რომ კავშირი ჯერ კიდევ 1970-იანი წლების დასაწყისიდან გადავიდა „საკუთარი რესურსებით“ დაფინანსებაზე; ამ რესურსების კატეგორიებს (ახლის შემოღებას ან არსებულის გაუქმებას) ევროკავშირის საბჭოს სპეციალური ნორმატიული აქტი (გადაწყვეტილება საკუთარი რესურსების სისტემის შესახებ) განსაზღვრავს, რომელიც შეიძლება ძალაში შევიდეს მხოლოდ ყველა წევრი სახელმწიფოს მიერ რატიფიკაციის შემდეგ. მისი მომზადების საქმეში ევროპის პარლამენტის როლი წმინდა კონსულტაციური ხასიათისაა (იხ. ხელშეკრულება ეკ-ის ფუნქციონირების შესახებ, მუხ. 311, მესამე აბზაცი). კავშირის „საკუთარი რესურსები“ დღეისთვის ორ ძირითად წყაროს მოიცავს:³⁴ (1) შემოსავლები მესამე ქვეყნებთან საგარეო ვაჭრობიდან, საერთო საბაჟო ტარიფის გადასახადების და ეკ-ის ინსტიტუტების სამართლებრივი აქტებით დადგენილი სხვა გადასახადებისა და მოსაკრებლების სახით (ანტიდემპინგური გადასახადები და სხვ.); (2) შენატანები მონაწილე სახელმწიფოების მხრიდან, რომლებიც ორი სკალის საფუძველზე განისაზღვრება: წევრ ქვეყნებში გადახდილი დამატებული ღირებულების გადასახადთან მიმართებით ერთგვაროვანი განაკვეთის საფუძველზე (ე.წ. „დღგ-ს რესურსი“) და მთლიანი შიდა პროდუქტის მოცულობიდან გამომდინარე (ე.წ. „მშპ-ს რესურსი“, რომელიც თანამედროვე ეტაპზე ეკ-ის ბიუჯეტის შემოსავლების ძირითად წყაროს წარმოადგენს). ბუნებრივია,

„თვითდაფინანსებაზე“ გადასვლასთან ერთად, ეროვნულმა პარლამენტებმა დაკარგეს ევროკავშირის ბიუჯეტის საშემოსავლო ნაწილის კონტროლირების უფლება. შედეგად, „... „ევროპული“ ბიუჯეტი მთლიანად დაუსხლტა ხელიდან საპარლამენტო კონტროლს. საკუთარი სახსრების მიღებით კავშირმა სრული ფინანსური ავტონომია მოიპოვა“.³⁵

ამრიგად, თუ ევროპული გამოცდილების განზოგადებას მოვახდენთ და სუპრანაციონალურობას უნივერსალურ ასპექტში შევხედავთ, იგი შეიძლება გაგებული იქნას როგორც საერთაშორისო ორგანიზაციის ფარგლებში, ინტერესთა ერთიანობის საფუძველზე, სახელმწიფოთაშორისი თანამშრომლობის ეფექტიანი ორგანიზებისა და საქმიანობის ფორმა, რომლის დროსაც ამ ინტერესების მომსახურე ხელისუფლება გარკვეული ხარისხის ავტონომიას იძენს, მონაწილე ქვეყნების მიერ, დამფუძნებელი ხელშეკრულების შესაბამისად, მისთვის შიდასახელმწიფოებრივი უფლებამოსილებების ნაწილის გადაცემის (დათმობის) ხარჯზე, რის შედეგადაც მის გადაწყვეტილებებს, ეროვნულ მართლწესრიგში წინასწარი ტრანსფორმაციის გარეშე, ზოგადსავალდებულო ნორმატიული ხასიათი და პირდაპირი მოქმედება ენიჭება არა მარტო წევრი ქვეყნების, არამედ მათი ფიზიკური და იურიდიული პირების მიმართაც, რაც იძულებითი აღსრულების ქმედითი მექანიზმებითაა უზრუნველყოფილი; ამასთან, მნიშვნელოვანი მოცულობის დამოუკიდებელი საგანმკარგულებლო უფლებამოსილებებით აღჭურვილი სუპრანაციონალური ხელისუფლება იერარქიულად უფრო მაღლა დგას, ვიდრე სახელმწიფო ხელისუფლება, შესაბამისად, მისი სამართალიც უპირატესი იურიდიული ძალით სარგებლობს ეროვნულ სამართალთან მიმართებით.

33 იხ. Исполинов, А. С. (2017). Исполнение решений международных судов: теория и практика. Международное правосудие, 1, 59.

34 იხ. Beschluss des Rates vom 26. Mai 2014 über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union (2014/335/EU, Euratom). Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 168, vom 7/6/2014, S. 105-111.

35 იხ. Маклаков, В. В. (1996). Конституции зарубежных государств. Москва, XV.

ევროპის კავშირის იურიდიული ბუნების შესახებ

იმის გათვალისწინებით, რომ ეკ ვერ ეწერება საერთაშორისო ორგანიზაციების კლასიკურ კონცეფციაში, საერთაშორისო სამართლის ლიტერატურაში დღემდე აქტიურად მიმდინარეობს დისკუსიები კავშირის სამართლებრივი სტატუსისა და მისი სამართლის იურიდიული ბუნების შესახებ. მეცნიერები აქამდე ვერ ახერხებენ საერთო აზრამდე მისვლას იმის თაობაზე, თუ რას წარმოადგენს ევროკავშირი. ეს, მნიშვნელოვანწილად, იმ გარემოებითაცაა განპირობებული, რომ ეკ-ის დამფუძნებელი აქტები მისი სამართლებრივი ხასიათის არანაირ განმარტებას არ შეიცავს, რაც მრავალი და ერთმანეთისგან საკმაოდ განსხვავებული კონცეფციის წამოყენებას იწვევს.

ამასთან დაკავშირებით შეიძლება გამოიყოს ევროპული ინტეგრაციის განვითარების პროცესში ჩამოყალიბებული სამი ძირითადი კონცეფცია, რომლებიც კავშირის არსს ახასიათებს. პირველი კონცეფცია ეკ-ს განიხილავს როგორც ფედერაციას (ან კონფედერაციას) (ე.წ. სახელმწიფოებრივი ანუ „კონსტიტუციური“ კონცეფცია); მეორე მათგანი ევროკავშირს ახასიათებს როგორც საერთაშორისო რეგიონულ ორგანიზაციას (ე.წ. საერთაშორისოსამართლებრივი, ანუ „სამთავრობათაშორისი“ კონცეფცია), ხოლო მესამე კონცეფცია კი იქიდან ამოდის, რომ ეკ განსაკუთრებული სახის (sui generis) საერთაშორისო ორგანიზაციას წარმოადგენს (ე.წ. „სინთეზის კონცეფცია“). მოკლედ მიმოვიხილოთ თითოეული მათგანი.

გაერთიანებული ევროპის, როგორც ფედერაციული წარმონაქმნის, განვითარების იდეა არაერთხელ წამოჭრილა სამეცნიერო და პოლიტიკურ დისკუსიებში.³⁶

36 იხ., მაგალითად: Curtin, D. (1993). The Constitutional Structure of the Union, a Europe of Bits and Pieces. *Common Market Law Review*, Vol. 30, 17-69; (1992). *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union*. Von Dr. jur. Stewing, C. Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 121; Сиджански, Д. (1998). *Федералистское*

„ფედერალისტები“ თვლიან, რომ ევროკავშირს გააჩნია ფედერაციული ტიპის სახელმწიფოს მსგავსი წარმონაქმნის მრავალი მახასიათებელი. ძირითადად, ესენია: (1) კავშირის ინსტიტუტების ზესახელმწიფოებრივი ხასიათის აღიარება; (2) ეკ-ის დამფუძნებელი ხელშეკრულებების კონსტიტუციური ბუნების ხაზგასმა; (3) ევროკავშირის ინსტიტუტებსა და ეროვნულ მთავრობებს შორის თანამშრომლობის ფედერალურ საწყისებზე ფაქტობრივი ორგანიზება, მათ შორის ევროპის კავშირის სამართლისა და წევრი ქვეყნების შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის ურთიერთმიმართების საკითხის გადაწყვეტისას ფედერაციული „მოდელის“ გამოყენება. ეკ-ის იურიდიული ბუნებაში ფედერაციული ნიშნების არსებობაზე საუბრისას, უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ დასავლეთის მეცნიერებაში ასევე არსებობს მოსაზრება, რომ იგი სუპრანაციონალურ ფედერაციას წარმოადგენს.³⁷

ევროკავშირის ფედერაციასთან შედარებისას, პირველ რიგში, გასათვალისწინებელია, რომ ფედერაცია – არის სახელმწიფო, ხოლო კავშირი კი სახელმწიფო არ არის; კავშირი არაა სუვერენული წარმონაქმნი და მისი ხელისუფლება საბოლოოდ მაინც წარმოებული ხასიათისაა; მას არ აქვს საკუთარი ტერიტორია, გარდა დამფუძნებელ ხელშეკრულებებში, ამ უკანასკნელთა გამოყენების (მოქმედების) მიზნით, პირობითად განსაზღვრული ტერიტორიისა; მას არც საკუთარი მოქალაქეობა გააჩნია, ვინაიდან, ეკ-ის შესახებ ხელშეკრულების მე-9 მუხლის თანახმად, კავშირის მოქალაქე არის ყველა ის პირი, რომელსაც წევრი ქვეყნის მოქალაქეობა აქვს. კავშირის მოქალაქეობა ემატება ეროვნულ მოქალაქეობას და არ ცვლის მას; ევროკავშირში ხელისუფლების წყარო არის არა ხალხი, არამედ წევრ სახელმწიფოთა მთავრობები, რომლებიც კავშირის

будущее Европы: от Европейского сообщества до Европейского союза. М. და სვ. 37 იხ. Bogdandy, A. Von. (2006). *The European Union as a Supranational Federation: a Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*. *Columbia Journal of European Law*, Winter. L., 127-159.

ირაკლი პაპავა

ინსტიტუტებს, საკუთარი შეხედულებისამებრ, გადასცემენ გარკვეული სუვერენული უფლებებისა და უფლებამოსილებების განხორციელების უფლებას, რაც აუცილებელია მისი მიზნების მისაღწევად და შესაბამება წევრი ქვეყნების ინტერესებს (ამაზე პირდაპირ მიუთითებს კომპეტენციათა მინიჭების პრინციპი), ამიტომ კავშირს არ გააჩნია სხვა უფლებამოსილებები, გარდა იმისა, რაც ეკ-ის შესახებ ხელშეკრულებითაა განსაზღვრული; მას არ გააჩნია ე.წ. „კომპეტენციათა დადგენის კომპეტენცია“ („Kompetenz-Kompetenz“); კავშირის შემადგენლობაში გაერთიანებულ ქვეყნებს აქვთ ევროკავშირიდან გასვლის უფლება.³⁸

იურიდიულ და, განსაკუთრებით, პოლიტოლოგიურ მეცნიერებაში საკმაოდ პოპულარულია ევროპის კავშირის სამართლებრივი ბუნების კონფედერაციასთან დაკავშირება.³⁹ ამ კონცეფციის თანახმად, კავშირი განიხილება როგორც საერთაშორისო გაერთიანება ქვეყნებისა, რომლებიც, წინასწარ შეთანხმებული მიზნების მისაღწევად, საკუთარი სუვერენული (მათ შორის შინაგან საქმეებთან დაკავშირებული) უფლებების ნაწილის კავშირის კოლექტიურ განკარგულებაში გადაცემას ახდენენ, – ისე, რომ, ამასთან, ინარჩუნებენ თავიანთ დამოუკიდებლობას. უახლესი სამეცნიერო მიდგომების თანახმად, სახელმწიფოთა ასეთი საერთაშორისო გაერთიანება ზოგჯერ განიხილება როგორც

ქვეყნების თანამედროვე კონფედერაცია.⁴⁰

თუმცა, ეკ-ისთვის ნიშანდობლივი კონფედერაციის გარკვეული მახასიათებლების მიუხედავად, ასეთი დასკვნა ასევე უსაფუძვლოა შემდეგი გარემოებების გამო: კონფედერაციისგან განსხვავებით, ევროპის კავშირი დროებითი წარმონაქმნი კი არა, განუსაზღვრელი ვადით შექმნილი ორგანიზაციაა; კავშირი ფუნქციონირებს სამართალშემოქმედებითი და სასამართლო ორგანოების ბაზაზე, რომლებსაც გააჩნიათ რეალური და არა საკოორდინაციო და საკონსულტაციო (როგორც ეს კონფედერაციაშია) უფლებამოსილებები; ეკ-ს აქვს საკუთარი სრულფასოვანი სამართლებრივი, სავალუტო და ფინანსური სისტემა, რაც კონფედერაციისთვის არაა დამახასიათებელი; მისთვის დამახასიათებელი არ არის არც მოქალაქეობის (თუნდაც სუბსიდიარული ხასიათის მქონეს) არსებობა, ხელისუფლების ორგანოების წევრი ქვეყნების მოსახლეობის მიერ პირდაპირი არჩევნები, საზღვრების გამჭვირვალობა და ა.შ., როგორც ეს ეკ-ის ფარგლებში ხდება.

ევროკავშირის საერთაშორისოსამართლებრივი ხასიათის კონცეფციას საკმაოდ მრავალი მეცნიერი იზიარებს,⁴¹ ამასთან, საერთაშორისო სამართლის მეცნიერების ზოგიერთი წარმომადგენელი იცავს პოზიციას, რომლის მიხედვითაც, ევროპის კავშირი არის სუპრანაციონალური,⁴² რეგიონული⁴³

38 ეკ-ის ფედერაციული სახელმწიფოსგან განმასხვავებელი ნიშნების შესახებ დაწვრ. იხ. ხუბუა გ. (2000). ფედერალიზმი, როგორც ნორმატიული პრინციპი და პოლიტიკური წესრიგი, თბ., 57; Bleckmann, A. (1997). *Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften* (6. Auflage). Köln-Berlin-Bonn-München, 76-79; Галушко, Д. В. (2018). Взаимодействие права Европейского союза с правом государств-членов и третьих стран: монография. Воронеж: Издательский дом ВГУ, 19-20.

39 იხ., მაგალითად, Hughes, Chr. (1990). *Confederacies*. Leicester, 34; Ушаков, Н. М. (1997). Государство в системе международно-правового регулирования. М., 52-53; Чиркин, В. Е. (2001). Федерализм и федеративное государство. Федерализм: теория, институты, отношения (сравнительно-правовое исследование). Отв. ред. Топорнин, Б. Н. Москва, 23.

40 იხ., მაგალითად, Лазарев, Б. М. (1990). Федерация или конфедерация. Новый союзный договор: поиск решений. Под ред. Лазарева, Б. М. Москва, 56.

41 იხ.: Schermers, H. G. (1980). *International institutional law*. Rockville: Sijthoff & Noordhoff, 27-33; (2006). Wyatt and Dashwood's *European Union law*/Arnulf, A., Dashwood, A., Ross, M. G., Wyatt, D. A., Spaventa, E., & Dougan, M. London: Sweet and Maxwell.

42 იხ.: არნოლდი, supra სქოლიო 6, გვ. 3; Schermers, H. G. (1980). *International institutional law*. Rockville: Sijthoff & Noordhoff, 27-33; Steiner, H. J., Vagts, D. F., Koh, N. H. (1994). *Transnational legal problems. Materials and Texts*. (4th ed.). N.Y.: The foundation press, 1082; (1999). *Международное право: учебник*. Отв. ред. Колосов, Ю. М., Кузнецов В. И. Москва, 191; Лукашук, И. И. (1997). *Международное право. Особенная часть: учебник*. М., 96 და სხვ.

43 იხ.: Шреплер, Х.-А. (1995). *Международные организации: справочник*. М., 151-167; (2006).

საერთაშორისო ორგანიზაცია. საკუთარი პოზიციის დასადასტურებლად აღნიშნული კონცეფციის მომხრეები იმ ფაქტზე მიუთითებენ, რომ ეკ-ის მართლწესრიგი თავის დასაბამს საერთაშორისო საჯარო სამართლიდან იღებს. კავშირის სამართალსა და საერთაშორისო სამართალს ბევრი რამ აქვთ საერთო, რადგან მათი ნორმები, უპირველეს ყოვლისა, სუვერენულ სახელმწიფოებს შორის ურთიერთობებს არეგულირებს. წევრმა ქვეყნებმა, რომლებიც დამფუძნებელი ხელშეკრულებების „მშობლები“ არიან, მოლაპარაკებები გამართეს, ხელი მოაწერეს და ყველა საერთაშორისო ხელშეკრულების რატიფიცირება მოახდინეს, სამართლებრივი საფუძველი ჩაუყარეს ევროპის ინტეგრაციული გაერთიანებების საქმიანობას. ეკ-ის კომპეტენცია არ აძლევს მას შესაძლებლობას, გააუქმოს საკუთარი დამოკიდებულება წევრ სახელმწიფოებზე, რომლებსაც, თავიანთი მხრივ, ნებისმიერ დროს შეუძლიათ მიიღონ გადაწყვეტილება გაერთიანების ხასიათისა და მისი უფლებაუნარიანობის შეცვლის შესახებ. ის ფაქტი, რომ ევროკავშირს გააჩნია სუპრანაციონალურობის ელემენტების მქონე სახელმწიფოთაშორისი გაერთიანების ნიშნები და რომ იგი ცდილობს შექმნას „ევროპის ხალხთა სულ უფრო მჭიდრო კავშირი“ (იხ. ხელშეკრულება ეკ-ის შესახებ, მუხლი 1), არ უარყოფს, რომ წევრი ქვეყნები განაგრძობენ სუვერენული სახელმწიფოების ყველა კრიტერიუმის დაკმაყოფილებას და ასეთებად რჩებიან ისინი აღიარებულნი საერთაშორისო სამართლის სხვა სუბიექტების მიერ. გარდა ამისა, ეკ-ის საერთაშორისოსამართლებრივი არსის სასარგებლოდ მეტყველებს მისი წევრობის ინსტიტუტიც.

ევროპის კავშირის არსის კიდევ ერთ დახასიათებას წარმოადგენს მისი განსაკუთრებული ხასიათის (როგორც *sui generis* ორგანიზაციის) კონცეფცია (იგივე „სინთეზის კონცეფცია“).⁴⁴ ამ კონცეფციის მომხრეები,

კავშირის საერთაშორისო ორგანიზაციებთან შედარებისას, ყურადღებას მათ შორის არსებულ განსხვავებებზე ამახვილებენ. ჩვეულებრივ, ისინი ეყრდნობიან ისეთ არგუმენტს, როგორცაა ნორმათემოქმედებით სფეროში წევრი ქვეყნების მიერ თავიანთი საკვანძო უფლებამოსილებების ნაწილის გადაცემა ევროკავშირის ინსტიტუტებისთვის, რამაც შექმნა სათანადო წინაპირობები წევრი სახელმწიფოების ეროვნული სამართლის ნორმებთან მიმართებით კავშირის სამართლის ნორმების პრიმატისთვის. ეკ-ის ფუნქციონირებისთვის დამახასიათებელია ასევე მისი სამართლის მრავალი დებულების პირდაპირი მოქმედება, რომლებიც განმტკიცებულია დამფუძნებელ ხელშეკრულებებში, ევროპის კავშირის ინსტიტუტების მიერ რეგლამენტების, დირექტივების და გადაწყვეტილებების ფორმით მიღებულ დადგენილებებში, მესამე ქვეყნებთან დადებულ შეთანხმებებში და ამ შეთანხმებების საფუძველზე შექმნილი თანამშრომლობის ორგანოების აქტებში. ეს კი იწვევს საზღვრების ფაქტობრივ მოშლას კავშირის სამართალსა და წევრი სახელმწიფოების ეროვნულ სამართალს შორის. ეკ-ის სამართლის პირდაპირი ზემოქმედების წყალობით, წევრი ქვეყნების ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს შესაძლებლობა აქვთ, დაიცვან დამფუძნებელი დოკუმენტებისა და კავშირის ორგანოების დადგენილებების ნორმებით მათთვის მინიჭებული უფლებები უშუალოდ ლუქსემბურგის სასამართლოსა (კონკრეტულად, – საერთო სასამართლოსა) და თავიანთი ქვეყნების ეროვნულ სასამართლოებში.⁴⁵

ზოგიერთი მეცნიერის აზრით, არსებულ მოცემულობაში ევროპის კავშირის *sui generis* ორგანიზაციად აღიარება სიტუაცი-

Is Sui Generis About the European Union? Costly International Cooperation in a Self-Contained Regime. *International Studies Review*, 14 (3), 367-385; Weatherill, S., Beaumont, P. (1995). *EC Law*. (2nd ed.). London: Penguin Books; Топорнин, *supra* სქოლიო 13; Галушко, Д. В. (2020). Юридическая сущность Европейского Союза в современных реалиях. *ВЕСТНИК ВГУ. СЕРИЯ ПРАВО*, 1 Январь-Март, 234-241 და სხვ.

Европейское право: учебник. Под общ. ред. Энтина, Л. М. Москва; Капустин, А. Я. (2000). *Европейский союз: интеграция и право*. М., 36.

44 *ib. Pescatore*, P. (1983). The doctrine of direct effect: an infant disease of community law. *European Law Review*, Vol. 8, 155-177; Phelan, W. (2012). What

45 *ib. Горниг*, Г. (2005). *Право Европейского союза*. СПб., 112.

იდან გამოსავლელ ყველაზე მარტივ გზას წარმოადგენს, რომელსაც ევროინტეგრაციის მრავალი მკვლევარი ირჩევს.⁴⁶ მიგვაჩნია, რომ კავშირის ამგვარი დახასიათება ყველაზე მეტად შეესაბამება ევროპის ინტეგრაციული პროცესების განვითარების თანამედროვე რეალობას. ეკ უნიკალური წარმონაქმნია, რომელმაც საკუთარი მართლწესრიგი შექმნა, რომელიც, თავის მხრივ, მოიცავს როგორც საერთაშორისოსამართლებრივ, ისე შიდასახელმწიფოებრივ პრინციპებს და მექანიზმებს. იგი გვევლინება როგორც სუპრანაციონალური ელემენტების მქონე საერთაშორისო ორგანიზაცია, რომელიც, რეგიონული ინტეგრაციული პროცესების შედეგად, საერთაშორისო ხელშეკრულების დადების გზითაა შექმნილი და რომელსაც წევრმა ქვეყნებმა ნებაყოფლობით გადასცეს თავიანთი სუვერენული უფლებების ნაწილი, რომელთა განხორციელებაც მის ინსტიტუციურ მექანიზმს ეკისრება. თუმცა აქვე ისიც უნდა გვახსოვდეს, რომ მოცემულ ეტაპზე ევროპის კავშირის იურიდიული ბუნების საკითხის საბოლოო გადაწყვეტა, ფაქტობრივად, შეუძლებელია, ვინაიდან იგი ჯერ კიდევ საკუთარი განვითარების პროცესში იმყოფება.

დასკვნა

თანამედროვე ეპოქაში სახელმწიფოთაშორისი თანამშრომლობის დონეზე სუპრანაციონალური რეგულირების საკითხები განსაკუთრებულ აქტუალურობას იძენს. ეს, ძირითადად, დაკავშირებულია ქვეყნების სწრაფვასთან, სუპრანაციონალური სტრუქტურებისა და ორგანოებისთვის თავიანთ კომპეტენციათა ნაწილის გადაცემის შედეგად, ერთი მხრივ, შეინარჩუნონ ზენაციონალური და ეროვნული საწყისების ხელსაყრელი ბალანსი, მეორე მხრივ კი, მაქსიმალურად ეფექტიანად გამოიყენონ

რეგულირების სუპრანაციონალური მექანიზმები საკუთარი მიზნებისთვის.

ევროპის გაერთიანებისა და ევროკავშირის ფარგლებში, ევროპული ინტეგრაციის პროცესის უნიკალური გამოცდილება მომეტებულ ყურადღებას ამ სფეროში სწორედ სუპრანაციონალური მექანიზმის ფორმირებისა და ფუნქციონირების თვალსაზრისით იპყრობს. შესაბამისად, საერთაშორისო სამართალში დღეისთვის სწორედ ეკ ითვლება სუპრანაციონალურობის თვისებების გამოვლენის ყველაზე თვალსაჩინო მაგალითად. ამასთან, აღნიშნული მოვლენის სწორედ მის მაგალითზე განხილვა აჩვენებს, რომ სუპრანაციონალურობას არა მარტო გააჩნია თავისი ფარგლები, არამედ მისი არსებობა მხოლოდ მაშინაა შესაძლებელი, როდესაც ეს მონაწილე ქვეყნების ინტერესებს შეესაბამება. იგი, პირველ რიგში, საერთაშორისოსამართლებრივი მოვლენაა და მის რეალიზაციაში მთავარ როლს სახელმწიფოები ასრულებენ. მხოლოდ ეროვნულ დონეზე წყდება სუპრანაციონალურობის ხარისხის გაზრდის ან შემცირების საკითხი, იმისდა მიხედვით, ინტეგრაციის პროცესი კონკრეტულ ეტაპზე საჭიროებს თუ არა სიღრმეში ან სიგანეში განვითარებას.

როგორც ჩანს, თანამედროვე ევროპაში შესაძლებლობა გვაქვს, თვალი მივადევნოთ საერთაშორისო სამართლის ერთგვარი უზენაესობის, ალბათ, ერთადერთ პრეცედენტს, რომელსაც ეკ-ში სუპრანაციონალური ხასიათი გააჩნია. მის ფარგლებში ჩამოყალიბებული ერთიანი სამართლებრივი სივრცე ავტონომიურ მართლწესრიგს წარმოადგენს, რომელიც თავისი თვისობრივი პარამეტრებით არც მონაწილე ქვეყნების ეროვნული სამართლებრივი სისტემების იდენტურია და არც საერთაშორისო სამართლის.

ის ფაქტი, რომ, ტრადიციული საერთაშორისო ორგანიზაციებისგან განსხვავებით, ევროკავშირში განსაკუთრებით ბევრმა სუპრანაციონალურმა თვისებამ მაღალი დონით და ინტენსიურობით მოიყარა თავი, განაპირობებს, რომ „კავში-

46 იხ. Четвериков, А. О. (1999). Основные органы Европейского Союза: Конституционно-правовой аспект. дис. ... канд. юридических наук. М., 41.

რი იკავებს ადგილს სადღაც სუვერენული ქვეყნების საერთაშორისო ორგანიზაციას და ეროვნულ სახელმწიფოს შორის“, როდესაც მსგავსი „საშუალო მდგომარეობა“ რთულია კლასიკური საერთაშორისო სამართლის ტერმინებით გადმოსცე და გამოხატო.⁴⁷ შესაბამისად, არსებულ მოცემულო-

ბაში, ევროპის კავშირის სამართლებრივი ბუნებისა და არსის შეფასებისას, მიზანშეწონილია, რომ იგი განხილული იქნას როგორც სუპრანაციონალურობის ელემენტების მქონე განსაკუთრებული ხასიათის (sui generis) საერთაშორისო ორგანიზაცია.

47 ob. Shütze, R. (2018). *European Union Law* (2nd ed.). NY: Cambridge University Press, 43.

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. ფირცხალაშვილი, ა. (2018). ეროვნული სამართლის ინტერნაციონალიზაციიდან საერთაშორისო სამართლის კონსტიტუციონალიზაციამდე. საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი, 1, 43-53.
5. Calliess, Chr. (2010). *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*. Tübingen: Mohr Siebeck.
6. Draft Treaty embodying the Statute of the European Community (adopted by the Ad Hoc Assembly, in Strasbourg on 10 March 1953). Information and official documents of the Constitutional Committee, October 1952 – April 1953. Paris: Secretariat of the Constitutional Committee, 1953. pp. 53-143. http://aei.pitt.edu/991/1/political_union_draft_treaty_1.pdf (29/10/2020).
7. ECJ. Case 294/83, Parti ecologiste «Les Verts» v. European Parliament, Judgement of 23 April 1986.
8. ECJ. Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA. Judgment 9 March 1978.
9. (1987). Fact sheets on the European Parliament and the activities of the European Community. Luxembourg.
10. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para 218, pp. 112-113. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (26/10/2020).
11. Hay, P. (1996). Federalism and supranational organisations. Patterns for new legal structures.
12. Kaiser, J. H. (1980). Grenzen der EG-Zuständigkeit. In: Zeitschrift für Europarecht 1980, 97ff.
13. Köck, H. F. (1988). Die “implied powers“ der Europäischen Gemeinschaften als Anwendungsfall der “implied powers“ internationaler Organisationen überhaupt. Festschrift für J. S. Hohenveldern. Köln.

14. Sweet, A. S., Caporaso, J. A. (1998). From Free Trade to Supranational Polity: the European Court and Integration. European Integration and Supranational Governance. Ed. by Sandloltz, W. & Sweet. A. S. N.Y.
15. Василенко, В. А. (1988). Основы теории международного права. Киев.
16. Мещерякова, О. М. (2010). Наднациональные международные организации и проблема суверенитета государств-членов. Московский журнал международного права, 2, 37-47.
17. Ушаков, Н. А. (1988). Проблемы теории международного права. М.
18. Хартли, Т. К. (1998). Основы права Европейского Сообщества. Введение в конституционное и административное право Европейского Сообщества/перевод с англ. и научная редакция В. Г. Бенды. М.: ЮНИТИ, Закон и право; Будапешт.
19. <https://europa.eu> – ევროპის კავშირის ოფიციალური ვებგვერდი.
20. <https://curia.europa.eu> – ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს ოფიციალური ვებგვერდი.
21. <https://ec.europa.eu> – ევროპის კომისიის ოფიციალური ვებგვერდი.

SUPRANATIONAL ASPECTS IN THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION

Irakli Papava

*Master of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University,
International Law Expert, lawyer at the Democratic
Development Union of Georgia*

KEYWORDS: European Union Law, Supranationality, National law of the member states

RESUME

The article is an attempt based on a generalization of the experience of the European Union (EU), to identify the essential characteristic of supranationality in the context of the interaction of international law with domestic law, to assess the legal nature of the EU and to offer the reader an authorial definition of “supranationality”.

The general conclusion of the paper is that supranationality should be understood as an effective form of interstate cooperation and activity within the international organization, based on unity of interests, in which the authority serving these interests receives some degree of autonomy from the participating countries by transferring (conceding) part of their internal powers to it. As a result, its decisions, without prior transformation into domestic law, have a general normative character and direct effect not only on member states, but also on their natural and legal persons, which is ensured by effective enforcement mechanisms. At the same time, the supranational level, which has a considerable number of independent regulatory powers, is hierarchically higher than inter-state level, therefore, its law also has primacy over the national law.

Besides, within the framework of the article, particular attention is paid to description of main approaches that characterize the legal essence of the European Union. The author expresses an opinion on the appropriateness of understanding the EU as an international organization of a special kind (*sui generis*), which combines elements of classical international organizations with supranational features in its functioning.

NOTES:

1. Arnold, R. (2014). Constitutional Court and European Integration: The German Experience. *Review of Constitutional Law*, VI, 3-13 (In Georgian)
2. Bezborodov, Y. (2017). Supranationality, sovereignty and convergence: the ratio of legal categories. *Electronic supplement to the Russian juridical journal*, 1, 5-17 (In Russian)
3. Bleckmann, A. (1997). *European law: The law of the European Union and the European Communities*. (6th ed.). Cologne-Berlin-Bonn-Munich (In German)
4. Bogdandy, A. Von. (2006). The European Union as a Supranational Federation: a Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty. *Columbia Journal of European Law*, Winter. L., 127-159 (In English)
5. Bregadze, R. (2005). Material Supranationalism in European Law. *Review of Georgian Law*, Vol. 8, N3-4, 336-356 (In Georgian)
6. Chetverikov, A. O. (1999). The main organs of the European Union: Constitutional and legal aspect. PhD diss. Moscow (In Russian)
7. Chirkin, V. E. (2017). Supranational law: main features. *Journal of Russian Law*, 2, 131-137 (In Russian)
8. Chirkin, V. E. (2001). Federalism and the federal state. *Federalism: theory, institutions, relations (comparative legal research)*. Moscow (In Russian)
9. Curtin, D. (1993). The Constitutional Structure of the Union, a Europe of Bits and Pieces. *Common Market Law Review*, Vol. 30, 17–69 (In English)
10. ECJ. Case 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Judgment of 15 July 1964. (In English)
11. ECJ. Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Judgment of 17 December 1970. (In English)
12. ECJ. Case 48/71, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, Judgment of 13 July 1972 (In English)
13. ECJ. Case 14/68, *Walt Wilhelm and others v. Bundeskartellamt*, Judgment of 13 February 1969 (In English)
14. Entin, L. M. (2009). *European Union Law. A new stage of evolution: 2009–2017 years*. Moscow (In Russian)
15. 2014/335/EU, *Euratom: Council Decision of 26 May 2014 on the system of own resources of the European Union*. OJ L 168, 7/6/2014, pp. 105–111 (In German)
16. Erofeenko, L. V. (2016). The supranational aspect in the law of the European Union. *Legal Science Electronic Journal*, 6, 244-246 (In Russian)
17. (1999). *European Union Law: Documents and Commentary*. Ed. by Kashkin S. Y. Moscow (In Russian)

18. (2006). European law: textbook. Under the general ed. Entin L. M., Moscow (In Russian)
19. Feshchenko, A. S. (1988). The phenomenon of supranationality in the activities of international organizations. Sov. yearbook of international law. 1987 (In Russian)
20. Galushko, D. V. (2018). Relationships between EU law and law of member-states and third countries: monograph. Voronezh State University. Voronezh: Publishing House of VSU (In Russian)
21. Galushko, D. V. (2020). The legal essence of the European Union in modern realities. VSU BULLETIN. LAW SERIES, 1 (January – March), 234-241 (In Russian)
22. Gornig, G. (2005). The EU Law. St. Petersburg: Piter (In Russian)
23. Hohenveldern, J. S. (1980). International law. Cologne-Berlin-Bonn-Munich (In German)
24. Hughes, Chr. (1990). Confederacies. Leicester (In English)
25. (1999). International law: textbook. Rev. ed. Kolosov Y. M. , Kuznetsov V. I. Moscow (In Russian)
26. Ispolinov, A. (2017). Compliance with the judgments of international courts: theory and practice. Mezhdunarodnoe pravosudie [International Justice], 1, 45–67 (In Russian)
27. (1999). European Union Law: Documents and Commentary. Ed. by Kashkin S. Y., Moscow (In Russian)
28. Kapustin, A. Y. (2001). International and legal problems of the nature and force of law of the European Union. PhD diss. Moscow (In Russian)
29. Kapustin, A. Y. (2000). European Union: Integration and Law. Moscow (In Russian)
30. Khubua, G. (2000). Federalism as Normative Principle and Political Order. Tbilisi (In Georgian)
31. Klabbbers, J. (2017). International Law. (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press (In English)
32. Klemin, A. V. (1992). Once again about the competence of the European communities. Moscow Journal of International Law, 4, 117-128 (In Russian)
33. Korolev, M. A. (1997). Supranationality from the Perspective of International Law. Moscow Journal of International Law, 2, 3-20 (In Russian)
34. Kunz, J. L. (1952). Supra-National Organs. The American Journal of International Law, Vol. 46, No. 4 (Oct., 1952), 690-698 (In English)
35. Kuznetsov, V. I. (1981). Problems of Theory and Practice of International Law in the Processes of European Economic Integration. Moscow (In Russian)
36. Lazarev, B. M. (1990). Federation or confederation. New union treaty: search for solutions. Ed. by Lazarev B. M. Moscow (In Russian)
37. Lasok, D., Bridge, J.-W. (1982). Introduction to the law of the European Communities. Londres, Butterworths (In English)
38. Lifshitz, I. M. (2019). Problem of Classification of the European Union Law as a Legal System. Actual Problems of Russian Law, 11, 153-162 (In Russian)
39. Lukashuk, I. I. (1997). International law. Special part: textbook. Moscow (In Russian)
40. Maklakov, V. V. (1996). Constitutions of foreign states. Moscow (In Russian)
41. Mehl, P. (1987). The European Commission of the German Bundestag. Kehl-Arlington (In German)

42. Meshcheryakova, O. M. (2011). Supranationality in the European Union and the effect of Community law. RUDN Journal of Law. Series: Legal Sciences, 4, 172-179 (In Russian)
43. Neuhold, H., Hummer, W., Schreuer, C. (1983). Austrian manual of international law, I text part. Vienna (In German)
44. Nicolaysen, G. (2002). European Law I: The European Constitution for Integration. (2nd ed.). Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden (In German)
45. Papava, I. (2017). Legal Basis of the Functioning of the European Union: Fundamental Acts and Comments. Tbilisi (In Georgian)
46. Phelan, W. (2012). What Is Sui Generis About the European Union? Costly International Cooperation in a Self-Contained Regime. International Studies Review, 14 (3), 367-385 (In English)
47. Primova, E. N. (2013). The ratio of national to supranational principles in the European Union. Bulletin of Moscow University. Series 12, Political Sciences, 5, 44-52 (In Russian)
48. Pescatore, P. (1974). The law of integration: emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities. Leiden: Sijthoff (In English)
49. Pescatore, P. (1983). The doctrine of direct effect: an infant disease of community law. European Law Review, Vol. 8, 155-177 (In English)
50. Schermers, H. G. (1980). International Institutional Law. (2nd ed.). The Hague (In English)
51. Shrepler, H.-A. (1995). International organizations: reference book. Moscow (In Russian)
52. Shütze, R. (2018). European Union Law. Second edition. NY: Cambridge University Press (In English)
53. Sidzhanski, D. (1998). The Federalist Future of Europe: From the European Community to the European Union. Moscow (In Russian)
54. Steinberger, H. (1989). Legislation aspects of the Federal Constitutional Court on the relationship between EC and German law. Festschrift for Karl Doehring (In German)
55. Steiner, H. J., Vagts, D. F., & Koh, N. H. (1994). Transnational legal problems. Materials and Texts. (4th ed.). N.Y.: The foundation press (In English)
56. (1992). Subsidiarity and Federalism in the European Union. From Clemens Stewing. Carl Heymanns Verlag KG, Cologne-Berlin-Bonn-Munich (In German)
57. Topornin, B. N. (1999). European Law: Textbook. Moscow: Jurist (In Russian)
58. Treaty of Brussels (Merger Treaty). – Treaty establishing a Single Council and a Single Commission of the European Communities. OJ 152, 13.7.1967, pp. 2–17 (In German)
59. Treaty establishing the European Coal and Steel Community. [\(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE \(29/10/2020\) \(In German\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE (29/10/2020) (In German))
60. Ushakov, N. M. (1997). The state in the system of international legal regulation. Moscow (In Russian)
61. Weatherill, S., Beaumont, P. (1995). EC Law. (2nd ed.). London: Penguin Books (In English)
62. (2006). Wyatt and Dashwood's European Union law/Arnold, A., Dashwood, A., Ross, M. G., Wyatt, D. A., Spaventa, E., & Dougan, M. London: Sweet and Maxwell (In English)

BIBLIOGRAPHY:

1. Aleksidze, L. (2010). Modern International Law. Publishing House "Innovation", Tbilisi (In Georgian)
2. Calliess, Chr. (2010). The new European Union after the Lisbon Treaty. Tübingen: Mohr Siebeck (In German)
3. Draft Treaty embodying the Statute of the European Community (adopted by the Ad Hoc Assembly, in Strasbourg on 10 March 1953). Information and official documents of the Constitutional Committee, October 1952 – April 1953. Paris: Secretariat of the Constitutional Committee, 1953. pp. 53-143. http://aei.pitt.edu/991/1/political_union_draft_treaty_1.pdf (29/10/2020) (In English)
4. ECJ. Case 294/83, Parti ecologiste «Les Verts» v. European Parliament, Judgement of 23 April 1986 (In English)
5. ECJ. Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA. Judgment 9 March 1978 (In English)
6. (1987). Fact sheets on the European Parliament and the activities of the European Community. Luxembourg (In English)
7. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. A/ CN.4/L.682, 13 April 2006, para 218, pp. 112-113. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (26/10/2020) (In English)
8. Gabrichidze, G. (2012). European Union Law. Institute of European and Comparative Law Publishing House, Tbilisi (In Georgian)
9. Hartley, T. K. (1998). The Foundations of European Community Law: An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community. Moscow-Budapest (In Russian)
10. Hay, P. (1996). Federalism and supranational organisations. Patterns for new legal structures (In English)
11. Kaiser, J. H. (1980). Limits of the EC competence. In: Journal for European Law 1980, 97ff (In German)
12. Koeck, H. F. (1988). The "implied powers" of the European Communities as an application of the "implied powers" of international organizations in general. Festschrift for J. S. Hohenveldern. Cologne (In German)
13. Meshcheryakova, O. M. (2010). Supranational international organizations and the problem of the sovereignty of the member states. Moscow Journal of International Law, 2, 37-47 (In Russian)
14. 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)
15. Phirtskhalashvili, A. (2018). Internationalisation of the National Law to the Constitutionalisation of the International Law. Journal of Constitutional Law, 1, 43-53 (In Georgian)
16. Sweet, A. S., Caporaso, J. A. (1998). From Free Trade to Supranational Polity: the European Court and Integration. European Integration and Supranational Governance. Ed. by Sandloltz, W. & Sweet, A. S. N.Y. (In English)
17. Ushakov, N. A. (1988). Problems of the theory of international law. Moscow (In Russian)
18. Vasilenko, V. A. (1988). Basics of Theory of International Law. Kiev (In Russian)
19. <https://europa.eu> – Official website of the European Union
20. <https://curia.europa.eu> – Official website of the Court of Justice of the European Union
21. <https://ec.europa.eu> – Official website of the European Commission

მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა

მიხეილ ბიჭია

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის
გლობალიზაციის ეკონომიკური და სოციალური
პრობლემების კვლევითი ინსტიტუტის მთავარი მეცნიერ-
თანამშრომელი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი

საკვანძო სიტყვები: მედიაცია, კონფიდენციალობა, დაცვა

შესავალი

კონფიდენციალობის დაცვა სპეციფიკურია სხვადასხვა სფეროში, რომელთაგანაც საყურადღებოა მედიაციის დროს საიდუმლო მონაცემების შენახვის თავისებურებები. კონფიდენციალობის დაცვა არაა უცხო სასამართლოში სამართალწარმოებისთვისაც, თუმცა განსხვავებულია მისი გამოხატვის ფორმები მედიაციის პროცესში. შესაბამისად, კვლევის მიზანია, პირველ რიგში, დადგინდეს, რა მოიაზრება კონფიდენციალობაში, შემდეგ კი განისაზღვროს, როგორია კონფიდენციალობის დაცვის სპეციფიკა მედიაციასა და სასამართლოში.

მართალია, დავის გადაწყვეტის კლასიკური გზაა საქმის სასამართლოში განხილვა, მაგრამ მას, გარდა დადებითი ეფექტებისა, გარკვეული უარყოფითი შედეგებიც ახლავს თან. ამიტომ მიზანშეწონილია, სასამართლოში საქმის განხილვის წესებთან შედარების საფუძველზე, მედიაციის ინსტიტუტის მნიშვნელობის გაცნობიერება-გაანალიზება, განსაკუთრებით სამოქალაქო დავების დროს კონფიდენციალობის დაცვის თვალსაზრისით.

ამასთან, კონფიდენციალობის დაცვა საინტერესოა ფიდუციური ურთიერთობის სპეციფიკის გათვალისწინებით, რაც თავისებურად გამოვლინდება მედიაციის პროცესში. საკითხი კიდევ უფრო აქტუალურია საკანონმდებლო ცვლილებების გამო. შესაწავლია, კონფიდენციალობის დაცვის რა სტანდარტს გვთავაზობს კანონი „მედიაციის შესახებ“. აქვე გასარკვევია, როგორია ამ პროცესში კონფიდენციალობის სამართლებრივი ხასიათი _ ის აბსოლუტურ ხასიათს ატარებს თუ შესაძლებელია გარკვეულ შემთხვევებში მისი შეზღუდვა. ამ კონტექსტში დასადგენია, რა სამართლებრივი შედეგები მოჰყვება კონფიდენციალობის ხელყოფას.

ამდენად, კვლევის მიზნებიდან გამომდინარე, მნიშვნელოვანია კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმის დადგენა და მასთან დაკავშირებული ასპექტების შესწავლა, რათა არსებული პრობლემები გაანალიზდეს და სათანადო რეკომენდაციებიც იყოს წარდგენილი.

მედიაციის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი საფუძვლები

თუ ავიღებთ ლიტვის მაგალითს, ლიტვა მაქსიმალურად ცდილობს მედიაციის განვითარებას, რაც ნაკარნახევია სოციალური მშვიდობის, სასამართლო დავების შემცირების, მომხმარებელთა ინტერესების გათვალისწინებით დროისა და ხარჯების ეკონომიის ინტერესებით.¹ აქვე საგულისხმოა, რომ საზღვარგარეთის ქვეყნებში, რომელთაგან აღსანიშნავია ბელგია, ესტონეთი, მალტა, შვედეთი, მოქმედებს მედიაციის შესახებ ზოგადი კანონმდებლობა. კანონის მიზანია ინდივიდუალური და კოლექტიური შრომითი დავების გადაწყვეტის უზრუნველყოფა. ამასთან, გარკვეულ შემთხვევებში ზოგადი

კანონმდებლობა გამოიყენება სამოქალაქო საქმეებზეც.²

საქართველომ ფაქტობრივად გაითვალისწინა ეს გამოცდილება. ცნობილია, რომ სასამართლო სამოქალაქო დავებზე გადატვირთულია და სასამართლოს განტვირთვის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან საშუალებად ჩაითვალება მედიაციის ინსტიტუტის განვითარება-გაძლიერება. მედიაციის გზით შეიძლება ურთიერთშეთანხმებით, სწრაფად და ეფექტიანად დავების მოგვარება. მედიაცია ვერ ჩაენაცვლება დავის გადაწყვეტას სასამართლოს გზით ან არბიტრაჟის მეშვეობით. განვითარებული მედიაციის მიზანიც არის დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებების ხელის შეწყობა, მართლმსაჯულების ეფექტიანობის გაზრდა და სასამართლო სისტემის მაქსიმალურად განტვირთვა ისეთი საქმეებისგან, რომლებსაც შეიძლება ჰქონდეთ მხარეთა შეთანხმებით დასრულების პერსპექტივა. ამავდროს, მედიაცია იმდენად მოქნილია, რომ შეიძლება მისი გამოყენება დავის გადაწყვეტის სხვა საშუალებებთან (სასამართლო, არბიტრაჟი) ერთად, ეს კი უფრო მეტად გამოკვეთს საერთო მიზნის მიღწევისთვის მედიის განსაკუთრებულ როლს.³

ამასთან, ევროკავშირსა და საქართველოს შორის დადებულმა ასოცირების შეთანხმებამ დღის წესრიგში დააყენა საქართველოს ვალდებულება, განვითარებინა დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები, მათ შორის მედიაცია და არბიტრაჟი, ასევე, შეექმნა ამ მექანიზმების გამოყენებისთვის ხელსაყრელი პირობები. „მედიაციის შესახებ“ კანონის მიღების ძირითადი მიზანი სწორედ მოცემული მოთხოვნის უზრუნველყოფა იყო. ამდენად, 2020 წლის პირველი იანვრიდან ძალაში შევიდა „მედიაციის შესახებ“ კანონი, რომელმაც გააჩინა სამოქალაქო დავების გადაწყვეტის ახალი საშუალება.⁴

1 <<https://ceelegalmatters.com/lithuania/13402-a-new-wave-of-mediation-in-lithuania-what-does-it-mean-for-lawyers>> [10.04.2020].

2 HOPE – European Hospital and Healthcare Federation. 2012. Mediation in Healthcare, 7-9.
 3 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, რეგისტრაციის N07-2/319/9.
 4 იხ. <<https://bm.ge/ka/article/2020-wlidan-saqartvelo>

მიღებული კანონი ვრცელდება მედიაციის შესახებ მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე წარმართულ მედიაციასა და საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის XXI¹ თავით გათვალისწინებულ სასამართლო მედიაციაზე, კოდექსის თავისებურებათა გათვალისწინებით. თუმცა კანონის წესები არ გამოიყენება „ნოტარიატის შესახებ“ საქართველოს კანონის, „სახელმწიფო პროექტის ფარგლებში მიწის ნაკვეთებზე უფლებათა სისტემური და სპორადული რეგისტრაციის სპეციალური წესისა და საკადასტრო მონაცემების სრულყოფის შესახებ“ საქართველოს კანონის, საქართველოს ორგანული კანონით „საქართველოს შრომის კოდექსი“ დადგენილი მედიაციის მიმართ. ეს ნაკარნახევია საქმის სპეციფიკით, რაც შესაბამისი კანონმდებლობით რეგულირდება. „მედიაციის შესახებ“ კანონით მედიაციის ერთ-ერთ უმთავრეს პრინციპად განიხილება კონფიდენციალობა. ამ პრინციპზე დაყრდნობით აღიარებულია, რომ მედიაციის პროცესი არის კონფიდენციალური, ხოლო მედიაციის მონაწილეებს არ აქვთ უფლება, გაამჟღავნონ ინფორმაცია, რომელიც მათთვის შეიტყვეს მედიაციის პროცესში ან არსებითად გამომდინარეობს მედიაციის პროცესიდან. ამასთან, კონფიდენციალობის დაცვის მიზნით კანონით განისაზღვრა, რომ აღნიშნული ვალდებულება გრძელდება უშუალოდ მედიაციის დასრულების შემდგომაც, თუ ეს მხარეებსა და მედიატორს შორის წერილობითი შეთანხმებით სხვაგვარად არ მოწესრიგდა („მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-10 მუხლის მე-7 პუნქტი).⁵

sh-mediaciis-shesaxeb-kanoni-amomqmed-eba/42734> [08.02.2020].

5 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, რეგისტრაციის N07-2/319/9.

კონფიდენციალობის ცნების მოხულობა მედიაციაში

მედიაციის დროს პრობლემის გადაწყვეტისთვის მთავარია მხარეთა მზაობა, თავისუფლად დააფიქსირონ, თუ რა ინტერესები და საჭიროებები აქვთ მათ. ეს პროცესი უკავშირდება საქმის ძირითადი გარემოებების შესწავლას, პროცედურული ასპექტებისა და ფსიქოლოგიური მომენტების გათვალისწინებას. მათი საფუძვლიანი შესწავლა იძლევა შესაძლებლობას, მხარეებმა მიაღწიონ მათთვის მისაღებ შეთანხმებას. ცხადია, ეს ვერ განხორციელდება, თუ არაა ნდობა და მხარეები არ არიან გულწრფელები.⁶ ამასთან, მედიაციის მონაწილეები ელიან, რომ მათი კომუნიკაცია იქნება კონფიდენციალური. თუ მათ არ ექნებათ ასეთი რწმენა და მოლოდინი, ნაკლებია ალბათობა იმისა, რომ მათი მონაწილეობა იქნება შედეგზე ორიენტირებული. შესაბამისად, მხარეებმა შეიძლება მედიაციას არ მიმართონ, თუ არ იქნება უზრუნველყოფილი კონფიდენციალობის გონივრული მოლოდინი.⁷

ამ შემთხვევაში მხარეები ღიად ამჟღავნებენ დავის გადაწყვეტისთვის მნიშვნელოვან ინფორმაციას, თუ დაცულია გაცემული ინფორმაციის კონფიდენციალობა. სწორედ კონფიდენციალობის დაცვის გარანტია აქცევს დავის ალტერნატიულ გადაწყვეტის ამ საშუალებას ქმედითად.⁸ ამდენად, კონფიდენციალობა არის ფაქტის

6 Hamilton W. J., 1999. Protecting Confidentiality in Mandary Mediation: Lessons from Ontario and Saskatchewan, „Queen’s Law Journal“, Spring, p. 569, <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/queen24&div=19&id=&page=>> [11.10.2019].

7 Owen v. Gray. 1998. Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, Osgoodehall Law Journal, vol. 36, november 4, p. 668.

8 Kentra A. P., 1997. Hear No Evil, See no Evil, Speak No Evil: The Intolerable Conflict for Attorney-Mediators Between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct, „BYU Law Review“, 722. <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byulr1997&div=31&id=&page=>> [11.10.2019].

გამჟღავნებაზე უარის თქმის პრივილეგია. მედიაციაში კონფიდენციალობის მიზანია, შენარჩუნდეს მხარეთა შორის ის ურთიერთობები, რომლებიც ნდობას ეფუძნება და ამის გამო უნდა იყოს დაცული.⁹

კონფიდენციალობის წყალობით მედიაციის მხარეები გულლიად ამხელენ კიდევ მათთვის განსაკუთრებით მგრძობიარე პირად საკითხებთან დაკავშირებულ ინტიმურ ინფორმაციასაც კი.¹⁰ შესაბამისად, კონფიდენციალობის დაცვის პრინციპის მიზანია, შეამციროს საქმის გადაწყვეტისთვის აუცილებელი ინფორმაციის გაცემისგან თავშეკავების შიში, ვინაიდან მხარეები უფრთხიან ხოლმე საკუთარ სისუსტეებზე საუბარს. მედიაციის დროს უნდა იყოს გამოყენებული ისეთი გზა, რომელიც ხელს შეუწყობს, მხარეებმა გაამჟღავნონ მათთვის ცნობილი საიდუმლო ინფორმაცია. თუმცა, ცხადია, კონფიდენციალობა არ უკავშირდება იმ სახის ინფორმაციას, რომელიც შეიძლება მეორე მხარისთვის ცნობილი იყოს ან სხვა დასაშვები გზით იყოს მოპოვებული.¹¹

კონფიდენციალობა მედიაციის პროცესის უმთავრესი და განუყოფელი კომპონენტია და ორიენტირებულია იქითკენ, რომ მხარეებს შეუქმნას ნდობაზე დაფუძნებული ატმოსფერო.¹² კონფიდენციალურობა მხარეებს სთავაზობს მოლაპარაკების გასაიდუმლოებულ სივრცეს.¹³ სწორედ ამის წყალობით შესაძლებელია საქმის ყველა არსებითი გარემოების გუ-

ლიად და საფუძვლიანად განხილვა. მხარეები მსჯელობენ და ლაღად ამხელენ ინფორმაციას, ვინაიდან აქვთ რწმენა, რომ მედიაციის პროცესში გამჟღავნებული ინფორმაცია არ იქნება მათ წინააღმდეგ გამოყენებული.¹⁴

მედიაციის დროს კონფიდენციალობა შეიძლება შეეხოს სხვადასხვა სახის ინფორმაციას, განცხადებებს, შემოთავაზებებსა თუ მოლაპარაკებისას მხარეების მიერ გამჟღავნებულ დეტალებს.¹⁵ ეს მონაცემები შეიძლება იყოს კერძო ხასიათის ან კიდევ შეიცავდეს პერსონალურ ინფორმაციას. შესაბამისად, არაა გამორიცხული, მედიაციის დროს კომუნიკაციას მოჰყვეს პირადი თუ ძალიან მგრძობიარე მონაცემების გამჟღავნება, მაგრამ მათი დამუშავებისას აუცილებელია კანონით დადგენილი წესების მკაცრად დაცვა, ხოლო ზიანის მიყენებისას მისი ანაზღაურება.¹⁶

განასხვავებენ ე.წ. „შიდა“ და „გარე“ კონფიდენციალურ ინფორმაციას. თუ საქმე ეხება შიდა კონფიდენციალობას (Insider/Insider Confidentiality), **მოცემულ შემთხვევაში კონფიდენციალობის დაცვის მოვალეობა ეკისრება მედიატორს.**¹⁷ ამ პოზიციის მიხედვით, მედიატორების საქმიანობა, ძირითადად, ეფუძნება ორ პრინციპს: (1) ღია კომუნიკაციის საწყისს (*open communications approach*) ან (2) კონფიდენციალობის მიდგომას (*in-*

9 Kimberlee, K. Kovach, 2004. Mediation Principles and Practice, third ed., „Thomson West“, 263-264, მითითებულია ნაშრომიდან: დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბილისი, 24.

10 Wykoff A., 2016. Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Volume 4, 2.

11 Rabe S., Wode M., 2014. Mediation, Heidelberg, 19.

12 Protecting Confidentiality in Mediation, „Harvard Law Review“, vol. 98, no. 2, 1984, 441.

13 Zhao Y., Koo A.K.C., 2011. The Development of Legal Protection for Mediation Confidentiality in Hog Kong. „Common Law World Review“, 264. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/com1wr40&div=17&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [11.12.2018]

14 Macturk C. H., 1995. Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, „American Journal of Trial Advocacy“, Volume 19, 412. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [12.09.2019].

15 Reichert K., 2004. Confidentiality in International Mediation, „Dispute Resolution Journal“, Volume 59, 60.

16 დაწვრილებით იხ. ბიჭია მ. 2017. პერსონალური მონაცემების კერძოსამართლებრივი დაცვის პრობლემა ინტერნეტსამყაროში, VIII საერთაშორისო სამეცნიერო პრაქტიკული კომუნიკაციის კონფერენციის „ინტერნეტი და საზოგადოება“ მასალები, 7-8 ივლისი, ქუთაისი, 35-42.

17 იხ. თვაური რ., 2015. კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადულო“, 27.

confidence approach). თუ საქმე ეხება კომუნიკაციის ღიაობას, მაშინ შეხვედრებზე გამჟღავნებული ინფორმაცია არ მიიჩნევა კონფიდენციალურად მანამ, ვიდრე უშუალოდ მხარე არ ეტყვის მედიატორს, რომ სურს კონკრეტული ფაქტობრივი გარემოებების კონფიდენციალობის დაცვა. მეორე მიდგომის მიხედვით, ყველა სახის ინფორმაცია კონფიდენციალურია და მედიატორს შეუძლია მათი გამჟღავნება მხოლოდ მაშინ, თუ ამაზე მხარეთა შეთანხმება არსებობს. შესაბამისად, როცა იქნება მხარეთა ნებართვა მოცემული ინფორმაციის გაცემაზე, მედიატორს შეუძლია მედიაციის პროცესში გამოვლენილი ინფორმაციის გამჟღავნება.¹⁸ **რაც შეეხება მედიაციის დროს გამჟღავნებულ გარე კონფიდენციალურ ინფორმაციას** (Insider/Outsider Confidentiality), ამ დროს მედიაციის პროცესის მონაწილეებს ვგალებათ, არ გადასცენ ინფორმაცია მედიაციის ფარგლებს გარეთ მყოფ მესამე პირებს. ამ მოვალეობის დაცვის მიზანია, არ მიიღონ ან გადაეცეს პროცესისგან განყენებულ, გარე პირებს საიდუმლო ინფორმაცია. უფრო ზუსტად რომ აღინიშნოს, მხარეებმა, მრჩეველებმა, ექსპერტებმა, თარჯიმნებმა, მოწმეებმა, მედიატორმა და სხვა დამხმარე პერსონალმა არ უნდა გადასცენ ინფორმაცია იმ პირებს, რომლებიც არ არიან პროცესის მონაწილეები და განიხილებიან ე.წ. „გარე ურთიერთობის სუბიექტებად.“ ძირითადად, კანონისმიერი მოვალეობები გვხვდება სწორედ შიდა/გარე კონფიდენციალობის ფორმით.¹⁹

ამასთან, მედიაციის მონაწილეთა მიერ მოლაპარაკების კონფიდენციალობის დაცვის უზრუნველყოფის გარეშე არსებობს საფრთხე, რომ შეძენილი ინფორმაცია გადაეცეს სასამართლოში გადაწყვეტილების მიმღებს.²⁰ სახელდობრ, ერთ-ერთ ყველაზე

აქტუალურ საკითხს წარმოადგენს მედიაციის მონაწილეთა შიდა ურთიერთობისას გამჟღავნებული ინფორმაციის გამოყენება სასამართლოში სამოქალაქო ან კიდევ სისხლის სამართლის საქმის განხილვისას მხარეების საწინააღმდეგოდ (Insider/Court Confidentiality). საქმე ისაა, რომ კონფიდენციალობის ეს ფორმა იცავს მედიაციის პროცესში წარმოებულ კომუნიკაციას მტკიცებულების სახით სასამართლოში ან სხვა სახის წარმოებაში წარდგენისგან. კონფიდენციალობის დაცვის აღნიშნული მიდგომა გათვალისწინებულია როგორც მედიაციის შესახებ ევროპულ დირექტივაში,²¹ ისე მედიაციის უნიფიცირებული აქტსა (*Uniform Mediation Act*) და საერთაშორისო სავაჭრო კონსილიაციის თაობაზე მოდელურ კანონში (*MLICC*).²²

მედიაციის პროცესში მოლაპარაკებისას თითოეული დეტალის გამჟღავნება მიმართულია იქითკენ, რომ მხარეთა შორის შეთანხმება იყოს მიღწეული, მედიაციის დროს მიღებული ინფორმაცია არ გამოიყენონ სასამართლო განხილვებზე მხარეთა საწინააღმდეგოდ.²³ თუმცა სასამართლო არაა შეზღუდული მხარეების მიერ გაფორმებული კონფიდენციალობის შეთანხმებით. მედიაციის დროს მხარეთა კომუნიკაციის დაცვისა და სასამართლო განხილვებზე გამხელილი ინფორმაციის მტკიცებულების სახით წარუდგენლობისთვის დასადაგენია, ვრცელდება თუ არა უშუალოდ ამ ფაქტობრივ გარემოებებზე კონფიდენციალობის დაცვიდან არსებული გამონაკლისები.²⁴ შესაბამისად, ეს საჭიროებს კომპლექსურ მტკიცებულებათა დასაშვებობის შემოწმებას.²⁵

18 Govori Z., 2016. Confidentiality under the ICC Mediation Rules compared to the LCIA Mediation Rules, International Hellenic University, 7.

19 Nadja M. A., 2009. International and Comparative Mediation: Legal Perspectives, „Kluwer Law International“, 248.

20 Ellen E. Deason, 2001. The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or

Crucial Predictability? *Marquette Law Review* 79, 83.
21 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008.

22 MLICC-ის (Model Law on International Commercial Conciliation) მე-10 მუხლი.

23 *Rush & Tompkins Ltd v. GLC* [1988] 3 All ER 737.

24 თვაური რ., 2015. კონფიდენციალობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში, *ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადული“*, 33.

25 Nadja M. A., 2009. International and Comparative Mediation: Legal Perspectives, „Kluwer Law International“, 251.

აქვე საინტერესოა, რა შედეგები დგება კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნებას მედიაციის დროს. პირველ რიგში, მხარეები და მათი წარმომადგენლები უნდა იზღუდებოდნენ პროცესის კონფიდენციალობის პრინციპით. კარგი იქნება, სახელშეკრულებო დათქმა არსებობდეს, რომელიც მხარეებს დაავალდებულებთ, მედიაციის დროს გამჟღავნებული ინფორმაცია არ წარადგინონ მომავალ სასამართლო განხილვაზე. შესაბამისად, ამ მოვალეობის დარღვევისას მხარეს დაეკისრება სახელშეკრულებო ვალდებულების ხელყოფის გამო ზიანის ანაზღაურება. თუმცა როცა ეს საკითხი არაა მოწესრიგებული, ისინი დაუცველნი რჩებიან სასამართლოში მტკიცებულებების წარდგენისაგან. ამასთან, თუ მედიატორმა მედიაციის დროს გამხელელი ინფორმაცია გარე ურთიერთობაში გადასცა სხვას, მედიატორს დაეკისრება დისციპლინური პასუხისმგებლობა. ასევე, სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევის საფუძველზე მედიატორს შეიძლება დაევალოს, ხელშეკრულების პირობის ხელყოფიდან გამომდინარე, ზიანის ანაზღაურება.²⁶

**მედიაციის დროს
კონფიდენციალობის
დაცვის მნიშვნელობა და
სასამართლოში საქმის
განხილვის რამდენიმე
თავისებურება**

საქმის განხილვა სასამართლოსა და მედიაციის წესით განსხვავებულია, რაც ეფუძნება სხვადასხვა წესს. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია მედიაციის პროცესის სპეციფიკის გამოკვეთა, რათა მისი მნიშვნელობა დადგინდეს.

მედიაციის პროცესი გამოირჩევა თავისი პრინციპებით, რომლებიც მის ძირითად

თად არსს განსაზღვრავს. მედიაციის ძირითად პრინციპებს განაკუთვნიან: ნებაყოფლობითობას, მედიატორის მიუკერძოებლობასა და დამოუკიდებლობას, მხარეების მიერ პროცესის გაკონტროლებას და კონფიდენციალობის დაცვას.²⁷

უპირველეს ყოვლისა, მედიაციის პროცესი გულისხმობს, სხვა პრინციპებთან ერთად, პროცესის კონფიდენციალობის დაცვას.²⁸ კონფიდენციალობა ფაქტობრივად მედიაციის აუცილებელი და განუყოფელი ნაწილია, რომელიც ხელს უწყობს მხარეებს შორის ინფორმაციის ურთიერთგაცვლას, პრობლემების მოგვარებასა და მათ ინტერესებზე დაფუძნებულ მოლაპარაკებებს.²⁹ საქმე ისაა, რომ ამ დროს მედიატორი მხარეებს აცნობს კონფიდენციალობის დაცვის პირობებსა და საფუძველებს. სწორედ მედიაციის კონფიდენციალობა იწვევს და განამტკიცებს ნდობას უშუალოდ მხარეებსა და მედიატორებს შორის. თუ არ იქნება უზრუნველყოფილი მეორე მხარისა და მედიატორის მიერ ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობა, მედიაციის პროცესის ეფექტიანობის ხარისხი შემცირდება.³⁰

ამდენად, კონფიდენციალობას დიდი მნიშვნელობა იმის გამო, რომ ეფექტიანი მედიაცია მოითხოვს მხარეთა ნდობასა და ღიაობას. მედიაციის დროს ხშირად ღრმად მგრძნობიარე დელიკატურ თემებზე მსჯელობენ. სწორედ კონფიდენციალობა უზრუნველყოფს, რომ მხარეები ნებაყოფლობით შევიდნენ პრობლემის მოგვარების პროცესში, მათი მონაწილე-

26 თვაური რ., 2015. კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 38-39.

27 Att. Dursun Al, 2017. The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidencialiti In Commercial Mediation, Afro Eurasian Studies Journal, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall,p. 18-19.
28 Field R., Wood N., 2005. Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality, Field &Wood, Vol.5, No 2 (QUTLJJ), pp.143-144.
29 R. Callahan, 2012. Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending? Perpperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 12: 63, 96.
30 Wykoff A., 2016. Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Volume 4, p. 3.

ობა კი იყოს შედეგზე ორიენტირებული და წარმატებული.³¹ მედიატორის საქმიანობა წარმატებით სრულდება მხოლოდ მაშინ, თუ მხარეებს ექნებათ გარანტია, რომ მათ მიერ გამჟღავნებული ინფორმაცია უნებართვოდ არ გახმაურდება.³²

სასამართლო პროცესში მოსამართლე საქმის ბედს წყვეტს ერთპიროვნულად. რაც შეეხება მედიაციას, მასში **მოიაზრება კომუნიკაცია, რომელსაც უძღვება მესამე ნეიტრალური პირი (მედიატორი).**³³ სწორედ კონფიდენციალობა ქმნის და აძლიერებს მედიატორის მიუკერძოებლობის რწმენას. მიუხედავად იმისა, რომ ნდობაზე დაფუძნებული გარემო ყალიბდება, მედიატორი არ უნდა მიემხროს რომელიმე მხარეს და უნდა დარჩეს ნეიტრალური.³⁴ კონფიდენციალობისა და ნეიტრალურობის დაცვა განიხილება მედიაციის პროცესის აუცილებელ ელემენტებად. თუ მედიატორი ჩვენებას მისცემს, ამით ის რომელიმე მხარის ინტერესების მხარდაჭერას გამოხატავს, რაც ფაქტობრივად ხელყოფს ნდობას და უგულვებელყოფილი რჩება მედიაციის დროს შემოთავაზებული პირობები.³⁵

ასევე, სასამართლოში სამართალწარმოებისგან განსხვავებით, **მედიაციის დროს კონფიდენციალობის პრინციპი უზრუნველყოფს საიდუმლო მონაცემების დაცვას.** მედიაციის დროს პროცესი საიდუმლო ხასიათს ატარებს, ხოლო სასამართლოში საქმის განხილვა უმეტესწილად

საჯაროა. სწორედ ეს ასპექტი განიხილება კონფიდენციალობის დაცვის პირდაპირ რეზულტატად და ბიზნესკომპანიებს უბიძგებს, მიმართონ დავის გადაწყვეტას მედიაციის გზით, რადგან ხანგრძლივი და გახმაურებული სასამართლო პროცესებმა შეიძლება მათი ინტერესები ხელყოს.³⁶ საქმე ისაა, რომ მხარეებისთვის **არსებითა კონფიდენციალობის დაცვა კომერციულ ურთიერთობებში, ვინაიდან მხარეებს არ სურთ, რომ მათი კომერციული საიდუმლოებები გასაჯაროვდეს.** თუ მესამე პირმა იცის, რომ მხარეებს აქვთ მნიშვნელოვანი კომერციული ურთიერთობები და მათ შორის დავა განსაკუთრებით დიდ თანხაზე, ამ ინფორმაციის გამჟღავნებამ შეიძლება ბაზარზე მათ რეპუტაციასა და საქმიან ურთიერთობებს ზიანი მიაყენოს, ან ორივე მხარეს არ სურდეს გარკვეული საიდუმლო დეტალების საზოგადოებისთვის ხელმისაწვდომობა.³⁷ ამ შემთხვევაში მხარეებმა შეიძლება მათთვის არასასურველი ან კიდევ პოტენციური საფრთხის შემცველი ინფორმაცია გაამჟღავნონ. შესაბამისად, განსაკუთრებულია მედიაციის დროს კონფიდენციალურობის დაცვის მნიშვნელობა.³⁸ კონფიდენციალობის დაცვის პრინციპი განიხილება მედიაციის წარმოების უმნიშვნელოვანეს უპირატესობად.³⁹

ამავე დროს, **მხარეებს შორის დავის სამართლიანად გადაწყვეტა საჭიროებს პროცესის კონფიდენციალობას.** ჩვეულებრივი სასამართლო პროცესებისგან განსხვავებით, მედიაციის დროს მხარეებს კომუნიკაცია აქვთ იმის მოლოდინის

31 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, 1986. Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, *Journal On Dispute Resolution*, Vol.2:1, p. 37-38.

32 თვაური რ., 2015. კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში, *ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადელი“*, 27.

33 ცერცვაძე გ., 2010. მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბილისი, 26-28.

34 Macturk C. H., 1995. Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, „*American Journal of Trial Advocacy*“, p. 415. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [12.09.2019].

35 Anna Kieturakis v. Maciej Jan Kieturkis, (2006)

36 Wykoff A., 2016. Mediation & Confidentiality, „*Bond University Student Law Review*“, Volume 4, 5.

37 Att. Dursun Al, 2017. The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidentiality in Commercial Mediation, *Afro Eurasian Studies Journal*, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, p.15-32.

38 დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი. 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბილისი, 31-32.

39 Att. Dursun Al, 2017. The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidentiality in Commercial Mediation, *Afro Eurasian Studies Journal*, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, p. 28.

გარეშე, რომ მათ შემდგომ კვლავ ექნებათ ერთმანეთთან კავშირი. შესაბამისად, ასეთი მოლაპარაკებების საფუძველზე მიღებული ინფორმაციის გამოყენების შედეგად შეიძლება უსამართლოდ დადგეს ზიანი. მედიატორი უნდა იყოს ნეიტრალური, მიუკერძოებელი და არ უნდა დაიცვას რომელიმე მხარის ინტერესები. კონფიდენციალობა არის ბევრისთვის სტიმული, აირჩიონ მედიაცია. ეს შეეხება მაგალითად, კომერციული საიდუმლოების დაცვას. მედიაცია მხარის უპირველესი მოტივატორია, რადგან სურს დავა მშვიდად და გასაჭაროების გარეშე მოაწესრიგოს. ამასთან, მედიატორი და მედიაციის პროგრამა დარღვევისგან დაცვას ემსახურება.⁴⁰ **მედიაცია მიმართულია მხარეებს შორის მიმდინარე (საოჯახო თუ სამეწარმეო) ურთიერთობების შენარჩუნებისკენ.** მედიაციასთან შედარებით, სასამართლოში მხარე თავისი არგუმენტაციისას ორიენტირებულია მეორე მხარის მოთხოვნების გაბათილებისა და უარყოფისკენ, რათა დაასაბუთონ მათი უსაფუძვლობა. მედიაციის დროს კონფიდენციალობა ქმნის მხარეებისთვის ისეთ გარემოს, რომ მხარეებმა შეძლონ ობიექტურად მათი პოზიციისთვის არასასურველი მომენტების შეფასება და მოლაპარაკების წარმოება პოზიტიური მოლოდინით. რაც შეეხება სასამართლოში საქმის განხილვას, ამ შემთხვევაში, ძირითადად, მხარეთა შორის არსებული ურთიერთობები სტრესულ და უარყოფით ხასიათს ატარებს.⁴¹ თუ მედიატორები **მისწრაფვიან შეთანხმების მიღწევისკენ, სასამართლო ორგანოები გამოსცემენ ვერდიქტებს.** მედიატორის ინსტრუმენტარეალური პოზიციებისა და ინტერესების გამოვლენა, სასამართლოები კი ეძებენ ფაქტებს. ამასთან, მედიაციის პროცესი წარმართება კონფიდენციალობის მაქსიმალური დაცვით, სასამართლო კი მო-

ითხოვს ყველა მტკიცებულების საჭაროდ გამოქვეყნებას.⁴²

მაშასადამე, კონფიდენციალობა მედიაციის წარმატებულად წარმართვის ერთ-ერთი უმთავრესი წინაპირობაა. ის არ ემსახურება მედიატორების მხრიდან გადადგმული ნაბიჯების გასაიდუმლოებას მესამე პირთაგან, არამედ მოდავე მხარეების დაცვასა და მათი მხრიდან წარმოდგენილი ინფორმაციის კონფიდენციალობას. აღნიშნული უზრუნველყოფს მიღებული ინფორმაციის კონფიდენციალობის დაცვას სასამართლოში საქმის განხილვისას, თუ მედიაციის წარუმატებლად დასრულების გამო საქმე წარმართა სასამართლოში.⁴³

გარდა ამისა, **კონფიდენციალობა უქმნის მხარეებს სამართლიანობის უზრუნველყოფის შეგრძნებას.** მედიაციის დროს განიხილება იმაზე მეტი საკითხი, ვიდრე ეს ზოგადად შეიძლება სასამართლოში საქმის განხილვისას იყოს. ეს, ცხადია, უფრო ზრდის გამჟღავნებული ინფორმაციის გამოყენების საფრთხეს მხარეთა საწინააღმდეგოდ მათთვის ზიანის მიყენების მიზნით. თუმცა კონფიდენციალობის წყალობით დავის მონაწილეებს მედიაციის დროს ერთმევათ გაცხადებული ინფორმაციის მეორე მხარის საწინააღმდეგოდ გამოყენების შესაძლებლობა. ეს, თავის მხრივ, ქმნის მხარეთა შორის ინტერაქციული მოლაპარაკებების წარმოებისთვის შედარებით უსაფრთხო პირობებს.⁴⁴

ასევე, სასამართლო პროცესთან შედარებით, მედიაციის გამოყენება შეიძლება ნაკარნახევი იყოს იმითაც, რომ სასამართლო პროცესი ქმნის სტრესულ,

40 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, 1986. Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 37-38.
 41 Wykoff A., 2016. Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Volume 4, 4-5.

42 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, 1986. Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 45.
 43 ყანდაშვილი ი., 2018. საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები (სადოქტორო დისერტაცია), თბ., 75.
 44 Brown K.L., 1991. Confidentiality in Mediation: Status and Implications, „Journal of Dispute Resolution“, Issue 2, Art. 3, p. 4. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jdisres1991&div=21&id=&page=> [12.12.2018].

ძვირადღირებულ და არაპროგნოზირებად გარემოს. ამასთან, მედიაცია დავის გადაწყვეტის გაცილებით იაფ და ეფექტურ საშუალებად ითვლება.⁴⁵ სასამართლო პროცესების ხანგრძლივად წარმართვა ქმნის მხარეთათვის სტრესულ გარემოს. გარდა ამისა, მედიაციის დროს არ არსებობს სასამართლო ხარჯები და კონფიდენციალობის პრინციპის გათვალისწინებით, მედიაცია მხარეთათვის განიხილება დავის განხილვის მომხიბლავ ალტერნატიულ ფორმად.⁴⁶

კონფიდენციალობის შეზღუდვის ლეგიტიმაცია

მართალია, მხარეები მედიაციის პროცესში თანხმდებიან გადაცემული ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობაზე, მაგრამ კონფიდენციალურობის პრივილეგიასაც აქვს გარკვეული გამონაკლისები.⁴⁷ ეს ბუნებრივია, ვინაიდან მედიაციის დროს კონფიდენციალობის დაცვა არ ატარებს აბსოლუტურ ხასიათს. ამავდროულად, მედიაციის პროცესი არ უნდა იქცეს თავშესაფრად იმ მონაწილისთვის, რომელსაც დანაშაული თუ სხვა დარღვევა აქვს ჩადენილი.⁴⁸

კონფიდენციალობის შეზღუდვის საფუძველი შეიძლება იყოს სხვადასხვა. მაგალითად, რაიმე საფრთხის არსებობის შესახებ გაფრთხილების ვალდებუ-

ლება გამოკვეთილია ერთ-ერთ საქმეში *Tarasoff v. Regents*. კერძოდ, ფსიქოლოგს გაუმხილა მისმა კლიენტმა მესამე პირის მკვლელობის სურვილი, მაგრამ ვინაიდან შეხვედრები იყო კონფიდენციალური, ფსიქოლოგმა არ გააფრთხილა მესამე პირი შესაძლო საფრთხის თაობაზე. კლიენტმა გამოასაღმა სიცოცხლეს მუქარის ადრესატი. ამის შედეგად სასამართლომ დაადგინა, რომ იდენტიფიცირებადი პირისთვის სერიოზული ფიზიკური ძალადობის ან მკვლელობის მუქარის დროს წარმოიშობა ამის შესახებ გაფრთხილების მოვალეობა. აქ არსებითი იყო ის, რომ ამ საქმეზე ფსიქოთერაპეუტ-პაციენტის პრივილეგია და პროფესიული ეთიკის წესები ფსიქოლოგს აძლევდა ინფორმაციის გამჟღავნების უფლებას. ასეთი უარყოფითი შედეგების თავიდან აცილებისთვის მთავარი იყო საქმის არგუმენტაციის გავრცელება უშუალოდ მედიაციის პროცესზე. არაერთი მედიაციის აქტით არის დაშვებული კონფიდენციალობის შეზღუდვა, თუ სერიოზული ფიზიკური ძალადობისა და ხელყოფის საფრთხე არსებობს.⁴⁹ მაგალითად, მედიაციის უნიფიცირებული აქტით განსაზღვრულია, რომ მედიატორს შეუძლია კონფიდენციალობის დარღვევა მკვლელობის თუ სხვა სერიოზული საფრთხის თავიდან ასაცილებლად. ამასთან, გარკვეულ შემთხვევებში ინფორმაციის გამჟღავნება იძენს ვალდებულების სახეს. ასეთია მაგალითად, ბავშვზე ძალადობის ან სპეციფიკური და გარდაუვალი საფრთხის არსებობა.⁵⁰

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის (UNCITRAL) კონსილაციის წესე-

45 დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, 2013. მედიაციის სასამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბილისი, 13, 60, 100.

46 Foster Noble T, Prentice S., 2009. The Promise of Confidentiality in Mediation: Practitioners' Perceptions, „Journal of Dispute Resolution“, p. 1.

47 Macturk C. H., 1995. Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception. „American Journal of Trial Advocacy“, Volume 19, 426-427. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [12.09.2019]

48 Morek R, 2013. Nihil silentio utilius: confidentiality in mediation and its legal safeguards in the EU Member States, p. 432. <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-013-0317-9.pdf>> [18.11.2017]

49 Kirtley A., 1995. The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest, „Journal of Dispute Resolution“, Volume, Issue 1, p. 48. <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=jdr>> [19.11.2017]

50 Burnley R., 2004. Lascelles G., Mediator Confidentiality – Conduct and Communications, Arbitration, p. 8. <https://www.cedr.com/library/articles/Mediator_confidentiality_SJBerwin.pdf> [19.11.2017]

ბის მიხედვით, კონფიდენციალობის დარღვევა ლეგიტიმურია, თუ ეს აუცილებელია იმ მიზნით, რომ შენარჩუნდეს ადამიანის ჯანმრთელობა და გადარჩეს სიცოცხლე. ამასთან, კონფიდენციალობა შეიძლება დაირღვეს მაშინაც, როცა მედიაციის პროცესში გამოვლინდა დანაშაულის შესახებ ინფორმაციის შემცველი ფაქტები.⁵¹ განსაკუთრებულია დანაშაულის დაგეგმვის, მისი განხორციელების ან ჩადენის მცდელობის, ასევე, მიმდინარე კრიმინალური ქმედებების დაფარვის ან ძალადობის მუქარის თავისებურებები.⁵² სწორედ ამ გარემოებების არსებობა წარმოშობს შეტყობინების ვალდებულებას, მაგრამ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ იყო გონივრული ეჭვი სერიოზული დანაშაულის ან რაიმეს საფრთხის შესახებ.⁵³

ამავე დროს, კონფიდენციალური ინფორმაცია შეიძლება გამჟღავნდეს შეთანხმების მიღწევა-დამტკიცების, მისი იძულებითი აღსრულების ან მეორე მხარის მიმართ სანქციის გავრცელების მიზნით. არსებობს საერთაშორისო სავაჭრო კონსილიაციის შესახებ მოდელური კანონის (MLICC), რომლის მეათე მუხლის მესამე ნაწილით დაიშვება კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნება და მის მტკიცებულებად ცნობა „შეთანხმების იმპლემენტაციისა და მისი იძულებითი აღსრულების მიზნით“. ამასთან, მოლაპარაკებისას არსებობს კონფიდენციალობის დაცვის პრივილეგია, რომელიც ეხმარება მხარეებს შორის გულწრფელი დისკუსიის წარმართვასა და შეთანხმების მიღწევას, ვინაიდან ასეთი შეთანხმებების მხარდაჭერა სასამართლოების გადატვირთულობის გამო პრიორიტეტულია. თუმცა შეთანხმების მიღწევამდე არსებული კომუნიკაცია

კარგავს კონფიდენციალობის პრივილეგიას მაშინ, როცა ეს აუცილებელია შეთანხმების დამტკიცებისა თუ მისი მოქმედების ფარგლების განსაზღვრისთვის. პირობებზე მხარეების მიერ შეთანხმების მიღწევისას მოქმედებს დავის ალტერნატიული გზით გადაწყვეტის შესახებ საზოგადო ინტერესი, რაც მოითხოვს იმის მტკიცებას, რომ რეალურად არსებობს ასეთი შეთანხმების მიღწევის შესაძლებლობა. ამ შემთხვევაში დაიშვება ამ წესის გამოყენება, ვინაიდან ემსახურება ასეთი მოლაპარაკებების წახალისებას, ანუ იმავე მიზანს, რასაც უშუალოდ კონფიდენციალობის პრივილეგია.⁵⁴ ამასთან, საყურადღებოა, რომ კონფიდენციალობის დაცვით მედიაციის შეთანხმების მიღწევა, თავის მხრივ, შესაძლოა, ზრდიდეს საჯარო ინტერესის ხელყოფის საფრთხეს. თუმცა აქ გასათვალისწინებელია, რომ ამ რისკის თანაბრობიერად იზრდება მედიატორის მოვალეობა, არ დაუშვას უკანონო შეთანხმების მიღწევა, საჯარო ინტერესის გათვალისწინებით.⁵⁵

ასევე, მედიაციის პროცესში მედიატორმა შეიძლება შეიტყოს რომელიმე პროფესიული ქცევის წესის, მაგალითად, ადვოკატის პროფესიული ქცევის წესების ხელყოფის თაობაზე. ამ შემთხვევაში, მედიატორის საზოგადოებრივი როლისა და დარღვევის სერიოზულობის გათვალისწინებით, მას შეიძლება ჰქონდეს კომპეტენტური ორგანოსთვის შეტყობინების დისკრეტია. კიდევ უფრო პრობლემურია შეტყობინების დასაშვებობა მაშინ, როცა დაუდევრად იყო რჩევა გაცემული (Nigligent Advice). ეს შეზღუდვის საფუძველი სუბიექტური ხასიათისაა და შეიძლება ამ შემთხვევაში სადავო გახდეს მედიატორის რეპუტაცია მისი მიუკერძოებლობის შესახებ. ანალოგიური პრობლემის გადასაწყვეტად მიზანშეწონილია, მედიატორმა

51 UNCITRAL Model Law on international Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, United Nations, New York, 2004, 27.
 52 Tetunic L. F., 2011. Act Deux: Confidentiality Adter the Florida Mediation Confidentiality and Privacy Act, „Nova Law Review“, Volume 36, Issue1, 83.
 53 Burnley R., Lascelles G., 2004. Mediator Confidentiality – Conduct and Communications, Arbitration, p. 9.

54 Union Carbide Canada Inc. v. Bombardier Inc, 2014 SCC 35.
 55 ჩიტაშვილი ნ., 2016. სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღველობის საფუძველი, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადი“, 22.

მედიაციის პროცესში გამოიყენოს ჩვეულებრივი მეთოდები.⁵⁶

საქართველოს კანონმდებლობაში 2020 წლამდე არ იყო გათვალისწინებული ის გამონაკლისები, როდესაც შეიძლება კონფიდენციალობის დაცვის შეზღუდვა. ეს გამონაკლისი შემთხვევები ასახული იყო ევროპულ დირექტივაში.⁵⁷ კერძოდ, დირექტივის მე-7 მუხლში, რომლითაც აუცილებელია მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვა, გარდა შემდეგი შემთხვევებისა: ა. როდესაც არსებობს უპირატესი საზოგადოებრივი ინტერესი; ბ. როცა შეთანხმების პირობების იძლებითი აღსრულებისთვის აუცილებელია ინფორმაციის გამჟღავნება; გ. თუ გამჟღავნება მხარეთა შეთანხმების მოხდა.⁵⁸

ამდენად, მედიაციის დროს შეიძლება შეეჯახოს კონფიდენციალობის დაცვისა და საიდუმლო ინფორმაციის გამჟღავნების ინტერესები ერთმანეთს, აუცილებელია ღირებულებითი კონფლიქტის გადაწყვეტა ყველა გარემოების შეჭერების საფუძველზე. თუმცა უმეტესწილად მთავარია, მედიატორის მიერ ინფორმაციის გამჟღავნება ემსახურებოდეს საზოგადო, საჯარო ინტერესს.⁵⁹

ფაქტობრივად საქართველომ გაითვალისწინა ევროპული გამოცდილება და კანონით აღიარა მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობა და მისი შეზღუდვის გამონაკლისი შემთხვევებიც, ანუ ის საფუძველები, რომელთა არსებობისას შესაძლებელია კონფიდენციალობის შეზღუდვა. ეს გარემოებებია: პირის სიცოცხლის, ჯანმრთელობის ან თავისუფლების უზრუნვე-

ლყოფა ანდა არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესის დაცვის აუცილებლობა; ინფორმაციის წარდგენის საჭიროება სამედიაციო მორიგების მიღწევის ფაქტის დასამტკიცებლად, როდესაც მეორე მხარე სადავოდ ხდის ან უარყოფს ამ ფაქტს, განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის გამოძიებისთვის ამ ინფორმაციის წარდგენის აუცილებლობა (თუმცა აქ ინფორმაცია მაქსიმალურად შეზღუდული მოცულობით უნდა გამჟღავნდეს, რის შესახებაც შესაბამის მხარეს წინასწარ ეცნობება) და სხვა (მე-4 მუხლი). გარდა ამისა, ამ გამონაკლისი შემთხვევებშიც ინფორმაცია უნდა გამჟღავნდეს მხოლოდ კანონიერი მიზნის ადეკვატური და პროპორციული მოცულობით ისე, რომ მაქსიმალურად იყოს დაცული ინფორმაციის კონფიდენციალობა გარეშე პირებისაგან.⁶⁰

ევროპული დირექტივიდან გამომდინარეობს, რომ კონფიდენციალობა უნდა დაიცვას მედიატორმა და მედიაციის ადმინისტრირებაში მონაწილე სხვა პირებმა.⁶¹ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის (UNCITRAL) მოდელური კანონი „საერთაშორისო კომერციული მედიაციის შესახებ“ აფართოებს იმ სუბიექტთა წრეს, ვისაც ევალება კონფიდენციალობის დაცვა. კერძოდ, მოდელური კანონით დადგენილია, რომ კონფიდენციალობა უნდა დაიცვან, უპირველეს ყოვლისა, მხარეებმა,⁶² შემდეგ კი – მედიატორმა.

მიღებული კანონი ვრცელდება მედიაციის შესახებ მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე წარმართულ მედიაციასა და საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის XXI¹ თავით გათვალისწინებულ

56 Burnley R., Lascelles G., 2004. Mediator Confidentiality – Conduct and Communications, Arbitration, 12.

57 წულაძე ა., 2016. სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, სადოქტორო დისერტაცია, თბ., 132-133.

58 Directive 2008/52/EC, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, of the European Parliament and of the Council, 21 May 2008.

59 დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბილისი, 33-34.

60 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, რეგისტრაციის N07-2/319/9; „მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-4 და მე-5 მუხლები.

61 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008.

62 UNCITRAL მოდელური კანონის მეათე მუხლის პირველი ნაწილი: „მხარე, შუამავალი (მედიატორი) და ნებისმიერი მესამე პირი, რომლებიც მონაწილეობენ პროცესის ადმინისტრირებაში“.

სასამართლო მედიაციაზე, კოდექსის თავისებურებათა გათვალისწინებით.⁶³

საქართველოში სასამართლო მედიაციის კონფიდენციალურობა დაცულია საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში (შემდგომში – სსსკ-ში). სსსკ-ის 187¹-ე მუხლიდან გამომდინარეობს, რომ სასამართლოში წარდგენის შემდეგ სარჩელის შესაძლოა, სასამართლო მედიაციას დაქვემდებარებული საქმე გადაეცეს მედიატორს, რათა დავა შეთანხმებით დასრულდეს, მედიატორისათვის საქმის გადაცემის თაობაზე განჩინება კი არ საჩივრდება. ამავე კოდექსის 187³-ე მუხლით გათვალისწინებულია საქმეები, რომლებიც მედიაციის წესით განიხილება და მედიატორს გადაეცემა, კერძოდ საოჯახო (გარდა შვილად აყვანისა, შვილად აყვანის ბათილად ცნობისა, მშობლის უფლების შეზღუდვისა და მშობლის უფლების ჩამორთმევისა), სამემკვიდრეო და სამეზობლო სამართლებრივ დავაზე სარჩელის წარდგენისას და ასეთ დროს მედიაციის პროცესის გასამართლად მხარეთა თანხმობა საჭირო არ არის.

ამასთან, კანონით დასაშვებია, მხარეთა თანხმობის არსებობისას მედიაცია გავრცელდეს ნებისმიერი კატეგორიის დავის მიმართ, მხარეთა თანხმობის დროს კი დავა შეიძლება გადაეცეს მედიატორს საქმის განხილვის ნებისმიერ სტადიაზე. ცალკე კანონმდებლობით გათვალისწინებული სავალდებულო მედიაცია საოჯახო (გარდა შვილად აყვანისა და მშობელთა უფლებებთან დაკავშირებული საქმეებისა), სამემკვიდრეო და სამეზობლო დავების შემთხვევაში.

„მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-10 მუხლის მეორე ნაწილიდან გამომდინარეობს, რომ მედიაციის პროცესის მონაწილეებმა არ უნდა გამოიყენონ კონფიდენციალური ინფორმაცია სასამართლო ან საარბიტრაჟო განხილვისას ან დავის ნებისმიერი სხვა საშუალებით განხილვის

პროცესში. აქედან გამონაკლისი შეიძლება იყოს დადგენილი უშუალოდ კანონით. ამავე კანონის მესამე პუნქტის თანახმად, მედიატორს არ აქვს უფლება, მხარეს მიწოდოს მეორე მხარის მიერ მისთვის ინდივიდუალური კომუნიკაციისას გადაცემული ინფორმაცია, გარდა შემთხვევისა, როცა მედიატორს უშუალოდ მეორე მხარისგან ჰქონდა აშკარა თანხმობა მიცემული ამ სახის ინფორმაციის მხარისთვის მიწოდებაზე. ეს ხელს შეუწყობს მედიაციის პროცესის მიმართ ნდობის გაზრდას.⁶⁴ იგივეს თქმა შეიძლება საქართველოს მაგალითზე, რადგან თბილისის საქალაქო სასამართლოს მედიაციის ცენტრმა 2013 წლიდან დღემდე განიხილა დაახლ. 300-მდე საქმე მედიაციის წესით.⁶⁵

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობაში გათვალისწინებულია კონფიდენციალობის დაცვის ეფექტიანი საშუალებები. სსსკ-ის 104-ე მუხლის მიხედვით, სასამართლო არ მიიღებს მტკიცებულებად სასამართლო მედიაციისას კონფიდენციალურობის პირობით გამჟღავნებულ ინფორმაციას და დოკუმენტს მაშინ, თუ მხარეთა შეთანხმება სხვა რამეს არ აწესებს. ამავე კოდექსის 141-ე მუხლიდან ჩანს, რომ დაუშვებელია მედიატორის დაკითხვა ისეთ გარემოებებთან დაკავშირებით, რომლებიც მისთვის ცნობილი გახდა მედიატორის ფუნქციის განხორციელებისას.⁶⁶

მედიატორი აქცენტს აკეთებს მხარეთა ურთიერთობის პოზიტიურ ასპექტებზე, რაც უზრუნველყოფს მხარეთა შორის არსებული დაძაბულობის ჩაცხრობას. ამასთან, დახურული სხდომა განიხილება მედიაციის პროცესის იმ ნაწილად, როდესაც

63 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, რეგისტრაციის N07-2/319/9.

64 დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი. 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბილისი, 31-32.

65 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2020 წლის 11 სექტემბრის პასუხი N3920129 (სტატისტიკური მონაცემები).

66 წულაძე ა., 2016. სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, სადოქტორო დისერტაცია, თბ., 132.

მედიატორი ცალკე, კონფიდენციალურად ხვდება თითოეულ მხარეს. მართალია, მხარეებს შეიძლება არ სურდეთ ყველა მონაწილის თანდასწრებით გულახდილობა, მაგრამ მედიაცია ხშირად მოიცავს მხარეთა პირდაპირობას. მედიატორმა რომ მოიპოვოს დამატებითი ინფორმაცია, ან გამოიკვლიოს ალტერნატივები, მას შეიძლება დასჭირდეს მხარეებთან ცალკე შეხვედრა. ასეთი შეხვედრების დადებითი მხარე ისიცაა, რომ მხარეს აძლევს საშუალებას, მოეშვას, დამშვიდდეს და აიცილოს სამომავლოდ ურთიერთობის დაძაბვა. ასევე, ცალკე შეხვედრამ შეიძლება ხელი შეუშალოს ერთი მხარის მიერ მეორის მანიპულაციას.⁶⁷

დასკვნა

კვლევიდან ჩანს, რომ მედიაცია დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ერთ-ერთი გამორჩეული საშუალებაა, რომელიც მაქსიმალურად ითვალისწინებს მხარეების ინტერესებს შეთანხმების მიღწევისას. მედიაცია განსხვავდება სასამართლოში საქმის განხილვისგან რამდენიმე მნიშვნელოვანი ნიშნით: მედიაცია არაა დროში გაწელილი, სასამართლოში საქმის წარმოებისგან განსხვავებით, იაფი, მშვიდი და ეფექტიანი პროცესია. თუ სასამართლოში დავის დროს მხარეებს შორის ურთიერთობა დაძაბულია, მედიაციის კონფიდენციალობა მიმართულია იქითკენ, რომ შენარჩუნდეს მხარეთა შორის მიმდინარე ურთიერთობა. მართალია, ეს ყველაფერი შეიძლება შეეხოს მხარეების მიერ მათთვის ნაკლებად სასურველი, მგრძობიარე თუ საიდუმლო ინფორმაციის გაცემას, მაგრამ მხარეებს აქვთ მოლოდინი, რომ მათ მიერ გამჟღავნებული ინფორმაცია დარჩება კონფიდენციალური. სწორედ მედიაციის პროცესის კონფიდენცი-

ალობა ქმნის მხარეებისთვის გაცემული ინფორმაციის დაცვის მექანიზმს.

კონფიდენციალობა თან ახლავს მედიაციის პროცესს და აძლიერებს მხარეთა ნდობას მედიაციის მიმართ. ამასთან, მედიაციის კონფიდენციალობა უზრუნველყოფს მხარეთა მიერ გამჟღავნებული საიდუმლო მონაცემების დაცვასა და იმას, რომ შენარჩუნდეს მხარეთა შორის მიმდინარე ურთიერთობა. შესაძლოა, მედიატორმა მხარეებისგან მნიშვნელოვანი ინფორმაციის მისაღებად გამოიყენოს მათთან ინდივიდუალური შეხვედრის მეთოდი, რაც მხარეს საშუალებას აძლევს, მშვიდ გარემოში ისაუბროს და საქმისთვის საჭირო მონაცემები გაამჟღავნოს. ამავე დროს, ცალკე შეხვედრებისა და კონფიდენციალობის დახმარებით შესაძლებელია მხარეებს შორის ურთიერთობის დაძაბვის პრევენცია და პრობლემის გადაწყვეტის გზების მოძიება.

მართალია, მედიაციის დროს კონფიდენციალობა უმთავრესი და უმნიშვნელოვანესი ელემენტია, მაგრამ ის არაა აბსოლუტური და შეიძლება გარკვეულ გამონაკლის შემთხვევებში გამჟღავნდეს. შესაბამისად, ამ შემთხვევაში წარმოიშობა გამჟღავნებული ინფორმაციის კონფიდენციალობის დაცვისა და საიდუმლო ინფორმაციის გაცემის ინტერესებს შორის კონფლიქტი. ამ პრობლემის გადაწყვეტა საჭიროებს სხვადასხვა გარემოების სკურპულოზურ შესწავლას, რათა არ დაირღვეს კონფიდენციალობა.

როგორც აღინიშნა, ევროპული გამოცდილების გათვალისწინებისა და ასოციაციების ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების საფუძველზე, საქართველომ შექმნა ახალი რეალობა. 2020 წელს ძალაში შევიდა ახალი კანონი „მედიაციის შესახებ“, რომელიც საგანგებოდ ეხება კონფიდენციალობის დაცვას. ამასთან, აქვე განისაზღვრა ის გამონაკლისი გარემოებები, რომელთა არსებობაც იძლევა კონფიდენციალობის შეზღუდვის შესაძლებლობას. თუმცა, ცხადია, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში აუცილებელია

67 დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი. 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბილისი, 2013, 209, 224.

თითოეული გარემოების საფუძვლიანად შესწავლა, ვინაიდან გამონაკლის შემთხვევებში კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნება უფლებამოსილი პირისთვის ან ორგანოსთვის დასაშვებია, თუ აკმაყოფილებს რამდენიმე წინაპირობას: მხოლოდ კანონიერი მიზნის შესატყვისი და პროპორციული მოცულობით გაიცემა, თან ისე, რომ მაქსიმალურად იყოს დაცული ამ ინფორმაციის კონფიდენციალობა მესამე პირთაგან („მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-5 მუხლი). მიზანშეწონილია, კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნების კანონით დადგენილი შემთხვევები შეფასდეს მაქსიმალურად ფრთხილად და ინდივიდუალურად. ეს უზრუნველყოფს იმას, რომ, ერთი მხრივ, კონფიდენციალობის შეზღუდვა უშუალოდ კანონით განსაზღვრულ სფეროებს შეეხოს, მეორე მხრივ კი, შეზღუდვის არასწორი ინტერპრეტაციით საფრთხე არ შეექმნას მედიაციის პროცესს, უსაფუძვლოდ არ გაფართოვდეს კონფიდენციალობის შეზღუდვის შემთხვევები და არ შეილახოს კონფიდენციალობა.

LEGAL REGIME OF CONFIDENTIALITY PROTECTION IN THE MEDIATION PROCESS AND ITS MEANING

Mikheil Bichia

Doctor of Law, Chief Researcher at the Institute for Economic and Social Problems of Globalization at European University, Invited Lecturer at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University

KEYWORDS: Mediation, Confidentiality, Protection

RESUME

The work is dedicated to specific legal regime of confidentiality protection in the mediation process. To this end, not only the scope of the concept of confidentiality is explored, but also the peculiarities of its protection in mediation and in court. Legislative news and the standards recognized by the law “on mediation” is analyzed in this context.

It is noteworthy, that due to several factors mediation becomes especially attractive for business in a pandemic conditions: unlike hearing the case in court, mediation is fast, cheap, calm, flexible and effective dispute resolution process aimed at maintaining the current relationship between the parties through mediation confidentiality. Given the confidentiality of the mediation process, the parties have a legitimate expectation that the information they disclose will remain confidential. It is confidentiality that empowers the trust of the parties towards mediation.

At the same time, analysis of the law reveals that confidentiality is not absolute during mediation and it may be restricted in certain exceptional cases. Taking into account European experience and the obligations under the Association Agreement in Georgia was accepted the law “on mediation” in which it was formed exceptional cases of confidentiality restrictions. Moreover, disclosure of confidential information is considered justified in exceptional cases if the precon-

ditions established by law are met. It is advisable to evaluate the given cases as carefully and individually as possible. In this way, it will be ensured that the restriction of confidentiality, on the one hand, directly affects the areas defined by law, and on the other hand, as a result of its misinterpretation will not lead to the extension of the exception to the restriction and thus violate confidentiality.

NOTES:

1. <<https://ceelegalmatters.com/lithuania/13402-a-new-wave-of-mediation-in-lithuania-what-does-it-mean-for-lawyers>> [10.04.2020].
2. HOPE – European Hospital and Healthcare Federation. 2012. Mediation in Healthcare, 7-9. (In English)
3. Explanatory card on the draft law of Georgia “On Mediation”, registration N07-2/319/9 (In Georgian).
4. See, <<https://bm.ge/ka/article/2020-wlidan-saqartveloshi-mediaciis-shesaxeb-kanoni-amqmeddeba/42734>> [08.02.2020].
5. Explanatory card on the draft law of Georgia “On Mediation”, registration N07-2/319/9 (In Georgian)
6. Hamilton W. J., 1999. Protecting Confidentiality in Mandatory Mediation: Lessons from Ontario and Saskatchewan, „Queen’s Law Journal“, Spring, p. 569, <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/queen24&div=19&id=&page=>>> [11.10.2019] (In English)
7. Owen v. Gray. 1998. Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, Osgoodehall Law Journal, vol. 36, november 4, p. 668 (In English).
8. Kentra A. P., 1997. Hear No Evil, See no Evil, Speak No Evil: The Intolerable Conflict for Attorney-Mediators Between the Duty to Maintain Mediation Confidentiality and the Duty to Report Fellow Attorney Misconduct, „BYU Law Review“, 722. <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byulr1997&div=31&id=&page=>>> [11.10.2019] (In English)
9. Kimberlee, K. Kovach, 2004. Mediation Principles and Practice, third ed., „Thomson West“, 263-264, cit. from: National Center for Alternative Dispute Resolution. 2013, Perspectives of Legal Regulations of Mediation in Georgia, Tbilisi, 2013, 24. (In Georgian)
10. Wykoff A., 2016. Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Volume 4, 2. (In English)
11. Rabe S., Wode M., 2014. Mediation, Heidelberg, 19. (In English)
12. Protecting Confidentiality in Mediation, „Harvard Law Review“, vol. 98, no. 2, 1984, 441. (In English)
13. Zhao Y., Koo A.K.C., 2011. The Development of Legal Protection for Mediation Confidentiality in Hong Kong. „Common Law World Review“, 264. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/comlwr40&div=17&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [11.12.2018] (In English)

14. Macturk C. H., 1995. Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, „American Journal of Trial Advocacy“, Volume 19, 412. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [12.09.2019] (In English)
15. Reichert K., 2004. Confidentiality in International Mediation, „Dispute Resolution Journal“, Volume 59, 60. (In English)
16. For details see Bichia M. 2017. Private law protection of personal Data in Internet Era, VIII Proceedings of the International Scientific-Practical Communication Conference “Internet and Society”, July 7-8, Kutaisi, 35-42. (In Georgian)
17. See Tvauri R., 2015. Standard of Limits of Confidentiality Principle in Mediation Process, Journ. “Alternative Dispute Resolution – Annual”, 27. (In Georgian)
18. Govori Z., 2016. Confidentiality under the ICC Mediation Rules compared to the LCIA Mediation Rules, International Hellenic University, 7. (In English)
19. Nadja M. A., 2009. International and Comparative Mediation: Legal Perspectives, „Kluwer Law International“, 248. (In Georgian)
20. Ellen E. Deason, 2001. The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability? Marquette Law Review 79, 83. (In Georgian)
21. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008. (In English)
22. MLICC-ის (Model Law on International Commercial Conciliation) Article 10. (In English)
23. Rush & Tompkins Ltd v. GLC [1988] 3 All ER 737. (In English)
24. Tvauri R., 2015. Standard of Limits of Confidentiality Principle in Mediation Process, Journ. “Alternative Dispute Resolution – Annual”, 33. (In Georgian)
25. Nadja M. A., 2009. International and Comparative Mediation: Legal Perspectives, „Kluwer Law International“, 251. (In English)
26. Tvauri R., 2015. Standard of Limits of Confidentiality Principle in Mediation Process, Journ. “Alternative Dispute Resolution – Annual”, 38-39. (In Georgian)
27. Att. Dursun AI, 2017. The Principle of Confidentiality in Mediation and the Roles of Confidentiality In Commercial Mediation, Afro Eurasian Studies Journal, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, p. 18-19. (In English)
28. Field R., Wood N., 2005. Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality, Field & Wood, Vol.5, No 2 (QUTLJJ), pp.143-144. (In English)
29. R. Callahan, 2012. Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending? Perpperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 12: 63, 96. (In English)
30. Wykoff A., 2016. Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Volume 4, p. 3. (In English)
31. Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, 1986. Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 37-38. (In English)
32. Tvauri R., 2015. Standard of Limits of Confidentiality Principle in Mediation Process, Journ. “Alternative Dispute Resolution – Annual”, 27. (In Georgian)

33. Tsertsvadze G., 2010. Mediation _ Alternative Dispute Resolution Form. (General Overview), Tbilisi, 26-28. (In Georgian)
34. Macturk C. H., 1995. Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, „American Journal of Trial Advocacy“, p. 415. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [12.09.2019]. (In English).
35. Anna Kieturakis v. Maciej Jan Kieturkis, . (2006). (In English)
36. Wykoff A., 2016. Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Volume 4, 5. (In English)
37. Att. Dursun Al, 2017. The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidentiality in Commercial Mediation, Afro Eurasian Studies Journal, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, p.15-32. (In English)
38. National Center for Alternative Dispute Resolution. 2013, Perspectives of Legal Regulations of Mediation in Georgia, Tbilisi, 2013, 31-32. (In Georgian)
39. Att. Dursun Al, 2017. The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidentiality in Commercial Mediation, Afro Eurasian Studies Journal, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, p. 28. (In English)
40. Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, 1986. Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 37-38. (In English)
41. Wykoff A., 2016. Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Volume 4, 4-5. (In English)
42. Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, 1986. Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 45. (In English)
43. Kandashvili I., 2018. Judicial and non-judicial forms of alternative dispute resolution on the example of mediation in Georgia. (doctoral dissertation), Tbilisi, 75. (In Georgian)
44. Brown K.L., 1991. Confidentiality in Mediation: Status and Implications, „Journal of Dispute Resolution“, Issue 2, Art. 3, p. 4. <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jdisres1991&div=21&id=&page=>> [12.12.2018]. (In English)
45. National Center for Alternative Dispute Resolution. 2013, Perspectives of Legal Regulations of Mediation in Georgia, Tbilisi, 2013, 13, 60, 100. (In Georgian)
46. Foster Noble T, Prentice S., 2009. The Promise of Confidentiality in Mediation: Practitioners' Perceptions, „Journal of Dispute Resolution“, p. 1. (In English)
47. Macturk C. H., 1995. Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception. „American Journal of Trial Advocacy“, Volume 19, 426-427. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [12.09.2019]. (In English)
48. Morek R, 2013. Nihil silentio utilius: confidentiality in mediation and its legal safeguards in the EU Member States, p. 432, <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-013-0317-9.pdf>> [18.11.2017]. (In English)
49. Kirtley A., 1995. The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilage Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest, „Journal of Dispute Resolution“, Volume, Issue 1, p. 48. <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=jdr>>

- [19.11.2017]. (In English)
50. Burnley R., 2004. Lascelles G., Mediator Confidentiality – Conduct and Communications, Arbitration, p. 8. <https://www.cedr.com/library/articles/Mediator_confidentiality_SJBerwin.pdf> [19.11.2017]. (In English)
 51. UNCITRAL Model Law on international Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, United Nations, New York, 2004, 27. (In English)
 52. Tetunic L. F., 2011. Act Deux: Confidentiality Adter the Florida Mediation Confidentiality and Privacy Act, „Nova Law Review“, Volume 36, Issue1, 83. (In English)
 53. Burnley R., Lascelles G., 2004. Mediator Confidentiality – Conduct and Communications, Arbitration, p. 9.
 54. Union Carbide Canada Inc. v. Bombardier Inc, 2014 SCC 35. (In English)
 55. Chitashvili N., 2016. Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation, Journal „Alternative Dispute Resolution _ Yearbook, 22. (In Georgian)
 56. Burnley R., Lascelles G., 2004. Mediator Confidentiality – Conduct and Communications, Arbitration, 12. (In English)
 57. Tsuladze A., 2016. Georgian Model of Court Mediation in Euro-American Prism. (Dissertation), Tb., 132-133. (In Georgian)
 58. Directive 2008/52/EC, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, of the European Parliament and of the Council, 21 May 2008. (In English)
 59. National Center for Alternative Dispute Resolution. 2013, Perspectives of Legal Regulations of Mediation in Georgia, Tbilisi, 2013, 33-34. (In Georgian)
 60. Explanatory card on the draft law of Georgia “On Mediation”, registration N07-2/319/9; law of Georgia “On Mediation”, 4th and 5th articles. (In Georgian)
 61. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008. (In English)
 62. UNCITRAL The first part of Article 10 of the Model Law: “Party, mediator. (mediator) and any third party involved in the administration of the process”. (In English)
 63. Explanatory card on the draft law of Georgia “On Mediation”, registration N07-2/319/9. (In Georgian)
 64. National Center for Alternative Dispute Resolution. 2013, Perspectives of Legal Regulations of Mediation in Georgia, Tbilisi, 2013, 31-32. (In Georgian)
 65. Answer N3920129 of the Tbilisi City Court of September 11, 2020. (statistical data). (In Georgian)
 66. Tsuladze A., 2016. Georgian Model of Court Mediation in Euro-American Prism. (Dissertation), Tb., 132. (In Georgian)
 67. National Center for Alternative Dispute Resolution. 2013, Perspectives of Legal Regulations of Mediation in Georgia, Tbilisi, 2013, 209, 224. (In Georgian)

სრულწლოვანი პირისთვის ქმედუნარიანობის შეზღუდვით ძირითადი უფლებების ხელყოფა

გიორგი გლაზოვი

შპს „აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტი“-ს იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი; ა(ა)იპ „სამართლის მეცნიერებათა კავშირი“-ს წევრი

ლევან ოსაძე

ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამოქალაქო და ადმინისტრაციული სამართლის კლინიკის იურიდიული მრჩეველი

საკვანძო სიტყვები: ოჯახი, ვალდებულება, თანასწორობა

შესავალი

თავისუფალი საბაზრო ეკონომიკის პირობებში ყოველთვის მნიშვნელოვანი იყო და იქნება ადამიანის საკუთრება და მისი შესაძლებლობა, დამოუკიდებლად, საკუთარი მოქმედებით შეიძინოს უფლებები და დადოს გარიგებები, რაც ხშირ შემთხვევაში მისთვის შესაძლოა სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანიც კი აღმოჩნდეს.

აღნიშნულიდან გამომდინარე მნიშვნელოვანია, საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობით გათვალისწინებული, იმ შემთხვევების შეფასება, რომლებითაც შეიძლება სრულწლოვანი პირისთვის ქმედუნარიანობის შეზღუდვა.

სტატიაში განვიხილავთ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-16 მუხლს, რომლის მიხედვითაც პირს სასამა-

როსტოს გადაწყვეტილებით შესაძლოა შევზღუდოს ქმედუნარიანობა, თუ იგი ბოროტად იყენებს ალკოჰოლს, ან ნარკოტიკულ ნივთიერებებს და ამით თავის ოჯახს მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში აყენებს. ასევე, განვიხილავთ ქმედუნარიანობის შეზღუდვის მიზნებს და შედეგებს, შეზღუდვის აუცილებლობას და მის შესაბამისობას კონსტიტუციით დაცულ ისეთ ღირებულებებთან, როგორცაა ღირსების, პიროვნების თავისუფალი განვითარების, თანასწორობის და საკუთრების უფლება. ამ საკითხებზე მსჯელობის შედეგად, შესაძლებელი იქნება დასკვნის გაკეთება, უნდა არსებობდეს, თუ არა სსკ-ის მე-16 მუხლით გათვალისწინებული სრულწლოვანი პირის ქმედუნარიანობის შეზღუდვის შესაძლებლობა.

ქმედუნარიანობა

იმისათვის რომ პირმა დამოუკიდებლად, საკუთარი მოქმედებით შეიძინოს უფლებები, იტვირთოს მოვალეობები და წარმოშვას სხვა სამართლებრივი შედეგები, მას უნდა ჰქონდეს ქმედუნარიანობა.¹ ქმედუნარიანობა – ესაა სუბიექტის უნარი, თვითონ, თავისი მოქმედებით მოახდინოს უფლებაუნარიანობის შინაარსის პრაქტიკული რეალიზაცია.² უფლებაუნარიანობის საგან განსხვავებით, ქმედუნარიანობას ადამიანი დაბადებისთანავე არ იძენს.³ უფლებაუნარიანობა უფლება-მოვალეობათა ქონის აბსტრაქტული შესაძლებლობაა.⁴ ადამიანის ქმედუნარიანობა დაკა-

ვშირებულია მის ფსიქიკურ მზაობასთან სწორად აღიქვას მის გარშემო მიმდინარე მოვლენები, აღნიშნულს კი, როგორც წესი სრულწლოვანების მიღწევას უკავშირებენ.⁵ სსკ-ის მე-12 მუხლის მეორე ნაწილის მიხედვით სრულწლოვანია პირი, რომელმაც 18 წლის ასაკს მიაღწია.⁶ კანონით განსაზღვრული ასაკის მიღწევითანავე პირი ავტომატურად ხდება ქმედუნარიანი ისე, რომ რაიმე სპეციალური აქტი ამისთვის აუცილებელი არ არის. აქედან გამომდინარე მოქმედებს პრეზუმცია, რომ თვრამეტი წლის ასაკს მიღწეული ყველა პირი ქმედუნარიანია⁷ (ზოგადი ქმედუნარიანობა). პირის ქმედუნარიანად ან შეზღუდულად ქმედუნარიანად ცნობა, უნდა იყოს ზოგადიდან, სპეციალური გამონაკლისი.⁸ ზოგადი ქმედუნარიანობის ფორმებად უნდა მივიჩნიოთ გარიგებაუნარიანობა და დელიქტუნარიანობა.⁹ გარიგებაუნარიანობა არის ნამდვილი გარიგების დამოუკიდებლად დადების უნარი, ხოლო დელიქტუნარიანობა ზიანის გამომწვევი ქმედებისთვის პასუხიმგებლობის ქონის უნარი.¹⁰

ქმედუნარიანობის შეზღუდვის მნიშვნელობა

ქმედუნარიანობა არ განეკუთვნება აბსოლუტურ კატეგორიას.¹¹ ქმედუნარიანო-

1 კერესელიძე, დ., 2009. კერძო სამართლის უზღოვადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, გვ. 115.
2 ზოიძე, ბ., კორძაია, თ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა "GIZ", გვ. 68.
3 ჭანტურია, ლ., 2011. სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 179.
4 ზოიძე, ბ., კორძაია, თ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა "GIZ", გვ. 68.

5 კერესელიძე, დ., 2009. კერძო სამართლის უზღოვადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, გვ. 117.
6 მუხლი. 12, საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი“, პარლამენტის უწყებანი 26/06/1997. # 786. <https://matsne.gov.ge/>
7 ჭანტურია, ლ., 2011. სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 181.
8 ზოიძე, ბ., კორძაია, თ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა "GIZ", გვ. 68.
9 იქვე, გვ. 68.
10 კერესელიძე, დ., 2009. კერძო სამართლის უზღოვადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, გვ.116.
11 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამა-

ბის შეზღუდვა დაიშვება მხოლოდ კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში.¹² ქმედუნარიანობის შეზღუდვის შემთხვევებს სამოქალაქო კოდექსი ამომწურავად განსაზღვრავს: ა. შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონეა არასრულწლოვანი შვიდიდან თვრამეტი წლის ასაკამდე (სსკ-ის 14 მუხლი); ბ. შეზღუდულ ქმედუნარიანად მიიჩნევა ასევე პირი, რომელიც ბოროტად იყენებს ალკოჰოლს ან ნარკოტიკულ ნივთიერებებს და ამის გამო თავის ოჯახს მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში აყენებს და სასამართლო მას შეუზღუდავს ქმედუნარიანობას (სსკ-ის მე-16 მუხლი).¹³

ასაკის გამო ქმედუნარიანობის შეზღუდვა თანაბრად ეხება ყველა არასრულწლოვანს, იმის მიუხედავად, ინდივიდუალურად (სუბიექტურად) ნების გამოვლენის რა უნარი გააჩნიათ მათ.¹⁴ რაც შეეხება სამოქალაქო კოდექსის მე-16 მუხლს, იგი წარმოადგენს სსრ-ის სამოქალაქო კოდექსში 1985 წლის 16 ოქტომბერს შესული ცვლილებებით ჩამოყალიბებული მე-15¹ მუხლის ანალოგს.¹⁵ აღნიშნული ხასიათის ნორმას შეიცავდა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსიც.¹⁶

სსკ-ის მე-16 მუხლის მიზანი

სსკ-ს მე-16 მუხლის პირველი ნაწილის მოქმედება ეხება სრულწლოვან პირს, რომელიც ბოროტად იყენებს ალკოჰოლს ან

ნარკოტიკულ ნივთიერებებს.¹⁷ თუმცადა, მხოლოდ ალკოჰოლის ან ნარკოტიკული ნივთიერების გამოყენება შედეგისათვის ქმედუნარიანობის შეზღუდვისათვის საკმარისი საფუძველი არ არის.¹⁸ დამატებით აუცილებელია, რომ ამით პირი ოჯახს აყენებდეს მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში.¹⁹ მძიმე მატერიალურ მდგომარეობას იწვევს ის ფაქტი, რომ სრულწლოვანი პირი თავის შემოსავლებს იყენებს არამიზნობრივად ალკოჰოლისა და ნარკოტიკული ნივთიერებების შესაძენად.²⁰ უნდა ვივარაუდოთ, რომ ეს ის შემთხვევაა, როდესაც ადგილი აქვს ოჯახის არსებობისათვის აუცილებელი სახსრების გაფლანგვას, რაც ოჯახის მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში ჩაყენებად კვალიფიცირდება.²¹ ოჯახის მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში ჩაყენებად უნდა მივიჩნიოთ ის შემთხვევა, როდესაც თანხების არარაციონალური განკარგვის შედეგად სარჩოს მიღებაზე უფლებამოსილი პირები რჩებიან საარსებოდ აუცილებელი სახსრების გარეშე. აღსანიშნავია, რომ სსკ-ს არცერთი ნორმა არ განსაზღვრავს ოჯახის ცნებას. საკითხავია, ოჯახში მოიაზრებიან მხოლოდ სარჩოს მიღებაზე უფლებამოსილი პირები, თუ ალიმენტის მიღების უფლების არ მქონე პირებიც? თუ მე-16 მუხლით გათვალისწინებული „ოჯახის“ მნიშვნელობა მოიცავს ალიმენტის მიღებაზე უფლების არ მქონე პირებსაც გამოდის, რომ „ალკოჰოლიკს“, ან „ნარკომანს“ შეიძლება დაეკისროს ალიმენტის მიღებაზე უფლების არ მქონე პირებზე მატერიალური ზრუნვის მოვალეობა. შედეგობრივად, ვიღებთ უთანასწორო მიდგომას ალკოჰოლზე ან ნარკოტიკებზე დამოკიდებული პირების და ასეთ ნივთიერებებზე დამოკიდებულების არმქონე პი-

12 რთლოს 2014 წლის 8 ოქტომბერის გადაწყვეტილება (საქმე N 2/4/532,533).
 12 მუხლი. 13, საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი“, პარლამენტის უწყებანი 26/06/1997. # 786. <https://matsne.gov.ge/>
 13 ჭანტურია, ლ., 2002. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 47.
 14 ზოიძე, ბ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა “GIZ”, გვ. 77.
 15 კერესელიძე, დ., 2009. კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, გვ.127.
 16 ზოიძე, ბ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა “GIZ”, გვ. 89.

17 იქვე, გვ. 88.
 18 ჭანტურია, ლ., 2002. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, 51.
 19 იქვე, გვ. 51.
 20 ზოიძე, ბ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა “GIZ”, გვ. 88.
 21 იქვე, გვ. 88.

რების მიმართ. გარდა ამისა, გაუგებარია, თუ რატომ არ ვრცელდება მე-16 მუხლის მოქმედება აზარტულ თამაშებზე დამოკიდებულ პირებზე და ა.შ.

ქმედუნარიანობის შეზღუდვას აქვს პრევენციული მნიშვნელობა, ვინაიდან სრულწლოვანი ვერ შეძლებს დამოუკიდებლად ისეთი გარიგების დადებას, რაც შეიძლება მისი ოჯახისათვის ზიანის მომტანი აღმოჩნდეს.²² ვინაიდან კანონით არ არის განსაზღვრული ალკოჰოლისა და ნარკოტიკული ნივთიერებების „ბოროტად გამოყენების“ ან „ოჯახის მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში ჩაყენების“ მნიშვნელობა, ამის გარკვევა კონკრეტული ფაქტის სასამართლოსეული შეფასების საკითხია.²³

ქმედუნარიანობის შეზღუდვის განხილვის წესი სსსკ-ის მიხედვით

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში მოცემულია, სრულწლოვანი პირის ქმედუნარიანობის შეზღუდვის, საქმის სპეციალური წარმოების წესები. სსსკ-ს 363⁸-ე მუხლის მიხედვით იმ პირის შეზღუდულქმედუნარიანად აღიარების შესახებ განცხადება, რომელიც ალკოჰოლის ან ნარკოტიკულ ნივთიერებას ეძალება, რის გამოც თავის ოჯახს მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში აყენებს, სასამართლოში შეიძლება შეიტანოს მისი ოჯახის წევრმა ან მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანომ.²⁴ იმ მოქალაქეთა, რომლებიც ბოროტად იყენებენ ალკოჰოლურ სასმელებს ან ნარკოტიკულ ნივთიერებებს, ოჯახის წევრებს მიეკუთვნებიან: მეუღ-

ლე, სრულწლოვანი შვილები, მშობლები, სხვა ნათესავები, შრომისუნარო სარჩენი (კმაყოფაზე მყოფი) ადამიანები, რომლებიც მასთან ერთად ცხოვრობენ და ეწვევიან საერთო მეურნეობას.²⁵ იმ შემთხვევაში თუ სასამართლო მიიღებს გადაწყვეტილებას პირის შეზღუდულქმედუნარიანად აღიარების შესახებ სასამართლო გადაწყვეტილება მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანოს მიერ პირისთვის მზრუნველის დანიშვნის საფუძველი იქნება.²⁶

ქმედუნარიანობის შეზღუდვის შედეგები

ქმედუნარიანობის შეზღუდვით სრულწლოვანი პირს ეზღუდება ქონების განკარგვის გარიგების დადება მზრუნველის თანხმობის გარეშე.²⁷ მზრუნველის თანხმობა ასევე საჭირო ხელფასის პენსიის ან სხვა სახის შემოსავლის განკარგვისთვის.²⁸ მზრუნველის თანხმობა არაა საჭირო მხოლოდ წვრილმანი, ყოფითი გარიგებების დადებისას.²⁹

სსკ-ის მე-15 მუხლის მიხედვით შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონე პირის ნების გამოვლენისათვის აუცილებელია მისი კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობა, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონე პირი

22 ზოიძე, ბ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა „GIZ“, გვ. 88.

23 ჭანტურია, ლ., 2002. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 51.

24 მუხლი. 3638, საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი“. პარლამენტის უწყებანი 14/11/1997. # 1106. [წვდომის თარიღი 10 ოქტომბერი 2020] <https://matsne.gov.ge/>

25 ქურდაძე. შ., 2006. სამოქალაქო საქმეთა განხილვა პირველი ინსტანციის სასამართლოში. თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“. გვ. 690.

26 მუხლი. 36311, საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი“. პარლამენტის უწყებანი 14/11/1997. # 1106. [წვდომის თარიღი 10 ოქტომბერი 2020] <https://matsne.gov.ge/>

27 ჭანტურია, ლ., 2002. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 51.

28 ჭანტურია, ლ., 2002. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 51.

29 კობახიძე, ა., 2001. სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი: გამომცემლობა „საქართველოს მაცნე“, გვ. 124.

გარიგებით იღებს სარგებელს.³⁰ აღნიშნული წესი თანაბრად ვრცელდება არასრულწლოვნებისა და შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონე სრულწლოვნების მიმართ.³¹

ოჯახის წევრებზე ზრუნვის ვალდებულებათა განსაზღვრული ჩამონათვალი

კანონით გათვალისწინებულია ოჯახის წევრთა მიმართ მატერიალური დახმარების, როგორც იძულებითი, ისე ნებაყოფლობითი გაწევის შესაძლებლობა.³² კანონის მოთხოვნა, რომ ოჯახის წევრები ვალდებული არიან იზრუნონ ერთმანეთზე, გულისხმობს მათ ქონებრივ ვალდებულებას აუცილებლობის შემთხვევაში მატერიალურად დაეხმარონ ერთმანეთს, ანუ გაიღონ სხვა პირის რჩენისათვის აუცილებელი სახსრები.³³ ალიმენტის მოთხოვნის უფლება ხორციელდება მკაცრად განსაზღვრულ ჩარჩოებში, რასაც საფუძვლად უდევს საალიმენტო შეთანხმება ან სასამართლოს გადაწყვეტილება.³⁴ სსკ-ი ამომწურავად განსაზღვრავს ალიმენტის გადახდაზე ვალდებულ და ალიმენტის მიღებაზე უფლებამოსილ პირებს. მათი დაყოფა შესაძლებელია რამოდენიმე კატეგორიად. პირველი – მშობლები შვილების მიმართ, შვილები მშობლების მიმართ და მეუღლეები ერთმანეთის მიმართ. მეორე – დები და ძმები ერთმანეთის მიმართ, შვილიშვილები და

პაპა–ბებია ერთმანეთის მიმართ, დედინაცვალ–მამინაცვალი და გერი ერთმანეთის მიმართ. თუ, პირველ რიგში ჩამოთვლილი პირებისგან სარჩოს მოთხოვნა შეუძლებელია, მაშინ სარჩოს მოთხოვნა შეიძლება მეორე რიგში მყოფი პირებისაგან. სარჩოს მოთხოვნა შეიძლება რამოდენიმე პირისგან ერთდროულად.

1. მშობლების საალიმენტო ვალდებულებები შვილების მიმართ – სსკ-ის 1212-ე მუხლის მიხედვით მშობლები მოვალენი არიან არჩინონ თავიანთი არასრულწლოვანი შვილები, აგრეთვე შრომისუნარო შვილები, რომლებიც დახარებას საჭიროებენ.³⁵ სასამართლოს მიერ ალიმენტის დაკისრება არ უნდა ატარებდეს ფორმალურ ხასიათს და ალიმენტი რეალურად უნდა უზრუნველყოფდეს სარჩენი პირისთვის ნორმალური საცხოვრებელი პირობების შექმნას. სასამართლოს მიერ განსაზღვრული ალიმენტის ოდენობა არ შეიძლება იყოს იმ მინიმალურ ოდენობაზე ნაკლები, რაც აუცილებელია პირის სარჩენად.³⁶ ეს ვალდებულება ეკისრება როგორც დედას ისე მამას მიუხედავად იმისა, ისინი ერთმანეთთან ქორწინებაში იმყოფებიან, თუ არა.³⁷

2. შვილების საალიმენტო ვალდებულებანი მშობლების მიმართ – სსკ-ის 1218-ე მუხლის თანახმად, შვილები მოვალენი არიან იზრუნონ მშობლებისათვის და დაეხმარონ მათ. სრულწლოვანი შრომისუნარიანი შვილები მოვალენი არიან არჩინონ შრომისუნარო მშობლები, რომლებსაც დახმარება სჭირდებათ.³⁸ შვილების საალიმენტო ვალდებულება ეფუძნება 2 გარემოებას: მშო-

30 მუხლი. 15, საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი“, პარლამენტის უწყებანი 26/06/1997. # 786.[წვდომის თარიღი 10 ოქტომბერი 2020] <https://matsne.gov.ge/>
31 კერესელიძე, დ., 2009. კერძო სამართლის უზღოვადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, გვ.128.
32 შენგელია, რ., და შენგელია, ე., 2011. საოჯახო სამართალი. თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 244.
33 შენგელია, რ., და შენგელია, ე., 2011. საოჯახო სამართალი. თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 244.
34 იქვე, გვ. 247.

35 მუხლი. 1212, საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი“, პარლამენტის უწყებანი 26/06/1997. # 786.[წვდომის თარიღი 10 მარტი 2020] <https://matsne.gov.ge/>
36 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 28 თებერვალის გადაწყვეტილება (საქმე N ას-1618-2018).
37 შენგელია, რ., 2000. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 252.
38 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 20 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nეას-883-2019).

გიორგი გლაზოვი, ლეკვან ოსაძე

ბლების შრომის უნარობა და მატერიალური გაჭირვება.³⁹

3. მეუღლეთა საალიმენტო ვალდებულებანი – ქორწინების რეგისტრაციის შემთხვევაში მეუღლეები ვალდებული არიან იზრუნონ ერთმანეთზე და მატერიალურად დაეხმარონ ერთმანეთს.⁴⁰ ეს არა მარტო ბნეობრივი მოვალეობაა, არამედ იურიდიული ვალდებულებაცაა.⁴¹ მეუღლეთა შორის დახმარებაზე უარის თქმისას ან/და სარჩოს მიცემის შესახებ შეთანხმების არარსებობისას სასამართლო წესით სარჩოს მიღების უფლება აქვთ: ა) შრომისუუნარო მეუღლეს, რომელიც მატერიალურ დახმარებას საჭიროებს; ბ) ცოლს ორსულობის პერიოდში და ბავშვის დაბადებიდან სამი წლის განმავლობაში.⁴²

4. ოჯახის სხვა წევრების საალიმენტო ვალდებულებანი – ვიდრე, პირს, რომელიც ალიმენტს საჭიროებს, შესაძლებლობა აქვს მიიღოს იგი მშობლებისაგან, მეუღლისაგან ან შვილებისაგან, უფლება არა აქვს მოითხოვოს იგი ოჯახის სხვა წევრებისაგან. თუ პირველ რიგში ვალდებული პირებისაგან ალიმენტის მიღების შესაძლებლობა არ არსებობს, მხოლოდ მაშინ წარმოიშობა ოჯახის სხვა წევრებისაგან ალიმენტის მოთხოვნის უფლება.⁴³ მეორე რიგში მყოფ პირთა საალიმენტო ვალდებულება ეფუძნება ახლო ნათესაობას ან მჭიდრო ოჯახურ კავშირს.⁴⁴ სამოქალაქო კოდექსის 1223-ე

მუხლის შინაარსიდან გამომდინარე დებს და ძმებს არასრულწლოვანი და-ძმების რჩენის ვალდებულება ეკისრებათ, თუ სახეზეა ორი კუმულატიური პირობა: მათ აქვთ საკმაო შემოსავალი, რათა უზრუნველყონ სარჩოს მიცემა და ამასთან, სარჩოს მიღები პირის მშობელი ვერ უზრუნველყოფს შვილის რჩენას.⁴⁵ სსკ-ის 1224-ე მუხლის მიხედვით შვილიშვილი, რომელსაც საკმაო სახსრები აქვს მოვალეა არჩინოს თავისი შრომისუუნარო პაპა და ბებია, რომლებიც დამარებას საჭიროებენ, თუ მათ არ შეუძლიათ მიიღონ სარჩო თავისი შვილებისაგან ან ერთმანეთისაგან.⁴⁶

საალიმენტო ვალდებულებები გააჩნიათ პაპა-ბებიებსაც საკუთარი შვილიშვილის მიმართ.⁴⁷ სსკ-ის 1225-ე მუხლის მიზანი მხოლოდ მატერიალური საზრდოს დანიშვნა არაა, არამედ, მისი მასშტაბი უფრო ფართოა და მოიცავს არასრულწლოვნის უზრუნველყოფას საცხოვრებლით, მაშინ როდესაც, არასრულწლოვანს ამ სიკეთის მიღება თავისი მშობლებისგან არ შეუძლია.⁴⁸

საალიმენტო ვალდებულება შეიძლება წარმოიშვას მაშინაც, როცა მოსარჩელისა და მოპასუხის ურთიერთობას სისხლით ნათესაობა კი არ უდევს საფუძვლად, არამედ აღზრდაში ან რჩენაში მონაწილეობის ფაქტი.⁴⁹ ასეთი შემთხვევები მოცემულია სამოქალაქო კოდექსის 1226-ე, 1227-ე და 1229-ე მუხლებში რომელთა მიხედვითაც ალიმენტის გადახდა შესაძლებელია დაეკისროთ მამინაცვალს, დედინაცვალსა და

39 შენგელია, რ., და შენგელია, ე., 2011. საოჯახო სამართალი. თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 263.

40 შენგელია, რ., 2000. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 144.

41 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 12 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე № ას-786-753-2016).

42 მუხლი. 1182, საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი“, პარლამენტის უწყებანი 26/06/1997. # 786. [წვდომის თარიღი 10 ოქტომბერი 2020] <https://matsne.gov.ge/>

43 შენგელია, რ., და შენგელია, ე., 2011. საოჯახო სამართალი. თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 268.

44 შენგელია, რ., 2000. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 215.

45 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 31 ივლისის გადაწყვეტილება (საქმე № ას-49-49-2018).

46 მუხლი. 1224, საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი“, პარლამენტის უწყებანი 26/06/1997. # 786. [წვდომის თარიღი 10 ოქტომბერი 2020] <https://matsne.gov.ge/>

47 შენგელია, რ., და შენგელია, ე., 2011. საოჯახო სამართალი. თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 271.

48 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 5 მაისის გადაწყვეტილება (საქმე № ას-454-426-2017).

49 შენგელია, რ., 2000. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 220.

გერს, ასევე ალიმენტის დანიშვნა შესაძლებელია ფაქტობრივი აღმზრდელის სასარგებლოდ.

ღირსება და პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება

ყველა ადამიანს აქვს ღირსება, ღირებულება, რის გამოც სახელმწიფოსათვის ადამიანი არის უმთავრესი მიზანი, პატივისცემის ობიექტი, მთავარი ფასეულობა და არა მიზნის მიღწევის საშუალება და ექსპლუატაციის ობიექტი.⁵⁰ თავისუფალი პიროვნება და მისი ღირსება არის საქართველოს კონსტიტუციის უზენაესი ღირებულება და უმნიშვნელოვანესი პრინციპი.⁵¹ ადამიანის ღირსება ყველა ძირითადი უფლების საფუძველია, იგი არ წარმოადგენს მხოლოდ განყენებულ, აბსტრაქტულ კატეგორიას და პრაქტიკულ რეალიზებას ადამიანის უფლებებში პოვებს.⁵² აღნიშნული უფლება ბუნებით უფლებათა კატეგორიას განეკუთვნება, შესაბამისად, ნებისმიერ ადამიანს ღირსების უფლება აქვს იმიტომ, რომ იგი ადამიანია.⁵³ ადამიანის ღირსების პატივისცემა გულისხმობს ყოველი ადამიანის პიროვნულ აღიარებას, რომლის ჩამორთმევა და შეზღუდვა დაუშვებელია.⁵⁴ ღირსება შეილახება, თუ ადამიანს დევნიან, ამცირებენ, ან უფლების აყრის გზით მოეპყრობიან, როგორც საგანს.⁵⁵ ადამიანის

ღირსება ილახება მაშინ, როდესაც იგი განსაკუთრებული ზეგავლენის ქვეშ ხვდება.⁵⁶

ღირსება არის თითოეული ადამიანის თვითმყოფადობის საფუძველი და თანაბარი გარანტია, იყოს სხვებისგან განსხვავებული საკუთარ უნარებზე, შესაძლებლობებზე, გემოვნებაზე, განვითარების გზის ინდივიდუალურ არჩევანზე დამოკიდებულებით.⁵⁷ ამ უნარიდან გამომდინარე ყველა უნდა იყოს უზრუნველყოფილი საკუთარი თავის პიროვნული განვითარების უფლებით.⁵⁸ საქართველოს კონსტიტუციის მე-12 მუხლის თანახმად, „ყველას აქვს საკუთარი პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება.“⁵⁹ საკუთარი პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება, უპირველეს ყოვლისა, გულისხმობს პიროვნების მოქმედების ზოგად თავისუფლებას.⁶⁰ აღნიშნული უფლება გულისხმობს პირის უფლებას, დამოუკიდებლად, მესამე პირის ჩარევისა და მისგან კონტროლის გარეშე, განსაზღვროს საკუთარი მე, ვინაობა, ცხოვრების წესი, აირჩიოს გარესამყაროსთან, კონკრეტულ ადამიანებთან, თუ საზოგადოებასთან ურთიერთობის შინაარსი, ფორმები, ინტენსივობა, დამოუკიდებლად განსაზღვროს საკუთარი ინტელექტუალური, კულტურული, სოციალური, სულიერი, თუ სხვა ინტერესებისა და მოთხოვნილებების დაკმაყოფილების გზები და საშუალებები.⁶¹ ადამიანს აქვს უფლება, იყოს ისეთი,

გიორგი გლაზოვი, ლეკვან ოსაძე

50 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე N2/2-389).

51 კუბლაშვილი, კ., 2018. ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები. მეხუთე გამოცემა. თბილისი: გვ. 74.

52 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის 28 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე № 2/5/560).

53 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის 28 ოქტომბრის გადაწყვეტილება(-საქმე № 2/5/560).

54 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე N2/2-389).

55 კუბლაშვილი, კ., 2018. ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები. მეხუთე გამო-

ცემა. თბილისი: გვ. 76.

56 იქვე, გვ 81.

57 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის 24 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე №1/4/592).

58 კუბლაშვილი, კ., 2018. ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები. მეხუთე გამოცემა. თბილისი: გვ. 74.

59 მუხლი. 12, საქართველოს რესპუბლიკის კონსტიტუციური კანონი „საქართველოს კონსტიტუცია“. პარლამენტის უწყებანი 24/08/1995. # 786.[წვდომის თარიღი 10 ოქტომბერი 2020] <https://matsne.gov.ge/>

60 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე №2/1/536).

61 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 14 აპრილის გადაწყვეტილება (საქმე №1/1/625, 640).

როგორც თავად სურს, შეუძლია, მოსწონს.⁶² მნიშვნელოვანია იმის გათვითცნობიერება, რომ პირის თავისუფალ განვითარებას კანონი არ უნდა უქვემდებარებდეს საზოგადოებრივი განვითარების ერთ-ერთ ეტაპზე ჩამოყალიბებულ ტრადიციას, წესჩვეულებასა, თუ ადათს, ვინაიდან აღნიშნული საფრთხის ქვეშ დააყენებდა თავად ადამიანის პიროვნული განვითარების ორ მნიშვნელოვან და სუბსტანციურ პრინციპს – თავისუფლებასა და ინდივიდუალიზმს, რაც რეალურად წარმოადგენს ადამიანის განვითარების საწყისს.⁶³ პიროვნების თავისუფლად განვითარების უფლება არ მიეკუთვნება აბსოლუტურ უფლებათა ჯგუფს.⁶⁴ აღნიშნულ უფლებაში ჩარევა დასაშვებია, თუ უფლების მზღლდავი რეგულაცია დასახული ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის თანაბრობიერი საშუალებაა.⁶⁵ თანაბრობიერების პრინციპის უმთავრესი მოთხოვნაა, რომ უფლების შეზღუდვა არ განხორციელდეს იმაზე მეტად, ვიდრე ეს ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად არის საჭირო.⁶⁶

სსკ-ს მე-16 მუხლის მიხედვით პირს, რომელიც ბოროტად იყენებს ალკოჰოლს ან ნარკოტიკულ ნივთიერებებს და ამის გამო თავის ოჯახს მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში აყენებს ეზღუდება ქმედუნარიანობა. იგი უფლებამოსილია დადოს ქონების განკარგვის გარიგება, აგრეთვე განკარგოს ხელფასი, პენსია ან სხვა სახის შემოსავალი მხოლოდ მზრუნველის თანხმობით, გარდა წვრილმანი ყოფითი გარიგებების დადებისა.⁶⁷ მე-16 მუხლის

ნორმით დადგენილი სამართლებრივი რეჟიმი, წარმოადგენს ჩარევას ადამიანის პიროვნულ ავტონომიაში, პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლებაში. სადავო რეგულირება არსებითად ცვლის პირის სამართლებრივ სტატუსს და იწვევს მნიშვნელოვან სამართლებრივ და პრაქტიკულ შედეგებს. ქმედუნარიანობა შეზღუდულ პირს, ფორმალურად, განუსაზღვრელი ვადით ეზღუდება უფლება დამოუკიდებლად მიიღოს მონაწილეობა სამოქალაქო ურთიერთობებში. პირის უფლებაში ასეთი ინტენსივობის ჩარევა განპირობებული უნდა იყოს უაღრესად მნიშვნელოვანი ლეგიტიმური მიზნის არსებობით და უნდა წარმოადგენდეს ამ მიზნის მიღწევის ყველაზე ნაკლებად მზღლდველ საშუალებას.

თანასწორობა

თანასწორობის უფლება განმტკიცებულია კონსტიტუციის მე-11 მუხლით, რაც გულისხმობს იმას, რომ კანონი არსებითად თანასწორ პირებს ერთნაირად უნდა მოეპყროს, არსებითად უთანასწორობებს კი პირიქით.⁶⁸ თუმცა, არსებითად თანასწორი პირების მიმართ ნებისმიერი სახის დიფერენცირება დისკრიმინაციულ მოპყრობად არ ჩაითვლება.⁶⁹ დიფერენცირებული მოპყრობის გამართლებისთვის საჭიროა, სადავო ნორმამ დააკმაყოფილოს რაციონალური დიფერენცირების ტესტის მოთხოვნები, ანუ სადავო ნორმა უნდა იყოს მაქსიმალურად რეალისტური, საჭირო და არსებობდეს რაციონალური კავშირი დიფერენციაციის ობიექტურ მიზეზსა და მისი მოქმედების შედეგს შორის.⁷⁰ არაპირდა-

62 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 14 აპრილის გადაწყვეტილება (საქმე №1/1/625, 640).

63 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 4 აგვისტოს გადაწყვეტილება (საქმე №2/4/570).

64 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე №2/1/536).

65 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე N 2/4/532,533).

66 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 9 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე №1/2/622).

67 მუხლი. 16, საქართველოს რესპუბლიკის კონ-

სტიტუციური კანონი „საქართველოს კონსტიტუცია“. პარლამენტის უწყებანი 24/08/1995. # 786. [წვდომის თარიღი 10 ოქტომბერი 2020] <https://matsne.gov.ge/>

68 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის გადაწყვეტილება (საქმე N3/1/512).

69 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის 28 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე № 2/5/560).

70 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს

პირ დისკრიმინაციადაც შეიძლება შეფასდეს შემთხვევა, როდესაც ზოგადი დანიშნულების კანონი ადამიანთა განსაზღვრულ ჯგუფს, დანარჩენებთან შედარებით, აკისრებს გაცილებით მძიმე ტვირთს.⁷¹

სსკ-ის მე-16 მუხლი წარმოადგენს არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შემთხვევას, რადგანაც მისი ნორმა, „ოჯახის“ მატერიალური გასაჭირისაგან დაცვის მიზნით, შესაძლებლობას იძლევა ქმედუნარიანობა შევზღუდოს მხოლოდ ალკოჰოლისა და ნარკოტიკულ ნივთიერებათა მომხმარებლებს, რომლებიც მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში აყენებენ ოჯახს. გაურკვეველია რა მიზნით გამოყო კანონმდებელმა მხოლოდ ნარკოტიკული ნივთიერებებისა და ალკოჰოლის მომხმარებლები. თუ აღნიშნული ნორმის მიზანია ოჯახის მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში ჩავარდნისაგან დაცვა, მაშინ, რატომ არ ვრცელდება ნორმის მოქმედება იმ სხვა პირთა მიმართ, რომლებიც არ არიან ალკოჰოლზე, ან ნარკოტიკულ ნივთიერებებზე დამოკიდებულნი, მაგრამ საკუთარი ქონების არამიზნობრივი განკარგვის (ფლანგვის) შედეგად ოჯახს მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში აყენებენ.

საკუთრება

საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლის მიხედვით საკუთრების უფლება აღიარებული და უზრუნველყოფილია.⁷² საკუთრების უფლება წარმოადგენს თანამედროვე დემოკრატიული საზოგადოების განვითარების საყრდენს, რომელსაც ეფუძნება საბაზრო ეკონომიკა და სტაბი-

ლური სამოქალაქო ბრუნვა.⁷³ საკუთრების უფლება, მესაკუთრეს აღჭურავს შესაძლებლობით განკარგოს საკუთრების უფლება და მისი ობიექტი, მათ შორის გაანადგუროს ის.⁷⁴

საკუთრების უფლების შეზღუდვა დასაშვებია კანონით განსაზღვრულ შემთხვევაში და დადგენილი წესით, იმგვარად, რომ არ დაირღვეს საკუთრების უფლების არსი.⁷⁵ დაცულ სფეროში ჩარევის ყველა შემთხვევაში სახელმწიფო ვალდებულია დაიცვას თანაზომიერების პრინციპი და მის შესაბამისად იმოქმედოს.⁷⁶ თანაზომიერების პრინციპის მოთხოვნების დასაკმაყოფილებლად, უფლების შემზღუდველი ღონისძიება, გამოსადეგთან ერთად, ასევე უნდა წარმოადგენდეს ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის აუცილებელ საშუალებას.⁷⁷

ქმედუნარიანობის შეზღუდვით პირს ერთმევა შესაძლებლობა დამოუკიდებლად, მზრუნველის თანხმობის გარეშე, დადოს საკუთარი ქონების (საკუთრების) განკარგვის გარიგება, აგრეთვე განკარგოს საკუთარი ხელფასი, პენსია ან სხვა სახის შემოსავალი. აღნიშნული შეზღუდვის მიზანი არის ოჯახის წევრების მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში ჩავარდნისაგან დაცვა, თუმცა გასათვალისწინებელია ის უმნიშვნელოვანესი გარემოება, რომ თითოეულ სრულწლოვან ადამიანს ოჯახის წევრებზე ზრუნვის ვალდებულება კანონით ისედაც გააჩნია – სარჩოს გადახდის ვალდებულების დაწესებით (იხ. თავი „ოჯახის წევრებზე ზრუნვის ვალდებულებათა განსაზღვრული

2011 წლის 18 მარტის გადაწყვეტილება (საქმე N2/1/473).
71 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2011 წლის 22 დეკემბრის გადაწყვეტილება (საქმე N1/1/477).
72 მუხლი. 19, საქართველოს რესპუბლიკის კონსტიტუციური კანონი „საქართველოს კონსტიტუცია“. პარლამენტის უწყებანი 24/08/1995. #786. [წვდომის თარიღი 10 ოქტომბერი 2020] <https://matsne.gov.ge/>

73 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე N 2/4/532,533).
74 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის გადაწყვეტილება (საქმე N2/1/631).
75 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 30 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმე N21/5/675,681).
76 კუბლაშვილი, კ., 2018. ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები. მეხუთე გამოცემა. თბილისი: გვ. 257.
77 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 21 ივლისის გადაწყვეტილება (საქმე N2/3/680).

ჩამონათვალი“). შესაბამისად არსებობს ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის ნაკლებად მზღუდავი საშუალება, რადგანაც სარჩოს დაკისრებით პირს არ ეზღუდება ქმედუნარიანობა. ქმედუნარიანობის შეზღუდვით პირის საკუთრების უფლება შეიძლება იმაზე მეტად შეიზღუდოს ვიდრე ეს მიზნის მიღწევისათვის საკმარისი იქნებოდა.

დასკვნა

ღირსება, პიროვნების თავისუფალი განვითარება, თანასწორობა, თუ საკუთრება თავისუფალი და დემოკრატიული საზოგადოების საწყისი, ფუნდამენტური ღირებულებებია. კანონი, სასამართლო გადაწყვეტილება, ადმინისტრაციული აქტი, თუ გარიგება არ უნდა ხელყოფდეს ამ ღირებულებებს. ღირსების, პიროვნების თავისუფალი განვითარების, თანასწორობის და საკუთრების უფლებები თვითმყოფადია. პიროვნების თავისუფალი განვითარების, თანასწორობის, თუ საკუთრების უფლების შეზღუდვა შეიძლება მხოლოდ უფრო მაღალი საზოგადოებრივი ინტერესისათვის. ამ უფლებათა შეზღუდვის საშუალებები უნდა იყოს პროპორციული, მათი შეზღუდვის მიზნებისა. თუ შესაძლებელია შეზღუდვის მიზნის მიღწევა ნაკლებად მზღუდავი საშუალებით, სწორედ მისი გამოყენება უნდა მოხდეს.

ფიზიკური პირის ქმედუნარიანობა პიროვნების თავისუფალი განვითარების, ასევე საკუთრების უფლების რეალიზაციის საშუალებაა. ქმედუნარიანობა არის უნარი, პირმა საკუთარი ნებით და მოქმედებით შეიძინოს და განახორციელოს უფლებები და მოვალეობები. ქმედუნარიანობის შეზღუდვა პირდაპირ აისახება ზემოთხსენებულ ძირითად უფლებებზე. დაუშვებელია ქმედუნარიანობის შეზღუდვა კონკრეტული მზღუდავი საშუალებით, თუ ქმედუნარიანობის შეზღუდვის მიზნის მიღწევა შესაძლებელია უფრო მსუბუქად მზღუდავი საშუალებით. დაუშვებელია დისკრიმინაციულად ქმედუნარიანობის შეზღუდვა.

სსკ-ს მე-16 მუხლი ითვალისწინებს სრულწლოვანი, ალკოჰოლზე, ან ნარკოტიკებზე დამოკიდებული პირის ქმედუნარიანობის შეზღუდვის შესაძლებლობას. ქმედუნარიანობის შეზღუდვისთვის სახეზე უნდა იყოს ორი კუმულაციური წინაპირობა: 1) ალკოჰოლზე, ან ნარკოტიკებზე დამოკიდებულება და 2) ამ დამოკიდებულებით „ოჯახის“ მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში ჩაყენება. მიუხედავად იმისა, რომ ბუნდოვანია, თუ ვინ იგულისხმება ოჯახის ცნების ქვეშ, ეჭვს არ იწვევს, რომ ქმედუნარიანობის შეზღუდვა ხდება ოჯახის წევრების რჩენის მოვალეობის შესასრულებლად. აქვე, გავითვალისწინოთ, რომ საოჯახო სამართალი, ზედმიწევნით, numerous clauses პრინციპით განსაზღვრავს ოჯახის წევრების ურთიერთ რჩენის მოვალეობებს. სარჩოს გადახდა იმ მიზანს ემსახურება, რომ სარჩენს შეექმნას ცხოვრებისთვის და არსებობისთვის საჭირო და აუცილებელი პირობები. შესაბამისად, მოცემულობაში, სადაც ოჯახის კონკრეტულ წევრებზე მატერიალური ზრუნვის მოვალეობა, ქმედუნარიანობის შეზღუდვის გარეშე, ისედაც ზედმიწევნით გაწერილია საოჯახო სამართალში, გაუგებარია, რატომ ხდება მე-16 მუხლით, ისევ ოჯახის წევრების მატერიალურ მდგომარეობაზე ზრუნვის მიზნით პირისთვის ქმედუნარიანობის შეზღუდვა. გარდა ამისა, თუ დავუშვებთ, რომ მე-16 მუხლს დამოუკიდებელი მოქმედების სფერო აქვს, გაუგებარი იქნება, თუ რატომ არ ხდება იმ პირისთვის ქმედუნარიანობის შეზღუდვა, რომელიც არ არის ალკოჰოლზე ან ნარკოტიკებზე დამოკიდებული, მაგრამ საკუთარი ქონების გაფლანგვის (აზარტული თამაშებით, ასოციალური ქცევით და ა.შ.) შედეგად ოჯახს მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში აყენებს. ავტორთა აზრით, სსკ-ს მე-16 მუხლი გამოირჩევა პირთა მიმართ უთანასწორო მიდგომით, ასევე, უფლების მზღუდავი არაპროპორციული და გაუმართლებლად მძიმე საშუალებით.

გამოყენებული ლიტერატურა:

1. ზოიძე, ბ., და კორძაია, თ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა "GIZ".
2. ზოიძე, ბ., 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი I. თბილისი: გამომცემლობა "GIZ".
3. კერესელიძე, დ., 2009. კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა.
4. კობახიძე, ა., 2001. სამოქალაქო სამართალი ზოგადი ნაწილი. თბილისი: გამომცემლობა „საქართველოს მაცნე“.
5. კუბლაშვილი, კ., 2018. ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები. მეხუთე გამოცემა. თბილისი:
6. ქურდაძე, შ., 2006. სამოქალაქო საქმეთა განხილვა პირველი ინსტანციის სასამართლოში. თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“.
7. შენგელია, რ., 2000. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“.
8. შენგელია, რ., და შენგელია, ე., 2011, საოჯახო სამართალი. თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“.
9. ჭანტურია, ლ., 2002. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“.
10. ჭანტურია, ლ., 2011. სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“.

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს რესპუბლიკის კონსტიტუციური კანონი „საქართველოს კონსტიტუცია“. პარლამენტის უწყებანი 24/08/1995. # 786[წვდომის თარიღი 10 მარტი 2020] <https://matsne.gov.ge/>
2. საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი“. პარლამენტის უწყებანი 14/11/1997. # 1106. [წვდომის თარიღი 10 მარტი 2020] <https://matsne.gov.ge/>
3. საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი“. პარლამენტის უწყებანი 26/06/1997. # 786.[წვდომის თარიღი 10 მარტი 2020] <https://matsne.gov.ge/>

სასამართლო პრაქტიკა:

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 20 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმე №ას-883-2019).
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 12 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე № ას-786-753-2016).
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 31 ივლისის გადაწყვეტილება (საქმე № ას-49-49-2018).
4. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე N2/2-389).
5. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე N 2/4/532,533).
6. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის 28 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე № 2/5/560).
7. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე N2/2-389).

8. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის 24 ოქტომბერის გადაწყვეტილება (საქმე №1/4/592).
9. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე №2/1/536).
10. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 14 აპრილის გადაწყვეტილება (საქმე №1/1/625, 640).
11. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 4 აგვისტოს გადაწყვეტილება (საქმე №2/4/570).
12. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე №2/1/536).
13. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 9 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე №1/2/622).
14. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის გადაწყვეტილება (საქმე №2/1/631).

THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS BY LIMITING LEGAL CAPACITY OF AN ADULT

Giorgi Glazovi

*Doctoral student at Eastern Europe University, member
of law scientists union – Non-entrepreneurial (non-
commercial) legal entity*

Levan Osadze

Legal adviser at the law clinic of Ilia state university

KEYWORDS: Family, Obligation, Equality

RESUME

Within this article we've considered the disposition of the Article 16 of the Civil Code of Georgia, it's aim and connection with human rights protected under the Constitution.

After analyzing case law and scientific literature, it seems that it is possible to limit the legal capacity of a person at the age of majority, if the adult abuses alcohol or narcotic substances and by doing so, puts his/her family in material hardship, however, it's unclear why it is necessary to limit legal capacity for only alcohol and drug users. Meanwhile, Georgian legislation, with other means of law obliges person to care for his/her family's material condition. If a person avoids to undertake the obligation to pay maintenance, it is possible to force him/her to pay it according to the decision of a court. (Court can demand a person to fulfill the obligation to pay maintenance for his/her family members in order to prevent material hardship).

The purposes of provisions which are limiting legal capacity are vague (GCC Article 16, Chapter of Special Proceeding of Civil Procedure Code of Georgia), it's possible to protect family's material condition without imposing these measures while not limiting person's constitutional rights.

In the article, we've also discussed the premises of limiting legal capacity and consequences, when there is a possibility of violation of human rights protected by the constitution such as: human dignity, right to free personal development,

right to equality and right to property.

It is possible that family members may be engaged in material hardship not only by the person who has an addiction to alcohol and drugs, but also by a person with no such characteristics.

Accordingly, it is wrong and unequal to limit legal capacity only for persons, which have an addiction to illegal substances and alcohol. Besides, the achievement of the legitimate aim, under the GCC Article 16, is possible by the less intrusive measures.

NOTES:

1. Kereselidze, D., 2009. The most common systemic concepts of private law. Tbilisi: Publishing House "IECL", P.115. (In Georgian)
2. Zoidze, B. and Kordzaia, T., 2017. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "GIZ", P.68. (In Georgian)
3. Chanturia, L., 2011. General part of civil law. Tbilisi: Publishing house "law", P. 179. (In Georgian)
4. Zoidze, B. and Kordzaia, T., 2017. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "GIZ", P.68. (In Georgian)
5. Kereselidze, D., 2009. The most common systemic concepts of private law. Tbilisi: Publishing House "IECL", P.117. (In Georgian)
6. Article. 12, Law Of Georgia " Civil Code Of Georgia". Parliamentary Gazette 26/06/1997. # 786 [viewed 10 october 2020] .<https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
7. Chanturia, L., 2011. General part of civil law. Tbilisi: Publishing house "law", P. 179. (In Georgian)
8. Zoidze, B. and Kordzaia, T., 2017. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "GIZ", P.68. (In Georgian)
9. *Ibid*, P. 68. (In Georgian)
10. Kereselidze, D., 2009. The most common systemic concepts of private law. Tbilisi: Publishing House "IECL", P.116. (In Georgian)
11. The decision of the Constitution Court of Georgia of 8 October 2014 (N 2/4/532,533) (In Georgian)
12. Article. 13, Law Of Georgia " Civil Code Of Georgia". Parliamentary Gazette 26/06/1997. # 786. [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
13. Chanturia, L., 2002. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "Law", P. 47. (In Georgian)
14. Zoidze, B., 2017. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "GIZ", P.77. (In Georgian)
15. Kereselidze, D., 2009. The most common systemic concepts of private law. Tbilisi: Publishing House "IECL", P.127. (In Georgian)
16. Zoidze, B., 2017. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "GIZ", P.89. (In Georgian)
17. *Ibid*, p. 88. (In Georgian)
18. Chanturia, L., 2002. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "Law", P. 51. (In Georgian)

19. *Ibid*, p. 51. (In Georgian)
20. Zoidze, B., 2017. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "GIZ", P.88. (In Georgian)
21. *Ibid*, p. 88. (In Georgian)
22. *Ibid*, p. 88. (In Georgian)
23. Chanturia, L., 2002. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "Law", P. 47. (In Georgian)
24. Article. 363⁸, Law Of Georgia "Civil Procedure Code Of Georgia". Parliamentary Gazette14/11/1997. # 1106.[viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
25. Qurdadze, Sh., 2006. Civil Proceedings Of The First Instance Court. Tbilisi: Publishing House "Meridiani", P. 690. (In Georgian)
26. Article. 363¹¹, Law Of Georgia "Civil Procedure Code Of Georgia". Parliamentary Gazette14/11/1997. # 1106.[viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
27. Chanturia, L., 2002. Comments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House "Law", P. 51. (In Georgian)
28. *Ibid*, p. 51. (In Georgian)
29. Kobakhidze, A., 2001. Civil Law. Tbilisi: Publishing House "herald of Georgia", P. 124. (In Georgian)
30. Article 15, Law Of Georgia " Civil Code Of Georgia", Parliamentary Gazette26/06/1997. # 786. [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
31. Kereselidze, D., 2009. The most common systemic concepts of private law. Tbilisi: Publishing House "IECL", P.115. (In Georgian)
32. Shengelia, R., and Shengelia, E., 2011. Family Law. Tbilisi: Publishing House "Meridiani", P. 244. (In Georgian)
33. *Ibid*, p. 244. (In Georgian)
34. *Ibid*, p. 247. (In Georgian)
35. Article. 1212, Law Of Georgia " Civil Code Of Georgia". Parliamentary Gazette26/06/1997. # 786. [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
36. The decision of the Supreme Court of Georgia of 28 February 2019 (№ 1618-2018). (In Georgian)
37. Shengelia, R., 2000. Comments Of Civil Code (Book 5). Tbilisi: Publishing house "Law". P.220. (In Georgian)
38. The decision of the Supreme Court of Georgia of 30 September 2019 (№ 883-2019). (In Georgian)
39. Shengelia, R., and Shengelia, E., 2011. Family Law. Tbilisi: Publishing House "Meridiani", P. 263. (In Georgian)
40. Shengelia, R., 2000. Comments Of Civil Code (Book 5). Tbilisi: Publishing house "Law". P.144. (In Georgian)
41. The decision of the Supreme Court of Georgia of 12 October 2016 (№ 786-753-2016). (In Georgian)
42. Article. 1182, Law Of Georgia " Civil Code Of Georgia". Parliamentary Gazette26/06/1997. # 786.[viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
43. Shengelia, R., and Shengelia, E., 2011. Family Law. Tbilisi: Publishing House "Meridiani", P. 268. (In Georgian)
44. Shengelia, R., 2000. Comments Of Civil Code (Book 5). Tbilisi: Publishing house "Law". P. 215. (In Georgian)
45. The decision of the Supreme Court of Georgia of 31 July 2018 (№ 49-49-2018). (In Georgian)
46. Article. 1224, Law Of Georgia "Civil Code Of Georgia", Parliamentary

- Gazette26/06/1997. # 786. [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
47. Shengelia, R., and Shengelia, E., 2011. Family Law. Tbilisi: Publishing House “Meridiani”, P. 271. (In Georgian)
 48. The decision of the Supreme Court of Georgia of 5 May 2017 (№აბ-454-426-2017). (In Georgian)
 49. Shengelia, R., 2000. Comments Of Civil Code (Book 5). Tbilisi: Publishing house “Law”. P. 220. (In Georgian)
 50. The decision of the Constitution Court of Georgia of 26 October 2007 (N2/2-389). (In Georgian)
 51. Kublashvili, K., 2018. Human Rights and Fundamental Freedoms. Tbilisi: P. 74. (In Georgian)
 52. The decision of the Constitution Court of Georgia of 28 October 2015 (№ 2/5/560). (In Georgian)
 53. The decision of the Constitution Court of Georgia of 28 October 2015 (№ 2/5/560). (In Georgian)
 54. The decision of the Constitution Court of Georgia of 26 October 2007 (N2/2-389). (In Georgian)
 55. Kublashvili, K., 2018. Human Rights and Fundamental Freedoms. Tbilisi: P. 76. (In Georgian)
 56. I bid, p. 81. (In Georgian)
 57. The decision of the Constitution Court of Georgia of 24 October 2015 (№1/4/592). (In Georgian)
 58. Kublashvili, K., 2018. Human Rights and Fundamental Freedoms. Tbilisi: P. 74. (In Georgian)
 59. Article 12, Constitutional Court Of The Republic Of Georgia “Constitution Of Georgia”, Departments Of The Parliament Of Georgia, 24/08/1995, # 786, [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
 60. The decision of the Constitution Court of Georgia of 4 February 2014 (№2/1/536). (In Georgian)
 61. The decision of the Constitution Court of Georgia of 14 April 2016 (№1/1/625, 640). (In Georgian)
 62. The decision of the Constitution Court of Georgia of 14 April 2016 (№1/1/625, 640). (In Georgian)
 63. The decision of the Constitution Court of Georgia of 4 August (№2/4/570). (In Georgian)
 64. The decision of the Constitution Court of Georgia of 4 February 2014 (№2/1/536). (In Georgian)
 65. The decision of the Constitution Court of Georgia of 8 October 2014 (N 2/4/532,533). (In Georgian)
 66. The decision of the Constitution Court of Georgia of 9 February (№1/2/622). (In Georgian)
 67. Article 16, Law Of Georgia “Civil Code Of Georgia”, Parliamentary Gazette, 26/06/1997, # 786, [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
 68. The decision of the Constitution Court of Georgia of 26 June 2012 (N3/1/512). (In Georgian)
 69. The decision of the Constitution Court of Georgia of 28 October 2015 (№ 2/5/560). (In Georgian)
 70. The decision of the Constitution Court of Georgia of 18 March 2011 (N2/1/473). (In Georgian)
 71. The decision of the Constitution Court of Georgia of 22 December 2011 (N1/1/477). (In Georgian)

72. Article 19, Constitutional Court Of The Republic Of Georgia “Constitution Of Georgia”, Departments Of The Parliament Of Georgia, 24/08/1995, # 786,[viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
73. The decision of the Constitution Court of Georgia of 8 October 2014 (N 2/4/532,533). (In Georgian)
74. The decision of the Constitution Court of Georgia of 18 April 2016 (№2/1/631). (In Georgian)
75. The decision of the Constitution Court of Georgia of 30 September 2016 (№1/5/675,681). (In Georgian)
76. Kublashvili, K., 2018. Human Rights and Fundamental Freedoms. Tbilisi: P. 257. (In Georgian)
77. The decision of the Constitution Court of Georgia of 21 July 2017 (№2/3/680). (In Georgian)

BIBLIOGRAPHY:

1. Chanturia, L., 2002. Coments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House “Law”. (In Georgian)
2. Chanturia, L., 2011. General part of civil law. Tbilisi: Publishing house “law”. (In Georgian)
3. Kereselidze, D., 2009. The most common systemic concepts of private law. Tbilisi: Publishing House “IECL”. (In Georgian)
4. Kobakhidze, A., 2001. Civil Law. Tbilisi.Publishing house “herald of Georgia”. (In Georgian)
5. Kublashvili, K., 2018. Human Rights and Fundamental Freedoms. Tbilisi. (In Georgian)
6. Qurdadze, Sh., 2006. Civil Proceedings Of The Firs Instance Court. Tbilisi: Publishing House “Meridiani”. (In Georgian)
7. Shengelia, R., and Shengelia, E., 2011. Family Law. Tbilisi: Publishing House “Meridiani”. (In Georgian)
8. Shengelia, R., 2000.Coments Of Civil Code (Book 5). Tbilisi: Publishing house “Law”. (In Georgian)
9. Zoidze, B., 2017.Coments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi: Publishing House “GIZ”. (In Georgian)
10. Zoidze, B.,and Kordzaia, T., 2017. Coments Of Civil Code (Book 1). Tbilisi, Publishing House “GIZ” . (In Georgian)

NORMATIVE ACTS:

1. Constitutional Court Of The Republic Of Georgia “Constitution Of Georgia”. Departments Of The Parliament Of Georgia 24/08/1995. #786. [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)
2. Law Of Georgia “Civil Procedure Code Of Georgia”. Parliamentary Gazette14/11/1997. #1106. [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/>(In Georgian)
3. Law Of Georgia “Civil Code Of Georgia”. Parliamentary Gazette26/06/1997. #786. [viewed 10 october 2020] <https://matsne.gov.ge/> (In Georgian)

COURT DECISIONS:

1. The decision of the Supreme Court of Georgia of 30 September 2019 (№ბს-883-2019). (In Georgian)
2. The decision of the Supreme Court of Georgia of 12 October 2016

- (№ას-786-753-2016). (In Georgian)
3. The decision of the Supreme Court of Georgia of 31 July 2018 (№ას-49-49-2018).(In Georgian)
 4. The decision of the Constitution Court of Georgia of 26 October 2007 (N2/2-389). (In Georgian)
 5. The decision of the Constitution Court of Georgia of 8 October 2014 (N 2/4/532,533). (In Georgian)
 6. The decision of the Constitution Court of Georgia of 28 October 2015 (№ 2/5/560). (In Georgian)
 7. The decision of the Constitution Court of Georgia of 26 October 2007 (N2/2-389). (In Georgian)
 8. The decision of the Constitution Court of Georgia of 24 October 2015 (№1/4/592). (In Georgian)
 9. The decision of the Constitution Court of Georgia of 4 February 2014 (№2/1/536). (In Georgian)
 10. The decision of the Constitution Court of Georgia of 14 April 2016 (№1/1/625, 640). (In Georgian)
 11. The decision of the Constitution Court of Georgia of 4 August (№2/4/570). (In Georgian)
 12. The decision of the Constitution Court of Georgia of 4 February 2014 (№2/1/536). (In Georgian)
 13. The decision of the Constitution Court of Georgia of 9 February (№1/2/622). (In Georgian)
 14. The decision of the Constitution Court of Georgia of 18 April 2016 (№2/1/631). (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 99) 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 99) 952 024