

საქართველო და მსოფლიო

საერთაშორისო სამეცნიერო
ჟურნალი

N29/2024



INTERNATIONAL SCIENTIFIC JOURNAL

LAW AND WORLD

№ 29 2024 მარტი
MARCH

სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის
სამართლის ინსტიტუტის
საერთაშორისო სამეცნიერო
რეფერირებადი ჟურნალი

LAW AND WORLD

INTERNATIONAL SCIENTIFIC
PEER-REVIEWED JOURNAL
OF THE EUROPEAN UNIVERSITY
INSTITUTE OF LAW

სამართალი და მსოფლიო – თქვენი გზამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND WORLD – Your Guide in Legal World

თბილისი
Tbilisi
www.lawandworld.ge



ჟურნალის საერთაშორისო აღიარება
International Recognition of Journal



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

ჟურნალი ფლობს საერთაშორისო ლიცენზიას CC BY-SA.

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.

The journal holds International license: CC BY-SA.

მთავარი რედაქტორი:
ტექნიკური რედაქტორი:
ინგლისური ტექსტის კორექტორი:
დაკაბადონება:

იოსებ კელენჯერიძე
სესილი შუთელია
კახა გოშაძე
თამარ ქავჭარაძე

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

IOSEB KELENJERIDZE
SESILI KUTELIA
KAKHA GOSHADZE
TAMAR QAVZHARADZE

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

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

მთავარი ჰედაქტოხი

იოსებ კვლენჯერიძე – საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

წევრები:

მერაბ ტურავა – სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის პროფესორი. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე

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

თამარ ლალიაშვილი – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

ალექსანდრე ლლონტი – ფრაიბურგის ალბერტ ლუდვიგის სახელობის უნივერსიტეტის სამართლის მეცნიერებათა დოქტორის კანდიდატი. საერთაშორისო კიბერუსაფრთხოების კვლევითი ცენტრის დამფუძნებელი

ევა გოცირიძე – სამართლის დოქტორი, საქართველოს საკონსტიტუციო სამართლის მოსამართლე, წმიდა ანდრია პირველწოდებულის სახელობის

ქართული უნივერსიტეტის პროფესორი ანა ჭილიტაშვილი – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

ირაკლი ნადარეიშვილი – სამართლის დოქტორი, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის აფილირებული ასისტენტი პროფესორი. საქართველოს მთავარი პროკურატურის სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი დანაშაულის გამოძიების დეპარტამენტის უფროსი

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

ბაკურ ლილუაშვილი – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

თათული დოლიძე – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

როინ მიგრიაული – ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის წევრი, ადვოკატი

ეკატერინე ლაფაჩი – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

გიორგი ხატიძე – საქართველოს საზოგადოებრივ საქმეთა ინსტიტუტის (GIIPA) სამართლის და პოლიტიკის სკოლის ასოცირებული პროფესორი

კახა გოშაძე – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

მამუკა შენგელია – სამართლის აკადემიური დოქტორი, აკაკი წერეთლის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ბიზნესის, სამართლის და სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტის სამართლის დეპარტამენტის ხელმძღვანელი, პროფესორი

გიორგი ამირანაშვილი – სამართლის დოქტორი, გურამ თავართქილაძის სახელობის თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი და ღია სასწავლო უნივერსიტეტის ასისტენტი-პროფესორი

ხათუნა ბურკაძე – ბიზნესისა და ტექნოლოგიების უნივერსიტეტის პროფესორი, სადოქტორო პროგრამის თავმჯდომარე - „ციფრული მმართველობა და ხელოვნური ინტელექტი (AI) საჯარო სექტორში“

მიხეილ ბიჭია – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი, უმაღლესი საგანმანათლებლო პროგრამების აკრედიტაციის ექსპერტი, ადვოკატი

უცხოელი წევრები

პანს იურგენ ზახორკა – ევროპული ინსტიტუტის ლიბერტას დირექტორი, ყოფილი ევროპარლამენტარი, ევროკავშირის საგარეო საქმეთა ჟურნალის მთავარი რედაქტორი, ადვოკატი (გერმანია)

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

დევიდ კოლბე – ვალპარაისოს უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი, ინდიანას შტატის ადვოკატთა ასოციაციის წევრი (აშშ)

მარკ სპეისერი – ფლორიდის შტატის საოლქო სასამართლოს მოსამართლე (აშშ)

უილიამ ბილ ვოტკინსი – სამხრეთ კაროლინას მოქმედი პროკურორი. ოუკლენდის დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მკვლევარი (აშშ)

მარტინ კოლე – Panthéon-Assas-ის (Paris II) უნივერსიტეტის პროფესორი (საფრანგეთი)

მათიუ მერპოელი – საფრანგეთის ლილის კათოლიკური უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი საჯარო სამართალში (საფრანგეთი)

ფრანჩესკო ლონგობუკო – კერძო სამართლის ასოცირებული პროფესორი

– MIUR სრული პროფესორის კვალიფიკაცია, იურისტი უმაღლესი მაგისტრატურის ეკონომიკის დეპარტამენტში, Roma Tre University Erasmus-ის აკადემიური კოორდინატორი (იტალია)

გერჰარდ ლინგელბახი – პროფესორი, სამართლის დოქტორი, ფრიდრიხ შილერის სახელობის იენის უნივერსიტეტი (გერმანია).

კაროლ კარსკი – სამართლის დოქტორი, ვარშავის უნივერსიტეტის პროფესორი და სამართლისა და ადმინისტრირების ფაკულტეტზე საერთაშორისო საჯარო სამართლის დეპარტამენტის უფროსი, ევროპის უნივერსიტეტის საპატიო დოქტორი, თბილისი, ევროპარლამენტის წევრი (პოლონეთი)

ამირ ალიევი – ბაქოს სახელმწიფო უნივერსიტეტის UNESCO-ს ადამიანის უფლებათა და საინფორმაციო სამართლის იურიდიული ფაკულტეტის კათედრის გამგე, სამართლის დოქტორი, პროფესორი (აზერბაიჯანი)

როსტან მეჰდი – ექს-მარსელის უნივერსიტეტის იურიდიული და პოლიტიკური მეცნიერებების ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი, ინსტიტუტ Sciences Po Aix-ის დირექტორი (საფრანგეთი)

რობერტ თრეჟმენი – პროფესორი, სამართლის დოქტორი, ადვოკატი (აშშ)

პატრიცია გ. ბენავიდე ვალესკო – კომერციული სამართლის ასოცირებული პროფესორი, მალაგას უნივერსიტეტი (ესპანეთი)

ანა ჰამონიკი – რენის უნივერსიტეტის (1) პროფესორი (საფრანგეთი)

ფაბრის პიკო – პროფესორი, პანთეონ-ასას უნივერსიტეტი (პარიზი II). ევროპის სამართლის სამაგისტრო პროგრამის ხელმძღვანელი. გამოცემის „სამართალი და ევროკავშირის“ დირექტორი. ევროპული სწავლების ასოციაციის საპატიო პრეზიდენტი (საფრანგეთი)

გრეგორი მარტინ დი ნევილი – გენერალური პროკურორის მოადგილე სენტ-ბრუზის სასამართლოში, საფრანგეთი, ბრეტანი (საფრანგეთი)

აბდელგანი ბენაირედ – უზენაესი სასამართლოსა და სახელმწიფო საბჭოს მიერ ასოცირებული ადვოკატი, დამტკიცებული სამრეწველო საკუთრების იურისტი INAPI-ში, დოქტორი - Aix-Marseille უნივერსიტეტი (ალჟირი)

კენეტ ფილდსი – არიზონას უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლე, სამართლის დოქტორი – კენტუკის უნივერსიტეტი (აშშ)

EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief

IOSEB KELENJERIDZE – Doctor of International Law, Affiliated professor of European University

Members:

MERAB TURAVA – Doctor of Law, Professor of Grigol Robakidze University. President of the Constitutional Court of Georgia

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

TAMAR LALIASHVILI – Doctor of Law, Professor of The European University

ALEKSANDRE GLONTI – J.D. Candidate at Freiburg University. Founder of an International Cybersecurity Company The Project Andromeda

EVA GOTSIRIDZE – Doctor of Law, Judge of the Constitutional Court of Georgia, Professor at St. Andrew the First-Called Georgian University

ANNA CHIGITASHVILI – Doctor of Law, Professor of European University

IRAKLI NADAREISHVILI – Doctor of Law. Affiliated assistant professor at the Caucasus International University. Head of the Crime Investigation Department of the Chief Prosecutor's Office of Georgia

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

TATULI DOLIDZE – Doctor of Law, Affiliated professor of European University

ROIN MIGRIAULI – Associate Professor of Iv. Javakishvili Tbilisi State University, Member of LEPL Georgian Bar Association, Advocate

EKATERINE LAPHACHI – Doctor of Law, Affiliated professor at the European University

GEORGE KHATIDZE – Associate Professor at the Georgian Institute of Public Affairs, School of Law and Politics (GIPA)

KAKHA GOSHADZE – Doctor of Law, Affiliated professor of European University

MAMUKA SHENGELIA – Academic Doctor of Law, Head of the Department of Law, Faculty of Business, Law and Social Sciences, Akaki Tsereteli State University, Professor

GIORGI AMIRANASHVILI – Doctor of Law, Associate Professor at Guram Tavartkiladze Tbilisi Teaching University and Assistant Professor at Tbilisi Open University

KHATUNA BURKADZE – Doctor of Law, Professor of Business and Technology University, Chair of the Doctoral Program – “Digital Governance and Artificial Intelligence (AI) in Public Sector”.

MIKHEIL BICHIA – Doctor of Law, Professor at European University, Expert in accreditation of higher educational programs, Lawyer

FOREIGNER MEMBERS

HANS-ÜRGEN ZAHORKA – The director of European Institute „Liberta”, Former member of European Parliament, Chief Editor of European Union Foreign Affairs Journal (EUFJ), Advocate (Germany)

PATRICK C. R. TERRY – Doctor of Law at Kent University (England), Professor of University of Kelly Public Administration (Germany)

DAVID C. KOLBE – Doctor of Law at Valparaiso University, Lawyer of Indiana State Bar Association (USA)

MARK A. SPEISER – Judge of circuit court of Florida (USA)

WILLIAM J. WATKINS – Acting prosecutor of South Carolina, (representative at the Appeal Court). Researcher of the independent Institute of Oakland (USA)

MARTIN COLLET – Professor of Law at Université Panthéon-Assas (Paris II), (France)

MATTHIEU MEERPOEL – Associate Professor in public Law at the Law Faculty of the Catholic University of Lille (France)

FRANCESCO LONGOBUCCO – Associate Professor of Private Law – MIUR qualification as Full Professor, Lawyer at the Higher Magistrates Department of Economics, Roma Tre University Erasmus Academic Coordinator (Italy)

GERHARD LINGELBACH – Professor, Doctor of Laws at Friedrich Schiller University Jena – (Germany)

KAROL KARSKI – Ph.D. (Law), Dr. Hab. iur., Professor of the University of Warsaw and the Head of the Department of Public International Law at the Faculty of Law and Admin-

istration, Doctor honoris causa of the European University in Tbilisi, Member of the European Parliament (Poland)

AMIR ALIYEV – Head of UNESCO Chair of Human Rights and Information Law of Law Faculty at Baku State University, Doctor of Laws, Professor (Azerbaijan)

ROSTANE MEHDI – Professor at the Faculty of Law and Political Science of the University of Aix-Marseille, Director of Sciences Po Aix (France)

ROBERT TRACHMAN – Professor, Doctor of Law, Attorney (USA)

PATRICIA G. BENAVIDES VELASCO – Associate Professor of commercial Law at the University of Malaga (Spain)

FABRICE PICOD – Professor, Panthéon Assas University (Paris II). Responsible for the

Master 2 (European Union Law). Director of the “European Union Law” collection. Honorary President of the Association for European Studies (France)

ANNE HAMONIC – Professor of the University of Rennes (1) (France)

GRÉGORY MARTIN-DIT NEUVILLE – Deputy public prosecutor at the court of Saint Brieuc, in French Brittany (France)

ABDELGHANI BENAÏRED – Lawyer approved by the Supreme Court and the Council of State Approved Industrial Property attorney with INAPI Doctor of Laws – Aix-Marseille University (Algeria)

KENNETH L. FIELDS – Judge of the Superior Court of Arizona, Doctor of Law, University of Kentucky (USA)

- 7 LEGAL PROTECTION FROM AN INTERGENERATIONAL JUSTICE PERSPECTIVE: A CONCEPT FOR LEASING FREEHOLD LAND IN THE TOURISM AREA IN BALI
I Gede Etha Prianjaya, Ni Ketut Supasti Dharmawan,
I Ketut Sudantra, I Gusti Agung Mas Rwa Jayantiari
- 15 CIVIL LAW CODIFICATION PROCESS IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA AND THE REPUBLIC OF ALBANIA
Nikola Dacev, Entoni Miska
- 28 CHALLENGES IN APPLYING NATIONALITY LAW IN CASES OF CONFLICTING LAWS IN DIVORCE AND PHYSICAL SEPARATION (The Algerian legislator as an example)
Abdelhakim Boudjani, Soreya Gherbi
- 37 DIGITIZATION OF LEGAL AID SERVICES AND CRIMINAL JUSTICE TO THE DETAINEES IN INDIA
Milendra Singh, Saman Narayan Upadhyay
- 50 THE LEGAL NATURE OF THE VIOLATIONS
Hamdan Taher Mohammed Ali
- 66 ANALYZING THE IMPACT OF EMERGING TECHNOLOGIES ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (IPR): A COMPREHENSIVE STUDY ON THE CHALLENGES AND OPPORTUNITIES IN THE DIGITAL AGE
Anusha Unnikrishnan
- 80 PECULIARITIES OF THE DISPOSAL OF PROPERTY OWNED BY THE JUVENILE
Ana Gurieli
- 87 არასრულწლოვანის საკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვის თავისებურებები
ანა გურიელი
- 96 DEFINITION AND MEANING OF TORTURE IN CRIMINAL LAW 96
Ana Gotsiridze

- 104 წამების დეფინიცია და მნიშვნელობა სისხლის
სამართლის კოდექსში
ანი გოცირიძე
- 114 NAVIGATING CRUELTY: EXAMINING ECHR PRACTICE
IN DEFINING A MINIMUM THRESHOLD FOR TORTURE
FACILITATED BY STATE AGENTS
Nano Vatcharadze
- 128 DECODING PATENT PROCEDURES: INTERNATIONAL
PROTOCOLS AND INNOVATION PROTECTION IN GEORGIA
Tornike Merebashvili
- 134 PROTECTION OF THE BEST INTERESTS OF A CHILD
IN THE MEDICAL FIELD
(According to the legislation in force in Georgia)
Mariam Vashakidze
- 142 ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვა სამედიცინო
სფეროში (საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობის მიხედვით)
მარიამ ვაშაკიძე
- 153 THE CHILD'S RIGHT TO BE HEARD IN CIVIL PROCEEDINGS
Mariam Saneblidze
- 164 ბავშვის მოსმენის უფლება სამოქალაქო
სამართალწარმოებისას
მარიამ სანებლიძე
- 177 LIMITATION OF FREEDOM OF WILL IN THE HOUSEHOLD –
THE PROBLEM OF PRIVATE PROPERTY OF GEORGIAN
CITIZENS
Irakli Leonidze
- 187 ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვა კომლში –
საქართველოს მოქალაქეთა კერძო საკუთრების
კრობლემა
ირაკლი ლეონიძე

LEGAL PROTECTION FROM AN INTERGENERATIONAL JUSTICE PERSPECTIVE: A CONCEPT FOR LEASING FREEHOLD LAND IN THE TOURISM AREA IN BALI

I Gede Etha Prianjaya

Doctor of Law, Udayana University, Denpasar Bali, Indonesia

Ni Ketut Supasti Dharmawan

Doctor of Law, Profesor, Udayana University, Denpasar Bali, Indonesia

I Ketut Sudantra

Doctor of Law, Udayana University, Denpasar Bali, Indonesia

I Gusti Agung Mas Rwa Jayantiari

Doctor Of Law, Udayana University, Denpasar Bali, Indonesia

ABSTRACT

In accordance with developments over time and the development of tourism as a business field in Bali, the need for land as a supporting factor for tourist destinations is increasing. For instance, in Bali, several destinations never stop being developed, either in coastal areas, in cities or in the mountains, which have become tourism objects and are balanced with local wisdom as instruments of cultural tourism destinations hence sometimes the need for land to support the tourism activities is obtained by lease often does not take into account for next generations who will obtain the same rights due to a very long lease pe-

riod. This research mainly discussed the process of leasing freehold land in several areas in Bali and how the rental period for freehold land in Bali shall be regulated to reflect fairness between generations in the future. This is empirical research that focuses on the empirical symptoms that can be observed in real life. The analysis was carried out qualitatively and presented as an analytical description. The research indicated that the process of the right to lease a freehold land in Bali still happens, especially for the tourism business, agreements are made before a Notary as authentic deed, and there shall be a concept in terms of lease period that mentions specific time if the freehold land is being developed for tourism destinations, hence it can be perceived by next generations.

KEYWORDS: Intergenerational Justice, Right to Lease, Land, Tourism

INTRODUCTION

Indonesia is known as an archipelagic country because of its thousands of islands. One of the islands is Bali Island. It cannot be denied that Bali is well-known for its traditions, culture and natural beauty. Not only domestic tourists, but foreign tourists also come to Bali for vacation or business.¹ Tourism is not only related to the phenomenon of people travelling, but also has an impact on issues such as achieving social and cultural goals, foreign policy, economic development, environmental protection and sustainable development planning.²

Land cannot be separated from human life and society. The dependence of humans and society on land is like a baby on its mother. Laws

that live and develop in Indonesian society need to reinterpret their function and meaning in the development of national law, because, in fact, they still have wisdom in enforcing the applicable rules in organizing their lives fairly and conscientiously.³

Imam Sudiyat mentioned that “In a country whose people desire to implement democracy with social justice, utilizing the land for the greatest prosperity of the people is a matter of *coditio sine qua non*”.⁴ In customary law, it can be seen that the main concept is that land is under the control of a legal association based on the principle of togetherness, known as customary rights or *hak ulayat*. This right by Van Vollenhoven,⁵ known as “*beschikingsrecht*”, while the land that constitutes the territory is called “*beschikingskring*”. This term is translated into Indonesian as customary rights or lordship rights, while the term *beschikingskring* is translated as customary environment.

The existence of land in Bali, especially the assessment of the strategic meaning of land and its economic importance in supporting people’s lives, has a significant influence on the land, including customary land, which is not impossible to change its function, which is the basis for excessive use of land. One source of this problem is the construction of tourism facilities, resulting in the economic value of land being very high. The emergence of tourism-supporting facilities and buildings on proprietary land or customary land indicates that there has been a change in the function of land, from a social-religious function which was initially dominant to a more dominant economic function and in the context of obtaining it through leasing of land owned by stated in an agreement.

Prof. Subekti stated the meaning of the

1 Sihombing, A. J., & Murni, R. R. (2021). Konsep dan Pengaturan Sewa Menyewa Bangunan dalam Undang-Undang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. *Kertha Negara*, 9(12), pp. 1079-1088.

2 Antariksa, B. (2015). *Kebijakan pembangunan kepariwisataan: pengembangan kepariwisataan yang berkelanjutan dan perlindungan kekayaan intelektual*. Malang: Intrans Publishing.

3 Sutarja, D. M., Suwitra, I. M., & Bagiaarta, I. P. (2019). Alih Fungsi Hak Atas Tanah Adat Di Kecamatan Ubud, Kabupaten Gianyar. *WICAKSANA: Jurnal Lingkungan dan Pembangunan*, 3(1), pp.10-15.

4 Dharmayuda, I. (1987). Status dan fungsi tanah adat Bali setelah berlakunya UUPA. Denpasar: CV. Kayu Mas.

5 Djaren, S. (1984). Pengantar hukum adat indonesia-Edisi II, Bandung: Tarsito.

agreement, namely: "An agreement is an act pursuant to which one or more individuals commit themselves to one another".⁶ The definition of agreement is contained in Article 1313 of the Indonesian Civil Code (*hereinafter* Civil Code) which has the essence that an agreement is an act or action carried out by one or more people to bind themselves to one or more other people. Lease in the Civil Code are regulated in Articles 1547 to 1600. An agreement must have an inter-temporal aspect: the parties agree today to do something the next day. In the third book of the Civil Code, Agreements regulate obligations that arise from agreements, as well as regulate obligations that arise from law.⁷

Lease agreements are currently one of the solutions for owning land, hence they can be used as a tourism development function in Bali. Not only land owned by individuals but even customary land controlled by traditional villages can also be rented out to investors to develop several villages/regions in Bali in particular; however, land ownership solutions through leases can sometimes be irregular in determining the stated period. In each agreement made, there is a need for regularity in making agreements with investors regarding the agreed period; hence, land use for tourism development can always be monitored and controlled by the land owner so that the current and subsequent generations can feel the benefits.

The main aspect of tourism is tourist attractions. According to Mill (1992), The definition of attraction is an activity or place that has uniqueness or advantages that attract people to visit that place. The existence of these attractions is very important because, as previously mentioned, this attraction is a stimulant for the development of tourism in an area.⁸

Compared to journal articles that have been published that discuss land rentals, compared to this article, it can be seen that this research specifically discusses a form of regulation in the period of lease of land for tourism from the perspective of intergenerational justice. Therefore, two legal issues can be raised in this paper, namely the process of the right to lease freehold land in several areas in Bali and how the lease period for freehold land in Bali shall be regulated to reflect fairness between generations in the future.

The purposes of this research are to find out how the right to lease freehold land in Bali for tourism purposes occurs and to formulate the lease period for freehold land in Bali that shall be regulated to reflect fairness between generations in the future.

METHODOLOGY

The research method used is an empirical research method. The data sources used are primary data and secondary data; primary data is data sourced from field research, namely data obtained directly from the first source, either from informants or respondents; secondary data is data obtained not directly from the first source but from data – documented data in the form of legal materials. Next, the data obtained has been collected and analyzed qualitatively and presented as an analytical description.

RESULT AND DISCUSSION

The Process of the Right to Lease a Freehold Land in Bali for Tourism Purposes

Tourism development in Bali has triggered the need for land to greatly increase in several villages in Bali. Using land to support tourism is a good choice to improve the community's economy. The legality of the solution to be able to own land through leasing is stated in an authentic

pp. 323-328.

6 Hartana, H. (2016). Hukum Perjanjian (Dalam Perspektif Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara). *Jurnal Komunikasi Hukum (JKH)*, 2(2). pp. 147-182.

7 Schwartz, A., & Scott, R. E. (2003). Contract theory and the limits of contract law. *Yale LJ*, 113, 541.

8 Harsawan, I. G. A. G. A., & Rahmi, D. H. (2019). Peran Desa Adat Dalam Kegiatan Pariwisata Jimbaran. In *Seminar Nasional Komunitas dan Kota Berkelanjutan* 1(1),

deed made before an authorized public official, namely a Notary.

Salim provides a legal definition of contract or agreement, namely: “*The entirety of legal norms that regulate the legal relationship between the parties or is based on an agreement to give rise to legal consequences*”, which means that any kind of legal norms that manage legal relations between parties or are based on agreements that can result from legal consequences. Following the provisions in Article 1320 of the Civil Code, every agreement always has four conditions that have been determined by law,⁹ namely:

There must be consent of the individuals who are bound thereby; The word “agrees” in Kamus Besar Bahasa Indonesia known as: *setuju; semufakat; sependapat; seia sekata*. The existence of an agreement is significant in an agreement that contains an element of free will from the parties. An agreement means that the parties express their respective wishes to create an agreement that must be compatible or in accordance with one another.¹⁰

There must be the capacity to conclude an agreement. Legal subjects in the Civil Code are limited, namely, who can act as a party in a contract or agreement. It is necessary to know that people are legally unable or do not have the legal position to enter into an agreement. Persons who are not legally competent to enter into contracts, namely: “Minors are those who have not reached the full age of 21 years and who have not previously entered into matrimony”; “individuals who, due to mental incapacity, insanity or madness have been put under guardianship”; and “married women, in the events stipulated by law, and in general, individuals who are prohibited by law from concluding specific agreements,

If a married woman wants to enter into an agreement for certain transactions, she must obtain approval from her husband”.¹¹

There must be a specific subject. The existence of a problem or certain thing is the object of the agreement, namely the achievements that the debtor must carry out.¹²

There must be an admissible cause. The word *causa* (Latin) translated as the word cause, which is meant in the agreement, refers to the content and purpose of the agreement, not something that causes someone to enter into an agreement. According to Article 1335 of Civil Code, “Any agreement without a cause, or concluded pursuant to a fraudulent or implausible cause, shall not be enforceable”. This means that an agreement must be carried out in good faith.¹³

Lease rights are a person’s right to use, cultivate and enjoy the results of another person’s ownership by paying rent. Property that can be rented includes land (rice fields, gardens, fields, ponds) from which tenants can make a profit. The right to lease land can be valid with rent payments paid in advance or even back rent payments with land proceeds gradually obtained. Concerning the right to lease land in Indonesia is regulated under Article 44 of Law No. 5 of 1960 concerning Basic Regulation on Agrarian Principles (*hereinafter* Agrarian Law), namely: “A person or a corporation has the right to lease land if he is entitled to utilize land owned by another for the purpose of building, by paying to its owner an amount of money as rent”.¹⁴

Lease rights are a person’s right to use, cul-

9 Joni, M. I. S. (2016). The Law Review of The Possibility of Civil Law Application in The Area Lease Agreement Against Land Occupation in Grand Forest Park of Bukit Soeharto at East Kalimantan Indonesia. *International Journal of Multidisciplinary Research in Social Science* 2(1). pp. 1-22.

10 Martiawan, F. (2015). Paksaan ekonomi dan penyalahgunaan keadaan sebagai bentuk cacat kehendak dalam perkembangan hukum kontrak. *Yuridika* 30(2). pp. 232–253.

11 Sari, N. R. (2017). Komparasi Syarat Sah Nya Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dan Hukum Islam. *Jurnal Repertorium*, 4(2), pp. 79-86.

12 Priyono, E. A. (2019). Berlingungan Hukum Terhadap Konsumen dalam Perjanjian E-Commerce. *Diponegoro Private Law Review*, 4(1). pp. 428-438.

13 Lestari, T. W. S., & Santoso, L. (2018). Komparasi Syarat Keabsahan “Sebab Yang Halal” Dalam Perjanjian Konvensional Dan Perjanjian Syariah. *YUDISIA: Jurnal Pemikiran Hukum Dan Hukum Islam*, 8(2), pp. 281-298.

14 Mahendra, I. P. E., Suwitra, I. M., & Sukadana, I. K. (2020). Perjanjian Sewa Menyewa Tanah Adat di Desa Serangan Denpasar Selatan. *Jurnal Preferensi Hukum*, 1(1), pp. 145-150.

tivate and enjoy the results of another person's ownership by paying rent. Property that can be rented includes land (rice fields, gardens, fields, ponds) from which tenants can make a profit. The right to lease land can be valid with rent payments paid in advance or even back rent payments with land proceeds gradually obtained. The right to lease land in Indonesia is regulated under Article 44 of Law No. 5 of 1960 concerning Basic Regulation on Agrarian Principles (*hereinafter* Agrarian Law), namely: "A person or a corporation has the right to lease land if he is entitled to utilize land owned by another for building, by paying to its owner an amount of money as rent".

The agreement of the right to lease land in the community is in accordance with the implementation of *the Legal System Theory* by Lawrence M. Friedman.¹⁵ Based on the theory, it is loosely translated as a structural component of a system is a part of the framework that persists in the work of the system's institutions which provides a kind of form and limit to criminal acts, serious mistakes that go beyond the limits.

With regard to the regulation of land in Bali, especially in terms of the right to lease land, this indicates that land is still very much needed to open new tourism destinations or support tourism in Bali. Every process of conducting the right to lease a freehold land must pay attention to the process and consider the period, which is an essential condition in the agreement. Hence, the agreement made now will not harm future generations and can be perceived to be fair to the next generation.

Legal Arrangement of Lease Period for Freehold Land in Bali to Reflect Intergenerational Justice

According to UN Tourism, tourism is a social, cultural, and economic phenomenon which entails the movement of people to countries or places outside their usual environment for personal

or business/professional purposes.¹⁶ In Indonesia, the word "tourism" is known as "*pariwisata*". The word "*pariwisata*" comes from two syllables, namely "*pari*" and "*wisata*". "*Pari*" means many, repeatedly or frequently, while "*wisata*" means journey.¹⁷ According to Suwantoro (1997), the term tourism is closely related to tourist travel, namely as a temporary change of residence for someone outside their place for some reason and not to carry out activities that generate wages. Thus, it can be said that a tourist trip is a journey undertaken by one or more people with the aim of, among other things, getting enjoyment and fulfilling the desire to know.

Tourism plays an important role in economic development in various countries. The tourism sector has the potential to be developed as a source of regional income. It is hoped that the development program and utilization of regional tourism resources and potential can contribute to economic development to obtain original regional income. Tourism has various economic impacts. According to Wahab (2007),¹⁸ the impact of tourism activities from an economic perspective is not only more influential than the environmental, social and cultural impacts, but the economic impact is the impact that is most eagerly awaited. This is because almost all countries or regions tend to measure the position and benefits of tourism in economic terms.

Tourism development in Bali is a top priority alongside agriculture and small industry and is a mainstay for regional economic development.¹⁹ As a region that does not have natural resources that can generate foreign exchange, such as

15 Irianto, S. (2000). *Pluralisme Hukum dan Masyarakat Saat Krisis, dalam Hukum dan Kemajemukan Budaya. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.*

16 UN Tourism, "Glossary of Tourism Terms", n.d., <https://www.unwto.org/glossary-tourism-terms#:~:text=Tourism%20is%20a%20social%20cultural,%20personal%20or%20business%20professional%20purposes>

17 Angelin Nadya Alouw, Anderson Guntur Kumenaung, and Debby Ch Rotinsulu, (2021). "Pengaruh Sektor Pariwisata Terhadap PDRB Provinsi Sulawesi Utara", *Jurnal Pembangunan Ekonomi Dan Keuangan Daerah* 22(2), pp. 1–13.

18 Wahab, S. (2007). *Manajemen Kepariwisata*, Jakarta: Pradnya Paramita.

19 Budiarti, (2005). *Pengelolaan Pengembangan Ekowisata di Kawasan Hutan Mangrove Benoa Bali* (Doctoral dissertation, Tesis. Udayana University).

forests and mines, tourism development that capitalizes on regional culture is increasingly being improved, therefore it is hoped that it will be able to contribute to foreign exchange earnings, increase regional income and community welfare, create jobs, encourage people's economic activities, preservation of culture and natural beauty. Bali, as an icon of the national tourist destination, has a vital role in achieving the goals set by the government. Regional autonomy policies were given to each district to focus more on exploring their tourism potential.²⁰

The development of the tourism business in Bali has resulted in the demand for land, which is an important factor in tourism development. This condition has caused the transfer of several customary lands, with ownership rights being carried out frequently. For instance, in Jimbaran Village, customary land, which is controlled as the customary right of the customary law community which has inherent rights and obligations, is starting to continue to shift towards being productive from an economic perspective, and this has an impact on the economic income of the community itself, as well as privately owned land owned by individuals which is often rented out for long periods.

From the perspective of law, it can be seen that the law was made or formulated to provide a legal guarantee, justice and certainty, and it is expected to play a role in ensuring the peace of citizens in realizing their life goals or achieving their dreams. Because the law is an effort to maintain human existence in society.²¹ There will always be related legal developments aimed at justice in tourism business activities. Business law is a set of legal rules established to regulate and resolve problems that arise in activities between people, especially in trade.²²

Tourism has attracted attention in the literature on economic development. The main thrust in many studies, namely on the economic impact of tourism, is to measure direct and indirect impacts on the economy. Tourism development has been the focus of much recent research in the literature, as this industry not only increases foreign exchange earnings but also creates employment opportunities for tourism destination countries, thereby spurring economic growth.²³ Hence, the interconnectedness of the influence of tourism in Bali has a huge impact on the proprietary lands and customary lands of each traditional village in Bali. Because it can be seen that the village autonomy rights granted by the government to regulate and develop tourism make the villages in Bali increasingly show and create a new icon of tourism, which makes the village known to the world from the tourism development. It cannot be separated from the fact that customary land owned by communal rights is starting to be used for this purpose, with applicable regulatory procedures and cooperation with third parties or private parties to develop its potential through agreements and land rental agreements, which are used as a binding legal basis between third parties and traditional villages in Bali.

CONCLUSION

The development of the tourism business in Bali has resulted in the need for individually owned land and customary land, which are important factors in tourism development. Conditions like this cause land transfers to occur frequently. Jimbaran Village, for example, has customary land controlled as customary rights of the customary law community whose inherent rights and obligations are starting to shift towards being productive from an economic perspective, and this will impact the economic income of the community itself. In its legal-

20 Ningsih, N. W. A. S., & Suryasih, I. A. (2018). Dampak Sosial Ekonomi Pariwisata Terhadap Pedagang Souvenir Di Daya Tarik Wisata Pura Gunung Kawi Tampaksiring Gianyar. *Jurnal Destinasi Pariwisata*, 6(1), pp. 19-25.

21 Rasyidi, M. A. (2018). Fungsi Hukum di Dalam Masyarakat dan Peranan Hukum Bisnis di Indonesia. *Jurnal Ilmiah Hukum Dirgantara*, 9(1). pp. 106-116.

22 Ibrahim, J., & Sewu, L. (2007). Hukum Bisnis Dalam Persepsi Manusia Modern, ctk. *Kedua, Bandung: Re-*

fika Aditama.

23 Yakup, A. P., & Haryanto, T. (2019). Pengaruh pariwisata terhadap pertumbuhan ekonomi di Indonesia. *Bina Ekonomi*, 23(2), pp. 39-47.

ty, the transfer of customary land is based on a lease agreement for several tourist attractions. It should also pay attention to the agreed period; therefore, it reflects a form of intergenerational justice. A lease is a right of use where the time

provisions contained in it are essential principles that must be fulfilled. Hence, the term used as a reference should be the period specified in the regulations regarding the right to use land.

BIBLIOGRAPHY:

Books:

1. Antariksa, B. (2015). *Kebijakan pembangunan kepariwisataan: pengembangan kepariwisataan yang berkelanjutan dan perlindungan kekayaan intelektual*. Malang: Intrans Publishing.
2. Dharmayuda, I. (1987). *Status dan fungsi tanah adat Bali setelah berlakunya UUPA*. Denpasar: CV. Kayu Mas.
3. Djaren, S. (1984). *Pengantar hukum adat indonesia-Edisi II*, Bandung: Tarsito.
4. Ibrahim, J., & Sewu, L. (2007). *Hukum Bisnis Dalam Persepsi Manusia Modern, ctk. Kedua, Bandung: Refika Aditama*.
5. Irianto, S. (2000). *Pluralisme Hukum dan Masyarakat Saat Krisis, dalam Hukum dan Kemajemukan Budaya*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia.
6. Wahab, S. (2007). *Manajemen Kepariwisata*, Jakarta: Pradnya Paramita.

Journals:

1. Angelin Nadya Alouw, Anderson Guntur Kumenaung, and Debby Ch Rotinsulu, (2021). "Pengaruh Sektor Pariwisata Terhadap PDRB Provinsi Sulawesi Utara", *Jurnal Pembangunan Ekonomi Dan Keuangan Daerah* 22(2), pp. 1-13.
2. Harsawan, I. G. A. G. A., & Rahmi, D. H. (2019). Peran Desa Adat Dalam Kegiatan Pariwisata Jimbaran. In *Seminar Nasional Komunitas dan Kota Berkelanjutan* 1(1), pp. 323-328.
3. Hartana, H. (2016). Hukum Perjanjian (Dalam Perspektif Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara). *Jurnal Komunikasi Hukum (JKH)*, 2(2). pp. 147-182.
4. Joni, M. I. S. (2016). The Law Review of The Possibility of Civil Law Application in The Area Lease Agreement Against Land Occupation in Grand Forest Park of Bukit Soeharto at East Kalimantan Indonesia. *International Journal of Multidisciplinary Research in Social Science* 2(1). pp. 1-22.
5. Lestari, T. W. S., & Santoso, L. (2018). Komparasi Syarat Keabsahan "Sebab Yang Halal" Dalam Perjanjian Konvensional Dan Perjanjian Syariah. *YUDISIA: Jurnal Pemikiran Hukum Dan Hukum Islam*, 8(2), pp. 281-298.
6. Mahendra, I. P. E., Suwitra, I. M., & Sukadana, I. K. (2020). Perjanjian Sewa Menyewa Tanah Adat di Desa Serangan Denpasar Selatan. *Jurnal Preferensi Hukum*, 1(1), pp. 145-150.
7. Martiawan, F. (2015). Paksaan ekonomi dan penyalahgunaan keadaan sebagai bentuk cacat kehendak dalam perkembangan hukum kontrak. *Yuridika* 30(2). pp. 232-253.

8. Ningsih, N. W. A. S., & Suryasih, I. A. (2018). Dampak Sosial Ekonomi Pariwisata Terhadap Pedagang Souvenir Di Daya Tarik Wisata Pura Gunung Kawi Tampaksiring Gianyar. *Jurnal Destinasi Pariwisata*, 6(1), pp. 19-25.
9. Priyono, E. A. (2019). Berlingungan Hukum Terhadap Konsumen dalam Perjanjian E-Commerce. *Diponegoro Private Law Review*, 4(1), pp. 428-438.
10. Rasyidi, M. A. (2018). Fungsi Hukum di Dalam Masyarakat dan Peranan Hukum Bisnis di Indonesia. *Jurnal Ilmiah Hukum Dirgantara*, 9(1), pp. 106-116.
11. Sari, N. R. (2017). Komparasi Syarat Sah Nya Perjanjian Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dan Hukum Islam. *Jurnal Repertorium*, 4(2), pp. 79-86.
12. Schwartz, A., & Scott, R. E. (2003). Contract theory and the limits of contract law. *Yale LJ*, 113, 541.
13. Sihombing, A. J., & Murni, R. R. (2021). Konsep dan Pengaturan Sewa Menyewa Bangunan dalam Undang-Undang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. *Kertha Negara*, 9(12), pp. 1079-1088.
14. Sutarja, D. M., Suwitra, I. M., & Bagiaarta, I. P. (2019). Alih Fungsi Hak Atas Tanah Adat Di Kecamatan Ubud, Kabupaten Gianyar. *WICAKSANA: Jurnal Lingkungan dan Pembangunan*, 3(1), pp.10-15.
15. Yakup, A. P., & Haryanto, T. (2019). Pengaruh pariwisata terhadap pertumbuhan ekonomi di Indonesia. *Bina Ekonomi*, 23(2), pp. 39-47.

Website:

1. UN Tourism, "Glossary of Tourism Terms", <https://www.unwto.org/glossary-tourism-terms#:~:text=Tourism%20is%20a%20social%2C%20cultural,personal%20or%20business%2Fprofessional%20purposes> . [Last access: 21 December, 2023].

Thesis/Disertation:

1. Budiarti. (2005). *Pengelolaan Pengembangan Ekowisata di Kawasan Hutan Mangrove Benoa Bali* (Doctoral dissertation, Udayana University).

CIVIL LAW CODIFICATION PROCESS IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA AND THE REPUBLIC OF ALBANIA

Nikola Dacev

*Doctor of Law, Associate Professor, International
Balkan University, Skopje, North Macedonia*

Entoni Miska

*Master of law, Teaching Assistant, International Balkan
University, Skopje, North Macedonia*

ABSTRACT

Civil Law as a branch of the private law is very important because of the regulation of the relations between two natural or legal persons in the field of property law, family law or law on obligations. The Republic of North Macedonia had a different story on its codification of civil law since it was part of the Former Yugoslavia, and its initiative started in 2009 with the process of drafting the civil code. This process continues due to the change of the Macedonian Government in 2016, which prolonged the work on the civil law codification for a couple of years. Now more than ever, the Republic of North Macedonia is ready to adopt the new Civil Code, and the last chapter is expected to be completed by the end of 2023 or the beginning of 2024. On the other side, the codification process of civil law in the Republic of Albania was long, and it emanated since its pre-state formation with the customary law and establishment of institutes, continuing with the declaration of independence and formation of the Albanian state in November 28, 1912 and the first Civil Code of 1929, the second Civil Code in the period of socialism in 1981, and the third Civil Code in the period

of transition in 1994 until today. All this legal process of codification has brought development in the fields of private law, one of them being family law.

KEYWORDS: Civil Law, Family Law, Codification, Pre-State-Formation, Private Law

INTRODUCTION

Civil Law is the most significant branch in the part of the private law, known in Latin verb as *Ius Civile*. The first known codes include the Code of Hammurabi (1780 BC) and the Law of the Twelve Tables, known in the Latin verb as *Lex Duodecim Tabularum* or simply *Duodecim Tabulae* (The Twelve Tables). According to Ampovska and Ilioski (2013), the Law of the Twelve Tables forms the foundation of Roman law's whole fabric. In continuation, the most significant codification of Roman law was *Coprus Juris Civilis*, a collection of fundamental works in jurisprudence, issued from 529 to 534 by order of *Justinian I*, the Eastern Roman emperor.

During the entire codification process, the Republic of North Macedonia and the Republic of Albania had undergone different paths. The Republic of North Macedonia was part of the Former Yugoslavia, and the process of the civil law codification of Yugoslavia was a partial codification of the property law, law on obligations and law on inheritance, which resulted in the enforcement of several federal laws important for the civil law. On the other side, Albania's civil legislation history encapsulates two stages: the stage before the formation of the Albanian state with the customary law and the stage after the formation of the Albanian state promulgated with the declaration of independence on November 28, 1912.

The methodology used in this paper consisted of secondary data analysis using different legislations, studies and books conducted by legal scholars. The paper will thoroughly analyze the countries' development in civil law in general

and family law in particular. Regarding the Republic of North Macedonia, this paper will explain the entire process of civil law codification starting from the Yugoslavia period, the first step in drafting the civil code marked in 2009, until the preparations for the adoption of a new civil code. For the Republic of Albania, this paper will majorly focus on the most important stages, starting with the pre-state formation correlated with the customary law and its impact on the process of civil codification, the adoption of the first civil code in 1929 and its treatment of family law, the adoption of several laws on family law, the first family code and the adoption of the second civil code on the period of socialism in 1981 and in the end the period of transition, the third civil code of 1994 and the division with the family code. What is important to note is the legal tradition that both countries had and the foundations that this tradition had brought for a brighter future.

1. CIVIL LAW CODIFICATION PROCESS IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

The first codification in North Macedonia was made in 1992, and it involved only one area of civil law – family law. The Family Law was codified in three acts: Law of marriage, Law on the parent–children relationship and Law on custody.¹ In 1996, a new Law on Inheritance was adopted.² The provisions of this law were based on the Law on Inheritance in Yugoslavia. Macedonian Law on Obligations was adopted in 2001 and was based on the Federal Law on Obligations from 1978, but with changes and adjustments that correspondent to the new social and legal relations.³ The property law was partially codified with the adoption of the Law on Property and other Real Rights.⁴ This is a general and systematic law that

1 Family Law, Official Gazette of the Republic of Macedonia 80/92.

2 Law on Inheritance, Official Gazette of the Republic of Macedonia 47/96.

3 Law on Obligations, Official Gazette of the Republic of Macedonia 18/2001.

4 Law on Property and other Real Rights, Official Ga-

leaves the opportunity for some relations to be regulated with *lex specialis*.

In comparison with other Western Balkan countries regarding civil law codification, Serbia adopted the first civil law code in 1844, and in the present moment, there is a new process of codification of civil law that is officially started; in Montenegro – the first civil law codification was in 1888 and there is partial codification today; in Bosnia and Herzegovina there is no uniformity or a general tendency towards harmonization; and in Albania two different Civil Codes were adopted in 1928 and 1981, and the existing civil code entered into force on 1 November 1994 and consists of five parts, following the German tradition: general part, ownership and property, inheritance, obligations and contracts.⁵

The idea for drafting a Civil Code of the Republic of North Macedonia was initially presented in 2009 in the Project for Drafting the Civil Code prepared by the Ministry of Justice. In 2011, a Commission for drafting the Civil Code was promulgated with the Decision of the Government of the Republic of North Macedonia. The Commission decided that the Code would be drafted according to the pandect system rather than the institutional system. The Commission also agreed that the content of the Macedonian Civil Code will consist of 4 parts: General part; Property law; Obligations and; Successions. It was decided that Family Law wouldn't be a part of the Civil Code, although many national legal systems include family and domestic relations within this category, though the central focus of private law always concerns the economic and productive relations between ordinary people.

In 2014, the Commission prepared draft versions of Book 3 – Obligations and Book 4 – Successions within the Civil Code of the Republic of North Macedonia. Public debates and scientific conferences were organized with experts in civil law – professors, judges, attorneys and others

to discuss the draft texts, the novelties and the whole process of civil law codification in general.

In general, the Commission decided that in the process of creation of the Macedonian Civil Code, the principles of equality of the parties and the autonomy of will should be especially taken into account, and the protection of those principles must be developed on a higher level than what is the case in the existing laws. Also, it was decided that the Civil Code must provide better legal and economic security for the parties that will eventually advance the stability of civil-law relations.

The novelties in Book 3 – Obligations can be considered as small in scope, however, the new systematics, incorporation of new contracts and the introduction of different legal arrangements for some agreements would satisfy the need of the parties for better regulation of the obligatory relations, acquisition of new rights and increase the protection of the rights in practice. The third book of the Civil Code, which refers to obligations, is divided into six parts. Part one: occurrence of obligations; part two: effects of obligations; part three: termination of obligations; part four: various types of obligations; part five: change of the creditor or the debtor; part six: separate contracts.⁶

As far as Book 4 – Successions is concerned, the Commission has prepared significant reforms in the inheritance legislation that refer to the introduction and detailed regulation of the inheritance contract, regulation of the legal right on inheritance of the posthumously conceived child, introduction of the possibility for the extramarital partners to appear as legal heirs, change of the legal nature of the right to a necessary part of the inheritance that will have an obligatory legal nature, introduction of the notary will, establishment of the register of wills, provision of the exclusive competence of the notaries in the field of inheritance agreements, etc.⁷

But, after the change of the Macedonian

zette of the Republic of Macedonia 18/2001.

5 See Civil Code of the Republic of Albania, (1994), No. 7850, Available at: <http://www.cclaw.al/wp-content/uploads/law/The-Albanian-Civil-Code.pdf> [Last Access: 23.12.2023].

6 Draft version of the Civil Code of Republic of Macedonia Book 3 – Obligations, 2014.

7 Draft version of the Civil Code of the Republic of Macedonia Book 4 – Successions, 2014.

Government in 2016, for a couple of years, there was no information about the work of the Commission. In 2022, the Minister of Justice announced that the preparation of the Code continues. Of course, we must consider that the process of adopting a civil code in one country lasts for a longer period, sometimes more than a few decades. Since independence, North Macedonia has been very close to adopting a new Civil Code. Interestingly, it was decided that another part would be regulated in the Civil Code – the Family Law, which has significant meaning for the country, considering the outdated law. Four out of five chapters of the Civil Code are ready, the last chapter is expected to be completed by the end of 2023 or the beginning of 2024. The Code will ensure greater legal certainty and more straightforward exercise of citizens' rights. We can conclude that The Civil Code will be composed of five parts: The general part of the Civil Law, the part on property relations, the part on obligatory relations, the fourth part will be dedicated to inheritance law relations and the fifth part on family law relations. With the drafting of the Civil Code, the Republic of North Macedonia will join the large number of European countries that have civil codes, such as Germany, France, Italy, Spain, the countries of Eastern Europe – Poland, the Czech Republic, Hungary, Romania, as well as the countries in our region – Greece and Albania for example. Within the framework of the Civil Code drafting project, the members of the Commission will take into account all modern civil codes, as well as the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the most important international documents. After preparing the draft version of the Civil Code, a comprehensive public debate will be organized in which the scientific, professional and general public will participate who should give proposals for the adopted Civil Code to be of the highest quality.⁸

2. REGULATION OF FAMILY LAW IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Family legislation in the Republic of North Macedonia has not followed the development of relations between society and the family in the last few decades. Macedonia is one of the few countries in the world where you can be legally married and in an extramarital union simultaneously. The legal solutions do not offer an adequate framework for solving the problems that arise in practice, especially with the increasing number of divorces and extramarital unions in the last few decades. While in all European countries, the regulation of marital and family relations has been an absolute priority, in Macedonia, since 1992, apart from some cosmetic changes, there has been no reform of the family legislation. Family law has many legal gaps and ambiguities, which can be seen from the court processes and problems in the division of property in the marital and extramarital union, parental rights after divorce, child support, etc. The main question for many years was why the legislator forgot the reforms in the family law area. The dynamics of the development of relations in society and the family in the past three decades have not been followed by appropriate legal changes, and the reform in this area has completely failed. Many family law institutes do not respond to the challenges of the times in which we live. Legal solutions have become a narrow framework for solving problems. The institution of marriage, extramarital union, property-legal relations for property acquired in marriage or extramarital union, parental rights and the right of a child are just a few issues that inevitably need to undergo changes and be reformed. In recent years, there has been a dramatically increased number of divorces. The increasing number of extramarital unions and illegitimate children, as well as the appearance of more single-parent families and families in which at least one partner already has children from a previous marriage. The question is how the law is re-

8 Ministry of Justice and Government of Republic of North Macedonia.

formed and adapted to this. There are several global tendencies. Now, we have the liberalization of divorce, and the extramarital union is also being liberalized, which is largely approaching marriage in terms of its legal consequences. The position of illegitimate children is also improving. The basis of all reforms is that there is greater protection of the first and the interests of children. Today, the main part of family law is not marriage law but parental law. The focus is not on the couple but, above all, on the child's interest. In all European legislation, most of the reforms in this sphere aim to better protect children's rights and interests. In all other European countries, the regulation of marital and family relations has an absolute priority, but in Macedonia, unfortunately, since 1992, except for some amendments to the family law that are not essential changes, there is no reform in the family legislation. There is still a dominant concept of joint property, which is acquired during the marriage, but it is not well defined what constitutes separate and what is joint property. The marriage contract is also not legally regulated. Macedonia's social and political system has changed, but the solutions in the sphere of property relations have remained the same as those in the previous system. The biggest and most serious shortcoming of Macedonian family law is the regulation of the rights and protection of the interests of children. The family legislation does not align with the UN Convention on the Rights of the Child. The family legislation is outdated and does not correspond at all with the Convention in several key segments. The family legislation is against the European Court of Human Rights jurisprudence.

If we do a brief analysis of the family law in Macedonia, we can notice that there are a large number of provisions with public powers of the institutions and there is nothing essential for the well-being of families. Namely, public powers should be covered by other laws, and the privacy of families should receive primacy in this law. There are no moral values for marriage and the family as an institution. Some articles were

annulled by the Constitutional Court of North Macedonia and some were deleted or annulled by other laws. There are separate articles on domestic violence, around 70 articles on disputes and courts, and 50 articles about adoption, but no articles on the upbringing of children. There are also many articles on guardianship, material support, and property relations, but no single article about spiritual pleasures, psychological support and protection of children, post-divorce parenting, etc. There are no penal provisions except one article (94), and there are no bylaws on post-divorce parenting.⁹ Same things are repeated several times with the same or slightly different wording, which can lead to confusion, and there is an overlap of powers where both court and the social center have the right to assign the child to custody.¹⁰

The fifth book of the Civil Code of North Macedonia related to family law must consider and appropriately regulate all of the abovementioned deficiencies in the existing family law legislation.

3. REASONS FOR CIVIL LAW CODIFICATION IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

The significance of the civil law codification is indisputable and comprehensive. The legal rules integrated into the civil codes construct a framework that ensures respect for personal dignity. At the same time, these rules articulate principles and values regarding fairness and justice in social and economic relations with others. Combining these elements, a Civil Code describes a web of standards comprising an economic and social constitution for society. This framework enables individuals to interact, create reciprocal bonds, form associations, mix, and be inclusive. A Civil Code also initiates a process that leads to

9 Family Law on the Republic of Macedonia, Official Gazette of the Republic of Macedonia 80/92.

10 Articles 78 and 80 of the Family Law on the Republic of Macedonia, Official Gazette of the Republic of Macedonia 80/92.

popular acceptance of this economic and social model. Every assertion of rights and obligations arising under the private law rules of the code implies an acceptance of its standards of justice and fairness.¹¹

There will be many benefits for Macedonian society if a Civil Code is adopted.

An essential benefit is the imperative to harmonize Macedonian regulations and legal practice with European *acquis communautaire*, on the one hand, and the case law of the European Court of Human Rights, on the other hand, which, by its legal force, dominantly directs the Macedonian legal order. The Civil Code would help a lot in reforming the legal system of North Macedonia after its accession to the European Union.

Thus, the ultimate and essential goal of the Civil Code is to reinforce the concept of the rule of law, which is a constant shortcoming and constant remark by the European Commission on the Republic of North Macedonia¹² and the Western Balkan countries in general. Another element that needs to be taken into account is the effort within the European Union itself for a greater degree of harmonization of civil law, especially contract law and tort law. Despite numerous discussions and disagreements over whether the future of European civil law should be the foundation of European continental law, especially French or German law or Anglo-Saxon law, there are certain areas in which there are established common solutions in European secondary law, especially through European Union directives. About one hundred legal instruments of the European Union refer to civil law. When it comes to international civil law, it achieves its whole meaning through the direct legislative activity of international organizations, which is the richest activity of the European Union. The adopted standards apply directly to all Member States.

11 Chalmers, D., (2003), *The Reconstitution of European Public Spheres*, *European Law Journal*.

12 See European Commission Working Document, North Macedonia 2019 Report, Chapter 23, Available at: <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-north-macedonia-report.pdf> [Last Access: 27.12.2023].

The existence of civil law codification does not deny the possibility that certain social relations and legal institutes are regulated by special laws, which, however, cannot conflict with the code, which is the *lex generalis*. On the other hand, a large number of regulations in one legal system opens not only the problem of their transparency but also applicability because the rules that are enacted rapidly, especially in transitional societies, are often in a collision, and when there is a conflict within the national legal system, there is regularly a problem with the legal standards of the European Court.

According to eminent lawyers, the advantages of civil law codification significantly overcome possible shortcomings, and advantages are concentrated elaboration of constitutional principles of civil law, greater accessibility and easier visibility of solutions when they are in one place than when they are scattered in different laws; removal of existing ambiguities, gaps and contradictions and preventing their occurrence, and the need for compliance; formation of general legal norms valid for all or a number of parts, sparing from repeating the same norms wherever they are relevant; better visibility of the principle which permeate a number of parts, as well as a better overview of where and in which parts there are deviations from the principles required; creating a general framework and points of reference for the specific legislation.

Also, in this important area, for a better quality of citizens' lives and more successful functioning of their associations, it is necessary to harmonize legal solutions with ratified international conventions and international standards for the legislation in force not to be partial, incomplete and inconsistent. Therefore, the Civil code would provide all legal subjects, both citizens and legal entities, in one complete, mutually harmonized legal act, to have a corpus of all civil subjective rights, which will facilitate their application and significantly expand preventive action of civil law institutes, which are of special importance for the everyday life of citizens and legal entities.

4. HISTORY OF CIVIL CODE IN THE REPUBLIC OF ALBANIA

4. 1. Customary Law as the Foundation for the Establishment of the Civil Code

The legal culture of the Republic of Albania in Civil Law has extended way back its 111 years as a founding state. This process touched both phases of the country, which were the phase before the creation of the state and the phase of the establishment of the Albanian state with the Declaration of Independence on November 28, 1912 as the first constitutional act of the country. The roots of today's civil code extend to the time of the customary law, which, according to Luarasi (2007), is an unwritten law transmitted from generation to generation through oral tradition and has served to regulate legal relations over the centuries in the country. The significance of this important source is that Customary Law, as Luarasi (2007) was mentioning, was not created by any single person nor by any legislative body, but in the contrary, just like songs, dances, legendary epics, myths, and material culture, it has been created by the people itself over the centuries and it reflects their philosophy, mindset and wisdom. What makes the Albanian customary law distinguishable from others is that it is very ancient and constitutes one of the oldest legal systems in Europe, and an English traveller and researcher strongly emphasized this, Miss Edith Durham, mentioned by Luarasi (2007), according to her the laws and canons mostly attributed to Lek Dukagjini's Canon that was the largest and distinguishable canon for the time, seems to be much earlier than the 15th century, the time of its creation.

Another significance of the Albanian customary law was the reflection of a complete legal system, meaning that the regulation of human life from birth until his/her death was dated in this period. The branches of law, founded today in Albanian legislation, were regulated within this harmonious system, including statutory norms that administered how the society shall be organized, norms of family, criminal, procedural

and, most importantly, civil law. Because of that, according to Luarasi (2007), many legal scholars have called it a real "Constitution" of the Albanians. The Albanian customary law had its sources, and the main ones were the canons. The most important canons were the following:

- Lek Dukagjini's Canon operated in the Northern Highlands and was codified at the end of the 19th century and the beginning of the 20th century. This canon is considered the main source of Albanian customary law because it constituted the most complete and best preserved corpus, divided into twelve books;
- The Canon of Skanderbeg operated in northern Albania, particularly in the city of Kruja, Drrac and the district of Mat, which were the lands of the Principality of Kastriot.
- The Canon of Skanderbeg deals with the limits of its action in space, the way of creating and changing the canonical norms, seven parts where the legal norms are grouped, but also moral norms. Another element is that it included some norms from *Sharia* regarding the daily life, which occurred after the Islamization of a part of the population;
- The Canon of Luma operated in the Luma province in Kukes, and it was considered more tolerant and resilient in the societal aspect;
- The Canon of Laberia operated in southern Albania, with significant elements.

All those canons contained the basic institutes involved today in the main branches of law. One of the sub-branches of Civil Law that we will pay attention to is Family Law and its institutes. The institutes of Family Law date back to this period, including Betrothal, Marriage, Divorce and Ownership of Family Property. Betrothal or Engagement was a major institute of Albanian Customary Law, and it was an agreement between the families of the couple about their future marriage, entailing obligations on both parties. Betrothal could be realized in several ways, but the main one was betrothal to the goer, the negotia-

tor of both families of the couple, for conducting the agreement for marriage. For the betrothal to occur, both the boy and the girl must have a certain age. As a rule, the boy was betrothed when he could carry the rifle in his arm (around 15 years of age), whereas for the girl, the age of betrothal was seven until fourteen. There are also cases when betrothal was done for babies in the cradle or even before birth to strengthen the ties between the families.

In Albanian Customary Law, the institute of marriage was considered an implementation of the agreement between the couple's families in the betrothal phase. In the Canon of Lek Dukagjini, there are four ways to perform the marriage. The most widespread one was the crown marriage, a monogamous marriage performed through the goer, which later was reinforced with the placing of the crown in the church. In the Muslim population, the rite of crowning did not exist, so the marriage would be declared legal if it was conducted according to the rules of *Sharia*.

In the areas where the canons operated, the basis of society was the patriarchal family. This family was monogamous and headed by the male, the oldest or the first man of the house. In the characteristics of this form of family, the first and foremost was that the master of the house could only be the man and not the woman. This meant that the head of the family could administer the shared economy, consisting of wealth and income, but also, he was the owner of the family property as a whole, meaning that women were considered not to have any share in the property nor her father's wealth. An interesting fact was the division of work, internal organization and the high level of solidarity in the patriarchal family. Divorce was the last institute, which, despite the fact it was rare, would be done for several reasons, and this right mainly belonged to the man and not the woman. The reasons for divorce were a breach of marital fidelity, lack of a woman's virginity, theft as a bad quality for a woman, etc.¹³

4.2. The Establishment and Consolidation of the Albanian State and the Adoption of the First Civil Code

On November 28, 1912, Albania gained its independence, a turning point for the country in the 20th century. During this period, the first steps were taken towards the modernization of the legislation. The most important act, which was approved by the government and was formed after the Declaration of Independence, was the Canon of Jury promulgated on May 10, 1913. In this legal act, the rules for a criminal trial were provided, and its way of organizing gave them the power to grant criminal justice. For the civil trial and its rules and principles, the Civil Procedure Code adopted during the Ottoman period was still in force, and later on, during the time of Monarchy, it was amended in accordance with Western legislation. During this time, before the drafting of the first Civil Code, civil law in general and family law in particular were fractionated. That means that different legislative systems with religious nature regulated the organization of the family and its relations. Thus, in the country's north, the Catholic Church exercised its power through the Canon Law, codified in the 20th century. Customary law also had an important influence during this time, but not in the entire northern territory. The major legal act was the Turkish Civil Code (*Mexheleja*), which applied to both the Muslim and Christian communities. This Code was contained by the legal norms of Roman law, the application of which depended on the communities. For the Christian community, the heads of the Church were responsible for its application by resolving all disputes of a civil nature and dealing with authenticated acts such as wills and so on.

After the end of the First World War, the consolidation of the Albanian state was more prominent. The development of the Peace Conference in Paris, which finally approved the defined borders of the Albanian state determined at the Conference of Ambassadors in London and which recognized its legal personality as a nation-state in the international arena, as well as the deci-

13 Luarasi, (2007), "Albanian Customary Law" Luarasi University Press, Tirana, Albania.

sions made at the Congress of Lushnja for the establishment of a new government and a temporary parliament, were the first real steps on the creation of democratic institutions as well as on a new modern legislation. After the establishment of the monarchy, drafting new legislation oriented toward the Western side took a significant boost. The change of the form of the government from republic to monarchy would precede the adoption of the Basic Statute of the Albanian Kingdom, an important act that sanctioned the principles and institutions that would govern the Albanian state in the coming years. Another important element that needed to be regulated was an immediate need to review the entire legislation of the country, especially the civil one, by considering two things: the country's development stage and its orientation. The purpose of this new legislation was not just to respond to the country's social and economic needs but also to be an impetus for filling the gap of its legal backwardness. Therefore, on April 1st, 1929, the first Civil Code was adopted, which contained one of the most important acts in establishing the foundations of the modern Albanian state.

The Civil Code of the Kingdom of Albania was drafted by a special commission consisting of five members, and it was drafted based on the Civil Code of Napoleon, which greatly influenced many other countries. A novelty that the Civil Code brought was the establishment of family relations on a legal basis that would be unique for the entire country. The advantage of this code was that it marked the first attempt at the complete secularism of the legislation in the field of private relations, and as we emphasized above, this process was much more sensitive in the field of Family Law. In this regard, all Albanian citizens would enjoy equal rights and obligations in their legal and civil relationships, especially the family ones. One big step that was taken was that all the disputes would now be adjudicated by the state courts and all the religious institutions that exercised their power until this time ceased in their functions. This was ordered under Article 57 of the Law on the Application of the Civil Code together with the Article 61 of the this Law, which

abrogated the civil legislation of a non-state character mainly in the field of Family Law.

The institute of marriage was one of the most important institutes, and the form of marriage had changed under the Civil Code. Under its legal norms, in addition to formalities on how the marriage shall proceed, this Code categorically prohibited any religious marriage performed before the civil marriage. This was sanctioned under Article 152 of the Code, which provided criminal punishment for the clerics who attempted to conduct a religious marriage before commemorating the civil marriage. In addition, under Article 186 of the Civil Code, criminal sanctions were foreseen for the future spouses in case of non-respect of the marriage formalities. However, the Civil Code, although oriented toward Western legislations, preserved the national tradition in those institutes, which had deep roots and did not violate either its secular character or the orientation that the Albanian legislation took in general. Therefore, the Civil Code recognized and regulated the institution of betrothal, the source of which it belonged from the Albanian customary law. Thus we can conclude that despite the revolution of the basic institutes, still the connection with the customary law existed.

Just like in the world, also in the Civil Code of the Kingdom of Albania it had a strict regulation regarding the family and conjugal relations. During this period, the legal notion of gender equality didn't exist and as a result, the discrimination between men and women was a well-known and an acceptable behavior in other legislations. On the other hand, despite the position of the woman, certain rights were attributed to them, such as guaranteeing an acceptable financial position during marriage and after divorce. Another guarantee that Civil Code granted to women was the right of ownership in two types of property: dowry and paraphernal property. Dowry was sanctioned under Article 1331 of the Civil Code, and it was considered as an asset that the wife or her relatives brought to the husband in order for the latter to cover the expenses arising from the marriage. The husband had the right of administration over this

property. On the other hand, paraphernal property, referred in Article 1368 of the Civil Code, was any other type of property of the woman that did not constitute dowry. On this type of property, the woman had all the rights of ownership and the man could act only as a representative authorized by her. In terms of divorce, under the Civil Code, the wife enjoyed an equal position with the husband so it did not make any differentiation between husband and wife, both regarding the right to request a divorce and its causes.¹⁴

4.3. Family Law and the adoption of the Second Civil Code during the Socialist Period in Albania

After World War II, the national liberation front that liberated the country and stood aside the allies took power in 1946. At this moment, Albania shifted the entire compass toward the east and became a country with a socialist ideology. In terms of civil legislation, before the adoption of the new Civil Code in 1948, a series of laws in family law were adopted, and those were the law on marriage, the law on adoption and guardianship and the law on parent-child relations. In this period, the legislation, for the first time, completely prohibited the backward customs closely related to betrothal and marriage. Under the law “On the Prohibition of Certain Backward Customs Regarding Betrothal and Marriage”, women were not treated anymore as slaves, and there were heavy punishments for those who offered to buy a bride, including guardians and relatives who pushed the children to marry against their will. The emancipation of the women started in this phase, where under the law “On Marriage”, adopted on 21 July 1948, it regulated the property relations between spouses, and by doing so, the women had an equal position with the husband in terms of ownership. The law also regulated specific aspects of property relations, such

as the way of dividing the marital property, the manner of administration of the property, and the freedom of the spouses to maintain the family economy.

Under the law “On Marriage”, as mentioned above, women obtained equal rights with their husbands for the first time during their joint life. The equality of rights and duties sanctioned under the law was included in personal and property relations between spouses and in terms of their relations with their children and family as a whole. For the first time in Albanian legislation, the legal notion of special property was introduced, meaning that a property that a spouse had at the time before marriage remained his/her personal property, and he/she had the right to manage it freely.

An agreement between the spouses determined the administration of the family economy, and for the maintenance of the family, both spouses had an obligation to contribute by considering their economic situation. Under the law “On Marriage”, it was sanctioned that not only the property acquired during the marriage became the property of both spouses, but also, in the event of divorce, the division of marital property would be made in accordance with the financial contribution and also based on the help that they had given to each other, the performance of household chores and any other co-operation in the administration and increase of the common property. In cases of requesting the division of marital property, the spouses could turn to the court that in return would assign the parts based on the contribution given by each spouse.¹⁵

All the laws above were gathered into a single Code on 23 June 1965 under the decision of the People’s Assembly. The Family Code of the People’s Republic of Albania was the first family code in Albanian legislation. It encompassed general principles such as marriage being based on free will between spouses. In certain exceptions, a court decision allowed marriage between those with close family ties, adopted or guardianship relationships.

14 Pellumbi, (N.D.), “Innovations of the Civil Code of 1929 in the Institutes of Family Law”, Academia.Edu, Tirana, Albania.

15 Xhafaj, (2010), “Matrimonial Property Regimes in Albanian Law”, Research Gate, Tirana, Albania.

The second Civil Code of Albania was adopted in 1981, and the Marxist-Leninist doctrine inspired it. After World War II and before 1981, Albanian civil legislation, in general, was enacted in the form of separate statutes. The second Civil Code changed its model from the French to a German model (*pandectist*) reflected also in the Soviet Civil Code. According to Olldashi (2018), the Civil Code was lacking in certain important aspects, and it was inferior in comparison to other socialist codes because it lacked several fundamental rules, such as the permission to incorporate new market-oriented solutions. Under those circumstances, jurists who prepared the second Civil Code and were working at the Codification Committee of the Ministry of Justice shared the opinion that the revision of the Code was not sufficient because such revision would eliminate the prerogatives and privileges granted to the state and its organizations. The problem, as Olldashi (2018) emphasized, was not just what had to be repealed in the 1981 Civil Code but also what had to be added to the current legal structure without damaging the socialist ideology. In Albania, the period of Communism changed significantly the entire legal system by interfering with the private rights of the citizens such as the right to property and freedom of movement that included the right to leave one's country.¹⁶

Under the Second Civil Code of 1981, two main forms of ownership were sanctioned: state property and personal property, where the latter was mainly limited only to personal items of daily use.¹⁷As for the part of the Family Law, the Civil Code brought crucial changes related to the co-ownership of the spouses in two directions:

- For spouses, co-ownership in parts, meaning one or more objects and other real rights belonged jointly, and the presumption of equality of parts was accepted;
- The circle of objects or items in joint ownership was expanded, including the de-

posits in saving banks and everything else acquired by the spouses during marriage.¹⁸

4.4. Family Law and the Adoption of the Third Civil Code after the 90s

After the fall of communism, the transition from a command economy to a market economy was possible. The 90s marked the most important phase in the country's history and can rightly be called the period that brought revolution to all areas of life. The first change occurred in politics, where pluralism and the first steps of democracy brought fundamental changes in the entire legislation. The second change came in property law, where private property and all the regulations that followed it were sanctioned. With the fundamental changes, other areas of law were also affected, including civil law in general and family law in particular, emphasising its matrimonial property regimes.¹⁹

In 1994, the third Civil Code and the first one in the pluralism chapter was adopted. The structure of the Albanian Civil Code was divided into five books containing 1168 articles. The second book referred to the notion of property and the right to ownership. Article 153 of the Code sanctioned that no one can be expropriated or restricted from his/her right to property, except when public interest requires it and always when there is a just reward. There are several ways sanctioned by the Civil Code of 1994 regarding the manner of acquiring ownership, but two are the most important, and those are through the contract and inheritance. Acquiring ownership through contract was anticipated in Article 164, which stated that ownership is acquired using a contract without the need to deliver the item. Through inheritance, acquiring ownership is conducted under Article 193, point d of the Code, which states that the property shall be registered in the real estate

16 Olldashi, (2018), "Codification and Legal Sources in the Albanian Legal System: Comparative Approach to Legal Systems", Tirana, Albania.

17 Semini, (N.D), "A Historical Overview of the Real Estate Registration Process in Albania" Tirana, Albania.

18 Xhafaj, (2010), "Matrimonial Property Regimes in Albanian Law" Research Gate, Tirana, Albania.

19 Xhafaj, (2010), "Matrimonial Property Regimes in Albanian Law" Research Gate, Tirana, Albania.

register through a court decision with which the quality of the heir is recognized and the inherited property is acquired.²⁰

The Constitution of the Republic of Albania, adopted in 1998, sanctioned not only the right of everyone to marry and have a family but also the right of everyone to enjoy their private property acquired in the aforementioned ways provided under the Civil Code for the transfer of the ownership rights. Under the Family Code, marriage as an important and noble institution is not just only based on affection and the desire to stay close to the partner and children but also on the contribution that each spouse shall provide on their common property.²¹

CONCLUSIONS

The Republic of North Macedonia and the Republic of Albania had undergone different paths during the entire codification process. The Republic of North Macedonia was part of the Former Yugoslavia, and the process of the civil law codification of Yugoslavia was a partial codification of the property law, law on obligations and law on inheritance, which resulted in the enforcement of several federal laws important for the civil law. The idea for drafting a Civil Code of the Republic of North Macedonia was initially presented in 2009 in the Project for Drafting the Civil Code prepared by the Ministry of Justice. In 2011, a Commission for drafting the Civil Code was promulgated based on the Decision of the Government of the Republic of North Macedonia, which decided that the content of the Macedonian Civil Code would consist of five parts: General part, Property law, Law of Obligations, Family Law and Law on Inheritance. After the change of the Macedonian government in 2016, for a couple of years, there was no information about the work of the Commission, but in 2022, the Minis-

ter of Justice announced that the preparation of the Code is in continuation. According to the latter findings, four out of five chapters of the Civil Code are ready, and the last chapter is expected to be completed by the end of 2023 or the beginning of 2024.

The codification process of civil law in the Republic of Albania was long, and it emanated since its pre-state formation with the customary law and establishment of institutes, continuing with the declaration of independence and formation of the Albanian state in November 28, 1912 and the first Civil Code of 1929, the second Civil Code in the period of socialism in 1981, and the third Civil Code in the period of transition in 1994 until today.

In the end, it is important to mention that a codified civil law framework in the Republic of Albania and the Republic of North Macedonia will contribute to the increase of legal and social security of all legal subjects and will also contribute to the harmonization of the civil law with the European Union legislative. Another important benefit is that it will speed up the necessary integration processes, which include constructing a modern legal system in harmony with *the acquis communautaire* that presupposes a Civil Code, which, in its comprehensiveness, integrates the norms that regulate civil-legal relations in a unified system without contradictions. That is an important condition for the further prosperous development of North Macedonia and Albania, as well as its citizens and legal entities.

20 Civil Code of the Republic of Albania. (1994). No. 7850. Available at: <http://www.cclaw.al/wpcontent/uploads/law/The-Albanian-Civil-Code.pdf> [Last Access: 12.01.2024].

21 Law nr.9062, date 08.05.2003 "The Family Code".

BIBLIOGRAPHY:

1. Ampovska M., and Ilioski R., *"The Process of Civil Law Codification in Western Balkans"*, University Goce Delcev, Stip, North Macedonia.
2. Chalmers, D., (2003), *The Reconstitution of European Public Spheres*, European Law Journal, p. 127.
3. Civil Code of the Republic of Albania, (1994), No. 7850. Available at: <http://www.cclaw.al/wp-content/uploads/law/The-Albanian-Civil-Code.pdf> [Last Access: 12.01.2024]
4. Codification Commission, (2014), Draft version of the Civil Code of the Republic of Macedonia book 3 Obligations.
5. Codification Commission, (2014), Draft version of the Civil Code of the Republic of Macedonia book 4 Successions.
6. European Commission Working Document, North Macedonia 2019 Report, Chapter 23, Available at: <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-north-macedonia-report.pdf> [Last Access: 27.12.2023]
7. Family Law, Official Gazette of the Republic of Macedonia 80/92.
8. Government of the Republic of North Macedonia, <https://vlada.mk/> [Last Access: 10.01.2024]
9. Law on Inheritance, Official Gazette of the Republic of Macedonia 47/96.
10. Law on Obligations, Official Gazette of the Republic of Macedonia 18/2001.
11. Law on Property and other Real Rights, Official Gazette of the Republic of Macedonia 18/2001.
12. Law nr.9062, date 08.05.2003 *"The Family Code"*.
13. Luarasi, (2007), *"Albanian Customary Law"* Luarasi University Press, Tirana, Albania.
14. Ministry of Justice of the Republic of North Macedonia <https://www.pravda.gov.mk> [Last Access: 15.01.2024]
15. Olldashi, (2018), *"Codification and Legal Sources in the Albanian Legal System: Comparative Approach to Legal Systems"* Tirana, Albania.
16. Pellumbi, (N.D.), *"Innovations of the Civil Code of 1929 in the Institutes of Family Law"* Academia.Edu, Tirana, Albania.
17. Semini, (N.D.), *"A Historical Overview of the Real Estate Registration Process in Albania"* Tirana, Albania.
18. Zivkovska, R., Przeska, T., (2014). *Codification of the Civil Law in the Republic of Macedonia*, Journal of the Faculty of Law in Nis, Serbia, 68, pp. 253-254.
19. Xhafaj, (2010), *"Matrimonial Property Regimes in Albanian Law"*, Research Gate, Tirana, Albania.

CHALLENGES IN APPLYING NATIONALITY LAW IN CASES OF CONFLICTING LAWS IN DIVORCE AND PHYSICAL SEPARATION (The Algerian legislator as an example)

Abdelhakim Boudjani

*Doctor of Law, Professor lecture A, University of Aïn
Temouchent, Algeria*

Soreya Gherbi

*Doctor of Law, Professor lecture A, University of Aïn
Temouchent, Algeria*

ABSTRACT

The issue of conflict of laws in personal status matters cannot be studied without starting from the established principle for determining the applicable law. The Algerian legislator has relied on the principle of nationality to determine the law applicable to personal status matters. Based on this, the Algerian legislator considered it the best law or rather the principle of assignment that provides the greatest protection for the Algerian individual and for the Algerian public system according to the different requirements of the state. However, the problem is that the application of nationality law in conflict of laws has resulted in several shortcomings that have undermined the rights of the parties at the individual level, particularly the violation of the principle of gender equali-

ty, sometimes compromising the interests of the wife, the difficulty in preserving acquired rights, the problem of recognizing physical separation, and other issues that we will try to highlight in the national symposium.

Keywords: Nationality, Divorce, Physical Separation, Challenges Civil Law

INTRODUCTION

The Algerian legislator has relied on the principle of nationality to determine the law applicable to personal status matters. Based on this, the Algerian legislator believed that it was the best law or, more accurately, the most appropriate principle to provide greater protection for Algerian individuals and the Algerian public order according to the various requirements of the state.

However, the problem arises when applying nationality law in conflicts of laws, which has resulted in several shortcomings that have affected the rights of individuals, especially in terms of gender equality, sometimes compromising the interests of the wife, the difficulty in preserving acquired rights, and the issue of recognizing physical separation.

The Algerian legislator addressed the issue of marital dissolution and physical separation in family relationships involving a foreign element in two paragraphs: in paragraph 2 of Article 12, amended from the Algerian Civil Code, which states: *“The national law to which the husband belongs at the time of filing the lawsuit shall govern the dissolution of marriage and physical separation”*.

Article 13 of the same law stipulates: *“Algerian law alone applies to the situations mentioned in Articles 11 and 12 if one of the spouses is Algerian at the time of the marriage, except with regard to the eligibility for marriage”*.

It is noted that the legislator introduced physical separation, which represents a legal category

unknown in Algerian law and society.¹

The legislator used the term “dissolution of marriage” to encompass all forms of divorce, including divorce by the unilateral will of the husband, as well as divorce initiated by the wife’s request or through death. This is evident from Article 47 of the Algerian Family Law, which states: *“The marital bond is dissolved by divorce or death”*.

As a result, the legislator subjected all forms of divorce to the same law, while some Arab legislations have distinguished between divorce and “talaq”, where divorce is subject to the husband’s law upon pronouncement, and “talaq” is subject to the husband’s law upon filing the lawsuit.²

Upon examining Article 12, paragraph 2, and Article 13 of the Algerian Civil Code, it is stated

- 1 Aliouche Kurbou, “The Applicable Law for the Dissolution of Marriage and Physical Separation in Algerian Private International Law”, Academic Research Journal for Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Special Issue 2015, for the National Conference held at Bejaia University on “Conflicts of Laws in Personal Status Matters”, held on April 23 and 24, 2014, and for the International Conference held at the same university on “The Shift in the Concept of Public Order: From Public Order to General Systems”, on May 7 and 8, 2014, p. 157.
- 2 In Egypt, for example, there is a distinction between divorce by the unilateral will of the husband, which is subject to the husband’s nationality law at the time of divorce, and other methods of ending the marital bond, which are subject to the husband’s nationality law at the time of filing the lawsuit. See, for instance, the research conducted by Draba Ameen in “Rules of Conflict related to Marriage and its Dissolution: A Comparative Study”, submitted for a Master’s degree in Private International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Abi Bakr Belkaid, Tlemcen, 2008, p. 52. Also, refer to Mourad Sufian’s article “The Problem of Attribution in Personal Status and the Possibility of Reconciliation”, published in the Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, University of Abderrahmane Mira, Bejaia, Special Issue 2015, for the National Symposium held at the University of Bejaia on “Conflict of Laws in Personal Status Matters”, on April 23 and 24, 2014, and for the International Symposium held at the same university on “The Shift in the Concept of the General System: From the General System to General Systems”, on May 7 and 8, 2014, p. 27. Additionally, this ruling is established in Syria, Iraq, Libya, Jordan, Sudan, and the United Arab Emirates; see Aliouche Kourbou, “Marginalization No. 06”, p. 157.

that the national law to which the spouses belong at the time of filing the lawsuit applies when both spouses are foreigners. However, Algerian law alone applies if one of the spouses is Algerian at the time of marriage.

Nevertheless, these two articles raise several issues, especially regarding their application. Therefore, in this discussion, we will address the problems raised by paragraph 2 of Article 12 of the Civil Code (First Section) and the exceptions outlined in Article 13 of the same law concerning the dissolution of marriage and physical separation (Second Section).

1. ISSUES RAISED REGARDING PARAGRAPH 2 OF ARTICLE 12 OF THE CIVIL CODE

It is mentioned that the Algerian legislator stipulated in paragraph 2 of Article 12 of the Civil Code that: “The dissolution of marriage and physical separation shall be governed by the national law to which the spouse belongs at the time of filing the lawsuit”. However, the criterion set by the legislator, which is the nationality of the spouse at the time of filing the lawsuit, raises several legal issues that negatively affect familial relationships involving a foreign element.

These issues can be summarized as follows: the problem of infringing upon the principle of equality between spouses (firstly), the issue of changes in the spouse’s law between the time of marriage and the time of filing the lawsuit (secondly), and the possibility of fraudulent behavior regarding the law (thirdly).

1.1. The Problem of Infringing upon the Principle of Equality between Spouses

The establishment of applying the spouse’s law at the time of filing the lawsuit to disputes regarding the dissolution of marriage and physical separation has led to extensive debate about

this solution.³

The Algerian legislator’s choice of this criterion is considered arbitrary as long as the national law to which the spouse belongs is not neutral, thus undermining the principle of equality between men and women, a principle recognized in the Algerian Constitution. Article 32 of the Constitution of the People’s Democratic Republic of Algeria states: “All citizens are equal before the law. No discrimination shall be made based on birth, race, gender, opinion, or any other personal or social condition or circumstance”.

This is stipulated in the Constitution of the People’s Democratic Republic of Algeria, issued by Presidential Decree No. 96-438, dated December 7, 1996, amended, and supplemented. The Official Gazette in its issue No. 76, and Law No. 02-03 dated April 10, 2002, published in Official Gazette No. 25 dated April 14, 2002, Law No. 08-19 dated November 15, 2008, published in Official Gazette No. 63 dated November 16, 2008, and Law No. 16-01 dated March 6, 2016, published in Official Gazette No. 14 dated March 7, 2016. Giving preference to the nationality of the husband over the nationality of the wife is therefore problematic.⁴

Furthermore, the Algerian legislator’s choice of this criterion may be considered arbitrary since the national law to which the spouse belongs is not necessarily neutral, thus infringing upon the principle of equality between men and women, as enshrined in Article 32 of the Algerian Constitution. The Constitution stipulates that “*all citizens are equal before the law*”, without discrimination based on factors such as gender. Therefore, giving precedence to the husband’s nationality over the wife’s nationality is problematic.

Additionally, applying the criterion of the spouse’s nationality at the time of filing the lawsuit raises the issue of potential changes in the husband’s law between the time of marriage and the time of filing the lawsuit. Consequently, sub-

3 Mouri Sufian, the aforementioned reference; p. 27; Aliouche Kourbou, p. 160.

4 Ayat Mansour Kamal, “The Problem of the Law to be Applied to Physical Separation and Adoption”, Academic Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abderrahmane Mira University, Bejaia, 2010, Issue 02, p. 148; Mourad Sufian, p. 27.

jecting the dissolution of marriage and physical separation to the law of the husband's nationality at the time of filing the lawsuit may dissolve the marital bond according to a law that the wife is not subject to, which could be detrimental to her interests.⁵

Therefore, it would be preferable for the legislator to at least consider the nationality of the husband at the time of marriage as the applicable law for both parties or to adopt a similar approach to that taken by the Tunisian legislator in Article 49 of the Tunisian Private International Law Code (Law No. 97 dated November 27, 1998), which states that divorce and physical separation are governed by the common personal law when the lawsuit is filed. In cases of different nationalities, the law of another common domicile of the spouses is applied if available; otherwise, the court applies its own law.

It is noteworthy that the Tunisian legislator prioritized the common personal law between spouses when filing for divorce and physical separation. In cases of different nationalities, the law of another common domicile is applied if available, thus providing an equal solution for both spouses without favoring one law over the other.

Referring to paragraph 2 of Article 12 of the Algerian Civil Code, it also leads to the potential for fraudulent behavior towards the law, which will be further elucidated in the next point.

1.2. The Possibility of Fraudulent Behavior towards the Law

Preferring the time criterion represented by "the time of filing the lawsuit" has the potential to create a phenomenon of fraudulent behavior towards the law, exacerbating the prevalence of this phenomenon.⁶

5 Aliouche Kourbou, p. 160; Mourad Sufian, p. 27.

6 Touati Nesira, "Challenges of Subjecting Physical Separation to the Nationality Criterion", *Academic Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abderrahmane Mira University, Bejaia, Special Issue for the National Symposium held at the University of Bejaia on "Conflict of Laws in Personal Status Mat-*

The phenomenon of fraudulent behavior towards the law (*fraus legis*) generally refers to the deliberate alteration by the parties of one of the criteria used by the law to determine the applicable legal framework, with the intention of evading the provisions of the law that would originally apply to the relationship.⁷

"In cases where a spouse resorts to changing their nationality to alter the law applicable to the dissolution of marriage or physical separation, especially if the new law provides guarantees not established by the law of their nationality at the time of marriage, it may be difficult to prove the existence of fraudulent behavior towards the law. Therefore, the law of the spouse's nationality at the time of filing the lawsuit is the law applicable to the dissolution of marriage or physical separation. This could harm the interests of the wife and compromise her legal status".⁸

This is largely what can be said about the challenges raised regarding paragraph 2 of Article 12 of the Algerian Civil Code. Now, let us inquire about the challenges surrounding the exception found in Article 13 concerning the dissolution of marriage and physical separation, which will be addressed in the next section.

2. CHALLENGES OF THE EXCEPTION IN ARTICLE 13 OF THE CIVIL CODE REGARDING MARRIAGE DISSOLUTION AND PHYSICAL SEPARATION

One of the most important articles concerning conflict of laws in personal status matters is Article 13 of the Algerian Civil Code, which states: "Algerian law alone applies in the matters spec-

ters", on April 23 and 24, 2014, and for the International Symposium held at the same university on "The Shift in the Concept of the General System: From the General System to General Systems", on May 7 and 8, 2014, p. 179.

7 Araab Belqasem, *Algerian Private International Law, Conflict of Laws, Vol. 1*, Dar Houma, Algeria, 2003, p. 187.

8 Touati Nesira, p. 179.

ified in Articles 11 and 12 if one of the spouses is Algerian at the time of marriage, except with regard to the eligibility for marriage”.

Article 13 of the Civil Code is an exception to the rules established in Articles 11 and 12 of the same legislation. This article is among the most controversial and debated in jurisprudence, given the solution it adopts by granting exclusive jurisdiction to Algerian law to decide every dispute covered by the provisions of Articles 11 and 12, where one of the parties is Algerian at the time of marriage.⁹

Therefore, this article raises several issues, including the impossibility for judges to apply Algerian law in the matter of physical separation (firstly), and the impossibility of applying the issue of physical separation from its origin due to the existence of Article 09 of the Civil Code, which subjects adaptation to the law of the judge who does not recognize this legal category (Article 9 of the Algerian Civil Code states: “Algerian law shall be the reference in adapting the relationships whose type needs to be determined in case of conflict of laws to know the law to be applied”).

2.1. Impossibility for Judges to Apply Algerian Law in the Matter of Physical Separation

The method of physical separation, or as some call it, bodily separation (*Séparation de Corps*), is a system not recognized by the legal systems in most Arab countries.

In an effort by the Algerian legislator to ensure and protect private interests with an international dimension, new provisions were introduced into the rules of attribution by amending

the Civil Code for the year 2005, including those relating to physical separation under Article 12/2 of the Civil Code. (Where paragraph 2 of Article 12 of the Civil Code used to read as follows before its amendment: “The national law to which the spouse belongs at the time of filing the lawsuit shall apply to the dissolution of marriage”).

We find that the legislator has subjected physical separation to the national law to which the spouse belongs at the time of filing the lawsuit.

Physical separation is considered an unfamiliar system in Algerian family law, although it is a system practiced in Western countries like France¹⁰, where Article 296 of the French Civil Code states: “*La Séparation de Corps peut être prononcée à la demande de L'un des époux dans Les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce*”.

Physical separation refers to the physical separation of the parties to the marital relationship, leading to the cessation of cohabitation between them for certain reasons that may be obvious and may be left to the discretion of the judge who is presented with the dispute.¹¹

Physical separation is also defined as: “*the cessation of cohabitation between spouses and the suspension of mutual obligations while the marital bond remains intact*”.¹²

It is also defined as: “*a system that entails the cessation of cohabitation between spouses without the immediate dissolution of the marriage contract, but it may be a reason for divorce if it lasts for a certain period that varies from one law to another*”.¹³

Some may initially think that both physical separation and divorce convey the same meaning or entail the same connotations and result

9 Bilal Othmani, “A Study of Article 13 of the Civil Code”, Academic Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abderrahmane Mira University, Bejaia, Special Issue for the National Symposium held at the University of Bejaia on “Conflict of Laws in Personal Status Matters”, on April 23 and 24, 2014, and for the International Symposium held at the same university on “The Shift in the Concept of the General System: From the General System to General Systems”, on May 7 and 8, 2014, p. 183.

10 Osmani Bilal, cited above, p. 186.

11 Belaiour Abdelkrim, Lectures on Private International Law in Light of the Amendments Brought by Law No. 05-10 of 2005, Faculty of Law, Ben Aknoun, Algiers, 2010-2011, p. 93; Touati Nassira, p. 175.

12 Ait Mansour Kamal, p. 144; Osmani Bilal, p. 186.

13 Al-Zarouti Al-Tayyib, Algerian Private International Law Compared to Arab Laws, Vol. 1, Conflict of Laws, Al-Kahina Press, Algiers, 2000, p. 178; Azzouz Abdullah, Private International Law, Conflict of Laws, Vol. 2, 9th ed., General Egyptian Book Organization, Egypt, 1986, p. 308.

in the same consequences, but upon analyzing these terms and concepts, differences and distinctions are found among them.¹⁴

Where divorce by the unilateral will of the spouse, repudiation, and khul' at the request of the wife are considered two methods or paths that inevitably lead to the dissolution of the marital bond, while physical separation does not always lead to the dissolution of the marital bond. The spouses may return to their previous status after the end of the period of physical separation, or they may not return to it when physical separation turns into the dissolution of marriage definitively by judicial decision.¹⁵

Referring to the text of Article 13 of the Civil Code under study, the law applicable to physical separation is Algerian law if one of the spouses is Algerian at the time of marriage. However, the issue raised here is: Can the issue of physical separation be raised between spouses where one of them is Algerian? There are two assumptions: – The first assumption: If we assume that an Algerian married a foreign Christian French woman, here this wife cannot claim physical separation before the Algerian judge because the latter will not rule in her favor, as he is unaware of such a legal institution. The Algerian law does not recognize this system as it contradicts the provisions of Algerian family law, which did not regulate physical separation in the first place.¹⁶

The second assumption: If an Algerian woman married a French Muslim man, here the French husband cannot claim physical separation before

the Algerian judge because the latter will not rule in his favor, considering that Algerian family law did not regulate this issue in the first place.¹⁷

“Therefore, referral to Article 12 paragraph 02, which includes physical separation, is an unsuccessful referral, because there is an impossibility for there to be physical separation between spouses, one of whom is Algerian, and the application of Algerian law”.

Among the issues raised by Article 13 of the Civil Code is also the lack of objectivity of the attribution criterion represented by the nationality of one of the spouses being Algerian at the time of marriage, which will be addressed in the next point.

2.2. Lack of Objectivity of the Attribution Criterion Used in Article 13 of the Civil Code

The attribution criterion in the text of Article 13 of the Civil Code for determining the law applicable to the dispute is a non-objective criterion, as it exclusively considers the nationality of one of the spouses being Algerian at the time of marriage, regardless of the nationality of the other party, and without giving any consideration to whether Algerian law is the most appropriate for ruling on the dispute before the judiciary.¹⁸

Another issue is the lack of suitability of the temporal scope of this criterion, as Article 13 of the Civil Code specified the application of Algerian law within a specific timeframe, which is when the person is Algerian at the time of marriage.

Marriage often leads to situations where Algerian law may not be suitable for adjudicating the case before an Algerian judge. For example, if we consider a scenario where an Algerian marries a French woman and the Algerian acquires French nationality while renouncing Algerian nationality, and later the couple decides to dissolve the marriage, and the dispute is presented to an Algerian judge.

Referring to Article 13 of the Civil Code, the

14 Touati Nassira, p. 175.

15 Touati Nassira, p. 175.

16 See, Ait Mansour Kamal, *The Situation of Personal Status in Algerian Attribution Rules*, Academic Research Journal for Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abderrahmane Mira University, Bejaia, Special Issue 2015, for the National Symposium held at the University of Bejaia on: “Conflict of Laws in the Field of Personal Status”, held on April 23 and 24, 2014, and for the International Symposium held at the same university on: “The Transition in the Concept of the General System: From the General System to the General Systems”, on May 7 and 8, 2014, p. 15; Aliouche Karbou, p. 162.), as Algerian law does not institutionalize this system. Touati Nassira, p. 180; Aliouche Karbou, p. 162; Osmani Bilal, p. 189.

17 Aliouche Karbou, p. 162.

18 Osmani Bilal, p. 190.

applicable law should be Algerian law, since the husband was Algerian at the time of marriage. However, if the husband renounced his Algerian citizenship and acquired the nationality of another country, especially if the couple settled in a country other than Algeria, then how can Algerian law be applied to non-Algerian spouses when the dispute is brought before the Algerian judge? There is no connection between this husband and the Algerian state.¹⁹

Therefore, it is advisable for the Algerian legislator to reconsider the time frame mentioned in Article 13 of the Civil Code.

Moreover, we question why the legislator does not allow parties the freedom to determine the applicable law for the dissolution of marriage and physical separation. This will be explained in the following points.

Thirdly: The failure of the legislator to allow parties the freedom to determine the applicable law for the dissolution of marriage and physical separation has become apparent. In recent times, private international law tends to leave more room for parties to determine the applicable law²⁰ Unless the law chosen by the parties violates public policy and public morals.

This is because personal status is a personal matter. Therefore, if the parties agree on the applicable law for the dispute presented before the Algerian judge, there is no objection to applying the law chosen by the parties, provided it does not contradict public policy and public morals.²¹

19 Hussein Nowara, Legal Issues Facing the Application of Nationality, Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Special Issue 2015, for the National Conference held at the University of Bejaia on "Conflict of Laws in Personal Status" held on April 23 and 24, 2014, and for the International Conference held at the same university on: "Transition in the Concept of Public Order: From Public Order to Public Systems", held on May 7 and 8, 2014, p. 58-59; Alyush Qarbu, p. 168; Tawati Nasira, p. 180.

20 CARLIER Jean-Yves, "Autonomy of Will and Personal Status", Maghreb Rights Journal, Vol. 1, 1995, p. 5, 17.

21 Osmani Bilal, p. 189.

CONCLUSION

The rules regarding personal status, particularly in cases of marriage dissolution and physical separation, in relationships involving a foreign element, raise numerous issues. These include the problem of infringing on the principle of equality between spouses by restricting it only to the application of the national law to which the husband belonged at the time of filing the claim, without taking into account the law most appropriate for the wife according to Article 12, paragraph two, of the Civil Code. Additionally, there is the problem of the husband's law changing between the time of marriage and the time of filing the claim and the possibility of fraud regarding the law.

Moreover, the exception in Article 13 of the Civil Code raises many issues, including the impossibility of judges applying Algerian law in cases of physical separation, and even the impossibility of applying this. The latter is essentially due to the presence of Article 09 of the same law, which subjects the adaptation to the law of the judge who is unfamiliar with this foreign legal category. Additionally, the legislator's failure to allow parties the freedom to determine the applicable law for marriage dissolution and physical separation has further complicated matters.

Algerian private international law rules regarding personal status have been based on social considerations, with the Algerian legislator envisioning that nationality criteria provide the greatest protection for the Algerian public order. However, this has led to encroachments on individuals' rights, especially the disregard for acquired rights.

It is more fitting for the Algerian legislator to consider the highly important issue of religious affiliation and its change among individuals when establishing the assignment rules specific to the objective conditions for marriage formation, whether both parties are foreign (Article 11 C.C.) or one of the parties is Algerian (Article 13 C.C.).

Marriage in Islamic law is considered a solemn covenant and is highly sensitive. Therefore, it was necessary for the assignment rules to be

clearly formulated in a manner that assists in providing the most accurate solution to all types of disputes arising in personal status matters in general, particularly in marriages with a foreign element.

While the criteria of nationality and its application remain valid to this day, theoretically speaking, it is essential to explore appropriate solutions and strike a balance between various interests, as is the case in comparative laws.

BIBLIOGRAPHY:

Books:

1. A'rabb Belkacem, (2003), Algerian Private International Law, Conflict of Laws, Vol. 1, Algeria, Dar Home.
2. Belyour Abdelkrim, (2005), Lectures on Private International Law in Light of the Amendments Introduced by Law No. 05-10 of 2005, Faculty of Law, Ben Aknoun, Algeria.
3. Ezzedine Abdullah, (1986), Private International Law, Conflict of Laws, Vol. 2, 9th ed., Egypt, General Egyptian Book Organization.

Journals and Conferences:

1. Ait Mansour Kamal, (2010), The Problem of the Applicable Law for Physical Separation and Adoption, Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Issue 02, pp. 144-148.
2. Ait Mansour Kamal, (2015), The Status of Personal Affairs in Algerian Assignment Rules, Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Special Issue for the National Conference held at the University of Bejaia on "Conflict of Laws in Personal Status" on April 23 and 24, 2014, and for the International Conference held at the same university on: "Transition in the Concept of Public Order: From Public Order to Public Systems" on May 7 and 8, 2014, pp. 162-163.
3. Touati Nasira, (2015), "Challenges of Subjecting Physical Separation to Nationality Criteria", Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Special Issue for the National Conference held at the University of Bejaia on "Conflict of Laws in Personal Status" on April 23 and 24, 2014, and for the International Conference held at the same university on: "Transition in the Concept of Public Order: From Public Order to Public Systems" on May 7 and 8, 2014. Pages 174-175-179-180.
4. Hussein Nawara, (2015), "Legal Challenges Facing Nationality Application", Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Special Issue for the National Conference held at the University of Bejaia on "Conflict of Laws in Personal Status" on April 23 and 24, 2014, and for the International Conference held at the same university on: "Transition in the Concept of Public Order: From Public Order to Public Systems" on May 7 and 8, 2014. Pages 58-59.
5. Othmani Bilal, (2015), "Study of Article 13 of the Civil Law", Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Special Issue for the National Conference held at the University of Bejaia on "Conflict of

- Laws in Personal Status” on April 23 and 24, 2014, and for the International Conference held at the same university on: “Transition in the Concept of Public Order: From Public Order to Public Systems” on May 7 and 8, 2014. Pages 183-186-188-189-190.
6. Aliouche Kharboua, (2015), “The Applicable Law for the Dissolution of Marriage and Physical Separation in Algerian Private International Law”, Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Special Issue for the National Conference held at the University of Bejaia on “Conflict of Laws in Personal Status” on April 23 and 24, 2014, and for the International Conference held at the same university on: “Transition in the Concept of Public Order: From Public Order to Public Systems” on May 7 and 8, 2014. Pages 157-160-162-163-168.
 7. Mouri Sofiane, (2015), “The Problem of Assignment in Personal Affairs and the Possibility of Reconciliation”, Academic Research Journal of Legal Research, Faculty of Law and Political Science, Abdelrahman Mira University, Bejaia, Special Issue for the National Conference held at the University of Bejaia on “Conflict of Laws in Personal Status” on April 23 and 24, 2014, and for the International Conference held at the same university on: “Transition in the Concept of Public Order: From Public Order to Public Systems” on May 7 and 8, 2014. Pages 27-28.

Master’s Theses:

1. Dirba Amin, (2008), “Conflict Rules Related to Marriage and Its Dissolution: A Comparative Study”, Master’s Thesis in Private International Law, Faculty of Law and Political Science, Abi Bakr Belkaid University, Tlemcen.

LEGISLATION AND REGULATIONS:

Algerian Laws and Regulations:

1. The Constitution of the People’s Democratic Republic of Algeria, issued by Presidential Decree No. 96-438, dated December 7, 1996, as amended. Official Gazette No. 76.
2. Law No. 02-03, dated April 10, 2002, Official Gazette No. 25, dated April 14, 2002.
3. Law No. 08-19, dated November 15, 2008, Official Gazette No. 63, dated November 16, 2008.
4. Law No. 16-01, dated March 6, 2016, Official Gazette No. 14, dated March 7, 2016.
5. Law No. 07-05, dated May 13, 2007, amending and supplementing Order No. 75-58, dated September 26, 1975, Civil Code, J.O.R.

Foreign Laws and Regulations:

1. Law No. 97, dated November 27, 1998, regarding the issuance of the Tunisian Private International Law Journal, published in the Official Gazette of the Tunisian Republic, dated December 1, 1998, No. 96.

DIGITIZATION OF LEGAL AID SERVICES AND CRIMINAL JUSTICE TO THE DETAINEES IN INDIA

Milendra Singh

Doctor of Law, Assistant Professor, Department of Law, Rajiv Gandhi Govt, P.G.College, Ambikapur, Chhattisgarh, India

Saman Narayan Upadhyay

Assistant Professor, Department of Legal Studies, UTD, Sant Gahira Guru Vishwavidyalaya Sarguja, Ambikapur, Chhattisgarh, India

ABSTRACT

This paper presents a micro-study of the scheme of legal aid services and the impact of its digitization on the administration of criminal justice in India based on the case study of the District Legal Services Authority (DLSA) of Surguja at Ambikapur in Chhattisgarh State (India). This DLSA has been found to suffer from proper empanelment, allotment and monitoring of criminal defense counsels to the detainees. The empanelled defense counsels have been reluctant to pursue the case of detainees at the bail and trial stages. Resultantly, fair criminal trial according to the due process of law has been compromised, the fundamental guarantee to free defense counsel has been threatened and public trust in the criminal justice system has been deteriorated. Heeding the reports and judicial directions, the Union Ministry of Law and Justice has introduced the digitization of legal aid services of all authorities and committees established under the NALSA Act, 1987. The website portals and mobile applications have been brought upon to facilitate the beneficiaries to apply for free legal aid and know about actions taken therein. Nonetheless, these endeavours have been found inadequate in the mission of administration of criminal justice particularly for the detainees.

KEYWORDS: Digitization of Legal Aid services, empanelment, allotment and monitoring of criminal defense counsels, fair criminal trial, due process of law, detainees

INTRODUCTION

The criminal justice system of every democracy is composed of four typical government institutions such as police, prosecution, court and prison across the world. These institutions are established, maintained and administered by the State. The State decides the legal frameworks to dispense criminal justice within its territorial limits. Eventually, the State organization holds extraordinary positive and negative actions in the domain of criminal justice; positive actions of the State connote the exercise of reformatory powers by the State to uphold the due procedure of law that protects the rights of accused persons in criminal matters, whereas, negative actions of the State refer exercise of coercive powers by the State in the criminal matters¹ that invades the liberty of the accused persons.² The accused person is the epicenter of the jigsaw puzzle from the beginning till the end in a criminal proceeding.³ The due procedure of law emanates indispensable set of rights to an accused person that protects his liberty and human dignity before the criminal justice institutions across the world including India. An arrested person shall have right to be informed about the grounds of such arrest before his detention in custody and right to consult and defended by a legal practitioner of his choice,⁴ and right to be produced before

the Magistrate within 24 hours.⁵ Deprivation of any of these rights would turn the detention unlawful and ensue right to the accused person to be compensated from the State.⁶ Right to be presumed innocent until guilt is proved,⁷ trial by competent-impartial-open courts⁸ and equal opportunity to be defended through a lawyer of his choice or State sponsored criminal defense lawyer⁹ are another sets of rights of accused persons. Practically, as far as the exercise of right to defense of an accused person is concerned, he gets limited

the grounds of arrest in criminal proceedings as guaranteed by the constitutions of the South-Asian states and the European Convention on Human Rights. *The International Journal of Human Rights*, 4(2), 44–66. <https://doi.org/10.1080/13642980008406875>

- 1 Manning, D.S. (2009). Development of a Civil Legal Aid System: issues for Consideration. In *Making legal aid a reality: A resource book for policy makers and civil society*. Public Interest Law Institute. p. 61. ISSN 978-963-88337-0-9.
- 2 Young, R., & Wall, D. (Eds.). (1996). *Access to criminal justice: Legal aid, lawyers & the defence of liberty*. Blackstone Press. p. 34. ISBN 978-1-85431-502-1.
- 3 Willey, P. (2014). Trials in absentia and the cuts to criminal legal aid: A deadly combination? *The Journal of Criminal Law*, 78(6), 486–510. <https://doi.org/10.1177/0022018314557412>
- 4 The Constitution of India (1950). Article 22(1). Legislative Department. <<https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s380537a945c7aaa788ccfcdf1b99b5d8f/uploads/2023/05/2023050195.pdf>> [Last Access: 15 February 2024]. International Covenant on Civil and Political Rights (1966). Article. 9(2). <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> [Last Access: 15 February 2024]. Silva, A. (2000). The right to be informed of
- 5 The Constitution of India (1950). Article 22(2). Legislative Department. <<https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s380537a945c7aaa788ccfcdf1b99b5d8f/uploads/2023/05/2023050195.pdf>> [Last Access: 15 February 2024]. International Covenant on Civil and Political Rights (1966). Article. 9(3). <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].
- 6 International Covenant on Civil and Political Rights (1966). Article. 9(5). <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> [Last Access: 15 February 2024]. Rudul Shah v. State of Bihar (1983) 4 SCC 141 (India)
- 7 The Universal Declaration of Human Rights (1948). Article 11(1). <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> [Last Access: 15 February 2024]. International Covenant on Civil and Political Rights (1966). Article. 14(2). <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].
- 8 The Universal Declaration of Human Rights (1948). Article 10. <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> [Last Access: 15 February 2024]. International Covenant on Civil and Political Rights (1966). Article. 14(1). <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].
- 9 The Constitution of India (1950). Articles 21, 22(1) and 39A. Legislative Department. <<https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s380537a945c7aaa788ccfcdf1b99b5d8f/uploads/2023/05/2023050195.pdf>> [Last Access: 15 February 2024]. The Universal Declaration of Human Rights (1948). Article 11(1). International Covenant on Civil and Political Rights (1966). Article. 14(3)(d). <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> [Last Access: 15 February 2024]. Khatri II v. State of Bihar (1981) 1 SCC 627. (Supreme Court of India)

opportunity¹⁰ as compared to mighty prosecuting wings of the State on the plot of the criminal proceedings.¹¹ The prosecuting State appoints and maintains ten-fold organized, experienced and trained paid prosecution lawyers to plead against the accused.¹² Only those accused persons may enjoy the universally articulated and municipally guaranteed rights relating to criminal justice who have sufficient means to hire a lawyer of their choice for defense. But an accused who has no sufficient means to hire experienced and trained attorneys to speak for their causes receive gross ignorance on the plot of criminal justice. It takes him in a dock position¹³ where he is unaware of the complex procedure and legal language of

the court¹⁴ and to understand courtroom rituals and formalities.¹⁵ This scenario becomes meagre when such an accused person is detained in prison and facing a criminal trial. To uphold fair criminal trial according to due process of law and commitments of the International Covenant on Civil and Political Rights (hereafter ICCPR), criminal defense lawyers at the State’s cost are allotted to the detainees in India either by order of the court or at the request of detainees to the Legal Services Institutions (hereafter LSIs) established under the National Legal Services Authorities Act, 1987 (hereafter NALSA Act).

The District Legal Services Authorities (hereafter DLSAs) play a vital role in offering free legal services to the detainees because the pendency of criminal cases in District and Taluka criminal courts is significantly higher than in other courts in India. Table-I is produced to understand

10 Johnston, K., Prentice, K., Whitehead, H., Taylor, L., Watts, R., & Tranah, T. (2016). Assessing effective participation in vulnerable juvenile defendants. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 27(6). pp. 802–814. <https://doi.org/10.1080/14789949.2016.1208264>

11 Willey, P. (2014). Trials in absentia and the cuts to criminal legal aid: A deadly combination? *The Journal of Criminal Law*, 78(6). pp. 486–510. <https://doi.org/10.1177/0022018314557412>

12 Ibid.

13 Mulcahy, L. (2013). Putting the defendant in their place: Why do we still use the dock in criminal proceedings?, *British Journal of Criminology*, 63(6). pp. 1139–1156. <https://doi.org/10.1093/bjc/azt037>

14 Jacobson, J., Hunter, G., & Kirby, A. (2015). *Inside Crown Court: Personal experiences and questions of legitimacy* (1st ed.). Bristol University Press. pp. 111-138. <https://doi.org/10.2307/j.ctt1t89fks>

15 Kirby, A. (2017). Effectively engaging victims, witnesses and defendants in the criminal courts: a question of “court culture”? *Criminal Law Review* 12. pp. 949-968. ISSN 0011-135X. <<https://eprints.bbk.ac.uk/id/eprint/19508/3/19508.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].

Table-I

Item	India	Surguja	Chhattisgarh
UTP	3 lakh (68.50%)	498 (21.57%)	10.8 thousand (56.0 %)
Pending criminal cases (High Courts)	12.6 Lakh	Data is not published by DLSA	26.3 Thousand
Detainees benefited U/LSIs	147662	Data is not published by DLSA	10247
Detainees benefited U/LSIs	175656	Data is not published by DLSA	14689
Pending criminal cases (District and Taluka Courts)	2.24 Crore	8.5 Thousand	2.16 Lakh
Prison Crowding/ Occupancy Rate	115.1%	223.52 %	157.2 %

Sources: Own creation based on PSI data. Accessed from <<http://ncrb.gov.in>>. Lock-Up Statistics of prisons of Chhattisgarh Accessed from <<http://jail.cg.gov.in/lockup.htm>> National Judicial Data Grid. Accessed from https://njdg.ecourts.gov.in/njdgnew/?p=main/index&state_code =>. NALSA. Accessed from <<https://nalsa.gov.in/>>. Primary data collected from Central Jail, Ambikapur and Surguja DLSA.

this scenario.

Separate data regarding a number of defense lawyers allotted to the detainees by order of the court or at application of detainees has not been displayed either by the National Legal Services Authority (hereafter NALSA), the State Legal Services Authorities (hereafter SLSA) or DLSAs. Further, the LSIs have not published the list of criminal panel lawyers and retainer lawyers. As such, it becomes difficult to present a categorical description of legal services provided to the detainees by the Surguja District Legal Services Authority to assess the convenient access of detainees to the DLSA to get defense lawyer of their choice in criminal trials.

State-sponsored legal aid to detainees has been recognized as an indispensable part of criminal justice administration across the world. It is a recognized human right as well as a fundamental right of detainees in democratic countries like India. State-sponsored legal aid to the detainees ensures the administration of fair criminal trial and due process of law. Notwithstanding the statutory scheme of legal aid services, Indian legal aid services have always been a serious topic of debate. A transparent and accountable mechanism for the appointment and allotment of lawyers is one of the issues, whereas monitoring such lawyers is another issue that has to be taken care of.

This paper aims to assess the functioning of Surguja District Legal Services Authority to empanel, allot and monitor legal aid lawyers to the detainees. This paper will also investigate the impact of the digitization of DLSA's legal aid services on dispensing criminal justice to detainees. This paper has been divided into five sections. Section-1 is the introduction, section-2 is the origin and development of state-sponsored defense counsel, section-3 describes the empanelment and allotment of defense lawyers to the detainees by the DLSA, section-4 is the interview of officers of DLSA, Legal Aid Counsels (LACs) and beneficiaries of Surguja district (Chhattisgarh State of India) to assess the impact of digitization on the functioning of DLSA, and section-5 is the conclusion and suggestions.

1. STATE SPONSORED DEFENSE COUNSEL: ORIGIN AND DEVELOPMENT

The criminal trial procedure has traversed from three phases in juridical history. The criminal trial began with the accusatorial system in almost all countries, the then inquisitorial system appeared in the second phase, and nowadays, in the third phase, a mixed system is in operation.¹⁶ The Anglo-American criminal trial procedure is accusatorial/ adversarial, and the inquisitorial criminal trial procedure is followed in the European continental countries except UK.¹⁷ In the accusatorial/adversarial system the judge has no authority to decide its jurisdiction or obtain proofs on his initiatives instead he has to superintend the combats and rely inactively on the averments of the prosecution and defense to determine the criminal liability.¹⁸ The prosecution and defense are private acts of the parties in this system. On the other side, the prosecution and detention are exclusively entrusted to the State agencies, and the State appointed judge actively participates in the inquisitorial system to discover the perpetrator bringing personal inquiries besides evidence produced by the parties.¹⁹ The secret inquiries are conducted, and torture is resorted upon the accused person to gather evidence against him. This system deprives the accused person of his right to defend himself. Nowadays, most criminal justice systems worldwide have adopted a mix of these two criminal procedures, borrowing the best elements from each. The accusation has been made over to the public prosecutors from the parties and judges. Judges are prohibited either to stay inactive or become proactive in the criminal trial procedures. They have been made duty bound to commence preliminary inquiry to assert the veracity of the case before arriving at the administrative-type decisions, and rationally apply their wisdom to the admissibility or inad-

16 Esmein, A. (2000). *A history of continental criminal procedure: with special reference to France*. pp. 67-78. Lawbook Exchange. ISBN: 978-1-58477-042-8.

17 Ibid.

18 Id.

19 Id.

missibility of evidences produced before them. Initially, India inherited Anglo accusatorial/ adversarial criminal trial procedures, but later on, it switched to the mixed criminal trial procedure system.

Thus, progress in judicial civilization has created permanent prosecutorial organs of the State, such as public prosecutors, authorized them to prosecute the accused person in the criminal courts on behalf of the general welfare, and made victim parties secondary to prosecuting the accused person.²⁰ The accused has been brought into direct and unequal confrontation with the tenfold experienced State prosecutor. With the rise of criminal justice canons, the State sponsored defense lawyers for indigent detainees, and the State funded free defense lawyers for the detainees became integral parts of a fair trial and due process of law.

State-sponsored free legal aid to poor detainees is a universally recognized human right and municipally guaranteed fundamental and legal rights. Legal aid is an essential precondition for the exercise and enjoyment of a number of human rights, and it is an essential component of a fair and efficient criminal justice system founded on the rule of law to safeguard fairness and public trust in the administration of criminal justice.²¹ Justice Black had underlined the necessity of legal aid in the *Gideon v. Wainwright*²² that poor persons who cannot hire a lawyer and have been brought before the adversarial system of criminal justice cannot be assured equality before the law and a fair trial unless a defense counsel is provided to assist him. Free legal assistance has been recognized as an essential component of

the right to a fair trial in several international and regional human rights treaties viz. under article 14 (3) (d) of the ICCPR, 1966; under article 18 (3)(d) of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families; under article 6 (3)(c) of the European Convention on Human Rights and under article 8(2)(e) of the American Convention on Human Rights.

At the early stage of criminal trial systems, accusation or defense was purely private action. With the transformation in the judicial system, the concept of 'social accusation' and 'social defense' grew up. The former Soviet Union, for example, acknowledged the scheme of 'social accusation' as well as 'social defense' of accused persons by their colleague coworkers depending upon their depreciation and appreciation of the accused's moral character.²³ It began recognizing the public's interest in criminal trials equally on accusation and defense levels. Statutorily, the State-sponsored legal aid scheme for poor litigants dates back to 1851 in France through enactment in the modern sense. The legal aid schemes for poor litigants grew around the world in the twentieth and twenty-first centuries. The French enactment of 1801 enumerated the eligibility of beneficiaries under this programme. Corresponding to the French scheme, Italy (in 1865) and Germany (in 1877) also brought similar programmes allowing judges to appoint defense counsels to impoverished defendants.²⁴ Before the mid-nineteenth century, the legal aid to the poor litigants was purely charity. The French reform in 1972 substituted State-funded legal aid to the poor litigants for bare charity.²⁵ The UK enacted the Poor Prisoners' Defence Act, 1903, empowering the courts to grant legal aid to indigent prisoners at committal proceedings. Further, the Poor Prisoners' Defence Act of 1930 removed this requirement and reserved the grant of legal aid

20 Id.

21 Gabriela, K. (2013). *Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*. United Nations General Assembly. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-43-Add3_en.pdf> [Last Access: 15 February 2024].

22 *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). <[https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/#:~:text=Wainwright%2C%20372%20U.S.%20335%20\(1963\)&text=In%20a%20unanimous%20decision%2C%20the,appoint%20attorneys%20on%20their%20behalf.](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/#:~:text=Wainwright%2C%20372%20U.S.%20335%20(1963)&text=In%20a%20unanimous%20decision%2C%20the,appoint%20attorneys%20on%20their%20behalf.)> [Last Access: 15 February 2024].

23 Reichel, P. L. (2018). *Comparative criminal justice systems: A topical approach* (7th ed). Pearson. ISBN: 978-0-13-455898-1.

24 Ibid.

25 Id.

by the courts in the 'interest of justice' only. On the recommendation of the Rushcliffe Committee (1944), the Legal Aid and Advice Act of 1949, has added a 'means test' into the 'interest of justice.' On the recommendation of the Widgery Committee Report on legal aid in criminal proceedings (1966), the Legal Advice and Assistance Act of 1972 established a duty-solicitor scheme in the lower courts to provide legal aid to poor defendants at the courts' discretion. The legal aid scheme was further strengthened in the UK by the Legal Aid Act of 1974 and the Legal Aid Act of 1982. The Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act, 2012 (LASPO) is the recent Act in the UK under which the legal aid scheme is governed.

The criminal justice administration in India is a State subject.²⁶ Nevertheless, article 39A of the Indian Constitution directs the State to make the policy by law to provide 'free legal aid' to needy persons at the expense of the State. In the *M.H. Hoskot v. State of Maharashtra*,²⁷ Justice Krishna Iyer observed that providing free legal aid is the State's duty, not the Government's charity. The State shall appoint competent counsel to the prisoner if he cannot engage a lawyer on reasonable grounds such as indigence or in communicated situation for the ends of justice. Such lawyer shall be paid such sum as the court may equitably fix. In the *Hussainara Khatoon v. State of Bihar*,²⁸ Chief Justice P.N.Bhagwati has ruled that the grounds and procedure to deprive a person of his life or liberty should be 'just, fair and reasonable'. Emphasizing upon article 39A, he further observed that the free legal services to the poor and the needy are an essential element of any 'just, fair and reasonable' procedure;

it must be held implicit in the guarantee of Art. 21. In the *Khatri v. State of Bihar*,²⁹ Chief Justice P.N.Bhagwati has ruled that the right to free legal services is an essential ingredient of just, fair and reasonable procedure for a person accused of an offence, and it is implicit in the guarantee of Article 21. The State is under a constitutional mandate to provide a lawyer to an accused person if the circumstances of the case and the needs of justice so require, provided that the accused person does not object to appointment of such lawyer. The State cannot avoid its constitutional obligation to provide free legal services to a poor accused by pleading financial or administrative hardships. In the *State of Maharashtra v. Manubhai Pragaji Vashi*,³⁰ the Supreme Court has made it quite clear that it is now well-established rule of law that the failure to provide free legal aid to an accused at the cost of the State, unless refused by the accused, would vitiate the trial.

On the recommendations of Justice Iyer Committee on Legal Aid (1973) and Justice Bhagwati Committee for Implementing Legal Aid Schemes, the Parliament of India has enacted the National Legal Services Authorities Act of 1987. This Act has constituted permanent legal services institutions viz. the NALSA, the SLSA, the DLSA, the Taluka Legal Services Authority (TALSA), the Supreme Court Legal Services Committee (SCLSC) and the High Court Legal Services Committee (HCLSC). The procedure for the empanelment and allotment of legal aid counsels by these institutions has been described under the NALSA Act, 1987. Section 12 of this Act spells 'means test' for the beneficiaries, which under clause (g) includes detainees eligible for State-sponsored defense lawyers without any discrimination as to caste, sex, income or nature of the offence charged with.

2. EMPANELMENT AND ALLOTMENT OF DEFENSE COUNSEL BY THE DLSA

26 The Constitution of India (1950). Seventh Schedule, entry 3, list-II State List. Legislative Department. <<https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s380537a945c7aaa788ccf-cdf1b99b5d8f/uploads/2023/05/2023050195.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].

27 (1978) 3 SCC 81.

28 (1980) 1 SCC 98. The court referred to the decisions of *Meneka Gandhi v. Union of India*, [1978] 1 SCC 248; *M.H. Hoskot v. State of Maharashtra*, [1978] 3 SCC 544; *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335; 9 L.ed. at 799; *John Richard Argersinger v. Raymond Hamlin*, 407 U.S. 25; 35 L. ed. 2d 530 at 535-36.

29 AIR 1981 SC 262.

30 AIR 1996 SC 1.

To empanel lawyers at the DLSA for a maximum period of three years,³¹ the DLSA has to invite applications, accompanied with proof of the professional experience and preference of type of cases to be entrusted with,³² from legal practitioners not having less than three years experience at the bar.³³ These applications are scrutinized and selection of the panel lawyers for the District and Taluka level is made by the Executive Chairman or Chairman of the DLSA in consultation with the District Attorney or Government Pleader and the Monitoring and Mentoring Committee at the DLSA.³⁴ While selecting panel lawyers, the Executive Chairman or Chairman of the DLSA has to consider competency, integrity, suitability and experience of lawyers³⁵ as well as representation of the Scheduled Castes, the Scheduled Tribes, women and differently-abled lawyers in the panel.³⁶ This list of panel lawyers is further approved by the Executive Chairman of the State Legal Services Authority.³⁷ The Executive Chairman or Chairman of the DLSA has to maintain separate panels for dealing with different types of cases like Civil, Criminal, Constitutional Law, Environmental Law, Labour Laws, Matrimonial disputes, Juvenile Justice, etc.³⁸ However, the Member-Secretary or Secretary of the DLSA may assign a case to a panel lawyer other than for which he has been empanelled.³⁹ For a period fixed by the Executive Chairman of the SLSA, and with his consultation, the chairman of DLSA may designate maximum ten Retainer Lawyers out of the panel lawyers at honorarium of minimum fifteen thousand rupees per month in addition to

the honorarium or fee payable to him for the cases entrusted by the DLSA.⁴⁰ A panel or retainer lawyer may be withdrawn or may withdraw from a case by order of the Member-Secretary or Secretary of the DLSA.⁴¹ Performance of panel lawyers has to be supervised by the Monitoring and Mentoring Committee at the DLSA⁴² and they should be periodically trained as per modules prepared by the NALSA and the SLSA.⁴³

As far as allotment of criminal defense lawyers is concerned, the DLSA does it either by order of the court or at the request of the accused person. The accused person gets defense lawyer from the DLSA in Sessions trial and Magistrate trial by order of the concerned court if he is not represented by a lawyer and the court is satisfied that he has no sufficient means to engage a lawyer.⁴⁴ On the other side, on its satisfaction that there is prima facie case to defend,⁴⁵ the DLSA allocates defense lawyer at the request of accused person who is a member of Schedule Caste of Schedule Tribe, a woman or child, disabled, in custody, or having annual income less than rupees nine thousand.⁴⁶ The Indian scheme of defense counsel to the detainees makes no distinction as to his caste, sex, age or annual income. He is entitled to a defence lawyer from the DLSA. If any detainee is applying to the DLSA for defense counsel, the DLSA has to provide him skilled defense counsel of his choice without inquiring his caste, sex or annual income.

31 The National Legal Services Authority (Free and Competent Legal Services) Regulations, 2010. *Selection of legal practitioners as panel lawyers*. Regulation 8 (13). National Legal Services Authority. <<https://nalsa.gov.in/acts-rules/regulations/national-legal-services-authority-free-and-competent-legal-services-regulations-2010>> [Last Access: 15 February 2024].

32 Ibid.Regulation 8 (1).

33 Ibid.Regulation 8 (3).

34 Ibid.Regulation 8 (2).

35 Ibid.Regulation 8 (5).

36 Ibid.Regulation 8 (6).

37 Ibid.Regulation 8 (4).

38 Ibid.Regulation 8 (7).

39 Ibid.Regulation 8 (8).

40 Ibid.Regulation 8 (9), (10), (11) and (12).

41 Ibid.Regulation 8 (14) and (15).

42 Ibid.Regulation 10.

43 Ibid.Regulation 8 (18).

44 The Code of Criminal Procedure (1973). *Right of person against whom proceedings are instituted to be defended*. Section 304. Department of Justice. <<https://ddashboard.legislative.gov.in/sites/default/files/A1974-02.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].

45 The Legal Services Authorities Act (1987). *Entitlement of legal services*. Section 13. Department of Justice. <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/19023/1/legal_service_authorities_act%2C_1987.pdf> [Last Access: 15 February 2024].

46 The Legal Services Authorities Act (1987). *Criteria for giving legal services*. Section 12. Department of Justice. <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/19023/1/legal_service_authorities_act%2C_1987.pdf> [Last Access: 15 February 2024].

The detainee has the right to replace defense counsel from the DLSA if he is complaining that the previously allotted counsel is not satisfactorily defending his case.

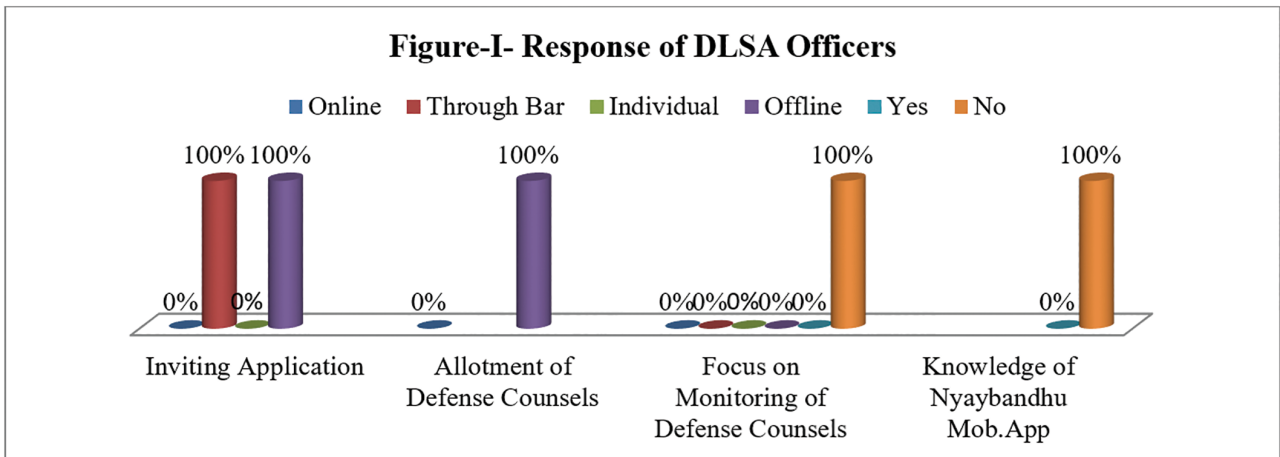
3. IMPACT OF DIGITIZATION ON DLSA: INTERVIEW OF OFFICERS, LACs AND BENEFICIARIES OF SURGUJA (CHHATTISGARH STATE OF INDIA)

An intensive interview of the DLSA's officers, Legal Aid Counsels (LACs), and beneficiaries of Surguja district has been conducted in this research work to assess impact of digitization on functioning of DLSA to dispense criminal justice to detainees. The size of sample chosen for this work is 67, which includes officers, LACs, and beneficiaries as target group. Separate questionnaires have been designed and served to these target groups.

3.1. Interview of Officers of the Surguja Dlsa at Ambikapur

The chairperson and secretary of Surguja DLSA rightly refused to fill out the questionnaire; however, they participated in an oral interview. One clerk of Surguja DLSA has filled out the questionnaire. They were questioned about the procedure of appointment of LACs and Retainer

Counsels (RCs), allotment of defense counsels to the detainees, monitoring of defense counsels and use of digital technologies to execute mandates of the NALSA Act, 1987. We get very shocking results. They said they invite applications for empanelment of LACs through the district bar only. They don't invite applications from interested lawyers through advertisement publishing on their websites or newspapers. They consider applications forwarded by bar only, not individual applications. They don't entertain interviews of applicants. They don't look into lawyers' commitment to social justice. Empanelment of lawyers is done very casually under the pressure of the district bar association. They give the least weight to new advocates with at least three years of bar experience. They appeared very reluctant about the appointment of RCs. They accepted that they don't classify RCs and LACs according to expertise in civil, criminal and revenue matters and do allotment of defense counsels to the detainees without considering the choice of the detainees and expertise area of the counsels. They don't accept online applications filed through the website or the Nyay Bandhu mobile App recently launched by the Ministry of Law and Justice of the Government of India. The DLSA website is non-functional for online applications, and DLSA officers are unaware of the Nyay Bandhu mobile App. They have been found careless about monitoring progress in cases assigned to defense counsels. One officer said, "once we have allotted defense counsel, we detach ourselves from further affairs. Now, it is a deal between the detain-



ee and defense counsel. (*Ek bar humane bachav adhivakta pradan kar diya, usake baad hum mamale men se bahar hut jaate hain. Ab yah kaidi aur bachav adhivakta ke beech kaa mamala ho jata hai.*)” (See Figure-I).

3.2. Interview of Defense Counsels (Lacs) Appointed by the Surguja Dlsa to the Detainees

We conducted interviews with 35 LACs. They appeared very generous and comfortable to respond to our questionnaire. Out of 35 LACs, 27 counsels had applied through the bar, three counsels had applied directly to the DLSA, five counsels hadn't applied but were selected for legal aid services because the bar had recommended names of 2 counsels, and three counsels were already working as LAC. The expertise of 26 defense counsels appointed through the DLSA was in civil or revenue matters only nine defense counsels were experts in criminal matters. 31 defense counsels had no information about the reporting of case status to the DLSA or monitoring of their works by the DLSA, only four defense counsels knew about it. They, too, don't submit their reports to the DLSA. The allotment of defense counsels was seen as doubtful by 29 defense counsels. On the question of digitization of the functioning of DLSA for the appointment, allotment and monitoring

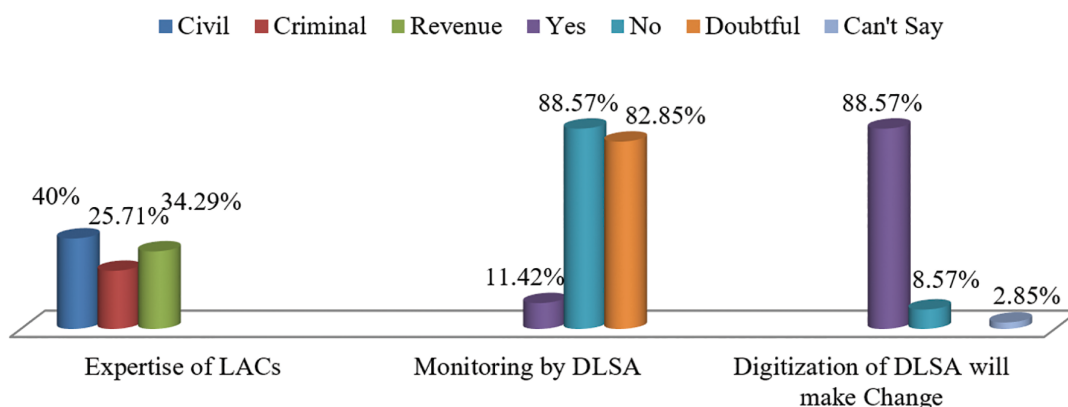
of LACs, 31 defense counsels responded affirmatively. They thought that digitization would bring transparency in the appointment of LACs and the allotment of criminal cases to them. They were very anxious about the offline allotment of criminal cases to the LACs, which is being done without considering the expertise of LACs and their performance in previous cases. (See Figure-II)

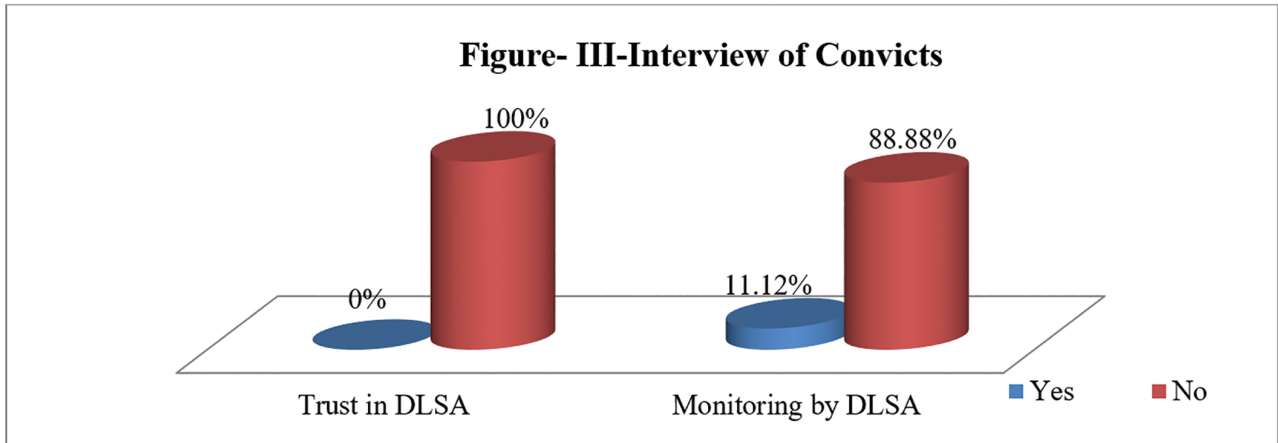
3.3. Interview Of Detainees at the Ambikapur Central Jail

We interviewed 29 detainees charged with different offences; nine were convicts, and 20 were under-trial prisoners. None convict had heard from any of the Surguja DLSA officers about the scheme of free defense counsel; they knew it either through the jail officers or their next friends. Four convicts had no trust in the defense counsels of DLSA, therefore they didn't apply for free defense counsel to the DLSA but rather engaged defense counsels at their own expense. The DLSA gave two convicts defense counsel on the court order, and three convicts were allotted defense counsels from the DLSA on their application. These five convicts reported that their defense counsels had never visited them in prison or their family members outside the prison, nor had they presented their case efficiently, due to which they had been held guilty. Two convicts said they had

Mitendra Singh, Saman Narayan Upadhyay

Figure-II- Response of Defense Counsels





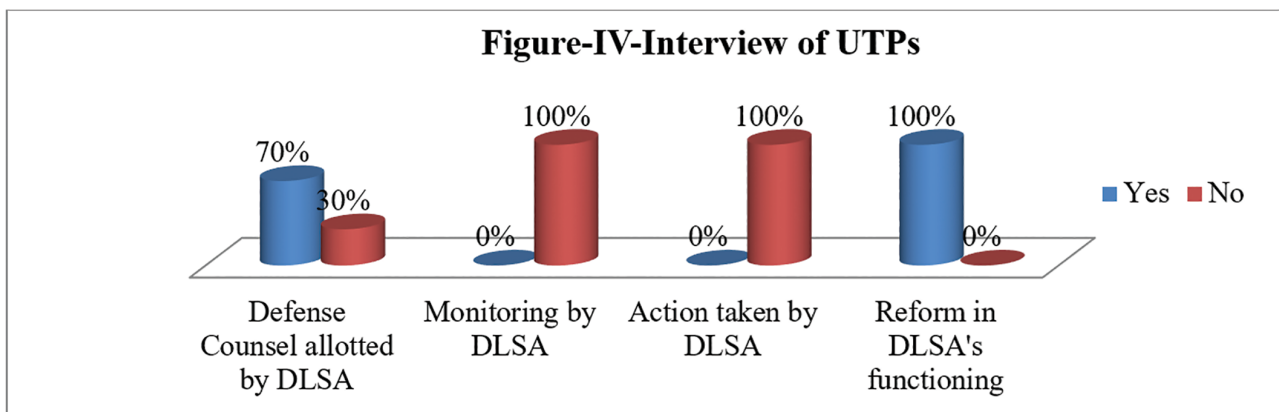
no information about complaints against their defense counsels otherwise, they would have made a complaint against them. Two convicts complained to the court about the insincerity of their defense counsels, but no action was taken. One convict said that his complaint was entertained by the DLSA, which re-allotted defense counsel to him. (See Figure – III)

We interviewed 20 under-trial prisoners (UTPs). About free defense counsel, 14 UTPs came to know through jail officers, four UTPs came to know through jail officers and DLSA officers, and only two UTPs knew it solely from the DLSA officers. 14 UTPs were provided free defense counsels from the Surguja DLSA. 5 UTPs were happy with defense counsels, but 9 UTPs were unhappy with defense counsels, however only 3 UTPs had information that they could complain against insincere works of their defense counsels and they did complaint to the court, and Surguja DLSA but no action was taken due to which 2 UTPs engaged pri-

vate defense counsels. 6 UTPs didn't trust DLSA defense counsel; they engaged defense counsels at their expense. Nine UTPs were aggrieved that the defense counsels allotted to them by the DLSA had never communicated to them about the progress in their case; 3 UTPs were told about their case status by defense counsel before or after an appearance in the court, while only two UTPs were contacted in prison by defense counsels. All 14 UTPs were worried about the non-monitoring of the State-sponsored defense counsels by the Surguja DLSA. They wanted better mechanisms to ensure accountability in the functioning of Surguja DLSA than the present. (See Figure – IV)

CONCLUSION AND SUGGESTIONS

The criminal courts at district level are piv-



otal in criminal justice administration. They are basically criminal courts of first instance for trial and determination of criminal liabilities of accused persons for any offence. The National Judicial Data Grid (NJDG) reports that about 34 million criminal cases are pending in District and Taluka Courts across India.⁴⁷ The Surguja district of Chhattisgarh contributes 11452 pending criminal cases.⁴⁸ This study reveals that around 70% of detainees are dependent upon the State-sponsored defense counsels provided by the DLSA.⁴⁹ Improper empanelment, allotment and monitoring of LACs by the DLSA have diluted confidence of detainees in the justice administration system. In spite of reiterated directions of the Supreme Court of India, the detainees are far behind in the free legal aid benefits, although there are well-crafted mechanisms under the NALSA Act of 1987.

It is noteworthy that most countries are now shifting their justice administration functions from manual to digital and receiving more public trust. Many countries have digitized their legal aid schemes, too. For example, Northern Ireland introduced a new digital Legal Aid Management System (LAMS) on 1 July 2019, accessible on various electronic devices. Now, calls for applications for legal aid, allotment of the LACs and payment of their fee are done online. It has speeded up processing times, reduced form-filling and use of paper, eliminated postage costs and, made provision of duplicate information and improved data accuracy.⁵⁰ The LAMS has brought transparency and account-

ability in the functioning of LSAs in the empanelment, allotment and monitoring of LACs. It has provided an open platform for legal aid seekers to get LACs of their choice and report their satisfaction or dissatisfaction to the LSAs.

Since 2007, India has introduced eCourts Integrated Mission Mode Project for the computerization of Districts and subordinate courts to improve access to justice using technology.⁵¹ The NALSA, SLSA, SCLSC and HCLSC have initiated digitization of their functions. Various DLSAs in India's districts have digitized their functions, but their digital services are practically in ideal condition. Recently, the Law Minister, Mr. Ravi Shankar Prasad, has promoted two legal aid mobile applications – Nyaya Bandhu and Nyaya Mitra to focus on access to legal aid services in the remotest areas in the country.⁵² Astonishingly, the DLSA officers of the Ambikapur know less about these two mobile applications; LACs and detainees also have no information about it. However, most stakeholders in the legal aid scheme have shown their interest in digitizing the functioning of DLSA. They thought digitization would bring transparency in the empanelment of LACs and accountability in the allotment and monitoring of LACs.

Based on responses gathered from the stakeholders of the legal aid scheme, the following suggestions are proposed to make the functioning of DLSA more effective and carry out the mission of criminal justice:

1. The empanelment, allotment and monitoring of LACs and RCs should be done by the DLSA through digitized mode only;
2. The DLSA should display a list of criminal lawyers empanelled as LACs and RCs on its website;
3. The DLSA should display report cards of

47 National Judicial Data Grid (2024). *Pending Criminal Cases in India*. <https://njdg.ecourts.gov.in/njdgnew/?p=main/index&state_code=> [Last Access: 15 February 2024].

48 National Judicial Data Grid (2024). *Pending criminal cases in Surguja district of Chhattisgarh*. <https://njdg.ecourts.gov.in/njdgnew/?p=main/index&state_code=22~18&dist_code=4&est_code=undefined> [Last Access: 15 February 2024].

49 This data is based upon response of the detainees of Ambikapur Central Jail, Surguja, Ambikapur.

50 Department of Justice (2024). Digitisation of legal aid. Northern Ireland. <<https://www.justice-ni.gov.uk/topics/legal-aid/digitisation-legal-aid>> [Last Access: 15 February 2024].

51 Ministry of Law and Justice (2024). Digitization of Courts. <<https://pib.gov.in/PressReleaselframePage.aspx?PRID=1896034>> [Last Access: 15 February 2024].

52 Prasad, R.S. (3 June 2019). *Law Ministry to focus on digitization of legal services*. Business Standard. <https://www.business-standard.com/article/news-ians/law-ministry-to-focus-on-digitization-of-legal-services-prasad-119060300603_1.html> [Last Access: 15 February 2024].

- LACs and RCs appointed for defense of detainees on its website;
4. The DLSA should display action taken on complaints of detainees against defense LACs and RCs on its website;
 5. The DLSA should endeavour to popularize the Nyaya Bandhu and Nyaya Mitra mobile applications for allotting and monitoring defense LACs and RCs.

BIBLIOGRAPHY:

Books:

1. Esmein, A. (2000). *A history of continental criminal procedure: with special reference to France*. pp. 67-78. Lawbook Exchange. ISBN: 978-1-58477-042-8.
2. Jacobson, J., Hunter, G., & Kirby, A. (2015). *Inside Crown Court: Personal experiences and questions of legitimacy* (1st ed.). Bristol University Press. pp. 111-138. <https://doi.org/10.2307/j.ctt1t89fks>
3. Manning, D.S. (2009). Development of a Civil Legal Aid System: issues for Consideration. In *Making legal aid a reality: A resource book for policy makers and civil society*. Public Interest Law Institute. p. 61. ISBN 978-963-88337-0-9 .
4. Reichel, P. L. (2018). *Comparative criminal justice systems: A topical approach* (7th ed). Pearson. ISBN: 978-0-13-455898-1.
5. Young, R., & Wall, D. (Eds.). (1996). *Access to criminal justice: Legal aid, lawyers & the defence of liberty*. Blackstone Press. p. 34. ISBN 978-1-85431-502-1.

Articles:

1. Johnston, K., Prentice, K., Whitehead, H., Taylor, L., Watts, R., & Tranah, T. (2016). Assessing effective participation in vulnerable juvenile defendants. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 27(6). pp. 802–814. <https://doi.org/10.1080/14789949.2016.1208264>
2. Kirby, A. (2017). Effectively engaging victims, witnesses and defendants in the criminal courts: a question of “court culture”? *Criminal Law Review* 12. pp. 949-968. ISSN 0011-135X. < <https://eprints.bbk.ac.uk/id/eprint/19508/3/19508.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].
3. Mulcahy, L. (2013). Putting the defendant in their place: Why do we still use the dock in criminal proceedings?, *British Journal of Criminology*, 63(6). pp. 1139–1156. <https://doi.org/10.1093/bjc/azt037>
4. Silva, A. (2000). The right to be informed of the grounds of arrest in criminal proceedings as guaranteed by the constitutions of the South-Asian states and the European convention on human rights. *The International Journal of Human Rights*, 4(2), 44–66. <https://doi.org/10.1080/13642980008406875>
5. Willey, P. (2014). Trials in absentia and the cuts to criminal legal aid: A deadly combination? *The Journal of Criminal Law*, 78(6), 486–510. <https://doi.org/10.1177/0022018314557412>
6. Willey, P. (2014). Trials in absentia and the cuts to criminal legal aid: A deadly combination? *The Journal of Criminal Law*, 78(6). pp. 486–510. <https://doi.org/10.1177/0022018314557412>

Legal Acts:

1. The Code of Criminal Procedure (1973). Department of Justice. <<https://ddashboard.legislative.gov.in/sites/default/files/A1974-02.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].
2. The Constitution of India (1950). Legislative Department. <<https://cdnbbsr.s3waas.gov.in/s380537a945c7aaa788ccfcdf1b99b5d8f/uploads/2023/05/2023050195.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].
3. The International Covenant on Civil and Political Rights (1966). UNGA. <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>> [Last Access: 15 February 2024].
4. The Legal Services Authorities Act (1987). Department of Justice. <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/19023/1/legal_service_authorities_act%2C_1987.pdf> [Last Access: 15 February 2024].
5. The National Legal Services Authority (Free and Competent Legal Services) Regulations, 2010. National Legal Services Authority. <<https://nalsa.gov.in/acts-rules/regulations/national-legal-services-authority-free-and-competent-legal-services-regulations-2010>> [Last Access: 15 February 2024].
6. The Universal Declaration of Human Rights (1948). UNGA. <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> [Last Access: 15 February 2024].

Newspaper:

1. Prasad, R.S. (3 June 2019). *Law Ministry to focus on digitization of legal services*. Business Standard. <https://www.business-standard.com/article/news-ians/law-ministry-to-focus-on-digitization-of-legal-services-prasad-119060300603_1.html> [Last Access: 15 February 2024].
2. Official websites
3. National Judicial Data Grid (2024). <https://njdg.ecourts.gov.in/njdgnew/?p=main/index&state_code=22~18&dist_code=4&est_code=undefined>
4. Department of justice (2024). *National Mission for Justice Delivery and Legal Reforms*. Ministry of Law and Justice, Government of India. <<https://doj.gov.in/vision-document/>>
5. Gabriela, K. (2013). *Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*. United Nations General Assembly. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-43-Add3_en.pdf> [Last Access: 15 February 2024].

THE LEGAL NATURE OF THE VIOLATIONS

Hamdan Taher Mohammed Ali

*PhD Researcher of Law, Taiz University, Researcher in Legal Sciences,
Member of the faculty, Aljanad University of Science and Technology, Yemen*

ABSTRACT

This study aims to understand the nature of the offenses from the perspective of jurisprudence; By explaining the foundations of jurisprudence trends about the nature of the violations, and the criticisms directed against them, and highlighting the foundations of modern criminal policy in determining the nature of the violations, the study used a mixed methodology of descriptive, analytical, and comparative approach; To reach multiple conclusions, the most prominent of which is the division of comparative jurisprudence toward the nature of violations; One view is of an administrative nature, another view is of a criminal nature, and the doctrinal trend of the administrative nature of the infractions has been more conciliatory in the arguments, which is supported by the position of modern criminal policy; Based on the phenomena of reduced criminalization and reduced punishment; The legislative policy of States with regard to the nature of the offenses is not uniform and fixed, but relative; They differ from one country to another; The philosophy of the State, its political, economic and social environment, and the policy of the State itself may change from time to time; Unlawful conduct may be considered a general administrative offense, and its perception may have changed at another time; It is regarded as a minor criminal offense, and the study paves the way for future research on the adoption of an independent legal system for general administrative offenses and the establishment of a general theory of wrongdoing.

KEYWORDS: Irregularities, Administrative nature, Criminal nature, Modern criminal policy, Reduction of criminalization, Reduction of punishment

INTRODUCTION

Violation is Unlawful conduct. It poses a threat to society and has a wide scope in the economic and social spheres. Due to the rapid development of these areas, the jurisprudence agrees that violations are less serious than crimes classified as criminal.

The infractions are a violation of interests protected by law, but the interests protected are not of the same degree; it is recognized that irregularities do not affect fundamental or fundamental interests but complementary or secondary interests.

The violation is defined as Conduct that violates a reinforced pillar of a primary pillar of social existence and is complementary to it and attached to it, which entails a legal sanction,¹ and is defined by some of the jurisprudence as acts that occur mostly without mischief, and usually do not cause any harm² and another side considers that acts or omissions that are not against public morality and do not dominate the ordinary sense of justice but that the State believes should be prohibited to maintain good order, honesty and hygiene by strengthening its orders with a penal penalty, the perpetrators must not be placed among the criminals; They lack a social orientation, not a moral one.³

Based on the above, the legal affiliation of the infractions was a matter of doctrinal dispute, different from their nature, whether they constitute a type of criminal offence, whether the perpetrator is punished with a criminal penalty or not, and whether they constitute a general administrative offence; The perpetrator shall be subject to a general administrative penalty. Each doctrinal trend was pursued based on ar-

guments and justifications, which he believes reinforces his point of view. This was followed by an attitude of modern criminal policy toward the nature of offences. It is based on two doctrinal phenomena, the reduction of criminalization and the reduction of punishment, based on scientific and practical reasons and justifications.

Before proceeding to the subject of our research, marked by the comparative position of jurisprudence on the nature of the violations, we explain the elements of the introduction as follows:

First, the importance of the study:

The subject of violations is one of the most important legal topics that have a legal and legislative resonance, the nature of which is the central pillar in determining the legal affiliation of violations, which will help to establish a general theory of violations; the importance of research is highlighted in two respects:

- The scientific aspect is taking a note of the doctrinal position on the nature of the violations and the arguments and justifications of each doctrinal trend, whether in favour of their criminal nature or of their administrative nature, in addition to the position of modern criminal policy based on the phenomena of reducing criminalization and limiting punishment, and the consequences of such attitudes; It defines the legal framework to which it belongs and affects the nature of the sanctions that may be imposed on the perpetrators.
- The practical aspect is the commitment of the competent authority in practice to adjudicate disputes of violations and seek practical mechanisms to reduce the burden on the competent judiciary, which is already overburdened with cases, to reduce the inflation of criminal legislation.

Second, the study problem:

The difference in the nature of the violations mean the difference in their effects, in particular, the sanctions they entail. This means the inability to establish a general theory of wrongdoing. The modern criminal policy has, therefore,

1 Behnam, Ramses. (1977). Criminalization Theory in Criminal Law – Standard on the Power of Punishment in Law and Practice. (2nd Edition.). Alexandria: Knowledge Foundation. p. 31.

2 Abdul Malik, Jundi. (N.D). Criminal Encyclopedia. Part III. (2nd Edition.). Beirut: Dar al Alam for All. p. 16.

3 Garrow, Rene. (2003). Encyclopedia of Public and Private Penal Law. Volume I, Investigation: Lin Salah Matar. Volume I. (1st Edition.). Beirut-Lebanon: Halabi Human Rights Publications. p. 51.

adopted a central position in determining its nature, contributing to resolving the backlog of cases before the competent judiciary and reducing the inflation of criminal legislation. So, the problem of the research lies in the main question: what are the reasons for the difference in the position of comparative jurisprudence from the nature of the violations? It is divided into the following questions:

- What are the principles on which the doctrinal trend in support of the nature of administrative violations has been adopted? What criticism is directed at it?
- What are the principles on which the legal trend in support of the nature of criminal offences has been based? What criticism is directed at it?
- How did modern criminal policy define its position on the nature of the offences?

Third, objectives of the study:

- Understand the nature of violations from a comparative doctrinal perspective.
- Statement of the foundations of doctrinal trends on the nature of violations, analysis and evaluation.
- Highlight the foundations of modern criminal policy in determining the nature of offences.

Fourth, methodology of the study:

The study adopted a mixed methodology of descriptive, analytical, and comparative approaches, mentioning the opinions and statements of comparative jurisprudence in violations, analysis, and discussion.

I. THE POSITION OF TRADITIONAL CRIMINAL JURISPRUDENCE ON THE NATURE OF VIOLATIONS

There has been a dispute over the nature of the offences. Their definitions differed; Some of them were perceived as administrative offences, that is, they belonged to administrative law, and some of them were considered criminal offences, that is, they belonged to criminal law, including

each direction had its own reasons and reasons. This is what we address in the doctrinal position in support of the administrative nature of violations (the first requirement) and the doctrinal position in support of the criminal nature of violations (the second requirement).

1. The doctrinal position in support of the administrative nature of violations

A trend in jurisprudence is to deny the status of crime over offences; Thus, it was removed from the scope of criminal law and only attached to administrative law, which was pioneered by German jurists. He was the first to set the boundaries between crimes and general administrative violations, and this trend appeared at the end of the 18th century. And is believed that there are crimes that are not of a criminal nature in the sense of understanding in the Penal Code,⁴ says the Italian jurist (Zanubini) explaining the doctrinal position of this trend: “While the distinction between offences and misdemeanours was discussed by criminal law scholars in Italy and France, German criminal law and administrative law scholars were looking at the separation of misdemeanours or criminal offences from tax offences and, in general, administrative offences”.⁵

This statement confirms the role played by German jurisprudence, as well as the Italian jurisprudence that was influenced by it. The Administrative Violations Law was issued in Germany, and the Administrative Penal Code was issued in Italy. They emphasized the administrative nature of violations, and regulated the provisions of those violations, far from the general penal code.

A. The foundations of the jurisprudential trend in support of the administrative nature of violations

German jurists were the pioneers of this trend, but they differed in determining the ba-

4 Al-Shara'a, Taleb Noor. (2007). Tax Crime. (1st Edition). Amman: Wael Publishing and Distribution House. p. 33.

5 *ibid.* p. 33.

sis on which they drew the distinction between public administrative offenses and crimes, as follows⁶:

First, the violation of the idea of natural law:

(Lutz and Feuerbach) consider their establishment based on the idea of natural law. The offence is criminal in nature based on the point of view when it constitutes a violation of natural law and positive law, and this is not the case in general administrative offences which violate the positive sub-natural law. Therefore, public administrative offences do not fall under the category of natural offences since they are organized (artificial) offences of the legislature. Thus, criminal, and social research is not a concern; it is intended only for the interests of the state.

Second, violation is not a crime of injury:

The German jurist (Goldschmidt) considers an infraction not a crime of injury. The offence is not committed by positive acts affecting the basic components of society and is a crime of failure to enable the administration to perform its duty properly. Therefore, they are often committed by negative behaviour about participating in good governance; That is, whoever violates a legal rule of an administrative nature is contrary to the administrative obligation in the face of the administration and is not a criminal in a sense understood to the criminal law, and the violations on this basis are only administrative crimes, which was expressed by the German jurist (Bandung) saying: that the criminal offence is a violation of personal legal interest, whereas the offence is considered only disobedience or disobeying an administrative order; They are merely a conduct contrary to a peremptory norm of law.

Third, they agree with the rules of civilization:

Max Mayo holds that the rules of civilization, which are, in fact, moral rules, constitute the civilizational responsibility of the people, and therefore, they adhere to them. If they are in accordance with the legal rules, which May did not prepare, they are addressed to the citizens, and therefore, they are not obliged to act upon them.

6 Sorour, Ahmed Fathi. (1990). Tax crimes. (1st Edition). Cairo: Arab Renaissance House. pp. 42-44.

If they are addressed from the street to the competent bodies, then they belong to the criminal law, and if they do not agree, which is the case with the violations, then they are considered an administrative offence, subject to the provisions of the administrative penal code.

Fourth, the historical basis of the nature of administrative violations:

In Roman law, the question of adjudication of offences was left to the administrative authority.⁷ The theory of irregularities is based on a purely historical basis; Roman law referred penalties for police offences to be applied directly by judicial officers acting as police officers; Violations are committed directly to judicial officers who perform police functions, and the same is applicable under German law. Penalties for violations were issued by an administrative authority.⁸

Fifth, criminalization tendency because of crises and wars, simplification of procedures:

The tendency, owing to crises and wars, to criminalize many acts and omissions was previously permitted and did not in themselves signify criminal danger. This has resulted in an increase in crime and has led to duplication in the Penal Code, where the administration tracks the violator, tries him, and executes what it sentences, and the supporters of this system see it as a simplification of procedures and a reduction of the judicial authority in crimes of little harm or danger so that they do not deserve the guarantees prescribed for crimes and misdemeanours.⁹

Sixth, the difference of violations from crimes in the type of interest and in the moral element:

This trend is justified by the fact that offences are not crimes. German jurists argue that there are two fundamental differences between a pub-

7 Ahmad Fathi Sorour. Ibid. p. 45. And Abbas, Mohamed Ibrahim Khdeir. (2021). Obstacles to Liability in Tax Crimes. PhD thesis. Faculty of Law. Islamic University. Lebanon. p. 100.

8 Nasreddine, Sharafawi. (2021). The Peculiarities of Tax Crime. PhD thesis. Faculty of Law. University of Algiers 1-Ben Sousf Ben Khada. Algeria. p. 57.

9 Mostafa, Mahmoud Mahmoud. (1983). Commentary on the Penal Code – General Section (10th Edition). Cairo: Cairo University Press. P. 31 and Abdel Zaher, Ahmed. (2011). Special Criminal laws – General Theory. Book I (1st Edition). Cairo: Dar Al-Nahda. P.274.

lic administrative offence and a criminal offence: first, the offence is not an assault on a public interest or a community interest; they are merely a departure from the system or a lack of obedience to it, or they are merely the cause of administrative harm, or the second difference appears in the moral element. In a criminal offence, wilful or negligent action is required, while in general administrative offence, error is often assumed.¹⁰

B. Criticism of the grounds of the administrative nature of the violations

Some of the supporters of this trend are those who reserve by saying that¹¹ the distinction between crime and a public administrative violation will remain complicated, as some believe that in most cases, the act of the perpetrator can be described as a criminal offence and a general administrative violation together, except for the act which the Penal Code provides for criminalization, such as embezzlement and falsification of official documents, betraying the officials of the economic administration, tampering with the supply of the state, and only practical application will show in the future the validity or invalidity of the legislative experiment.

Despite this trend, it has been criticized. Most notably, the historical basis was abandoned by the advent of the French Revolution. General administrative offences and sanctions have been incorporated into the Penal Code in accordance with the principle of no crime and no penalty except by provision. Thus, the determination of the nature of the offence does not rely on historical precedents but rather takes place through the system of positive law. Therefore, public administrative offences have become criminal since the time they were incorporated into the Penal Code,¹² and not all public administrative offenses are passive offenses, some of which are also positive, and are attested in several texts, in addition

to the arguments put forward by supporters of the trend in favour of the criminal nature of the offenses.

It can be said that this trend suggests that offences are administrative, not criminal offences and that they are replaced by administrative law, not criminal law; this is why the people who are in this direction have shown themselves. This is reflected in some comparative legislation, which introduced the dual system of the Penal Code. The Penal Code is limited to felonies and misdemeanours, while the offences are in an independent group called the Administrative Penal Code.¹³ As in Italy, it is regulated in what can be called the Code of Administrative Offences, as in Germany.

2. The doctrinal position in support of the criminal nature of the violations

Proponents of this trend believe that offences should be kept under criminal law and that a branch of the ordinary Penal Code cannot be recognized. It is a unit of all the offences; it contains felonies, misdemeanours, and offences to which the same provisions, both material and formal,¹⁴ are generally applicable, but it recognizes that they are minor offences. We address the foundations of this trend in favour of the criminal nature of the infractions (section I) and the criticisms levelled against it (section II).

A. The foundations of the jurisprudential trend in support of the criminal nature of the violations

The proponents of this doctrinal trend are many, especially in France, on several bases, place offences within the scope of the Criminal Code. To sum them up:

First, the sharing of the character of moral sin:
The common nature of offences with felonies

10 Mustafa, Mahmoud Mahmoud. Ibid. pp. 31-32.

11 Mustafa, Mahmoud Mahmoud. (1979). Economic Crimes in Comparative Law. Part I – General Provisions and Criminal Procedure. (2nd Edition.). Cairo: Cairo University Press and University Book. p. 65.

12 Al-Shara'a, Taleb Noor. Ibid. p. 39.

13 Abdel-Zaher, Ahmed. op. cit. p. 270.

14 Mostafa, Mahmoud. Economic crimes in Comparative Law. op. cit. p. 62.

and misdemeanors is a moral sin, and they add that the rule's susceptibility to change or inconsistency is not limited to offences alone, but every rule of law is subject to it.¹⁵

Second, commitment to the principle of separation of powers:

This trend finds that the administration is entrusted with a share of the judiciary, contrary to the principle of separation of powers. The administration then combines the qualities of the adversary and the judge, and the staff of the administration lack the necessary training for the judiciary, which allows the matter to be brought to justice after the administration has been empowered to adjudicate such offences. This leads to complexity and prolongation of the proceedings, in addition to the fact that the rules for distinguishing between criminal offences and public administrative offences are vague and lack the required clarity in criminalization and punishment, which is inconsistent with the principle of legality. According to this principle, individuals must be able to be informed in advance of the penalties to which they are subjected if they commit an act or omission, and it is impossible for the perpetrator to know in accordance with such controls the type of offence he commits.¹⁶

Third, the agreement of violations with the crimes of the elements, the scope of application and the reasons for permissibility:

Offences contain all the general elements of the offence,¹⁷ and the scope of application of the Criminal Code in terms of time and location applies to offenses, as well as the grounds for permissibility, when the conditions are met; because they are general reasons, they do not relate to a particular crime.¹⁸

Fourth, preserving the integrity of the Penal Code:

The logic is consistent with the logic that the interests protected by the Administrative Penal Code relate to administrative law, not to the Pe-

nal Code. The rules of the Penal Code are dispersed and distributed to other branches of the law. Punitive rules relating to trade or industry become branches of law called the Commercial Penal Code or the Industrial Penal Code, and these results are unacceptable; they destroy the integrity and substance of the Penal Code.¹⁹

Proponents of this trend have coined the term special penal codes, which are meant to include the range of offences that have a certain legal independence under which the administrative penal code is incorporated, and the criterion of such independence has been questioned. Some went on to introduce the criterion of legislative independence, that is, the existence of a certain set of offences in legislation separate from the Penal Code, such as the Traffic Act, while others have considered the interest that the legislation aims to protect. Thus, material interests are protected by the Financial Penal Code, and economic interests are protected by the Economic Penal Code, thus, it is likely from the jurisprudence that the independence of the Special Penal Code does not mean its complete separation from the General Penal Code. However, the general provisions of the Act remain the principal to be referred to whenever the special Penal Code is deficient or deficient.²⁰

B. Criticism of the grounds supporting the criminal nature of the infractions

Although the criminal nature of the offences is defended and maintained in the framework of the tripartite division of the offence, it is governed by the Criminal Code; there are those who believe that some laws should include administrative and disciplinary sanctions for those who violate certain administrative provisions; in such cases, the legislator considers that the offence is a minor offence and does not deserve to be

15 Abdel-Zaher, Ahmed. op. cit. p. 275.

16 Mostafa, Mahmoud. Economic crimes in Comparative Law. op. cit. pp. 63-64.

17 Al-Shara'a, Taleb Noor. Ibid. p. 43.

18 Ibid. pp. 44-45.

19 Abdel Basseer, Issam. (2009). Afifi Hussein Penal texts in non-criminal laws toward a new criminal policy – a fundamental analytical study. Cairo: Dar Al-Nahda Al-Arabia. p. 42 and later.

20 Abu khutwa, Ahmed Shawqi Omar. (N.D). Explanation of the General provisions of the Penal Code. Cairo: Dar Al-Nahda Al-Arabia. p. 15.

considered a criminal offence.²¹ This statement acknowledges general administrative offences; no justification for him.

In addition, offences are distinct from offences and misdemeanours in many legal provisions. Whether the substantive provisions or the procedural provisions, for example, in the origin of the violations are unintentional crimes, some jurisprudence even holds that the violations are material crimes, and if the trend is not to believe that the violations are material crimes, stressing that “there is no crime without a moral element”. The difference between offences and offences and misdemeanours remains clear regarding the form of the moral element, and the offences, due to their insignificance, are not recorded in the criminal record or the criminal record, the system of rehabilitation does not apply to them, and there is no need to apply it to them.²²

In this discussion, we conclude by discussing the grounds for both directions and the criticisms directed against them. The trend of administrative nature was successful in its arguments, and although there were some observations, they were not substantive, as was the trend of the criminal nature of the infractions. What has been said is the abandonment of the historical basis of the administrative nature of irregularities after the French Revolution. It does not mean that the nature of administrative offences is extinguished. As practical as it has been, the principle of separation of powers has been rigidly applied. France has since recognized the nature of administrative offences, which are met with general administrative sanctions, and the principle of separation of powers has not been violated but has been applied flexibly. Cooperation between the authorities, the relationship of cooperation between the judiciary and the executive branch, and the statement that there is an agreement in many provisions between offences and offences. The offence must be covered by the Criminal Code. So the statement is not correct; where there is a fundamental difference, espe-

cially in the type of interest protected and the moral element, even if recognized. Why are disciplinary offences not included as a criminal offence? It contains the same elements of a criminal offence, not to mention the recognition by supporters of the trend of the criminal nature of the infractions; there are minor offences that are sanctioned by a general administrative penalty.

The researcher believes that the Code of Administrative Offences, or the Administrative Penal Code, is not a special criminal law and is not a matter of distribution and dispersion of the Penal Code, as the proponents of the criminal nature of the violations say. Being a law that has its own autonomy from criminal law, even if it is taken from its general provisions. It is well known that administrative law is still evolving, and its rules are not complete. The penalty is administrative rather than judicial, which is the most obvious response to this trend, and public administrative offences are often determined by the executive rather than the legislature, as authorized by the latter, in cooperation between the authorities and in the public interest.

II. THE POSITION OF MODERN CRIMINAL POLICY ON THE NATURE OF VIOLATIONS

Legal disputes concerning the nature of the offences needed a review to meet the changes in the world. The modern criminal policy has, therefore, taken a position on the nature of the offences. Based on these variables, criminal policy refers to the main ideas that guide the law in its establishment and application. The directive at the establishment stage is directed only to the legislator, while at the implementation stage, it is directed to the judge and other bodies responsible for implementing the law.²³

While it is recognized that the Criminal Code plays an active role in preserving society and its values and combating crime through criminal punishment, its involvement has increased

21 Mostafa, Mahmoud. *Economic crimes in Comparative Law*. op. cit. p. 67.

22 Abdel-Zaher. Ahmed. *Ibid.* pp. 278-279.

23 Sorour, Ahmed Fathi. (1972). *Origins of Criminal Policy*. Cairo: Dar Al Nahda Al Arabia. p. 10.

in many areas. The expansion of the role of the State and its interference in many aspects of life.

This is in the context of the economic, social, and political changes that the world has witnessed, especially after world wars and economic crises. As the State's means of combating crime, however, this has led to the excessive use of criminal penalties and the excessive use of punitive weapons for acts that were not as threatening and dangerous by criminalizing them and the punishment being disproportionate to the offence. This, in turn, has led to an increase in criminal legislation, and the rights and freedoms of individuals are threatened because the excessive criminalization of the punishment of breaches of obligations is aimed solely at an organizational, economic, or political purpose. It is considered an unwise use of criminal law, which undermines the absolute sharpness of the sword of punishment and turns this law into a mere instrument of terror.²⁴

Criminal jurisprudence has therefore advocated a reduction in criminal law policy, As it is not the only means of dealing with unlawful acts but the last means, and according to criminal justice, non-criminal laws are responsible for dealing with less serious violations,²⁵ and the criminal law also performs part of the function of the law in protecting interests, but it plays a different role than others.²⁶ Which means diversity of interests; The existence of a minimum level of public interest in Hick's view, justifies the legislator's intervention to issue a legal regulation, but if that interest ceases to exist; It negates the legal and logical justification for the enactment of legislation;²⁷ Thus, the intervention of the legislation in the promulgation of a new legal regulation outside the Criminal Code was justified;

not at the minimum, but the existence of public interest at its highest, in the regulation of public administrative violations.

The attitude of modern criminal policy toward determining the nature of offences was based on the phenomenon of reducing criminalization and the phenomenon of reducing punishment, and the Bellagio Conference held in Italy in 1973 was the first conference to seriously consider its study.²⁸ Therefore, we address this position through the phenomenon of reducing criminalization (the first requirement) and the phenomenon of reducing punishment (the second requirement).

1. The phenomenon of limiting criminalization

The reduction of criminalization is one of the two parts of the jurisprudential basis that contributed to highlighting the nature of the violations and making the transition from criminal law to administrative law in both parts: the shift from criminal crime to general administrative offence and the shift from a criminal penalty to general administrative punishment, and the reduction of criminalization, or also called the policy of non-criminalization, or apostasy from criminalization, finds its roots in the ideas of the social defense movement.²⁹

The development of the world, especially in the economic field, demonstrated artificial unlawful acts, which were countered by the Criminal Code, which is the most powerful barrier for protecting interests, but which went beyond the scope of excessive criminalization. This has led to an unjustified widening of the scope of criminalization and has resulted in an increase in crim-

24 Behnam, Ramses. op. cit. p. 14.

25 Abdullah, Firas Abdel Moneim. (2019). Criminal Law and its need for Philosophy. Journal of Legal Sciences. University of Baghdad. (2). p. 82.

26 Khalifa, Ahmed Mohamed. (1959). General Theory of Criminalization: A Study in the Philosophy of Criminal Law. (1st Edition). Egypt: Dar Al-Maarif. p. 110.

27 Azar, Adel. (1972). Concept of Legal interest. National Criminal. Journal. Egypt: National Center for Social and Criminal Research. (3). pp. 396-397.

28 Mohamed, Amin Mostafa. (2017). General Theory of Administrative Penal Law – the phenomenon of limiting Punishment. Alexandria: University Press House. p. 20.

29 Ben Jiddo, Amal. (2018). Reduction of Criminalization and Punishment in contemporary Criminal Politics. Journal of Legal Studies and Research, Algeria: Faculty of Law and political Science, Mohamed Boudiaf University of Balsila. (10). p. 189.

inal legislation. Jurisprudence has been heard at international conferences, and its call for the reduction of criminalization is followed by the same call at national levels. Thus, the limitation of criminalization is, in fact, one of the terms devised by the jurisprudence, and its grounds can be rooted in two principles: Necessity and interest, on the one hand, and balance and proportionality, on the other.³⁰ We explain the definition of limitation of criminalization (section I) and the nature, standard and types of limitation of criminalization (section II).

A. Definition of limitation of Criminalization

The jurisprudence did not agree on a definition of limiting criminalization; it is described in several pictures as follows:³¹

- In comparison with the reduction of punishment, it is defined as the measure that aims to abolish the application of the criminal penalty, while the reduction of punishment – is the complete abolition of any penalty of any kind.
- Image two: some define it as stripping crime of its criminal character, without abolishing the penalty that can restrict the rights of individuals.
- Image three: The Belgian Criminal Code Review Commission of 1979 defined it as decriminalization.
- Image four: defined as decriminalization and, consequently, abolition of punishment as well.
- Fifth Image: it is defined in Arab jurisprudence as decriminalizing a particular act in a way that leads to legal recognition of the legality of this act, so that it is not subject to any kind of sanctions.
- Finally, there are those who define it, after criticizing the previous definitions, as the abolition of the legal existence of the

criminal rule, by both, in a way that leads to the decriminalization of the behaviour, and thus the recognition of its legitimacy, and the possibility of continuing to subject it to another non-criminal legal rule. This is for reasons based on considerations of appropriateness dictated by criminal policy.

- From the previous definitions; we find that the jurisprudence has different views reflecting its position on limiting criminalization, which has been criticized by some because of its confusion with the concept of limiting punishment, its insignificance, or its overextension of its legitimacy.

The researcher considers that the most correct definition is the last one; that the act was decriminalized, followed by the abolition of the criminal penalty, and not only did it, but decided that it could be subject to administrative or other legal rules. This definition, however, deals with acts that exist and are criminalized in the Criminal Code, or are criminally unlawful. This means that it is not used for unlawful acts, may be updated according to changes in various areas of life, especially economics. They are originally born into non-criminal legal rules.

It is worth noting; It is preferable not to use the term crime; After the act is a criminal offence, or a new fabrication, and if some attribute it and restrict it according to the legal rule governing it, it is said that it is an administrative offense, but it is preferable to use the term general administrative offence. It reflects freedom from criminal law completely and shows the extent to which it is independent of it, and subject to administrative law.

B. Nature, standard and types of limitation of criminalization

It is necessary to disclose the nature and standard of limitation of criminalization, and to indicate the types thereof; it is possible to understand the position of modern criminal policy on the nature of the offenses, these are as follows:

First, the nature of limiting criminalization:

The reduction of criminalization is of a pure-

30 Jalal, Mahmoud Taha. (2004). Origins of Criminalization and Punishment in contemporary Criminal Politics "Comparative Study". PhD thesis. Faculty of Law. Ain Shams University. p. 268.

31 Jalal, Mahmoud Taha. Ibid. pp. 246-251.

ly objective nature, which in turn has important consequences; it can be summed up that decriminalized conduct becomes lawful. This makes it ineligible for criminal participation, whether the contributor is an actor or a partner, ignorance is also a limitation of criminalization. Any belief by the perpetrator, contrary to reality, that his act is punishable by law does not negate the legality of his act,³² nor does the limitation of criminalization mix with any personal elements. It is the result of circumstances and considerations dictated by the nature of the interest being protected, and the amount of damage or threat to values and interests involved in the conduct.³³

Second, the criterion of limiting criminalization:

This criterion is achieved by the lack of two important principles, necessity, and proportionality in conduct, as an offense against interests has not been criminalized, due, *inter alia*, to the insignificance of the attack which does not amount to harm or threat of danger, or because the conduct does not involve harm or danger in the first place. The last reason lies in the ability of other non-criminal means to defend and secure the interests that deserve protection, and to restore the balance that was disturbed by that attack.³⁴

Third, the types of limiting criminalization:

For reducing criminalization, there are two methods: the first – Absolute; This category requires that the conduct that has become lawful affects a single legal interest protected by criminal rules, and that, as a result, criminal permissibility will apply to other branches of law. The second type is relative – it is achieved by making the act criminal only, while it remains illegal for other branches of the law. The reason lies in the fact that the assault subject to criminal permissibility has affected numerous legal interests belonging to other branches of law.³⁵ So the sec-

ond type; It is what achieves the administrative nature of violations.

It should be noted that the limitation of criminalization and the permissibility of conduct is either by the legislative authority competent to enact the law, or by the judiciary. When the competent court has ruled that a particular legal provision is unconstitutional or takes the form of a general amnesty. It is an act exclusively within the competence of the legislator, which results in retroactive decriminalization.³⁶

2. The phenomenon of limiting punishment

The reduction of punishment is the other part of the doctrinal basis that has contributed to highlighting the nature of offenses and to making the transition from criminal law to administrative law in both parts: from criminal punishment to general administrative punishment, and from criminal offence to general administrative offence. We explain the definition of the limitation of punishment (section I), and the reasons for the emergence of the limitation of punishment, nature and standard of the limitation of punishment (section II).

A. Definition of limitation of punishment

Several doctrinal definitions of the term limitation of punishment have been provided, collected in the following configuration:³⁷

- The first: when the legislator seeks to abolish the criminalization text and fully recognize its legality; That is, the act that was criminalized in the Penal Code has become permissible, clearly, and explicitly,

Al-Nahrain University. Iraq. p. 211 and Salem, Omar. (1997). *Towards the Facilitation of Criminal proceedings (comparative study)*. (1st Edition). Cairo: Dar Al-Nahda Al-Arabiya. p. 93.

36 Al-Shammari, Maali Hamid Saud. *Ibid.* pp. 211-212.

37 Khalfi, Abdurrahman. (2021). *The transition from criminal to administrative punishment (comparative jurisprudential study)*. Journal of Sharia and Economics. Faculty of Sharia and Economics. Prince Abdulkader University of Islamic Sciences Constantine. 5 (10). pp. 105-106.

32 Jalal, Mahmoud Taha. *op. cit.* p. 252.

33 *Ibid.* p. 253.

34 Sorour, Ahmed Fathi. (2001). *Constitutional Criminal Law*. (1st Edition). Cairo: Dar Al-Shorouk. p. 161.

35 Al-Shammari, Maali Hamid Saud. (2019). *The phenomenon of fragmentation of penal texts in contemporary criminal politics*. PhD thesis. Faculty of Law.

and this image is what the jurisprudence calls the limitation of criminalization.

- The second: when the legislator seeks to maintain the criminalization, but to reduce its severity, any mitigation within the criminal system, by reducing the severity of sentences to reduced sentences, or long sentences to short sentences. The latter, which has caused a great imbalance in the penal system, so that alternatives have been considered to achieve their objectives without their disadvantages, such as a moratorium system, judicial testing, and other alternatives.
- The third: to maintain the criminalization of the act, but to move away from the criminal procedure. Stop criminal prosecution and resort to non-penal procedural options, such as compensation of the victim and work for the public benefit.
- The fourth: a complete shift from criminal law to another legal system. The act becomes permissible does not constitute a crime, but remains illegal under another legal framework, whether civil or administrative, but the more fortunate area is administrative law.
- The fifth: seems to be the closest to logic and the most capable of grasping this concept;³⁸ that the limitation of punishment is any form of commutation within or outside the criminal system, by shifting from the criminal system to another legal system.

From the previous definitions; The fifth picture is actually closer to logic, but what is consistent with and serves as a basis for determining the nature of the violations; It is the definition of the fourth image; Represented by: transferring the act from the criminal law to another law. Any transformation of the act from a criminal offence into a general administrative offence, and thus the criminal penalty becomes a general administrative penalty. The administrative nature of the offenses can be said to be upheld by modern criminal

38 Jalal, Mahmoud Taha. op. cit. p. 293.

policy. This term is preferred by the law; In his view, the limitation of punishment is the complete abandonment of the criminal law to punish certain conduct, as such conduct is provided for in another law, such as the Administrative Penal Code, which establishes an administrative penalty for it, although the conduct is decriminalized and is not a criminal offence, it remains illegal. Another legal intervention was needed to establish a penalty to ensure non-infringement, so such renunciation was not a limit to criminalization, as there was no abolition of wrongfulness.³⁹

The transition from criminal to administrative law can be said to be the decriminalization of the penalty by referring it to administrative bodies, to impose general administrative sanctions for the wrongful act, which we call general administrative offenses; excluded from the scope of criminal offenses. This means upholding the administrative nature of the irregularities.

B. Nature and standard of limitation of punishment

The reasons for the emergence of the limitation of punishment:

The policy of reducing punishment is based on the ideas of positivism, which wanted to replace punishment with precautionary measures, and also on the movement of the International Federation of Criminal Law, which necessitated the tolerance of some criminals, especially juveniles, and those who are subject to short-term custodial sentences, who should be subjected to alternatives other than punishment.⁴⁰ It inevitably leads to the facilitation of criminal proceedings, limits the many criminal cases that crowd the courtyards, and thus gives them an opportunity to focus on the most important cases.⁴¹

Reduction of punishment is the result of social, economic, and political changes that the world has experienced. This means that it was

39 Mohamed, Amin Mostafa. op. cit. p. 47.

40 Salem, Omar. op. cit. p. 100.

41 Nasser, Hamoudi. (2017). The Criminal Justice crisis: A Study in causes and Solutions. Maaref Journal, University of Bouira. Algeria. 12 (22). p. 29.

not born by chance, but based on a number of reasons and justifications, which are the same that led to the crisis of criminal justice and the crisis of criminal policy in general, and these reasons and justifications at the same time are the reasons and justifications for the transition from criminal crime to public administrative offense. One group of jurisprudence has classified these justifications into two types: legal and factual,⁴² and⁴³ another group has classified them into other two types: substantive and procedural, and another has considered them to be legal security, economic security, and social security.⁴⁴ These are all the reasons: criminal legislative inflation, short-term imprisonment, formality, and incapacity of the justice system.

This new doctrinal phenomenon was first addressed at the Sixth Conference of European Ministers of Justice in 1970 and endorsed by modern criminal policy; it is necessary to determine the nature of the violations.

The nature of punishment:

Punishment is of an objective nature, because it is associated with punishment only without the presence of any personal elements,⁴⁵ it reflects certain considerations related to the idea of the deprivation of liberty penalty in terms of its purposes and objectives, the extent to which it is capable of achieving these goals or objectives, and the extent to which it can be replaced by other alternatives.⁴⁶ In terms of the entity, or in terms of the effects, it is limited to the conduct

being punished without the personal factors of the perpetrator.⁴⁷

One of the most important consequences of this nature is that ignorance of it, i.e., the belief – contrary to reality – that it does not exist, does not prevent its application and benefit from it, and the error of it, i.e., the belief – contrary to reality – that its existence does not lead to benefit from it, the reason for both cases. The limitation of punishment is linked to objective causes and purposes that have nothing to do with the personal belief of the perpetrator.⁴⁸

The standard of limiting punishment:

The purpose of punishment is to protect values and interests and to restore the balance that is normally disturbed by the crime. Punishment is therefore linked to the principle of necessity, in other words, punishment is only justified if there is a social interest of some importance, which cannot be adequately protected without criminal punishment, if the social interest is not of such importance, or is of such importance, but it can be protected without criminal punishment. In both cases,⁴⁹ there was no need to justify punishment.

In contrast, punishment is linked to the principle of proportionality. That is, the proportionality between punishment and crime must be based on sound considerations, to strike a balance between rights and freedoms and the public interest; this is to achieve the objectives of the punishment.⁵⁰

In the light of this limitation, the criterion for limiting punishment is the selection of proportionality; it helps to draw the line between a criminal offense which is subject to a criminal penalty and a general administrative offense which is subject to a general administrative sanction.⁵¹

It can be said, while there are similarities and

42 Ben Abdullah, Farid. (2019). Alternatives to punishment in contemporary criminal policy, "Administrative penalty and the penalty of work for public benefit as a model". Journal of Law and political Science. Faculty of Law and political Science. University of Tiaret. Algeria. 5 (2). p. 78.

43 Laaraba, Manal and Al-Ayeb, Samia. (2021). The role of restorative criminal justice in reducing the criminal justice crisis. Academy of Social and Humanitarian Studies. University of Hassiba Ben Bouali Al-Chlef. Algeria. 13 (2). p. 333.

44 Al-Arousi, Mohamed. (2018). Policy of Reduction of Criminalization or impunity. Electronic Journal of Legal Research. Morocco. (2). p. 32.

45 Ben Jiddo, Amal. op. cit. p. 192.

46 Moiza, Redha Ben said. (2016). Rationalizing Criminal Policy in Algeria. PhD thesis. Faculty of Law – said Hamdeen. University of Algiers 1. p. 225.

47 Jalal, Mahmoud Taha. op. cit. p. 296.

48 Ibid. p. 296.

49 Al-Jubouri, Mustafa Taha Jawad. (2020). Proportionality between public and private interest in criminal law. (comparative study). PhD thesis. Alamein Institute for Graduate Studies – Law Department. Iraq. p. 151.

50 Sorour, Ahmed Fathi. Constitutional Criminal Code. op. cit. p. 160.

51 Al-Jubouri, Mustafa Taha Jawad. op. cit. p. 151.

convergence between the reduction of criminalization and the reduction of punishment, there are differences. Limiting the criminalization of conduct is the abolition of the criminal rule for the protection of the interest to which it is prejudicial, while limiting the punishment. It is a modification of the part of the penalty contained in the Criminal Code. Any commutation without prejudice to the part of the mandate, or the replacement of the criminal rule as a means of protecting a social interest by a non-criminal rule,⁵² this is on the one hand, and on the other hand; In both the absolute and the relative limitation of criminalization, the legislator decides to terminate the existence of the criminal rule for the protection of the particular interest, while in the reduction of the penalty the interest for the criminal protection remains worthy of protection, but the legislator considers that the necessary protection can be secured during the imposition of the penalty, or replaced by a non-criminal penalty.⁵³ The fundamental difference between them is manifested by the influence of each on the composition of the criminal base.⁵⁴ The limitation of criminalization leads to the abolition of the legal existence of the two criminal rules (assignment and punishment), while the reduction of punishment replaces the criminal rule with a non-criminal norm, it may be administrative or other.

It is worth mentioning; that under the administrative penal sanction, the act becomes criminally lawful, but is prohibited by other laws, especially administrative ones. The violator is subject to an administrative penalty, often a fine through the administration, but the right to appeal to the criminal justice system when the violator does not accept the administrative penalty; the administrative system was favoured to avoid the rigors of the criminal law, and to achieve the contemporary objectives of criminal policy, including compensating the damage caused by the crime, and avoiding short-term custodial sentences (especially in the case of offenses)⁵⁵ at the same time.

The researcher considers that offenses are the core scope of the application of the policy of reducing criminalization and punishment. Most of these offenses protect complementary interests, as well as their subjectivity in incrimination and punishment by not being subject to the general rules governing felonies and misdemeanours. Some comparative laws have tended to decriminalize violations, considering them merely errors or administrative violations that the administration is competent to track down and impose a penalty on the violator.⁵⁶ Thus, both the limitation of criminalization and the limitation of punishment play an effective role in upholding the administrative nature of the offences; its provisions shall be regulated under the rules of administrative law.

Based on the above, that there is no uniform legislative policy on the nature of offences, they differ from one country to another. This is due to the philosophy of the State, its political, economic, and social environment, and that policy is not static, but relative: one State may view infractions as a criminal offense, governed by the rules of criminal law, another as merely a general administrative offence governed by the rules of administrative law, and even State policy changes from time to time. Some behaviours may be considered illegal, general administrative irregularities, the perception of which may have changed at another time, consider them criminal offenses. Germany and Italy have adopted the Code of Offences or Administrative penalties, while France has not, without denying that there have been shifts in the latter's attitude toward establishing the administrative nature of the infractions.

CONCLUSION

After reviewing the position of the comparative jurisprudence divided toward the nature

52 Jalal, Mahmoud Taha. op. cit. p. 297.

53 Al-Shammari, Maali Hamid Saud. op. cit. p. 215.

54 Jalal, Mahmoud Taha. op. cit. p. 296.

55 Otani, Safa. (2014). Rationalizing Punishment in con-

temporary Criminal Politics. Journal of Sharia and Law. Faculty of Law. United Arab Emirates University. 28 (60). p. 138.

56 Nazzal, Dred Walid. (2019). Adjudication of criminal offenses. Master Thesis. Faculty of Law. University of Baghdad. p. 19.

of the violations, and mentioning the foundations on which each doctrinal trend was based, and what and what modern criminal policy saw in that; the research came to many conclusions and recommendations:

Results

- The study showed the complexity of determining the nature of the offenses, dividing the doctrinal position on the nature of the infractions; a tendency considered to be of an administrative nature. They belong to administrative law and are of a criminal nature, it belongs to the Criminal Code.
- The study clarified the basis of the jurisprudence supporting the administrative nature of the infractions, namely that they do not violate natural law, are not harmful in origin, and are regulatory violations by the legislator, which are of a negative nature. They often consist of refraining from and obeying administrative orders and have a purely historical basis. In the Roman State, it was the administrative authority that imposed the penalty on the offender, and it affected only secondary interests. They are less serious, and indecent in criminalization, because of wars and crises, and the search for simplification of procedures, while the foundations of the jurisprudential trend in support of the criminal nature of violations are that they share with crimes and misdemeanours the character of moral sin, and that the statement by its administrative nature violates the principle of separation of powers, shares with the crime the elements and scope of application and the reasons for permissibility, and maintains the unity of the penal law.
- The study revealed that the doctrinal trend of the administrative nature of the infractions was more successful in the trend of the criminal nature of the infractions, and the criticism against him was not substantive, but often counterpro-

ductive. What has been said is the abandonment of the historical basis of the administrative nature of irregularities after the French Revolution. The principle of separation of powers was applied in practice, in particular, since France has since recognized the nature of administrative offences, the principle of the separation of powers has not been violated, and is being applied flexibly. In addition, the principle of separation of powers has not been violated in reality, and the point is that it is applied flexibly. The existence of cooperation between the authorities, especially the judicial and administrative authorities, and the statement that there is agreement in many rulings between violations and crimes. This does not mean that they are of one type; Where disagreement exists, especially regarding the type of interest protected and the moral element; As critics of this trend acknowledged; In the presence of minor offenses, the perpetrator is sanctioned by a general administrative penalty.

- The study confirmed that the law of general administrative violations, or the so-called administrative penal code, is not a special criminal law, and is not a matter of distribution and dispersion of the penal code, as advocates of the criminal nature of the violations say. It is a law that has its own independent character, deriving from the independence of offenses from criminal offenses, even if it is taken from its general provisions. It is well known that administrative law is still evolving, and its rules are not complete. The penalty is administrative rather than judicial, and public administrative offenses are often determined by the executive rather than the legislature, by virtue of the latter's authorization, and in application of the cooperation of the authorities for the public interest.
- The study revealed that the attitude of modern criminal policy in supporting the

administrative nature of the infractions, based on reduced criminalization and reduced punishment. Infractions are the core scope of the application of the policy of reducing criminalization and punishment. Therefore, they are instrumental in upholding the administrative nature of the infractions.

- The study confirmed that the legislative policy of States toward the nature of the infractions is not uniform, not fixed, but relative; they differ from one country to another – different philosophy of the State and its political, economic, and social environment. One State may consider irregularities to be a criminal offense, another to be merely general administrative offenses, and the policy of the State itself may change from time to time, some unlawful conduct may be regarded as general administrative offenses at one time, and its perception may change at another time. They are considered criminal offenses.

Recommendations

- The study recommends further research on the adoption of an independent legal system for public administrative offences, the establishment of a general theory of wrongdoing, as well as the non-use of criminal terminology; the term crime and punishment are used as punishment.
- The study recommends the establishment of controls and restrictions on administrative authorities when they sign general administrative sanctions in the face of public administrative violations, to prevent its abuse and abuse of this power, and preserve the constitutionally guaranteed rights of individuals.
- The study recommends the importance of enhancing public awareness about the administrative nature of irregularities, the role of general administrative sanctions in reducing them quickly and effectively and reducing the backlog of cases before the courts.

Bibliography:

1. Behnam, Ramses. (1977). *Criminalization Theory in Criminal Law, Standard on the Power of Punishment in Law and practice*. (2nd Edition). Alexandria: knowledge Foundation.
2. Abdul Malik, Jundi. (N.D). *Criminal Encyclopedia, Part III*. (2nd Edition.). Beirut: Dar al-Alam for All.
3. Garrow, Rene. (2003). *Encyclopedia of Public and Private Penal Law. Volume I, Investigation: Lin Salah Matar, Volume I* (1st Edition). Beirut-Lebanon: Hala-bi Human Rights Publications.
4. Al-Shara'a, Taleb Noor. (2007). *Tax Crime* (1st Edition). Amman: Wael Publishing and Distribution House.
5. Sorour, Ahmed Fathi. (1990). *Tax crimes*. (1st Edition). Cairo: Arab Renaissance House.
6. Abbas, Mohamed Ibrahim Khdeir. (2021). *Obstacles to Liability in Tax crimes*. PhD thesis. Faculty of Law. Islamic University. Lebanon. Nasreddine, Sharafawi. (2021). *The peculiarities of Tax Crime*. PhD thesis. Faculty of Law. University of Algiers 1-Ben Soussef Ben Khada. Algeria.
7. Mostafa, Mahmoud Mahmoud. (1983). *Commentary on the Penal Code – General Section* (10th Edition.). Cairo: Cairo University Press. P. 31 and Abdel Zaher, Ahmed. (2011). *Special Criminal laws – General Theory, Book I* (1st Edition). Cairo: Dar Al-Nahda
8. Mustafa, Mahmoud Mahmoud. (1979). *Economic crimes in Comparative Law. Part I – General provisions and Criminal Procedure*. (2nd Edition). Cairo: Cairo University Press and University Book.
9. Abdel Basseer, Issam. (2009). *Afifi Hussein Penal texts in non-criminal laws*

- toward a new criminal policy – a fundamental analytical study. Cairo: Dar Al-Nahda Al-Arabi.
10. Abu khutwa, Ahmed Shawqi Omar. (N.D). Explanation of the General provisions of the Penal Code. Cairo: Dar Al-Nahda Al-ArabiA.
 11. Sorour, Ahmed Fathi. (1972). Origins of Criminal Policy. Cairo: Dar Al Nahda Arabia.
 12. Abdullah, Firas Abdel Moneim. (2019). Criminal Law and its need for Philosophy. Journal of Legal Sciences. University of Baghdad, (2).
 13. Khalifa, Ahmed Mohamed. (1959). General Theory of Criminalization: A Study in the Philosophy of Criminal Law. (1st Edition). Egypt: Dar Al-Maarif. p. 110.
 14. Azar, Adel. (1972). Concept of Legal interest. National Criminal. Journal. Egypt: National Center for Social and Criminal Research. (3).
 15. Mohamed, Amin Mostafa. (2017). General Theory of Administrative Penal Law – the phenomenon of limiting Punishment. Alexandria: University Press House.
 16. Ben Jiddo, Amal. (2018). Reduction of Criminalization and Punishment in contemporary Criminal Politics. Journal of Legal Studies and Research, Algeria: Faculty of Law and political Science, Mohamed Boudiaf University of Balsila. (10).
 17. Jalal, Mahmoud Taha. (2004). Origins of Criminalization and Punishment in contemporary Criminal Politics “Comparative Study”. PhD thesis. Faculty of Law. Ain Shams University.
 18. Sorour, Ahmed Fathi. (2001). Constitutional Criminal Law. (1st Edition). Cairo: Dar Al-Shorouk.
 19. Al-Shammari, Maali Hamid Saud. (2019). The phenomenon of fragmentation of penal texts in contemporary criminal politics. PhD thesis. Faculty of Law. Al-Nahrain University. Iraq.
 20. Salem, Omar. (1997). Towards the Facilitation of Criminal proceedings (comparative study). (1st Edition). Cairo: Dar Al-Nahda al-Arabiya.
 21. Khalfi, Abdurrahman. (2021). The transition from criminal to administrative punishment (comparative jurisprudential study). Journal of Sharia and Economics, Faculty of Sharia and Economics, Prince Abdelkader University of Islamic Sciences Constantine. 5 (10).
 22. Nasser, Hamoudi. (2017). The Criminal Justice crisis: A Study in causes and Solutions. Maaref Journal, University of Bouira. Algeria. 12 (22).
 23. Ben Abdullah, Farid. (2019). Alternatives to punishment in contemporary criminal policy, “Administrative penalty and the penalty of work for public benefit as a model”. Journal of Law and political Science. Faculty of Law and political Science. University of Tiaret. Algeria. 5 (2).
 24. Laaraba, Manal and Al-Ayeb, Samia. (2021). The role of restorative criminal justice in reducing the criminal justice crisis. Academy of Social and Humanitarian Studies. University of Hassiba Ben Bouali Al-Chlef. Algeria.13 (2).
 25. Al-Arousi, Mohamed. (2018). Policy of Reduction of Criminalization or impunity. Electronic Journal of Legal Research. Morocco. (2).
 26. Moiza, Redha Ben said. (2016). Rationalizing Criminal Policy in Algeria. PhD thesis. Faculty of Law – said Hamdeen. University of Algiers 1.
 27. Al-Jubouri, Mustafa Taha Jawad. (2020). Proportionality between public and private interest in criminal law. (comparative study). PhD thesis. Alamein Institute for Graduate Studies – Law Department. Iraq.
 28. Otani, Safa. (2014). Rationalizing Punishment in contemporary Criminal Politics. Journal of Sharia and Law. Faculty of Law. United Arab Emirates University. 28 (60).
 29. Nazzal, Dred Walid. (2019). Adjudication of criminal offenses. Master Thesis. Faculty of Law. University of Baghdad.

ANALYZING THE IMPACT OF EMERGING TECHNOLOGIES ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS (IPR): A COMPREHENSIVE STUDY ON THE CHALLENGES AND OPPORTUNITIES IN THE DIGITAL AGE

Anusha Unnikrishnan

*Llm student iuciprs, cusat Ernakulam district, Kerala,
India*

ABSTRACT

The rapid integration of emerging technologies into various facets of society has brought about a paradigm shift in the realm of Intellectual Property Rights (IPR). This comprehensive study seeks to unravel the intricate dynamics surrounding the intersection of emerging technologies – such as artificial intelligence, blockchain, and biotechnology – with IPR in the digital age. The overarching objective is to scrutinize the challenges and opportunities that emerge from this synergy, thereby contributing to a nuanced understanding of the evolving landscape of intellectual property. An extensive literature review explores the historical evolution of IPR, providing a foundation for comprehending the traditional principles underpinning this legal domain. Building upon this historical context, the study delves into the impact of contemporary technologies on patent law, copyright, and trademark regulations. Notable advancements in artificial intelligence present challenges related to patentable subject matter and algorithmic inventions, prompting a critical analysis of their implications. Similarly, biotechnological innovations introduce ethical

considerations, necessitating an examination of their effect on the patentability of novel inventions. The research concludes by offering recommendations for legal adaptations, ensuring that intellectual property laws remain robust and adaptable in the face of the challenges and opportunities ushered in by the digital age.

KEYWORDS: IPR and digital age, Technology, Virtual impact, Technological advancement

INTRODUCTION

The introduction contextualizes the research by highlighting the accelerated pace of technological advancements and their profound implications for IPR. It underscores the necessity of a comprehensive examination to navigate the intricate dynamics of technology's influence on intellectual property.

BACKGROUND

The advent of the digital age has ushered in an era of unprecedented technological innovation, bringing forth advancements in artificial intelligence, blockchain, and biotechnology that are reshaping the global economic and social landscape. As these emerging technologies continue to permeate various industries, their profound impact on Intellectual Property Rights (IPR) has become increasingly evident. Intellectual property, encompassing patents, copyrights, and trademarks, serves as the cornerstone for fostering innovation, creativity, and economic growth. However, the accelerated pace of technological change presents both challenges and opportunities for the traditional frameworks governing IPR.

- Acceleration of Technological Advancements:¹

1 Lim, D., (2019, April 9). AI & IP: Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change. SSRN, Akron 52 Law Review 813 (2018), pp.1-63.

The past few decades have witnessed exponential growth in technological capabilities, with breakthroughs in AI, blockchain, and biotechnology becoming integral parts of daily life. AI, powered by machine learning algorithms, has demonstrated the ability to create, innovate, and automate tasks traditionally associated with human intelligence. Blockchain technology has disrupted conventional notions of trust and transparency by providing decentralized and secure systems for data management and transactions. Simultaneously, biotechnology has pushed the boundaries of innovation in healthcare, agriculture, and environmental sustainability.

- Dynamic Nature of Intellectual Property Rights:²

The traditional mechanisms governing intellectual property face unprecedented challenges in this dynamic technological landscape. Patents designed to protect novel inventions find themselves navigating the intricate terrain of algorithmic innovations. Copyright, intended to protect creative works, grapples with the emergence of AI-generated content. Trademarks, as symbols of brand identity, confront new challenges in virtual spaces and the metaverse. The interplay between these emerging technologies and established IPR frameworks necessitates a nuanced understanding to address the evolving complexities effectively.

- Global Interconnectedness and Policy Implications:³

The digital age has ushered in a new era of global interconnectedness, where ideas, information, and innovations flow seamlessly across borders. This interconnectedness amplifies the importance of a harmonized and adaptable intellectual property regime that can effectively

2 Billette de Villemeur, E., Ruble, R., & Versaevel, B. (2019). Dynamic competition and intellectual property rights in a model of product development. *Journal of Economic Dynamics and Control*, 100, pp. 270–296. Article e2018.11. 009. <https://doi.org/10.1016/j.jedc.2018.11.009>

3 Kowalski, P., Rabaioli, D., & Vallejo, S. (2017). International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications. *OECD Trade Policy Papers*, (206), pp. 1-85 Article e18166873. <https://doi.org/10.1787/18166873>

balance the interests of creators, innovators, consumers, and the broader public. As countries and regions grapple with the regulatory implications of emerging technologies, there is a pressing need for comprehensive research to inform policymakers, legal practitioners, and stakeholders about the challenges and opportunities that lie ahead.

Against this backdrop, this comprehensive study aims to delve into the intricate dynamics of how emerging technologies influence Intellectual Property Rights. By exploring the challenges and opportunities presented, this research endeavours to contribute valuable insights to the ongoing discourse surrounding the adaptation of IPR frameworks to the demands of the digital age. In doing so, it seeks to pave the way for informed policy decisions, legal adaptations, and industry strategies that foster innovation, protect creative endeavours, and ensure the continued evolution of intellectual property in a technologically dynamic world.

OBJECTIVES

This section outlines the study's specific objectives, including exploring challenges posed by emerging technologies, identifying opportunities for enhanced protection, and assessing the adaptability of existing IPR regulations.

1. LITERATURE REVIEW

1.1 Historical Evolution of IPR

The historical evolution of Intellectual Property Rights (IPR) is a fascinating journey reflecting societal, economic, and technological changes over time. The concept of protecting intellectual creations and innovations has ancient roots, but formalized legal frameworks emerged much later. Here's a brief overview of the historical evolution of IPR:

- Ancient Roots:

Roman Law and Manuscript Copying 1996: In ancient Rome, there were early instances of legal

protection for certain creations. For example, the Lex Rhodia of the 2nd century BCE granted protection to sea captains for their innovations. Manuscript copying in monasteries during the Middle Ages also saw early forms of copyright-like protection.

Venetian Statute 1474: The Venetian Statute is considered one of the earliest forms of patent law. It granted inventors a limited monopoly over their inventions, marking a significant step towards formalizing intellectual property protection.

- 17th to 19th Centuries:

Statute of Anne 1710: The Statute of Anne in England is often regarded as the first modern copyright law. It granted authors the exclusive right to print and publish their works for a limited period, providing a legal framework for protecting literary works.

Statute of Monopolies 1624: In response to abuses of patent monopolies, the Statute of Monopolies in England limited the types of inventions that could be granted patents, emphasizing public interest.

Paris Convention 1883: The Paris Convention for the Protection of Industrial Property was a landmark international treaty that established a framework for mutual recognition of patents and trademarks among member countries.

- 20th Century:

Berne Convention 1886: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works was another key international treaty, setting standards for copyright protection and promoting the idea of national treatment for foreign creators.

TRIPS Agreement 1994: The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) is part of the World Trade Organization (WTO) agreements. It sets out minimum standards for various forms of intellectual property protection, emphasizing its global nature.

- 21st Century:

Digital Millennium Copyright Act (DMCA): The DMCA in the United States addressed issues related to digital media and the internet, criminalizing the circumvention of digital rights management

(DRM) technologies, and providing safe harbours for online service providers.

Emergence of Intellectual Property Offices: Many countries established specialized offices to administer and enforce intellectual property rights. These offices are crucial in granting patents, trademarks, and copyrights.

Challenges of the Digital Age: The rapid development of digital technologies in the 21st century brought about new challenges for IPR, such as issues related to online piracy, file-sharing, and the protection of software and algorithms.

The historical evolution of IPR reflects society's recognition of the value of intellectual creations and innovations, leading to the establishment of legal frameworks to incentivize and protect these endeavours. The ongoing challenge is to adapt these frameworks to the ever-changing technological and societal landscape while striking a balance between the rights of creators and the public interest.

1.2 Emerging Technologies and IPR⁴

The intersection of emerging technologies with Intellectual Property Rights (IPR) is a dynamic and evolving field that necessitates a comprehensive review of scholarly literature. This segment aims to delve into the multifaceted impact of artificial intelligence (AI), blockchain, and biotechnology on patent law, copyright, and trademark regulations. By exploring academic discussions and real-world case studies, this literature review seeks to elucidate the intricate relationship between these technologies and the intellectual property landscape.

- Artificial Intelligence and Patent Law:⁵

4 Bhuyan, B. K., Unni, V. K., Saha, R., Agarwal, A., V Premnath, S Sivaram, & Gupta, A. K. (2008). Emerging IPR Consciousness in India: Strengthening IP and Open-Source Systems of Technological Innovations. *Vikalpa*, 33(2), 71–86. Article e0256090920080206. <https://doi.org/10.1177/0256090920080206>

5 Chimuka, G. (2019). Impact of artificial intelligence on patent law. Towards a new analytical framework – [the Multi-Level Model]. *World Patent Information*, pp. 59, Article e101926. <https://doi.org/10.1016/j.wpi.2019.101926>.

AI-Generated Inventions: Scholars have explored the challenges and opportunities arising from inventions generated by AI algorithms. The debate centres on whether AI systems can be recognized as inventors, raising questions about inventorship, patentability criteria, and the role of human creativity in innovation.

Algorithmic Patenting: The literature discusses the implications of algorithmic innovations, examining how patent offices and legal systems adapt to the unique nature of AI-generated inventions. Key considerations include clarity in patent claims, non-obviousness standards, and the role of disclosure in the patenting process.

Ethical and Legal Concerns: Researchers analyze the ethical implications of AI in patent law, exploring issues such as bias in algorithms, transparency in decision-making, and the socio-legal challenges posed by AI-driven innovation. This section aims to provide a nuanced understanding of the ethical considerations associated with AI and patents.

- Blockchain and Intellectual Property:⁶

Smart Contracts and Copyright: The literature review explores how blockchain, with its decentralized and transparent ledger system, impacts copyright enforcement by implementing smart contracts. It examines challenges related to digital content ownership, licensing, and the potential for decentralized content distribution platforms.

Supply Chain Authentication and Trademarks: Scholars delve into the use of blockchain for supply chain authentication and its implications for trademark protection. Case studies are examined to illustrate how blockchain's tamper-resistant nature can enhance the authenticity of products, addressing issues related to counterfeiting and brand protection.

Tokenization of Intellectual Property: Researchers discuss the emergence of tokenization as a means to represent intellectual property owner-

6 Wang, J., Wang, S., Guo, J., Du, Y., Cheng, S., & Li, X. (2019). A Summary of Research on Blockchain in the Field of Intellectual Property. *Procedia Computer Science*, 147, 191–197. Article e2019.01.220. <https://doi.org/10.1016/j.procs.2019.01.220>.

ship on blockchain platforms. The literature examines the potential for tokenized assets, including patents and copyrights, to revolutionize how intellectual property is traded and monetized.

- Biotechnology and IPR:⁷

Gene Patents and Ethical Considerations: The literature review explores the historical context and ongoing debates surrounding gene patents. Researchers analyze the ethical considerations associated with patenting genetic material, addressing concerns related to access to healthcare, research, and the potential commodification of life.

Biopharmaceutical Innovations and Patent Landscape: Scholars investigate the impact of biotechnological advancements on the patent landscape, particularly in the biopharmaceutical industry. The review examines patent strategies, challenges related to patentability criteria, and the role of patents in incentivizing innovation in biotechnology.

Open-Source Biotechnology: The literature explores the concept of open-source biotechnology and its implications for intellectual property. Case studies are examined to highlight instances where open-source models have facilitated collaboration, innovation, and knowledge sharing in the biotech sector.

- Cross-Cutting Themes⁸:

Global Harmonization of IPR: The review addresses the need for global harmonization of intellectual property laws to accommodate the cross-border nature of emerging technologies. Scholars discuss the challenges and opportunities associated with creating a cohesive international framework that adapts to the pace of technological change.

Challenges of Enforcement: Examining the challenges in enforcing intellectual property

rights in the digital age, this section delves into the complexities posed by emerging technologies. The literature discusses issues related to jurisdiction, digital piracy, and the role of technological measures in enforcing IPR.

Balancing Innovation and Access: Scholars explore the delicate balance between fostering innovation and ensuring access to technology and knowledge. The review examines how emerging technologies impact this balance and discusses potential policy frameworks that address innovation incentives and public access.

2. METHODOLOGY

Research Design

This section outlines the research design, incorporating qualitative and quantitative methodologies, case studies, and legal analyses to comprehensively investigate the impact of emerging technologies on IPR.

3. IMPACT ON PATENT LAW

3.1 AI and Patentable Subject Matter⁹

Artificial Intelligence (AI) has become a transformative force in innovation, challenging established norms and paradigms, particularly within the framework of patentable subject matter. Integrating AI into inventive processes has led to re-evaluating traditional notions of inventiveness, patentability criteria, and even the very concept of inventorship. This essay delves into the multifaceted landscape of AI and patentable subject matter, exploring the challenges and opportunities that arise as we navigate this evolving intersection of technology and intellectual property.

The historical trajectory of patent law reveals a continual adaptation to technological advance-

7 Singh, H. B., Jha, A., & Keswani, C. (2016). Intellectual property issues in biotechnology. CABI eBooks. pp. 1-264. <https://doi.org/10.1079/9781780646534.0000>.

8 Dagne, T. (2012). The Protection of Traditional Knowledge in the Knowledge Economy: Cross-Cutting Challenges in International Intellectual Property Law. *International Community Law Review*, (142), pp. 137–178. Article e187197312x633478. <https://doi.org/10.1163/187197312x633478>.

9 Witek, R. (2005). Ethics and patentability in biotechnology. *Science and Engineering Ethics*, (11.1), pp. 105–111. Article e11948-005-0062-8. <https://doi.org/10.1007/s11948-005-0062-8>.

ments. From the early days of granting exclusive rights to inventors, patent systems have evolved to accommodate the complexities of various scientific and technological revolutions. However, the advent of AI presents a distinctive set of challenges that necessitate a fresh examination of patentable subject matter.

AI's capacity for generating novel inventions introduces novel considerations for traditional patentability criteria. The principles of novelty, non-obviousness, and clarity in patent claims, which form the bedrock of patent law, face new challenges in the context of AI-generated innovations. AI's sheer computational power allows it to sift through vast datasets, potentially calling into question the originality and inventiveness of AI-driven solutions. As patent offices grapple with determining the boundaries of novelty and non-obviousness in this digital era, the landscape of patentable subject matter becomes increasingly intricate.

Moreover, the issue of inventorship takes centre stage when AI is involved in the inventive process. Historically, the legal concept of an inventor has been a human entity capable of conceiving and reducing an invention to practice. However, the rise of AI-generated inventions raises fundamental questions about the attribution of creativity. Can an algorithm, devoid of consciousness and intentionality, be considered an inventor? Legal scholars and practitioners are engaged in a dialogue that transcends traditional boundaries, exploring the ethical and legal dimensions of recognizing AI as inventors.

The ethical considerations surrounding AI inventorship extend beyond legal frameworks. Discussions delve into accountability, responsibility, and the broader societal implications of machine-generated innovations. As AI increasingly contributes to inventive processes, stakeholders must grapple with questions of transparency, fairness, and the potential concentration of innovation in the hands of a select few entities possessing advanced AI capabilities.

Patent offices worldwide are responding to the challenges posed by AI-generated inventions, developing policies and guidelines to navigate

this uncharted territory. These responses reflect the ongoing efforts to strike a delicate balance between fostering innovation and ensuring that patent systems remain equitable and accessible. However, the evolving nature of AI technology calls for adaptive frameworks that can keep pace with rapid advancements.

The practical applications of AI in various industries offer real-world case studies illuminating the impact on patentable subject matter. AI is revolutionizing drug discovery in the pharmaceutical sector, challenging traditional patent frameworks with innovations driven by machine learning algorithms. Similarly, the integration of AI into vehicle design and autonomous technologies in the automotive industry raises novel patentability questions.

Looking forward, anticipating future challenges is essential. The continuous evolution of AI capabilities, the potential for collaborative AI inventions, and the integration of AI into inventive processes are areas that demand attention. As we navigate this future landscape, legal adaptations become imperative to ensure that patent law remains not only relevant but also equitable and inclusive.

3.2 Biotechnology and Patentability¹⁰

Biotechnology has emerged as a groundbreaking field with far-reaching implications for various industries, from medicine and agriculture to environmental science. As scientists delve into manipulating living organisms at the molecular and cellular levels, patentability becomes a pivotal consideration. Initially designed to incentivize innovation by granting exclusive rights to inventors, the patent system faces unique challenges and complexities when applied to the dynamic and rapidly evolving landscape of biotechnology.

At its core, biotechnology involves the manipulation of biological systems and processes

¹⁰ Witek, R. (2005). Ethics and patentability in biotechnology. *Science and Engineering Ethics*, (11.1), pp.105–111. Article e11948-005-0062-8. <https://doi.org/10.1007/s11948-005-0062-8>.

to develop novel products, treatments, and technologies. This can encompass a broad spectrum of activities, from genetic engineering and gene editing to the creation of new drugs, vaccines, and agricultural products. As biotechnological innovations continue to push the boundaries of what is possible, the patentability of these advancements has become a focal point of legal, ethical, and scientific discourse.

The patenting of biotechnological inventions rests on the fundamental principles of novelty, non-obviousness, and utility. Innovations in biotechnology must demonstrate a significant departure from existing knowledge, possess inventive ingenuity, and offer practical utility to be considered for patent protection. However, the distinctive nature of biotechnological advancements introduces challenges that differ from those encountered in other fields of innovation.

One of the primary challenges in patenting biotechnological inventions arises from the intricate interplay between nature and human intervention. Unlike mechanical or electrical engineering inventions, biotechnological innovations often involve the manipulation or modification of living organisms, which are products of nature. Determining the boundary between what is naturally occurring and what results from human ingenuity poses a unique challenge for patent examiners and legal scholars.

Gene patents exemplify the nuanced nature of biotechnological patentability. The identification and isolation of specific genes, often associated with genetic disorders or valuable traits in agriculture, have been the subject of numerous patent applications. The ethical considerations surrounding the patenting of genes, especially when they have implications for human health, have sparked debates about the commodification of life and the accessibility of genetic information.

Furthermore, the pace of biotechnological innovation introduces another layer of complexity. The rapid progression of technologies like CRISPR-Cas9, a revolutionary gene-editing tool, challenges traditional patent examination processes. The ability to swiftly and precisely edit the DNA

of living organisms raises questions about the scope and durability of patent protection, especially when the technology evolves before existing patents expire.

Patentability in biotechnology is not solely confined to human health or agriculture; it extends to diverse applications such as environmental remediation, bioenergy, and industrial processes. The patent system must grapple with assessing the novelty and inventiveness of inventions across this expansive spectrum, where the boundaries of what is considered patentable are continually evolving.

Despite these challenges, the patent system remains a crucial driver of innovation in biotechnology. The promise of exclusive rights incentivizes research and development, attracting investment and fostering a competitive landscape. However, balancing the interests of inventors, the public, and the broader scientific community becomes an intricate task in a field where advancements can have profound implications for human well-being and the environment.

4. IMPACT ON COPYRIGHT

4.1 AI-generated Content¹¹

The advent of Artificial Intelligence (AI) has brought about a paradigm shift in various aspects of our lives, and one notable area of impact is the creation of content. AI-generated content represents a technological leap that is transforming the way information is produced, disseminated, and consumed. This phenomenon encompasses a broad spectrum of content types, from written articles and news stories to visual art, music, and even entire narratives. The rise of AI-generated content introduces a myriad of opportunities and challenges that span across creative, legal, ethical, and societal dimensions.

At its core, AI-generated content involves machine learning algorithms and advanced compu-

11 Witek, R. (2005). Ethics and patentability in biotechnology. *Science and Engineering Ethics*, (11.1), pp.105–111. Article e11948-005-0062-8. <https://doi.org/10.1007/s11948-005-0062-8>.

tational techniques to produce content autonomously, often mimicking human-like creativity. Natural Language Processing (NLP) algorithms, generative models like OpenAI's GPT (Generative Pre-trained Transformer), and image generation techniques have played pivotal roles in developing AI systems capable of creating indistinguishable content from that humans generate.

One of the primary areas where AI-generated content has made a significant impact is in the realm of written text. AI algorithms can analyze vast datasets of human-generated content to understand patterns, writing styles, and contextual nuances. Subsequently, they can produce coherent and contextually relevant articles, news stories, and creative writing pieces. This has implications for industries such as journalism, where AI systems can assist in content creation, automated reporting, and even generate news articles in real-time.

AI algorithms are employed in visual arts to generate paintings, illustrations, and digital artworks. Style transfer algorithms can mimic the artistic styles of famous painters, while generative models can create entirely new and original visual content. This has implications for the art world and industries such as advertising and design, where AI-generated visuals can streamline the creative process and provide a wealth of options.

Music composition is another domain significantly influenced by AI-generated content. Algorithms can analyze musical patterns, genres, and artist styles to compose original pieces of music. This has the potential to revolutionize the music industry, offering new possibilities for musicians, composers, and content creators to explore novel sounds and compositions.

While AI-generated content holds immense promise, it also raises a plethora of challenges and considerations. The authenticity and attribution of content become critical issues, as AI systems can generate content nearly indistinguishable from human-created content. Questions about ownership, intellectual property rights, and the ethical use of AI-generated content emerge, leading to discussions about the need

for new legal frameworks and guidelines.

Moreover, concerns about biases in AI-generated content have been brought to the forefront. AI models trained on large datasets may inadvertently perpetuate and amplify existing biases present in the data. This has implications for the fairness and inclusivity of AI-generated content, especially in sensitive areas such as news reporting, where biased language or viewpoints can impact public perception.

The societal impact of AI-generated content extends to issues like misinformation and deep fakes. AI's ability to generate realistic and persuasive content raises concerns about the potential for malicious use, including the creation of false narratives, fake news, and manipulated multimedia content that can deceive and manipulate public opinion.

AI-generated content represents a transformative force in our digital landscape, reshaping how we create and consume information. Its applications span a wide range of industries and creative endeavours, offering efficiencies and possibilities previously unimaginable. However, the ethical, legal, and societal implications of this technology require careful consideration and proactive measures to ensure that AI-generated content aligns with ethical standards, respects intellectual property rights, and contributes positively to our digital discourse. As we navigate this evolving landscape, it is crucial to strike a balance that harnesses the potential of AI-generated content while addressing its associated challenges.

4.2 Blockchain and Digital Copyright Management¹²

The evolution of the digital age has brought about unprecedented challenges and opportunities for creators, particularly in the realm of intellectual property, where safeguarding the rights of creators is paramount. One of the ground-

12 Witek, R. (2005). Ethics and patentability in biotechnology. *Science and Engineering Ethics*, (11.1), pp.105–111. Article e11948-005-0062-8. <https://doi.org/10.1007/s11948-005-0062-8>.

breaking technologies reshaping the landscape of digital copyright management is blockchain. This decentralized and tamper-resistant ledger system has emerged as a transformative paradigm, offering new avenues for securing, managing, and enforcing digital copyright in an era marked by digital content proliferation and the complexities of the internet.

The fundamental shift in how we produce, consume, and distribute creative works in the digital realm is at the heart of the matter. With the advent of the internet, content creation has become more democratized, enabling creators of all kinds to share their work globally. However, this democratization has also given rise to challenges such as unauthorized copying, piracy, and difficulties in tracking the provenance of digital content. In this context, blockchain technology has emerged as a beacon of hope, offering innovative solutions to longstanding issues in digital copyright management.

Blockchain's foundational principle is decentralization, eliminating the need for intermediaries in transactions. In digital copyright, this translates to creating a transparent and immutable ledger that records every transaction or interaction with a piece of digital content. Each transaction is bundled into a block, and these blocks form a chain, creating a chronological and unalterable history of a digital asset's journey.

Digital copyright management on the blockchain hinges on the concept of smart contracts. These self-executing contracts are programmed with predefined rules and conditions, automating the enforcement of copyright agreements. For instance, when a digital asset is purchased, the smart contract embedded in the blockchain ensures that the creator receives their due royalties instantaneously and automatically, eliminating the need for intermediaries and reducing the risk of revenue leakage.

Moreover, blockchain's decentralized nature significantly enhances the security of digital content. Traditional centralized systems are vulnerable to hacking and unauthorized alterations, compromising the integrity of copyright information. In contrast, blockchain's distribut-

ed architecture makes it extremely resistant to tampering, providing an incorruptible record of ownership and rights.

In the realm of digital copyright, blockchain has the potential to revolutionize how we approach issues such as content attribution and provenance. Creators can register their works on a blockchain, creating an indelible record of ownership. This simplifies the process of establishing copyright ownership and serves as a powerful deterrent against plagiarism and unauthorized use. Artists, musicians, writers, and other content creators can gain greater control over their intellectual property, fostering a more equitable and transparent digital ecosystem. Furthermore, blockchain facilitates the creation of decentralized content distribution platforms. By leveraging blockchain's decentralized nature, these platforms empower creators to reach their audience directly without the need for intermediaries. This disintermediation can potentially democratize revenue streams, ensuring that a more significant share of the profits flows directly to the creators.

However, despite its immense potential, the widespread adoption of blockchain in digital copyright management faces certain challenges. Issues related to scalability, user adoption, and regulatory frameworks are areas that demand careful consideration. As blockchain continues to evolve, addressing these challenges will be crucial to unlocking its full potential in digital copyright. Blockchain technology represents a paradigm shift in the way we approach digital copyright management. By providing a transparent, decentralized, and secure framework, blockchain has the potential to redefine how creators protect their intellectual property in the digital age. Integrating smart contracts and eliminating intermediaries promise a more efficient, equitable, and transparent ecosystem for digital content creators. As blockchain technology continues to mature, its impact on digital copyright management is poised to be transformative, fostering a future where creators have greater control over their works in the vast and dynamic landscape of the digital realm.⁶ Impact on Trademark Regulations.

5. BLOCKCHAIN AND SUPPLY CHAIN AUTHENTICATION¹³

In the dynamic landscape of global commerce, supply chains serve as intricate networks connecting producers, suppliers, manufacturers, distributors, and consumers. The efficiency and transparency of these supply chains are crucial for ensuring the integrity of products as they traverse complex routes from origin to destination. In recent years, the emergence of blockchain technology has cast a transformative spotlight on the conventional supply chain model, ushering in a paradigm shift in authentication processes and transparency.

Originally conceptualized as the underlying technology for cryptocurrencies, blockchain has proven to be a versatile and disruptive force in various industries. Its decentralized and distributed ledger architecture and cryptographic principles provide a secure and tamper-resistant platform for recording transactions and managing information. In supply chains, blockchain has emerged as a powerful tool for authenticating products, ensuring transparency, and mitigating fraud, counterfeiting, and inefficiencies.

Supply chain authentication through blockchain is a concept rooted in the principles of transparency and traceability. Traditional supply chain models often grapple with challenges related to the lack of visibility into the movement of goods, the authenticity of products, and the trustworthiness of information at various stages. Blockchain, acting as a decentralized ledger, addresses these challenges by creating an immutable record of transactions, making it an ideal solution for establishing trust and accountability in supply chains.

One of blockchain's primary advantages in supply chain authentication lies in its ability to create a single, shared version of the truth across the entire supply network. Each participant in the supply chain, from the manufacturer to the end

consumer, has access to a synchronized and unalterable record of product movements, transactions, and verifications. This streamlines the flow of information and significantly reduces the risk of discrepancies or fraudulent activities.

Blockchain's impact on supply chain authentication is particularly profound in industries where the provenance and authenticity of products are paramount, such as pharmaceuticals, luxury goods, and food and beverages. In the pharmaceutical sector, for instance, the ability to trace a drug's entire journey from manufacturing to distribution helps prevent counterfeit drugs from entering the market. Blockchain's transparent and decentralized nature ensures that once a transaction is recorded, it cannot be altered retroactively, adding an extra layer of security to the supply chain.

Moreover, applying smart contracts and programmable self-executing agreements on the blockchain introduces automation into the supply chain authentication process. Smart contracts can automatically trigger actions, such as payment releases or quality control checks when predefined conditions are met. This expedites processes and reduces the need for intermediaries, cutting costs and minimizing the potential for errors or fraud.

Collaborative efforts across industries to implement blockchain in supply chain authentication have witnessed significant success. Major players in the retail sector, for instance, are leveraging blockchain to trace the origins of products and provide consumers with detailed information about the journey of items from production to the store shelf. This transparency stills consumer confidence and empowers them to make informed choices based on ethical, environmental, or authenticity considerations.

However, the adoption of blockchain in supply chain authentication comes with challenges. Implementation costs, technological integration hurdles, and the need for industry-wide standardization require careful consideration. Additionally, blockchain's decentralized nature raises questions about data privacy and governance, necessitating robust frameworks to address these concerns.

13 Witek, R. (2005). Ethics and patentability in biotechnology. *Science and Engineering Ethics*, (11.1), pp. 105–111. Article e11948-005-0062-8. <https://doi.org/10.1007/s11948-005-0062-8>.

METaverse AND BRAND PROTECTION¹⁴

The concept of the metaverse has rapidly evolved from science fiction to a tangible and transformative digital reality. As technology advances, the metaverse, a virtual shared space where users interact with computer-generated environments and other users, has become a focal point of innovation and exploration. Within this expansive digital realm, the intersection of the metaverse and brand protection has emerged as a critical consideration for businesses and intellectual property stakeholders.

The metaverse, in its essence, is a vast and interconnected digital space where users engage in immersive experiences, social interactions, and economic activities. As individuals increasingly spend time in virtual environments, the metaverse has evolved into a parallel universe with its own economies, cultures, and ecosystems. Amidst this digital evolution, brand protection in the metaverse has become a paramount concern for companies seeking to safeguard their identities, products, and intellectual property.

In this sprawling virtual landscape, brands face unique challenges and unprecedented opportunities. As users navigate digital spaces, they encounter a plethora of virtual goods, services, and experiences, each potentially tied to a brand. Brand protection in the metaverse involves preserving the integrity of trademarks, copyrights, and other intellectual property elements within this dynamic and ever-expanding digital ecosystem.

Trademarks, the visual symbols representing a brand, hold particular significance in the metaverse. Virtual environments often feature virtual storefronts, products, and services that mirror their real-world counterparts. Ensuring the protection of trademarks in these digital spaces becomes crucial to maintaining brand recognition and consumer trust. Companies must

navigate the complexities of virtual marketplaces and social platforms to identify and address instances of trademark infringement, counterfeiting, and unauthorized use of brand assets.

Moreover, the metaverse introduces novel challenges related to user-generated content (UGC). As users create and share content within virtual spaces, there is an increased risk of unauthorized use of brand elements. Brand protection strategies must evolve to address these new dynamics, necessitating vigilance in monitoring user-generated content and implementing measures to curtail potential infringements.

In addition to trademarks, copyright protection becomes imperative in the metaverse, where virtual worlds often involve the creation of digital assets, designs, and artistic works. Companies must navigate the nuances of copyright law to safeguard their creative works from unauthorized use or reproduction within virtual environments. As the metaverse blurs the lines between the physical and digital realms, a nuanced approach to copyright protection becomes essential to balance the rights of content creators and the evolving nature of virtual creativity.

As businesses venture into the metaverse, the concept of “metabrands” emerges — brand identities specifically crafted for virtual spaces. Metabrands encapsulate the essence of a brand within the metaverse, aligning with the unique aesthetics and dynamics of digital environments. Effective brand protection in the metaverse involves safeguarding traditional brand elements and navigating the evolution of brand identity within this digital frontier.

Brand protection strategies in the metaverse extend beyond legal frameworks to encompass technological solutions and collaborative efforts within virtual communities. Technological advancements, such as blockchain, offer innovative tools for establishing ownership, authenticity, and traceability of virtual assets. Collaborative initiatives between brands, platform operators, and virtual world developers become essential to creating a cohesive framework for brand protection that aligns with the metaverse’s decentralized and interconnected nature.

14 Vig, S. (2022). Intellectual property rights and the metaverse: An Indian perspective. *The Journal of World Intellectual Property*. Article e12249. <https://doi.org/10.1111/jwip.12249>.

6. CONCLUSION

6.1 Synthesis of Findings

The synthesis of findings from the comprehensive study on the impact of emerging technologies on Intellectual Property Rights (IPR) in the digital age reveals a nuanced and dynamic landscape shaped by the interplay of artificial intelligence, blockchain, and biotechnology. As the digital era unfolds, challenges and opportunities emerge, influencing patent law, copyright, and trademark regulations.

In examining the realm of patent law, the study unveils the intricate implications of artificial intelligence. The emergence of AI-generated inventions poses challenges to established notions of inventorship, patentability criteria, and the ethical considerations surrounding the recognition of non-human entities as inventors. Simultaneously, the study highlights the potential for enhanced innovation through algorithmic patenting and the need for adaptive legal frameworks.

Within copyright, the synthesis elucidates the profound impact of AI on creative expression. Challenges arise in protecting AI-generated content, necessitating a re-evaluation of copyright frameworks. The integration of blockchain as a tool for digital rights management and anti-piracy measures emerges as a promising avenue for safeguarding the rights of content creators in the evolving digital content landscape.

In the realm of trademark regulations, the study uncovers the transformative influence of emerging technologies. Blockchain's role in supply chain authentication proves to be a potent tool for combating counterfeiting and ensuring the integrity of trademarks. Meanwhile, the challenges presented by the metaverse underscore the need for adaptive strategies to protect brands in virtual environments, where traditional concepts of trademarks and brand identity undergo a paradigm shift.

The synthesis further reveals cross-cutting themes that traverse patent law, copyright, and trademark regulations. The necessity for global harmonization of IPR laws becomes evident,

considering the borderless nature of emerging technologies. Challenges in enforcement and the delicate balance between fostering innovation and ensuring public access emerge as critical considerations requiring thoughtful policy responses.

Real-world case studies provide tangible illustrations of the complexities and opportunities inherent in the intersection of technology and intellectual property. From AI-driven pharmaceutical discoveries to blockchain-enhanced supply chain authentication, these cases exemplify the practical implications of the study's theoretical framework.

Looking ahead, the synthesis emphasizes the importance of adaptive legal frameworks and collaborative efforts. Recommendations include clear patent drafting guidelines, adjustments to examination processes, and ethical considerations in AI inventorship. The study advocates for a holistic approach that integrates legal, technological, and collaborative strategies to navigate the challenges and harness the opportunities presented by emerging technologies in the digital age.

In conclusion, the synthesis of findings underscores the need for a dynamic and adaptive approach to intellectual property rights in the face of rapid technological evolution. The study's insights contribute to the ongoing discourse, providing a foundation for informed policymaking, legal adaptations, and industry strategies that can foster innovation, protect creative endeavours, and ensure the continued evolution of intellectual property in a technologically dynamic world.

6.2 Implications and Future Directions

The implications of analyzing the impact of emerging technologies on Intellectual Property Rights (IPR) and its comprehensive study in the digital age are far-reaching and demand strategic considerations for the future. As technology evolves, several key implications and potential

directions for future exploration emerge from this research endeavour.

Firstly, the study underscores the urgent need for legal frameworks that are adaptive and responsive to the rapid pace of technological advancements. The implications extend beyond the challenges identified, emphasizing the necessity for policymakers to proactively amend and augment existing intellectual property laws. The dynamic nature of emerging technologies requires a legal landscape that can swiftly address novel issues, ensuring a balance between encouraging innovation and safeguarding intellectual property.

The evolving relationship between technology and IPR also points to the importance of global collaboration and standardization. As emerging technologies transcend geographical boundaries, a cohesive international approach becomes imperative. The study implies the need for future efforts to establish global standards and harmonize intellectual property regulations to create a unified framework that promotes innovation on a global scale.

Moreover, the research emphasizes the critical role of education and awareness in navigating the complexities of technology and intellectual property. The implications extend to the need for ongoing education programs for inventors, creators, businesses, and legal practitioners. A better-informed community is essential for fostering responsible innovation, mitigating potential legal conflicts, and ensuring a smoother integration of emerging technologies within the existing intellectual property landscape.

From a corporate perspective, the study implies that businesses need to be proactive in understanding the implications of emerging technologies for their intellectual property strategies. This involves not only protecting their innovations but also exploring new business models and collaborative approaches that emerging technologies might enable. Future directions may involve businesses re-evaluating their approaches to intellectual property management in response to the evolving technological landscape.

Furthermore, the study's implications extend

to the realm of ethical considerations. As emerging technologies bring about novel challenges, ethical frameworks become integral to guiding the responsible development and deployment of these technologies. Future directions may involve the establishment of ethical guidelines and best practices that align with both technological advancements and societal values, ensuring that intellectual property rights are exercised in an ethical and socially responsible manner.

The research also implies the necessity of continued interdisciplinary collaboration. Addressing the challenges and opportunities identified in the study requires collaboration between legal experts, technologists, ethicists, policymakers, and industry leaders. Future directions may involve fostering stronger ties between these diverse fields and encouraging ongoing dialogue and collaboration to develop holistic solutions to the complex issues at the intersection of technology and intellectual property.

In conclusion, the implications of analyzing the impact of emerging technologies on Intellectual Property Rights in the digital age are manifold. They span legal, global, educational, corporate, ethical, and collaborative dimensions. Future directions in this field will likely involve a concerted effort towards legal adaptability, global harmonization, educational initiatives, ethical considerations, corporate strategies, and interdisciplinary collaboration. Navigating the evolving landscape of technology and intellectual property demands a forward-looking and collaborative approach that anticipates and responds to the challenges and opportunities that lie ahead.

BIBLIOGRAPHY:

1. Vig, S. (2022). Intellectual property rights and the metaverse: An Indian perspective. *The Journal of World Intellectual Property*. Article e12249. <https://doi.org/10.1111/jwip.12249>.
2. Witek, R. (2005). Ethics and patentability in biotechnology. *Science and Engineering Ethics*, (11.1), pp.105–111. Article e11948-005-0062-8, <https://doi.org/10.1007/s11948-005-0062-8>.
3. Singh, H. B., Jha, A., & Keswani, C. (2016). Intellectual property issues in biotechnology. CABI eBooks. pp. 1-264. <https://doi.org/10.1079/9781780646534.0000>.
4. Dagne, T. (2012). The Protection of Traditional Knowledge in the Knowledge Economy: Cross-Cutting Challenges in International Intellectual Property Law. *International Community Law Review*, (14.2), pp. 137–178. Article e187197312x633478. <https://doi.org/10.1163/187197312x633478>.
5. Chimuka, G. (2019). Impact of artificial intelligence on patent law. Towards a new analytical framework – [the Multi-Level Model]. *World Patent Information*, pp. 59, Article e101926. <https://doi.org/10.1016/j.wpi.2019.101926>.
6. Wang, J., Wang, S., Guo, J., Du, Y., Cheng, S., & Li, X. (2019). A Summary of Research on Blockchain in the Field of Intellectual Property. *Procedia Computer Science*, 147, 191–197. Article e2019.01.220. <https://doi.org/10.1016/j.procs.2019.01.220>.
7. Bhuyan, B. K., Unni, V. K., Saha, R., Agarwal, A., V Premnath, S Sivaram, & Gupta, A. K. (2008). Emerging IPR Consciousness in India: Strengthening IP and Open Source Systems of Technological Innovations. *Vikalpa*, 33(2), 71–86 Article e0256090920080206. <https://doi.org/10.1177/0256090920080206>.
8. Billette de Villemeur, E., Ruble, R., & Versaevel, B. (2019). Dynamic competition and intellectual property rights in a model of product development. *Journal of Economic Dynamics and Control*, 100, pp.270–296. Article e2018.11.009. <https://doi.org/10.1016/j.jedc.2018.11.009>.
9. Kowalski, P., Rabaioli, D., & Vallejo, S. (2017). International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications. *OECD Trade Policy Papers*, (206), pp. 1-85 Article e18166873. <https://doi.org/10.1787/18166873>.

PECULIARITIES OF THE DISPOSAL OF PROPERTY OWNED BY THE JUVENILE

Ana Gurieli

Doctor of law, Assistant Professor, Caucasus International University, Lawyer, Georgia

ABSTRACT

The continuous improvement of the legislation, especially when the issue concerns the disposal of the property owned by the juvenile, should be evaluated as an expression of public and private interests. After all, the well-being of each participant in the civil turnover, including juveniles, significantly depends on the perfection of the legal framework, the correct formation, and the implementation of which guarantees the stability and satisfaction of their interests. In modern legal systems, each subject of law should have the opportunity to analyze the norms and, as necessary, use the means of protection of the rights. Despite this, the substantive regulation of the issue in Georgia, as well as the provision of fast and accessible forms of solution to the issue in the relevant direction from the procedural point of view, remains a challenge.

Therefore, it is considered essential to improve the norms of the Civil Code of Georgia, which increases the risks of non-uniform interpretation of the norms related to the disposal of property owned by the juvenile. This significantly leads to eliminating both legislative gaps and indistinctness in practice. In addition, procedural legal regulation harmonized with international development trends about issues related to the disposal of juvenile property will significantly determine the proper functioning of the court system, contributing to the perfection of the system of the means of dispute resolution existing throughout the state.

KEYWORDS: Legislation, Family, Court

INTRODUCTION

Legislation in any field of law is usually the result of the existing state policy about the relevant issue. It can be said that each issue regulated by law is administered based on its political and legal weight. In a specific period, the legislator responds to the actual legal problem by establishing legal mechanisms to protect the proper rights. However, the provisions of the law may allow different interpretations. The definition of legal norms is important in this process because it involves clarifying its content – to determine what the legislator has woven into it.¹

After ratifying the Convention on the Rights of the Child on November 20, 1989, Georgia was obliged to provide the child with the protection and care necessary for his well-being. Actually, by adopting the mentioned Convention, the General Assembly of the United Nations put an end to almost ten years of discussion regarding the possible results of adopting the Convention and its positive aspects.² It has been noted that the state Parties to the Convention shall consider the rights and duties of the parents, representatives, or other responsible persons by law and shall take all appropriate legislative and administrative measures for this purpose (the second part of Article 3 of the Convention).

It should be noted that the convention contains the most general provisions about the protection of children's rights and establishes goals but does not contain regulations about the mechanisms for enforcing the provisions.³ Therefore, it is logical that the legislative framework of child protection existing throughout the state of Georgia has not been considered to be perfect until the Code on the Rights of the Child was adopted in 2019, which finally helped the process of forming a unified, systematic vision of the protection of child rights. By adopting the Code on the Rights of the Child, Georgia attempted

to get closer to international approaches in the relevant field to harmonize the legislation with the relevant standards. A number of legislative changes have been made, including changes to the Civil Code, so that such actions would not or could not be carried out, which would create a substantial threat to the legal interests of a juvenile and, upon reaching the age of majority, she/he would be deprived of the opportunity to restore the violated rights.

According to the current regulations in Georgia, in civil legal relationships, a juvenile is also considered alongside a legally capable and effective person, who, taking into account certain peculiarities, can also participate in the relationships in civil turnover—the person having civil rights and duties. However, civil legislation offers a specific regulation about the issue, which is determined by maintaining the stability of the civil turnover. Despite that, the perfect functioning of the state-wide justice system in Georgia, from the point of view of protecting the property rights of juveniles, remains challenging. Despite the efforts to improve the civil legislation, it contains vagueness, which increases the risks of misinterpretation of the legislation theoretically and practically. Taking into account the relevance of the issue, the structure of the regulatory norms existing in the relevant direction is discussed in the paper. The correct perception of norms and proper application in judicial practice are discussed. It explains how the grounds for the disposal of the active estate owned by the juvenile should be perceived and what their legal aspects are. As a methodological basis of the paper, general scientific-historical and, special-normative and comparative legal research methods are used.

1. DISPOSAL OF THE PROPERTY OWNED BY THE JUVENILE, AS PART OF THE UNIFIED SYSTEM OF THE NORMS THAT REQUIRE PERMISSION

From the point of view of civil law, in the legal systems of modern states, the issue of protection of property rights of the juvenile, at least at the

1 Khubua, G. (2015). Theory of Law. Tbilisi. 149.

2 Leblanc, J. (1991). The Convention on the Rights of the Child – Current Legal Developments, Leiden Journal of International Law. 281.

3 Engle, E. (2011). The Convention on the Rights of the Child. Law journal QLR 29. 793.

level of theoretical declaration, takes an important place.⁴ Today, it is recognized that a child has separate and independent property from his / her parents.⁵ The need to act in accordance with the best interests of the child is a principle on which family relations are based. However, from a practical point of view, this principle is abstract and theoretical.⁶ The mentioned connects psychoanalytics and public policy.⁷

It should be noted that the first part of Article 63 of the Civil Code of Georgia, from the time when the Civil Code of Georgia came into effect, indicated the need to consider the interest of a juvenile when concluding an agreement and linked the validity of the contract to the fact of getting benefits by the juvenile. The mentioned issue was determined by the decision of the juvenile's legal representatives, which belonged to the subjective category. Therefore, considering only the relevant issue, making an objective and complete assessment was impossible. Vague, subjective, and general circumstances could be the circumstances that could be considered to have been beneficial for a juvenile. As a result of adopting the Code on Children's Rights, the mentioned issue was regulated, and the need to match the agreement's content with the juvenile's best interests has been determined at the legislative level. And since 2020, the second part of Article 183 of the Civil Code of Georgia has been amended, according to which "An immovable thing owned by a child may be disposed of by his/her parent or other legal representative in the best interests of the child, based on the consent of the court". So, based on the mentioned norm, the subject of judicial research is the determination of the circumstances if the alienation of the immovable object is de-

rived from the child's best interests.

Changes have also been made in the cases of concluding a contract regarding the movable materials. In Article 186 of the Civil Code of Georgia, it has been stipulated that the disposal of the movable object of a value of more than 1,000 GEL owned by a child, by his parent or other legal representatives, is possible only based on the approval of the court, taking into account the best interests of the child. In relation to the issue, it should be noted that the Civil Code of Georgia does not define the legal definition of the term movable object, unlike, for example, the German Civil Code, according to which "objects according to this law are considered to be only physical objects". According to the opinion existing in the legal literature, objects are impersonal, divisible, subject to the domination of persons, separated by nature and physically united things.⁸ Considering the above, if we interpret the specified norm of the Civil Code of Georgia in a literal sense, its effect should not be extended to assets worth more than 1000 GEL, which does not meet the definition of a movable object.

It should be emphasized that in practice, an interesting case of giving consent to the disposal of movable property of the juvenile is the disposal of the financial resources placed on the deposit. This type of case has been reviewed by the courts several times.⁹ Although the legislation does not unequivocally require the presence of court approval for the mentioned issue, and the deposit/account does not belong to the category of movable property, in accordance to the practice established in Georgia in recent years, the presence of a court decision of the appropriate content is required by the banking institutions, to dispose of the financial resource existing on account of a juvenile. Accordingly, it is clear that the current edition of the norm does not reflect the content of its use in practice, and in fact, its definition is much broader.

Accordingly, as a result of the analysis of the

4 Omerspahic, Z. (2018). Child Property Rights – A Child as a Shareholder. *South East European Law Journal* (See Law Journal). 48.

5 Albayrak, S. (2018). Freely Disposable Property of Child. *Selcuk Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi*. 444.

6 Ionescu, R. (2021). The Best Interests of the Child, *Annals of "Dunarea de Jos"*. University of Galati: Legal Science. 79.

7 Freeman, M. (1997). The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children? *International Journal of Law, Policy and the Family*. 360.

8 Zoidze, B. (2003). *Georgian civil law*. Tbilisi, 26-28.

9 Jugheli, T., Makhatadze, N. 2023. Current challenges of the legislative regulation of the issue of juvenile property disposal. 17.

article, it is determined that the legislator, to ensure the proper protection of the best interests of the child, extended judicial control to the cases of disposal of movable and immovable property and left the cases of the disposal of immaterial property beyond regulation. On the other hand, claims and rights belong to intangible assets (Article 152), the so-called “Incorporeal things”.¹⁰ Prerequisites for recognition of the rights and claims as intangible properties (objects) are a. Turnability – possibility to transfer the active to other persons, b. Material usefulness, c. The right to demand something from another person.¹¹ It is important to state that, the disposal of the request or right owned by the juvenile by the parent may also interfere with his /her legal property interests.

Considering the above, it is possible to say that implementing legislative changes is deemed necessary. In particular, it is desirable to amend Article 186 of the Civil Code of Georgia and to the list of agreements subject to judicial control mentioned in the Civil Code of Georgia, add the disposal of the financial resource existing on the bank account/deposit, if the total amount of the financial resource on the deposit/account exceeds 1000 GEL; Also – disposal of another type of claim or right, if the amount of the claim or right exceeds 1000 GEL. This is necessary to eliminate the ambiguity regarding the definition of the article and the possibility of its possible misinterpretation.

2. THE PROCEDURAL SIDE OF THE ISSUE

According to the abovementioned, it is established that the issue of disposing of the property owned by a juvenile is considered a material legal basis of the requirements, which, in the presence of relevant factual circumstances, is followed by the necessity of court permission for such a transaction (disposal).

Therefore, a special procedural means could have been considered in Georgian legislation to resolve a material-legal issue of a similar nature. However, when applying to the court regarding the issue of the disposal of the property of the juvenile, no special norm regulating this relationship has been developed, which should be considered as a kind of legislative deficiency. Therefore, the practice has been formed as follows: as a rule, the norms established by the Code of Civil Procedure of Georgia are used in this direction, and the issue is considered through undisputed proceedings.

Accordingly, it is important to determine to what extent it is appropriate to transfer issues of the relevant content to the judge for consideration, taking into account that the timely and effective decision of the issues related to the disposal of the property owned by the juvenile has critical importance; In addition, it is also known that the Georgian justice system is overloaded and the procedural deadlines are significantly violated. Therefore, it is important to assess the issue; if it would be possible to delegate the relevant authority to consider the cases to another official, that would also complete the chain of justice and, to some extent, relieve the courts of this particular type of cases. This could be evaluated as an attempt to reduce the flow of court cases with adequate legal instruments that would ultimately improve the unified chain of justice operating throughout the state.

For example, German practice should be considered in this direction. It is worth noting that in Germany, the application for permission to dispose of the property of a juvenile is not considered by the judge but by the so-called “Rechtspfleger”.¹² This is a court employee who has a higher legal education, is employed in the justice system according to the established procedure. He/she does not represent a judge but has the competence of a delegated judge based on the

10 Zoidze, B. (2003). Georgian civil law. Tbilisi, 46.

11 Chanturia, L. (2011). Interdiction part of civil law. Tbilisi. 54.

12 [Wirtschaftslexikon.gabler.de](https://www.wirtschaftslexikon.gabler.de) [25.12.2020]. Wolfsteiner in MünchKomm. zur ZPO. 6 Auf. 2020, §724 Rn. 21. See: Burduli, I. (2020). For the issue of disposal of real estate owned by a juvenile by a parent. Journal of Comparative Law, 25.

legislation.¹³ The establishment of a relevant legal institution in Germany has been caused by the fact that the judges have been overloaded with cases. With the instances having a complex nature, they had to consider many cases of a less complex nature. Therefore, from 1909, part of the judge's powers have been transferred to the "Rechtspfleger". This was first regulated based on administrative orders and then on a special law adopted in 1957. Today, representatives of the mentioned profession perform their activities independently and based on the law.¹⁴ However, it is clear that they do not enjoy the same standards of independence established for judges.¹⁵ In fact, they replace the judge in relation to the specific issues to be decided by the court. For example, in the field of family law, they consider the cases having the following content: about the appointment of a legal representative, establishing paternity, and discussing the issues related to adoption.¹⁶ They consider cases related to the registration of property, real estate, and a number of commercial cases,¹⁷ also – about the enforcement procedures.¹⁸

These officials are not assistants of the judge but work parallel to them and are responsible for making independent decisions regarding the cases within their competence.¹⁹ An institution similar to the one mentioned also operates in Austria, where the powers of relevant officials

are even wider.²⁰ Also: in Estonia, Poland, Czech Republic, Slovenia, Bosnia-Herzegovina,²¹ Belgium, Finland, France, Hungary, Italy, Luxembourg, Spain, Sweden.²²

In the states where this position has been introduced, it is considered an important contribution to the administration of justice. Although the scope of powers delegated varies in each state, as a rule, the approach to the following issues is uniform: 1. Cases of a specific content subordinated to the court are handed over to the mentioned officials for consideration. 2. Any person who wishes to work in the proper position must satisfy the criteria established by national legislation related to education and qualifications. It should also be emphasized that in 1995, a model statute was adopted in Spain to regulate the activities of relevant officials.²³

Considering the above, introducing a similar status in the Georgian judicial system would be evaluated as a regulation harmonized with international development trends. It would significantly help the consideration of juvenile cases in court proceedings and contribute to overcoming the challenges in the judicial system. It will contribute to perfecting the judicial system and form an efficient and flexible one.

Timely resolution of the cases is important to the extent that justice that cannot be achieved within a reasonable period is unattainable.²⁴ Additionally, the question of access to justice, which has become relevant since the 60s of the last century, is still a subject of global discussion.²⁵ Among them, it is relevant in Georgia.

13 Burduli, I., (2020). For the issue of disposal of real estate owned by a juvenile by a parent. *Journal of Comparative Law*. 21.

14 Thomas, K. (2014). *German Rechtspfleger*. Germany, 2.

15 Schack, H. (1993). *Private Lawyers in Contemporary Society: Germany International Association of Legal Sciences Symposium: National Reports Case*. *Western Reserve Journal of International Law*. 188.

16 Kappl, T. (2016). *Strong Justice for a Strong Europe: A European Rechtspfleger*. *International Journal for Court Administration*. 1.

17 Fenge, H., Cramer-Frank, B., Westphal, Th. (1995). *Remedies concerning Enforcement of Foreign Judgements*. *Legal Education and Training in Europe*. 108.

18 Oberhammer, P. (2006). *Civil Enforcement in Austria*. *European Business Law Review*. 595.

19 Holvast, N. (2014). *Considering the Consequences of Increased Reliance on Judicial Assistants: A Study on Dutch Courts*. *International Journal of the Legal Profession*. 39-60.

20 Van der Weide, J. (2020). *Remedies concerning Enforcement of Foreign Judgements*. *Common Market Law Review*. 610-611.

21 Thomas, K. (2014). *German Rechtspfleger*. Germany. 16.

22 Arkuszewska, A. (2012). *Jurisdictional Status of the Polish Rechtspfleger*. *Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia*. 7.

23 Kapp, Th. (2009). *A European Rechtspfleger for the European Union*. *International Journal for Court Administration*. 61.

24 Cappelletti, M., Garth, B. (1978). *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. *Buffalo Law Review*. 190.

25 Buxton, T. (2002). *Foreign Solutions to the U.S. Pro Se Phenomenon*. *Case Western Reserve Journal of International Law*. 103.

Therefore, it would be a useful innovation to propose appropriate regulation. After all, private law should reflect and serve the implementation of public policy.²⁶

CONCLUSION

Within the framework of the work, it has been confirmed that it is important to excel in the norms of the Civil Code of Georgia, which regulates the issue related to the disposal of property owned by juveniles. The issue is noteworthy both – from a substantive and procedural point of view. In the presence of an imperfect legal base in Georgia, the issue is subject to revision and analysis. Within the framework, it was determined that considering the unification process of law, it is relevant to excel the national legislation in the relevant direction. In addition, the law-making process should not be carried out by the automatic reception of any universal act in the mentioned field. It is necessary to analyze the existing reality in Georgia and consider the successful practices of other states. As a result of the mutual reconciliation of approaches, an adequate solution to the issue is offered. It is con-

sidered necessary to implement not episodic but fundamental legislative changes. This includes the reasoned convergence of the Georgian Law Institute and ensuring its compliance with the standards of leading democratic values-oriented legal systems.

In particular, it is desirable to amend Article 186 of the Civil Code of Georgia and to add to the list of the contracts subject to judicial control – the disposal of the financial resource on the bank account/deposit if the total amount of the money on the deposit/account exceeds 1000 GEL; Also – disposal of another type of claim or rights, if the amount of the claim or right exceeds 1000 GEL. This is necessary to eliminate the existing ambiguity regarding the definition of the article and the possibility of possible misinterpretation.

In addition, it is desirable that the category of the cases related to the disposal of the property of a juvenile should not be considered by judges, but in this direction, the practice of several European states should be taken into account, where the permission for the disposal of the property of a juvenile is considered by an official so-called “Rechtspfleger”.

Implementing the mentioned changes will enhance Georgian law and ensure its compliance with the standards of the leading democratic values-oriented legal systems. This will eliminate legislative gaps and ambiguities in practice.

26 Singer, J. (2023). The Right to Have Property A Presumption of “Possible”. *Texas A&M Law Review*. 716.

BIBLIOGRAPHY:

Normative acts:

1. The civil procedure code of Georgia. <https://www.matsne.gov.ge> (In Georgian).
2. The civil code of Georgia. <https://www.matsne.gov.ge> (In Georgian).

Scientific literature:

3. Burduli, I. (2020). For the issue of disposal of real estate owned by a juvenile by a parent. *Journal of Comparative Law*.
4. Zoidze, B. (2003). *Georgian civil law*. Tbilisi.
5. Chanturia, L. (2011). *Interdiction part of civil law*. Tbilisi.
6. Khubua, G. (2015). *Theory of Law*. Tbilisi.
7. Jugheli, T. Makhatadze, N. 2023. *Current challenges of the legislative reg-*

- ulation of the issue of juvenile property disposal. Tbilisi.
8. Albayrak, S. (2018). Freely Disposable Property of Child. Selcuk Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi.
 9. Arkuszewska, A. (2012). Jurisdictional Status of the Polish Rechtspfleger. *Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia*.
 10. Buxton, T. (2002). Foreign Solutions to the U.S. Pro Se Phenomenon. *Case Western Reserve Journal of International Law*.
 11. Cappelletti, M., Garth, B. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*.
 12. Engle, E. (2011). The Convention on the Rights of the Child. *Law Journal QLR* 29.
 13. Fenge, H., Cramer-Frank B., Westphal Th. (1995). Remedies concerning Enforcement of Foreign Judgements. *Legal Education and Training in Europe*.
 14. Freeman, M. (1997). The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children? *International Journal of Law, Policy and the Family*.
 15. Holvast, N. (2014). Considering the Consequences of Increased Reliance on Judicial Assistants: A Study on Dutch Courts. *International Journal of the Legal Profession*.
 16. Kapp, Th. (2009). A European Rechtspfleger for the European Union. *International Journal for Court Administration*.
 17. Kappl, T. (2016). Strong Justice for a Strong Europe: A European Rechtspfleger. *International Journal for Court Administration*.
 18. Leblanc, J. (1991). The Convention on the Rights of the Child – Current Legal Developments. *Leiden Journal of International Law*.
 19. Ionescu, R. (2021). The Best Interests of the Child, *Annals of “Dunarea de Jos”*. University of Galati: Legal Science.
 20. Oberhammer, P. (2006). Civil Enforcement in Austria. *European Business Law Review*.
 21. Omerspahic, Z. (2018). Child Property Rights – A Child as a Shareholder. *South East European Law Journal (See Law Journal)*.
 22. Schack, H. (1993). Private Lawyers in Contemporary Society: Germany International Association of Legal Sciences Symposium: National Reports Case. *Western Reserve Journal of International Law*.
 23. Singer, J. (2023). The Right to Have Property A Presumption of “Possible”. *Texas A&M Law Review*.
 24. Thomas. K. (2014). German Rechtspfleger. *Germany*.
 25. Van der Weide, J. (2020). Remedies concerning Enforcement of Foreign Judgements. *Common Market Law Review*.

არასრულწლოვანის საკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვის თავისებურებები

ანა გურიელი

სამართლის დოქტორი, აველირებული ასისტენტ
პროფესორი, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი,
ადვოკატი, საქართველო

აბსტრაქტი

სახელმწიფოს მასშტაბით მოქმედი კანონმდებლობის მუდმივი სრულყოფა, მით უფრო იმ პირობებში, როდესაც საკითხი არასრულწლოვანის საკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვას ეხება, საჯარო და კერძო ინტერესების გამოხატულებად უნდა შეფასდეს. სამოქალაქო ბრუნვის თითოეული მონაწილის და, მათ შორის, არასრულწლოვანთა კეთილდღეობა ხომ მნიშვნელოვნადაა დამოკიდებული საკანონმდებლო ბაზის სრულყოფაზე, რომლის სწორი ფორმირება და ამოქმედება სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობისა და სამართლის სუბიექტთა ინტერესთა დაკმაყოფილების გარანტიებს ქმნის. სამართლის თანამედროვე სისტემებში სამართლის თითოეულ სუბიექტს უნდა გააჩნდეს შესაძლებლობა, მოახდინოს ნორმათა ანალიზი და, საჭიროებისამებრ, გამოიყენოს უფლების დაცვის საშუალებანი. ამის მიუხედავად, საქართველოში საკითხის მატერიალურსამართლებრივი მოწესრიგება, ისევე როგორც შესაბამისი მიმართულებით საპროცესოსამართლებრივი თვალსაზრისით საკითხის გადაწყვეტის სწრაფი და ხელმისაწვდომი ფორმების შეთავაზების უზრუნველყოფა, გამოწვევად რჩება.

ამიტომ მნიშვნელოვნად მიიჩნევა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის იმ ნორმათა სრულყოფა, რომლებიც ზრდის

არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვასთან დაკავშირებული ნორმების არაერთგვაროვანი ინტერპრეტირების რისკებს. აღნიშნული მნიშვნელოვნად განაპირობებს როგორც საკანონმდებლო ხარვეზების, აგრეთვე, პრაქტიკაში არსებული ბუნდოვანების აღმოფხვრას. ამასთან, არასრულწლოვანთა ქონების განკარგვასთან დაკავშირებულ საკითხებთან მიმართებით საერთაშორისო განვითარების ტენდენციებთან ჰარმონიზირებული საპროცესოსამართლებრივი რეგულირების არსებობა მნიშვნელოვნად განსაზღვრავს ერთიანი სასამართლო სისტემის გამართულ ფუნქციონირებას.

საკვანძო სიტყვები: კანონმდებლობა, ოჯახი, სასამართლო

შესავალი

სამართლის ნებისმიერ დარგში სახელმწიფოს მასშტაბით მოქმედი კანონმდებლობა, როგორც წესი, შესაბამის საკითხთან მიმართებით არსებული სახელმწიფო პოლიტიკის ნაყოფია. შეიძლება ითქვას, სამართლით რეგულირებული თითოეული საკითხი, პოლიტიკურსამართლებრივი წონიდან გამომდინარე, რეგულირდება. დროის კონკრეტულ მონაკვეთში აქტუალურ სამართლებრივ პრობლემას კანონმდებელი უფლებათა დაცვის საკანონმდებლო მექანიზმების ჩამოყალიბებით პასუხობს. თუმცა კანონში მოცემული დებულებები შესაძლებელია იძლეოდეს ურთიერთგანსხვავებული ინტერპრეტაციის შესაძლებლობას. სამართლის ნორმების განმარტება კი ამ პროცესში მნიშვნელოვანია, რამეთუ გულისხმობს მისი შინაარსის გარკვევას, ე.ი. იმის დადგენას თუ რა ჩააქსოვა მასში კანონმდებელმა.¹

1989 წლის 20 ნოემბერის ბავშვთა უფლებების შესახებ კონვენციის რატიფიცირებით საქართველოს სახელმწიფოს დაეკისრა ვა-

ლდებულება უზრუნველყოს ბავშვი ისეთი დაცვითა და ზრუნვით, როგორც საჭიროა მისი კეთილდღეობისათვის. რეალურად, აღნიშნული კონვენციის მიღებით, გაერთიანებული ერების გენერალურმა ანსამბლემ ამ წერტილი დაუსვა თითქმის ათწლიან დისკუსიას კონვენციის მიღების შესაძლო შედეგებთან და მის დადებით მხარეებთან დაკავშირებით.² აღინიშნა, რომ კონვენციის მონაწილე სახელმწიფოები გაითვალისწინებენ მისი მშობლების, მეურვეების ან კანონით მისთვის პასუხისმგებელი სხვა პირების უფლებებსა და მოვალეობებს და ამ მიზნით მიმართავენ ყველა შესაბამის საკანონმდებლო და ადმინისტრაციულ ზომას (კონვენციის მე-3 მუხლის მეორე ნაწილი).

აღსანიშნავია, რომ შინაარსობრივი თვალსაზრისით, კონვენცია შეიცავს ბავშვთა უფლებების დაცვის შესახებ უზოგადეს დებულებებს, აყალიბებს მიზნებს, თუმცა არ შეიცავს რეგულირებას მასში გათვალისწინებული დებულებების აღსრულების მექანიზმების შესახებ.³ შესაბამისად, ლოგიკურია, რომ საქართველოს სახელმწიფოს მასშტაბით მოქმედი ბავშვთა დაცვის საკანონმდებლო ბაზა არ ითვლებოდა სრულყოფილად 2019 წლამდე, როდესაც მიიღეს ბავშვთა დაცვის კოდექსი, რითაც საბოლოოდ ჩამოყალიბდა ბავშვის უფლებათა დაცვის ერთიანი, სისტემური ხედვა. ბავშვის უფლებათა კოდექსის მიღებით საქართველომ გამოავლინა მცდელობა – დაახლოვებოდა შესაბამის სფეროში მოქმედ საერთაშორისო მიდგომებს; მოეხდინა შესაბამის სტანდარტებთან კანონმდებლობის ჰარმონიზება. განხორციელდა რიგი საკანონმდებლო ცვლილებებისა, მათ შორის, სამოქალაქო კოდექსში, რათა არ ან ვერ იქნეს განხორციელებული იმგვარი ქმედებები, რომლებიც არასრულწლოვნის კანონიერ ინტერესებს არსებით საფრთხეს შეუქმნიდა და სრულწლოვანების ასაკს მიღწეული, ის მოკლებული იქნებოდა შესაძლებ-

1 ხუბუა გ., (2015). სამართლის თეორია, თბილისი, 149.

2 Leblanc J., (1991). The Convention on the Rights of the Child – Current Legal Developments, Leiden Journal of International Law, 281.

3 Engle E., (2011). The Convention on the Rights of the Child, law journal QLR 29 QLR, 793.

ლობას – აღედგინა დარღვეული ხელყოფილი უფლებები.

მიმდინარე დროისათვის არსებული რეგულირებით, საქართველოს მოქმედი სამოქალაქო კანონმდებლობით, სამოქალაქოსამართლებრივ ურთიერთობაში უფლებაუნარიანი და ქმედუნარიანი პირის გვერდით მოიაზრება არასრულწლოვანიც, რომელიც გარკვეული თავისებურების გათვალისწინებით, ასევე, შეიძლება იყოს სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილე. აგრეთვე – სამოქალაქო უფლებისა და მოვალეობის მატარებელი. თუმცა სამოქალაქო კანონმდებლობა მასთან მიმართებით სპეციფიურ რეგულირებას გთავაზობს, რაც ზემოაღნიშნული და სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობის შენარჩუნების მიზნებით მართლდება. აღნიშნულის მიუხედავად, საქართველოში სახელმწიფოს მასშტაბით მოქმედი მართლმსაჯულების განმახორციელებელი სისტემის სრულყოფილი ფუნქციონირება, არასრულწლოვანთა ქონებრივი უფლებების დაცვის თვალსაზრისით, ჯერ კიდევ გამომწვევად რჩება. მიუხედავად კანონმდებლობის სრულყოფის მცდელობისა, სამოქალაქო კანონმდებლობა შეიცავს ბუნდოვანებას, რაც როგორც თეორიული, აგრეთვე, პრაქტიკული მიმართულებით ზრდის კანონმდებლობის არასწორი ინტერპრეტირების რისკებს. საკითხის აქტუალობის გათვალისწინებით, ნაშრომის ფარგლებში განიხილება შესაბამისი მიმართულებით მოქმედ საკანონმდებლო მომწესრიგებელ ნორმათა სტრუქტურა. ნორმათა მართებული აღქმის და სასამართლო პრაქტიკაში სწორად გამოყენების საკითხები. განიხილება, თუ როგორ უნდა იყოს აღქმული არასრულწლოვანის საკუთრებაში არსებული მოძრავი ქონების განკარგვა და მასთან დაკავშირებული სამართლებრივი ასპექტები.

ნაშრომის მეთოდოლოგიურ საფუძვლად გამოყენებულია როგორც ზოგადმეცნიერული – ისტორიული, აგრეთვე, სპეციალური – ნორმატიული და შედარებითსამართლებრივი კვლევის მეთოდები.

1. არასრულწლოვანის საკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვა, როგორც ნებართვასაშუალებული ნორმათა ერთიანი სისტემის ნაწილი

სამოქალაქოსამართლებრივი თვალსაზრისით, თანამედროვე სახელწიფოთა სამართლის სისტემებში არასრულწლოვანის ქონებრივი უფლებების დაცვის საკითხი, თეორიული დეკლარირების დონეზე მაინც, მნიშვნელოვან ადგილს იკავებს.⁴ დღეისათვის აღიარებულია, რომ ბავშვს გააჩნია მშობლისაგან განცალკევებული და დამოუკიდებელი საკუთრება.⁵ ბავშვის საუკეთესო ინტერესების შესაბამისად მოქმედების აუცილებლობა კი არის პრინციპი, რომელსაც ეფუძნება საოჯახო ურთიერთობები. თუმცა პრაქტიკული თვალსაზრისით, ეს პრინციპი აბსტრაქტული და თეორიულია.⁶ აღნიშნული რეალურად აკავშირებს ფსიქოანალიტიკასა და საჯარო პოლიტიკას.⁷

აღსანიშნავია, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 63-ე მუხლის პირველი ნაწილი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ამოქმედების დროიდან მიუთითებდა არასრულწლოვანის ინტერესის გათვალისწინების აუცილებლობის შესახებ გარიგების დადებისას და გარიგების ნამდვილობას უკავშირებდა არასრულწლოვანის მიერ სარგებლის მიღებას. აღნიშნული საკითხი ფასდებოდა არასრულწლოვანის კანონიერი წარმომადგენლების სუბიექტური გადაწყვეტილებით, რაც შეფასებით კატეგორიას განეკუთვნება. შესაბამისად, მარტოოდენ შესაბამისი მუხლის მხედველობაში მიღე-

4 Omerspahic Z., (2018). Child Property Rights – A Child as a Shareholder, South East European Law Journal (SEE Law Journal), 48.
5 Albayrak S., (2018). Freely Disposable Property of Child, Selcuk Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi, 444.
6 Ionescu R., (2021). The Best Interests of the Child, Annals of “Dunarea de Jos” University of Galati: Legal Scien, 79.
7 Freeman M., (1997). The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?, International Journal of Law, Policy and the Family, 360.

ბით, შეუძლებელი იყო საკითხის ობიექტური და სრული შეფასება. ბუნდოვანი, სუბიექტური და ზოგადი შეიძლება ყოფილიყო გარემოება, თუ რა შეიძლება ჩათვლილიყო სასარგებლოდ არასრულწლოვანისათვის. ბავშვის უფლებათა კოდექსის მიღების შედეგად აღნიშნული საკითხი მოწესრიგდა და საკანონმდებლო დონეზე განისაზღვრა არასრულწლოვანის ქონების განკარგვისას მის საუკეთესო ინტერესებთან გარიგების შინაარსის დადგენის აუცილებლობა.

2020 წლიდან კი ცვლილება შევიდა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 183-ე მუხლის მეორე ნაწილშიც, რომლის შესაბამისად, „ბავშვის საკუთრებაში არსებული უძრავი ნივთის მისი მშობლის ან სხვა კანონიერი წარმომადგენლის მიერ განკარგვა დასაშვებად მიიჩნევა ბავშვის საუკეთესო ინტერესების შესაბამისად, სასამართლოს თანხმობის საფუძველზე“. ამდენად, აღნიშნული ნორმიდან გამომდინარე, სასამართლო კვლევის საგანს წარმოადგენს იმ გარემოების დადგენა, რამდენად გამომდინარეობს უძრავი ნივთის გასხვისება არასრულწლოვანი ბავშვის საუკეთესო ინტერესებიდან.

ცვლილება განხორციელდა მოძრავ ნივთებთან დაკავშირებით გარიგების დადების შემთხვევებთან მიმართებითაც და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 186-ე მუხლში მიეთითა, რომ ბავშვის საკუთრებაში არსებული 1 000 ლარზე მეტი ღირებულების მოძრავი ნივთის მისი მშობლის ან სხვა კანონიერი წარმომადგენლის მიერ განკარგვა დასაშვებია ბავშვის საუკეთესო ინტერესების შესაბამისად სასამართლოს თანხმობის საფუძველზე. დასმულ საკითხთან მიმართებით აღსანიშნავია, რომ ნივთების ლეგალურ დეფინიციას საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი არ იცნობს, განსხვავებით, მაგალითად, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსისაგან, რომლის თანახმად, „ნივთებს ამ კანონის თანახმად წარმოადგენენ მხოლოდ სხეულებრივი საგნები“. იურიდიულ ლიტერატურაში არსებული შეხედულების თანახმად, ნივთები პიროვნულობას მოკლებული, ბრუნვაუნარიანი, პირთა ბატონობას დაქ-

ვემდებარებული, ნატურით გამიჯნული და სხეულებრივად ერთიანი საგნებია.⁸ აღნიშნულის გათვალისწინებით, თუკი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მითითებულ ნორმას სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობით განვმარტავთ, მისი მოქმედება არ უნდა გავრცელდეს 1000 ლარზე მეტი ღირებულების ისეთ აქტივზე, რომელიც მოძრავი ნივთის დეფინიციას არ აკმაყოფილებს.

საზგასასმელია, რომ პრაქტიკაში მოძრავი ნივთის განკარგვაზე თანხმობის გაცემის საინტერესო შემთხვევას წარმოადგენს საბანკო დაწესებულებაში არსებული საბავშვო ანაბრის გაუქმების და ანაბარზე განთავსებული თანხის განკარგვის შემთხვევა, რომელიც არაერთხელ იქნა განხილული საერთო სასამართლოების მიერ.⁹ მიუხედავად იმისა, რომ კანონმდებლობა დასახელებული საკითხისათვის ერთმნიშვნელოვნად არ მოითხოვს სასამართლო თანხმობის არსებობას და ამასთან, ანაბარი/ანგარიში, ცხადია, მოძრავ ნივთთა კატეგორიას არ განეკუთვნება, საქართველოში უკანასკნელი წლების განმავლობაში დამკვიდრებული პრაქტიკის შესაბამისად, არასრულწლოვანის ანგარიშზე არსებული თანხის განკარგვისათვის საბანკო დაწესებულების მიერ მოითხოვება შესაბამისი შინაარსის სასამართლო გადაწყვეტილების არსებობა. შესაბამისად ნათელია, რომ ნორმის არსებული რედაქცია არ ასახავს პრაქტიკაში მისი გამოყენების შინაარსს და, რეალურად, მისი განმარტება მეტად ფართოდ ხდება.

შესაბამისად, განსახილველი მუხლების ანალიზის შედეგად დგინდება, რომ კანონმდებელმა ბავშვის საუკეთესო ინტერესების სათანადოდ დაცვის უზრუნველსაყოფად სასამართლო კონტროლი გაავრცელა მოძრავი და უძრავი ნივთების განკარგვის შემთხვევებზე და რეგულირების მიღმა დატოვა არამატერიალური ქონებრივი სიკეთის განკარგვის შემთხვევები. თავის მხრივ,

8 ზოიძე ბ., 2003. ქართული სანივთო სამართალი, თბილისი, 26-28.

9 ჯუღელი თ., მახათაძე ნ., 2023. ბავშვის ქონების განკარგვის საკითხის საკანონმდებლო მოწესრიგების არსებული გამოწვევები, თბილისი, 17.

არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეებს განეკუთვნება მოთხოვნები და უფლებები (152-ე მუხლი), ე.წ. „უსხეულო ნივთები“¹⁰ უფლებებისა და მოთხოვნების არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთედ, ე.ი. ობიექტებად აღიარების წინაპირობებია: ა. ბრუნვანარიანობა – სხვა პირთათვის გადაცემის შესაძლებლობა; ბ. მატერიალური სარგებლიანობა; გ. სხვა პირისაგან რაიმეს მოთხოვნის უფლება.¹¹ აღნიშნული განსახილველ კონტექსტში მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც მშობლის მიერ არასრულწლოვნის მოთხოვნის ან უფლების განკარგვა შესაძლებელია, აგრეთვე, ხელყოფდეს მის კანონიერ ქონებრივ ინტერესებს.

ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, შესაძლებელია ითქვას, რომ აუცილებლად მიიჩნევა საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელება. კერძოდ, სასურველია ცვლილება იქნეს შეტანილი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 186-ე მუხლში და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებულ, სასამართლო კონტროლს დაქვემდებარებული გარიგებების ჩამონათვალს დაემატოს საბანკო ანგარიშზე/ანაბარზე არსებული თანხის განკარგვა, თუ ანაბარზე/ანგარიშზე არსებული თანხის საერთო მოცულობა აღემატება 1000 ლარს; აგრეთვე – სხვა სახის მოთხოვნის ან უფლების განკარგვა, თუ მოთხოვნის ან უფლების მოცულობა აღემატება 1000 ლარს. აღნიშნული აუცილებელია იმისათვის, რათა აღმოფხვრილი იქნეს არსებული ბუნდოვანება მუხლის განმარტებასთან მიმართებით და შესაძლო არასწორი ინტერპრეტაციის შესაძლებლობა.

2. საკითხის პროცესუალურ-სამართლებრივი მხარე

ზემოაღნიშნულის შესაბამისად დგინდება, რომ არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვის საკითხი

მოთხოვნათა მატერიალურსამართლებრივ საფუძვლად არის ჩამოყალიბებული, რომელიც შედეგობრივი თვალსაზრისით, შესაბამისი ფაქტობრივი გარემოებების არსებობისას, მოიაზრებს მსგავს გარიგებაზე (განკარგვაზე) სასამართლოს ნებართვის არსებობის აუცილებლობას. ამიტომ, მსგავსი ხასიათის მატერიალურსამართლებრივი საკითხის გადასაწყვეტად სპეციალური პროცესუალური საშუალება შესაძლებელია ყოფილიყო გათვალისწინებული საპროცესო კანონმდებლობით. თუმცა, არასრულწლოვნის ქონების განკარგვის საკითხთან მიმართებით სასამართლოსათვის მიმართვისას, ამ ურთიერთობის მომწესრიგებელი სპეციალური ნორმა არ ყოფილა შემუშავებული, რაც ერთგვარ საკანონმდებლო ხარვეზად უნდა შეფასდეს. ამიტომ, პრაქტიკა შემდეგნაირად ჩამოყალიბდა: როგორც წესი, ამ მიმართულებით გამოიყენება საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით დადგენილი ნორმები და საკითხი განიხილება უდავო წარმოების გზით.

შესაბამისად, მნიშვნელოვანია განისაზღვროს, თუ რამდენად მართებულია შესაბამისი შინაარსის საკითხების მოსამართლისათვის განსახილველად გადაცემა იმ ფონზე, რომ არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვასთან დაკავშირებული საკითხების დროული და ეფექტიანი გადაწყვეტა კრიტიკული მნიშვნელობის მქონეა; ამასთან ცნობილია ისიც, რომ საქართველოს მართლმსაჯულების განმახორციელებელი სისტემა გადატვირთულია და როგორც წესი, საპროცესო ვადები მნიშვნელოვნად ირღვევა. ამიტომ, მნიშვნელოვანია შეფასდეს საკითხი – ხომ არ იქნებოდა შესაძლებელი შესაბამისი უფლებამოსილების სხვა თანამდებობის პირისათვის დელეგირება, რაც შედეგობრივი თვალსაზრისით სრულყოფდა მართლმსაჯულების განმახორციელებელ ერთიან ჯაჭვს და ამასთან, გარკვეულწილად, განტვირთავდა სასამართლოებს ამ კონკრეტული საქმისწარმოებისაგან. აღნიშნული შესაძლებელია შეფასებულიყო, როგორც ადეკვატური სამართლებრივი ინსტრუმენტებით სასამართლოს საქმის ნაკა-

10 ზოიძე ბ., (2003). ქართული სანივთო სამართალი, თბილისი, 46.
 11 ჭანტურია ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 54.

დის შემცირებაზე შედეგის მიღების მცდელობა, რაც, შედეგობრივი თვალსაზრისით, მოემსახურებოდა სახელმწიფოს მასშტაბით მოქმედი, მართლმსაჯულების განმახორციელებელი ერთიანი ჯაჭვის გაუმჯობესებას.

მაგალითისათვის, ამ მიმართულებით გასათვალისწინებელია გერმანული პრაქტიკა. საყურადღებოა, რომ გერმანიაში განცხადებას არასრულწლოვნის ქონების განკარგვის შესახებ ნებართვის გაცემის თაობაზე განიხილავს არა უშუალოდ მოსამართლე, არამედ ე.წ. Rechtspfleger.¹² ეს გახლავთ სასამართლოს თანამშრომელი, რომელსაც აქვს უმაღლესი იურიდიული განათლება, დადგენილი წესით არის აყვანილი მართლმსაჯულების სისტემაში თანამშრომლად, არ წარმოადგენს მოსამართლეს, მაგრამ, კანონმდებლობიდან გამომდინარე, აქვს დელეგირებული მოსამართლის კომპეტენცია.¹³ შესაბამისი სამართლებრივი ინსტიტუტის ჩამოყალიბება გერმანიაში განაპირობა იმ გარემოებაში, რომ მოსამართლეები იყვნენ გადატვირთულები. სხვა კომპლექსური შინაარსის საქმეებთან ერთად, მათ წარმოებაში იყო მრავალი, შედარებით ნაკლებად კომპლექსური ხასიათის საქმე. ამიტომ, 1909 წლიდან მოსამართლის უფლებამოსილებათა ნაწილი გადაეცა Rechtspfleger-ს. აღნიშნული დარეგულირდა ჯერ ადმინისტრაციული ბრძანებების, ხოლო შემდეგომ სპეციალური კანონის საფუძველზე, რომელიც მიღებული იქნა 1957 წელს. დღესდღეობით, აღნიშნული პროფესიის წარმომადგენლები საქმიანობას ასრულებენ დამოუკიდებლად და კანონის საფუძველზე.¹⁴ თუმცა ცხადია, ისინი არ სარგებლობენ მოსამართლისათვის დადგე-

ნილი დამოუკიდებლობის სტანდარტებით.¹⁵ რეალურად, სასამართლოს მიერ განსახილველ კონკრეტულ საკითხებთან მიმართებით, ისინი ცვლიან მოსამართლეს. მაგალითად, საოჯახო სამართლის მიმართულებით ისინი იღებენ შემდეგი შინაარსის გადაწყვეტილებებს: ნიშნავენ კანონიერ წარმომადგენელს; ახდენენ მამობის დადგენას; განიხილავენ შვილად აყვანასთან დაკავშირებულ საკითხებს;¹⁶ განიხილავენ საქმეებს, რომელიც უკავშირდება ქონებაზე ყადაღის რეგისტრაციას; უძრავ ქონებასთან დაკავშირებულ დარიგ კომერციულ საქმეებს;¹⁷ სააღსრულებო პროცედურებს.¹⁸

აღნიშნული თანამდებობის პირები არ წარმოადგენენ მოსამართლის თანაშემწეებს, არამედ მუშაობენ მათ პარალელურად და არიან პასუხისმგებელნი დამოუკიდებელი გადაწყვეტილების მიღებაზე მათ კომპეტენციაში არსებულ საქმეებთან მიმართებით.¹⁹ აღნიშნულის ანალოგი ინსტიტუტი მოქმედებს ავსტრიაშიც, სადაც შესაბამისი თანამდებობის პირთა უფლებამოსილებები უფრო ფართოა,²⁰ აგრეთვე: ესტონეთში, პოლონეთში, ჩეხეთის რესპუბლიკაში, სლოვენიაში, ბოსნია-ჰერცეგოვინაში.²¹ ბელგიაში, ფინეთში, საფრანგეთში, უნგრეთში, იტალიაში, ლუქსემბურგში, ესპანეთსა და შვედეთში.²²

12 Wirtschaftslexikon.gabler.de [25.12.2020]; სხვათა ნაცვლად კომენტარიდან: Wolfsteiner in MünchKomm. zur ZPO, 6 Auf., 2020, §724 Rn. 21. მითითებულია: მშობლის მიერ არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული უძრავი ქონების განკარგვის საკითხისათვის, შედარებითი სამართლის ჟურნალი, 25.

13 ბურდული ი., (2020). მშობლის მიერ არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული უძრავი ქონების განკარგვის საკითხისათვის, შედარებითი სამართლის ჟურნალი, 21.

14 Thomas K., (2014). German Rechtspfleger, Germany, 2.

15 Schack H., (1993). Private Lawyers in Contemporary Society: Germany International Association of Legal Sciences Symposium: National Reports, Case Western Reserve Journal of International Law, 188.

16 Kappl T., (2016). Strong Justice for a Strong Europe: A European Rechtspfleger, International Journal for Court Administration, 1.

17 Fenge H., Cramer-Frank B., Westphal Th., (1995). Remedies concerning Enforcement of Foreign Judgements, Legal Education and Training in Europe, 108.

18 Oberhammer Paul., (2006). Civil Enforcement in Austria, European Business Law Review, 595.

19 Holvast N., (2014). Considering the Consequences of Increased Reliance on Judicial Assistants: A Study on Dutch Courts, International Journal of the Legal Profession, 39-60.

20 Van der Weide J., (2020). Remedies concerning Enforcement of Foreign Judgements, Common Market Law Review, 610-611.

21 Thomas K., (2014). German Rechtspfleger, Germany, 16.

22 Arkuszewska A., (2012). Jurisdictional Status of the

იმ სახელმწიფოთა მასშტაბით, სადაც ეს თანამდებობა იქნა შემოღებული, აღიარებულია მისი მნიშვნელოვანი წვლილი მართლმსაჯულების განხორციელების პროცესში, თუმცა თითოეულ სახელმწიფოში განსხვავდება მინიჭებულ უფლებამოსილებათა ფარგლები. როგორც წესი, ერთიანია მიდგომა შემდეგ საკითხებთან მიმართებით: 1. აღნიშნულ თანამდებობის პირს განსახილველად გადაეცემა სასამართლოს დაქვემდებარებული კონკრეტული შინაარსის საქმეები; 2. ნებისმიერი პირი, რომელსაც სურს ამ თანამდებობის დაკავება, უნდა აკმაყოფილებდეს შიდა ეროვნული კანონმდებლობით დადგენილ კრიტერიუმებს, რაც უკავშირდება განათლებასა და კვალიფიკაციას. ხაზგასასმელია ისიც, რომ 1995 წელს, ესპანეთში მიღებული იქნა მოდელური წესდება შესაბამისი თანამდებობის პირთა საქმიანობის რეგულირებისათვის.²³

ანალოგიური ან მსგავსი სტატუსის შემოღება საქართველოს სასამართლო სისტემაში ერთმნიშვნელოვნად შეფასდებოდა როგორც საერთაშორისო განვითარების ტენდენციებთან ჰარმონიზირებული რეგულირება და მნიშვნელოვნად განსაზღვრავდა როგორც არასრულწლოვანთა საქმის განხილვის დაჩქარებას სასამართლო საქმისწარმოების პროცესში, აგრეთვე ხელს შეუწყობდა სასამართლო სისტემაში არსებული გამოწვევების დაძლევის შესაძლებლობებს და წაადგებოდა სასამართლო სისტემის სრულყოფის, ეფექტიანი და მოქნილი სისტემის ფორმირების მიზანს.

საქმეთა დროული გადაწყვეტა ხომ მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც სამართალი, რომელიც ვერ მიიღწევა დროის გონივრულ მონაკვეთში, არის მიუღწეველი სამართალი.²⁴ ამასთან, სასამართლოსადმი ხელმისაწვდომობის საკითხი, რაც აქტუა-

ლური გახდა გასული საუკუნის 60-იანი წლებიდან, დღემდე წარმოადგენს გლობალური მსჯელობის საგანს²⁵ და მათ შორის, აქტუალურია საქართველოშიც. ამიტომ, სასარგებლო სიახლე იქნებოდა შესაბამისი რეგულირების შეთავაზება. კერძო სამართალი ხომ უნდა ასახავდეს და ემსახუროდეს საჯარო პოლიტიკის განხორციელებას.²⁶

დასკვნა

ნაშრომის ფარგლებში დადასტურდა, რომ მნიშვნელოვნად მიიჩნევა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის იმ ნორმათა სრულყოფა, რომლებიც არეგულირებს არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვასთან დაკავშირებულ საკითხს. საკითხი საყურადღებოა როგორც მატერიალურსამართლებრივი, აგრეთვე – საპროცესოსამართლებრივი თვალსაზრისით. ესე იგი, საქართველოში არასრულყოფილი საკანონმდებლო ბაზის არსებობის პირობებში, საკითხი გადასინჯვასა და ანალიზს ექვემდებარება. ნაშრომის ფარგლებში ცალსახად განისაზღვრა, რომ სამართლის მზარდი უნიფიკაციის პროცესის კვალდაკვალ, რელევანტურია შესაბამისი მიმართულებით ნაციონალური კანონმდებლობის სრულყოფა. ამასთან, კანონშემოქმედებითი პროცესი არ უნდა ხორციელდებოდეს აღნიშნულ სფეროში რომელიმე უნივერსალური აქტის ავტომატური რეცეფციით. აუცილებელია საქართველოში არსებული რეგულირებისა და სხვა სახელმწიფოების წარმატებული პრაქტიკის ანალიზი, მიდგომათა ურთიერთშეჯერების შედეგად კი საკითხის – ადეკვატური გადაწყვეტის შეთავაზება. საჭიროდ მიიჩნევა არა ეპიზოდური, არამედ საფუძვლიანი საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელება. აღნიშნული მოიაზრებს ქართული სამართლის ინსტიტუტის დასაბუთებულ

Polish Rechtspfleger, Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia, 7.

23 Kapp Th., (2009). A European Rechtspfleger for the European Union, International Journal for Court Administration, 61.

24 Cappelletti M., Garth, B., (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, Buffalo Law Review, 190.

25 Buxton T., (2002). Foreign Solutions to the U.S. Pro Se Phenomenon, Case Western Reserve Journal of International Law, 103.

26 Singer J., (2023). The Right to Have Property A Presumption of "Possible", Texas A&M Law Review, 716.

დაახლოებას და მისი შესაბამისობის უზრუნველყოფას წამყვან, დემოკრატიულ ღირებულებებზე ორიენტირებულ სამართლებრივი სისტემების სტანდარტებთან.

კერძოდ, სასურველია ცვლილება იქნეს შეტანილი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 186-ე მუხლში და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული, სასამართლო კონტროლს დაქვემდებარებული გარიგებების ჩამონათვალს დაემატოს საბანკო ანგარიშზე/ანაბარზე არსებული თანხის განკარგვა, თუ ანაბარზე/ანგარიშზე არსებული თანხის საერთო მოცულობა აღემატება 1000 ლარს; აგრეთვე – სხვა სახის მოთხოვნის ან უფლების განკარგვა, თუ მოთხოვნის ან უფლების მოცულობა აღემატება 1000 ლარს. აღნიშნული აუცილებელია იმისათვის, რათა აღმოფხვრილი იქნეს არსებული ბუნდოვანება მუხლის განმარტებათან მიმართებით და შესაძლო არასწორი ინტერპრეტაციის შესაძლებლობა.

ამასთან, სასურველია არასრულწლოვნის ქონების განკარგვასთან დაკავშირებული კატეგორიის საქმეები დაექვემდებაროს არა მოსამართლეთა მიერ განხილვას, არამედ ამ მიმართულებით გასათვალისწინებელია რიგ ევროპულ სახელმწიფოთა პრაქტიკა, სადაც განცხადებას არასრულწლოვნის ქონების განკარგვის შესახებ ნებართვის გაცემის თაობაზე განიხილავს ისეთი თანამდებობის პირი. როგორცაა ე.წ. Rechtspfleger.

აღნიშნული ცვლილებების განხორციელების შედეგად მიიღწევა ქართული სამართლის ინსტიტუტის დაახლოება და მისი შესაბამისობის უზრუნველყოფა წამყვან, დემოკრატიულ ღირებულებებზე ორიენტირებულ სამართლებრივი სისტემების სტანდარტებთან. აღნიშნული მნიშვნელოვნად განაპირობებს როგორც საკანონმდებლო ხარვეზების, აგრეთვე პრაქტიკაში არსებული ბუნდოვანების აღმოფხვრას.

ბიბლიოგრაფია:

ნორმატიული მასალა"

1. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი. <https://www.matsne.gov.ge> (ქართულად)
2. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი <https://www.matsne.gov.ge> (ქართულად)

გამოყენებული ლიტერატურა:

1. ბურდული ი., (2020). მშობლის მიერ არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული უძრავი ქონების განკარგვის საკითხისათვის, შედარებითი სამართლის ჟურნალი.
2. ზოიძე ბ., (2003). ქართული სანივთო სამართალი, თბილისი.
3. ჭანტურია ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი.
4. ხუბუა გ., (2015). სამართლის თეორია, თბილისი.
5. ჯულელი თ., მახათაძე ნ., 2023. ბავშვის ქონების განკარგვის საკითხის საკანონმდებლო მოწესრიგების არსებული გამოწვევები, თბილისი.
6. Albayrak S., (2018). Freely Disposable Property of Child, Selcuk Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi.
7. Arkuszewska A., (2012). Jurisdictional Status of the Polish Rechtspfleger, Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia.
8. Buxton T., (2002). Foreign Solutions to the U.S. Pro Se Phenomenon, Case Western Reserve Journal of International Law.
9. Cappelletti M., Garth, B., (1978). Access to Justice: The Newest Wave

- in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, Buffalo Law Review.
10. Engle E., (2011). The Convention on the Rights of the Child, law journal QLR 29 QLR.
 11. Fenge H., Cramer-Frank B., Westphal Th., (1995). Remedies concerning Enforcement of Foreign Judgements, Legal Education and Training in Europe.
 12. Freeman M., (1997). The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?, International Journal of Law, Policy and the Family.
 13. Holvast N., (2014). Considering the Consequences of Increased Reliance on Judicial Assistants: A Study on Dutch Courts, International Journal of the Legal Profession.
 14. Kapp Th., (2009). A European Rechtspfleger for the European Union, International Journal for Court Administration.
 15. Kappl T., (2016). Strong Justice for a Strong Europe: A European Rechtspfleger, International Journal for Court Administration.
 16. Leblanc J., (1991). The Convention on the Rights of the Child – Current Legal Developments, Leiden Journal of International Law.
 17. Ionescu R., (2021). The Best Interests of the Child, Annals of “Dunarea de Jos” University of Galati: Legal Scien.
 18. Oberhammer, Paul., (2006). Civil Enforcement in Austria, European Business Law Review.
 19. Omerspahic Z., (2018). Child Property Rights – A Child as a Shareholder, South East European Law Journal (SEE Law Journal).
 20. Schack H., (1993). Private Lawyers in Contemporary Society: Germany International Association of Legal Sciences Symposium: National Reports, Case Western Reserve Journal of International Law.
 21. Singer J., (2023). The Right to Have Property A Presumption of “Possible”, Texas A&M Law Review.
 22. Thomas K., (2014). German Rechtspfleger, Germany.
 23. van der Weide J., (2020). Remedies concerning Enforcement of Foreign Judgements, Common Market Law Review.

DEFINITION AND MEANING OF TORTURE IN CRIMINAL LAW

Ana Gotsiridze

*Doctoral Candidate of Law, Davit Agmashenebeli
University of Georgia, Assistant to the Judge of the
Tbilisi Court of Appeals, Georgia*

ABSTRACT

Torture crimes fall within the category of serious offences, demanding an exceptionally high standard of protection. Its legal significance is profound, especially in safeguarding fundamental human rights and dignity. Human dignity is an absolutely protected, inviolable legal good protected by international legislation and the Constitution. Since the Second World War, international organizations have placed significant emphasis on establishing norms to regulate this egregious crime, given the severity and prevalence of the crime of torture, inhuman and degrading treatment is relatively high.

Studying the definition, meaning, and essence of the crime of torture has become essential for crime prevention and public awareness. It plays a decisive role in protecting legal goods. By delving into international legislation and historical contexts, we can better analyze the significance of torture in criminal law and identify crucial issues for its qualification.

This article aims to provide a comprehensive examination of the international convention's interpretation of the crime of torture, along with the constitutional and criminal law definitions within Georgia. It will analyze the practices of the European Court of Human Rights concerning Georgian and international norms while also highlighting any gaps and issues within the discourse. Through practical analysis, the article will objectively determine and present the relevance of the research topic.

KEYWORDS: Crime of torture, Definition of torture, Meaning of torture

INTRODUCTION

Protection of human rights is one of the most important and priority issues for the modern world. Against international development background, great attention is paid to basic and fundamental human values. The first among them is the inviolable human right and, at the same time, the absolute legal good – the prohibition of torture. All people have the right not to be victims of violence, torture, cruel, inhumane treatment or punishment; however, at the same time, it is essential that the norm prohibiting torture is meticulously complete and includes all appropriate perpetrators and all possible aggravating circumstances.

Prohibition of torture and protection of dignity is a problematic issue in criminal law, especially the topic is relevant in the background of technological development, as it creates a greater danger of encroaching on personal goods. Also, these actions often precede more serious crimes. We are encountering new forms of torture, and new vulnerable groups are emerging. Therefore, it is necessary to analyze the existing norm in a new way and bring the content into line with the goal.

The current edition of the definition of torture is problematic and topical. It is necessary to make the disposition of the article more specific and to provide clearer explanations in judicial practice. Although the term “torture” is familiar and quite relevant to the public, its legal definition has a legal meaning separated from the terminological point of view and differs from the understanding that is established worldwide.

The definition of the article and the determination of its meaning in criminal law is crucial from the point of view of protecting torture as a concept or a legal good. To fully understand the definition, it is necessary to study and present international legislation and historical aspects to analyze its absolute character, essence, and importance in the legal system.

Based on the above, research has both theoretical and practical significance.

1. DEFINITION OF TORTURE UNDER INTERNATIONAL LAW

When studying the definition of torture, it is necessary to determine its international legal significance because the international community pays special attention to the prohibition of torture and inhumane treatment as one of the most important mechanisms for the protection of absolute rights. This is evidenced by international legislation, a number of conventions, declarations, and pacts that indicate the supreme legal protection of torture and strengthen its role in the protection of fundamental human rights and freedoms.

Torture, international conventions and pacts led to the establishment of a high standard of protection, the most brutal and widespread crimes during World War II, such as torture and cruel and humiliating treatment of people. Accordingly, creating international acts that would declare war on the most serious crime became necessary. On December 10, 1948,¹ the Universal Declaration of Human Rights was adopted. Later, on November 4, 1950, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was adopted by the Council of Europe in Rome, which entered into force on September 3, 1953. Also the 1966 Pacts² and the 1984 Convention against Torture³ in its 1993 Optional Two Protocols.⁴

The United Nations has been trying for many years to develop universal standards to protect everyone from torture or cruel, inhuman, degrading treatment. Conventions, declarations or resolutions adopted by the member states of the United Nations clearly state that the prohibition of torture applies without any exception and other obligations are established to ensure⁵

1 Reid, A. 2001. Collection of main international legal acts in the field of human rights. First part. Public Defender’s Library. p. 5.

2 There. p. 115.

3 There, p. 255.

4 <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57/jpg5.htm>. (20.02.2024).

5 Office of the High Commissioner for Human Rights. Istanbul Protocol. Guidelines for the Effective

protection against this type of violation. Accordingly, the Convention on Torture adopted by the United Nations, with its burden, content, definition and definition, is the most important law for member states.

The internationally recognized definition of torture contained in the first article of the United Nations Convention is noteworthy. In particular, term “torture” means any act by which a person is intentionally inflicted with severe pain or suffering, physical and spiritual, for purposes such as obtaining information or recognition from him or a third party, punishing him for an act he or a third party has committed, or which is suspected of committing, or intimidating or coercing him or a third party, or for any reason based on discrimination of any nature, When such pain or suffering is caused by a state official, or another person acting in an official position, either at his instigation, or with his permission, or with his tacit consent. It does not include pain or suffering that arises only as a result of legal sanctions, is essentially inseparable from them, or is a consequence of them”.⁶ This definition of the Convention entirely and comprehensively lists the persons who may be the perpetrators of the crime, what is the specific purpose and how and what kind of suffering constitutes torture.

Importantly, Article 4 of the UN Convention “Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment” provides an imperative requirement that each State Party shall ensure that the act of torture is considered a crime under the criminal law of that particular State,⁷ which gives member states a positive obligation to protect all citizens of their country from torture and inhumane treatment, to fulfil their obligations and to prevent all actions aimed at carrying out torture, regardless of the situation, circumstances and situation in the state.

Among the international acts regarding the prohibition of torture, the Universal Declaration of Human Rights and the practice of the European Court of Human Rights occupy an essential place. The European Court of Human Rights has repeatedly noted that Article 3 represents one of the most fundamental values of a democratic society. According to Article 3, “No one may be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment”. The definition of the mentioned article of the Convention is not so extensive and, at first glance, exhaustive, unlike the European Court of Human Rights, which in each decision clearly outlines the theoretical definitions related to the definition of Article 3 based on practice, presents the essence and meaning of Article 3, the in-depth explanations established by the court on a number of issues raised from practice. It represents and creates a large base of precedents, which is necessary for the correct qualification of Article 3 and its definition. The European Court additionally demands that the punishment of torture be carried out based on relevant articles and not within the framework of inadequate, illusory and fictitious justice.⁸

2. CONSTITUTIONAL ESSENCE AND MEANING OF TORTURE

The international legal framework regarding the prohibition of torture is directly proportional to the definition of torture established by the legislation of Georgia. Reflecting the prohibition of torture at the constitutional level is an important element in ensuring that such a prohibited action does not take place within the jurisdiction of a member state.⁹ The constitutional definition of torture is the basis of the definition of the article of torture established in the criminal law, within the framework of which it should be interpreted and,

Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman Treatment or Punishment. 2010. Professional Training Publication Series N8. p. 6.

6 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading or Punishment. 26 June 1987. Art. 1.

7 Batonishvili, D., 2013. Institute of Law. Modern Law Review. p. 63.

8 GPT report on the visit to Albania from 23 May to 3 June 2005. GPT/inf (2006)24. par. 54.

9 Reid, A. 2005. Prohibition of Torture. Implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights. Guide. Transl., Chelidze, L, Bokhashvili, B, Mamukelashvili, T. Council of Europe. p. 52.

as a hierarchically supreme normative act, be consistent and not contradict.

Article 9 of the Georgian Constitution states that “human dignity is inviolable, and it is protected by the state”.¹⁰ Torture, inhuman or degrading treatment, and use of inhuman or degrading punishment are not allowed. The presented constitutional norm is imperative, which makes dignity an absolute right. The mentioned article preserves the principle of inviolability of human dignity, which is the source of rights and freedoms. It is an absolute right not to be a victim of violence, torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, which is established by international legislation and the constitution.

The first part of Article 9 of the Constitution of Georgia talks only about the inviolability of dignity, but the 2nd part specifies the concept of dignity and distinguishes different forms of crimes of legal good protected by one absolute right. Actions prohibited by Article 9 of the Constitution and Article 3 of the European Convention can be divided into two parts: “torture” and “inhuman and degrading treatment or punishment”. Different conventions and pacts on human rights refer to the distinguishing features of these two actions, and there are also a number of decisions of the European Court of Human Rights, the main distinguishing feature of which is “quality”. It is worth noting in itself that all torture is, at the same time, inhumane and humiliating treatment, but the latter does not always reach the degree of torture. In each specific case, the degree of suffering a person has experienced is considered.¹¹ For human treatment to be considered a violation of the Constitution of Georgia and Article 3 of the European Convention, it is necessary to have a minimum degree of severity of “treatment”.¹² The content, nature, form, duration, physical and spiritual harm of the treatment

are taken into account, and in some cases, the gender, age, and health of the victim are also taken into account.¹³

When we touch on the definition and importance of Article 9 of the Constitution of Georgia, it is necessary to mention the state’s obligations in relation to this article. The prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment will directly affect the state. This prohibition appears to us as a negative obligation. However, the state also has a positive obligation to protect people in its jurisdiction from such treatment by private individuals.¹⁴

3. THE ABSOLUTE NATURE OF THE PROHIBITION OF TORTURE

Among human rights, absolute rights are distinguished – rights that the state cannot limit under any circumstances. Absolute right is related to human dignity.¹⁵

Some human rights may be limited in specific circumstances (for example, to protect public order) if the restriction is defined by law, serves the public interest, is necessary to protect the rights of other persons or society in general, and is proportional.¹⁶ The mentioned circumstances are specifically and exhaustively defined in many existing pacts and conventions on human rights. However, as the European Court of Human Rights explained in its decision in the *Tyrer v. United Kingdom*,¹⁷ the prohibition established by Article 3 of the “Convention is absolute: the possibility of an exception is not provided, and deviation from the Convention is not allowed under the second

10 Constitution of Georgia. Article 9.

11 Commentary on the Constitution of Georgia. 2013. Chapter Two. Georgian citizenship. “Basic human rights and freedom”. Publishing house “Petit” Ltd. p. 116.

12 ECtHR. *Kudla v Poland* (GC). 2000 IX 35 EHRR 198. para. 91.

13 ECtHR. *Eland v UK* A 25 (1978). 2 EHRR 25. para. 162. PC. *Kalashnikov v Russia*. 2002 VI 36 EHRR 587. *Audin v Turkey* (GC). 1997-VI 25 EHRR 251.

14 ECtHR. *Castello-Roberts v UK* (1993). 19 EHRR 112. paras. 26-28. *A v. UK* (1998). 27 EHRR 611.

15 <https://geolaw.wordpress.com/2012/11/05/wamebis-akrdzalva/> (26.02.2024).

16 Reid, A. 2005. Prohibition of torture, implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights. Guide. Transl., Chelidze, L., Bokhashvili, B., Mamukelashvili, T. Council of Europe. p. 52.

17 *Tyrer v. the United Kingdom*. 25 April 1978. Series A N26.

part of Article 15 of the Convention either”.¹⁸

In this regard, the decision of the European Court of Human Rights is important: *Selmun v. France* (Grand Chamber), where he once again made a clear explanation and specified the most difficult situations or the state of the country, during which it is not allowed to deviate from the 3rd floor of the European Convention on Human Rights and limit it as an exception. In particular, the decision mentions that “even in the most challenging situations, such as the fight against terrorism and organized crime, the Convention prohibits torture or inhumane or degrading treatment or punishment. Unlike the essential provisions of the Convention and the N1 and N4 Additional Protocols, Article 3 does not provide for any exception or right to deviate from what is permitted by Article 15, Clause 2, even during a public emergency that threatens the life of the nation”.¹⁹

4. DEFINITION OF TORTURE IN THE CRIMINAL CODE OF GEORGIA

Article 144¹ of the Criminal Code of Georgia was formed due to international and constitutional definitions of torture and historical foundations. Taking into account that the crime of torture is located at the twenty-third door of the Criminal Code of Georgia, namely in the category of crimes against human rights and freedoms, it once again highlights its importance and complete compliance with the Constitution. It presents as a set of high-risk, socially dangerous actions, a crime against the absolute right of human rights and freedoms, distinguished by the highest protection from the legal point of view.

When considering the legal definition of torture – in Georgia, it is important that, despite many similarities, there is still a difference from the meaning of the mentioned article of international conventions. In particular, in the first part

of Article 144¹ of the Crime Code of Georgia, it is established that “torture, that is, the creation of such conditions for a person or a third party or such treatment, which by its nature, intensity or duration causes severe physical pain or mental or moral suffering and whose purpose is to receive information, evidence or recognition, intimidation or coercion of a person or punishment of a person or punishment of a person for an act committed or allegedly committed by him or a third party”.²⁰ Although the mentioned article of the Criminal Code broadly defines the definition of torture, the UN Convention specifies the perpetrator of the crime – namely: “is a state official or another person acting in an official position”,²¹ and the first part of Article 144¹ of the Criminal Code refers to the subject of the crime, generally refers to and does not make a specific reservation. Which may create a legal qualification problem. In practice, there are frequent cases when such actions are carried out by a private person, which are characteristic of the definition of torture and lead to its qualification under Article 144¹ of the Criminal Code of Georgia. But in the international conventional sense, such a case cannot be considered torture,²² which creates certain difficulties at the international level.

To study the definition of torture in-depth, it is necessary to determine the signs of crime and its characteristics. The composition of the action, the objective and subjective side, and the degree or importance of protection of the legal good create the definition of a criminal act.

The objective side of the composition of the action is the external act of the human will, which is expressed in the legal signs of the process and result of the impact on the object of criminal protection.²³ The object of the crime is a

18 European Convention on Human Rights. Art. 15.

19 *Selmouni v. France* (GC). 28 July 1999. N25802/94, ECHR 1999 – V.

20 Criminal Law Code of Georgia.

21 UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

22 Kvatchadze, M., Mamaladze, E., Dateshidze, N. Prohibition of Torture: Reflection of the Standards Under Articles 3 and 6 of the European Convention on Human Rights in National Judicial Practice. Vol. 2019. p. 45.

23 Nachkibia, G., Criminal law. General part. Vol. 2011. p. 250.

legal good that has been or may be harmed due to the crime.²⁴

The legal good of Article 144¹ of the Criminal Code of Georgia is human dignity, the absolute nature of which was discussed in detail above. The object of criminal protection is also human health, both from a physical and mental point of view, as well as a person's normal (balanced) mental state. An additional object of the crime is the public relationship related to the protection of a person's personal, family or other secrets; an additional object of torture is the equality of people according to race, nationality or other characteristics.²⁵

Torture is a form of violence that can involve different types of violence. The result of these actions can be physical suffering, mental or moral, or all components together. The purpose of torture is specifically listed in the Criminal Code of Georgia. It includes receiving information, evidence or recognition, intimidating or forcing a person, or punishing a person for an act committed or allegedly committed by him or a third party, which leads to a narrow understanding of torture, which implies physical violence and suffering. inflicting in the interrogation process.

As a result of the legislation of Georgia, we can single out the main characteristics of torture, which are described in its criminal definition. For the crime of torture, it is necessary to have an intention; this crime cannot be committed without premeditation, but the methods of cruelty can be spontaneous. Also, torture is mostly characterized by systematicity in a certain period, but time is not of decisive importance for the mentioned crime. The main characteristic of torture is the fact – human suffering, which can end with various consequences for all people, including fatal ones, but it is impossible for a person not to have injuries caused by physical suffering after torture; psychological suffering does not cause physical and biological changes, and moral trauma causes a person to lose his dignity—spiritual traumas

as a result of feeling inferiority complex.²⁶ Taking into account that every person perceives pain and suffering individually, and this is a subject of assessment, as a result of determining the method of crime and the purpose of action, the degree of cruelty, cumulative study, and the correct qualification of torture is not a problem. Especially in the conditions when, in the definition of Article 144¹ of the Criminal Code of Georgia, the objective signs of the composition of the action are widely formed. It should be noted that the crime of torture can be committed both by action and by inaction, both against one specific person and against a close relative of this person. According to the norm, the action is manifested by the creation or treatment of such conditions for the victim, which causes physical, mental or moral suffering by its intensity.²⁷

To study the disposition and importance of torture, it is necessary not only to be guided by the Criminal Code of Georgia but also to solve the problem in a number of issues; it is important to share the practice of the European Court of Human Rights, the diverse base of decisions of which provides an opportunity to understand each sign of crime better, to easily distinguish between the crime of torture and inhumane treatment, to reduce as much as possible controversial issues arising from practice and others.

CONCLUSION

To thoroughly study and understand the definition and meaning of torture, it is necessary to analyze cumulatively both Georgia's criminal law and international legislation and the European Court of Human Rights practice.

Since dignity is a fundamental value of a person and an absolutely protected legal good, its protection is also guaranteed by the Supreme Law of Georgia—the Constitution.

24 Tkesheliadze, G. and others (authors collective). General part of criminal law. Textbook. Vol. 2007, p. 110.

25 Lekveishvili, M., Todua, N., Mamulashvili, G. Private Part of Criminal Law. Book One. Vol. 2016. p. 288.

26 Gamkrelidze, O. and others (authors collective). Commentary on the judicial practice of criminal law. Crime against a person. 2008. pp. 199-200.

27 Jishkariani, B. Private part of criminal law, crimes against a person. Vol. 2016. p. 213.

According to the Constitution, the standard of protection of this right is high, which was reflected in the criminal law of Georgia, as a result of which several articles of the Criminal Code were formed, with signs of various crimes but with common legal good, in particular, human dignity. The first part of Article 144¹ of the Crime Code of Georgia refers to the crime of torture, the definition of which, the in-depth study of each of its constituent elements, is necessary to distinguish the said crime from similar crimes, such as, for example, inhumane and humiliating treatment, etc. In this case, together with the legislation of Georgia, the European judicial practice of human rights is necessary, in which the standard of how the court should be guided and how this or that case should be evaluated, on the verge of torture or inhumane and humiliating treatment.

Considering the international importance of the crime of torture, the conventional essence and meaning of its definition are pretty relevant. Their similarity and differences are interesting. As a result of studying and comparing the definition of Article 144¹ of the Criminal Code of Georgia and the crime of torture established in international conventions, it became clear that despite the similarities between the definitions, the difference between them is evident, in particular, the article of torture established in the legislation of

Georgia is more general, the perpetrator of the crime is not specified, unlike the United Nations and the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The mentioned difference may create difficulties in solving the legal issue at the international level because the crime considered torture by the legislation of Georgia cannot be qualified as torture by international practice.

Due to the danger of the crime of torture and its widespread nature and scale, it is necessary to perfect the definition of the article presented in the Criminal Code of Georgia to study its essence and meaning to present legislative gaps and problematic issues. Depending on the need, changes should be made in relation to the definition and create a more precise, easier-to-understand definition of the mentioned crime, which will have an informative and preventive character.

It is necessary to regulate the definition of torture at the international and legislative levels and to establish a unified approach and standards regarding the qualification of the mentioned article, both according to domestic legislation and at the global level, to reduce the number of problematic issues. Raise public awareness, which will have a preventive character for the crime of torture.

BIBLIOGRAPHY:

Normative material:

1. Constitution of Georgia (In Georgian).
2. Criminal Law Code of Georgia (In Georgian).
3. European Convention on Human Rights (In Georgian).
4. UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (In Georgian).

Court decisions:

1. ECtHR. Kudla v Poland (GC). 2000. IX 35 EHRR 198 (In English).
2. ECtHR. Eland v UK A 25. 1978. EHRR 25. para. 162 PC (In English).
3. ECtHR. Kalashnikov v Russia. 2002. VI 36 EHRR 587 (In English).
4. ECtHR. Audin v Turkey (GC). 1997. VI 25 EHRR 25 (In English).
5. ECtHR. Castello-Roberts v UK. 1993. 19 EHRR 112. paras. 26-28 (In English)

6. ECtHR. A v UK. 1998. 27 EHRR 611 (In English)
7. ECtHR. Tyrer v. the United Kingdom. 1978. Series A N26 (In Georgian).
8. ECtHR. Selmouni v. France (GC). 1999. N25802/94. ECHR 1999 –V (In Georgian).

Scientific literature and other supporting materials:

1. Reid, A. 2001. Collection of main international legal acts in the field of human rights. First part. Public Defender's Library. (In Georgian).
2. Alptekin, S. and others. Office of the High Commissioner for Human Rights, Istanbul Protocol. Guidelines for the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman Treatment or Punishment. 2010. Professional Training Publication Series N8. (In Georgian).
3. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading or Punishment. 26 June 1987. (In English).
4. Batonishvili, D., 2013. Institute of Law. Modern Law Review. (In Georgian).
5. GPT report on the visit to Albania from 23 May to 3 June 2005. GPT/inf (2006)24. par. 54 (In Georgian).
6. Reid, A. 2005. Prohibition of Torture, Implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights. Guide. Transl. Chelidze, L., Bokhashvili, B., Mamukelashvili, T. Council of Europe (In Georgian).
7. Commentary on the Constitution of Georgia. 2013. Chapter Two. Georgian citizenship. "Basic human rights and freedoms". Publishing house "Petit" Ltd. (In Georgian).
8. Kvatchadze, M., Mamaladze, E., Dateshidze, N., 2019. Prohibition of torture: reflection of the standards stipulated by Articles 3 and 6 of the European Convention on Human Rights in national judicial practice. (In Georgian).
9. Nachkibia, G. 2011. Criminal law. General part. (In Georgian).
10. Tkesheliadze, G. and others (authors collective). 2007. General part of criminal law. Textbook. (In Georgian).
11. Lekveishvili, M., Todua, N., Mamulashvili, G. 2016. Private part of criminal law. Book one. (In Georgian).
12. Gamkrelidze, O. and others. (authors collective). 2008. Commentary on the judicial practice of criminal law. Crime against a person. (In Georgian).
13. Jishkariani, B. 2016. Private part of criminal law. Crimes against a person. (In Georgian).
14. <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57/jpg5.htm>
15. <https://geolaw.wordpress.com/2012/11/05/wamebis-akrdzalva/>

წამების დეფინიცია და მნიშვნელობა სისხლის სამართლის კოდექსში

ანი გოცირიძე

სამართლის დოქტორანტი, საქართველოს დავით აღმაშენებლის უნივერსიტეტი, თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლის თანაშემწე, საქართველო

აბსტრაქტი

წამების დანაშაული მძიმე დანაშაულთა კატეგორიას მიეკუთვნება, რომლის დაცულობის სტანდარტი განსაკუთრებით მაღალია. მისი სისხლის სამართლებრივი მნიშვნელობა საყურადღებოა ადამიანის ძირითადი და ფუნდამენტური უფლებების დაცვის ფონზე. ადამიანის ღირსება აბსოლუტურად დაცული, ხელშეუვალი სამართლებრივი სიკეთეა, რომელსაც იცავს როგორც საერთაშორისო კანონმდებლობა, ისე კონსტიტუცია. მეორე მსოფლიო ომიდან დაწყებული, საერთაშორისო ორგანიზაციები განსაკუთრებულ ყურადღებას უთმობდნენ წარმოდგენილი დანაშაულის მომწესრიგებელი ნორმების ჩამოყალიბებას, რადგან წამების, არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობის დანაშაულის სისასტიკე და გავრცელების მასშტაბები მსოფლიოში საკმაოდ მაღალია.

დანაშაულის პრევენციისა და საზოგადოებრივი ცნობიერების ამაღლებისთვის, აუცილებელი გახდა წამების დანაშაულის დეფინიციის, მნიშვნელობისა და არსის შესწავლა. მას გადამწყვეტი როლი აქვს სამართლებრივი სიკეთის დაცვის თვალსაზრისით. საერთაშორისო კანონმდებლობისა და ისტორიული ასპექტების შესწავლა კი საშუალებას იძლევა, უკეთ გავაანალიზოთ წამების დანაშაულის სისხლის სამართლებრივი მნიშვნელობა და გამოვკვეთოთ პრობლემური საკითხები, რაც დანაშაულის კვალიფიკაციისთვის გადამწყვეტია.

წარმოდგენილ სტატიაში კომპლექსურად იქნება გამოკვლეული როგორც წამების დანაშაულის საერთაშორისო კონვენცი-

ური მნიშვნელობა, ასევე, საქართველოს კონსტიტუციური და სისხლისსამართლებრივი დეფინიცია. გაანალიზდება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა საქართველოსა და საერთაშორისო ნორმებთან მიმართებით, მოხდება მუხლში არსებული ხარვეზებისა და პრობლემების ნათლად გამოკვეთა. პრაქტიკული ანალიზის საფუძველზე დადგინდება და ობიექტურად წარმოჩინდება საკვლევითი აქტუალურობა.

საკვანძო სიტყვები: წამების დანაშაული, წამების დეფინიცია, წამების მნიშვნელობა

შესავალი

თანამედროვე მსოფლიოსთვის ადამიანის უფლებების დაცვა ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი და პრიორიტეტული საკითხია. საერთაშორისო განვითარების ფონზე, დიდი ყურადღება ეთმობა ადამიანის ძირითად და ფუნდამენტურ ღირებულებებს. მათ შორის უპირველესია ადამიანის ხელშეუვალი უფლება და, ამავე დროს, აბსოლუტური სამართლებრივი სიკეთე – წამების აკრძალვა. ყველა ადამიანს აქვს უფლება არ იყოს ძალადობის, წამების, სასტიკი, არაადამიანური მოპყრობისა თუ დასჯის მსხვერპლი, თუმცა, ამავე დროს არსებითად მნიშვნელოვანია, წამების ამკრძალავი ნორმა იყოს ზედმიწევნით სრულყოფილი და მოიცავდეს ყველა სათანადო ამსრულებელსა და ყველა შესაძლო დამამძიმებელ გარემოებას.

წამების აკრძალვა და ღირსების დაცვა პრობლემური საკითხია სისხლის სამართალში, განსაკუთრებით აქტუალურია ეს თემა ტექნოლოგიური განვითარების ფონზე, ვინაიდან ქმნის პიროვნული სიკეთეების ხელყოფის უფრო მეტ საფრთხეს. ასევე, ხშირად აღნიშნული ქმედებები წინ უსწრებს უფრო მძიმე დანაშაულს. ვხვდებით წამების ახალ ფორმებს, იკვეთება ახალი მონყვლადი ჯგუ-

ფები, შესაბამისად, აუცილებელია არსებული ნორმის ახლებური გაანალიზება და შინაარსის მიზანთან შესაბამისობაში მოყვანა.

პრობლემურ საკითხს წარმოადგენს წამების დეფინიციის მოქმედი რედაქცია. აუცილებელია მეტად იყოს დაკონკრეტებული მუხლის დისპოზიცია და მოხდეს უფრო ნათელი განმარტებების გაკეთება სასამართლო პრაქტიკაში. მიუხედავად იმისა, რომ საზოგადოებისთვის ტერმინი – „წამება“ ნაცნობი და საკმაოდ აქტუალურია, მისი იურიდიული განმარტება ტერმინოლოგიური თვალსაზრისით განცალკევებული სამართლებრივი მნიშვნელობისაა და განსხვავდება იმ გაგებისაგან, რომელიც საქვეყნოდ არის დამკვიდრებული.

მუხლის დეფინიცია და მისი მნიშვნელობის განსაზღვრა სისხლის სამართალში გადამწყვეტია წამების, როგორც ცნების თუ სამართლებრივი სიკეთის დაცვის თვალსაზრისით. დეფინიციის სრულყოფილად გააზრებისთვის კი აუცილებელია საერთაშორისო კანონმდებლობის და ისტორიული ასპექტების შესწავლა და წარმოჩენა, რათა სრულყოფილად გაანალიზდეს მისი აბსოლუტური ხასიათი, არსი და მნიშვნელობა სამართლის სისტემაში.

ზემოთ განხილულიდან გამომდინარე, კვლევას აქვს როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული მნიშვნელობა.

1. წამების დეფინიცია საერთაშორისო კანონმდებლობით

წამების დეფინიციის შესწავლისას აუცილებელია მისი საერთაშორისო სამართლებრივი მნიშვნელობის განსაზღვრა, რადგან საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან განსაკუთრებული ყურადღება ექცევა წამების და არაადამიანური მოპყრობის აკრძალვას, როგორც აბსოლუტურ უფლებათა დაცვის ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს მექანიზმს. ამის დასტურია საერთაშორისო კანონმდებლობა, რომლის არაერთი კონვენცია, დეკლარაცია თუ პაქტი ცალსახად მიუთითებს წამების უზენაეს სამართლებრივ დაცვაზე

და განამტკიცებს მის როლს, ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის სფეროში.

საერთაშორისო კონვენციებითა და პაქტებით, წამების მაღალი დამცველობითი სტანდარტის ჩამოყალიბებას წინ უძღოდა მეორე მსოფლიო ომის დროს გავრცელებული ისეთი საზარელი დანაშაული, როგორც იყო ადამიანების წამება, სასტიკი და დამამცირებელი მოპყრობა. შესაბამისად, აუცილებელი გახდა საერთაშორისო აქტების შექმნა, რომლებიც ბრძოლას გამოუცხადებდა უმძიმეს დანაშაულს. 1948 წლის 10 დეკემბერს ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია¹ იქნა მიღებული. შემდგომ, 1950 წლის 4 ნოემბერს, რომში ევროპის საბჭოს მიერ მიღებულ იქნა ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპის კონვენცია, რომელიც 1953 წლის 3 სექტემბერს შევიდა ძალაში; ასევე, 1966 წლის პაქტები² და 1984 წლის კონვენცია წამების წინააღმდეგ³ თავის 1993 წლის ფაკულტატურ ორ ოქმთან ერთად.⁴

გაერთიანებული ერების ორგანიზაცია მრავალი წელია ცდილობს შეიმუშაოს საყოველთაო სტანდარტები წამების ან სასტიკი, არაადამიანური, დამამცირებელი მოპყრობისაგან ყოველი ადამიანის დაცვის უზრუნველსაყოფად. გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის წევრი სახელმწიფოების მიერ მიღებულ კონვენციებში, დეკლარაციებსა თუ რეზოლუციებში ნათლად არის გაცხადებული, რომ წამების აკრძალვა მოქმედებს ყოველგვარი გამონაკლისის გარეშე და დადგენილია სხვა ვალდებულებები ამ ტიპის დარღვევისგან დაცვის უზრუნველსაყოფად.⁵

1 აისლინგ რეიდი., ადამიანის უფლებათა სფეროში ძირითადი საერთაშორისო სამართლებრივი აქტების კრებული, პირველი ნაწილი, სახალხო დამცველის ბიბლიოთეკა, თბ., 2001, გვ.5.

2 იქვე, გვ.115.

3 იქვე, გვ.255.

4 <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57/jpg5.htm> (20.02.2024)

5 ალპტეკინი ს და სხვები., ადამიანის უფლებათა უმაღლესი კომისიის ოფისი, სტამბოლის ოქმი, წამების და სხვა სასტიკი, არაადამიანური მოპყრობის ან სასჯელის ქმედითი გამოძიებისა და დოკუმენტირების სახელმძღვანელო,

შესაბამისად, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიერ მიღებული კონვენცია წამების შესახებ, თავისი დატვირთით, შინაარსით, დეფინიციის განსაზღვრით და განმარტებით, უმნიშვნელოვანესი კანონია წევრი სახელმწიფოებისთვის.

საყურადღებოა გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის კონვენციის პირველ მუხლში მოცემული წამების საერთაშორისოდ აღიარებული დეფინიცია. კერძოდ, „ტერმინი „წამება“ ნიშნავს ნებისმიერ ქმედებას, რომლითაც ამა თუ იმ პირს განზრახ მიეყენება ძლიერი ტკივილი ან ტანჯვა, ფიზიკური და სულიერი, ისეთი მიზნებით, როგორცაა მისგან ან მესამე პირისგან ინფორმაციის ან აღიარების მოპოვება, მისი დასჯა ქმედებისთვის, რომელიც მან ან მესამე პირმა ჩაიდინა, ან რომლის ჩადენაშიც ეჭვმიტანილია, ან მისი ან მესამე პირის დაშინება ან იძულება, ან ნებისმიერი ხასიათის დისკრიმინაციაზე დაფუძნებული ნებისმიერი მიზეზით, როდესაც ამგვარი ტკივილი ან ტანჯვა მიყენებულია სახელმწიფო თანამდებობის პირის, ან ოფიციალური თანამდებობით მოქმედი სხვა პირის მიერ ან მისი ნაქვებით, ან მისი ნებართვით, ან მისი უსიტყვო თანხმობით. იგი არ მოიცავს ტკივილს ან ტანჯვას, რომელიც მხოლოდ კანონიერი სანქციების შედეგად წარმოიქმნება, არსებითად განუყოფელია მათგან, ან მათი თანმდევი.“⁶ კონვენციის ეს განმარტება სრულად და ამომწურავად ჩამოთვლის პირებს, თუ ვინ შეიძლება იყოს დანაშაულის ამსრულებელი, რა არის კონკრეტული მიზანი და როგორ და რა სახის ტანჯვა წარმოადგენს წამებას.

მნიშვნელოვანია გაეროს კონვენციის „წამებისა და სხვა სახის სასტიკი, არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის და დასჯის წინააღმდეგ“ მე-4 მუხლი, რომლის თანახმად იმპერატიულ მოთხოვნას წარმოადგენს, რომ თითოეულმა მონაწილემ სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს, რომ წამების აქტი დანაშაულად ითვლებო-

პროფესიული მომზადების პუბლიკაციათა სერია N8, თბ., 2010, გვ.6.

6 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading or Punishment. 26 June 1987. Art. 1.

დეს ამ კონკრეტული სახელმწიფოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობით.⁷ რაც წევრ სახელმწიფოებს სძენს პოზიტიურ ვალდებულებას დაიცვას თავის ქვეყნის ყველა მოქალაქე წამებისა და არაადამიანური მოპყრობისაგან, შეასრულონ ნაკისრი ვალდებულებები და აღკვეთონ ყველა ქმედება, რომელიც მიმართული იქნება წამების განხორციელებისაკენ, მიუხედავად სახელმწიფოში არსებული მდგომარეობისა, გარემოებებისა და ვითარებისა.

საერთაშორისო აქტებს შორის წამების აკრძალვასთან დაკავშირებით, უმნიშვნელოვანესი ადგილი უჭირავს ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციას და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკას. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ არაერთხელ აღნიშნა, რომ „მე-3 მუხლი წარმოადგენს დემოკრატიული საზოგადოების ერთ-ერთ ყველაზე ფუნდამენტურ ღირებულებას“. ამ მუხლის თანახმად, „არავინ შეიძლება დაექვემდებაროს წამებას ან არაადამიანურ ან დამამცირებელ მოპყრობას ან სასჯელს“. კონვენციის აღნიშნული მუხლის დეფინიცია არც ისე ვრცელი და ერთი შეხედვით ამომწურავია, განსხვავებით ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსგან, რომელიც თითოეულ გადაწყვეტილებაში ნათლად გამოკვეთს, პრაქტიკიდან გამომდინარე, თეორიულ, მე-3 მუხლის დეფინიციასთან დაკავშირებულ განმარტებებს, წარმოაჩენს მის არსსა და მნიშვნელობას. სასამართლოს მიერ ჩამოყალიბებული სიღრმისეული განმარტებები პრაქტიკიდან წამოჭრილ რიგ საკითხებზე წარმოადგენს და ქმნის პრეცედენტთა დიდ ბაზას, რომელიც მე-3 მუხლის სწორად კვალიფიკაციისთვის და მისი დეფინიციისთვის აუცილებელია. ევროპული სასამართლო კი დამატებით მოითხოვს, რომ წამების დასჯა განხორციელდეს შესაბამისი მუხლების საფუძველზე და არა არაადეკვატური, მოჩვენებითი და ფიქციური მართლმსაჯულების ფარგლებში.⁸

2. წამების კონსტიტუციური არსი და მნიშვნელობა

წამების აკრძალვასთან დაკავშირებით საერთაშორისო სამართლებრივი საკანონმდებლო ბაზა პირდაპირ პროპორციულად კავშირშია საქართველოს კანონმდებლობით ჩამოყალიბებულ წამების დეფინიციასთან. წამების აკრძალვის ასახვა კონსტიტუციურ დონეზე, წარმოადგენს მნიშვნელოვან ელემენტს იმის უზრუნველსაყოფად, რომ ამგვარ აკრძალულ ქმედებას არ ჰქონდეს ადგილი წევრი სახელმწიფოს იურისდიქციის ფარგლებში.⁹ სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში ჩამოყალიბებული წამების მუხლის დეფინიციის საფუძველია წამების კონსტიტუციური განმარტება, რომლის ფარგლებშიც უნდა განიმარტოს იგი და უნდა შეესაბამებოდეს მას, როგორც იერარქიულად უზენაესს ნორმატიულ აქტს.

საქართველოს კონსტიტუციის მე-9 მუხლში აღნიშნულია, რომ „ადამიანის ღირსება ხელშეუვალია და მას იცავს სახელმწიფო. დაუშვებელია ადამიანის წამება, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობა, არაადამიანური ან დამამცირებელი სასჯელის გამოყენება“.¹⁰ წარმოდგენილი კონსტიტუციური ნორმა იმპერატიული ხასიათისაა, რომელიც ღირსებას აბსოლუტურ უფლებად აქცევს. აღნიშნულ მუხლში დაცულია ადამიანის ღირსების ხელშეუვალობის პრინციპი, რომელიც უფლებებისა და თავისუფლებების წყაროა. აბსოლუტურია უფლება იმისა, რომ არ იყო ძალადობის, წამების, სხვა სასტიკი, არაადამიანური ან ღირსების შემლახავი მოპყრობისა თუ დასჯის მსხვერპლი, რაც საერთაშორისო კანონმდებლობითა და კონსტიტუციით არის განმტკიცებული.

საქართველოს კონსტიტუციის მე-9 მუხლის პირველ ნაწილში საუბარია მხოლოდ

7 ბატონიშვილი დ., სამართლის ინსტიტუტი, თანამედროვე სამართლის მიმოხილვა, თბ., 2013, გვ. 63.
 8 GPT_ის მოხსენება ალბანეთში 2005 წლის 23 მაი-

სიდან 3 ივნისამდე განხორციელებულ ვიზიტთან დაკავშირებით, GPT/inf (2006)24, პარ 54.
 9 აისლინგ რეიდი., წამების აკრძალვა, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის განხორციელება, გზამკვლევი, თარგმანი., ქელიძე ლ, ბოხაშვილი ბ, მამუკელაშვილი თ., ევროპის საბჭო 2005, გვ.52.
 10 საქართველოს კონსტიტუცია, მუხლი 9.

ღირსების ხელშეუვალობაზე, მაგრამ მე-2 ნაწილი აკონკრეტებს ღირსების ცნებას და გამოყოფს ერთი, აბსოლუტური უფლებით დაცული სამართლებრივი სიკეთის სხვადასხვა დანაშაულის ფორმებს. კონსტიტუციის მე-9 მუხლითა და ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლით აკრძალული ქმედებები ორ ნაწილად შეიძლება დავყოთ: „წამება“ და „არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობა ან სასჯელი“. ამ ორი ქმედების განმასხვავებელ ნიშნებს ეხება ადამიანის უფლებების შესახებ სხვადასხვა კონვენცია თუ პაქტი, ასევე, არსებობს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს არაერთი გადაწყვეტილება, რომელთა ძირითად განმასხვავებელ ნიშანად „ხარისხობრიობა“ გვევლინება. თავისთავად აღსანიშნავია, რომ ყოველგვარი წამება იმავდროულად არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობაა, მაგრამ ეს უკანასკნელი ყოველთვის არ აღწევს წამების ხარისხს. ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში მხედველობაში მიიღება სატანჯველის ხარისხი, რაც ადამიანმა განიცადა.¹¹ იმისათვის, რომ ადამიანისადმი მოპყრობა საქართველოს კონსტიტუციისა და, შესაბამისად, ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევად შეფასდეს, აუცილებელია არსებობდეს „მოპყრობის სიმძიმის მინიმალური ხარისხი“.¹² მხედველობაში მიიღება მოპყრობის შინაარსი, ბუნება, ფორმა, ხანგრძლივობა, ფიზიკური და სულიერი ზიანი, ზოგიერთ შემთხვევაში კი – ასევე მსხვერპლის სქესი, ასაკი და ჯანმრთელობის მდგომარეობა.¹³

საქართველოს კონსტიტუციის მე-9 მუხლის დეფინიციას და მნიშვნელობას როდესაც ვეხებით, აუცილებელია აღვნიშნოთ სახელმწიფოს ვალდებულებები მოცემულ მუხლთან მიმართებით. რადგან, წამების, არაადამიანური და ღირსების შემლახველი მოპყრობისა და სასჯელის აკრძალვა უშუალოდ შეეხება სახე-

ლმწიფოს. ეს აკრძალვა მის ნეგატიურ ვალდებულებად გვევლინება. მაგრამ სახელმწიფოს, ასევე, ეკისრება პოზიტიური ვალდებულებაც იმისა, რომ თავის იურისდიქციაში მყოფი ადამიანები დაიცვას კერძო პირთა მხრიდან ასეთი მოპყრობისაგან.¹⁴

3. წამების აკრძალვის აბსოლუტური ხასიათი

ადამიანის უფლებებს შორის გამოყოფენ აბსოლუტურ უფლებებს – ანუ უფლებებს, რომლის შეზღუდვა სახელმწიფოს არცერთ ვითარებაში არ შეუძლია. აბსოლუტური უფლება ადამიანის ღირსებასთან არის კავშირში.¹⁵

ადამიანის ზოგიერთი უფლება შეიძლება შეიზღუდოს კონკრეტული გარემოებების არსებობის შემთხვევაში (მაგალითად: საჯარო წესრიგის დაცვის მიზნით), თუ შეზღუდვა განსაზღვრულია კანონით, ემსახურება საჯარო ინტერესს, საჭიროა სხვა პირთა ან ზოგადად, საზოგადოების უფლებათა დასაცავად და პროპორციულია.¹⁶ ხსენებული გარემოებები კონკრეტულად და ამომწურავადაა განსაზღვრული ადამიანის უფლებების შესახებ არსებულ მრავალ პაქტსა თუ კონვენციაში. თუმცა, როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განმარტა გადაწყვეტილებაში საქმეზე ტაირერი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ¹⁷, „კონვენციის მე-3 მუხლით დადგენილი აკრძალვა არის აბსოლუტური: გამოინაკლისის შესაძლებლობა გათვალისწინებული არ არის და კონვენციიდან გადახვევა არც კონვენციის მე-15 მუხლის მეორე ნაწილის მიხედვით არის დაშვებული“.¹⁸

11 საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. თავი მეორე. საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, გამომცემლობა შპს „პეტიტი“, თბ., 2013. გვ.116.

12 Kudla v Poland (GC), 2000 IX 35 ECHR 198, para 91.

13 Eland v UK A 25 (1978); 2 ECHR 25 para 162 PC; Kalashnikov v Russia, 2002 VI 36 ECHR 587; Audin v Turkey (GC), 1997-VI 25 ECHR 251.

14 Castello-Roberts v UK (1993) 19 ECHR 112 paras 26-28, A v UK (1998) 27 ECHR 611.

15 <https://geolaw.wordpress.com/2012/11/05/wamebis-akrdzalva/> (26.02.2024)

16 აისლინგ რეიდი, წამების აკრძალვა, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის განხორციელება, გზამკვლევი, თარგმანი., ქელიძე ლ, ბოხაშვილი ბ, მამუკელაშვილი თ., ევროპის საბჭო 2005, 52.

17 Tyrer v. the United Kingdom, 25 აპრილი 1978, სერია ა N26.

18 ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, მუ-

ამ მხრივ მნიშვნელოვანია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება: სელმუნი საფრანგეთის წინააღმდეგ (დიდი პალატა), სადაც კიდევ ერთხელ მკაფიო განმარტება გააკეთა და დააკონკრეტა ყველაზე რთული სიტუაციები თუ ქვეყნის მდგომარეობა, რომელთა დროსაც კი დაუშვებელია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლიდან გადახვევა და გამონაკლისის სახით მისი შეზღუდვა. კერძოდ განაწვეტილებაში აღნიშნულია, რომ „თვით ყველაზე რთულ სიტუაციაშიც კი, როგორცაა ტერორიზმისა და ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლა, კონვენცია აბსოლუტურად კრძალავს წამებას ან არაადამიანურ თუ დამამცირებელ მოპყრობას ან სასჯელს. განსხვავებით კონვენციისა და N1 და N4 დამატებითი ოქმების არსებითი დებულებებისგან, მე-3 მუხლი არ ითვალისწინებს რაიმე გამონაკლისს ან გადახვევის უფლებას, რაც დაშვებულია მე-15 მუხლის მე-2 პუნქტით, თუნდაც საზოგადოებრივი საგანგებო მდგომარეობის დროს, რაც ემუქრება ერის სიცოცხლეს“.¹⁹

4. წამების დეფინიცია საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში

წამების საერთაშორისო და საკონსტიტუციო განმარტებების, ისტორიული საფუძვლების შედეგად ჩამოყალიბდა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 144-ე მუხლი. იმის გათვალისწინებით, რომ წამების დანაშაული, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის ოცდამესამე კარშია მოქცეული, კერძოდ, იმ დანაშაულთა კატეგორიაში, რომლებიც ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების წინააღმდეგ არის მიმართული, კიდევ ერთხელ გამოკვეთს მის მნიშვნელობას და კონსტიტუციასთან სრულიად შესაბამისობას. წარმოაჩენს, როგორც მაღალი რისკის, საზოგადოებრივად საშიშ ქმედებათა ერთ-

ბლიობას, რომელიც ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების, სამართლებრივი თვალსაზრისით ყველაზე მაღალი დაცულობით გამორჩეულ, აბსოლუტური უფლების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულს.

წამების – საქართველოს საკანონმდებლო დეფინიციის განხილვისას, მნიშვნელოვანია ის ფაქტი, რომ მიუხედავად მრავალი მსგავსებისა, მაინც არის განსხვავება საერთაშორისო კონვენციების აღნიშნული მუხლის დეფინიციისაგან. კერძოდ, საქართველოს სსკ-ის 144-ე პრიმა მუხლის პირველ ნაწილში ჩამოყალიბებულია, რომ „წამება, ე.ი. პირისათვის ან მესამე პირისათვის ისეთი პირობების შექმნა ან ისეთი მოპყრობა, რომელიც თავისი ხასიათით, ინტენსივობით ან ხანგრძლივობით იწვევს ძლიერ ფიზიკურ ტკივილს ან ფსიქიკურ ან მორალურ ტანჯვას და რომლის მიზანია ინფორმაციის, მტკიცებულების ან აღიარების მიღება, პირის დაშინება ან იძულება ანდა პირის დასჯა მის ან მესამე პირის მიერ ჩადენილი ან სავარაუდოდ ჩადენილი ქმედებისათვის“.²⁰ მიუხედავად იმისა, რომ სისხლის სამართლის კოდექსის აღნიშნული მუხლი ფართო განმარტებას უკეთებს წამების დეფინიციას, გაეროს კონვენციაში დაკონკრეტებულია დანაშაულის ამსრულებელი – კერძოდ: „სახელმწიფო თანამდებობის პირი, ან ოფიციალური თანამდებობით მოქმედი სხვა პირია“²¹, ხოლო სისხლის სამართლის კოდექსის 144-ე პრიმა მუხლის პირველი ნაწილი დანაშაულის სუბიექტს ზოგადად ეხება და კონკრეტულ დათქმას არ აკეთებს. რამაც, შესაძლოა, სამართლებრივ ჭრილში კვალიფიკაციის პრობლემა შექმნას. პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევები, როდესაც კერძო პირის მიერ არის განხორციელებული ისეთი ქმედებები, რომელიც წამების დეფინიციისთვის არის დამახასიათებელი და მის საქართველოს სსკ-ის 144-ე პრიმა მუხლით დაკვალიფიცირებას იწვევს, მაგრამ საერთაშორისო კონვენციისეული გაგებით მსგავსი შემთხვევა ვერ იქნება წამებად მიჩნე-

19 Selmouni v. France (GC), 28 ივლისი 1999, N25802/94, ECHR 1999 –V.
ხლი 15.

20 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი.
21 გაეროს კონვენცია, წამებისა და სხვა სახის სასტიკი, არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის და დასჯის წინააღმდეგ.

ლი,²² რაც საერთაშორისო დონეზე გარკვეულ სირთულეებს წარმოშობს.

წამების დეფინიციის სიღრმისეულად შესწავლისთვის აუცილებელია დანაშაულის ნიშნების და მისი მახასიათებლების განსაზღვრა. ქმედების შემადგენლობა, ობიექტური და სუბიექტური მხარე, სამართლებრივი სიკეთის დაცულობის ხარისხი თუ მნიშვნელობა, ერთობლიობაში ქმნის დანაშაულებრივი ქმედების დეფინიციას.

ქმედების შემადგენლობის ობიექტური მხარე ადამიანის ნების გარეგანი აქტია, რომელიც სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტზე ზემოქმედების პროცესისა და შედეგის იურიდიულ ნიშნებში გამოიხატება.²³ დანაშაულის ობიექტი არის სამართლებრივი სიკეთე, რომელსაც დანაშაულის შედეგად მიაღდა ან შეიძლება მიაღგეს ზიანი.²⁴

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 144-ე პრიმა მუხლის სამართლებრივი სიკეთეა ადამიანის ღირსება, რომლის აბსოლუტური ხასიათი ზემოთ დაწვრილებით იქნა განხილული. ასევე, სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტია ადამიანის ჯანმრთელობა როგორც ფიზიკური, ისე ფსიქიკური თვალსაზრისით, ასევე, ადამიანის ნორმალური (განონასწორებული) ფსიქიკური მდგომარეობა. დანაშაულის დამატებითი ობიექტია ის საზოგადოებრივი ურთიერთობა, რომელიც დაკავშირებულია ადამიანის პირად, ოჯახურ თუ სხვაგვარი საიდუმლოების დაცვასთან. წამების დამატებითი ობიექტია ადამიანთა თანასწორუფლებიანობა, რასის, ეროვნების თუ სხვა ნიშნის მიხედვით.²⁵

წამება ძალადობის ერთ-ერთი ფორმაა, რომელიც შეიძლება აერთიანებდეს ძალადო-

ბის სხვადასხვა სახეობებს. ამ მოქმედებათა შედეგი კი შეიძლება იყოს როგორც ფიზიკური, ასევე, ფსიქიკური თუ მორალური ტანჯვის მიყენება, ან ყველა კომპონენტი ერთობლიობაში. წამების მიზანი საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში კონკრეტულად არის მითითებული და მოიცავს ინფორმაციის, მტკიცებულების ან აღიარების მიღებას, პირის დაშინებას ან იძულებას ანდა პირის დასჯას მის ან მესამე პირის მიერ ჩადენილი ან სავარაუდოდ ჩადენილი ქმედებისათვის, რასაც წამების ვიწრო გაგებასთან მივყავართ, რომელიც გულისხმობს ფიზიკურ ძალადობას და ტანჯვის მიყენებას დაკითხვის პროცესში.

საქართველოს კანონმდებლობის შედეგად შეგვიძლია გამოვყოთ წამების ძირითადი მახასიათებლები, რომელიც მის სისხლის სამართლებრივ დეფინიციამია აღწერილი. წამების დანაშაულისთვის აუცილებელია არსებობდეს განზრახვა, ამ დანაშაულის წინასწარი განზრახვის გარეშე ჩადენა შეუძლებელია, მაგრამ სისასტიკის ხერხები შეიძლება იყოს სპონტანური. ასევე, წამებას უმეტესად ახასიათებს დროის გარკვეულ პერიოდში სისტემატურობა, მაგრამ დროს აღნიშნული დანაშაულისთვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა არ აქვს. წამების მთავარი მახასიათებელი არის ფაქტი – ადამიანის ტანჯვა, რომელიც ყველა ადამიანისთვის სხვადასხვაგვარი შედეგით შესაძლოა დასრულდეს, მათ შორის ლეტალურითაც, მაგრამ შეუძლებელია ადამიანს წამების შემდგომ არ დარჩეს ფიზიკური ტანჯვის შედეგად მიყენებული ტრავმები, ფსიქოლოგიურმა ტანჯვამ არ გამოიწვიოს ფიზიკური და ბიოლოგიური ცვლილებები, ხოლო ადამიანში საკუთარი ღირსების შელახვისა და არასრულფასოვნების კომპლექსის განცდამ²⁶ არ გამოიწვიოს სულიერი ტრავმები. (ხოლო ადამიანში საკუთარი ღირსების შელახვისა და არასრულფასოვნების კომპლექსის განცდამ არ გამოიწვიოს სულიერი ტრავმები.) იმის გათვალისწინებით, რომ ყველა ადამიანი ინდივიდუალურად აღიქვამს ტკივილს, ტანჯვას და ეს ცალკე შეფასების სა-

22 კვაჭაძე მ, მამალაძე ე, დათეშიძე ნ., წამების აკრძალვა: ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 და მე-6 მუხლებით გათვალისწინებული სტანდარტების ასახვა ეროვნულ სასამართლო პრაქტიკაში, თბ.2019, გვ.45.

23 ნაჭყებია გ., სისხლის სამართალი ზოგადი ნაწილი, თბ.2011, გვ.250.

24 ტყეშელიაძე გ, და სხვები (ავტორთა კოლექტივი), სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ.2007, გვ.110.

25 ლეკვეიშვილი მ., თოდუა ნ., მამულაშვილი გ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი წიგნი პირველი, თბ.2016, გვ.288.

26 გამყრელიძე ო. და სხვები, (ავტორთა კოლექტივი), სისხლის სამართლის სასამართლო პრაქტიკის კომენტარი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ.,2008, გვ.199-200.

განია, დანაშაულის ხერხის და ქმედების მიზნის, სისასტიკის ხარისხის დადგენის, კუმულაციურად შესწავლის შედეგად წამების სწორი კვალიფიკაცია პრობლემას არ წარმოადგენს. განსაკუთრებით იმ პირობებში, როდესაც საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 144-ე პრიმა მუხლის დეფინიციაში, ქმედების შემადგენლობის ობიექტური ნიშნები ფართოდ არის ჩამოყალიბებული. აღსანიშნავია, რომ წამების დანაშაულის ჩადენა შესაძლებელია როგორც მოქმედებით, ისე უმოქმედობითაც, როგორც ერთი კონკრეტული პირის, ისე ამ პირის ახლო ნათესავის მიმართ. ქმედება, ნორმის თანახმად, გამოიხატება მსხვერპლისთვის ისეთი პირობების შექმნით ან მოპყრობით, რომელიც თავისი ინტენსივობით იწვევს ფიზიკურ, ფსიქიკურ ან მორალურ ტანჯვას.²⁷

წამების დისკოზიციის და მნიშვნელობის შესწავლისთვის, აუცილებელია არა მხოლოდ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსით ხელმძღვანელობა, ასევე, რიგ საკითხებში პრობლემის მოსაგვარებლად საყურადღებოა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის გაზიარება, რომლის გადამწყვეტილებათა მრავალფეროვანი ბაზა შესაძლებლობას იძლევა, უკეთ აღქმადი გახდეს დანაშაულის თითოეული ნიშანი, მარტივად გაიმიჯნოს წამების დანაშაული და არაადამიანური მოპყრობა ერთმანეთისგან, მაქსიმალურად შემცირდეს პრაქტიკიდან გამომდინარე წარმოშობილი სადავო საკითხები და სხვა.

დასკვნა

წამების დეფინიციის და მნიშვნელობის სრულფასოვნად შესწავლისთვის და გააზრებისთვის, აუცილებელია კუმულაციურად, ერთობლიობაში, როგორც საქართველოს სისხლის სამართლის და საერთაშორისო კანონმდებლობის, ასევე, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის ანალიზი.

27 ჯიშკარიანი ბ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაულის ადამიანის წინააღმდეგ, თბ.2016, გვ.213.

ვინაიდან ღირსება ადამიანის ფუნდამენტური ღირებულებაა, რომელიც აბსოლუტურად დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს წარმოადგენს, მისი დაცვაც გარანტირებულია საქართველოს უზენაესი კანონით – კონსტიტუციით.

კონსტიტუციით ამ უფლების დაცულობის სტანდარტი მაღალია, რამაც ასახვა ჰპოვა საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, რის შედეგადაც ჩამოყალიბდა სისხლის სამართლის კოდექსის რამდენიმე მუხლი, სხვადასხვა დანაშაულის ნიშნებით, მაგრამ საერთო სამართლებრივი სიკეთით, კერძოდ, ადამიანის ღირსებით. საქართველოს სსკ-ის 144-ე პრიმა მუხლის პირველი ნაწილი ეხება წამების დანაშაულს, რომლის დეფინიციის განმარტება, მისი შემადგენელი ყოველი ელემენტის სიღრმისეულად შესწავლა აუცილებელია იმისთვის, რომ აღნიშნული დანაშაული გაიმიჯნოს მსგავსი დანაშაულებისგან, როგორც არის, მაგალითად, არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობა და სხვა. მოცემულ შემთხვევაში საქართველოს კანონმდებლობასთან ერთად აუცილებელია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო პრაქტიკა, რომელშიც დადგენილია სტანდარტი, თუ როგორ უნდა იხელმძღვანელოს სასამართლომ და როგორ უნდა შეფასდეს ესა თუ ის შემთხვევა, წამების თუ არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობის მიჯნაზე.

წამების დანაშაულის საერთაშორისო მნიშვნელობის გათვალისწინებით, საკმაოდ აქტუალურია მისი დეფინიციის კონვენციური არსი და მნიშვნელობა. საინტერესოა მათი მსგავსება და განსხვავება. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 144-ე პრიმა მუხლის დეფინიციის და საერთაშორისო კონვენციებში ჩამოყალიბებული წამების დანაშაულის შესწავლის და შედარების შედეგად ნათელი გახდა, რომ დეფინიციებს შორის მსგავსების მიუხედავად აშკარაა მათ შორის არსებული განსხვავება, კერძოდ, საქართველოს კანონმდებლობაში ჩამოყალიბებული წამების მუხლი უფრო ზოგადია, დანაშაულის ამსრულებელი არ არის დაკონკრეტებული, განსხვავებით გაეროსა და

ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპის კონვენციისგან. აღნიშნულმა განსხვავებამ შესაძლოა სირთულეები წარმოშვას საერთაშორისო დონეზე სამართლებრივი საკითხის გადაწყვეტისას, რადგან საქართველოს კანონმდებლობით წამებად მიჩნეული დანაშაული, საერთაშორისო პრაქტიკით წამებად ვერ დაკვალიფიცირდება.

წამების დანაშაულის საშიშროებიდან, მისი ფართოდ გავრცელებული ხასიათიდან და მასშტაბურობიდან გამომდინარე აუცილებელია, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში წარმოდგენილი მუხლის დეფინიციის სრულყოფილება, მისი არსის და მნიშვნელობის შესწავლა, რათა ნათლად წარმოჩინდეს საკანონმდებლო ხარვეზები და პრობლემური საკითხები. საქიროებიდან

გამომდინარე, განხორციელდეს ცვლილებები დეფინიციასთან მიმართებით და უფრო მკაფიო, საზოგადოებისთვის მარტივად აღქმადი განმარტება გაუკეთდეს აღნიშნულ დანაშაულს, რასაც საინფორმაციო და პრევენციული ხასიათი ექნება.

აუცილებელია საერთაშორისო და საკანონმდებლო დონეზე მოწესრიგდეს წამების ცნების დეფინიცია, ჩამოყალიბდეს ერთიანი მიდგომა და სტანდარტები აღნიშნული მუხლის კვალიფიკაციასთან დაკავშირებით, როგორც შიდა კანონმდებლობით, ასევე საერთაშორისო დონეზე, რათა შემცირდეს პრობლემური საკითხების ოდენობა. ამ აღდეს საზოგადოებრივი ცნობიერება, რასაც პრევენციული ხასიათი ექნება წამების დანაშაულისთვის.

ბიბლიოგრაფია:

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს კონსტიტუცია
2. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი
3. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია
4. გაეროს კონვენცია, წამებისა და სხვა სახის სასტიკი, არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის და დასჯის წინააღმდეგ

სასამართლო გადაწყვეტილებები:

1. ECtHR, Kudla v Poland (GC), 2000 IX 35 EHRR 198 (In English)
2. ECtHR, Eland v UK A 25 (1978); EHRR 25 para 162 PC (In English)
3. ECtHR, Kalashnikov v Russia, 2002 VI 36 EHRR 587 (In English)
4. ECtHR, Audin v Turkey (GC), 1997-VI 25 EHRR 25 (In English)
5. ECtHR, Castello-Roberts v UK (1993) 19 EHRR 112 paras 26-28 (In English)
6. ECtHR, A v UK (1998) 27 EHRR 611 (In English)
7. ECtHR, Tyrer v. the United Kingdom, 25 აპრილი 1978, სერია ა N26. (In Georgian)
8. ECtHR, Selmouni v. France (GC), 28 ივლისი 1999, N25802/94, ECHR 1999 -V. (In Georgian)

სამეცნიერო ლიტერატურა და სხვა დამხმარე მასალები:

1. აისლინგ რეიდი., ადამიანის უფლებათა სფეროში ძირითადი საერთაშორისო სამართლებრივი აქტების კრებული, პირველი ნაწილი, სახალხო დამცველის ბიბლიოთეკა, თბ., 2001

- (In Georgian)
2. ალპტეკინი ს და სხვები., ადამიანის უფლებათა უმაღლესი კომისრის ოფისი, სტამბოლის ოქმი, წამების და სხვა სასტიკი, არაადამიანური მოპყრობის ან სასჯელის ქმედითი გამოძიებისა და დოკუმენტირების სახელმძღვანელო, პროფესიული მომზადების პუბლიკაციათა სერია N8, თბ.,2010 (In Georgian)
 3. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading or Punishment. 26 June 1987 (In English)
 4. ბატონიშვილი დ., სამართლის ინსტიტუტი, თანამედროვე სამართლის მიმოხილვა, თბ.,2013, (In Georgian)
 5. GPT_ის მოხსენება ალბანეთში 2005 წლის 23 მაისიდან 3 ივნისამდე განხორციელებულ ვიზიტთან დაკავშირებით, GPT/inf (2006)24 (In Georgian)
 6. აისლინგ რეიდი., წამების აკრძალვა, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის განხორციელება, გზამკვლევი, თარგმანი., ქელიძე ლ, ბოხაშვილი ბ, მამუკელაშვილი თ., ევროპის საბჭო 2005 (In Georgian)
 7. საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. თავი მეორე. საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი”, გამომცემლობა შპს „პეტიტი”, თბ., 2013 (In Georgian)
 8. კვაჭაძე მ, მამალაძე ე, დათეშიძე ნ., წამების აკრძალვა: ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 და მე-6 მუხლებით გათვალისწინებული სტანდარტების ასახვა ეროვნულ სამართლო პრაქტიკაში, თბ.2019 (In Georgian)
 9. ნაჭყებია გ., სისხლის სამართალი ზოგადი ნაწილი (In Georgian)
 10. ტყეშელიაძე გ და სხვები (ავტორთა კოლექტივი), სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ.2007 (In Georgian)
 11. ლეკვეიშვილი მ, თოდუა ნ, მამულაშვილი გ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი წიგნი პირველი, თბ.2016 (In Georgian)
 12. გამყრელიძე ო და სხვები., (ავტორთა კოლექტივი), სისხლის სამართლის სასამართლო პრაქტიკის კომენტარი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ.,2008 (In Georgian)
 13. ჯიშკარიანი ბ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაულის ადამიანის წინააღმდეგ, თბ.2016 (In Georgian)
 14. <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57/jpg5.htm> (20.02.2024)
 15. <https://geolaw.wordpress.com/2012/11/05/wamebis-akrdzalva/> (26.02.2024)

NAVIGATING CRUELTY: EXAMINING ECHR PRACTICE IN DEFINING A MINIMUM THRESHOLD FOR TORTURE FACILITATED BY STATE AGENTS

Nano Vatcharadze

*Doctoral Candidate of Law, Davit Agmashenebeli
University of Georgia, Lawyer-analyst of Analytical and
International Relations Department at Legal Aid Service
of Georgia*

ABSTRACT

This article critically examines the European Court of Human Rights (ECHR) practice in defining a minimum threshold for torture. It goes in-depth with torture facilitated by State agents, as stipulated in Article 3 of the European Convention on Human Rights. While the identification of torture typically involves severe cases, the majority of instances under Article 3 pertain to degrading or inhuman treatment. Focusing on threshold cases related to freedom from degrading treatment or punishment, this article seeks to delineate the effective guarantee provided by this fundamental right within the Strasbourg organs' judicial policy. The analysis underscores the dynamic and adaptive nature of the ECHR in interpreting and expanding the provisions of the Convention. By capitalizing on the graduated scale of degrading treatment, the Strasbourg organs have extended the protective scope of Article 3, contributing to the development of a progressive European public order. Ultimately, this exploration provides valuable insights into the judicial approach of the Strasbourg organs in defining the minimum threshold for torture perpetrated by State agents, shedding light on the evolving landscape of human rights protection in Europe.

KEYWORDS: Torture, State agents, Cruelty threshold, Legal interpretation

INTRODUCTION

The purpose of this article is to Examine the concept of torture employed by the European Court of Human Rights. One of the main tenets of the human rights framework is the necessity of protecting individuals from torture and maltreatment; this is best expressed in Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Amid the challenges associated with defining the parameters of legally permitted official acts, the European Court of Human Rights (ECtHR) has become a key arbiter, actively involved in the interpretation and definition of the minimal bar for torture enabled by state agents. This article explores the complex legal precedents surrounding Article 3, attempting to analyse the subtle aspects of the right to be free from torture and other forms of ill-treatment.

Although Article 3 forbids torture, it is not often easy to apply this article in practice because it deals with situations that fall under the category of humiliating or inhuman treatment. Understanding the effectiveness and scope of this safeguard requires an analysis of threshold circumstances pertaining to freedom from degrading treatment or punishment, which is a basic but less severe absolute right under Article 3. This article examines how the European Court of Human Rights' jurisprudential framework has interpreted and applied the minimum threshold for torture, with a focus on cases involving State agents. This investigation highlights the Strasbourg organs' adaptability in changing legal interpretations and social norms, demonstrating their dedication to establishing a progressive European public order. A thorough grasp of the complexities surrounding the definition of torture in the European context emerges as we set out on this voyage through the complex judicial policies of the European Convention on Human Rights. A thorough grasp of the complexities surrounding the definition of torture in the European context emerges as we set out on this voyage through the complex judicial policies of the European Convention on Human Rights. Through this analysis, the article aspires to contribute to

the ongoing discourse on human rights protection within the European context, shed light on the evolving standards and challenges the ECtHR faces in addressing this critical issue, and give certain recommendations.

1. ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION: CRAFTING LEGAL FRAMEWORK

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (The European Convention) embodies all of the rights and freedoms that people should be guaranteed. One of the cornerstone rights is the prohibition of torture and other forms of ill-treatment, enshrined in Article 3 of the European Convention. "No one shall be subjected to torture or inhuman and degrading treatment or punishment", states Article 3.¹

Article 3 must be read with Article 15 of the European Convention. The prohibition of torture has achieved the status of jus cogens or a peremptory norm in international law (Advisory opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture [GC], § 59, 2022) The prohibition is absolute. No derogation from it is permissible even in the event of a public emergency threatening the life of the nation or in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organized crime or the influx of migrants and asylum-seekers, irrespective of the conduct of the person concerned.² Therefore, European Convention imposes an absolute prohibition on torture, inhuman and degrading treatment or punishment.

Article 3 of the Convention imposes substantive positive obligations on the State, which in-

1 European Court of Human Rights. (n.d.). Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (as amended by Protocols Nos. 11 and 14). Retrieved from https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG.

2 A. and Others v. the United Kingdom [GC]. 2009. § 126.

clude the following: (1) establishing a legislative and regulatory framework of protection; and (2), under specific and well-defined circumstances, taking operational measures to safeguard individuals against the risk of treatment that violates that provision.³ Creating a thorough legal and regulatory framework is the affirmative requirement outlined in Article 3 of the European Convention on Human Rights. This structure is essential for giving people strong protection and preserving their mental and physical well-being. This obligation is especially important when it comes to public services that are tasked with protecting children's health and welfare, especially when those youngsters are extremely vulnerable and under the sole custody of authorities. This affirmative requirement might, in some cases, require the installation of extra precautions and safeguards. The necessity of this duty has been emphasized by the European Court of Human Rights (ECtHR), particularly in situations involving child sexual abuse in which the offender is in a position of power over the victim. The European Court of Human Rights (ECtHR) has highlighted the significance of adequate detection and reporting systems in successfully implementing pertinent criminal laws in delicate situations, as demonstrated by the case of *X and Others v. Bulgaria* [GC], 2021, § 180. In a similar vein, the European Court of Human Rights has ruled that, in the case of domestic abuse, domestic authorities have a positive obligation to take proactive steps to safeguard victims under the criminal law. Among these steps are the criminalization of domestic abuse and the implementation of fair, reasonable, and deterrent penalties, as stated in *Volodina v. Russia*, 2019, section 78.

Additionally, regarding safeguards, the European Court of Human Rights requires national legal systems to provide an extensive array of legal and practical remedies. As explained in *Tunikova and Others v. Russia*, 2021, § 95, this range of choices guarantees that authorities have a variety of adequate and proportionate measures aligned with the assessed level of risk in each particular case. The jurisprudence of the ECtHR

highlights the proactive role of states in crafting and enforcing legal frameworks to fulfil their positive obligations under Article 3, particularly in contexts where vulnerable individuals are at heightened risk.⁴

2. INTERPRETING THE MINIMUM CONDITIONS FOR TORTURE UNDER ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

To determine whether a particular form of ill-treatment should be qualified as torture, the Court will have regard to the distinction embodied in Article 3 between this notion and that of inhuman or degrading treatment. It was the intention that the Convention should, using this distinction, attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering. The Convention's aims and purposes, intended to serve as a mechanism for safeguarding individual human rights, necessitate interpreting and applying its provisions that ensure practical and meaningful protection. This imperative should guide the Court's approach to understanding Article 3, emphasizing the importance of rendering its safeguards both realistic and effective.⁵ The same distinction is drawn in Article 1 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment "UNCAT".⁶ In addition to the severity of the treatment, there is a purposive element, as recognised in the UNCAT, which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim,

3 *X and Others v. Bulgaria* [GC]. 2021. § 178. (24 pg.)

4 Council of Europe. (n.d.). Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of torture. Retrieved from <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_3_ENG> pg.6.

5 Council of Europe. (n.d.). Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of torture. Retrieved from <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_3_ENG> pg.6.

6 *Ireland v. the United Kingdom*. 1978. § 167. *Selmouni v. France* [GC]. 1999. § 96. *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC]. 2004. § 426.

inter alia, of obtaining information or a confession, inflicting punishment or intimidation.⁷ With regard to the fact that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, acts which were classified in the past as “inhuman and degrading treatment” as opposed to “torture” could be classified differently in future. The Court has taken the view that an increasingly high standard is required to protect human rights and fundamental liberties. It inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.⁸ In this respect, the Court has emphasized that the prohibition of torture has achieved the status of *jus cogens* or a peremptory norm in international law. Various acts, behaviours, or occurrences can be perceived as torture under specific circumstances, while they may not qualify as torture in different situations. It is crucial to underscore that, in legal contexts, torture is often associated with cruel, inhuman, and degrading treatment or punishment or ill-treatment. “Torture is not an act in itself, or specific type of acts, but it is the legal qualification of an event or behaviour, based on the comprehensive assessment of this event or behaviour”. This classification is determined through a comprehensive assessment of the specific circumstances surrounding the event or behaviour. The distinction between these various classifications—torture, cruel, inhuman, and degrading treatment or punishment—depends on the unique circumstances of each case and is not always straightforward. It becomes evident that the qualification of torture may be readily assigned in certain instances due to the specific intensity or nature of certain acts. However, in other cases, factors such as the victim’s vulnerability (age, gender, status, etc.), the surrounding environment, and the cumulative impact of various elements must be considered. These factors collectively contribute to determining whether a particular case rises to the level of torture or

falls short of this ultimate threshold, warranting classification as cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.⁹

Before the Court can decide that a given act or series of actions constitute torture, a number of factors must be proven. These factors include the “purpose” of the acts, the extent of “state responsibility”, and the status of the offender or perpetrators. However, the threshold questions of first the minimum conditions to fall under Article 3 and second the degree of injury required to establish torture are preliminary to each of these factors. These prerequisites are not only necessary for a finding of torture, but they are also fundamental concerns that shed light on how the Court interprets questions of harm and human rights, such as its disproportionate emphasis on bodily or psychological harm and its expansion of Convention jurisprudence beyond the basic focus on state-centre, public-oriented forms of abuse. Because these threshold questions deal with contentious issues of rape comparison and proper tactics for apprehending offenders, they also provide significant challenges for feminist researchers and activists. Lastly, and perhaps most obviously, these threshold concerns establish the admissibility of a claim and the extent of any damages awarded to an applicant.¹⁰

The European Convention on Human Rights (ECHR) Article 3 has been applied in various contexts, the most common of which is the treatment of people who are deprived of their freedom. This chapter explores the complex situations in which Article 3 is used, highlighting how often it occurs in the context of detained people and calling on law enforcement and other custodial authorities to exercise caution. It is especially important for those in charge of detainees—po-

7 Selmouni v. France [GC]. 1999. § 97. Salman v. Turkey [GC]. 2000. § 114. Al Nashiri v. Poland. 2014. § 508 and Petrosyan v. Azerbaijan. 2021. § 68.

8 *ibid.*

9 UN HCHR. (2011). Interpretation of torture in the light of the practice and jurisprudence of international bodies. United Nations publication. Retrieved from <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/UNVFVT/Interpretation_torture_2011_EN.pdf>

10 McGlynn, C., & García-Lozano, S. T. (2009). Rape, Torture and the European Convention on Human Rights. *The International and Comparative Law Quarterly*. 58(3). 565-595 <<https://www.jstor.org/stable/25622227>> pg. 566.

lice, jail guards, immigration agents, and patients in secure psychiatric units—to determine the likelihood of maltreatment as soon as possible, especially for vulnerable populations. According to Article 3, “torture” is defined as intentional inhuman treatment that results in extreme and painful suffering, frequently for coercive or information-gathering reasons. The degree of suffering sets torture apart from inhuman treatment, which necessitates a minimum degree of severity resulting in actual physical harm or severe mental distress, regardless of deliberate action. The chapter also examines how these terms’ thresholds are changing, emphasizing how dynamic the standards are.

Distinguishing “degrading treatment” from bodily and emotional anguish entails debasement and humiliation. It could be brought on by solitary imprisonment, strip searches, or other forms of detention. An Article 3 breach is more likely when there is evidence of maltreatment coupled with discrimination, especially on ethnic grounds. The chapter also discusses how Article 3 is used in deportation and extradition proceedings, highlighting that sending people to nations where they may violate Article 3 is a breach on the part of the deporting State.

Additionally, the chapter highlights positive obligations of Article 3, stating that dealing with vulnerable populations increases the State’s obligation to avoid mistreatment. Similar to the right to life (Article 2), where a plausible violation of Article 3 requires an independent, efficient, and timely investigation, the procedural duty to investigate is emphasized. This procedural responsibility emphasizes several important elements, including medical examinations, proper record-keeping, and collaboration with investigations.¹¹

3. CHALLENGES IN DETERMINING ‘DEGRADING TREATMENT’ UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Another difficulty with this strategy is figuring out where exactly “threshold” is located under Article 3. In particular, it can be challenging to determine whether some instances of maltreatment are sufficiently minor to be considered “degrading”. This raises the related problem of determining the degree of seriousness for each of the three components listed in Article 3. The argument is about determining, unless there are extremely minor cases, at what point the inflicting of physical or mental pain is likely to be considered at least degrading treatment. The case of *Costello-Roberts v UK* serves as an example. In this case, the Court considered whether the 7-year-old had received a minor reprimand with a slipper from the headmaster in a private school. Acts not involving the intentional infliction of physical or mental suffering may also be considered degrading, yet these instances necessitate evaluation on distinct grounds. In a case where a detainee was handcuffed, like *Raninen v. Finland*, the Court established a standard, saying that the important thing to look at is whether the treatment in question shows disrespect or contempt for the person and whether or not it intends to humiliate rather than just accomplish a legal goal. This nuanced assessment emphasizes how difficult it is to determine when behaviour falls outside of what constitutes degrading treatment under Article 3, especially when it does not involve intentional physical or mental injury.¹² At first, the Convention appeared to draw a clear difference, reserving the term “torture” for intentional acts of inhuman treatment that result in extreme and terrible suffering. However, the Court’s position has changed in the last few

11 Council of Europe. (n.d.). Prohibition of torture. Retrieved from <<https://www.coe.int/en/web/echr-tool-kit/interdiction-de-la-torture>>

12 Evans, M. D., Cakal, E., NEWBERY, S., Moran, C. R., Murphy, C. J., Kelly, T., & Parry, J. T. (2002). Getting to Grips with Torture. *The International and Comparative Law Quarterly*. 51(2). 365-383. <<https://www.jstor.org/stable/3663233>> pg. 371.

months. The Court stated in *Selmouni v. France* (1999) that some actions that were previously categorised as “inhuman and degrading” rather than “torture” might be reclassified in the future. The Court underlined that a more accommodating approach to evaluating violations of the core principles of democratic societies is necessary, given the strict standards necessary to safeguard human rights and fundamental liberties. *Selmouni v. France* is a significant case because it shows that the Court is prepared to review and maybe amend earlier interpretations of the Convention. This constitutes a noteworthy addition to the developing body of legal knowledge about torture. That being said, it can be wise to avoid being unduly fixated on the particular name associated with a given type of maltreatment. *Selmouni* has wider ramifications, implying a greater universal importance that merits careful thought.¹³

The European Convention on Human Rights, which places a strong emphasis on preventing torture, serves as a cornerstone for protecting people from violations of their human rights. This chapter explores the potential extraterritorial duties that nations may be subject to under the ECHR when deciding whether to admit evidence that was obtained by torture. The main focus is on a hypothetical situation in which the European Convention draws a clear link between torture and the use of that evidence in Court. The European Convention has continuously demanded that states look into reports of torture, thereby reiterating the outright ban on this horrible practice. This chapter considers applying a similar obligation to situations when the evidence has been corrupted by torture. Making comparisons with earlier rulings such as *Soering*, where the United Kingdom was mandated to assess foreign conditions before extradition, it is conceivable that the ECHR might advocate for thorough investigations into torture-related claims linked to evidentiary proceedings. An important topic covered in this chapter is the possibility of putting states—especially the UK—under the burden of proof to prove that evidence presented

in Court was voluntary. This is consistent with long-standing procedures seen in both domestic and international legal systems, giving weight to the reliability and impartiality of the evidence, particularly in situations involving allegations of coercion or torture.

This chapter explores the potential obstacles that nations may face while acknowledging the necessity of looking into evidence that was caused by torture. It considers how the ECHR might examine and possibly contest exceptions claimed by governments, particularly when faced with solid arguments like the grave threat of terrorism. The debate assesses whether security considerations can justifiably take precedence over the need to inspect the procedures thoroughly used to obtain the evidence.

In navigating the intricate landscape of extraterritorial obligations under the ECHR concerning evidence obtained through torture, this chapter provides comprehensive insights. By drawing on legal precedents and envisioning hypothetical scenarios, it aims to illuminate potential developments and challenges in ensuring compliance with human rights standards, particularly in the delicate realm of using evidence tainted by torture in legal proceedings.

4. REASSESSING SEVERITY: ARTICLE 3 JURISPRUDENTIAL CONTEXT-SENSITIVE METHOD

The claim that maltreatment must reach a minimum degree of severity is the basis of the European Court of Human Rights (ECtHR) requirements under Article 3. This criterion highlights the relative character of evaluation, considering elements like time, bodily or mental impacts, and the victim’s demographics. It has been reinforced since the historic *Ireland v. UK* decision.

According to the ‘all the circumstances’ formula, the victim’s vulnerability was examined along with the type, context, and delivery of the treatment. The Court has made a distinction between “degrading” treatment—which degrades or humiliates, so undermining human dignity—and

13 Ibid.

“inhuman” treatment, which results in physical pain or severe suffering.

Although ‘degrading’ treatment is frequently argued to be the least severe under Article 3, the Court’s approach offers a more nuanced view. The concept of the minimum degree of severity’ establishes boundaries for humiliating treatment, meaning that a specific threshold of humiliation or debasement must be reached.

It is critical to recognise the qualitative differences between inhumane and degrading treatment. ‘Degrading’ mainly refers to being subjected to terror, agony, or humiliation, whereas ‘inhuman’ refers to causing pain or suffering. But these components are related, and in some cases, a combination is involved.

In evaluating severity, the Court in the *Bouyid v. Belgium* decision placed more emphasis on the type of treatment than the extent of harm. In this sense, severity refers to the wrong of inhuman and degrading treatment that goes beyond quantifiable effects. The misuse of authority and the nature of the treatment indicate how serious the breach is.

Bouyid emphasises that the character of the treatment is inextricably tied to its severity, which is not only determined by the injury caused. The minimum level of severity is a complex, context-specific criterion that considers vulnerability and power relationships while determining the appropriate course of action. It functions as an objective criterion, with the Court evaluating severity individually in relation to the particular circumstances.

In conclusion, the Court’s approach to severity in Article 3 involves a careful consideration of the wrongs perpetrated, acknowledging the nuanced interplay between objective criteria and context-sensitive evaluation.¹⁴

Article 3 of the European Convention on Human Rights prohibits treatment that falls under its purview, regardless of the victim’s conduct or

the alleged public interest. The European Court of Human Rights (ECtHR) has consistently upheld these strict criteria. This in-depth examination delves into the complex equilibrium the European Convention on Human Rights (ECHR) upholds between categorical proscriptions and complex factors when establishing a minimal bar for torture enabled by state actors. The definitive language of Article 3 highlights the ECtHR’s steadfast position that the means should never justify the ends and makes the purpose of the alleged treatment irrelevant. However, inserting a severity level that requires satisfaction under Article 3 tempers this stringent approach. The ramifications of this cutoff are crucial in establishing state accountability. By introducing the notion of proportionality inside the absolute framework of Article 3, the European Court of Human Rights treads carefully when defending cruel treatment. The nuanced perspective on proportionality also encompasses positive duties, such as establishing minimum standards in different contexts, such as hospitals where isolation is a common occurrence. When the ECtHR examines seclusion practices in the healthcare industry, it expects institutions to follow minimal requirements that include needing “cogent” justifications for seclusion and taking known risks associated with extended isolation into account. Decisions made in healthcare settings have consequences that require a balanced approach and are carefully considered in light of their effect on the patients receiving such treatment.¹⁵

Examining the ramifications of positive obligations under Article 3, this approach emphasises that participation is independent of victim behaviour. In deciding whether authorities had a duty to safeguard against maltreatment or should have, the applicability of the proportionality test is examined. There are concerns regarding what the state must do when it engages in its responsibility due to exploring the hazy boundary between positive and negative responsibilities.

14 Mavronicola, N. (2021). Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR. See: <https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/62913/9781509903054.pdf?sequence=1&isAllowed=y> pg. 90-93.

15 Palmer, S. (2006). A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality. *The Cambridge Law Journal*. 65(2). 438-451 <https://www.jstor.org/stable/4509209> pg. 450-45.

Ultimately, this approach offers a thorough examination of the ECtHR's practice in defining a minimum threshold for torture facilitated by state agents. Navigating through the nuances of proportionality, positive obligations, and the delicate balance required in addressing instances of ill-treatment, the ECtHR's evolving approach reflects the ongoing quest for a robust framework that upholds human rights while acknowledging contextual challenges.¹⁶

In summary, whether or not torture and inhuman or degrading treatment or punishment are expressly forbidden under Article 3 of the Convention depends on how the term is used. Since Article 3 ECHR does not resolve the issue of competing rights and/or obligations under this article, it cannot be regarded as fully absolute. Nonetheless, the current dissertation proposes and recommends to the Court a revised interpretation of what it means for a right to be absolute in the context of Article 3 ECHR. While it does not include positive responsibilities, it adheres to the principle of absoluteness and would give the Court a practical definition that is consistent with its case law.¹⁷

If a statement acquired under torture is declared inadmissible by the European Court of Human Rights (ECHR), the next difficulty is to establish who bears the burden of proof in establishing whether or not torture occurred. This approach, which proposes a burden-shifting analysis, guarantees a fair and balanced examination, protecting the interests of the inmates and the United Kingdom. This proposed paradigm requires detainees first to demonstrate an arguable claim that the authorities coerced them into providing evidence through torture. This lays the groundwork for detainees to offer circumstantial

evidence, considering their limited understanding of the facts against them and the difficulties they encounter. The arguable claim standard acknowledges the challenges detainees face as a result of sealed evidence and restricted access to vital information.¹⁸

If a statement acquired under torture is declared inadmissible by the European Court of Human Rights, the next difficulty is to establish who bears the burden of proof in establishing whether or not torture occurred. This approach, which proposes a burden-shifting analysis, guarantees a fair and balanced examination, protecting the interests of the inmates and the United Kingdom. This proposed paradigm requires detainees first to demonstrate an arguable claim that the authorities coerced them into providing evidence through torture. This lays the groundwork for detainees to offer circumstantial evidence, considering their limited understanding of the facts against them and the difficulties they encounter. The arguable claim standard acknowledges the challenges detainees face as a result of sealed evidence and restricted access to vital information.¹⁹

5. STATE-FACILITATED TORTURE-EXAMINING LAW ENFORCEMENT ACTIONS

Using physical force against someone who is being detained or comes into contact with law enforcement when their actions do not strict-

16 Palmer, S. (2006). A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality. *The Cambridge Law Journal*. 65(2). 438-451 <<https://www.jstor.org/stable/4509209>> pg. 450-451.

17 Theory and Practice of the Absolute Prohibition of Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under the European Convention of Human Rights. Retrieved from <<https://repository.gchumanrights.org/server/api/core/bitstreams/a7e24207-49dd-4efa-ba69-68311d817e38/content>> pg. 71.

18 Gasper, B. (2005). Examining the Use of Evidence Obtained Under Torture: The Case of the British Detainees May Test the Resolve of the European Convention in the Era of Terrorism. *American University International Law Review*. Retrieved from <<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1051&context=auilr>>

19 Gasper, B. (2005). Examining the Use of Evidence Obtained Under Torture: The Case of the British Detainees May Test the Resolve of the European Convention in the Era of Terrorism. *American University International Law Review*. Retrieved from <<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1051&context=auilr>>

ly require it degrades their human dignity and, in theory, violates their right as stated in Article 3 of the Convention. The Court emphasizes that the phrase “in principle” does not refer to circumstances where a violation finding can be disregarded because it does not satisfy the severity level. Any violation of human dignity immediately challenges the fundamental principles of the Convention. Therefore, regardless of the effect on the person in question, any actions by law enforcement officials towards an individual that erode human dignity, especially through the needless use of physical force, constitute a breach of Article 3 of the Convention.²⁰

For example, the Court found that the police’s use of batons to restrain the person while conducting an identity check was considered an excessive use of force. This ruling was predicated on the fact that the subject, although having bitten one of the police officers, was unarmed and had exhibited a largely passive manner until being subdued on the ground.²¹

On the other hand, the Court decided that the amount of force used on the concerned individuals who also happened to be bodybuilders was judged necessary. These people had actively resisted and assaulted police officers during an arrest, which led to the judgement that they should be held accountable (*Berliński v. Poland*, 2002, § 62). Cases like *Barta v. Hungary*, 2007, § 72, where the petitioner was injured during an arrest for resisting arrest, and *P.M. and F.F. v. France*, 2021, § 88, where the petitioner was arrested for destroying private property while intoxicated, both involved similar considerations.

Furthermore, the Court has previously recognized the importance of taking into account the possibility that family members, particularly children, may be present at the arrest scene within the context of a police operation pursuing lawful objectives like carrying out an arrest, conducting a search and seizure of items, and serving the public interest goal of prosecuting criminal offences. It is important to consider children’s psychological susceptibility when organizing

and carrying out such activities because of their young age.²²

In the 2013 case of *Gutsanovi v. Bulgaria*, the Court observed that the early-morning police operation, which involved special agents wearing masks, increased the children’s sense of terror and anxiety as they watched their father be taken into custody. In this case, the children’s treatment exceeded the necessary severity level (§ 134). Similar factors were taken into account in *A v. Russia*, 2019, § 67, a case in which a nine-year-old girl saw her non-resistant father be forcibly arrested. On the other hand, the Court took a different stand in the case of *Ilievi and Ganchevi v. Bulgaria*, 2021, § 60, when all family members who witnessed their relatives’ detention were adults.

For detailed examinations of the use of force in the specific context of detention, refer to the Case-Law Guide on Prisoners’ Rights. Likewise, for insights into the application of force in the context of public assemblies and demonstrations, consult the Case-Law Guide on Mass Protests.²³

The utilization of specific instruments or measures of restraint, such as handcuffing, typically does not raise concerns under Article 3 of the Convention does not give rise to concerns under Article 3 of the Convention as long as it does not involve excessive force, public exposure, or measures beyond what is reasonably necessary in the particular circumstances (*Shlykov and Others v. Russia*, 2021, § 72). The Court evaluates whether limits are necessary based on each case’s circumstances, considering those factors carefully (*Pranjić-M-Lukić v. Bosnia and Herzegovina*, 2020, § 72). Notably, elements including the possibility of resisting arrest, the danger of escaping, the chance of causing harm, the possibility of hiding evidence, and any individual risk assessments based on behaviour are considered.²⁴

According to the Court’s ruling in *Shlykov and Others v. Russia*, 2021, § 73, the use of handcuffs may be appropriate in certain situations, such

20 *Bouyid v. Belgium* [GC]. 2015. §§ 100-101.

21 *Dembele v. Switzerland*. 2013. § 47. (pg. 13)

22 *Gutsanovi v. Bulgaria*. 2013. § 132.

23 Council of Europe. (n.d.). Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights: Mass protests. Retrieved from <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Mass_protests_ENG>

24 *Svinarenko and Slyadnev v. Russia* [GC]. 2014. § 117.

as transfers outside of jail, when used for brief periods, or as a one-time, periodically reviewable measure based on a personal risk assessment. Numerous factors are taken into account when determining the severity in this case, such as the seriousness of the sentence, the applicant's health, criminal history, compliance with domestic law, proportionality to the individual's conduct, lawfulness of detention, public nature of the treatment, health consequences, and the length of time the applicant will be in handcuffs.²⁵

The Court agrees with the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment's (CPT) recommendations regarding the use of pepper spray by police enforcement. According to *Tali v. Estonia*, 2014, section 78, pepper spray is considered potentially hazardous and should not be used in confined areas. If it is used in an open location, obvious precautions must be in place. In particular, it should never be used against someone who is currently facing controversy.²⁶

Similarly, the Court has voiced concerns regarding the application of electroshock weapons, especially when they are in contact mode, as they result in severe pain and momentary unconsciousness (*Anzhelo Georgiev and Others v. Bulgaria*, 2014, §§ 75-76). The Court highlights that when skilled law enforcement personnel are around an individual who needs to be subdued, they have access to alternate control methods. The Court has determined that placing someone in a metal cage during a trial is objectively degrading and incompatible with the norms of civilized behaviour. As such, it violates Article 3 of the Convention and is an affront to human dignity (*Svinarenko and Slyadnev v. Russia [GC]*, 2014, § 138). Defendants may be placed in glass cabins or behind partitions, but this is not always humiliating; instead, it may be brought to the minimum degree of severity if the circumstances result in more distress or hardship than the inevitable suffering that comes with being in custody (*Yaroslav Belousov v. Russia*, 2016, § 125).

When carried out in a way that respects human dignity and has a justifiable purpose, a strip search or intimate body search carried out during an arrest is compatible with Article 3, as stated in *Wieser v. Austria*, 2007, § 39. As highlighted in *Roth v. Germany*, 2020, § 65, and further explained in the Case-Law Guide on Prisoners' Rights, this principle is restated in relation to incarceration.

The initial concern relates to a substantial enlargement of the area encompassed by the phrase "act of a public official". This used to include cases when a police officer or jail warden had abused someone. But there's a discernible change in emphasis from concentrating only on the official acts to taking a more comprehensive look at what the state is ultimately accountable for. This change is explained via the perspective of "state responsibility", which emphasizes the state's liability for any acts or inactions that result in a breach. The changing view acknowledges that a state may violate Article 3 in some situations when it fails to stop extreme ill-treatment from happening, even if others still maintain that direct actions by state actors are required for a violation of the article. This understanding includes situations requiring extradition or expulsion, in which a state may violate the law if it intentionally puts a person in danger of maltreatment. Furthermore, incidents of corporal punishment in schools once thought to be unusual are now recognized as a part of a larger pattern. When a state fails to safeguard a person from the possibility of mistreatment by a non-state agent, the Court can establish a violation of Article 3 due to the change in the discourse towards state responsibility. In *Mahmut Kaya v. Turkey*, for example, the state was found liable for not intervening to stop the applicant's brother from being mistreated and dying at the hands of unidentified individuals, even though the dead himself had warned of the danger.

Notably, the Court's conclusion in *Z v UK* that the local authorities violated Article 3 by neglecting to shield children from abusive parental behaviour portends a potentially significant consequence. According to the Court, states must put

25 *Shlykov and Others v. Russia*. 2021. § 73.

26 *İzci v. Turkey*. 2013. §§ 40-41 and *Ali Güneş v. Turkey*. 2012. §§ 39-40.

policies in place to guarantee that people living under their authority are protected.²⁷

6. ECHR JURISPRUDENCE ON STATE-AIDED TORTURE

The European Court has rendered rulings in multiple cases pertaining to torture and maltreatment, and its rulings have significantly impacted the development of global standards. The distinction between torture and cruel, inhuman, or humiliating treatment has been examined in a number of significant rulings rendered by the European Court. The European Court has emphasised that an evolving criterion should be used to examine conduct in light of current realities and human rights norms while admitting that a unique stigma is reserved for conduct constituting torture.²⁸ Under the Convention, a Contracting State is accountable for any infringement of human rights that arise from acts carried out by its agents while performing official duties. The Court has ruled that in cases where an agent of the State is shown to have engaged in unlawful behaviour, assigning blame to the State requires a thorough analysis of the relevant facts. The nature and context of the issue conduct are considered during this assessment. Furthermore, a number of factors—none of which are inherently decisive—are considered when determining whether an individual meets the requirements to be considered an agent of the State as defined by the Convention. The primary standards utilised to determine State accountability for an individual's conduct, regardless of whether they are technically designated as a public official or not, are the appointment, oversight, and accountabil-

ity processes. as well as the person's objectives, powers and functions.²⁹

The Classic Case of GÄFGEN V. GERMANY

Gäfgen v. Germany³⁰ is a troubling case in which the state's actions, specifically those of law enforcement, raised serious moral and legal concerns. This case can be better understood by applying the critical case review perspective. This chapter explores the case's minute intricacies, revealing the complexities around a crime the state perpetrated in the name of justice. In the Gäfgen case, police officials use the threat of torture as a cover for saving the life of an innocent kid, leaving the suspect caught in a web of moral quandaries after committing a serious crime.

Examining the legal justifications used by the ECtHR in Gäfgen takes up much of the case review. It explores the meaning and implementation of Articles 3 and 6 of the European Convention on Human Rights, highlighting how strongly torture is forbidden. The chapter takes a nuanced approach to the subject, challenging the moral and practical justifications for torture, particularly in extreme hypothetical situations like the so-called "ticking time bomb" situation.

Moreover, the critical examination also encompasses the dissenting views expressed in the Grand Chamber, providing a more profound investigation of the disparate viewpoints in the legal discourse. This review section considers the possible effects of opposing viewpoints on the larger field of human rights law, adding a degree of nuance and variation to the dominant legal interpretations.

One significant aspect of the case review is an analysis of the application of the ECtHR's ruling, specifically with regard to the admissibility of evidence derived from inhumane treatment. In cases where the state is involved in acts that violate basic values, the chapter poses important considerations concerning state accountability and the broader ramifications for human rights norms.

This case analysis essentially acts as a thor-

27 Evans, M. D., Cakal, E., NEWBERY, S., Moran, C. R., Murphy, C. J., Kelly, T., & Parry, J. T. (2002). Getting to Grips with Torture. *The International and Comparative Law Quarterly*. 51(2). 365-383. <<https://www.jstor.org/stable/3663233>> pg. 379.

28 Weissbrodt, D., & Heilman, C. (2011). Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment. University of Minnesota Law School Scholarship Repository. Retrieved from <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=faculty_articles> pg. 17.

29 V.K. v. Russia. 2017. § 174.

30 Gäfgen v. Germany. 2010.

ough investigation into the nuances of *Gäfgen v. Germany*, illuminating the murky areas where government activities, moral principles, and the unwavering ban on torture collide. It provides readers with an insightful examination of the case's ramifications for the larger conversation about justice, human rights, and the state's responsibility to protect fundamental values.³¹

Mindadze and Nemsitsveridze V. Georgia

Both applicants were arrested in 2004 and faced charges related to an incident connected to a Georgian Parliament Member. Their conviction by the national Court included an attempt at murder under aggravating circumstances. The wife of the initial petitioner subsequently stated in Court that she saw her husband's bandaged wrists and bitten and blackened nails, which he attempted to hide, on May 16, 2004. However, upon the first applicant's transfer to jail number 7, the prison doctor noted no violent tendencies.³²

The initial applicant requested a comprehensive medical investigation to ascertain the degree of his injuries after claiming he suffered electric shocks and severe beatings on May 13, 2004. On September 27, 2004, the mother of the second applicant filed a lawsuit, claiming that a Member of Parliament had given the first applicant money to keep him in prison so he would continue to confess. The Court underscores that Article 3 of the Convention forbids torture and inhuman treatment, even under challenging circumstances.

A meticulous examination is crucial in cases involving Article 3 claims. The Court found that the state medical personnel's failure to timely and adequately examine and document the first applicant's injuries deprived him of a crucial guarantee against Article 3 violations.

The first applicant's methodical display of signs of the maltreatment he alleged is justified, according to the Court. Failure is indicated by the domestic authorities' inadequate and belated inquiry, which did not offer a counterargument. The Court determines that during the first applicant's

detention at the Tbilisi Police Department on May 13, 2004, there was police brutality against him, taking into account the duty to account for injuries sustained while in prison.

The Court asserts that the use of electric shocks and beatings with iron shackles to extract a confession constitutes a serious violation of the applicant's physical integrity, qualifying as torture under Article 3 of the Convention. Consequently, there was a violation of both the substantive and procedural aspects of Article 3.³³

CONCLUSION

The European Court of Human Rights is essential to protecting the fundamental rights included in the European Convention on Human Rights and determining the boundaries of justice in the complex field of human rights litigation. In particular, this article has examined the guarantee of Article 3 against cruel treatment or punishment, critically analysing the European Convention on Human Rights' method of determining a minimal standard for torture committed by agents of the state.

Harmonious ideas are urgently needed to identify the minimum threshold for torture enabled by State actors, given the constantly changing legal environment created by the ECHR. The European Convention on Human Rights can strengthen the legal system by improving its process as the supreme authority in human rights decision-making. To improve the harmonious development of human rights protection, the European Court of Human Rights should scrutinise cases with discriminatory intent more closely. The Court should emphasise how important it is to look into any apparent prejudices, especially where they are the driving force behind actions. There must be a surge in public awareness. The ECHR needs to attempt to disseminate its rulings properly so that more people are aware of the legal harmonies it creates. This guarantees that justice reverberates across society and supports respect for human rights.

31 *Gäfgen v. Germany*. 2010.

32 *Mindadze and Nemsitsveridze v. Georgia*. 2017.

33 *Ibid.*

The smooth application of ECHR rulings depends on cooperation with state authorities. To guarantee that its legal melodies are heard and incorporated into the national legal symphonies, the Court should promote a collaborative echo and collaborate closely with national bodies.

Legal practitioners should be given symphonic training through a concentrated effort. This includes training programmes, conferences, and workshops to acquaint legal professionals with the subtleties of the ECHR's case law. An accomplished lawyer ensemble ensures a more harmonious interpretation and application of human rights standards.

To keep legal instruments in line with modern legal harmony, the ECHR should conduct thorough reviews of them regularly. Periodic adjustments are necessary for a dynamic legal system, and the Court should take the lead in coordinating these changes.

By incorporating these suggestions into the legal composition, the European Court of Human Rights (ECHR) can enhance its position as the human rights defender and guarantee that its jurisprudential frameworks are characterised by precision, coherence, and a solid dedication to justice.

BIBLIOGRAPHY:

Normative Materials:

1. European Court of Human Rights. (n.d.). Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (as amended by Protocols Nos. 11 and 14). Retrieved from <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG>
2. Council of Europe. (n.d.). Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of torture. Retrieved from <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_3_ENG>
3. UN HCHR. (2011). Interpretation of torture in the light of the practice and jurisprudence of international bodies. United Nations publication. Retrieved from <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/UNVFVT/Interpretation_torture_2011_EN.pdf>
4. Council of Europe. (n.d.). Prohibition of torture. Retrieved from <<https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/interdiction-de-la-torture>>

Court Decisions:

1. A. and Others v. the United Kingdom [GC]. 2009.
2. X and Others v. Bulgaria [GC]. 2021.
3. Ireland v. the United Kingdom. 1978.
4. Selmouni v. France [GC]. 1999.
5. Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia [GC]. 2004.
6. Selmouni v. France [GC]. 1999.
7. Salman v. Turkey [GC]. 2000.
8. Al Nashiri v. Poland. 2014.
9. Petrosyan v. Azerbaijan. 2021.
10. Bouyid v. Belgium [GC]. 2015.
11. Dembele v. Switzerland. 2013.
12. Gutsanovi v. Bulgaria. 2013.
13. Svinarenko and Slyadnev v. Russia [GC]. 2014.
14. Shlykov and Others v. Russia. 2021.
15. İzci v. Turkey. 2013.
16. Ali Güneş v. Turkey. 2012.

Scientific Literature:

1. McGlynn, C., & García-Lozano, S. T. (2009). Rape, Torture and the European Convention on Human Rights. *The International and Comparative Law Quarterly*. <<https://www.jstor.org/stable/2562227>>
2. Evans, M. D., Cakal, E., NEWBERY, S., Moran, C. R., Murphy, C. J., Kelly, T., & Parry, J. T. (2002). Getting to Grips with Torture. *The International and Comparative Law Quarterly*. <<https://www.jstor.org/stable/3663233>>
3. Palmer, S. (2006). A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality. *The Cambridge Law Journal*. 65(2). 438-451. <<https://www.jstor.org/stable/4509209>>
4. Mavronicola, N. (2021). Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR. See: <<https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/62913/9781509903054.pdf?sequence=1&is-Allowed=y>>
5. Gasper, B. (2005). Examining the Use of Evidence Obtained Under Torture: The Case of the British Detainees May Test the Resolve of the European Convention in the Era of Terrorism. *American University International Law Review*. Retrieved from <<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1051&context=auilr>>
6. Weissbrodt, D., & Heilman, C. (2011). Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment. University of Minnesota Law School Scholarship Repository. Retrieved from <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=faculty_articles>
7. Additional Materials:
8. REDRESS. (n.d.). European Court Finds Russia Responsible for Torturing of Gay Man “Solely on Account of his Sexual Orientation”. Retrieved from <<https://redress.org/news/european-court-finds-russia-responsible-for-torturing-of-gay-man-solely-on-account-of-his-sexual-orientation/>>

DECODING PATENT PROCEDURES: INTERNATIONAL PROTOCOLS AND INNOVATION PROTECTION IN GEORGIA

Tornike Merebashvili

*Doctoral Candidate of Law, Grigol Robakidze
University, Head of Land Law Scientific Research
Institute, Georgia*

ABSTRACT

This investigation explores the complex processes of obtaining patent rights, concentrating on Georgia's changing environment and compliance with global accords. A significant turning point in the country's dedication to preserving intellectual breakthroughs has been reached with the founding of the National Intellectual Property Center of Georgia, or "Sakpatenti". From the difficulties faced by its forerunner, "Patentcenter", to the extensive patent statute, Georgia's path demonstrates its commitment to upholding international standards.

The discourse adeptly navigates the difficulties in acquiring patent rights, highlighting the impact of the Paris Convention and the technical nuances delineated in the Patent Cooperation Agreement. Examining Georgian innovators' ability to seek patent rights through an international application—thereby expediting cross-border processes—is an important component. The connection between patent systems globally is evident in the global procedure's ability to facilitate the protection of inventions.

In conclusion, the procedures outlined grant exclusive rights and ensure the balance between innovators' rights and public knowledge dissemination. Georgia's harmonization with international norms underscores its commitment to fostering innovation and contributing to the global knowledge economy. The exploration of patent proce-

dures reflects the dynamic nature of intellectual property systems in the face of technological advancements and international cooperation.

KEYWORDS: Patents, “Sakpatenti”, Innovation protection, International procedures, Intellectual property

INTRODUCTION

A key component of intellectual property protection is securing patent rights, which grants authors and inventors exclusive legal rights to their creations. There are several ways to obtain these rights; the process varies based on the kind of intellectual property and the country. The processes for upholding intellectual rights are the main topic of this conversation, especially in light of Georgia’s participation in international agreements like the Paris Convention and the Intellectual Cooperation Agreement.

Since gaining sovereignty in the post-Soviet era, the National Intellectual Property Center of Georgia, or “Sakpatenti”, was established. Its formation has been essential in defining the country’s patent system. Starting with the initial difficulties faced by the former patent examination centre, or “Patentcentre”, the pilgrimage symbolizes Georgia’s dedication to harmonizing its patent operations with international norms and adhering to the extensive processes specified in the country’s patent legislation.

The possibilities for Georgian innovators to pursue patent rights through an international application are highlighted by this inquiry, which also explores the broader framework of multinational patent procedures. Georgians can direct a shortened procedure that includes an international knowledge survey, a 30-month decision-making phase, and a subsequent national patent examination stage in selected countries under the terms of the Patent Cooperation Agreement. This international process promotes the cross-border preservation of inventions and

emphasizes how intertwined patent systems are worldwide.

1. PROCEDURE FOR OBTAINING PATENT RIGHTS

There is a different mode of obtaining rights to legal objects of intellectual rights,¹ depending on which institution the object belongs to. For example, copyright and related rights are obtained without formal procedures.² However, the origin of the rest of the intellectual rights is related to the performance of certain procedures. Obtaining rights to the patent legal object is carried out through a “patent”, which implies that this document issued in the name of the patent owner confirms his special rights. The patent includes the patent certificate and the description of the patent (description of the invention, formula of the invention, drawings (if any), and abstract).³ The interested person must sign and submit an application to the registering body expressing the desire to receive a patent. As a result of the examination, the patent will be issued or not issued.⁴ If a patent is not issued, no patent rights can arise. In the comparative legal context of industrial property protection, one of the main aspects of international cooperation is the convergence of patent procedures of different countries as much as possible. The Paris Convention for the Protection of Industrial Property has established some necessary procedural and administrative norms to grant patents. To have an effective patent system in the country, the convention requires all countries to create a special service for activities in the field of industrial property protection and a central repository

1 Kanagavel, P. (2003). Intellectual Property Rights: A Comprehensive Overview. *J. Pat. & Trademark Off.* 664-665.

2 WIPO. (2016). *Understanding Copyright and Related Rights.* 4-8.

3 Georgian Patent Law. (1999). Article 2. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/11470?publication=9>>

4 Georgian Patent Law. (1999). Section 6. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/11470?publication=9>>

so that society can ensure the protection of inventions, utility models, industrial property, and especially, its international protection cannot be implemented,⁵ if a party to the convention There will be no national administrative service in the state, which registers industrial property rights and distributes data about them publicly. Patent rights are obtained as a result of conducting a patent examination, which consists of checking the formal requirements of the application and the essential requirements of the invention or utility model contained in it, publishing data about the object of protection after deciding on granting a patent, during which the essence of the invention and utility model is made public because any person Able to familiarize with the description, formula of the invention and other materials. The publication procedure includes a 3-month period during which competitors are allowed to challenge the grant of the patent in the patent itself by filing an appeal. If not, a patent will be issued. A re-examination procedure is also provided, which can be held after the patent is issued and can end with the cancellation of the patent. This procedure step has been introduced in Georgia since 2010 and has been applied by interested parties many times. The Patent Law of Georgia stipulates the listed procedures and the instructions on the procedures related to drawing up, submitting, and granting a patent for an invention and utility model application,⁶ are fully compliant with the Paris Convention for the Protection of Industrial Property and the Patent Cooperation Treaty, as well as other international acts, including those to which Georgia is not a party.

The Paris Convention requires the National Service to ensure the periodic publication of the official industrial property bulletin.⁷ In all countries that are party to the Paris Convention, this provision is unconditionally fulfilled, and there

is an office, usually called a patent or industrial property protection office. This body is the main link of the national patent system for all countries. Such a body in Georgia is the National Intellectual Property Center of Georgia “Sakpatenti”.⁸ Before establishing this body, the patent examination centre “Patentcenter” had been operating since January 1992; during its operation, basic instructions were developed, a team of experts was formed, and the application examination began on May 1, 1992. The Patent Center did not have a predecessor organization in Georgia. It was the first national body in the entire post-Soviet space, launched after gaining independence, and it had to overcome many difficulties.

2. SUBMISSION OF PATENT APPLICATION

The rights and duties granted by the law acquire social significance only in the case and under the condition that they can be fulfilled⁹. We believe that rights and duties must be performed voluntarily. To some extent, this appears as a moral guarantee for the use of the rights and duties stipulated by the legislation. For the state to ensure the effectiveness of the law, it also establishes legal guarantees, which are manifested by the implementation of law enforcement measures, which provide for the forced performance of duties, if the obliged party avoids or does not perform a legal action. The basis for changing and terminating the origin of rights and obligations is always the occurrence of a certain fact in reality, which the law gives legal significance and reflects in the relevant legal norms. Such facts are called legal facts. Patent rights obligations arising from the creation of a patentable object, the submission of an application, the publication of an application, the issuance of a patent, the use of patented objects, and the issuance of a patent. Their origination or termination may also

5 Dzamukashvili, D., (2017). Intellectual Rights Law. Bona Kauza. 302.

6 Ibid. 303.

7 The Paris Convention for the Protection of Industrial Property, an international agreement established in 1883, is one of the key treaties governing intellectual property rights.

8 Dzamukashvili, D., (2017). Intellectual Rights Law. Bona Kauza. 309.

9 Sen, A., (2012). Elements of a Theory of Human Rights. 1st Edition. Routledge. 25-28.

occur according to such an event as the arrival or expiration of the term with which the law connects the origination or termination of the given right.

3. OBTAINING PATENT RIGHTS THROUGH INTERNATIONAL PROCEDURE

Obtaining a Georgian patent, i.e. signing patent rights for an invention in Georgia, can be done through an international procedure, through an international application. By the same procedure, a Georgian applicant can obtain a patent abroad. An international application is an application that is formed according to the terms of the patent cooperation agreement¹⁰. The mentioned agreement, to which Georgia is also a party, establishes requirements for drawing up and signing an international application. These requirements are called the requirements established by the national legislation of Georgia. According to the agreement, citizens of the party countries, persons with permanent residence or persons with active entrepreneurial activities have the right to submit an international application. A citizen of each party country can submit an application in any language to the patent office of his country or to the relevant office indicating the country where patent protection is sought. If the application is not made in the working language of the contract, then it must be translated into one of these languages (English, Russian, French, German, Japanese, Chinese, Spanish).¹¹ If a foreign applicant mentions Georgia, the application must be written or translated into English or Russian.¹² A citizen of Georgia, in turn, can submit an international application to “Sakpatenti”, which will perform the functions of the receiving agency and, after checking the formal requirements in the agreement, will en-

sure that the application is forwarded to the international bureau. The applicant is obliged to pay the basic international application fee, the amount of which is determined by the International Bureau.

Publication¹³ after 18 months from the priority. The date of delivery of the international application is determined based on this fact. It will be considered the application filing date in all countries participating in the agreement.

Based on international information research, the authorized body prepares a report containing data on the identified analogies.¹⁴ Information research is preferably conducted using patent information. An international report is sent to the applicant, who evaluates his invention and outlines the countries where he would like to receive a patent. In addition, the applicant may withdraw the application if he is convinced of the weakness of the invention’s patentability. The final selection must be made no later than 30 months after the priority date, and the application must proceed to the national phase stage of the patent examination of the chosen country. A period of 30 months is also given to the applicants of those countries who want to conduct the international preliminary examination provided for in the second chapter of this agreement.

Based on the preliminary examination conducted by the above-mentioned authorized body, a documentary conclusion is drawn, indicating whether the unwritten invention in the application meets the patentability criteria.¹⁵ The conclusion will be sent to the applicant, which marks the end of the international procedure. After that, the applicant must move to the national phase per the requirements of all the countries where he wants to obtain a patent. It should be noted that according to the agreement, the national patent office is not required to rely on the conclusion of the preliminary international examination. A patent is issued in compliance

10 <<https://www.sakpatenti.gov.ge/ka/page/40/>>

11 Dzamukashvili, D., Intellectual Rights Law. Tbilisi. 2017. 325.

12 Georgian Patent Law. (1999). Article 74. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/11470?publication=9>>

13 Ibid. Article 75.

14 Bennett, B. Study on Accession to the Madrid System for the International Registration of Marks. Wipo.

15 Georgian Patent Law. (1999). Article 35. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/11470?publication=9>>

with all requirements of national normative acts. When transferring the application for a Georgian patent to the national phase, it must be translated into the Georgian language. Based on the international application and the submission of an international application by a Georgian citizen, the possibility of obtaining a patent in a foreign country is governed by the norms of the Patent Law of Georgia, which contains norms and indicates the use of the patent cooperation agreement.¹⁶ Unfortunately, the official Georgian translation of this agreement has not been published yet.

4. CHECK FOR NEWNESS

A novelty check is carried out, and a decision is made based on it according to Articles 35 and 42 of the Patent Law of Georgia. Novelty is checked by looking for the analogy with one of the searched objects by comparing the set of essential features of the claimed invention or utility model.¹⁷ When checking, only the set of essential signs given by the dependent clauses of the formula is taken into account. As for the object with which the invention is compared during the examination of novelty, the combination of its essential features, expressed in any form, is taken into account.¹⁸ For example, if a drawing or diagram conveys a set of essential features in a way that is fully comparable to the set of features of the invention, then it is sufficient to analyze that drawing or diagram without other materials. When analyzing an article or other description, any part sufficiently conveys a set of essential features for comparison is considered. A similar rule applies when analyzing the description of the contested invention. In addition, it should be noted that all previously filed applications that were not filed before publication are checked in

“Sakpatenti”. An earlier application by the same inventor that was not granted a patent is not considered when checking for novelty.

If, during the inspection, it is found that the set of essential features of the alleged invention is identical to the set of essential features of the analogue, then the invention is not new, and the patent office is obliged to issue a negative decision regarding the granting of a patent.

CONCLUSION

In summary, the processes involved in acquiring patent rights are complex and dynamic, changing to meet global collaboration needs and technological improvements. Georgia has demonstrated its commitment to promoting innovation and safeguarding intellectual property by forming “Sakpatenti” as the country’s national patent authority and ratifying the Paris Convention and Patent Cooperation Agreement.

The international component, which gives Georgian innovators access to a streamlined and effective process for pursuing patent rights, illustrates how intertwined the world’s intellectual property landscape is. Navigating the complexities of patent application delivery, publication, and the ensuing national and international stages reveals that the system’s efficacy rests in its capacity to strike a balance between innovators’ rights and the need to disseminate public knowledge.

The processes described here provide a way to guarantee the originality and creativity of works while also giving exclusive rights in the dynamic field of intellectual property. Georgia’s efforts to promote innovation and support the global knowledge economy are demonstrated by harmonising its patent procedures with international standards, even as the country continues to negotiate this complex terrain.

16 Georgian Patent Law. (1999). Article 72. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/11470?publication=9>>

17 Ibid. Articles 35, 42.

18 Merges, P. R., Duffy, F. J. (2010). Patent Law and Policy: Cases and Materials. Carolina Academic Press. 55.

BIBLIOGRAPHY:**Scientific papers:**

1. Kanagavel, P. (2003). Intellectual Property Rights: A Comprehensive Overview. J. Pat. & Trademark Off.
2. Merges, P. R., Duffy, F.J. (2010). Patent Law and Policy: Cases and Materials. Carolina Academic Press.

Books:

1. Bennett, B. Study on Accession to the Madrid System for the International Registration of Marks. Wipo.
2. Dzamukashvili, D. (2017). Intellectual Rights Law. Bona Kauza.
3. Sen, A. (2012). Elements of a Theory of Human Rights. 1st Edition. Routledge.
4. WIPO. (2016). Understanding Copyright and Related Rights.

Legal Acts:

1. Patent Law of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/11470?publication=9>>
2. The Paris Convention for the Protection of Industrial Property.
3. Internet Sources: <<https://www.sakpatenti.gov.ge/ka/page/40/>>

PROTECTION OF THE BEST INTERESTS OF A CHILD IN THE MEDICAL FIELD (According to the legislation in force in Georgia)

Mariam Vashakidze

Doctoral Candidate of Law, Caucasus University, Georgia

ABSTRACT

International and Georgian legislation recognises the priority of protecting a child's best interests. While discussing any issues related to a minor, the discussion starts by considering the best interests. The present article relates to protecting the best interests of a child in the field of healthcare when receiving medical services and the exact allocation of functions and duties of the involved decision-making parties to provide guaranteed protection of the best interests of a child. Protection of the best interests of a child includes both the immediate identification of the possible child abuse fact and any long-term interest that may influence the child's development and psycho-emotional state. A legal representative acting on behalf of a child mainly decides on the medical services provided to the minor. Each case will be evaluated individually to guarantee the protection of a child's rights and best interest. However, before assessing the protection of a child's best interests in the medical field, the concept of the child's best interests will be discussed in general. Acting within the framework of the medical legislation, medical workers play the leading role in the process of providing medical services to minors. That is why the constant involvement of the healthcare system is necessary to eliminate the gaps and barriers under consideration. To ensure the balance between parental authority and the child's

autonomous decision-making, the individual case must be evaluated, and a unified objective must be established using a multidisciplinary approach. The standard research method of the record of medical legislation clearly shows the conflict of interest occurring when considering the best interests of a child and the inevitable violation of the child's unconditional right to be heard.

KEYWORDS: Medical law, Best interest of a child, Parental right, Child autonomy, Conflict of interest, Medical services

INTRODUCTION

This article aims to discuss the protection of children's rights and best interests in the medical field. To achieve this goal, the problematic aspects identified within the protection of the child's best interest will be reviewed using teleological and normative research methods. By summarizing the theoretical and practical material, it will become clear what danger the strict adherence to the requirements stipulated by the medical legislation of Georgia can cause to the best interests and rights of minors in the medical field.

The research topic is relevant despite the number of normative acts on children's rights adopted worldwide. Different countries regulate issues related to children's rights with additional legislative acts according to their jurisdiction. Receiving services in the medical field is associated with certain additional barriers for minors, in which case it is difficult to ensure a balance between parental authority and the child's autonomous decision-making.

The child's best interest cannot be defined according to one general standard. However, it is possible to limit the scope of the content to the best interest and necessarily include a common goal for all decision-makers around the child. The general definition of the best interests

of a child is close to the rights protected by the human constitution. The necessity of a separate code regarding the child is due to the best interests, the content of which is determined individually in each case. We can say that the general best interest narrows down to each case and is formed taking into account a particular child's psycho-emotional, social, and economic situation.

As for the protection of the best interests of a child in the medical field, the first chapter will discuss the difference in the contents of a child's best interest within the framework of acceptable decisions on various issues. The subject of the research of this chapter is also the minor as a person receiving medical services and the child's right to be heard, taking into account his/her age and other factors.

The second chapter relates to protecting the child's personal data and the parental right to receive any information about his/her minor child. In the same chapter, legislative exceptions will be discussed, considering the child's opinion higher than the parent's right to receive information about the health status of his or her minor child.

The third chapter will discuss the procedure for deciding on medical services for the child in case of parental dispute and the role of the court and other participants.

The subject of this study is to protect the best interests of a child in medical law so that parental right is not disproportionately restricted. The aspects discussed in the central part will make visible the barriers that accompany the provision of medical services to minors and the author's vision regarding these challenges.

1. PROTECTION OF THE BEST INTERESTS OF A CHILD IN THE MEDICAL FIELD

1.1. Concept of the best interests of the child

The definition of the concept of the best interests of a child can be found in the Code on the Rights of the Child that includes welfare,

safety, healthcare, education, development, public, moral and other interests¹ of a child, being prioritized in accordance with the Code, the Constitution of Georgia, the Convention on the Rights of the Child, its additional protocols and other international agreements of Georgia and the individual characteristics of a child, with his/her participation and by taking into account his/her opinion.

On November 20, 1989, under the auspices of the United Nations, the General Assembly adopted such an important act as “The Convention on the Rights of the Child”.² “The Convention on the Rights of the Child is the first collection of children’s rights at the international level and it is mandatory that these rights be guaranteed for every child”, Georgia joined the Convention on the Rights of the Child in 1994 and took obligation on the protection of the rights stipulated in the Convention.³

The general definition of the best interests of the child is generally close to the human rights protected by the Constitution. However, the development of a separate code regarding the child is conditioned by considering the best interest, the content of which is determined individually in each case. When discussing any case involving a minor, it is necessary to involve specialists specializing in children’s rights precisely to make decisions under the multidisciplinary approach. Naturally, the best interest of a child depends and differs on the issue under consideration, whether it will relate to the determination of his place of residence, limitation of the right of one of the parents, obtaining permission for the disposal of real estate, or receiving medical services. In each case, the court must evaluate the age

and readiness of the child to exercise his right to participate and be heard, the arguments of the legal representatives regarding the issue under consideration and the conclusion made with the participation of the guardianship authority.

According to the Civil Code of Georgia, a minor under the age of 7 is considered incapable,⁴ and according to the definition of the Code of the Rights of Child, a child from the age of 10 up to the age of 18 is adolescent.⁵ Article 8 of the same code establishes the right of a child to participate and have his/her opinion be heard and defines that the restriction of this right is inadmissible under his/her incapability.

Mostly, the decision regarding the child is made by the parent due to his/her infancy; however, when we talk about the child’s right to be heard, here it is directly considered the hearing of his/her opinion and not to be conveyed by his legal representative. It is important to define the authority that may not be delegated to a representative, for example, “... in case of listening to a child personally, this right may not be delegated to a legal representative – a parent”.⁶ The right to listen to the child by the representative loses its primary purpose, to have child’s opinion heard. Although the representative should act in the child’s best interest and take part in the case, considering the child’s opinion is the only authority that would not be justified to be fulfilled by the representative.

The research subject relates to protecting the minor’s best interest in the medical field and his/her right to be heard and participate. One point is to protect the child’s right to be heard about the decision about him, and another important issue is that the misinterpretation of the reply should not harm his/her best interest instead of protection.

1 The Law of Georgia, the Code of the Rights of Child, Article 1. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=6>> [19.03.2024].

2 The Convention on the Rights of the Child. (1989).

3 <<https://www.unicef.org/georgia/ka/%E1%83%91%E1%83%90%E1%83%95%E1%83%A8%E1%83%95%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%A3%E1%83%A4%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%90%E1%83%97%E1%83%90-%E1%83%99%E1%83%9D%E1%83%9C%E1%83%95%E1%83%94%E1%83%9C%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90>>

4 Civil Code of Georgia. (1997). Article 12. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=130>> [19.03.2024].

5 Law of Georgia Child Rights Code. (2019). Article 3. Legislative Herald <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=6>> [19.03.2024].

6 Veit in Hau/Poseck. BeckOK BGB, 55. Ed.. 2019. §1643 Rn. 24. See: Burduli, I. On the issue of disposal of real estate by the parent owned by a minor. 2020. 26.

1.2. Minor receiving medical services

An essential condition for receiving medical services is obtaining informed consent from the patient, the signatory of which must be a competent person. If the patient is a minor, the medical institution receives informed consent from the legal representative, who is authorized to make a decision on the medical services to be provided to the minor.⁷ In this regard, it is worth noting as to how much the decision taken by the legal representative regarding a specific medical intervention corresponds to the best interest of the minor, taking into account the expected results, complications, refusal of the intervention and all the circumstances that the medical institution informs the legal representative.

Although the meaning of the legal representative in its content implies protecting the interest of the trustee and acting for his benefit, the content of its concept cannot guarantee that consent was given in the child's best interest. Court approval has become mandatory⁸ for the disposal of real estate registered in the name of a minor to protect the minor's property interest pursuant to the high standard. The research topic relates to the health, life and development of minors, and the decision made against him/her might have a fatal impact.

Since the medical institution provides medical services for minors, all individual cases related to minors should be reviewed with the involvement of specialized personnel. For example, the removal of a minor's glands may not result in a violation of the child's best interests, as will the removal of an organ related to fertility, for which there must be superior best interest protection. Of course, the most important factor is medical testimony, which became the basis for conducting any manipulation.

At the same time, in the law on the patient's

rights, we find an exceptional record related to the age of a minor, which will be referred to in detail below and is related to the conscious psycho-emotional state of the minor patient. Accordingly, it turns out that despite the unlimited right of a child to be heard provided by the Code on the Rights of Child, it is justified to set a certain age limit when considering a minor's opinion in medical services.

In the medical field, the child's right to be heard should not be solely determined under the age factor, as it depends on various circumstances, including the child's level of maturity, the ability to understand the situation and the potential impact of medical intervention. Although age may be a factor in determining a child's ability to participate in decision-making, it should not be the only criterion. Approach taking into account the child's cognitive and emotional development coincides with Gillick's concept of competence, which recognizes that children who have sufficient knowledge and intelligence to make decisions about their medical treatment should have the right to do so, regardless of their age.⁹

For instance, in England and Wales, an adolescent over 16 is deemed competent to consent to medical treatment. A child below the age of 16 can be considered legally competent to consent to medical treatment if he or she is capable of understanding what is proposed and expressing his or her own wishes. It is primarily the task of the treating physician to assess if a child has sufficient understanding and intellectual maturity to understand a medical treatment, particularly its risks. Similarly, the act of Scotland provides that a child under the age of 16 has the legal capacity to consent to medical treatment if, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedure or treatment.¹⁰

7 Patients' Bill of Rights. (2000). Article 22. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16978?publication=13>> [19.03.2024].

8 Civil Code of Georgia. (1997). Article 183. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=130>> [19.03.2024].

9 This criterion is derived from the case *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security*: HL. 17 Oct 1985 – <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1551?lang=en>

10 *European Journal of Pediatrics*. (2022). What does the best interests principle of the conven-

Healthcare professionals and other involved persons, preferably including a team specializing in children's rights, should engage with children and adolescents in age-appropriate communication, providing information in a way that is understandable to them. A child's opinion should be considered alongside the opinions of their parents or legal guardians, recognizing that decisions about medical treatment often involve a balance between respecting the child's autonomy and protecting their best interests. Joint decision-making should consider the common objective of both children and their legal representatives to protect the child's best interest. If the child's opinions conflict with the parents' wishes or raise questions about their safety and well-being, healthcare providers may need additional support from both the guardianship authority and the court to ensure that decisions are made in the child's best interests.

2. PROTECTION OF CHILD'S PERSONAL DATA

2.1. Child's personal data protection by medical institution

The procedure and conditions for granting consent to the processing of data about a minor are prescribed by the legislation of Georgia that determines¹¹ the mandatory consent of a parent or other legal representative for the processing of data about a minor under the age of 16, except for cases directly provided by law. What is meant by the case stipulated by the law will be discussed in the given chapter. According to the same law, the consent of a minor, his parent or other legal representatives to data processing shall not be considered valid if it harms the mi-

tion on the rights of the child mean for paediatric healthcare. <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00431-022-04609-2.pdf>>

11 Law of Georgia on Personal Data Protection. (2023). Article 7. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5827307?publication=0#DOCUMENT:1;>> [19.03.2024].

nor's best interests.¹²

Consequently, the law considers the possibility that the consent given by the legal representative may harm the minor's best interest.

It should be noted that the law on patient rights provides for the authority of the parent and/or legal representative to receive complete information about the minor's health condition.¹³ The law on the protection of personal data requires the consent of the minor's legal representative for minor's data processing, therefore, when considering such category of minor's personal information, such as health status, we return to the consent of his/her legal representative.

Within the framework of decision-making by a minor on his/her health condition, it is necessary to establish the age limit mentioned in the first chapter, and exactly under this condition, the Law on Patient Rights establishes an exception regarding the provision of information to the parent/legal representative, if a minor patient between the ages of 14 and 18, who, in the opinion of a medical service provider, correctly assesses his health condition and who has consulted a doctor for the treatment of a sexually transmitted disease or drug addiction, for consultation on non-surgical methods of contraception or for artificial termination of pregnancy.¹⁴ In other cases, the parent has the right to receive complete information about the medical services related to his minor child.

In addition, the issue of assigning responsibility to the medical service provider must be noted within the framework of the doctor's independent decision on whether his minor patient is in a conscious state and whether he correctly assesses his health condition. For this purpose, it would be appropriate to involve a medical institution and a social worker specializing in children's rights, who, based on the consultation with the child, would be able to

12 Ibid.

13 Patients' Rights Act. (2000). Article 40. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16978?publication=13>> [19.03.2024].

14 Ibid.

determine whether the minor patient assesses his health condition correctly and whether his decision serves to protect the best interest. To achieve this goal, the organization of special, multiple training by healthcare representatives would help the staff working with minors obtain additional information.

Accordingly, a legal record related to the provision of medical services adapted to minors has been developed in the field of healthcare, which puts the best interest of the minor above the rights of the parent. The decision on which right is superior in a specific case is the responsibility of the medical institution, the doctor, as a binding link in the relationship before dispute arises.

The authority of a legal representative provided for by the law is based on the assumption that parents act in the best interests of their children and have a right to receive information about the child's health and treatment. If there is a conflict between a child's privacy protection and providing information to parents, the potential risks and benefits of disclosure should be carefully considered. Factors subject to consideration may include the child's age and maturity level, the nature of disclosed information, the relationship between the parent and child and any other obligations regarding the child's safety or welfare.

The safety and welfare of the child must be prioritized above all other considerations. Finally, establishing a balance between the child's information privacy related to health and the parent's right to information accessibility requires careful consideration of each case's unique circumstances and a commitment to promoting the child's best interests by respecting their autonomy and privacy.

3. PROTECTING THE BEST INTEREST OF A CHILD IN THE EVENT OF A DISPUTE BETWEEN LEGAL REPRESENTATIVES

3.1. The role of the medical institution and the court in case of a dispute between the child's legal representatives

Based on the subject of dispute, a child's best interest is different in case of a dispute between the parents. The article's central part discusses the medical institution's role as a link between the minor patient and the parent. The psycho-emotional condition of a minor patient, the medical service, its evidence and necessity must be evaluated within the competence of a doctor. And any decision should be made considering the minor's best interest.

The issue of protecting the best interests of the child becomes complicated when parents argue regarding the treatment of their child and one of the parents addresses the court. Of course, the court cannot individually decide on such a category case; what is better – to protect the child's best interest, conditionally, to continue the treatment in Georgia or to grant permission for the departure abroad? The court may consider the medical institution's report as evidence of essential importance for making a decision; however, in case of a dispute between parents, the child's decision-making autonomy is even more violated.

The medical institution also has the right to appeal to the court in such cases: "If the decision of a relative or a legal representative of the patient who is a minor or unable to make a conscious decision is against the health interests of the patient, the medical care provider may appeal the decision to a court".¹⁵ Guardianship and custodianship authority are involved in such category cases to have made acceptable decisions in a complex manner. A child's best interest re-

15 Patients' Bill of Rights (2000), Consent. Article 25. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16978?publication=13>> [19.03.2024]

garding the right decision about his health status is violated.

The medical institution exercises this right when it is clear that the parents' disagreement affects a child's best interest and medical intervention is unavoidable. In such a case, the doctor needs decision-making authority and immediate response.

According to the amendment to the Civil Procedure Code of Georgia, a judge, lawyer, social worker, and/or other relevant specialist is invited to consider the needs of the minor and participate in the process related to the protection of the minor's rights.¹⁶ This implies the use of a multidisciplinary method, the participation of specialists who know the stages of the child's development and will be able to select the right questions and analyze the answers given, considering their age and psycho-emotional attitude.

If a medical institution applies to the court with a request to decide on the method of treatment of the child and there are different opinions of the parents and/or a conflict of interests between the parent and the child, the court should request the involvement of the guardianship and custodianship authority as the representative of the minor. At this time, a guardian appointed by the court is entitled to exercise representative authority to protect the child's best interest.¹⁷

In the case subject to consideration, when the medical institution applies to the court, it is natural that the situation requires an immediate decision. In such a case, the child's right to be heard may be objectively impossible, depending on his medical testimony. At this stage, the court has imposed the most important function of evaluating the factual circumstances and evidence presented in favour of a child's best inter-

est. This is when the decision will have a long-term or permanent impact on the child's future or development.

CONCLUSION

Minor should enjoy all the rights defined for the patient in the healthcare system in accordance with the established procedures determined by the legislation. Currently, the legislation contains all the normative records that lead to the protection of the best interest of a child. However, more specialized personnel are needed to balance the necessary intervention by the parent and/or legal representative and the autonomy of the child's rights.

To achieve this goal, the analysis of the child's best interest as a general concept is described in the first chapter. On this basis, we can say that the general best interest is narrowed down to each case and is formed considering a particular child's psycho-emotional, social, and economic situation. A multidisciplinary method is used for a detailed study of acceptable decisions around the child, which involves the participation of persons specialized in relations with minors.

The central part of the topic refers to all the stages of medical services to be provided for the child, including informed consent and conducting a simple consultation or surgical intervention. The research topic was the protection and consideration of the best interests of a child at all stages of the mentioned process. The central part clearly shows the legal assumption arising in the introduction that direct enforcement of all statutory provisions may not always serve to protect the child's best interests. According to the author's point of view, when considering individual cases, there is to be evaluated the relationship between the parent and the child, and the expected results of providing or nondisclosure of information to the parent, it is recommended to allocate additional specialized human resources for the proper evaluation of this process.

Information about a child's health status is a special category of personal information that

16 Civil Procedure Code of Georgia. (1997). Article 5¹. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=166>> [19.03.2024].

17 Chanturia, L., Zoidze, B., Ninidze, T., Shengelia, R., Khetsuriani, J. Comment on the Civil Code of Georgia. Book V. Tbilisi: "Law" (2000). See: Dolidze, L. Procedural Legal Peculiarities of Family Disputes within the Context of Protection of Minors' Interests (presented for granting Master's Academic Degree). 2020. 42.

may be processed/disclosed with the consent of the legal representative. However, the use of this record through direct meaning may harm the best interest of a minor if a parent and child are in conflict, and providing certain information to the parent may lead to the risk of possible abuse of a child.

For this purpose, it would be advisable to involve a medical institution and a social worker specializing in children's rights, who, based on the consultation with the child, would be able to determine whether the minor patient assesses his/her health condition correctly and whether his/her decision serves the protection of the best interest.

The child's right to be heard, as one of the fundamental rights, is reinforced by normative acts on children's rights, and Georgian legislation also prioritizes this right. As a result of re-

searching this topic, it should be said that according to the child's age and psycho-emotional condition, the use of the child's right to be heard must be decided in the medical field as well, and again and again, with the proper intervention of specialized persons, it is possible to draw a correct and appropriate conclusion regarding the child's views. In the main part of the article, it is discussed that the realization of this right in the medical field has a specific character.

To thoroughly protect the child's health rights provided by the law, it is recommended to constantly retrain the personnel working in the field of health care in the direction of children's rights, to allocate specialized staff for minor patients to achieve the common goal of protecting the best interest of the child together with the legal representatives.

BIBLIOGRAPHY:

1. Law of Georgia, Civil Code of Georgia. 26/06/1997.
2. Law of Georgia, Civil Procedure Code of Georgia. 31/12/1997.
3. Law of Georgia, Code on the Rights of the Child. 20/09/2019.
4. Convention on the Rights of the Child. 20/11/1989.
5. Law of Georgia on Patient Rights. 05/05/2000.
6. Law of Georgia on Personal Data Protection. 14/06/2023.
7. Chanturia, L., Zoidze, B., Ninidze, T., Shengelia, R., Khetsuriani, J. Comment of the Civil Code of Georgia. Book V. Tbilisi: "Law". (2000). See Dolidze, L. Procedural Legal Peculiarities of Family Disputes within the Context of Protection of Minors' Interests (presented for granting Master's Academic Degree). 2020.
8. Burduli, I. Regarding the issue of disposal of real estate owned by a minor by a parent. 2020.
9. Veit in Hau/Poseck. BeckOK BGB. 55. Ed. 2019. §1643 Rn. 24.
10. European Journal of Pediatrics. (2022). What does the best interests principle of the convention on the rights of the child mean for paediatric healthcare. <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00431-022-04609-2.pdf>>
11. <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1551?lang=en> [09.03.2024]>
12. <<https://www.unicef.org/georgia/ka/%E1%83%91%E1%83%90%E1%83%95%E1%83%A8%E1%83%95%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%A3%E1%83%A4%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%90%E1%83%97%E1%83%90-%E1%83%99%E1%83%9D%E1%83%9C%E1%83%95%E1%83%94%E1%83%9C%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90>>

ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვა სამედიცინო სფეროში (საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობის მიხედვით)

მარიამ ვაშაკიძე

სამართლის დოქტორანტი, კავკასიის უნივერსიტეტი,
საქართველო

აბსტრაქტი

ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვის პრიორიტეტულობა აღიარებულია, როგორც საერთაშორისო, ისე საქართველოს კანონმდებლობით. არასრულწლოვანთან დაკავშირებული ნებისმიერი საკითხის განხილვისას მსჯელობა სწორედ საუკეთესო ინტერესის გათვალისწინებით იწყება. სტატია შეეხება ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვას ჯანდაცვის სფეროში, სამედიცინო მომსახურების მიღებისას და ბავშვის გარშემო მისაღები გადაწყვეტილებისას ჩართული მხარეების ფუნქცია-მოვალეობების სწორ განაწილებას იმისათვის, რომ ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვა იყოს გარანტირებული. ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვაში მოიაზრება როგორც ბავშვზე შესაძლო ძალადობის ფაქტის მყისიერი იდენტიფიცირება, ისე ნებისმიერი გრძელვადიანი ხასიათის ინტერესი, რამაც შეიძლება ბავშვის განვითარებაზე და ფსიქო-ემოციურ მდგომარეობაზე იქონიოს გავლენა. ბავშვის სახელით გადაწყვეტილების მიმღებ მხარედ გვევლინება მისი კანონიერი წარმომადგენელი, რომელიც, ძირითად შემთხვევაში, იღებს გადაწყვეტილებას არასრულწლოვნისათვის გასაწევ სამედიცინო მომსახურებაზე. იმისათვის, რომ ბავშვისათვის იყოს გარანტირებული მისი უფლების და საუკეთესო ინტერესების დაცვა, თითოეული შემთხვევის ინდივიდუალური შეფასება უნდა განხორციელდეს. რას წარმოადგენს

სამედიცინო სფეროში ბავშვის საუკეთესო ინტერესის დაცვა – ამის შეფასებამდე, ზოგადად, ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ცნება იქნება განხილული. არასრულწლოვნისათვის სამედიცინო მომსახურების მიწოდების პროცესში ძირითად როლს ასრულებს სამედიცინო მუშაკი, რომელიც, თავის მხრივ, სამედიცინო კანონმდებლობის ფარგლებში მოქმედებს, სწორედ ამიტომ ჯანდაცვის სისტემის მუდმივი ჩართულობა არის აუცილებელი განსახილველი ხარვეზებისა და ბარიერების აღმოსაფხვრელად. მშობლის უფლებამოსილებასა და ბავშვის ავტონომიური გადაწყვეტილების მიღებას შორის ბალანსის უზრუნველსაყოფად ინდივიდუალური შემთხვევა უნდა შეფასდეს და ჩამოყალიბდეს ერთიანი მიზანი მულტიდისციპლინური მიდგომით. სამედიცინო კანონმდებლობის ჩანაწერის ნორმატიული კვლევის მეთოდით თვალსაჩინო ხდება ბავშვის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებისას წარმოშობილი ინტერესთა კონფლიქტი და ბავშვის მოსმენის უპირობო უფლების გარდაუვალი შელახვა.

საკვანძო სიტყვები: სამედიცინო სამართალი, ბავშვის საუკეთესო ინტერესები, მშობლის უფლება, ბავშვის ავტონომია, ინტერესთა კონფლიქტი, სამედიცინო მომსახურება

შესავალი

წინამდებარე სტატიის მიზანია სამედიცინო სფეროში ბავშვთა უფლებებისა და ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვის განხილვა. აღნიშნული მიზნის მისაღწევად ტელეოლოგიური და ნორმატიული კვლევის მეთოდებით იქნება მიმოხილული ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვის ფარგლებში გამოვლენილი პრობლემური ასპექტები. თეორიული და პრაქტიკული მასალის შეჯამებით გახდება თვალსაჩინო – რა საფრთხე შეიძლება შეუქმნას საქართველოს სამედიცი-

ნო კანონმდებლობით გათვალისწინებული მოთხოვნების პირდაპირი მნიშვნელობით დაცვამ არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესს და უფლებას სამედიცინო სფეროში.

საკვლევი თემა **აქტუალურია** მიუხედავად იმისა, რომ ბავშვის უფლებების შესახებ მსოფლიოში არაერთი ნორმატიული აქტია მიღებული, სხვადასხვა ქვეყნები მათი იურისდიქციის ფარგლებში დამატებითი საკანონმდებლო აქტებით აწესრიგებენ ბავშვის უფლებებთან დაკავშირებულ საკითხებს. სამედიცინო სფეროში მომსახურების მიღება არასრულწლოვნისათვის გარკვეულ დამატებით ბარიერებთანაა დაკავშირებული, რა დროსაც რთულია მშობლის უფლებამოსილებასა და ბავშვის ავტონომიური გადაწყვეტილების მიღებას შორის ბალანსის უზრუნველყოფა.

ბავშვის საუკეთესო ინტერესები შეუძლებელია ერთი ზოგადი სტანდარტის მიხედვით იყოს ჩამოყალიბებული, თუმცა შესაძლებელია, საუკეთესო ინტერესების შინაარსის წრე იყოს შეზღუდული, რომელიც აუცილებლად უნდა მოიცავდეს ბავშვის გარშემო გადაწყვეტილების მიმღები ყველა პირისათვის ერთიან მიზანს. ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ზოგადი დეფინიცია ახლოს არის ადამიანის კონსტიტუციით დაცულ უფლებებთან, თუმცა ბავშვის შესახებ ცალკე კოდექსის შემუშავება განპირობებულია მის გარშემო მისაღები გადაწყვეტილების დროს იმ საუკეთესო ინტერესის გათვალისწინების აუცილებლობით, რომლის შინაარსიც ინდივიდუალურად განისაზღვრება თითოეულ შემთხვევაში. შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ზოგადი საუკეთესო ინტერესი თითოეულ ინდივიდუალურ შემთხვევამდე ვიწროვდება და კონკრეტული ბავშვის ფსიქო-ემოციური, სოციალური, ეკონომიკური მდგომარეობის გათვალისწინებით ყალიბდება.

რაც შეეხება ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვას სამედიცინო სფეროში, ამისათვის პირველ თავში განხილული იქნება ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ცნების შინაარსის განსხვავება, სხვადასხვა საკითხზე მისაღები გადაწყვეტილების ფარგლებში. ამ თავის კვლევის საგანია ასევე არასრულ-

ნლოვანი, როგორც სამედიცინო მომსახურების მიმღები სუბიექტი და ბავშვის უფლება იყოს მოსმენილი, მისი ასაკისა და სხვა ფაქტორების გათვალისწინებით.

მეორე თავი შეეხება ბავშვის პერსონალური მონაცემების დაცვას და მშობლის უფლებას – მიიღოს ნებისმიერი სახის ინფორმაცია მისი არასრულწლოვანი შვილის შესახებ. ამავე თავშია მოცემული ის საკანონმდებლო გამონაკლისები, რომელიც უფრო მაღლა აყენებს ბავშვის აზრის გათვალისწინებას, ვიდრე მშობლის უფლებას, მიიღოს მისი არასრულწლოვანი შვილის ჯანმრთელობის მდგომარეობის შესახებ ინფორმაცია.

მესამე თავში იქნება განხილული მშობლების დავის შემთხვევაში ბავშვისათვის გასაწევი სამედიცინო მომსახურების გადაწყვეტილების მიღების პროცედურა, სასამართლოსა და სხვა მონაწილე პირების როლი.

წინამდებარე კვლევის საგანს წარმოადგენს ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვა სამედიცინო სამართალში ისე, რომ არ მოხდეს მშობლის უფლების არათანაბრობის შეზღუდვა. ძირითად ნაწილში განხილული ასპექტები თვალსაჩინო გახდის ბარიერებს, რომელიც არასრულწლოვანისათვის სამედიცინო მომსახურების გაწევას ახლავს თან და ავტორისეულ ხედვას ამ გამომწვევებთან დაკავშირებით.

1. ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვა სამედიცინო სფეროში

1.1. ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ცნება

ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ცნების განმარტებას ვხვდებით ბავშვის უფლებათა კოდექსში, რომელიც მოიცავს: ბავშვის კეთილდღეობას, უსაფრთხოებას, ჯანმრთელობის დაცვას, განათლებას, განვითარებას, საზოგადოებრივ, ზნეობრივ და სხვა ინტერესებს,¹ რომლებიც პრიორიტეტულად

1 საქართველოს კანონი ბავშვის უფლებათა კოდექსი (2019), კოდექსის მიზანი, მუხლი 1. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <[https://](https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=6)

განისაზღვრება კოდექსის, საქართველოს კონსტიტუციის, ბავშვის უფლებათა კონვენციის, მისი დამატებითი ოქმებისა და საქართველოს სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და ბავშვის ინდივიდუალური მახასიათებლების შესაბამისად, მისი მონაწილეობით და მისი მოსაზრების გათვალისწინებით.

1989 წლის 20 ნოემბერს გაეროს ეგიდით, გენერალური ასამბლეის მიერ მიღებულ იქნა ისეთი მნიშვნელოვანი აქტი, როგორიცაა „კონვენცია ბავშვის უფლებების შესახებ“.² „ბავშვის უფლებათა კონვენცია საერთაშორისო დონეზე ბავშვის უფლებების პირველი კრებულია და სავალდებულოა, ეს უფლებები თითოეული ბავშვისთვის იყოს გარანტირებული“, საქართველო ბავშვის უფლებათა კონვენციას 1994 წელს შეუერთდა და იკისრა ვალდებულება, დაიცვას კონვენციით გათვალისწინებული უფლებები.³

ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ზოგადი დეფინიცია ახლოს არის ზოგადად, ადამიანის კონსტიტუციით დაცულ უფლებებთან, თუმცა ბავშვის შესახებ ცალკე კოდექსის შემუშავება განპირობებულია მის გარშემო მისაღები გადაწყვეტილების დროს იმ საუკეთესო ინტერესის გათვალისწინების მიზნით, რომლის შინაარსიც ინდივიდუალურად განისაზღვრება თითოეულ შემთხვევაში. ნებისმიერი საქმის განხილვისას, რომელშიც მონაწილეობას იღებს არასრულწლოვანი აუცილებელია ჩართულები იყვნენ ბავშვთა უფლებებში სპეციალიზებული სპეციალისტები, სწორედ იმ მიზნით, რომ მულტიდისციპლინური მიდგომით განხორციელდეს გადაწყვეტილების მიღება. ბუნებრივია, განსახილველ საკითხზეა დამო-

- matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=6 [19.03.2024]
- 2 კონვენცია ბავშვის უფლებების შესახებ (1989), <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [19.03.2024]
- 3 <https://www.unicef.org/georgia/ka/%E1%83%91%E1%83%90%E1%83%95%E1%83%A8%E1%83%95%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%A3%E1%83%A4%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%90%E1%83%97%E1%83%90-%E1%83%99%E1%83%9D%E1%83%9C%E1%83%95%E1%83%94%E1%83%9C%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90>

კიდებული ბავშვის საუკეთესო ინტერესი, ეს იქნება მისი საცხოვრებელი ადგილის განსაზღვრა, ერთ-ერთი მშობლისათვის უფლების შეზღუდვა, უძრავი ქონების განკარგვისათვის ნებართვის აღება, თუ სამედიცინო მომსახურების მიღება. თითოეულ შემთხვევაში სასამართლომ უნდა შეაფასოს ბავშვის ასაკი და მზაობა, მისი მონაწილეობისა და მოსმენის უფლების რეალიზაციისთვის, კანონიერი წარმომადგენლების არგუმენტები განსახილველ საკითხთან დაკავშირებით და მეურვეობის ორგანოს მონაწილეობით გამოტანილი დასკვნა.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის თანახმად, 7 წლამდე ასაკის არასრულწლოვანი ქმედუნაროდ ითვლება,⁴ ხოლო ბავშვის უფლებათა კოდექსის განმარტებით, 10 წლიდან 18 წლამდე არასრულწლოვანი მოზარდია.⁵ ამავე კოდექსის მე-8 მუხლი აწესებს ბავშვის უფლებას მისი აზრის მოსმენასა და მონაწილეობაზე და განმარტავს, რომ ამ უფლების შეზღუდვა მისი ქმედუნარობის საფუძვლით დაუშვებელია.

ბავშვის შესახებ გადაწყვეტილებას, ძირითად შემთხვევაში, მისი მცირეწლოვნების გამო იღებს მშობელი, თუმცა როდესაც ვსაუბრობთ ბავშვის მოსმენის უფლებაზე, აქ უშუალოდ მისი აზრის მოსმენაა გათვალისწინებული და არა მისი კანონიერი წარმომადგენლის მიერ გადმოცემა. მნიშვნელოვანია განისაზღვროს ის უფლებამოსილება, რომლის დელეგირებაც წარმომადგენელზე არ არის დასაშვები, მაგალითად, „... ბავშვის პირადად მოსმენის შემთხვევაში ამ უფლების დელეგირება კანონისმიერ წარმომადგენელზე – მშობელზე არ შეიძლება“.⁶ ბავშვის

მოსმენის უფლებამოსილება განახორციელოს წარმომადგენელმა – ეს თავისთავად კარგავს მის ძირითად დანიშნულებას, ბავშვის აზრი იყოს მოსმენილი. მართალია, წარმომადგენელი ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ფარგლებში უნდა მოქმედებდეს და იღებდეს მონაწილეობას საქმეში, თუმცა ბავშვის აზრის გათვალისწინება, ეს ის ერთადერთი უფლებამოსილებაა, რომლის შესრულება წარმომადგენლის მიერ გაუმართლებელი იქნებოდა.

საკვლევი საგანი ეხება არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესის დაცვას სამედიცინო სფეროში და ამ მიმართულებით უნდა იქნეს განხილული მისი მოსმენისა და მონაწილეობის უფლებაც. ერთია ბავშვის უფლების დაცვა – მოსმენილი იყოს მის შესახებ მისაღები გადაწყვეტილების თაობაზე და მეორე მნიშვნელოვანი საკითხია, მიღებული პასუხის არასწორმა ინტერპრეტაციამ დაცვის ნაცვლად არ დააზიანოს მისი საუკეთესო ინტერესი.

1.2. სამედიცინო მომსახურების მიმღები არასრულწლოვანი

სამედიცინო მომსახურების მიღების აუცილებელ პირობას წარმოადგენს პაციენტისგან ინფორმირებული თანხმობის მიღება, რომელზეც ხელმომწერი ქმედუნარიანი პირი უნდა იყოს. პაციენტის მცირეწლოვნების შემთხვევაში, სამედიცინო დაწესებულება ინფორმირებულ თანხმობას კანონიერი წარმომადგენლისგან იღებს, რომელიც უფლებამოსილია მიიღოს გადაწყვეტილება არასრულწლოვნისათვის გასაწევ სამედიცინო მომსახურებაზე.⁷ ამ მიმართულებით ყურადსაღებია, რამდენად შეესაბამება არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესს მისი კანონიერი წარმომადგენლის მიერ მიღე-

4 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, (1997). ქმედუნარიანობა. მუხლი 12. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=130>> [19.03.2024]

5 საქართველოს კანონი ბავშვის უფლებათა კოდექსი (2019), ტერმინთა განმარტება. მუხლი 3. საკანონმდებლო მაცნე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=6>> [19.03.2024]

6 Veit in Hau/Poseck, BeckOK BGB, 55. Ed., 2019, §1643 Rn. 24.იხ. ი.ბურდული, მშობლის მიერ არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული

უძრავი ქონების განკარგვის საკითხისათვის, 2020. 26

7 პაციენტის უფლებების შესახებ კანონი (2000), თანხმობა. მუხლი 22. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16978?publication=13>> [19.03.2024]

ბული გადაწყვეტილება კონკრეტულ სამედიცინო ჩარევასთან დაკავშირებით, მოსალოდნელი შედეგების, გართულებების, ჩარევაზე უარის თქმის და ყველა იმ გარემოების გათვალისწინებით, რასაც სამედიცინო დაწესებულება აცნობს კანონიერ წარმომადგენელს.

მართალია, კანონიერი წარმომადგენლის მნიშვნელობა თავისი შინაარსით გულისხმობს მარწმუნებლის ინტერესის დაცვასა და მის საკეთილდღეოდ მოქმედებას, თუმცა მისი ცნების შინაარსი ვერ იქნება გარანტი იმისა, რომ თანხმობა ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვით იქნა გაცხადებული. შედარებისთვის, არასრულწლოვნის სახელზე რეგისტრირებული უძრავი ქონების განკარგვისთვისაც სასამართლოს თანხმობა გახდა სავალდებულო,⁸ რათა მაღალი სტანდარტით იყოს არასრულწლოვნის ქონებრივი ინტერესი დაცული. საკვლევი თემა კი შეეხება არასრულწლოვნის ჯანმრთელობას, სიცოცხლეს და მის განვითარებას, რომელთა საწინააღმდეგოდაც მიღებული გადაწყვეტილება შეიძლება საბედისწერო აღმოჩნდეს.

ვინაიდან სამედიცინო დაწესებულება წარმოადგენს არასრულწლოვნისათვის სამედიცინო მომსახურების მიმწოდებელს, სპეციალიზირებული კადრების ჩართულობით უნდა მოხდეს არასრულწლოვანთან დაკავშირებული ყველა ინდივიდუალური შემთხვევის განხილვა. მაგალითისთვის, მცირეწლოვნისთვის გლანდების ამოკვეთას არ შეიძლება მოჰყვეს ბავშვის იმ საუკეთესო ინტერესის შელახვა, რაც მოჰყვება შვილოსნობასთან დაკავშირებული ორგანოს ამოკვეთას, რისთვისაც უნდა არსებობდეს უფრო აღმატებული საუკეთესო ინტერესის დაცვა. ამ მიმართულებით, რა თქმა უნდა, უმნიშვნელოვანესი ფაქტორია სამედიცინო ჩვენება, რაც გახდა ნებისმიერი მანიპულაციის ჩატარების საფუძველი.

8 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, (1997). უძრავ ნივთზე საკუთრების შეძენა გარიგების საფუძველზე. მუხლი 183. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=130>> [19.03.2024]

ამასთან, პაციენტის უფლებების შესახებ კანონში ვხვდებით არასრულწლოვნის ასაკთან დაკავშირებულ საგამონაკლისო ჩანაწერს, რაზეც ქვემოთ ვრცლად ვისაუბრებთ და რაც დაკავშირებულია არასრულწლოვანი პაციენტის გაცნობიერებულ ფსიქო-ემოციურ მდგომარეობასთან. შესაბამისად, გამოდის, რომ მიუხედავად ბავშვთა უფლებების შესახებ კოდექსით გათვალისწინებული ბავშვის მოსმენის შეუზღუდავი უფლებისა, გამართლებულია სამედიცინო მომსახურების სფეროში არასრულწლოვნის აზრის გათვალისწინებასთან დაკავშირებით გარკვეული ასაკობრივი ზღვარის დაწესება.

სამედიცინო სფეროში ბავშვის მოსმენის უფლება არ უნდა იყოს მხოლოდ ასაკობრივი ფაქტორით გათვალისწინებული, რადგან ეს დამოკიდებულია სხვადასხვა გარემოებებზე, მათ შორის, ბავშვის მომნიშვნელობის დონეზე, სიტუაციის გაგების შესაძლებლობებზე და სამედიცინო ჩარევის პოტენციურ გავლენაზე. მიუხედავად იმისა, რომ ასაკი შეიძლება იყოს ფაქტორი, რომელიც განსაზღვრავს ბავშვის უნარს – მონაწილეობა მიიღოს გადაწყვეტილების მიღებაში, ეს არ უნდა იყოს ერთადერთი კრიტერიუმი. მიდგომა, რომელიც ითვალისწინებს ბავშვის კოგნიტურ და ემოციურ განვითარებას, ემთხვევა „გილიკის კომპეტენციის“ კონცეფციას, რომელიც აღიარებს, რომ ბავშვებს, რომლებსაც აქვთ საკმარისი ცოდნა და ინტელექტი საკუთარი სამედიცინო მკურნალობის შესახებ გადაწყვეტილების მისაღებად, უნდა ჰქონდეთ ამის უფლება, მიუხედავად მათი ასაკისა.⁹

ინგლისსა და უელსში 16 წელზე უფროსი ასაკის მოზარდი ითვლება კომპეტენტურად, გასცეს სამედიცინო მკურნალობაზე თანხმობა. უპირველეს ყოვლისა, მკურნალი ექიმის ამოცანაა, შეაფასოს – აქვს თუ არა ბავშვს საკმარისი ინტელექტუალური სიმნიშვნელობა, შეაფასოს მკურნალობის მიზანშეწონილობა,

9 ეს კრიტერიუმი მომდინარეობს საქმიდან Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security: HL 17 Oct 1985 – <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1551?lang=en>

განსაკუთრებით კი, მისი რისკები. ანალოგიურად, შოტლანდიაში კანონმდებლობა 16 წლამდე ასაკის ბავშვს ანიჭებს უფლებამოსილებას, დაეთანხმოს სამედიცინო მკურნალობას, თუ მას, კვალიფიციური სამედიცინო მუშაკის აზრით, შეუძლია გააცნობიეროს პროცედურის ან მკურნალობის მნიშვნელობა და შესაძლო შედეგები.¹⁰

ჯანდაცვის სფეროს წარმომადგენლები და სხვა მონაწილე პირები, რომლებიც, სასურველია, ბავშვთა უფლებებში სპეციალიზებულ კოლექტივს აერთიანებდნენ, უნდა ჩაერთონ ბავშვებთან და მოზარდებთან ასაკის შესაბამისი კომუნიკაციით, მიაწოდონ ინფორმაცია ისე, რომ მათთვის გასაგები იყოს. უნდა განიხილონ ბავშვის აზრი მათი მშობლების ან კანონიერი მეურვეების შეხედულებებთან ერთად, იმის გაცნობიერებით, რომ სამედიცინო მკურნალობის შესახებ გადაწყვეტილებები ხშირად გულისხმობს ბალანსს ბავშვის ავტონომიის პატივისცემასა და მათი საუკეთესო ინტერესების დაცვას შორის. ერთობლივი გადაწყვეტილების მიღება უნდა ითვალისწინებდეს როგორც ბავშვების, ასევე, მათი კანონიერი წარმომადგენლების საერთო მიზანს, ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვას. იმ შემთხვევებში, როდესაც ბავშვის შეხედულებები ეწინააღმდეგება მშობლების სურვილებს ან აჩენს კითხვებს მათი უსაფრთხოებისა და კეთილდღეობის შესახებ, ჯანდაცვის წარმომადგენლებს შეიძლება დასჭირდეთ დამატებითი მხარდაჭერა როგორც მეურვეობის ორგანოსგან, ისე სასამართლოსგან, რათა უზრუნველყონ გადაწყვეტილებების მიღება ბავშვის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით.

2. ბავშვის პერსონალური მონაცემების დაცვა

2.1. სამედიცინო დანესებულების მიერ ბავშვის პერსონალური მონაცემების დაცვა

არასრულწლოვნის შესახებ მონაცემთა დამუშავებაზე თანხმობის გაცემის წესი და პირობები განსაზღვრულია საქართველოს კანონმდებლობით, რომელიც 16 წლამდე არასრულწლოვნის შესახებ მონაცემთა დამუშავებისთვის მისი მშობლის ან სხვა კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობის სავალდებულოობას განსაზღვრავს,¹¹ გარდა კანონით პირდაპირ გათვალისწინებული შემთხვევებისა. რას გულისხმობს კანონით გათვალისწინებული შემთხვევა, ამას აღნიშნულ თავში განვიხილავთ. ამავე კანონის თანახმად, არასრულწლოვნის, მისი მშობლის ან სხვა კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობა მონაცემთა დამუშავებაზე არ ჩითვლება ნამდვილად, თუ იგი ზიანს აყენებს არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესებს.¹² აქედან გამომდინარე, ალბათობა იმისა, რომ კანონიერი წარმომადგენლის მიერ გაცემული თანხმობა შეიძლება არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესის საზიანო იყოს, კანონშიც გათვალისწინებულია.

აღსანიშნავია, რომ კანონი პაციენტის უფლებების შესახებ ითვალისწინებს მშობლის ან/და კანონიერი წარმომადგენლის უფლებამოსილებას, მიიღოს სრული ინფორმაცია არასრულწლოვნის ჯანმრთელობის მდგომარეობის შესახებ.¹³ პერსონალური მონაცემების დაცვის შესახებ კანონი კი, არა-

10 European Journal of Pediatrics, 2022 – What does the best interests principle of the convention on the rights of the child mean for paediatric healthcare – <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00431-022-04609-2.pdf>

11 პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ საქართველოს კანონი (2023). არასრულწლოვნის შესახებ მონაცემთა დამუშავებაზე თანხმობის გაცემის წესი და პირობები. მუხლი 7. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5827307?publication=0#DOCUMENT:1;>> [19.03.2024]

12 იქვე
13 პაციენტის უფლებების შესახებ კანონი (2000), არასრულწლოვნის უფლებები. მუხლი 40. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16978?publication=13>> [19.03.2024]

სრულწლოვნის მონაცემების დამუშავებისათვის მისი კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობას ითხოვს, შესაბამისად, არასრულწლოვნის ისეთი კატეგორიის პერსონალური ინფორმაციის განხილვისას, როგორცაა ჯანმრთელობის მდგომარეობა, ისევე მისი კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობას ვუბრუნდებით.

არასრულწლოვნის მიერ საკუთარ ჯანმრთელობის მდგომარეობაზე გადაწყვეტილების მიღების ფარგლებში აუცილებელია პირველ თავეში აღნიშნული ასაკობრივი შეზღუდვის დაწესება და სწორედ ამ პირობით, პაციენტის უფლებების შესახებ კანონი აწესებს გამონაკლისს მშობლისათვის/კანონიერი წარმომადგენლისათვის ინფორმაციის მიწოდების თაობაზე, იმ შემთხვევაში, თუ 14-დან 18 წლამდე ასაკის არასრულწლოვანი პაციენტი, რომელიც სამედიცინო მომსახურების გამწვევის შეხედულებით სწორად აფასებს საკუთარი ჯანმრთელობის მდგომარეობას და რომელმაც ექიმს მიმართა სქესობრივად გადამდები დაავადების ან ნარკომანიის მკურნალობის, კონტრაცეფციის არაქირურგიული მეთოდების შესახებ კონსულტაციის მიღების ან ორსულობის ხელოვნურად შეწყვეტის მიზნით.¹⁴ სხვა შემთხვევაში მშობელი უფლებამოსილია მიიღოს სრული ინფორმაცია მის არასრულწლოვან შვილთან დაკავშირებული სამედიცინო მომსახურების შესახებ.

დამატებით საყურადღებოა სამედიცინო მომსახურების გამწვევისთვის პასუხისმგებლობის დაკისრების საკითხი, რომლის ფარგლებშიც ექიმმა დამოუკიდებლად უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება, არის თუ არა მისი არასრულწლოვანი პაციენტი გაცნობიერებულ მდგომარეობაში და სწორად აფასებს თუ არა საკუთარი ჯანმრთელობის მდგომარეობას. ამ მიზნით, სამედიცინო დაწესებულების, ბავშვთა უფლებებში სპეციალიზებული, სოციალური მუშაკის ჩართულობა იქნებოდა მიზანშეწონილი, რომელიც შეძლებდა ბავშვთან კონსულტაციის საფუძველზე იმის დადგენას, აფასებს თუ არა არასრულწლოვანი პაციენტი საკუთარ ჯანმრთელობის მდგომარეობას სწორად და მისი მიღებული გადაწყვეტილება ემსახურება თუ არა საუკეთესო ინტერესების დაცვას. ამ მიზნის მისაღწევად ჯანდაცვის წარმომადგენლების მხრიდან სპეციალური, არა ერთჯერადი ტრენინგების ორგანიზება ხელს შეუწყობდა არასრულწლოვნებთან მომუშავე პერსონალს დამატებითი ინფორმაციის მიღებაში.

შესაბამისად, ჯანდაცვის სფეროში შემუშავებულია არასრულწლოვანზე მორგებული სამედიცინო მომსახურების მიწოდებასთან დაკავშირებული ისეთი საკანონმდებლო ჩანაწერი, რომელიც მშობლის უფლებაზე მაღლა აყენებს არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესს, თუმცა რომელი უფლება უფრო აღმატებულია კონკრეტულ შემთხვევაში, ამაზე გადაწყვეტილების მიღება სამედიცინო დაწესებულებას, ექიმს ეკისრება, როგორც დამაკავშირებელ რგოლს დავის წარმოშობამდე არსებულ ურთიერთობაში.

კანონით გათვალისწინებული კანონიერი წარმომადგენლის უფლებამოსილება ეფუძნება ვარაუდს, რომ მშობლები მოქმედებენ თავიანთი შვილების საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარე და უფლება აქვთ, მიიღონ ინფორმაცია ბავშვის ჯანმრთელობის მდგომარეობისა და მკურნალობის შესახებ. იმ შემთხვევაში, როდესაც არის კონფლიქტი ბავშვის კონფიდენციალურობის დაცვასა და მშობლისთვის ინფორმაციის მიწოდებას შორის, გულდასმით უნდა იქნეს განხილული გამჟღავნების პოტენციური რისკები და სარგებელი. გასათვალისწინებელი ფაქტორები შეიძლება მოიცავდეს ბავშვის ასაკსა და სიმწიფის დონეს, გამჟღავნებული ინფორმაციის ბუნებას, მშობელსა და შვილის ურთიერთობას და ნებისმიერ სხვა ვალდებულებას ბავშვის უსაფრთხოებასთან ან კეთილდღეობასთან დაკავშირებით.

პრიორიტეტი უნდა მიენიჭოს ბავშვის უსაფრთხოებას და კეთილდღეობას სხვა მოსაზრებებზე მეტად. საბოლოო ჯამში, ბავშვის ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული ინფორმაციის კონფიდენციალურობასა და მშობლის ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის უფლებას შორის ბალანსის დამყარება მოითხოვს თითოეული შემთხვევის უნიკალურ

რი გარემოებების ფრთხილად გათვალისწინებას და ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ხელშეწყობის ვალდებულებას, მათი ავტონომიისა და კონფიდენციალურობის პატივისცემით.

3. ბავშვის საუკეთესო ინტერესის დასვა კანონიერი წარმომადგენლების დავის შემთხვევაში

3.1. სამედიცინო დაწესებულებისა და სასამართლოს როლი ბავშვის კანონიერი წარმომადგენლების დავის შემთხვევაში

ბავშვის საუკეთესო ინტერესი მშობლების დავის შემთხვევაში განსხვავებულია დავის საგნიდან გამომდინარე. სტატიის ძირითად ნაწილში განხილულია სამედიცინო დაწესებულების როლი, როგორც დამაკავშირებელი რგოლი არასრულწლოვან პაციენტსა და მშობელს შორის. ექიმის კომპეტენციის ფარგლებში უნდა შეფასდეს არასრულწლოვანი პაციენტის ფსიქო-ემოციური მდგომარეობა და ჩასატარებელი სამედიცინო მომსახურების ბუნება, სამედიცინო ჩვენება, აუცილებლობა და არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით იქნეს მიღებული ნებისმიერი სახის გადაწყვეტილება.

ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვის საკითხი რთულდება, როდესაც მშობლები დაობენ შვილის მკურნალობის თაობაზე და ერთ-ერთი მშობელი მიმართავს სასამართლოს. ასეთი კატეგორიის საქმეზე, რა თქმა უნდა, სასამართლო ერთპიროვნულად ვერ მიიღებს გადაწყვეტილებას, რა არის უმჯობესი ბავშვის საუკეთესო ინტერესის დასაცავად, პირობითად, მკურნალობის საქართველოში გაგრძელება, თუ საზღვარგარეთ გამგზავრებაზე ნებართვის გაცემა. გადაწყვეტილების მისაღებად არსებითი მნიშვნელობის მტკიცებულებად შეიძლება სამედიცინო დაწესებულების დასკვნა მიიჩნიოს სასამართლომ, თუმცა, მშობლების დავის შემთხვევაში, ბავშვის მიერ გადაწყვეტილებების მიღების ავტონომიურობა კიდევ უფრო მეტად ირღვევა.

ბავშვის საუკეთესო ინტერესის დასვა კანონიერი წარმომადგენლების დავის შემთხვევაში, სამედიცინო მომსახურების გამწვანება უფლება აქვს, ეს გადაწყვეტილება სასამართლოში გაასაჩივროს.¹⁵ ასეთი კატეგორიის საქმეში ერთვება მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანო, რათა მისაღები გადაწყვეტილება კომპლექსურად იქნეს განხილული. ასეთ დროს, ცხადია, ბავშვის საუკეთესო ინტერესი – დროულად იქნას მიღებული გადაწყვეტილება მისი ჯანმრთელობის მდგომარეობასთან დაკავშირებით – ირღვევა.

სამედიცინო დაწესებულება ამ უფლებას იყენებს მაშინ, როდესაც აშკარაა, რომ მშობლებს შორის შეუთანხმებლობა ბავშვის საუკეთესო ინტერესს აზიანებს და სამედიცინო ჩარევა გარდაუვალი ხასიათისაა. ცხადია, ასეთ დროს ექიმს სჭირდება გადაწყვეტილების მიღებაზე უფლებამოსილი ორგანო და მყისიერი რეაგირება.

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში შესული ცვლილების მიხედვით, არასრულწლოვნის უფლებების დაცვასთან დაკავშირებულ პროცესში მონაწილეობენ არასრულწლოვანთან ურთიერთობის მეთოდოლოგია და მასთან დაკავშირებულ სხვა საკითხებში სპეციალიზებული მოსამართლე, ადვოკატი, სოციალური მუშაკი ან/და არასრულწლოვნის საჭიროებების გათვალისწინებით მონვეული სხვა შესაბამისი სპეციალისტი.¹⁶ სწორედ ეს გულისხმობს

15 პაციენტის უფლებების შესახებ კანონი (2000), თანხმობა. მუხლი 25. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16978?publication=13>> [19.03.2024]

16 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (1997), არასრულწლოვნის უფლებების დაცვასთან დაკავშირებულ პროცესში მონაწილე პირთა სპეციალიზაცია. მუხლი 5¹. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov>

მულტიდისციპლინური მეთოდის გამოყენებას, ბავშვის საუკეთესო ინტერესის განსაზღვრისას ისეთი სპეციალისტების მონაწილეობას, რომლებსაც ეცოდინებათ ბავშვის განვითარების ეტაპები და შეეძლება მათი ასაკისა და ფსიქო-ემოციური დამოკიდებულების გათვალისწინებით სწორი კითხვების შერჩევა და მოსმენილი პასუხის შესაბამისი ანალიზი.

იმ შემთხვევაში, როდესაც სასამართლოს მიმართავს სამედიცინო დაწესებულება, ბავშვის მკურნალობის მეთოდის განსაზღვრის თაობაზე გადაწყვეტილების მიღების მოთხოვნით და სახეზეა მშობლების განსხვავებული მოსაზრებები ან/და მშობლისა და ბავშვის ინტერესთა კონფლიქტი, სასამართლომ არასრულწლოვნის წარმომადგენლად სწორედ მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანოს ჩართვა უნდა მოითხოვოს. ნებისმიერ დავებთან დაკავშირებით, რომელშიც არასრულწლოვანი მონაწილეობს, ჩართულია მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანო. ამ დროს, სასამართლოს მიერ დანიშნულ მეურვეს აქვს წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების განხორციელების შესაძლებლობა, რათა დაიცვას ბავშვის საუკეთესო ინტერესი.¹⁷

განსახილველ შემთხვევაში, როდესაც სამედიცინო დაწესებულება მიმართავს სასამართლოს, ბუნებრივია მდგომარეობა მოითხოვს მყისიერი გადაწყვეტილების მიღებას. ასეთ დროს ბავშვის მოსმენის უფლება შეიძლება ობიექტურად შეუძლებელი იყოს, მისი სამედიცინო ჩვენებიდან გამომდინარე. სასამართლოს ამ ეტაპზე ეკისრება უმნიშვნელოვანესი ფუნქცია, შეაფასოს ბავშვის საუკეთესო ინტერესების სასარგებლოდ ფაქტობრივი გარემოებები და წარდგინილი

მტკიცებულებები. ეს სწორედ ის შემთხვევაა, როდესაც გადაწყვეტილების მიღება ხანგრძლივ ან მუდმივ გავლენას იქონიებს ბავშვის მომავალსა თუ მის განვითარებაზე.

დასკვნა

ჯანდაცვის სისტემაში არსებული პაციენტისათვის განსაზღვრული ყველა უფლებით უნდა ისარგებლოს არასრულწლოვანმა იმ დადგენილი პროცედურების შესაბამისად, რასაც განსაზღვრავს კანონმდებლობა. დღეის მდგომარეობით კანონმდებლობა შეიცავს ყველა იმ ნორმატიულ ჩანაწერს, რომელიც განაპირობებს ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვას, თუმცა მეტი სპეციალიზებული კადრია საჭირო ამ მიმართულებით, რომ შენარჩუნდეს ბალანსი მშობლის ან/და კანონიერი წარმომადგენლის მიერ აუცილებელ ჩარევასა და ბავშვის უფლების ავტონომიურობას შორის.

ამ მიზნის მისაღწევად, თავდაპირველად, ბავშვის საუკეთესო ინტერესის, როგორც ზოგადი ცნების ანალიზია მოცემული პირველ თავში. რის საფუძველზეც შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ზოგადი საუკეთესო ინტერესი თითოეულ ინდივიდუალურ შემთხვევამდე ვინროვდება და კონკრეტული ბავშვის ფსიქო-ემოციური, სოციალური, ეკონომიკური მდგომარეობის გათვალისწინებით ყალიბდება. ბავშვის გარშემო მისაღები გადაწყვეტილებისას დეტალური შესწავლის მიზნით იყენებენ მულტიდისციპლინარულ მეთოდს, რაც არასრულწლოვნებთან ურთიერთობის სპეციალიზირებული პირების მონაწილეობას გულისხმობს.

თემის ძირითად ნაწილში მოცემულია ბავშვისათვის გასაწევი სამედიცინო მომსახურების ყველა ეტაპი, რომელიც მოიცავს, როგორც ინფორმირებულ თანხმობას, ისე მარტივი კონსულტაციის თუ ოპერაციული ჩარევის ჩატარებას. აღნიშნული პროცესის ყველა ეტაპზე ბავშვის საუკეთესო ინტერესის დაცვა და გათვალისწინება იყო საკვლევი თემა. შესავალში დასმულია სამართლებრივი დაშვება, იმის თაობაზე, რომ კანონმდებ-

[ge/ka/document/view/29962?publication=166](https://www.lawandworld.ge/ka/document/view/29962?publication=166)
[19.03.2024]

17 ჭანტურია, ლ. ზოიძე, ბ.ნინიძე, თ. შენგელია, რ. ხეცურიანი, ჯ. "საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი", წიგნი V. თბილისი: "სამართალი"(2000), იხ. ლ. დოლიძე, საოჯახო დავების განხილვის საპროცესო სამართლებრივი თავისებურებანი არასრულწლოვანის ინტერესების დაცვის ქრილში (წარმოდგენილია მაგისტრის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად) 2020, 42

ლობით გათვალისწინებული ყველა დანა-
წესის პირდაპირი შესრულება შეიძლება
ყოველთვის ბავშვის საუკეთესო ინტერესის
დაცვას არ ემსახურებოდეს; ძირითად ნაწი-
ლში მკაფიოდ ჩანს. ავტორისეული ხედვით,
ინდივიდუალური შემთხვევის განხილვისას,
შესაფასებელია მშობელსა და ბავშვს შორის
ურთიერთობა, მოსალოდნელი შედეგები
მშობლისათვის ინფორმაციის მიწოდებისა
თუ გაუმჟღავნებლობის თაობაზე და სწორედ
ამ პროცესის სწორად შეფასებისათვის და-
მატებითი სპეციალიზირებული ადამიანური
რესურსის გამოყოფაა რეკომენდებული.

ბავშვის ჯანმრთელობის მდგომარეო-
ბის შესახებ ინფორმაცია წარმოადგენს
განსაკუთრებული კატეგორიის პერსონა-
ლურ ინფორმაციას, რომლის დამუშავება/
გამჟღავნება კანონიერი წარმომადგენლის
თანხმობით არის შესაძლებელი, თუმცა ამ
ჩანაწერის პირდაპირი მნიშვნელობით გა-
მოყენებამ შესაძლოა ზიანი მიაყენოს არა-
სრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესს, თუ
მშობელი და ბავშვი ერთმანეთთან კონ-
ფლიქტშია და მშობლისთვის გარკვეული ინ-
ფორმაციის მიწოდებამ წარმოშვას ბავშვზე
შესაძლო ძალადობის რისკი.

ამ მიზნით, სამედიცინო დაწესებულე-
ბის, ბავშვთა უფლებებში სპეციალიზებული,
სოციალური მუშაკის ჩართულობა იქნებოდა
მიზანშეწონილი, რომელიც შეძლებდა ბავ-
შვთან კონსულტაციის საფუძველზე იმის და-
დგენას, აფასებს თუ არა არასრულწლოვანი
პაციენტი საკუთარ ჯანმრთელობის მდგომარე-

ობას სწორად და მისი მიღებული გადა-
წყვეტილება ემსახურება თუ არა საუკეთესო
ინტერესის დაცვას.

ბავშვის მოსმენის უფლება, როგორც
ერთ-ერთი ფუნდამენტური უფლება, გან-
მტკიცებულია ბავშვთა უფლებების შესახებ
მომწესრიგებელი ნორმატიული აქტებით
და საქართველოს კანონმდებლობაც ანი-
ჭებს ამ უფლებას უპირატესობას. ამ თემის
მოკვლევის შედეგად უნდა ითქვას, რომ ბა-
ვშვის ასაკისა და ფსიქო-ემოციური მდგომარე-
ობის მიხედვით უნდა გადაწყდეს ბავშვის
მოსმენის უფლების გამოყენება სამედიცინო
სფეროშიც და ისევ და ისევ, სპეციალიზირე-
ლი პირების სათანადო ჩარევით არის შე-
საძლებელი სწორი და შესაბამისი დასკვნის
გამოტანა ბავშვის შეხედულებების თაობაზე.
სატატიის ძირითად ნაწილში განხილულია,
რომ სამედიცინო სფეროში ამ უფლების
რეალიზებაც სპეციფიკური ხასიათის მა-
ტარებელია.

კანონმდებლობით გათვალისწინებული
ბავშვის ჯანმრთელობის უფლების ზედმი-
წევნით დასაცავად რეკომენდებულია ჯა-
ნდაცვის სფეროში მომუშავე პერსონალის
მუდმივი გადამზადება ბავშვთა უფლებების
მიმართულებით, არასრულწლოვანი პაციენ-
ტებისათვის სპეციალიზირებული კადრე-
ბის გამოყოფა იმისათვის, რომ კანონიერ წა-
რმომადგენლებთან ერთად იქნეს მიღწეული
ერთიანი მიზანი – ბავშვის საუკეთესო ინტე-
რესების დაცვა.

ბიბლიოგრაფია:

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს კანონი სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997
2. საქართველოს კანონი, საქართველოს სამოქალაქო საპროცე-
სო კოდექსი, 31/12/1997
3. საქართველოს კანონი ბავშვის უფლებათა კოდექსი, 20/09/2019
4. კონვენცია ბავშვთა უფლებების შესახებ, 20/11/1989.
5. საქართველოს კანონი პაციენტის უფლებების შესახებ, მუხლი
25, 05/05/2000
6. პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ საქართველოს კა-
ნონი, 28/12/2011

ქართულენოვანი ლიტერატურა:

1. ჭანტურია, ლ. ზოიძე, ბ. ნინიძე, თ. შენგელია, რ. ხეცურიანი, ჯ. "საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი", წიგნი V. თბილისი: "სამართალი" (2000), იხ. ლ. დოლიძე, საოჯახო დავების განხილვის საპროცესო სამართლებრივი თავისებურებანი არასრულწლოვანის ინტერესების დაცვის ქრილში (წარმოდგენილია მაგისტრის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად) 2020, 42.
2. ბურდული, მშობლის მიერ არასრულწლოვნის საკუთრებაში არსებული უძრავი ქონების განკარგვის საკითხისათვის, 2020. 26.

უცხოენოვანი ლიტერატურა:

1. Veit in Hau/Poseck, BeckOK BGB, 55. Ed., 2019, §1643 Rn. 24.
2. European Journal of Pediatrics, 2022 – What does the best interests principle of the convention on the rights of the child mean for paediatric healthcare <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00431-022-04609-2.pdf>
3. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1551?lang=en> [09.03.2024]
4. <https://www.unicef.org/georgia/ka/%E1%83%91%E1%83%90%E1%83%95%E1%83%A8%E1%83%95%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%A3%E1%83%A4%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%90%E1%83%97%E1%83%90-%E1%83%99%E1%83%9D%E1%83%9C%E1%83%95%E1%83%94%E1%83%9C%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90>

THE CHILD'S RIGHT TO BE HEARD IN CIVIL PROCEEDINGS

Mariam Saneblidze

*Doctoral Candidate of Law, Caucasus University,
Lawyer, Georgia*

ABSTRACT

Caring for the welfare of children is a continuous and ongoing process, the foundation of which is a legally sound system. Child-friendly proceedings are designed to ensure the meaningful involvement of children in the decision-making process, which, of course, is manifested in the proper realization of the child's right to be heard. A child's right to be heard in civil proceedings is a crucial aspect of child-centred justice, recognizing children as active participants in decision-making. The article studies the evolution of the child's right to be heard in the international legal system, thus examining international conventions such as the United Nations Convention on the Rights of the Child and regional documents that recognize the children's right to participate in decision-making processes related to them. The article analyzes the legal framework applicable in different jurisdictions, including challenges and best practices in exercising the right. In addition, the article discusses the importance of the child's participation in civil proceedings, emphasizing its impact on the child's development and well-being and, on the other hand, on the quality of court decisions. The article discusses the relationship between the child's right to be heard and the standard of protection of the best interests. It emphasizes the need for a multidisciplinary approach when dealing with cases related to children. The article reviews the practical challenges and opportunities related to this issue and circumstances limiting the right, such as age and maturity. The legal ways necessary for better realization of the child's right to be heard are proposed in the form of recommendations in the article.

KEYWORDS: Best interests, Convention, Committee on the Rights of the Child

INTRODUCTION

The relevance of ensuring the child's right to be heard in civil proceedings is deeply rooted in its legal importance. The child's right to be heard strongly guarantees fair decision-making. In this regard, the issue of whether the child's right to be heard is ensured during civil proceedings is highly relevant and significant. The Code emphasizes the urgency of the issue, adopted in 2019, particularly Article 8, which defines the necessity of expressing the child's opinion and taking it into account. However, the question is whether the abovementioned Code ensures the child's right to be heard fully. In this regard, the issue needs to be evaluated and relevant recommendations developed.

Violating a child's right to be heard or inadequate provision can lead to unfair decisions regarding the child. The article aims to study the legal nature of the child's right to be heard, identify the circumstances that may limit or hinder the full exercise of this right, present the obstacles in the national legislation and make the necessary recommendations.

The article's novelty lies in its focus on legislative recommendations derived from research on ensuring the child's right to be heard in civil proceedings.

Several scientific research methods were employed in the research, including grammatical and teleological interpretation of legal norms, to identify legal gaps and develop recommendations. Comparative legal research and analysis of court decisions are presented to determine the limiting circumstances of the child's right to be heard. The main issues of the paper are also processed using analysis and synthesis methods.

In the first chapter, the focus is on providing a general review of the legitimate purpose and preconditions of the child's right to be heard, as well as its relation to the child's best interests. In the second chapter, the focus shifts towards the circumstances limiting the child's right to be heard, while the third chapter discusses national legislation and practice, as well as existing gaps and recommendations.

1. THE CHILD'S RIGHT TO BE HEARD AND ITS RELATION TO THE STANDARD OF PROTECTION OF THE BEST INTERESTS

The evolution of the child's right to be heard in international law represents a significant change in recognizing children as autonomous individuals with distinct rights and interests. One of the fundamental documents of this evolution is the Declaration of the Rights of the Child, adopted by the General Assembly in 1959.¹ Although the Declaration recognized children's entitlement to special care and assistance, it did not explicitly mention the right to be heard. Nevertheless, the Declaration laid the groundwork for future developments in children's rights by emphasizing the importance of considering the needs and interests of children. The next important step in the evolution of the child's right to be heard was the adoption of the Convention on the Rights of the Child by the United Nations in 1989.² The Convention on the Rights of the Child (CRC) is the most universally ratified human rights treaty in history, which treats the child as the subject entitled to a comprehensive range of rights, rather than passive recipients of care, love and protection.

The Convention on the Rights of the Child defines four general principles, one of which is the right to be heard. Article 12 of the Convention on the Rights of the Child (CRC)³ not only explicitly establishes the right of children to be heard but also emphasizes the fundamental importance of this right in the interpretation and implementation of all other rights recognized in the Convention.⁴

1 UN Declaration on the Rights of the Child. (1959). <<https://archive.crin.org/en/library/legal-database/un-declaration-rights-child-1959.html>> [Last viewed: 09 March, 2024].

2 Convention on the Rights of the Child. (1989). <<https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child>> [Last viewed: 09 March, 2024].

3 Convention on the Rights of the Child. (1989). Article 12. <<https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child>> [Last viewed: 09 March, 2024].

4 Committee on the Rights of the Child. (2009). General

Since the Convention on the Rights of the Child is based on the concept of child welfare, in its actual definition and identification, child participation is required.⁵ Thus, the Convention on the Rights of the Child (CRC) indeed recognizes the critical importance of children's participation in decision-making processes that affect them directly.

According to the first part of Article 12 of the Convention on the Rights of the Child: "States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child".⁶ Article 12 of the Convention on the Rights of the Child (CRC) places a clear responsibility on states to ensure that children have the opportunity to express their views on all matters affecting them freely. For states to realize the abovementioned right accurately and without any distorted interpretation, it is necessary to clarify what is meant by "having the ability to form one's own opinion". The case of the European Court of Human Rights clarifies in the case *N.TS v. Georgia*,⁷ that the mentioned phrase does not define a restriction but the obligation of the state to evaluate the child's ability within the scope of the possibility. The state party must assume in each particular case that the child can express his/her views, the child is not obliged to prove his/her capacity. The child has the right to freely express his/her views without any pressure, and his/her desire to exercise the right to be heard is noteworthy.

To ensure that the child is heard, in accordance with the first part of Article 2 of the Convention, it is necessary that the issue concerns the child himself/herself, and Article 12 of the Convention does not explicitly define the right to express opinion in general. Instead, it specifically focuses on the right of the child to freely express their views on all matters affecting them. In addition to the above, the disposition of the same article emphasizes the importance of considering the views of the child in accordance with their age and maturity.

Unlike the first part, the second part of Article 12 of the Convention is procedural and imposes the obligation to hear the child on the court and administrative bodies directly, through a representative or a relevant body. However, the Convention on the Rights of the Child (CRC) does not provide specific guidance on the form or procedures for ensuring children's participation in judicial proceedings.

Later, Article 12 of the Convention was interpreted by the UN Committee on the Rights of the Child, which supervises the implementation of the Convention and requires States Parties to ensure that children are allowed to express their views on all matters affecting them, including in judicial and administrative proceedings. The Committee explains⁸ that the implementation of Article 12 of the Convention requires five steps to be taken, namely:

1. Informing the Child of Their Rights—Those responsible for hearing the child should ensure that the child is informed of their right to express their views on all matters affecting them. In addition, the child must receive information about the hearing through a representative.
2. Hearing—The environment in which the child exercises the right to be heard should be encouraging. The child needs to make sure that the adult responsible for listening to him/her is ready to listen

Comment 12. The right of the child to be heard, Geneva. 5. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>> [Last viewed: 09 March, 2024].

5 Bosisio, R. (2012). Children's Right to Be Heard: What Children Think. *The International Journal of Children's Rights* 20(1). 141-154. <https://www.researchgate.net/publication/269837271_Children%27s_Right_to_Be_Heard_What_Children_Think> [Last viewed: 09 March, 2024].

6 Convention on the Rights of the Child. (1989). Article 12. <<https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child>> [Last viewed: 09 March, 2024].

7 *N. Ts. and Others v. Georgia*. 2016. § 20.

8 Committee on the Rights of the Child. (2009). General Comment 12. The right of the child to be heard. Geneva. 5. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>> [Last viewed: 09 March, 2024].

to him/her and take seriously what he/she decides to say. The person who listens to the child may be involved in issues related to the child (e.g. teachers, social workers or caregivers), may also be a decision-maker in the institution (e.g. principal, administrator or judge), or a specialist (e.g. psychologist, expert, doctor).

3. Assessment of the child's ability—It is necessary to assess the child's ability and the extent to which he/she can form his/her own opinions reasonably and independently.
4. Giving proper importance to the child's opinion—The decision maker should give due importance to the child's views.
5. Appeals—The legislation shall ensure the rights and procedures for appeals when a child's right to be heard and have their views given due weight is neglected or violated. Based on the abovementioned, five basic procedures must be followed at the stage of hearing the child in the proceedings, which the legislation must ensure; otherwise, it will lead to a diversity of practice and errors.

The child's right to be heard is a crucial tool for improving justice. When children are involved in the proceedings, they contribute to the quality of the process and increase the likelihood of fair outcomes.

When realizing the child's right to be heard, it is important to clarify that this is a child's right and not a duty. A child should be heard when he/she can form his/her views. However, this should not be judged only by age, it is also necessary to inform the child about his/her rights.⁹ This is the foundation and general framework for realizing the child's right to be heard in the civil process especially, when the issue concerns sensitive topics related to the child, such as: determining

the place of residence, relationship with parents and others.

The most important factor in realizing the child's right to be heard is considering the child's opinion. However, this right is not absolute and may be limited. Age and maturity are significant factors that may limit a child's right to be heard in certain cases. However, assessing the extent to which the child's rights can be limited in relation to other rights provided by the Convention is especially important. For example, when giving priority to the best interests of the child.

According to the first paragraph of Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, "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".¹⁰ The principle of the primacy of the best interests of the child and the right of children to be heard are two fundamental pillars of the Convention on the Rights of the Child (CRC) which are used in the interpretation of all other provisions.¹¹ Based on the abovementioned, understanding the relationship between the child's right to be heard and the standard of protection of the best interests is crucial for ensuring that neither right is unreasonably limited at the expense of the other.

Regarding the best interests of the child, the Court of Human Rights explains that the assessment of the best interests of a particular child should be carried out individually,¹² when a) the

9 Filauro, C., Lavazzo, S., Manni, V. (2016). The Right of the Child to be Heard: Challenge for Harmonization. Themis Competition 2016 Semi – Final B 2: International Judicial Cooperation in Civil Matters – European Family Law. 3. <https://portal.ejtn.eu/PageFiles/14775/Written%20paper_Italy.pdf> [Last viewed 09 March, 2024].

10 Convention on the Rights of the Child. (1989). Article 3. <<https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child>> [Last Viewed 09 March, 2024].

11 Jee Lee, S. A Child's Voice vs. A Parent's Control: Resolving a Tension between the Convention on the Rights of the Child and U.S. Law. Columbia Law Review. N3. Vol. 117, <https://www.columbia-lawreview.org/content/a-childs-voice-vs-a-parents-control-resolving-a-tension-between-the-convention-on-the-rights-of-the-child-and-u-s-law/?fbclid=IwAR2ei7j10-9Y04FZN9J0HbShima56H6ElaoSgVGik8Uyvgax_fkDw-l6OQoAE> [Last viewed 09 March, 2024].

12 Mol, C., Kruger T. (2018). International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions. Journal of Private International Law. Vol. 14. Issue 3. 421-454.

child's opinions should be given due importance, b) all other rights of the child must be taken into account, including the right to dignity, freedom and equal treatment, c) a multidisciplinary approach should be used by all agencies that will consider all interests, including the child's psychological and physical well-being, legal, social and economic interests. Courts should employ a multidisciplinary approach to determine the child's best interests when considering and deciding cases involving children¹³ Based on the abovementioned, listening and considering the child's opinion is a criterion for determining the child's best interests. Therefore, the child must participate in the determination and identification of the best interests of the child.¹⁴ That is why it is clear that Articles 12th and 3rd of the Convention do not contradict each other instead, Article 3rd reinforces Article 12th promotes the essential role of children in the decision-making process.¹⁵ Determining the best interests of the child without listening to him/her and taking his/her opinion into account is unreasonable, the child knows what he/she wants and what represents his/her well-being. As for taking into account the opinion, this is a matter of further assessment; however, when making a decision, the child's opinion should not be taken into account only if the child's ability to fully express his/her views, assessed as necessary, does not meet the criteria established by Article 3 of the Convention, in this regard, it cannot be used to determine the standard of best interests. In this case, disregarding the child's opinion conflicts with the right to the priority of the best interests only because the requirements of Article 12 of the Convention are not met. Therefore, the con-

clusion that the child's right to be heard conflicts with the right to prioritize the best interests is meaningless.

2. AGE AND MATURITY AS A LIMITATION OF THE RIGHT

Article 12 of the Convention on the Rights of the Child (CRC) does not impose an age limit on the child's right to express their views; this is, of course, contrary to the imposition by States Parties of age limits by law, which would limit the child's right to be heard in all matters concerning him. In this regard, the UN Committee on the Rights of the Child has emphasized that the child's right to be heard extends to all children, irrespective of age. This recognition acknowledges that even young children can form opinions, express preferences, and contribute to decision-making processes in meaningful ways.¹⁶ Accordingly, Article 12 of the Convention requires recognising and respecting non-verbal forms, including play, body language, drawing, etc., through which very young children demonstrate choices and desires.

The phrase mentioned in Article 12 of the Conventions, "Giving appropriate weight in accordance with the age and maturity of the child", in Article 12 of the Convention on the Rights of the Child (CRC) does not imply the establishment of age restrictions. For example, in Bulgaria and Romania, children are generally heard from the age of ten; in Spain, the legal age of consent for children to express their views on certain matters is typically fourteen, and in Finland, children are normally heard from the age of fifteen in legal or administrative proceedings.¹⁷ In France, the law

13 Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe 1-4. 19.

14 Bosisio, R. (2012). Children's Right to Be Heard: What Children Think, *The International Journal of Children's Rights* 20(1), 141-154. <https://www.researchgate.net/publication/269837271_Children%27s_Right_to_Be_Heard_What_Children_Think> [Last viewed 09 March, 2024].

15 Committee on the Rights of the Child. (2009). General Comment 12. The right of the child to be heard. Geneva. 5. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>> [Last viewed 09 March, 2024].

16 Committee on the Rights of the Child. (2009). General Comment 12. The right of the child to be heard. Geneva. 5. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>> [Last viewed 09 March, 2024].

17 European Union Agency for fundamental rights. (2015). Child-friendly justice, perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States. 40. <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-child-friendly-justice-professionals_en.pdf?fbclid=IwAR1JvYYD0d20VeCSM5MJF_IUZjCQ4SSX-

sets age limits for specific proceedings; for example, in family law proceedings, a child can be heard from the age of seven.¹⁸ Various age-related restrictions at the level of national legislation are artificial barriers to the exercise of the right. Therefore, they should not be considered at the legislative or practical level.

It is interesting to what extent it is possible to limit the right to be heard to very young children. In very young children who are not yet able to form an opinion or otherwise express their wishes,¹⁹ it is necessary for the courts to rely on the expert's objective assessment,²⁰ to determine whether a child can be heard, taking into account the age and maturity of young children, even with the help of a child psychologist/specialist if necessary.²¹ The fact that the child is very young or in a vulnerable situation (eg, with disabilities, belonging to a minority group, being a migrant, etc.) does not deprive him/her of the right to express his/her views and does not reduce the importance that should be given to the views of the child in determining his/her best interests.²² According to the explanatory report of the Convention, attempts to establish a minimum age during the process of developing the text of the Convention ended in failure, since "all the numbers had an artificial, one might say, arbitrary character. It was considered best to entrust the application of this provision in life to the competence of the relevant bodies".²³ Entrusting the competence of relevant bodies, obviously, does not mean the possibility of setting a minimum age at the legislative level, it is related to the

practical implementation of the right to be heard of the child, during which the competent persons make a decision to listen to the child and take into account his/her opinion.

As for maturity, it refers to the capacity of a child to understand and evaluate specific outcomes. Maturity is quite difficult to define in the context of Article 12 of the Convention; it is the child's capacity to express reasonable and independent views on various issues. The greater the impact of the result on the child's life, the more relevant the appropriate assessment of the child's maturity. In contrast to the establishment of age restrictions, the legislation of various countries hardly defines what constitutes a child's maturity. It is mainly a matter of assessment in the abovementioned decision-making process. For example, In Croatia and France, the determination and evaluation of a child's level of maturity and best interests are often conducted on a case-by-case basis.²⁴ Polish civil law explains that children can be heard in legal proceedings if their maturity, development, and health allow them to participate, but the law does not define "maturity".²⁵ Thus, age and maturity-based restrictions should indeed be subject to individual assessment to ensure that children's rights are upheld equally,²⁶ "Information, experience, environment, social and cultural expectations and level of support determine the juvenile's ability to form his/her own opinion. That is why it is evaluated individually".²⁷ Such an assessment ensures that children are involved in decision-making, with reasonable assistance and support if necessary.

Thus, considering age and maturity as limit-

[haZ-kqSiwqnUGEa0_jAq57x2oQ>](#) [Last viewer 09 March, 2024].

18 Ibid.

19 Petrov and X v. Russia. 2018. § 108. Neves Caratão Pinto v. Portugal. 2021. § 138. Katskeros v. Greece. 2022. § 59.

20 Neves Caratão Pinto v. Portugal. 2021. § 138.

21 Zelikha Magomadova v. Russia. 2019. § 116. Cînța v. Romania. 2020. §§ 53-54.

22 Judgment of the Supreme Court of Georgia of April 20, 2022 in case No. A-791-SH-24-2022.

23 Practical Guide to the Hague Convention. (2018). Tbilisi, 77-79, referred to: the judgment of the Supreme Court of Georgia of April 20, 2022 according to No. A-791-SH-24-2022.

24 European union agency for fundamental rights. (2015). Child-friendly justice, perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States. 40. <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-child-friendly-justice-professionals_en.pdf?fbclid=IwAR1JvYYDOd20VeCSM5MJF_IUZJcQ4SSX-haZ-kqSiwqnUGEa0_jAq57x2oQ> [Last viewer 09 March, 2024].

25 Ibid.

26 Judgment of the Supreme Court of Georgia dated October 8, 2019. No. A-3658-SH-95-2019.

27 Judgment of the Supreme Court of Georgia of April 20, 2022. No. A-791-SH-24-2022.

ing circumstances of the child's right to be heard requires an objective assessment process. Otherwise, no one can limit the child from expressing his/her opinion and views. Here, it should be taken into account that age taken separately, even very young age, cannot be considered as an unconditional limiting circumstance; the required maturity may not be suitable for the full expression of the child's opinion; in this regard, any legal restrictions do not serve the requirements stipulated by the Convention. Moreover, they are contrary to the objectives of Article 12 of the Convention.

3. INCORPORATION OF THE CHILD'S RIGHT TO BE HEARD IN NATIONAL LEGISLATION

The Code on the Rights of the Child was adopted in 2019, according to which the standards of recognition, realization and protection of children's rights were determined by national legislation, which applies everywhere when discussing issues related to children. The child's right to be heard is defined by Article 8 of the Code, according to which: 1. The child shall have the right to have his/her opinion heard when resolving any matter related to or affecting any of his/her rights and to have his/her opinion taken into account in accordance with the child's best interests; 2. The child shall have the right always to be heard when the child is willing to express his/her opinion, either directly or by providing due support depending on individual needs, and in the form and by any means of communication desirable and permissible for the child; 3. The restriction of the right provided for by paragraph 1 of this article on the grounds of age, disability or other circumstances shall be inadmissible; 4. The process of interviewing the child and listening to his/her opinion should be informative, voluntary, respectful and accountable to the child, adapted to the child, inclusive, safe, conducted by specialists properly trained in child issues".²⁸

28 The Code of Children's Rights of Georgia. (2019). The right of a child to have his opinion heard

It should be noted that according to the Georgian legislation, the child's right to be heard provides for the hearing of the child, taking into account the child's wishes, when discussing any issue related to him/her, without any restrictions based on age or other circumstances, in an informative, voluntary and child-friendly environment. The Court of Cassation, in one of its important decisions²⁹ which refers to the recognition and enforcement of a decision of a foreign country in the territory of Georgia, draws attention to the fact that according to the requirements of a special law, a decision recognized in the territory of Georgia is against the public order of Georgia. According to the decision of the court of a foreign country, it is not established whether a psychologist was involved in the consideration of the case or even whether the psychologist heard the minor. The Court of Cassation emphatically explains that "hearing a minor does not mean hearing the child directly in front of the court, but also considers the case when a psychologist's opinion is presented in the case, taking into account the minor's psycho-emotional state and desire for attachment or relationship with each parent".³⁰ The cassation chamber considered the neglect of the child's direct and indirect hearing as the main factor in making the decision. Despite considering the principle of hearing the child in the Code on the Rights of Child and the practice of the Court of Cassation, the Code of Civil Procedure does not contain relevant procedural mechanisms regarding the child's participation in the process and provision of hearing. The Code on the Rights of Child quite generally defines the standards for giving due importance to the opinion of the child; however, for the right to be employed accordingly, it is necessary to change the legislation of a separate field of law based on the Code of the Rights of the Child. In

and to participate. Article 8. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=4>> [Last viewed 09 March, 2024].

29 Judgment of the Supreme Court of Georgia on June 23, 2022. No. AS 716-2021.

30 Judgment of the Supreme Court of Georgia of April 20, 2022. No. AS-791-SH-24-2022.

addition to the fact that the Code does not define the child's right to be heard, it also does not provide for the five procedural steps required to ensure Article 12 of the Convention. For example, the rules of training and informing the child, the need to assess the age and maturity of the child, and the appeal procedures. To establish a uniform practice and fully ensure the child's rights, the civil procedure legislation needs to include in detail the definitions regarding the child's right to be heard. Considering the absence of legal regulations, "the starting principle for the court is that children should be recognized and treated as subjects of rights rather than merely objects of protection".³¹

According to the standard of the European Court of Justice in child-related cases, the quality of the decision-making process is evaluated; in particular, it is determined whether the interested parties, including children, were allowed to express their opinion.³² The Court of Cassation is guided by the mentioned principle when making a decision. In one of the cases, the Court of Cassation shared the complaint of the cassator regarding the neglect of providing proper security during the interview of the child in the Court of Appeal since the environment was not adapted to the child, which may have caused some kind of confusion, fear and/or restraint of the child. Accordingly, the appeal court's conclusion that the child, considering his/her age and maturity, could not independently determine what he/she wanted for future development is unfounded.³³ Listening to the child's opinion is not only a formal process, to achieve the goal of the right, the opinion needs to be properly taken into ac-

count in the proceedings and reflected accordingly in the decision. The child's explanation is a kind of evidence, and its disregard requires the necessary justification, and the basis of the justification is an objective and unbiased assessment. That is why the civil procedural legislation should also include the obligation to substantiate the disregard of the child's opinion properly, and in case of violation of the abovementioned obligation, the rules and procedures of appeal.

The Code of Civil Procedure stipulates that the rights and legally protected interests of minors between the ages of 7 and 18 are protected in court by their parents or guardians. In addition, the court must involve even minors in such cases.³⁴ A child's rights and legally protected interests are protected in court by his/her legal representative. The court is authorized to involve the child in proceedings.³⁵ Civil Procedure Law gives the child the right to choose how to be heard, whether directly or through a representative. Delegating the right to hear the child to a representative is based on the principle of representation by the appropriate person,³⁶ which can be considered an indirect form of hearing the minor.³⁷ The delegation of the right to hear the

31 Judgment of the Supreme Court of Georgia of June 23, 2022. No. AS 716-2021. Judgement of the Supreme Court of Georgia of December 20, 2021. No. A-3272-SH-78-2020. Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 8, 2022. No. AS 173-2022. Judgment of the Supreme Court of Georgia dated September 29, 2022. No. AS 1139-2021.

32 Havelka and Others v. the Czech Republic. 2007. § 62. Haase v. Germany. 2004. § 97. It is indicated: according to the judgement of the Supreme Court of Georgia of June 23, 2022. No. AS-716-2021.

33 Judgment of the Supreme Court of Georgia of December 7, 2021. No. As-787-2021.

34 Civil Procedure Code of Georgia. (1997). Article 81 (3). Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=166>> [Last viewed: 09.03.2024].

35 Ibid.

36 Friðriksdóttir, H. (2015). Relational Representation: The Empowerment of Children in Justice Systems, in: Child-Friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child. Madmoudi, S., Leviner P., Kaldal, A., Lainpelto, K. (Eds.). Brill Nijhoff. Leiden, Boston. 56. Indicated: Shekiladze, Kh. (2019). Prioritizing the best interests of minors in conflict with the law in the process of juvenile justice (criminal proceedings). according to Tbilisi. 183. <https://www.tsu.ge/assets/media/files/48/disertaciebi4/Khatia_Shekiladze.pdf> [Last viewed 09 March, 2024].

37 Van Hooijdonk, E. (2016). Children's Best Interests: A Discussion of Commonly Encountered Tensions. In: The Best Interests of the Child – A Dialogue Between Theory and Practice. Sormunen, M. (Ed.), Council of Europe. 43. Indicated: Shekiladze, Kh. (2019). Prioritizing the best interests of minors in conflict with the law in the process of juvenile justice (criminal proceedings), according to Tbilisi. 2019. 183. <https://www.tsu.ge/assets/media/files/48/disertaciebi4/Khatia_Shekiladze.pdf> [Last viewed: 09.03.2024].

child to a representative should be utilized in legal proceedings only in cases of extreme necessity. The transfer of the child's right to another person, regardless of his/her professional training, contains certain risks, the most correct way to avoid these risks is to state the wishes of the child himself/herself. If the representative conveys the child's opinion, it is necessary to convey the child's wishes without any unnecessary interference so that the decision is not based on wrong views. If a child is assigned a legal representative or a relevant caregiver and guardianship worker is involved in the process, it is necessary to consider that all professionals working with children should be trained in an interdisciplinary manner, taking into account the rights of the child, different age needs and the process adapted to the child. They must be trained to communicate with children of all ages and development.³⁸ The child's opinion expressed through the representative should be given the same importance as if the child were expressing it directly; however, in this case, not age and maturity but the connection with the best interests should be determined, and the extent to which the explanation of the representative represents the best interests of the child should be determined.

Thus, the civil procedure legislation should establish the procedural safeguards necessary for the hearing of the child so that the hearing of the child's views is voluntary and informative, and the opinion is duly taken into account.

CONCLUSION

Realizing the child's right to be heard depends on following complex approaches. Without legally defined procedures, it becomes challenging to establish a uniform practice, and it is even more difficult to properly protect and ensure the child's right to be heard in each specific case.

Considering the abovementioned, the Civ-

il Procedure Code must define the child's right to be heard with appropriate procedures and mechanisms. First of all, to prepare the child, the obligation of proper information of the child on the part of the authorized persons should be defined, the confirmation of which will be considered as the subject of proof of these persons. Also, there is a need for a specific definition of the legal mechanisms of the direct hearing, the selection of the appropriate environment and the persons present, at which time it is important to have more informality, both in the direct hearing space and in the dress of the responsible persons. It is important that the Code of Civil Procedure additionally considers the appropriate justification for disregarding the child's opinion and the involvement of an expert in assessing age and development. If any of the necessary components for realizing the child's right to be heard are not present, for example, the child is not provided with information as needed, the environment is not child-oriented, the expert's assessment is not considered reliable, or the decision itself ignores the child's opinion, there needs to be an appeal rule and procedure, which will be another and important lever for protecting the child's right to be heard in civil proceedings. However, it should be noted that the appeal procedure should be fast and focused on protecting the child's best interests.

38 Child-Friendly Justice. (2017). Law Research. United Nations Children's Fund. <<https://www.unicef.org/georgia/media/1481/file/Legislative%20Analysis%20GEO.pdf>> [Last viewer 09 March, 2024].

BIBLIOGRAPHY:**Georgian language literature:**

1. Shekhlidze, Kh. (2019). Prioritizing the best interests of minors in conflict with the law in the process of juvenile justice (criminal proceedings). Tbilisi.
2. Child-friendly justice. (2017). legislative study. UNICEF.
3. <<https://www.unicef.org/georgia/media/1481/file/Legislative%20Analysis%20GEO.pdf>>
4. Guidelines 1-4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

Foreign language literature:

1. Committee on the Rights of the Child. (2009). General Comment 12. The right of the child to be heard. Geneva. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>>
2. Bosisio, R. (2012). Children's Right to Be Heard: What Children Think. The International Journal of Children's Rights. 20(1). 141-154. <https://www.researchgate.net/publication/269837271_Children%27s_Right_to_Be_Heard_What_Children_Think>
3. Filaurio, C., Lavazzo, S., Manni, V. (2016). The Right of the Child to be Heard: Challenge for Harmonization. Themis Competition 2016 Semi – Final B 2: International Judicial Cooperation in Civil Matters – European Family Law. <https://portal.ejtn.eu/PageFiles/14775/Written%20paper_Italy.pdf>
4. Jee Lee, S. A Child's Voice vs. A Parent's Control: Resolving a Tension between the Convention on the Rights of the Child and U.S. Law. Columbia Law Review. N3. Vol. 117, <https://www.columbialawreview.org/content/a-childs-voice-vs-a-parents-control-resolving-a-tension-between-the-convention-on-the-rights-of-the-child-and-u-s-law/?fbclid=IwAR2ei7j109Y04FZN9J0HbShima56H6ElaoSgVGI-k8Uyvgax_fkDwl6OQoA>
5. Mol, C., Kruger T. (2018). International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions. Journal of Private International Law. Vol. 14. Issue 3.
6. European Union Agency for fundamental rights. (2015). Child-friendly justice, perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States. <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-child-friendly-justice-professionals_en.pdf?fbclid=IwAR-1JvYYDOd20VeCSM5MJF_lUZJcQ4SSXhaZ-kqSiwqnUGeA0_jAq57x2oQ>
7. Van Hooijdonk, E. (2016). Children's Best Interests: A Discussion of Commonly Encountered Tensions. In: The Best Interests of the Child – A Dialogue Between Theory and Practice. Sormunen, M. (Ed.), Council of Europe. Indicated: Shekiladze, Kh. (2019). Prioritizing the best interests of minors in conflict with the law in the process of juvenile justice (criminal proceedings), according to Tbilisi. 2019. <https://www.tsu.ge/assets/media/files/48/disertaciebi4/Khatia_Shekiladze.pdf>
8. Friðriksdóttir, H. (2015). Relational Representation: The Empowerment of Children in Justice Systems, in: Child-Friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child. Madmoudi, S., Leviner P., Kaldal, A., Lainpelto, K. (Eds.). Brill Nijhoff. Leiden, Boston. Indicated: Shekiladze, Kh. (2019). Prioritizing the best

interests of minors in conflict with the law in the process of juvenile justice (criminal proceedings). according to Tbilisi. <https://www.tsu.ge/assets/media/files/48/disertaciebi4/Khatia_Shekiladze.pdf>

Normative material:

1. Civil Procedure Code of Georgia. (1997).
2. Children's Rights Code of Georgia. (2019).
3. UN Declaration on the Rights of the Child. (1959).
4. Convention on the Rights of the Child. (1989).

Judicial acts:

1. Judgment of the Supreme Court of Georgia on April 20, 2022. No. AS-791-SH-24-2022.
2. Judgment of the Supreme Court of Georgia dated October 8, 2019. No. AS-3658-sh-95-2019.
3. Judgment of the Supreme Court of Georgia of June 23, 2022. No. 716-2021.
4. Judgment of the Supreme Court of Georgia of December 20, 2021. No. A-3272-SH-78-2020.
5. Judgment of the Supreme Court of Georgia of June 23, 2022. N AS-716-2021.
6. Judgment of the Supreme Court of Georgia of December 7, 2021. No. AS-787-2021.
7. Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 8, 2022. No. 173-2022.
8. Judgment of the Supreme Court of Georgia dated September 29, 2022. No. 1139-2021.

Decisions of the European Court of Human Rights:

1. N. Ts. and Others v. Georgia. 2016. § 20.
2. Petrov and X v. Russia. 2018. § 108.
3. Neves Caratão Pinto v. Portugal. 2021. § 138.
4. Katskeros v. Greece. 2022. § 59.
5. Zelikha Magomadova v. Russia. 2019. § 116.
6. Cînța v. Romania. 2020. §§ 53-54.
7. Havelka and Others v. the Czech Republic. 2007. § 62.
8. Haase v. Germany. 2004. § 97.

ბავშვის მოსმენის უფლება სამოქალაქო სამართალწარმოებისას

მარიამ სანებლიძე

სამართლის დოქტორანტი, კავკასიის უნივერსიტეტი,
ადვოკატი, საქართველო

აბსტრაქტი

ბავშვების კეთილდღეობაზე ზრუნვა მუდმივი და უწყვეტი პროცესია, რომლის საფუძველი სამართლებრივად გამართული სისტემაა. ბავშვზე მორგებული სამართალწარმოება გადანყვეტილების მიღების პროცესში მის ჩართულობას გულისხმობს, რაც, ცხადია, ბავშვის მოსმენის უფლების სათანადო რეალიზებაში გამოიხატება. სამოქალაქო სამართალწარმოების ფარგლებში ბავშვის უფლება – მოსმენილ იყოს – ბავშვებზე ორიენტირებული მართლმსაჯულების სასიცოცხლო კომპონენტია, რომელიც მათ გადანყვეტილებების მიღების პროცესში აქტიურ მონაწილეებად აღიარებს. სტატია იკვლევს ბავშვის მოსმენის უფლების ევოლუციას საერთაშორისო სამართლის სისტემაში, შესაბამისად, განიხილავს საერთაშორისო კონვენციებს, როგორცაა გაეროს ბავშვთა უფლებების კონვენცია და რეგიონულ დოკუმენტებს, რომლებიც აღიარებენ ბავშვის უფლებას მონაწილეობა – მიიღონ მათთან დაკავშირებული გადანყვეტილებების მიღების პროცესში. სტატია აანალიზებს სხვადასხვა იურიდიულ სფეროში მოქმედ საკანონმდებლო ჩარჩოს, მათ შორის, უფლების რეალიზების პროცესში არსებულ გამოწვევებსა და საუკეთესო პრაქტიკას. გარდა ამისა, სტატია განიხილავს სამართალწარმოების პროცესში ბავშვის მონაწილეობის მნიშვნელობას სამოქალაქო სამართალწარმოებაში, ხაზს უსვამს მის გავლენას, ერთი მხრივ, ბავშვის განვითარებასა და კეთილდღეობაზე, ხოლო, მეორე მხრივ, სასამართლო გა-

დანყვეტილებების ხარისხზე. სტატიაში განხილულია ბავშვის მოსმენის უფლების მიმართება საუკეთესო ინტერესების დაცვის სტანდარტთან, ხაზგასმულია, ბავშვებთან დაკავშირებული საქმეების განხილვისას მულტიდისციპლინური მიდგომის აუცილებლობა. სტატია მიმოიხილავს აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებულ პრაქტიკულ გამოწვევებსა და შესაძლებლობებს, აგრეთვე, უფლების შემზღუდველ ისეთ გარემოებებს, როგორცაა ასაკი და სიმწიფე. სტატიაში რეკომენდაციების სახით შემოთავაზებულია ბავშვის მოსმენის უფლების უკეთ რეალიზებისათვის საჭირო სამართლებრივი გზები.

საკვანძო სიტყვები: საუკეთესო ინტერესები, კონვენცია, ბავშვთა უფლებათა კომიტეტი

შესავალი

სამოქალაქო სამართალწარმოებაში ბავშვის მოსმენის უფლების უზრუნველყოფის აქტუალობა მისი სამართლებრივი მნიშვნელობიდან გამომდინარეობს. ბავშვის მოსმენის უფლება ქმნის მყარ გარანტიას სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღებასთან დაკავშირებით. ამ მხრივ, აქტუალურია საკითხი, თუ რამდენად უზრუნველყოფილია ბავშვის მოსმენის უფლება სამოქალაქო სამართალწარმოების მიმდინარეობისას. საკითხის აქტუალობას ხაზს უსვამს 2019 წელს მიღებული ბავშვის უფლებათა კოდექსი, კერძოდ, მე-8 მუხლი, რომელიც ბავშვის აზრის გამოთქმასა და შესაბამისი გათვალისწინების აუცილებლობას განსაზღვრავს, თუმცა საკითხავია, აღნიშნულმა კოდექსმა რამდენად შეძლო ბავშვის მოსმენის უფლების სრულად უზრუნველყოფა. ამ მხრივ, საკითხი საჭიროებს შეფასებას და შესაბამისი რეკომენდაციების შემუშავებას.

შესაძლოა ბავშვის მოსმენის უფლების დარღვევამ ან არასათანადო უზრუნველყოფამ

ფამ ბავშვთან დაკავშირებული არასამართლიანი გადაწყვეტილების მიღება გამოიწვიოს. სტატიის მიზანია, შეისწავლოს ბავშვის მოსმენის უფლების სამართლებრივი ბუნება, უფლების შემზღუდველი გარემოებები, წარმოაჩინოს ეროვნულ კანონმდებლობაში არსებული დაბრკოლებები და გასცეს საჭირო რეკომენდაციები.

სტატიის სიახლეს წარმოადგენს კვლევის შედეგად მიღებული საკანონმდებლო რეკომენდაციები, რომლებიც სამოქალაქო სამართალწარმოებაში ბავშვის მოსმენის აუცილებლობით არის ნაკარნახევი.

კვლევისას გამოყენებულია რამდენიმე სამეცნიერო კვლევის მეთოდი, მათ შორის, საკანონმდებლო ხარვეზების გამოკვეთისა და რეკომენდაციების შემუშავების მიზნით ნორმის გრამატიკული და ტელეოლოგიური განმარტების მეთოდები. ბავშვის მოსმენის უფლების შემზღუდველი გარემოებების დადგენისას წარმოდგენილია შედარებით-სამართლებრივი კვლევა და სასამართლო გადაწყვეტილებების ანალიზი. ნაშრომის ძირითადი საკითხები, აგრეთვე, დამუშავებულია ანალიზისა და სინთეზის მეთოდების გამოყენებით.

პირველი თავი ეთმობა ბავშვის მოსმენის უფლების ლეგიტიმური მიზნისა და წინაპირობების ზოგად მიმოხილვას, აგრეთვე ბავშვის საუკეთესო ინტერესებთან ურთიერთმიმართებას. მეორე თავი ეთმობა ბავშვის მოსმენის უფლების შემზღუდველ გარემოებებს, ხოლო მესამე თავში განხილულია ეროვნული კანონმდებლობა და პრაქტიკა, ასევე, არსებული ღიობები და რეკომენდაციები.

1. ბავშვის მოსმენის უფლება და მისი მიმართება საუკეთესო ინტერესების დაცვის სტანდარტთან

საერთაშორისო სამართალში ბავშვის მოსმენის უფლების ევოლუცია წარმოადგენს მნიშვნელოვან ცვლილებას ბავშვების, როგორც ცალკეული უფლებებისა და ინტერესების მქონე ავტონომიურ ინდივიდე-

ბად აღიარების პროცესში. ამ ევოლუციის ერთ-ერთი ფუნდამენტური დოკუმენტი არის გაეროს ბავშვთა უფლებების დეკლარაცია, რომელიც გენერალურმა ასამბლეამ 1959 წელს მიიღო.¹ მიუხედავად იმისა, რომ დეკლარაცია ცნობდა ბავშვების უფლებას განსაკუთრებულ ზრუნვასა და დახმარებაზე, მასში ცხადად არ იყო ნახსენები მოსმენის უფლება. მიუხედავად ამისა, დეკლარაციამ საფუძველი ჩაუყარა მომავალ განვითარებას ბავშვების საჭიროებებისა და ინტერესების გათვალისწინების მნიშვნელობის დადასტურებით. ბავშვის მოსმენის უფლების ევოლუციის შემდეგი მნიშვნელოვანი ეტაპი, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიერ, 1989 წელს ბავშვის უფლებათა კონვენციის მიღება იყო.² ბავშვთა უფლებათა კონვენცია ისტორიაში ყველაზე ფართოდ რატიფიცირებული ადამიანის უფლებათა ხელშეკრულებაა, რომელიც ბავშვს განიხილავს, როგორც მთელი რიგი უფლებების სუბიექტს და არა მხოლოდ მზრუნველობის, სიყვარულისა და დაცვის ობიექტს.

ბავშვთა უფლებათა კონვენცია ოთხ ზოგად პრინციპს განსაზღვრავს, რომელთაგან ერთ-ერთი მოსმენის უფლებაა. კონვენციის მე-12 მუხლი³ ადგენს არა მხოლოდ თავად უფლებას, არამედ ამ უფლების გათვალისწინების აუცილებლობას ყველა სხვა უფლების ინტერპრეტაციისა და განხორციელებისას.⁴

ვინაიდან, ბავშვთა უფლებათა კონვენცია ბავშვის კეთილდღეობის კონცეფციას ეფუძნება, შესაბამისად, მის ფაქტობრივ

განსაზღვრასა და იდენტიფიკაციაში აუცილებელია ბავშვის მონაწილეობა.⁵ ამდენად, კონვენცია, ფაქტობრივად, საბოლოოდ აღიარებს ბავშვების მონაწილეობის აუცილებლობას ისეთი გადაწყვეტილებების მიღების პროცესში, რომლებიც თავად ბავშვებს ეხებათ.

ბავშვთა უფლებათა კონვენციის მე-12 მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, „მონაწილე სახელმწიფოები უზრუნველყოფენ საკუთარი შეხედულებების ჩამოყალიბების უნარის მქონე ბავშვის უფლებას, თავისუფლად გამოხატოს ეს შეხედულებანი ბავშვთან დაკავშირებულ ყველა საკითხზე, ამასთან, ბავშვის შეხედულებებს სათანადო ყურადღება ეთმობა ბავშვის ასაკისა და მონიჭებულობის შესაბამისად.“⁶ მუხლი პასუხისმგებლობას აკისრებს სახელმწიფოებს, უზრუნველყონ ბავშვის უფლება – თავისუფლად გამოხატოს მისი შეხედულებები. იმისათვის, რომ აღნიშნული უფლების რეალიზება სახელმწიფოებმა ზუსტად და ყოველგვარი დამახინჯებული ინტერპრეტაციის გარეშე შეძლონ, საჭიროა განიმარტოს, თუ რას გულისხმობს „საკუთარი შეხედულების ჩამოყალიბების უნარის მქონე“. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო საქმეზე ნ.ნ. საქართველოს წინააღმდეგ⁷ განმარტავს, რომ აღნიშნული ფრაზა არა შეზღუდვას, არამედ სახელმწიფოს ვალდებულებას განსაზღვრავს, შესაძლებლობის ფარგლებში შეაფასოს ბავშვის უნარი. სახელმწიფო მხარემ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უნდა ივარაუდოს, რომ ბავშვს გააჩნია უნარი, გამოხატოს თავისი შეხედულებები, ბავშვი არ არის ვალდებული ამტკიცოს მისი უნარის შესახებ. ბავშვს უფლება აქვს თავისუფლად გამოხატოს შეხედულებები ყოველგვარი ზე-

1 UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF THE CHILD (1959). <<https://archive.crin.org/en/library/legal-database/un-declaration-rights-child-1959.html>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

2 Convention on the Rights of the Child, (1989)<<https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

3 Convention on the Rights of the Child, (1989), Article 12. <<https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

4 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, (2009), GENERAL COMMENT NO. 12, The right of the child to be heard, Geneva, 5. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

5 Bosisio R., (2012), Children’s Right to Be Heard: What Children Think, The International Journal of Children’s Rights 20(1), 141-154 <https://www.researchgate.net/publication/269837271_Children%27s_Right_to_Be_Heard_What_Children_Think> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

6 Convention on the Rights of the Child, (1989), Article 12. <<https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

7 N.TS. AND OTHERS v. GEORGIA, 2016, §20.

წოლის გარეშე, აგრეთვე, საყურადღებოა მისი სურვილი მოსმენის უფლების რეალიზებასთან დაკავშირებით.

ბავშვის მოსმენის უზრუნველყოფისათვის, კონვენციის მე-2 მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად, აუცილებელია საკითხი ეხებოდეს თავად ბავშვს, ხოლო მე-12 მუხლი არ განსაზღვრავს ზოგადად აზრის გამოხატვის უფლებას, ის მხოლოდ ბავშვთან დაკავშირებულ საკითხებზე ბავშვის მოსმენის უფლებას მოიცავს. გარდა აღნიშნულისა, ამავე მუხლის დისპოზიცია ბავშვის შეხედულებებს სათანადო მნიშვნელობას ასაკის და მოწიფულობის შესაბამისად ანიჭებს.

კონვენციის მე-12 მუხლის მე-2 ნაწილი, პირველი ნაწილისაგან განსხვავებით, პროცედურული ხასიათისაა და ბავშვის მოსმენის ვალდებულებას სასამართლოს და ადმინისტრაციულ ორგანოებს აკისრებს, უშუალოდ, წარმომადგენლის ან შესაბამისი ორგანოს მეშვეობით. თუმცა კონვენცია არ განმარტავს, თუ რა სახით და რა პროცედურების დაცვით უნდა განხორციელდეს სამართალწარმოების პროცესში ბავშვის მოსმენის უზრუნველყოფა.

მოგვიანებით, კონვენციის მე-12 მუხლი განიმარტა გაეროს ბავშვთა უფლებათა კომიტეტის მიერ, რომელიც ზედამხედველობს კონვენციის იმპლემენტაციას და მოითხოვს მონაწილე სახელმწიფოებმა უზრუნველყონ, რომ ბავშვებს მიეცეთ საშუალება, გამოხატონ თავიანთი შეხედულებები ყველა საკითხზე, რომელიც ეხება მათ, მათ შორის სასამართლო და ადმინისტრაციულ წარმოებაში. კომიტეტი განმარტავს,⁸ რომ კონვენციის მე-12 მუხლის განხორციელება ხუთი ნაბიჯის გადადგმას მოითხოვს, კერძოდ:

1. მომზადება – ბავშვის მოსმენაზე პასუხისმგებელმა პირებმა უნდა უზრუნველყონ ბავშვის ინფორმირება მისი უფლების შესახებ, გამოხატოს საკუთარი აზრი ყველა საკითხზე, რაც

მას ეხება. გარდა ამისა, მოსმენასთან დაკავშირებით ბავშვმა უნდა მიიღოს ინფორმაცია წარმომადგენლის მეშვეობით.

2. მოსმენა – გარემო, რომელშიც ბავშვი ახორციელებს მოსმენის უფლებას, უნდა იყოს ნამახალისებელი. ბავშვი უნდა დარწმუნდეს, რომ ზრდასრული, რომელიც პასუხისმგებელია მის მოსმენაზე, მზადაა მოუსმინოს მას და სერიოზულად განიხილოს ის, რისი თქმაც მან გადაწყვიტა. პირი, რომელიც მოუსმენს ბავშვს, შესაძლოა იყოს ჩართული ბავშვთან დაკავშირებულ საკითხებში (მაგ. მასწავლებელი, სოციალური მუშაკი ან მომვლელი), აგრეთვე, შესაძლოა იყოს დაწესებულებაში გადანაცვეტილების მიმღები (მაგ. დირექტორი, ადმინისტრატორი ან მოსამართლე) ან სპეციალისტი (მაგ. ფსიქოლოგი, ექსპერტი, ექიმი).
3. ბავშვის უნარის შეფასება – აუცილებელია შეფასდეს ბავშვის უნარი, რამდენად აქვს შესაძლებლობა ჩამოაყალიბოს საკუთარი შეხედულებები გონივრულად და დამოუკიდებლად.
4. ბავშვის აზრისათვის სათანადო მნიშვნელობის მინიჭება – გადანაცვეტილების მიმღებმა უნდა მიანიჭოს შესაბამისი მნიშვნელობა ბავშვის შეხედულებებს.
5. გასაჩივრება – კანონმდებლობამ უნდა უზრუნველყოს გასაჩივრების უფლება და პროცედურები, მაშინ, როდესაც ბავშვის მოსმენისა და მისი შეხედულებების სათანადო მნიშვნელობის მინიჭების უფლება უგულებელყოფილია და ირღვევა. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სამართალწარმოებისას ბავშვის მოსმენის ეტაპზე ხუთი ძირითადი პროცედურის დაცვაა საჭირო, რაც კანონმდებლობამ უნდა უზრუნველყოს, სხვაგვარად პრაქტიკის მრავალფეროვნებას და ცდომილებას გამოიწვევს.

ბავშვის მოსმენის უფლება ერთგვარი ინსტრუმენტი სასამართლიანობის გასაუმჯო-

8 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, (2009), GENERAL COMMENT NO. 12, The right of the child to be heard, Geneva, 5. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

ბესებლად. მაშინ, როდესაც ბავშვები მონაწილეობენ სამართალწარმოებაში, პროცესი ხარისხიანი, ხოლო გადაწყვეტილება სამართლიანია.

ბავშვის მოსმენის უფლების რეალიზებისას მნიშვნელოვანია განიმარტოს, რომ ეს არის ბავშვის უფლება და არა მოვალეობა. ბავშვი მოსმენილ უნდა იქნას, როდესაც მას აქვს უნარი ჩამოაყალიბოს თავისი შეხედულებები, თუმცა, აღნიშნული არ უნდა შეფასდეს მხოლოდ ასაკის მიხედვით, აგრეთვე, აუცილებელია ბავშვის ინფორმირება მისი უფლების შესახებ.⁹ სწორედ აღნიშნული წარმოადგენს ფუნდამენტს და ზოგად ჩარჩოს ბავშვის მოსმენის უფლების რეალიზებისათვის სამოქალაქო პროცესში. განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საკითხი ბავშვთან დაკავშირებულ სენსიტიურ თემებს ეხება, როგორცაა: საცხოვრებელი ადგილის განსაზღვრა, მშობლებთან ურთიერთობა და სხვა.

ბავშვის მოსმენის უფლების რეალიზების უმთავრესი ფაქტორი ბავშვის აზრის გათვალისწინებაა, თუმცა, აღნიშნული უფლება არ არის აბსოლუტური და შესაძლოა შეიზღუდოს. შეზღუდვის საფუძველი რიგ შემთხვევებში შესაძლოა იყოს ასაკი და ბავშვის მოწიფულობა. თუმცა, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კონვენციით გათვალისწინებულ სხვა უფლებებთან მიმართებით შეფასდეს, რამდენად შესაძლებელია ბავშვის უფლების შეზღუდვა. მაგალითად, ბავშვის საუკეთესო ინტერესებისათვის უპირატესობის მინიჭებისას.

გაეროს ბავშვთა უფლებათა კონვენციის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, „ბავშვებთან დაკავშირებული ყველა ქმედება, იქნება ეს განხორციელებული სოციალური დაცვის საჯარო თუ კერძო დაწესებულებების, სასამართლოების, ადმინისტრაციული ორგანოების ან საკანონმდებლო ორგანოების მიერ, ბავშვის საუკეთესო ინტერესები

უნდა იყოს უპირველესი“.¹⁰ საუკეთესო ინტერესების უპირატესობის პრინციპი და ბავშვების მოსმენის უფლება არის კონვენციის ორი ფუნდამენტური საყრდენი, რომლებიც გამოიყენება ყველა სხვა დებულების ინტერპრეტაციისას.¹¹ აღნიშნულიდან გამომდინარე, აუცილებელია განიმარტოს ბავშვის მოსმენის უფლებისა და საუკეთესო ინტერესების დაცვის სტანდარტის ურთიერთმიმართება, რათა ერთი უფლება არაგონივრულად არ შეიზღუდოს მეორე უფლების დაცვის გათვალისწინებით.

ბავშვის საუკეთესო ინტერესებთან მიმართებით, ადამიანის უფლებათა სასამართლო განმარტავს, რომ საუკეთესო ინტერესების შეფასება კონკრეტული ბავშვისთვის ინდივიდუალურად უნდა განხორციელდეს.¹² რა დროსაც „ა) ბავშვის მოსაზრებებს უნდა მიენიჭოს სათანადო მნიშვნელობა; ბ) გათვალისწინებული უნდა იქნეს ბავშვის ყველა სხვა უფლება, მათ შორის, ღირსების, თავისუფლების და თანაბარი მოპყრობის უფლება; გ) გამოყენებული უნდა იქნეს მულტიდისციპლინური მიდგომა ყველა უწყების მიერ, რომელიც შეისწავლის ყველა ინტერესს, მათ შორის, ბავშვის ფსიქოლოგიურ და ფიზიკურ კეთილდღეობას, სამართლებრივ, სოციალურ და ეკონომიკურ ინტერესებს. სასამართლოებმა ბავშვთა მონაწილეობით საქმეთა განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღებისას უნდა გამოიყენონ მულტიდისციპლინური მიდგომა ბავშვის საუკეთესო ინტე-

9 Filairo C., Lavazzo S., Manni V., (2016), THE RIGHT OF THE CHILD TO BE HEARD: CHALLENGE FOR AN HARMONIZATION, Themis Competition 2016 Semi – Final B 2: International Judicial Cooperation in Civil Matters – European Family Law, 3. <https://portal.ejtn.eu/PageFiles/14775/Written%20paper_Italy.pdf> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

10 Convention on the Rights of the Child, (1989), Article 3. <<https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

11 Jee Lee S., A CHILD’S VOICE VS. A PARENT’S CONTROL: RESOLVING A TENSION BETWEEN THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD AND U.S. LAW, Columbia Law Review, N3, Vol.117, <https://www.columbialawreview.org/content/a-childs-voice-vs-a-parents-control-resolving-a-tension-between-the-convention-on-the-rights-of-the-child-and-u-s-law/?fbclid=IwAR2ei7j109Y04FZN9J0HbShima56H6E-laoSgVGik8Uyvgax_fkDwl6OQoAE> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

12 Mol C., Kruger T., (2018) International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions, journal of Private International Law; Vol. 14 Issue 3, 421-454.

რესების დასადგენად“¹³ აღნიშნულიდან გამომდინარე, ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დასადგენ ერთგვარ კრიტერიუმს სწორედ ბავშვის მოსმენა და აზრის გათვალისწინება წარმოადგენს. შესაბამისად, საუკეთესო ინტერესების, როგორც ბავშვის კეთილდღეობის განსაზღვრასა და იდენტიფიკაციაში, ბავშვი უნდა მონაწილეობდეს.¹⁴ სწორედ ამიტომ, ცალსახაა, რომ კონვენციის მე-12 და მე-3 მუხლები ერთმანეთს არ ეწინააღმდეგებიან, უფრო მეტიც, მე-3 მუხლი აძლიერებს მე-12 მუხლს, ხელს უწყობს ბავშვების არსებით როლს გადაწყვეტილებების მიღების პროცესში.¹⁵ ბავშვის საუკეთესო ინტერესების განსაზღვრა მისი მოსმენისა და აზრის გათვალისწინების გარეშე არაგონივრულია, ბავშვმა იცის, რა სურს თავად და რა წარმოადგენს მის კეთილდღეობას. რაც შეეხება აზრის გათვალისწინებას, ეს შემდგომი შეფასების საკითხია, თუმცა, გადაწყვეტილების მიღებისას, ბავშვის აზრის გათვალისწინება მხოლოდ იმ შემთხვევაში არ უნდა განხორციელდეს, როდესაც საჭიროებისამებრ შეფასებული ბავშვის უნარი – სრულყოფილად გადმოსცეს შეხედულებები, ვერ აკმაყოფილებს კონვენციის მე-3 მუხლით დადგენილ კრიტერიუმებს, ამ მხრივ, აღნიშნული საუკეთესო ინტერესების სტანდარტის დასადგენადაც ვერ გამოიყენება. ამ შემთხვევაში ბავშვის აზრის გაუთვალისწინებლობა საუკეთესო ინტერესების უპირატესობის უფლებასთან მხოლოდ იმით მოდის წინააღმდეგობაში, რომ თავად კონვენციის მე-12 მუხლის მოთხოვნები არ არის დაკმაყოფილებული, შესაბამისად, დასკვნა იმისა, რომ ბავშვის მოსმენის უფლება

საუკეთესო ინტერესების უპირატესობის მიჩნეების უფლებას უპირისპირდება – აზრს მოკლებულია.

2. ასაკი და მონიჭულობა, როგორც უფლების შემზღვეველი გარემოება

ბავშვთა უფლებათა კონვენციის მე-12 მუხლი არ აწესებს ასაკობრივ შეზღუდვას ბავშვის უფლებაზე – გამოხატოს თავისი შეხედულებები. აღნიშნული, ცხადია, ეწინააღმდეგება მონაწილე სახელმწიფოების მიერ ასაკობრივი შეზღუდვების დაწესებას კანონმდებლობით, რაც შეზღუდავს ბავშვის უფლებას მოსმენის შესახებ ყველა იმ საკითხში, რომელიც მას ეხება. აღნიშნულთან დაკავშირებით, გაეროს ბავშვთა უფლებათა კომიტეტმა ხაზგასმით აღნიშნა, რომ ეს უფლება არ ფოკუსირდება მხოლოდ გარკვეულ ასაკს მიღწეულ ბავშვებზე, არამედ ვრცელდება ყველა ბავშვზე, იმის აღიარებით, რომ მცირეწლოვან ბავშვებსაც კი შეუძლიათ აზრის ჩამოყალიბება და პრეფერენციების გამოხატვა, მაშინაც კი, როცა ბავშვმა შესაძლოა არავერბალურად გამოხატოს ისინი.¹⁶ შესაბამისად, კონვენციის მე-12 მუხლი მოითხოვს არავერბალური ფორმების აღიარებას და პატივისცემას, მათ შორის, როგორცაა: თამაში, სხეულის ენა, ხატვა და ა.შ., რომლის მეშვეობითაც ძალიან პატარა ბავშვები აჩვენებენ არჩევანს და სურვილებს.

კონვენციის მე-12 მუხლში აღნიშნული წინადადება – „ბავშვის ასაკისა და სიმწიფის შესაბამისად სათანადო წონის მიცემა“ – არ გულისხმობს ასაკობრივი შეზღუდვების დაწესებას, როგორც ეს არაერთ სახელმწიფოშია კანონმდებლობით განსაზღვრული. მაგალითად, ბულგარეთსა და რუმინეთში ბავშვის მოსმენა ათი წლის ასაკიდან ხორციელდება, ესპანეთში – თოთხმეტი წლიდან, ხოლო ფი-

13 ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის სახელმძღვანელო მითითებები 1-4, გვ.19.
 14 Bosisio R., (2012) Children’s Right to Be Heard: What Children Think, The International Journal of Children’s Rights 20(1), 141-154 <https://www.researchgate.net/publication/269837271_Children%27s_Right_to_Be_Heard_What_Children_Think> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].
 15 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, (2009), GENERAL COMMENT NO. 12, The right of the child to be heard, Geneva, 5. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

16 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, (2009), GENERAL COMMENT NO. 12, The right of the child to be heard, Geneva, 5. <<https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

ნეთში – თხუთმეტი წლიდან.¹⁷ საფრანგეთში კანონი, კონკრეტული სამართალწარმოების მიხედვით, აწესებს ასაკობრივ შეზღუდვებს, მაგალითად, საოჯახო სამართლებრივი სამართალწარმოებისას ბავშვის მოსმენა შვიდი წლის ასაკიდან ხორციელდება.¹⁸ ეროვნული კანონმდებლობის დონეზე სხვადასხვაგვარი, ასაკთან დაკავშირებული შეზღუდვები უფლების განხორციელების ხელოვნური ბარიერიერებია, შესაბამისად, საკანონმდებლო თუ პრაქტიკულ დონეზე არ არის გასათვალისწინებელი.

საინტერესოა, რამდენად შესაძლოა მოსმენის უფლების შეზღუდვა ძალიან მცირეწლოვანი ბავშვებისათვის? ძალიან მცირეწლოვანი ბავშვებში, რომლებსაც ჯერ კიდევ არ შეუძლიათ აზრის ჩამოყალიბება ან სურვილების სხვაგვარი გამოხატვა,¹⁹ აუცილებელია სასამართლოები დაეყრდნონ ექსპერტის ობიექტურ შეფასებას,²⁰ რადგან დადგინდეს, შესაძლებელია თუ არა ბავშვის მოსმენა მცირეწლოვანი ბავშვების ასაკისა და მონიფულობის გათვალისწინებით, თუნდაც, საჭიროების შემთხვევაში, ბავშვთა ფსიქოლოგიის/სპეციალისტის დახმარებით.²¹ ის ფაქტი, რომ ბავშვი ძალზე მცირეწლოვანია ან მოწყვლად მდგომარეობაშია (მაგ. შეზღუდული შესაძლებლობები, უმცირესობის ჯგუფისადმი კუთვნილება, მიგრანტობა და სხვ.), არ ართმევს მას უფლებას, გამოხატოს თავისი მოსაზრებები და არ ამცირებს იმ მნიშვნელობას, რომელიც უნდა მიენიჭოს ბავშვის მოსაზრებებს მისი საუკეთესო

ინტერესების განსაზღვრისას.²² კონვენციის განმარტებითი ანგარიშის მიხედვით, კონვენციის ტექსტის შემუშავების პროცესში მინიმალური ასაკის დაწესების მცდელობები წარუმატებლად დასრულდა, ვინაიდან „ყველა ციფრს ჰქონდა ხელოვნური, შეიძლება ითქვას, თვითნებური, ხასიათი. უმჯობესად ჩაითვალა ამ დებულების ცხოვრებაში გამოყენება შესაბამისი ორგანოების კომპეტენციას მინდობოდა“.²³ შესაბამისი ორგანოების კომპეტენციის მინდობაში, ცხადია, არ იგულისხმება საკანონმდებლო დონეზე მინიმალური ასაკის დაწესების შესაძლებლობა, აღნიშნული ბავშვის მოსმენის უფლების პრაქტიკულ რეალიზაციას უკავშირდება, რადროსაც კომპეტენტური პირები იღებენ გადაწყვეტილებას ბავშვის მოსმენასა და აზრის გათვალისწინებაზე.

რაც შეეხება მონიფულობას, ეს მუხლი გულისხმობს კონკრეტული შედეგების გაგებისა და შეფასების უნარს. მონიფულობის განსაზღვრა საკმაოდ რთულია კონვენციის მე-12 მუხლის კონტექსტში. ეს არის ბავშვის უნარი გონივრული და დამოუკიდებელი შეხედულებების გამოხატვისა სხვადასხვა საკითხთან მიმართებით. რაც უფრო დიდია შედეგის გავლენა ბავშვის ცხოვრებაზე, მით უფრო აქტუალურია ბავშვის სიმნიფის სათანადო შეფასება. ასაკობრივი შეზღუდვების დაწესებისაგან განსხვავებით, სხვადასხვა ქვეყნების კანონმდებლობა, თითქმის არ განსაზღვრავს, თუ რა წარმოადგენს ბავშვის მონიფულობას და ეს, ძირითადად, აღნიშნული გადაწყვეტილების მიღების პროცესში შეფასების საკითხია. მაგალითად, ხორვატიასა და საფრანგეთში მოსამართლე ადგენს და აფასებს ბავშვის მონიფულობის ხარისხს და საუკეთესო ინტერესებს თითოეულ შემთხვევაში.²⁴ პოლონეთის სამოქალაქო კა-

17 European union agency for fundamental rights, (2015), Child-friendly justice, Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States, 40. <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-child-friendly-justice-professionals_en.pdf?fbclid=IwAR1JvYYD0d20VeCSM5MJF_IUZJcQ4SSX-haZ-kqSiwqnUGeA0_jAq57x2oQ> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

18 იქვე.

19 Petrov and X v. Russia, 2018, § 108; Neves Caratão Pinto v. Portugal, 2021, § 138; Katskeros v. Greece, 2022, § 59.

20 Neves Caratão Pinto v. Portugal, 2021, § 138,

21 Zelikha Magomadova v. Russia, 2019, § 116; Cînta v. Romania, 2020, §§ 53-54

22 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 20 აპრილის №ა-791-შ-24-2022 განჩინება.

23 ჰააგის კონვენციის პრაქტიკული სახელმძღვანელო, (2018), თბილისი, გვ. 77-79; მითითებულია: საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 20 აპრილის №ა-791-შ-24-2022, განჩინების მიხედვით.

24 European union agency for fundamental rights, (2015), Child-friendly justice, Perspectives and experiences of

ნონმდებლობა განმარტავს, რომ ბავშვები შეიძლება მოსმენილ იყვნენ, თუ მათი მონიფულობა, განვითარება და ჯანმრთელობა იძლევა საშუალებას, მონაწილეობა მიიღონ სამართალწარმოებაში, მაგრამ კანონმდებლობა „მონიფულობას“ არ განსაზღვრავს.²⁵ ამრიგად, ასაკისა და მონიფულობის გათვალისწინებით განსაზღვრული შეზღუდვები ბავშვებისათვის თანასწორი უფლებების უზრუნველყოფის მიზნით უნდა დაექვემდებაროს ინდივიდუალურ შეფასებას,²⁶ „არასრულწლოვნის უნარს, ჩამოაყალიბოს საკუთარი მოსაზრება, განაპირობებს. მისი ინფორმირებულობა, გამოცდილება, გარემო, სოციალური და კულტურული მოლოდინები და მხარდაჭერის დონე, ამიტომაც ხდება მისი შეფასება ინდივიდუალურად“.²⁷ ამგვარი შეფასება უზრუნველყოფს ბავშვების ჩართულობას გადაწყვეტილებების მიღების პროცესში, საჭიროების შემთხვევაში, გონივრულ ხელშეწყობისა და მხარდაჭერის განწევას.

ამრიგად, როგორც ასაკის, ასევე, მონიფულობის ბავშვის მოსმენის უფლების შემზღუდველ გარემოებად მიჩნევისათვის, საჭიროა არსებობდეს ობიექტური შეფასება, წინააღმდეგ შემთხვევაში ვერც ერთი მათგანი ვერ შეზღუდავს ბავშვს, გამოხატოს თავისი აზრი და შეხედულებები. აქვე, გასათვალისწინებელია, რომ ცალკე აღებული ასაკი, თუნდაც ძალიან მცირეწლოვნებაც კი, ვერ მიიჩნევა უპირობო შემზღუდველ გარემოებად, საჭიროა მონიფულობაც არ იყოს შესატყვისი ბავშვის აზრის სრულყოფილად გადმოცემისათვის, ამ მხრივ, ნებისმიერი საკანონმდებლო შეზღუდვა არ ემსახურება კონვენციით გათვალისწინებულ მოთხოვნე-

ბს, უფრო მეტიც, ეწინააღმდეგება კონვენციის მე-12 მუხლის მიზნებს.

3. ბავშვის მოსმენის უფლების ინკორპორაცია ეროვნულ კანონმდებლობაში

2019 წელს მიღებულ იქნა ბავშვის უფლებათა კოდექსი, რომლის მიხედვითაც ეროვნული კანონმდებლობით განისაზღვრა ბავშვის უფლებების აღიარების, რეალიზებისა და დაცვის სტანდარტები, რომლებიც მოქმედებს ყველგან, ბავშვთან დაკავშირებული საკითხების განხილვისას. ბავშვის მოსმენის უფლება კოდექსის მე-8 მუხლითაა განსაზღვრული, რომლის მიხედვით, „1. ბავშვს უფლება აქვს, მოუსმინონ ნებისმიერი საკითხის გადაწყვეტისას, რომელიც მის რომელიმე უფლებას ეხება ან გავლენას მოახდენს მის რომელიმე უფლებაზე, და გაითვალისწინონ ბავშვის მოსაზრება მისი საუკეთესო ინტერესების შესაბამისად; 2. ბავშვს უფლება აქვს, მოუსმინონ ყოველთვის, როდესაც მას აზრის გამოთქმის სურვილი აქვს, უშუალოდ, მისი ინდივიდუალური საჭიროების შესაბამისი მხარდაჭერით, მისთვის სასურველი და შესაძლებელი კომუნიკაციის ფორმითა და საშუალებით; 3. დაუშვებელია ამ მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული უფლების ასაკის, შეზღუდული შესაძლებლობის ან სხვა გარემოების საფუძველზე შეზღუდვა; 4. ბავშვთან გასაუბრებისა და მისი აზრის მოსმენის პროცესი უნდა იყოს ინფორმაციული, ნებაყოფლობითი, ბავშვისადმი პატივისცემისა და ანგარიშვალდებულების გამომხატველი, ბავშვისთვის მორგებული, ინკლუზიური, უსაფრთხო, ბავშვის საკითხებზე სათანადოდ მომზადებული სპეციალისტების მიერ წარმართული.“²⁸ აღსანიშნავია, რომ ქართული კანონმდებლობით, ბავშვის მოსმენის უფლება ითვალისწინებს ბავშვის

professionals on children’s participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States, 40. <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-child-friendly-justice-professionals_en.pdf?fbclid=IwAR1JvYYDOD20VeCSM5MJF_IUZJcQ4SSXhaZkqSiwqnUGEa0_jAq57x2oQ> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024]

25 იქვე.
 26 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 08 ოქტომბრის N ა-3658-შ-95-2019 განჩინება.
 27 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 20 აპრილის Nაა-791-შ-24-2022 განჩინება.

28 საქართველოს ბავშვთა უფლებათა კოდექსი, (2019), ბავშვის უფლება მისი აზრის მოსმენასა და მონაწილეობაზე, მუხლი 8, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=4>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

სურვილის გათვალისწინებით, მასთან დაკავშირებული ნებისმიერი საკითხის განხილვისას ბავშვის მოსმენას, ყოველგვარი ასაკობრივი თუ სხვა გარემოების საფუძველზე შეზღუდვის გარეშე, ინფორმაციულ, ნებაყოფლობით და ბავშვზე მორგებულ გარემოში. საკასაციო სასამართლო ერთ-ერთ მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებაში,²⁹ რომელიც ეხება საქართველოს ტერიტორიაზე უცხო ქვეყნის გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებას, ყურადღებას ამახვილებს, რომ სპეციალური კანონის მოთხოვნების მიხედვით, საქართველოს ტერიტორიაზე საცნობი გადაწყვეტილება ეწინააღმდეგება საქართველოს საჯარო წესრიგს. ვინაიდან, უცხო ქვეყნის სასამართლოს გადაწყვეტილებით არ არის დადგენილი, საქმის განხილვაში ჩართული იყო თუ არა ფსიქოლოგი, ან თუნდაც ფსიქოლოგის მიერ მოსმენილი იქნა თუ არა არასრულწლოვანი. საკასაციო სასამართლო ხაზგასმით განმარტავს, რომ „არასრულწლოვანის მოსმენაში არ გულისხმობს უშუალოდ სასამართლოს წინაშე ბავშვის მოსმენას, არამედ მოიაზრებს იმ შემთხვევაში, როდესაც საქმეში ფსიქოლოგის დასკვნაა წარდგენილი არასრულწლოვანის ფსიქო-ემოციური მდგომარეობისა და თითოეულ მშობელთან მიჯაჭვულობისა თუ ურთიერთობის სურვილის გათვალისწინებით.“³⁰ საკასაციო პალატამ გადაწყვეტილების მიღებისას უმთავრეს ფაქტორად ბავშვის, როგორც პირდაპირი, ასევე, არაპირდაპირი მოსმენის უგულებელყოფა გაითვალისწინა. მიუხედავად ბავშვის უფლებათა კოდექსსა და საკასაციო სასამართლოს პრაქტიკაში ბავშვის მოსმენის პრინციპის გათვალისწინებისა, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი არ შეიცავს შესაბამის პროცესუალურ მექანიზმებს, ბავშვის პროცესში მონაწილეობასა და მოსმენის ურუნველყოფასთან დაკავშირებით. ბავშვთა უფლებების შესახებ კოდექსი საკმაოდ ზოგადად განსაზღვრავს ბავშვის აზრისა და ამ აზრისათვის სათანადო მნიშვნელობის

მინიჭების სტანდარტებს, თუმცა იმისათვის, რომ უფლება შესაბამისად რეალიზდეს, საჭიროა სამართლის ცალკეული დარგობრივი კანონმდებლობის ცვლილება ბავშვის უფლებების შესახებ კოდექსის საფუძველზე. გარდა იმისა, რომ კოდექსი არ განსაზღვრავს ბავშვის მოსმენის უფლებას, იგი, აგრეთვე, არ ითვალისწინებს კონვენციის მე-12 მუხლის უზრუნველსაყოფად გადასადგენ ხუთ პროცედურულ ნაბიჯს. მაგალითად, ბავშვის მომზადებისა და ინფორმირების წესებს, ბავშვის ასაკისა და მოწიფულობის შეფასების საჭიროებებს, აგრეთვე, გასაჩივრების პროცედურებს. ერთგვაროვანი პრაქტიკის დამკვიდრებისა და ბავშვის უფლებების სრულად უზრუნველყოფის მიზნით, საჭიროა სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობა დანვრილებით შეიცავდეს განსაზღვრებებს ბავშვის მოსმენის უფლებასთან დაკავშირებით. საკანონმდებლო რეგულაციების არარსებობის გათვალისწინებით, „სასამართლოსათვის ამოსავალი პრინციპი, ბავშვის არადაცვის ობიექტად მიჩნევა, არამედ მისი, როგორც სუბიექტის უფლებების აღიარება და დაცვა“.³¹

ბავშვთან დაკავშირებულ საქმეებზე, ევროსასამართლოს სტანდარტის მიხედვით, ფასდება გადაწყვეტილების მიღების პროცესის ხარისხი, კერძოდ, დგინდება დაინტერესებულ მხარეებს და, მათ შორის, ბავშვებს მიეცათ თუ არა საკუთარი აზრის გამოხატვის შესაძლებლობა.³² საკასაციო სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებისას სწორედ აღნიშნული პრინციპით ხელმძღვანელობს, ერთ-ერთ საქმეზე საკასაციო სასამართლომ გაიზიარა კასატორის პრეტენზია, სააპელაციო სასამართლოში ბავშვის გასაუბრები-

29 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 23 ივნისის Nას-716-2021 განჩინება.

30 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 20 აპრილის Nას-791-შ-24-2022 განჩინება

31 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 23 ივნისის Nას-716-2021 განჩინება; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 20 დეკემბრის Nას-3272-შ-78-2020 განჩინება; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 08 ივლისის Nას-173-2022 განჩინება; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 29 სექტემბრის Nას-1139-2021 განჩინება.

32 Havelka and Others v. the Czech Republic, 2007, § 62. Haase v. Germany, 2004, § 97. მითითებულია: საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 23 ივნისის N ას-716-2021 განჩინების მიხედვით.

სას სათანადოდ უზრუნველყოფის უგულვებელყოფასთან დაკავშირებით, ვინაიდან, გარემო არ იყო ბავშვზე მორგებული, რასაც შესაძლოა გამოენვია ბავშვის ერთგვარი დაბნეულობა, შიში ან/და თავშეკავებულობა. შესაბამისად, სააპელაციო სასამართლოს დასკვნა, რომ ბავშვი ასაკის და მოწიფულობის გათვალისწინებით, დამოუკიდებლად ვერ განსაზღვრავდა, რა სურდა მომავალი განვითარებისათვის, დაუსაბუთებელია.³³ ბავშვის აზრის მოსმენა არ არის მხოლოდ ფორმალური პროცესი, იმისათვის, რომ უფლების მიზანი მიღწეულ იქნას, საჭიროა აზრი სათანადოდ გათვალისწინებულ იქნეს სამართალწარმოების პროცესში და შესაბამისად აისახოს გადაწყვეტილებაში. ბავშვის ახსნა-განმარტება ერთგვარი მტკიცებულებაა და მისი გაუთვალისწინებლობა საჭირო დასაბუთებას მოითხოვს, დასაბუთების საფუძველი კი ობიექტური და მიუკერძოებელი შეფასებაა. სწორედ ამიტომ სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობა ბავშვის აზრის გათვალისწინებლობის სათანადო დასაბუთების ვალდებულებასაც უნდა შეიცავდეს და, ცხადია, აღნიშნული ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში – გასაჩივრების წესსა და პროცედურებს.

სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი ადგენს, რომ 7-დან 18 წლამდე არასრულწლოვანთა უფლებებსა და კანონით დაცულ ინტერესებს სასამართლოში იცავენ მათი მშობლები ან მზრუნველები. ამასთანავე, სასამართლო ვალდებულია ასეთ საქმეებში ჩააბას თვით არასრულწლოვნებიც.³⁴ მცირეწლოვნის უფლებებსა და კანონით დაცულ ინტერესებს სასამართლოში იცავს მისი კანონიერი წარმომადგენელი. სასამართლო უფლებამოსილია მცირეწლოვანიც ჩააბას პროცესში.³⁵ სამოქალაქო საპროცესო კანონ-

მდებლობა ანიჭებს ბავშვს უფლებას აირჩიოს, თუ როგორ მოუსმინონ მას, პირდაპირ თუ წარმომადგენლის მეშვეობით. წარმომადგენლისათვის ბავშვის მოსმენის უფლების დელეგირება, წარმომადგენლობის სათანადო პირის მიერ განხორციელების პრინციპს ეფუძნება,³⁶ აღნიშნული არასრულწლოვნის მოსმენის არაპირდაპირ ფორმად მიიჩნევა.³⁷ თუმცა, როგორც უკიდურესი აუცილებლობა, ისე უნდა იქნას გამოიყენებული სამართალწარმოებაში. ბავშვის უფლების სხვა პირისათვის გადაცემა, მიუხედავად, მისი პროფესიული გადამზადებისა, გარკვეულ რისკებს შეიცავს, ამ რისკების დავიდან არიდების ყველაზე სწორი გზა თავად ბავშვის მიერ სურვილების დაფიქსირებაა. იმ შემთხვევაში თუ წარმომადგენელი ახორციელებს ბავშვის აზრის გადმოცემას, საჭიროა ყოველგვარი ზედმეტი ხელშეხების გარეშე გადმოსცეს ბავშვის სურვილები, რათა გადა-

კოდექსი. (1997). სამოქალაქო საპროცესო ქმედუნარიანობა. მუხლი 81 (5). საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=166>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024]

36 Friðriksdóttir H., (2015) Relational Representation: The Empowerment of Children in Justice Systems, in: Child-Friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child, Said Madmoudi, Pernila Leviner, Anna Kaldal, Katrin Lainpelto (Eds.), Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 56. მითითებულია: შეყილაძე ხ., (2019) კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების (სისხლის სამართლის საქმის წარმოების) პროცესში, თბილისი, გვ. 183. მიხედვით. <https://www.tsu.ge/assets/media/files/48/disertaciebi4/Khatia_Shekiladze.pdf> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

37 Van Hooijdonk E., (2016) Children’s Best Interests: A Discussion of Commonly Encountered Tensions, in: The Best Interests of the Child – A Dialogue Between Theory and Practice, Milka Sormunen (Ed.), Council of Europe, 43. მითითებულია: შეყილაძე ხ., (2019) კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების (სისხლის სამართლის საქმის წარმოების) პროცესში, თბილისი, გვ. 183. მიხედვით. <https://www.tsu.ge/assets/media/files/48/disertaciebi4/Khatia_Shekiladze.pdf> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

33 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 07 დეკემბრის №ას-787-2021 განჩინება.

34 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი. (1997). სამოქალაქო საპროცესო ქმედუნარიანობა. მუხლი 81 (3). საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=166>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024]

35 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო

წყვეტილება არ დაეფუნოს არასწორ შეხედულებებს. იმ შემთხვევაში, როდესაც ბავშვს ენიშნება საპროცესო წარმომადგენელი ან მზრუნველობისა და მეურვეობის შესაბამისი მუშაკი ერთვე პროცესში, აუცილებელია გათვალისწინებულ იქნას, რომ ბავშვებთან მომუშავე ყველა პროფესიონალი უნდა მომზადდეს ინტერდისციპლინურად ბავშვის უფლებების, სხვადასხვა ასაკობრივი საჭიროებების და ბავშვზე მორგებული პროცესის გათვალისწინებით. ისინი უნდა გადამზადდენ ყველა ასაკისა და განვითარების ბავშვებთან კომუნიკაციისათვის.³⁸ წარმომადგენლის მეშვეობით დაფიქსირებულ ბავშვის აზრს ზუსტად იგივე მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს, როგორც თავად ბავშვის მიერ დაფიქსირებულს, თუმცა ამ შემთხვევაში არა ასაკი და მოწიფულობა, არამედ საუკეთესო ინტერესებთან კავშირი უნდა დადგინდეს და შეფასდეს, თუ რამდენად წარმოადგენს წარმომადგენლის ახსნა-განმარტება ბავშვის საუკეთესო ინტერესებს.

ამრიგად, სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობამ უნდა დაადგინოს ბავშვის მოსმენისათვის აუცილებელი საპროცესო გარანტიები, რათა ბავშვის მოსაზრებების მოსმენა იყოს ნებაყოფლობითი და ინფორმატიული, ხოლო აზრი სათანადოდ გათვალისწინებული.

დასკვნა

ბავშვის მოსმენის უფლების რეალიზება კომპლექსური მიდგომების დაცვაზე დამოკიდებულია. ცხადია, კანონმდებლობით განსაზღვრული პროცედურების გარეშე, რთულია დამკვიდრდეს ერთგვაროვანი პრაქტიკა და კიდევ უფრო რთულია, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ბავშვის მოსმენის უფლება იქნეს სათანადოდ დაცული და უზრუნველყოფილი.

აღნიშნულის გათვალისწინებით, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსმა მნიშვნელოვანია განსაზღვროს ბავშვის მოსმენის უფლება, შესაბამისი პროცედურებითა და მექანიზმებით. უპირველეს ყოვლისა, ბავშვის მომზადების მიზნით უნდა განისაზღვროს უფლებამოსილი პირების მხრიდან ბავშვის სათანადო ინფორმირებულობის ვალდებულება, რომლის დადასტურებაც სწორედ ამ პირების მტკიცების საგნად იქნება მიჩნეული. აგრეთვე, საჭიროა უშუალოდ მოსმენის სამართლებრივი მექანიზმების კონკრეტული განმარტება, შესაბამისი გარემოსა და დამსწრე პირთა შერჩევა, რა დროსაც მნიშვნელოვანია უფრო მეტი არაფორმალურობა, როგორც უშუალოდ მოსმენის სივრცეში, ასევე, პასუხისმგებელ პირთა ჩაცმულობაში. მნიშვნელოვანია სამოქალაქო საპროცესო კოდექსმა დამატებით გაითვალისწინოს ბავშვის აზრის გათვალისწინებულობის შესაბამისი დასაბუთება და ექსპერტის ჩართულობა ასაკისა და განვითარების შესაფასებლად. იმ შემთხვევაში, თუ ბავშვის მოსმენის უფლების რეალიზებისათვის რომელიმე აუცილებელი კომპონენტი არ იქნება სახეზე, მაგალითად, ბავშვს არ მიეწოდება ინფორმაცია საჭიროებისამებრ, გარემო არ იქნება ბავშვზე ორიენტირებული, ექსპერტის შეფასება არ ჩაითვლება სარწმუნოდ, ან თავად დადასტურებული უგულებელყოფს ბავშვის აზრს, საჭიროა არსებობს გასაჩივრების წესი და პროცედურა, რომელიც კიდევ ერთი და მნიშვნელოვანი ბერკეტი იქნება ბავშვის მოსმენის უფლების დაცვისათვის სამოქალაქო სამართალწარმოების განხორციელებისას, თუმცა გასათვალისწინებელია, რომ გასაჩივრების პროცედურა უნდა იყოს სწრაფი და ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვაზე ორიენტირებული.

38 ბავშვზე მორგებული მართლმსაჯულება, (2017), კანონმდებლობის კვლევა, გაეროს ბავშვთა ფონდი. <<https://www.unicef.org/georgia/media/1481/file/Legislative%20Analysis%20GEO.pdf>> [ბოლო წვდომა: 09 მარტი, 2024].

ბიბლიოგრაფია:**ქართულენოვანი ლიტერატურა:**

1. შეყილაძე ხ., (2019), კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების (სისხლის სამართლის საქმის წარმოების) პროცესში, თბილისი, 183.
2. ბავშვზე მორგებული მართლმსაჯულება, (2017), კანონმდებლობის კვლევა, გაეროს ბავშვთა ფონდი. <<https://www.unicef.org/georgia/media/1481/file/Legislative%20Analysis%20GEO.pdf>>
3. ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის სახელმძღვანელო მითითებები 1-4, გვ.19

უცხოენოვანი ლიტერატურა:

1. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, (2009), GENERAL COMMENT NO. 12, The right of the child to be heard, Geneva, <https://www.refworld.org/legal/general/crc/2009/en/70207>
2. Bosisio R., (2012), Children's Right to Be Heard: What Children Think, The International Journal of Children's Rights 20(1), 141-154 https://www.researchgate.net/publication/269837271_Children%27s_Right_to_Be_Heard_What_Children_Think
3. Filauo C., Lavazzo S., Manni V., (2016), THE RIGHT OF THE CHILD TO BE HEARD: CHALLENGE FOR AN HARMONIZATION, Themis Competition 2016 Semi – Final B 2: International Judicial Cooperation in Civil Matters – European Family Law, 3. https://portal.ejtn.eu/Page-Files/14775/Written%20paper_Italy.pdf
4. Jee Lee S., A CHILD'S VOICE VS. A PARENT'S CONTROL: RESOLVING A TENSION BETWEEN THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD AND U.S. LAW, Columbia Law Review, N3, Vol.117, https://www.columbialawreview.org/content/a-childs-voice-vs-a-parents-control-resolving-a-tension-between-the-convention-on-the-rights-of-the-child-and-u-s-law/?fbclid=IwAR2ei7j109Y04FZM9J0HbShima-56H6ElaoSgVGIk8Uyvgax_fkDwl6OQoAE
5. Mol C., Kruger T., (2018), International child abduction and the best interests of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions, journal of Private International Law, Vol. 14 Issue 3, 421-454.
6. European union agency for fundamental rights, (2015), Child-friendly justice, Perspectives and experiences of professionals on children's participation in civil and criminal judicial proceedings in 10 EU Member States, 40. <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-child-friendly-justice-professionals_en.pdf?fbclid=IwAR-1jvYYDOd20VeCSM5MJF_lUZJcQ4SSXhaZ-kqSiwqnUGEa0_jAq57x2oQ>
7. Van Hooijdonk E., (2016) Children's Best Interests: A Discussion of Commonly Encountered Tensions, in: The Best Interests of the Child – A Dialogue Between Theory and Practice, Milka Sormunen (Ed.), Council of Europe, 43.
8. Friðriksdóttir H., (2015) Relational Representation: The Empowerment of Children in Justice Systems, in: Child-Friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child, Said Madmoudi, Pernila Leviner, Anna Kaldal, Katrin Lainpelto (Eds.), Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 56.

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, (1997).
2. საქართველოს ბავშვთა უფლებათა კოდექსი, (2019).
3. UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, (1959).
4. Convention on the Rights of the Child, (1989).

სასამართლო აქტები:

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 20 აპრილის განჩინება Nაას-791-შ-24-2022
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 08 ოქტომბრის განჩინება N ას-3658-შ-95-2019.
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 23 ივნისის განჩინება Nას-716-2021
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 20 დეკემბრის განჩინება Nაა-3272-შ-78-2020
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 23 ივნისის განჩინება N ას-716-2021
6. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 07 დეკემბრის განჩინება Nაას-787-2021
7. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 08 ივლისის განჩინება Nას-173-2022;
8. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2022 წლის 29 სექტემბრის განჩინება Nას-1139-2021.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები:

1. N. TS. AND OTHERS v. GEORGIA, 2016, § 20.
2. Petrov and X v. Russia, 2018, § 108;
3. Neves Caratão Pinto v. Portugal, 2021, § 138;
4. Katskeros v. Greece, 2022, § 59.
5. Zelikha Magomadova v. Russia, 2019, § 116;
6. Cînta v. Romania, 2020, §§ 53-54
7. Havelka and Others v. the Czech Republic, 2007, § 62.
8. Haase v. Germany, 2004, § 97.

LIMITATION OF FREEDOM OF WILL IN THE HOUSEHOLD – THE PROBLEM OF PRIVATE PROPERTY OF GEORGIAN CITIZENS

Irakli Leonidze

*Doctoral Candidate of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi
State University, Georgia*

ABSTRACT

Nowadays, the limitation of the freedom of will when obtaining ownership rights to household property has acquired tremendous legal importance because the registration of household property is manifested in frequent inheritance disputes, and citizens have been deprived of the opportunity to make a will for years. Consequently, the rule of legal inheritance remained the only means of obtaining ownership of the household property. Increased rates of estate disputes caused by many reasons are more problematic. Some citizens can still not register their property, and these plots are subject to dispute. It is worth noting how the freedom of will was limited in the household and how quickly agricultural plots turned into inheritance disputes. Restricting the freedom of will and other restrictions creates an irreversible situation of unequal distribution of land among citizens, and years later, we will face the reality when the right to own land will lose its self-generating function. The research is directed to evaluating the problem caused by the limitation of the freedom of will when obtaining the ownership right to the household's property.¹ Also, the research discusses the decisions of the Constitutional Court of Lithuania regarding land ownership.

KEYWORDS: Freedom of will, Household, heir, Household member and non-member heirs, Estate, Actual possession, Litigation, Notary

¹ The scientific article was published by the doctoral student in order to fulfil the obligation to publish an international scientific publication.

INTRODUCTION

Many features distinguish the property of the household. In practice, there are cases when citizens' demands for household property are based on exclusive interests. Therefore, obtaining the right to own it is problematic because the property relationship between the household and citizens with the right has lost the function of transfer of rights and duties through self-regulation. The response to the problem cannot be carried out if it does not have social compatibility with the circumstances because the change in family ties of citizens in relation to the household is accompanied by a dispute between the heirs, which implies the disruption of the family system by presenting individual interests. Analyzing the decisions of the Supreme Court of Georgia to study the issue of obtaining the right of ownership to the property of a household is an opportunity to form important conclusions. The main task of the research is to highlight the problem of limiting the freedom of will in the household.

1. THE TESTATOR AND THE HEIR IN THE HOUSEHOLD

Despite the legal regulation of the status of legal and testamentary heirs in modern private law, it is still problematic to take into account the number of rows of heirs, the distribution of inheritance property, and the interests of the heir and the heirs.² If we rely on the mentioned position, it will be reasonable to discuss the status of the heir of the family, which is not perfectly regulated and creates difficulty with the main record of the heir, which is because it is not possible to establish any priority between the claims of the heirs on the property of the family, which will be derived from the law and justified.³ "Soviet law

was familiar with the registration of rights to real estate". According to the Soviet Civil Code, the acquisition of ownership of a residential house was connected with registration".⁴ Old real estate registrations are of evidentiary value. However, there is a risk that the document's content may contain conflicting information.

The types of household heirs are not defined by the legislation, which creates a problem in determining the status of the household heir. According to the Civil Code, in the case of inheritance by will, the heirs can be persons who were alive at the moment of the death of the decedent, as well as those who entered into his life and were born after his death, regardless of whether they are his children or not, as well as legal entities. The position is shared that it is not appropriate to separate the heir of the household in the concept of heir, although the distinction may be relevant for registration purposes. In general, "the one to whom the property rights and obligations of the heir are transferred through succession is considered an heir".⁵ To overcome the problem related to the form and content of the household, it is important to develop legal regulations so that citizens have a prior idea of their hereditary status and interest in the household, on which to base their demands, which may be diverse depending on what the heir wants and what his relationship with the household is.⁶

Inheritance rights allow the heir to benefit from the wealth of the estate and exercise the right to receive the inheritance. Therefore, the heir's will should not be excluded when determining the means of transferring the property legally and in the form of a will. The inclusion of a member in the

2 Shengelia, R. (2022). The Necessity of Perfecting the Mechanism of Protection of the Interests of the Subjects of Inheritance Legal Relations. *Life and Law*. 1-2 (57-58). 95.

3 Gershon, F., Ahihiko, N. (1999). The Benefits of Land Registration and Titling: Economic and Social Perspectives. *Land Use Policy*. Vol. 15/Issue 1. 40-41.

4 Zoidze, B. (2005). *Reception of European Private Law in Georgia*. Tbilisi: "Publishing Case Training Center", p. 274. See. Leonidze, I. (2022). The Importance of Mediation for Analyzing Civil Procedural Peculiarities of Fact-Finding of Inheritance Acceptance and Place of Estate Opening. *Alternative Dispute Resolution Yearbook 2021*. Special Edition.

5 Shengelia, R., Shengelia, E. (2019). *Family and Inheritance Law*. Tbilisi: "Meridiani". p. 318.

6 Comp. Dixon M. (2003). *The Reform of Property Law and the Land Registration Act 2002: a Risk Assessment*. Cambridge: University of Cambridge. pp. 136-137.

family by the heir is already a basis for the heir, although the cancellation of this possibility is a subject of dispute. Further, the freedom of will is limited between the order of the members of the family and the will of the last member. If there are questions regarding the status of the family's heirs for the possession, use and disposal of the estate, this issue should be assessed within the scope of the heir's true, legal and fair claim and not with the multitude of unreasonable claims.⁷

It is possible to establish the regulations for the heir of the family:

1. The last member of the household – the heir of the last surviving member mentioned in the household record;
2. Family member legal heir – family members may be mutual heirs and their status is determined by following the order of legal inheritance, however, with legal equality due to family membership;
3. A member of a household, a testamentary heir, who was named as an heir by the will and, if such an opportunity exists, was recorded as a member of the household;
4. Legal heir who is not a member of the household – the status of the heir is determined by observing the order of mutual inheritance and legal inheritance;
5. A testamentary heir who is not a member of the household, to whom the property of the household or its part was given by the last or other member of the household in the early years;
6. A family member or non-member, a person without hereditary status, who makes a claim or restricts the claim of other persons to this property.

The issues are complex to separate from each other and intersect, which is why it is possible that the boundary between one or two concepts may not be protected. The law does not have a locking mechanism that would give a status to a person in contact with a household and would

not define the grounds for presenting a request during the registration of the right. The request is directed to the household's property and obtaining the right of ownership through inheritance or recognition as the owner. In the main case, the rule of legal inheritance was established as an inviolable possibility of obtaining ownership of the family's property, and the freedom of will in the family was limited.⁸

2. HOUSEHOLD ESTATE

Household property is private property, the possession, use and disposal of which cannot be properly ensured by the citizen in the part of the right registration.⁹ The word "household" confuses. Therefore, a household should be interpreted as a family, which, according to the household record, is credited with property, to which various circumstances prove the citizen's ownership connection. However, the multitude of persons with the right to claim and the competition of interests make registering a specific person as the owner impossible.

Other ways of defining a household connect the content of the concept to the idea of state property, where the citizen's right to private property is defined differently. Regardless of the household's load, it is important to determine the main composition: agricultural land plots, buildings on it, agricultural beds, and other types of property goods that are included in the name of the household. According to Article 1513 of the Civil Code of Georgia, the plots of land for legal use of natural persons, on which individual houses are located, are considered the property of these persons after the implementation of the Civil Code, and the rules provided for immovable property in the Civil Code apply to them. Ownership of homestead plots can be equated with ownership of household property. In general, the

7 Zoidze, T. (2022). The Influence of the Presumption of Infallibility and Completeness of Public Registry Data on the Bona Fide Acquisition of Property. *Private Law Review*. 28.

8 United Nations Economic Commission for Europe (2022). *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*. United Nations. p. 15.

9 Comp. Shotadze, T. (2014). *Property Law*. Tbilisi: "Meridiani". pp. 442-443.

integrity of the household property depends on the location, which leads to the special interest of citizens when the increase in the value of land in a specific area reaches a large scale, and citizens try to destroy the integrity of the household property, divide and alienate plots.

According to Article 147 of the Civil Code, property is all things and intangible assets that can be owned, used and disposed of by natural and legal persons and acquired without restriction if prohibited by law or does not contradict moral norms. Household property consists of immovable and movable property. In different municipalities of Georgia, the property of a household is different, taking into account the land fund, the ratio established before and after the period of independence.¹⁰ There is no model to help courts classify complex cases.¹¹ It is a fact that the value of residential land is increasing, it is a valuable asset.¹² The disorganization of the household's property creates a problem for the heir to bequeath the property to another person and for the heir to inherit the household's estate by will. The vulnerability of the heir with a will is because, regardless of the will, the separation of the property from the total mass is connected with disputes with other household members and disruption of the integrity of the household.

3. RESTRICTION OF FREEDOM OF WILL (COMPARATIVE ANALYSIS OF JUDICIAL PRACTICE OF GEORGIA AND LITHUANIA)

Regarding the restriction of the freedom of will in the family, the court determines the status

- 10 Leonidze, I., Chikviladze, G. (2022). The Importance of Eliminating the Legal Gap of Title to a Household and the Role of the Constitutional Court. *Journal of Constitutional Law*. 2, 95.
- 11 Lafachi, E. (2016). *Impact of Registration of Intellectual Property Rights on Immovable Property on the Implementation and Protection of Intellectual Property Rights*. Tbilisi: TSU Publishing House. pp. 135-136.
- 12 Bichia, M. (2020). Legal Regime of Confidentiality Protection in the Mediation Process and Its Meaning. *Law and World*. 6(15).

of the person and the connection with the family's estate. From the factual circumstances of one of the cases of the Supreme Court of Georgia, it is established that the citizens were in a registered marriage and did not have a child while living together. One of the spouses bequeathed all his property to his grandson from his first marriage. After his death, half of the disputed house was registered in the grandson's name, which became known to the surviving wife. She filed a lawsuit to declare the will invalid because her family belonged to the household, and the estate could only be opened after the death of the last household member. Decisions made in the case were often cancelled by courts of different instances. According to the explanation of the court, only the homestead plot was owned by the spouses, and the spouses do not own the plot of land, the existence of which is necessary for homestead farming.¹³ According to Article 1323, which has already been abolished today, the inheritance will be opened on the common property of the household from the day of the death of the last member of the household. This principle has been changed, and the death of the last family member is not necessary to open the family estate. Regarding the status of land, the Constitutional Court of Lithuania explains that the property which was illegally confiscated from citizens by the Soviet authorities or was transferred with the right to use it immediately after the independence of Lithuania was considered the property of the state until the right of the private owner on this property was restored, based on the presentation of the appropriate request, due to which the land The status was not divided based on the request of natural persons.¹⁴

In another case, the court shared the cassator's opinion that in the legal assessment of the factual circumstances established by the previous instance, the appellate court incorrectly applied Article 1356 of the Civil Code, according to

- 13 Shengelia, E., Leonidze, I. (2023). Estate Household vs. Family Household (Frustra Pugna). *Besarion Zoidze* 70, 370.
- 14 Constitutional Court of the Republic of Lithuania. Case 12/93, 27/05/1994 Ruling on the Restoration of Ownership Rights to Land.

which, if the entire estate was distributed among the heirs by will, but one of the heirs was alive at the time of the opening of the estate. It was no longer, inheritance does not arise by law, and other heirs will receive his share of the property in a will. The norm indicated by the court's reasoning refers to a situation where the entire estate was distributed to the heirs by will, and one of the heirs died before the estate was opened. The court considers that the dispute between the parties should be settled based on Articles 1307 and 1371 of the Civil Code.

The Supreme Court disagreed with the reasoning of the Court of Appeals when "the Appeals Chamber pointed out that since the communal household has been abolished since 1993, the determinant for obtaining ownership rights to the household's property is the registration in the household by 1993". From this period, as mentioned, the property is transformed into the joint property of the family members. Subsequently, the persons registered in the household can no longer claim the household's property". It should be noted that the year 1993 cannot be decisive because after the transformation of the property into co-ownership of the members of the household, the means of obtaining the ownership right is the indication of the co-owners in the household record, and after 1993, it was still possible to fill the household and change the property listed on it.¹⁵ The Constitutional Court of Lithuania notes in one of its decisions that land reform and the concept of property restoration were implemented with varying frequency in the country's municipalities, although the strategy was common across the country.¹⁶

The court pointed out that, taking into account the fact that the fact of the plaintiff's inheritance of the disputed plot of land, or the acquisition of ownership rights to the disputed real estate during the land reform period, could not be established, the claim of the plaintiff was

considered unsubstantiated and groundless – to recognize him as the owner of the disputed property, on the basis that The disputed real estate was an object included in the estate of the plaintiff's heir. This means that a person's contact with the household's property must be substantiated by inheritance or the fact of acquiring property during the land reform period, if the person does not have these grounds, he cannot satisfy the request for property outside the household only by indicating that this property was part of the household.¹⁷

The Court noted that by dividing the household, the plaintiffs lost the ownership right to the common property of the household. Thus, they were entitled to a 1/2 share of the disputed property. Dividing the household was connected with the equal distribution of the share in the legal burden. Even though the claimants claimed the property in dispute entirely and independently.¹⁸

The Court explains that "due to the absolute nature of ownership, the owner's right to request an injunction cannot be statute-barred. Both acquisition and loss of ownership rights to immovable objects are related to registration in the public register. Because of the above, the basis for considering the owner's status as violated must be a public registry entry; another person must be registered as the owner. Otherwise, the property right will not be considered violated, and the statute of limitations will not be allowed for the property as an absolute right".¹⁹ In the case of household property, the registration of a person as the owner was not done for years, which is why the actual ownership is one of the important elements for establishing a claim. However, the household record changes the reality, where different persons are registered jointly, or the record is substantially flawed. In one of the cases of the Constitutional Court of Lithuania, it is noted that together with the concept of property restoration, a management strategy was

15 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-464-2022, 6/12/2022.

16 Constitutional Court of the Republic of Lithuania. Case 11-1993/9-1994, 15/06/1994. Ruling on the Restoration of Citizens' Ownership Rights to Residential Houses.

17 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-380-2021, 26/11/2021.

18 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1439-2020, 22/04/2021.

19 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-717-2019, 28/06/2019.

developed for the plots of land of agro-cultural importance to preserve both the registration and agricultural purpose.²⁰

In another case, "the Court explains that the evidence in the case undoubtedly established that after the death of the head of the household and his wife, the household that owned the disputed property was represented/led by the defendant (mother), and her children (co-defendants) were enrolled in the same household, respectively, In the context of land reform, the defendants' acquisition of title to the disputed property (taking into account the basis for obtaining such a right), constitutes the acquisition of a real right to the disputed property, which, in turn, gives the owner the right to freely own, enjoy and dispose of the property in his possession".²¹ Actual possession in the absence of registration is of particular importance. Actual possession must be proved by appropriate evidence.

"The legal interest of the plaintiffs was to obtain the right of ownership of the property, which went out of the domain of their heir's disposal against the law, more precisely, based on a false entry in the land register, and first, it ended up in the domain of the first defendant's disposal, based on the gift agreement of the father of the heir and later, based on the gift agreement. The defendants objected to the lawsuit by focusing on the incorrect determination of the inheritance mass of the plaintiffs' heirs and the scope of the circle of heirs.²² Such cases are illegal in the origin of ownership rights to the household; however, until this is established, the property can be alienated to third parties. The problem is that when the heir of the household loses the right to the property or thinks that he has lost the right to the property, the risk of the property being found in the possession of a third party increases, the heir has a prior expectation, and after the

death of the heir, the heirs start a dispute.

The Court noted that "it is true that the claim does not contain a direct reference to the legal interest; however, taking into account the factual circumstances of the dispute, it is indisputable that the claimant wants to obtain (restore) the ownership right to the property, which he no longer has based on the disputed transactions". Achieving this goal is impossible only in the conditions of a confessional lawsuit; the means of realization of this demand is the claim of appropriation, and the Court, based on the imperative limitation of Article 248 of the Code of Civil Procedure, cannot go beyond the claim and attribute to the party what it did not ask for, or more than he demanded. Thus, the Chamber concludes that the recognition claim is inadmissible in the case under consideration".²³ The court, within its jurisdiction, distinguished between admissible and non-adjudicable issues.

"The Court shares the legal reasoning of the appealed decision and considers that taking into account the time of origin of the legal relationship, the lower Court correctly interpreted Articles 539, 544, 556, 540, 541 and 556 of the Code of Civil Law (1964 edition) Articles. The Court additionally noted the following: the legal interest of the claimant's claim is the acquisition of ownership rights to the heir's property, which the party associates with the fact that he took possession of the property after the heir's death. The defendant, who is the registered owner of the property, disagrees with this fact (his deceased father obtained the inheritance by notarial procedure). In such a situation, in accordance with Article 102 of the Code of Civil Procedure, the plaintiff is obliged to indicate such circumstances and submit evidence, the analysis of which will confirm the fact of possessing the property".²⁴ Property registration and actual possession conflict with each other; at this time, the Court focuses mainly on the presentation of evidence and reference to the relevant circumstances.

20 Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 2-A/2021, 28/09/2021. Ruling on the Legal Remedy for the Protection of the Pre-emption Right to Acquire Private Agricultural Land.

21 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-276-2019, 17/05/2019.

22 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1070-1029-2016, 15/02/2019.

23 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-949-885-2017, 23/02/2018.

24 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1081-1001-2017, 25/12/2017.

For the issue of establishing the norms necessary for establishing the right, the Chamber referred to Articles 92, 93, 103 of the Civil Code of Georgia (1964 edition) and explained that in the 1960s, the disputed plot of land was only the property of the state, which excluded the appellant the rights of the ancestor as the owner of the land plot. Pursuant to Article 1513 of the current Civil Code, the Chamber explained that the enacted law considered as the property of individuals only those plots that they had in legal use and on which individual houses owned by individuals were directly located. The purpose of this norm was to ensure the property of individuals both on the building and on the land, of which the individual house was an essential component. According to this article, for a person to be recognized as the owner of a plot of land, it is necessary for him to be the owner of an individual house and to have allocated a plot of land based on the relevant act. According to the plaintiff, after the 1960s, his family no longer owns the disputed plot of land. The transfer of ownership of a plot of land occupied in this manner was regulated by the law of Georgia “On recognition of ownership rights to land plots in the possession (use) of natural and private legal entities”, according to which one of the necessary conditions for obtaining ownership rights to a plot of land was ownership of a plot of land (legally or arbitrarily) through detention).²⁵

The Chamber of Administrative Affairs states in one of the cases that “from the regulation of the Civil Law Code (the land was owned only by the state). According to the data of the land register, the possibility of obtaining ownership rights to a plot of land for personal use was initially taken into account by the land reform that began in January 1992 (“On the reform of agricultural land in the Republic of Georgia” according to paragraph 5 of Resolution No. 48 of 1992 of the Cabinet of Ministers of the Republic of Georgia, Homestead, garden and country lands were transferred to the citizens of the Republic free of charge within the framework of the norms

25 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-416-393-2014, 20/04/2015.

established by the law). The Court notes that in the process of land reform, the only basis for the issuance of the state act confirming the right to use land was the acceptance-handover act.²⁶

In another case, the Court also points out that before the state independence of Georgia, the land was only the state’s property and was given to citizens only with the right to use it for life or temporarily. According to Article 13 of the Land Code, the land for use was provided by measurement.²⁷

The Court clarifies that “flaws made during the execution of the deed of acceptance do not exclude its recognition as a document establishing the right”. “Acceptance-handover act is also considered to be drawn up according to the procedure established by the legislation of Georgia,²⁸ which does not correspond to the form approved by the Resolution No. 503 of the Cabinet of Ministers of the Republic of Georgia dated June 28, 1993 “On the Regulation of the Registration of Documentation on Land Plots Transferred for the Use of Citizens of the Republic of Georgia”, but meets the requirements provided for in subsection “a” of this article. In accordance with these norms, it is clear that the deed of acceptance creates a reasonable expectation for its owner to register the right of ownership obtained by the deed of acceptance in the public register. The representative of the administrative body appearing at the session of the Court confirmed the validity of the document submitted by the plaintiff for registration and noted that at this stage, the failure to submit the appropriate document stipulated by the law was no longer an obstacle to obtaining the right of ownership of the immovable object requested for registration. Thus, the administrative body confirms the absence of

26 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №bs-695(3k-21), 26/04/2023.

27 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №bs-595(2k-22), 20/02/2023. Comp. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 10/1994, 19/10/1994. Ruling on the Restoration of the Ownership Rights to Residential Houses.

28 Law of Georgia “On the Improvement of Cadastral Data and the Procedure for Systematic and Sporadic Registration of Rights to Plots of Land within the Framework of the State Project”. (2016). 17.b.

the main factual basis for the decisions taken on refusing to satisfy the plaintiff's registration applications. The Court emphatically notes that the administrative body considered submitting an improper document confirming the right and the impossibility of confirming the corresponding right with other documents as the only obstacles to the real estate registration in the plaintiff's interest. The materials of the case and the parties' explanations, including the explanation given by the representative of the administrative body at the court session, proved that the specified circumstance was not an impeding factor for registration. Taking into account all of the above, the Court considers that in the conditions when the act of acceptance confirms the allocation of a plot of land to the heir of the claimant, also taking into account the fact that the existence of documentation reflecting the systematic registration related to the real estate in the public register is confirmed,²⁹ there is a fact of violation of the claimant's right on the part of the administrative body – by unreasonably delaying the registration process for years and making wrong decisions, the claimant was not allowed to transform the right to the land plot transferred by the act of acceptance into ownership and to convert the real estate into civil circulation, which undermines the primary purpose of the public registry, which is to be The guarantor of the stability of civil turnover and public order“.³⁰

By unreasonably delaying the registration process of residential land in the state and making wrong decisions,³¹ the citizens of Georgia were not allowed to transform the right to the land plot transferred by the acceptance-hando-

ver act or another similar document into ownership and to turn real estate into civil circulation, which actions not only undermine the primary purpose of the public registry, to be The guarantor of the stability of civil turnover and public order but also represents a legal circumstance favouring inheritance disputes, further limiting the freedom of will in the household.³² Consequently, the limitation of the freedom of will in the household turned into a problem of private property of Georgian citizens, which is more typical for legal heirs than for heirs by will.³³

CONCLUSION

Problems that take decades to resolve cannot be fixed quickly. This is how the restriction of the freedom of will in the household appeared on the agenda when the difficulties faced by the members of the household regarding the will were highlighted. Wrong expectations should not be formed in relation to the property of the household, which concerns the registration of the right, documents and determination of the circle of owners. The importance of this study is shown in clarifying the problems of obtaining ownership of household property, where more attention should be paid to the heir in the household.

29 The respondent administrative body confirms the existence of the “yellow zone” containing the registration numbers, geographical location, and situational and geodetic-topographical indicators necessary for determining the boundaries of the immovable property located in the specified territory and its surrounding territory.

30 Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №bs-133(k-20), 9/12/2021.

31 Comp. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 20/94-21/94, 8/03/1995. Ruling on the Restoration of the Ownership Rights to Residential Houses.

32 Zoidze, B. (2023). Formalism in Georgian Law (Primarily the Constitutional Court Practice). *Journal of Public Law*. 1, 124.

33 See: Chitoshvili, T. (2004). Household in Georgian Law. Tbilisi: “Meridian”. p. 11; Chitoshvili, T. (2006). The Main Legal Aspects of the Origin of Ownership Rights to Real Estate. Tbilisi: Meridian. pp. 80-85.

BIBLIOGRAPHY:**Normative Materials:**

1. Civil Code of Georgia (1997).
2. Law of Georgia on Notaries (2009).

Scientific Literature:

1. Bichia, M. (2020). Legal Regime of Confidentiality Protection in the Mediation Process and Its Meaning. *Law and World*. 6(15) (in Georgian).
2. Chitoshvili, T. (2004). Household in Georgian Law. Tbilisi: "Meridian". p. 11.
3. Chitoshvili, T. (2006). The Main Legal Aspects of the Origin of Ownership Rights to Real Estate. Tbilisi: Meridian. pp. 80-85.
4. Dixon M. (2003). *The Reform of Property Law and the Land Registration Act 2002: a Risk Assessment*. Cambridge: University of Cambridge. pp. 136-137.
5. Gershon, F., Ahihiko, N. (1999). The Benefits of Land Registration and Titling: Economic and Social Perspectives. *Land Use Policy*. Vol. 15/ Issue 1. 40-41.
6. Lafachi, E. (2016). *Impact of Registration of Intellectual Property Rights on Immovable Property on the Implementation and Protection of Intellectual Property Rights*. Tbilisi: TSU Publishing House. pp. 135-136 (in Georgian).
7. Leonidze, I., Chikviladze, G. (2022). The Importance of Eliminating the Legal Gap of Title to a Household and the Role of the Constitutional Court. *Journal of Constitutional Law*. 2, 95 (in Georgian).
8. Leonidze, I. (2022). The Importance of Mediation for Analyzing Civil Procedural Peculiarities of Fact-Finding of Inheritance Acceptance and Place of Estate Opening, *Alternative Dispute Resolution Year-book 2021*. Special Edition (in Georgian).
9. Shengelia, E., Leonidze, I. (2023). Estate Household vs. Family Household (Frustra Pugna). *Besarion Zoidze* 70. 370 (in Georgian).
10. Shengelia, R. (2022). The Necessity of Perfecting the Mechanism of Protection of the Interests of the Subjects of Inheritance Legal Relations. *Life and Law*. 1-2 (57-58), 95 (in Georgian).
11. Shengelia, R., Shengelia, E. (2019). *Family and Inheritance Law*. Tbilisi: "Meridiani". p. 318 (in Georgian).
12. Shotadze, T. (2014). *Property Law*. Tbilisi: "Meridiani". pp. 442-443 (in Georgian).
13. United Nations Economic Commission for Europe (2022). *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*. United Nations, p. 15.
14. Zoidze, B. (2023). Formalism in Georgian Law (Primarily the Constitutional Court Practice). *Journal of Public Law*. 1, 124 (in Georgian).
15. Zoidze, B. (2005). *Reception of European Private Law in Georgia*. Tbilisi: "Publishing Case Training Center". p. 274 (in Georgian).
16. Zoidze, T. (2022). The Influence of the Presumption of Infallibility and Completeness of Public Registry Data on the Bona Fide Acquisition of Property. *Private Law Review*. 28 (in Georgian).

Decisions of the Supreme Court of Georgia:

1. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-416-393-2014, 20/04/2015.
2. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1081-1001-2017, 25/12/2017.
3. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-949-885-2017, 23/02/2018.
4. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1070-1029-2016, 15/02/2019.
5. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-276-2019, 17/05/2019.
6. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1439-2020, 22/04/2021.
7. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-380-2021, 26/11/2021.
8. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №bs-133(k-20), 9/12/2021.
9. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-464-2022, 6/12/2022.
10. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №bs-595(2k-22), 20/02/2023.

Decisions Constitutional Court of the Republic of Lithuania:

1. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 12/93, 27/05/1994. Ruling on the Restoration of Ownership Rights to Land.
2. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 11-1993/9-1994, 15/06/1994. Ruling on the Restoration of Citizens' Ownership Rights to Residential Houses.
3. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 10/1994, 19/10/1994. Ruling on the Restoration of the Ownership Rights to Residential Houses.
4. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 20/94-21/94, 8/03/1995. Ruling on the Restoration of the Ownership Rights to Residential Houses.
5. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 2-A/2021, 28/09/2021. Ruling on the Legal Remedy for the Protection of the Pre-emption Right to Acquire Private Agricultural Land.

ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვა კომლში – საქართველოს მოქალაქეთა კერძო საკუთრების პრობლემა

ირაკლი ლეონიძე

სამართლის დოქტორანტი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, საქართველო

აბსტრაქტი

დღესდღეობით დიდი სამართლებრივი მნიშვნელობა შეიძინა კომლის ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვებისას ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვამ, რადგან კომლის საკუთრების რეგისტრაციის სირთულე მოქალაქეთა შორის სამემკვიდრეო დავებში გამოიხატება და ნათელია, რომ ისინი წლების განმავლობაში მოკლებული იყვნენ შესაძლებლობას, ესარგებლათ ანდერძის შედგენის უპირატესობით. შესაბამისად, კომლის ქონებაზე საკუთრების მოპოვების ძირითად საშუალებად კანონისმიერი მემკვიდრეობის წესი რჩებოდა. ზოგადად, საკომლო-სამემკვიდრეო დავების გაზრდილი მაჩვენებელი მრავალი მიზეზითაა გამოწვეული. მოქალაქეთა ნაწილი დღემდე ვერ ახერხებს საკომლო საკუთრების რეგისტრაციას, რაც მრავალწლიანი დავის საგანია. აღსანიშნავია, თუ როგორ შეიზღუდა ანდერძის თავისუფლება კომლში და რა სწრაფად გადაიქცა სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის ნაკვეთები სამემკვიდრეო დავის ასპარეზად. ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვა, სხვა შეზღუდვებთან ერთად, მოქალაქეებზე მიწების არათანაბარი განაწილების, მათ შორის, დანაწევრების შეუქცევად მდგომარეობას ქმნის და წლების შემდეგ მივიღებთ რეალობას, როდესაც მიწაზე საკუთრების უფლება თვითნარმოქმნის

ფუნქციას დაკარგავს. კვლევა მიმართულია კომლის ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვებისას ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვით გამოწვეული პრობლემის შეფასებაზე.¹ ასევე, კვლევაში განხილულია ლიეტუვის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები მიწის საკუთრებასთან დაკავშირებით.

საკვანძო სიტყვები: ანდერძის თავისუფლება, კომლი, მამკვიდრებელი, კომლის წევრი და არანევრი მემკვიდრეები, სამკვიდრო, ფაქტობრივი ფლობა, სასამართლო დავა, ნოტარიუსი

შესავალი

კომლის ქონება მრავალი სახასიათო ნიშან-თვისებით გამოირჩევა. სასამართლო პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევა, როდესაც კომლის ქონებაზე მოქალაქეთა მოთხოვნები ურთიერთგამომრიცხავ ინტერესებს ეფუძნება. ამიტომ, მასზე საკუთრების უფლების მოპოვება მრავალი პრობლემური ასპექტით ხასიათდება, რადგან კომლსა და უფლების მქონე ფიზიკურ პირებს შორის ურთიერთობას თვითრეგულირებით უფლება-მოვალეობების გადაცემის ფუნქცია დაკარგული აქვს. პრობლემის საპასუხო მოქმედება ვერ იქნება ამომწურავი, თუ მას სოციალური თავსებადობა არ ექნება არსებულ გარემოპირობებთან, რადგან მოქალაქეთა საოჯახო კავშირების ცვლილებას კომლთან მიმართებით თან სდევს მემკვიდრეთა შორის მუდმივი დავა, რაც გულისხმობს ინდივიდუალური ინტერესების წარმოდგენით საოჯახო მეურნეობის მოშლას და ნაკვეთების დანაწილებას. კომლის ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვების საკითხის შესასწავლად საქართველოს უზენაესი სასამართლოს

1 სამეცნიერო სტატია გამოქვეყნდა დოქტორანტის მიერ საერთაშორისო სამეცნიერო პუბლიკაციის გამოქვეყნების ვალდებულების შესრულების მიზნით.

გადაწყვეტილებებისა და შედარების მიზნებისთვის ლიეტუვის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების ანალიზი მნიშვნელოვანი მიგნებების ჩამოყალიბების შესაძლებლობაა. კვლევის ძირითადი ამოცანაა გამოიკვეთოს ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვის პრობლემა კომლში.

1. მოანდერძე და ანდერძით მემკვიდრე კომლში

თანამედროვე კერძო სამართალში კანონისმიერ და ანდერძისმიერ მემკვიდრეთა სტატუსის საკანონმდებლო მონესრიგების მიუხედავად, მაინც პრობლემურია მემკვიდრეთა რიგების რაოდენობის, სამკვიდრო ქონების განაწილების, მამკვიდრებლისა და მემკვიდრეთა ინტერესების გათვალისწინება.² აღნიშნულ პოზიციას თუ დავეყრდნობით, საფუძვლიანი იქნება მსჯელობა კომლის მემკვიდრის სტატუსის შესახებ, რომელიც სრულყოფილად მონესრიგებული არ არის და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში, მემკვიდრის ძირითად ჩანაწერთან წარმოშობს სირთულეს, რომელიც განპირობებულია იმით, რომ ვერ დგინდება კომლის ქონებაზე მემკვიდრეთა მოთხოვნებს შორის უპირატესობა, რომელიც კანონიდან იქნება გამომდინარე და დასაბუთებული.³ „უძრავ ქონებაზე უფლების რეგისტრაციას საბჭოთა სამართალი იცნობდა. საბჭოთა სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით საცხოვრებელ სახლზე საკუთრების შეძენა დაკავშირებული იყო რეგისტრაციასთან“.⁴ საკომლო ქონების

2 შენგელია, რ. (2022). სამემკვიდრეოსამართლებრივ ურთიერთობათა სუბიექტების ინტერესების დაცვის მექანიზმის სრულყოფის აუცილებლობა. გურამ თავართქილაძის სასწავლო უნივერსიტეტის სამეცნიერო-პრაქტიკული ჟურნალი ცხოვრება და კანონი, 1-2 (57-58), 95.

3 Gershon, F., Ahihiko, N. (1999). The Benefits of Land Registration and Titling: Economic and Social Perspectives. *Land Use Policy*, Vol. 15/Issue 1, 40-41.

4 ზოიძე, ბ. (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში. თბილისი: „საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი“, გვ. 274. ასევე, იხ. ლეონიძე, ი. (2022). მედიაციის მნიშვნელობა მემკვიდრეობის მიღების ფაქტისა და

ძველი რეგისტრაციები მტკიცებულებითი მნიშვნელობისაა, თუმცა არსებობს რისკი, რომ დოკუმენტის შინაარსი ურთიერთგამომრიცხავ ცნობებს შეიცავდეს სხვადასხვა მემკვიდრისთვის.

კანონმდებლობით არ განისაზღვრება კომლის მემკვიდრეთა სახეები, რაც პრობლემას ქმნის კომლის მემკვიდრის სტატუსის დადგენისას. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის თანახმად, ანდერძით მემკვიდრეობისას მემკვიდრეები შეიძლება იყვნენ პირები, რომლებიც ცოცხლები იყვნენ მამკვიდრებლის სიკვდილის მომენტი-სათვის, აგრეთვე ისინი, რომლებიც ჩაისახნენ მის სიცოცხლეში და დაიბადნენ მისი გარდაცვალების შემდეგ, მიუხედავად იმისა, მისი შვილები არიან ისინი თუ არა, ასევე, იურიდიული პირები. გასაზიარებელია პოზიცია, რომ არ არის მიზანშეწონილი მემკვიდრის ცნებაში კომლის მემკვიდრის გამოყოფა, თუმცა სარეგისტრაციო მიზნებისთვის განსხვავება შეიძლება აქტუალური იყოს. ზოგადად, „მემკვიდრედ მიიჩნევა ის, ვისზეც უფლებამონაცვლეობის გზით გადადის მამკვიდრებლის ქონებრივი უფლება-მოვალეობები“⁵ პრობლემის აღმოსაფხვრელად, რომელიც კომლის ფორმასა და შინაარსს უკავშირდება, მნიშვნელოვანია სამართლებრივი დანაწესების შემუშავება, რათა მოქალაქეებს წინასწარი წარმოდგენა ჰქონდეთ კომლში თავიანთი სტატუსისა და შესახებ, რომელსაც დააფუძნებენ მოთხოვნებს, რომლებიც შეიძლება მრავალგვარი იყოს იმის მიხედვით, თუ რა სურს მემკვიდრეს და რა შემხებლობა აქვს მას კომლთან.⁶

სამემკვიდრეო უფლება მემკვიდრეს ანიჭებს შესაძლებლობას, ისარგებლოს სამკვიდრო მასით, უფლების განხორციელების

მიზნით მიიღოს სამკვიდრო. ამიტომ, არ უნდა გამოირიცხოს მამკვიდრებლის ნება – დაადგინოს ქონების გადაცემის საშუალებები არა მხოლოდ კანონისმიერი, არამედ – ანდერძის ფორმით. კომლში მამკვიდრებლის მიერ წევრის ჩაწერა მემკვიდრისთვის უკვე საფუძველია, თუმცა ამ შესაძლებლობის გაუქმება დავის საგანი, შემდგომში იზღუდება ანდერძის თავისუფლება კომლის წევრთა რიგითობის და ბოლო წევრის ნებას შორის. იმ შემთხვევაში, თუ იარსებებს შეკითხვები კომლის მემკვიდრეთა სტატუსის მიმართ სამკვიდრო ქონების ფლობის, სარგებლობისა და განკარგვისთვის, ეს საკითხი მემკვიდრის ნამდვილი, კანონიერი და სამართლიანი მოთხოვნის ფარგლებში უნდა შეფასდეს და არა უსაფუძვლო მოთხოვნათა სიმრავლით.⁷

შესაძლებელია ჩამოყალიბდეს კომლის მემკვიდრის დანაწესები:

1. კომლის ბოლო წევრი – საკომლო ჩანაწერში აღნიშნული ცოცხლად დარჩენილი ბოლო წევრი მემკვიდრე;
2. კომლის წევრი კანონისმიერი მემკვიდრე – კომლის წევრები შესაძლოა ურთიერთმემკვიდრეები იყვნენ და მათი სტატუსი განისაზღვრებოდეს კანონისმიერი მემკვიდრეობის რიგითობის დაცვით, თუმცა – კომლის წევრობით განპირობებული უფლებრივი თანაბრობით;
3. კომლის წევრი ანდერძისმიერი მემკვიდრე, რომელიც ანდერძის წესით დასახელდა მემკვიდრედ და, ამ შესაძლებლობის არსებობისას, ჩაიწერა კომლში წევრად;
4. კომლის არაწევრი კანონისმიერი მემკვიდრე – მემკვიდრის სტატუსი განისაზღვრება ურთიერთმემკვიდრეობისა და კანონისმიერი მემკვიდრეობის რიგითობის დაცვით;
5. კომლის არაწევრი ანდერძისმიერი მემკვიდრე, რომელზეც ადრეულ ხანში გაიცა კომლის ქონება ან მისი ნაწილი

სამკვიდროს გახსნის ადგილის დადგენის საპროცესო თავისებურებების გარკვევის საკითხისთვის. დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადუ-ლი 2021, სპეციალური გამოცემა.

5 შენგელია, რ., შენგელია, ე. (2019). საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი. თბილისი: „მერიდიანი“, გვ. 318.

6 შუად. Dixon M. (2003). *The Reform of Property Law and the Land Registration Act 2002: a Risk Assessment*. Cambridge: University of Cambridge, pp. 136-137.

7 ზოიძე, თ. (2022). საჯარო რეესტრის მონაცემთა უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფციის გავლენა საკუთრების კეთილსინდისიერ შექენაზე. კერძო სამართლის მიმოხილვა, 3-4/2021-2022, 28.

- კომლის ბოლო ან სხვა წევრის მიერ;
6. კომლის წევრი ან არაწევრი, სამემკვიდრეო სტატუსის არმქონე პირი, რომელიც ასახელებს მოთხოვნას ან ზღუდავს სხვა პირთა მოთხოვნის წარმოდგენას ამ ქონებაზე.

საკითხები ერთმანეთისგან რთულად გამიჯვრადი და თანამკვეთია, რის გამოც შესაძლებელია, არ დგინდებოდეს ზღვარი ერთ ან ორ ცნებას შორის. კანონს არ გააჩნია ჩამკვეტი მექანიზმი, რომელიც კომლთან შემხებლობაში მყოფ პირს სტატუსს მიანიჭებდა და განუსაზღვრავდა მოთხოვნის წარმოდგენის საფუძვლებს უფლების რეგისტრაციისას. მოთხოვნა მიემართება კომლის ქონებას და მასზე საკუთრების უფლების მოპოვებას მემკვიდრეობის გზით ან მესაკუთრედ აღიარებით. ძირითად შემთხვევაში, კომლის ქონებაზე საკუთრების მოპოვების ხელშეუვალ შესაძლებლობად კანონისმიერი მემკვიდრეობის წესი ჩამოყალიბდა და შეიზღუდა ანდერძის თავისუფლება კომლში.⁸

2. კომლის სამკვიდრო

კომლის ქონება კერძო საკუთრებაა, რომლის ფლობას, სარგებლობასა და განკარგვას მოქალაქე სათანადოდ ვერ უზრუნველყოფს უფლების რეგისტრაციის ნაწილში.⁹ კომლი უნდა განვმარტოთ, როგორც ოჯახი, რომელსაც საკომლო ჩანაწერის მიხედვით ერიცხება ქონება, რომელზეც მოქალაქის საკუთრებითი კავშირი სხვადასხვა გარემოებით მტკიცდება, თუმცა მოთხოვნის უფლების მქონე პირთა სიმრავლე და ინტერესთა შეპირისპირება შეუძლებელს ხდის მესაკუთრედ კონკრეტული პირის აღრიცხვას.

კომლის განმარტების სხვა საშუალებები ცნების შინაარსს სახელმწიფო საკუთრების იდეას უკავშირებს, სადაც მოქალაქის უფლება განსხვავებულად დგინდება. მიუხედავად

იმისა, თუ რა დატვირთვა ექნება კომლს, მნიშვნელოვანია გაირკვეს ძირითადი შემადგენლობა: სასოფლო-სამეურნეო მიწის ნაკვეთები, მასზე არსებული შენობა-ნაგებობები, სამეურნეო სავარგულები და სხვა ტიპის ქონებრივი სიკეთეები, რომლებიც მოქცეულია კომლის სახელწოდებაში. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1513-ე მუხლის თანახმად, ფიზიკურ პირთა კანონიერ სარგებლობაში არსებული მიწის ნაკვეთები, რომლებზედაც ინდივიდუალური სახლებია განლაგებული, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ამოქმედებიდან ითვლება ამ პირთა საკუთრებად და მათზე ვრცელდება სამოქალაქო კოდექსით უძრავი ნივთებისათვის გათვალისწინებული წესები. საკარმიდამო მიწის ნაკვეთებზე საკუთრება შეიძლება გავუთანაბროთ კომლის ქონებაზე საკუთრების მოპოვებას. ზოგადად, კომლის ქონების მთლიანობა დამოკიდებულია მდებარეობაზე, რაც განაპირობებს მოქალაქეთა განსაკუთრებულ ინტერესს, როდესაც კონკრეტულ ტერიტორიაზე მიწის ღირებულების ზრდა დიდ მასშტაბებს აღწევს და მოქალაქეები ცდილობენ კომლის ქონების მთლიანობის მოშლას, ნაკვეთების დანაწევრებას და გასხვისებას.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 147-ე მუხლის მიხედვით, ქონება არის ყველა ნივთი და არამატერიალური ქონებრივი სიკეთე, რომელთა ფლობაც, სარგებლობა და განკარგვა შეუძლიათ ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს და რომელთა შეძენაც შეიძლება შეუზღუდავად, თუკი ეს აკრძალული არ არის კანონით ან არ ეწინააღმდეგება ზნეობრივ ნორმებს. კომლის საკუთრება შედგება უძრავი და მოძრავი ქონებისგან. საქართველოს სხვადასხვა მუნიციპალიტეტში კომლის ქონება განსხვავებულია მიწის ფონდის, დამოუკიდებლობის პერიოდამდე და შემდგომ დამკვიდრებული მიწათსარგებლობის თანაფარდობის გათვალისწინებით.¹⁰ არ არ-

8 United Nations Economic Commission for Europe (2022). *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*. United Nations, p. 15.

9 შუად. შოთაძე, თ. (2014). სანივთო სამართალი, თბილისი: „მერიდიანი“, გვ.გვ. 442-443.

10 ლეონიძე, ი., ჩიკვილაძე, გ. (2022). კომლის საკუთრების საკანონმდებლო ხარვეზის გამოსწორების მნიშვნელობა და საკონსტიტუციო სასამართლოს როლი. საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი, 2, 95.

სებობს მოდელი, რომელიც სასამართლოს დაეხმარება რთული შემთხვევების კლასიფიკაციაში.¹¹ ფაქტია, რომ საკომლო მიწის ნაკვეთების ღირებულება იზრდება.¹² კომლის საკუთრების მოუწესრიგებლობა პრობლემას უქმნის მამკვიდრებელს, რომ ანდერძით გადასცეს ქონება სხვა პირს და ანდერძით მემკვიდრეს, ანდერძით მემკვიდრეობით მიიღოს კომლის სამკვიდრო. ანდერძით მემკვიდრის მოწყვლადობა განპირობებულია იმით, რომ მიუხედავად ანდერძისა, ქონების გამოყოფა მთლიანი მასიდან კომლის სხვა წევრებთან დავას და კომლის მთლიანობის მოშლას უკავშირდება.

3. ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვა (საქართველოსა და ლიეტუვის სასამართლო პრაქტიკის შედარებითი ანალიზი)

კომლში ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვასთან დაკავშირებით, საქართველოს უზენაესი სასამართლო, უპირველესად, არკვევს პირის სტატუსს და კავშირს კომლის სამკვიდროსთან. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთი საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან დგინდება, რომ მოქალაქეები იმყოფებოდნენ რეგისტრირებულ ქორწინებაში და ერთად ცხოვრების პერიოდში შვილი არ შესძენიათ. ერთ-ერთმა მეუღლემ ანდერძით მთელი თავისი ქონება უანდერძა თავის შვილიშვილს პირველი ქორწინებიდან. მისი გარდაცვალების შემდეგ, სადავო სახლის ნახევარი აღრიცხული იქნა შვილიშვილის სახელზე, რაც ცნობილი გახდა ცოცხლად დარჩენილი მეუღლისთვის და მან სარჩელით მიმართა სასამართლოს და მოითხოვა ანდერძის ბათილად ცნობა იმ

მოტივით, რომ მისი ოჯახი მიეკუთვნებოდა კომლს და სამკვიდრო შეიძლება გახსნილიყო მხოლოდ კომლის უკანასკნელი წევრის გარდაცვალების შემდეგ. საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილებები სხვადასხვა ინსტანციის სასამართლოების მიერ მრავალჯერ გაუქმდა. საკასაციო სასამართლოს განმარტებით, მეუღლეების საკუთრებაში იყო მხოლოდ საკარმიდამო ნაკვეთი, ხოლო მიწის ნაკვეთი, რომლის არსებობაც აუცილებელია საკომლო, საადგილმამულო მეურნეობისათვის, მეუღლეებს არ გააჩნიათ.¹³ დღეს უკვე გაუქმებული, 1323-ე მუხლის მიხედვით, კომლის საერთო ქონებაზე სამკვიდრო გაიხსნებოდა კომლის ბოლო წევრის გარდაცვალების დღიდან. ეს პრინციპი შეცვლილია და კომლში სამკვიდროს გასახსნელად არ არის საჭირო კომლის ბოლო წევრის გარდაცვალება. შედარებისთვის, ლიეტუვის საკონსტიტუციო სასამართლო მიწის სტატუსთან დაკავშირებით განმარტავს, რომ საკუთრება, რომელიც მოქალაქეებს საბჭოთა ხელისუფლების მიერ უკანონოდ ჩამოერთვათ ან ამ დროს გადაეცათ სარგებლობის უფლებით, ლიეტუვის დამოუკიდებლობისთანავე მიჩნეულ იქნა სახელმწიფოს საკუთრებად იქამდე, სანამ ამ ქონებაზე არ აღდგებოდა მოქალაქეთა კერძო მესაკუთრის უფლება, შესაბამისი მოთხოვნის წარმოდგენის საფუძველზე, რის გამოც მიწის სტატუსი ფიზიკურ პირთა დაუსაბუთებელი მოთხოვნის საფუძველზე არ დანაწევრებულა.¹⁴

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სხვა საქმეში სასამართლომ გაიზიარა კასატორის მოსაზრება, რომ წინა ინსტანციის მიერ დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებების სამართლებრივი შეფასებისას სააპელაციო სასამართლომ არასწორად გამოიყენა სამოქალაქო კოდექსის 1356-ე მუხლი, რომლის თანახმად, თუ ანდერძით მთელი სამკვიდრო ქონება განაწილებული იყო ანდერძით მემკვიდრეებს შორის, მაგრამ ერთ-ერთი მე-

11 შუად. ლაფაჩი, ე. (2016). უძრავ ნივთებზე სანივთო უფლებათა რეგისტრაციის გავლენა სანივთო უფლებათა განხორციელებასა და დაცვაზე. თბილისი: თსუ-ის გამომცემლობა, გვ.გვ. 135-136.
 12 შუად. ბიჭია, მ. (2020). მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა. სამართალი და მსოფლიო, 15/6.

13 შუად. შენგელია, ე., ლეონიძე, ი. (2023). საადგილმამულო მეურნეობა v. საოჯახო მეურნეობა (Frustra Pugna). ბესარიონ ზოიძე 70, 370.
 14 Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 12/93, 27/05/1994 Ruling on the Restoration of Ownership Rights to Land.

მკვიდრე სამკვიდროს გახსნის დროისათვის ცოცხალი აღარ იყო, კანონით მემკვიდრეობა არ წარმოიშობა და მის წილ ქონებას ანდერძით სხვა მემკვიდრეები თანაბრად მიიღებენ. სასამართლოს მსჯელობით მითითებული ნორმა ეხება ისეთ ვითარებას, როდესაც მთელი სამკვიდრო ანდერძით მემკვიდრეებზე იყო განაწილებული, ხოლო ერთ-ერთი მემკვიდრე გარდაცვლილი იყო სამკვიდროს გახსნამდე. სასამართლო მიიჩნევს, რომ მხარეთა შორის დავა უნდა მოწესრიგდეს სამოქალაქო კოდექსის 1307-ე და 1371-ე მუხლების საფუძველზე და არ არის მიზანშეწონილი კანონისმიერი მემკვიდრის მოწვევა.

უზენაესი სასამართლო არ დაეთანხმა სააპელაციო სასამართლოს მსჯელობას, როდესაც „სააპელაციო პალატამ მიუთითა, რომ ვინაიდან საკოლმეურნეო კომლი 1993 წლიდან გაუქმდა, კომლის ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვებისათვის განმსაზღვრელი არის კომლში ჩაწერა 1993 წლისათვის. ამ პერიოდიდან, როგორც აღინიშნა, ქონება გარდაიქმნება კომლის წევრთა თანასაკუთრებად და შემდგომში კომლში ჩაწერილი პირები უკვე კომლის ქონებაზე პრეტენზიას ვეღარ განაცხადებენ“. უნდა აღინიშნოს, რომ 1993 წელი ვერ იქნება გადამწყვეტი, რადგან ქონების კომლის წევრთა თანასაკუთრებად გარდაქმნის შემდეგ საკუთრების უფლების მოპოვების საშუალებას საკომლო ჩანაწერში თანამესაკუთრეთა მითითება წარმოადგენს და 1993 წლის შემდეგ კომლის შევსება და მასზე რიცხული ქონების ცვლილება კვლავ შესაძლებელი იყო.¹⁵ ლიეტუვის საკონსტიტუციო სასამართლო ერთ-ერთ გადამწყვეტილებაში აღნიშნავს, რომ მიწის რეფორმა და საკუთრების აღდგენის კონცეფცია ქვეყნის მუნიციპალიტეტებში განსხვავებული სიხშირით განხორციელდა, თუმცა ძირითადი სტრატეგია და უფლების რეგისტრაციის პროცედურა მთელი ქვეყნის მასშტაბით იყო საერთო.¹⁶

15 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-464-2022, 2022 წლის 6 დეკემბერი.

16 Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 11-1993/9-1994, 15/06/1994 Ruling on the Restoration of Citizens' Ownership Rights to Residential

საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ მიუთითა: იმ გარემოების გათვალისწინებით, რომ დადგენილი ვერ იქნა მოსარჩელის მიერ სადავო მიწის ნაკვეთის მემკვიდრეობით მიღების, ან მიწის რეფორმის პერიოდში სადავო უძრავ ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვების ფაქტი, მოსარჩელის მოთხოვნა დაუსაბუთებლად და უსაფუძვლოდ იქნა მიჩნეული – სადავო ქონების მესაკუთრედ მისი აღიარების თაობაზე, იმ საფუძველით, რომ სადავო უძრავი ნივთი წარმოადგენდა მოსარჩელის მამკვიდრებლის სამკვიდრო მასაში შემავალ ობიექტს. ეს ნიშნავს, რომ პირის შემხებლობა კომლის ქონებასთან უნდა საბუთდებოდეს მემკვიდრეობის ან მიწის რეფორმის პერიოდში საკუთრების მოპოვების ფაქტით, თუ ეს საფუძველები პირს არ გააჩნია, მას ვერ დაუკმაყოფილებდა კომლის გარეთ არსებული ქონების მოთხოვნა მხოლოდ მითითებით, რომ ეს ქონება კომლის ნაწილი იყო.¹⁷

საკასაციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ კომლის გაყოფით მოსარჩელებმა დაკარგეს კომლის საერთო ქონებაზე საკუთრების უფლება, ამდენად, მართებულად მიეკუთვნათ 1/2 წილი სადავო ქონებიდან. კომლის გაყოფის ფაქტი დაუკავშირდა წილის თანაბრად განაწილებას. მიუხედავად იმისა რომ მოსარჩელები მთლიანად და ურთიერთდამოუკიდებლად ითხოვდნენ სადავო ქონებას.¹⁸

საქართველოს უზენაესი სასამართლო განმარტავს, რომ „საკუთრების აბსოლუტური ბუნებიდან გამომდინარე, მესაკუთრის უფლება – მოითხოვოს ხელშეშლის აღკვეთა, არ შეიძლება იყოს ხანდაზმული. უძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების მოპოვება და დაკარგვაც დაკავშირებულია საჯარო რეესტრში რეგისტრაციასთან. აღნიშნულის გამო, მესაკუთრის სტატუსის დარღვეულად მიჩნევის საფუძველს საჯარო რეესტრის ჩა-

Houses.

17 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-380-2021, 2021 წლის 26 ნოემბერი.

18 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1439-2020, 2021 წლის 22 აპრილი.

ნაწერი უნდა ქმნიდეს, ანუ მესაკუთრედ სხვა პირი უნდა იყოს დარეგისტრირებული. წინააღმდეგ შემთხვევაში, საკუთრების უფლება შელახულად არ ჩაითვლება, ამასთან, საკუთრების, როგორც აბსოლუტური უფლების მიმართ, ხანდაზმულობის გავრცელება არ დაიშვება.¹⁹ კომლის ქონების შემთხვევაში მესაკუთრედ პირის აღრიცხვა წლების განმავლობაში არ ხდებოდა, რის გამოც ფაქტობრივი მფლობელობა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ელემენტია მოთხოვნის ჩამოსაყალიბებლად, თუმცა რეალობას ცვლის საკომლო ჩანაწერი, სადაც სხვადასხვა პირი ერთობლივად აღრიცხული ან ჩანაწერი არსებითად ხარვეზიანია. ლიეტუვის საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთ საქმეში აღნიშნულია, რომ საკუთრების აღდგენის კონცეფციასთან ერთად, შემუშავდა აგროკულტურული მნიშვნელობის მქონე მიწის ნაკვეთების მართვის სტრატეგია, როგორც სარეგისტრაციო, ისე აგრარული დანიშნულების შესანარჩუნებლად.²⁰

კიდევ ერთ საქმეში, „საკასაციო სასამართლო განმარტავს, რომ საქმეში არსებული მტკიცებულებებით უდავოდ დგინდებოდა, კომლის უფროსისა და მისი მეუღლის გარდაცვალების შემდეგ კომლს, რომელსაც სადავო ქონება გააჩნდა, წარმოადგენდა / ხელმძღვანელობდა მოპასუხე (დედა), ხოლო მისი შვილები (თანამოპასუხეები) ამავე კომლში ირიცხებოდნენ, შესაბამისად, მიწის რეფორმის ფარგლებში, მოპასუხეების მიერ სადავო ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვება (ასეთი უფლების მოპოვების საფუძვლის გათვალისწინებით), წარმოადგენს სადავო ქონებაზე ნამდვილი უფლების შექმნას, რაც, თავის მხრივ, მესაკუთრეს ანიჭებს უფლებას, თავისუფლად ფლობდეს, სარგებლობდეს და განკარგავდეს მის საკუთრებაში არსებულ ქონებას.“²¹ ფაქტობრივ ფლობას რეგისტრაციის

არარსებობის შემთხვევაში განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება. ფაქტობრივი ფლობა უნდა მტკიცდებოდეს შესაბამისი მტკიცებულებებით.

„მოსარჩელეთა იურიდიულ ინტერესს იმ ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვება წარმოადგენდა, რომელიც მათი მამკვიდრებლის განკარგვის სფეროდან კანონსაწინააღმდეგოდ, უფრო ზუსტად, საკომლო წიგნის მცდარი ჩანაწერის საფუძველზე გავიდა და ჯერ, მამკვიდრებლის მამის, ხოლო მოგვიანებით, ჩუქების ხელშეკრულების საფუძველზე, პირველი მოპასუხის განკარგვის სფეროში აღმოჩნდა. მოპასუხეები სარჩელს მოსარჩელეთა მამკვიდრებლის სამკვიდრო მასის და მემკვიდრეთა წრის ფარგლების არასწორად განსაზღვრაზე აქცენტირებით შეედავენ.“²² მსგავსი შემთხვევები კომლზე საკუთრების უფლების წარმოშობის კანონსაწინააღმდეგო ხასიათს ატარებს, თუმცა სანამ ეს არ დადგინდება, ქონება შეიძლება გასხვისდეს მესამე პირებზე. პრობლემაა, როდესაც კომლის მამკვიდრებელი კარგავს უფლებას ქონებაზე ან ფიქრობს, რომ მან დაკარგა უფლება ქონებაზე, ქონების მესამე პირის საკუთრებაში აღმოჩენის რისკი იზრდება, მემკვიდრეს უყალიბდება წინასწარი მოლოდინი და მამკვიდრებლის გარდაცვალების შემდეგ მემკვიდრეები იწყებენ დავას.

საკასაციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ „მართალია, სარჩელი არ შეიცავს პირდაპირ მითითებას იურიდიული ინტერესის თაობაზე, თუმცა, დავის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, უდავოა, რომ მოსარჩელეს სურს ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვება (აღდგენა), რომელიც სადავოდ გამხდარი გარიგებების საფუძველზე აღარ გააჩნია. ამ მიზნის მიღწევა კი მხოლოდ აღიარებითი სარჩელის პირობებში შეუძლებელია, ამ მოთხოვნის რეალიზაციის საშუალებას მიკუთვნებითი სარჩელი წარმოადგენს, სასამართლო კი, სამოქალაქო

19 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-717-2019, 2019 წლის 28 ივნისი.

20 Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 2-A/2021, 28/09/2021 Ruling on the Legal Remedy for the Protection of the Pre-emption Right to Acquire Private Agricultural Land.

21 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადა-

წყვეტილება საქმეზე №ას-276-2019, 2019 წლის 17 მაისი.

22 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1070-1029-2016, 2019 წლის 15 თებერვალი.

საპროცესო კოდექსის 248-ე მუხლის იმპერატიული შეზღუდვიდან გამომდინარე, ვერ გაცდება სასარჩელო მოთხოვნას და ვერ მიაკუთვნებს მხარეს იმას, რაც არ უთხოვია, ან იმაზე მეტს, ვიდრე ის მოითხოვდა. ამდენად, პალატა ასკვნის, რომ აღიარებითი სარჩელი განსახილველ შემთხვევაში, დაუშვებელია“.²³ სასამართლომ თავისი უფლებამოსილების ფარგლებში განასხვავა განსჯადი და არაგანსჯადი საკითხები.

„საკასაციო სასამართლო იზიარებს გასაჩივრებული გადაწყვეტილების სამართლებრივ დასაბუთებას და მიიჩნევს, რომ სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის დროის გათვალისწინებით ქვემდგომმა სასამართლომ სწორად განმარტა სამოქალაქო სამართლის კოდექსის (1964 წლის რედაქცია) 539-ე, 544-ე, 556-ე, 540-ე, 541-ე და 556-ე მუხლები. საკასაციო შედავების ფარგლებში კი, სასამართლომ დამატებით აღნიშნა შემდეგი: მოსარჩელის მოთხოვნის იურიდიულ ინტერესს მამკვიდრებლის ქონებაზე საკუთრების უფლების მოპოვება წარმოადგენს, რომელსაც მხარე უკავშირებს იმას, რომ იგი მამკვიდრებლის გარდაცვალების შემდგომ ფაქტობრივად დაეუფლა ქონებას. ამ ფაქტს არ ეთანხმება მოპასუხე, რომელიც ქონების რეგისტრირებული მესაკუთრეა (მისმა მამამ, რომელიც გარდაცვლილია, სანოტარო წესით მოიპოვა სამკვიდრო). ასეთ ვითარებაში, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 102-ე მუხლის შესაბამისად, მოსარჩელეს ეკისრება იმგვარი გარემოებების მითითება და მტკიცებულებების წარდგენა, რომელთა ანალიზით დადასტურდება ქონების დაუფლების ფაქტი“.²⁴ ქონების რეგისტრაციის ფაქტი და ფაქტობრივად დაუფლების ფაქტი ერთმანეთთან დაპირისპირებულ მდგომარეობაშია, ამ დროს სასამართლო ძირითად ორიენტირს მტკიცებულებების წარდგენასა და შესაბამისი გარემოებების მითითებაზე აკეთებს.

23 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-949-885-2017, 2018 წლის 23 თებერვალი.

24 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1081-1001-2017, 2017 წლის 25 დეკემბერი.

უფლების დადგენისთვის საჭირო ნორმათა მისადაგების საკითხისთვის „პალატამ მიუთითა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (1964 წლის რედაქცია) 92-ე, 93-ე, 103-ე მუხლებზე და განმარტა, რომ 1960-იანი წლებისათვის სადავო მიწის ნაკვეთი წარმოადგენდა მხოლოდ სახელმწიფოს საკუთრებას, რაც იმ პერიოდში გამორიცხავდა აპელანტის წინაპრის, როგორც მესაკუთრის უფლებებს მიწის ნაკვეთზე. მოქმედი სამოქალაქო კოდექსის 1513-ე მუხლის თანახმად, პალატამ განმარტა, რომ ამოქმედებულმა კანონმა ფიზიკურ პირთა საკუთრებად ჩათვალა მხოლოდ ის ნაკვეთები, რომლებიც მათ ჰქონდათ კანონიერ სარგებლობაში და რომლებზედაც უშუალოდ იყო განლაგებული პირთა საკუთრებაში არსებული ინდივიდუალური სახლები. ამ ნორმის მიზანი იყო – უზრუნველყო ფიზიკურ პირთა საკუთრება როგორც შენობაზე, ასევე – მიწაზეც, რომლის არსებით შემადგენელ ნაწილსაც წარმოადგენდა ინდივიდუალური სახლი. იმისათვის, რომ ამ მუხლის თანახმად, პირი აღიარებულ იქნეს მიწის ნაკვეთის მესაკუთრედ, აუცილებელია, იგი იყოს ინდივიდუალური სახლის მესაკუთრე და შესაბამისი აქტის საფუძველზე გამოყოფილი ჰქონდეს მიწის ნაკვეთი. თავად მოსარჩელის განმარტებით, 1960-იანი წლების შემდგომ მისი ოჯახი სადავო მიწის ნაკვეთს აღარ ფლობს. ამ წესით დაკავებული მიწის ნაკვეთის საკუთრებაში გადაცემა რეგულირდებოდა „ფიზიკური და კერძო სამართლის იურიდიული პირების მფლობელობაში (სარგებლობაში) არსებულ მიწის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების აღიარების შესახებ“ საქართველოს კანონით, რომლის მიხედვითაც მიწის ნაკვეთზე საკუთრების უფლების მოპოვების ერთ-ერთი აუცილებელი პირობა მიწის ნაკვეთის ფლობა იყო (მართლობიერად ან თვითნებურად დაკავების გზით)“.²⁵

ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატა ერთ-ერთ საქმეში ადგენს, რომ „სამოქალაქო სამართლის კოდექსის მოწესრიგებიდან

25 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-416-393-2014, 2015 წლის 20 აპრილი.

(მინა მხოლოდ სახელმწიფოს საკუთრებაში იმყოფებოდა). საკომლო წიგნის მონაცემების მიხედვით, პირად სარგებლობაში არსებულ მიწის ნაკვეთზე საკუთრების უფლების მოპოვების შესაძლებლობა თავდაპირველად გათვალისწინებულ იქნა 1992 წლის იანვარში დაწყებული მიწის რეფორმით („საქართველოს რესპუბლიკაში სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის რეფორმის შესახებ“ საქართველოს რესპუბლიკის მინისტრთა კაბინეტის 1992 წლის №48 დადგენილების მე-5 პუნქტის მიხედვით, საქართველოს რესპუბლიკის მოქალაქეებზე კანონით დადგენილი ნორმის ფარგლებში რიცხული საკარმიდამო, საბაღე და სააგარაკო მიწები უსასყიდლოდ გადადიოდა მათ კერძო საკუთრებაში). საკასაციო პალატა აღნიშნავს, რომ მიწის რეფორმის პროცესში მიწათსარგებლობის უფლების დამადასტურებელ სახელმწიფო აქტის გაცემის ერთადერთ საფუძველს მიღება-ჩაბარების აქტი წარმოადგენდა.²⁶

სხვა საქმეში „საკასაციო სასამართლო ასევე მიუთითებს, რომ საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის მოპოვებამდე მინა წარმოადგენდა მხოლოდ სახელმწიფოს საკუთრებას და მოქალაქეებს გადაეცემოდათ მხოლოდ სარგებლობის უფლებით უვადოდ ან დროებით. მიწის კოდექსის მე-13 მუხლის მიხედვით, სარგებლობისთვის მინა გაიცემოდა მიზომვის წესით.“²⁷

სასამართლო აზუსტებს, რომ მიღება-ჩაბარების აქტის გაფორმებისას დაშვებული ხარვეზები იმთავითვე არ გამორიცხავს უფლების დამდგენ დოკუმენტად მის აღიარებას.

ბას. „საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით შედგენილად მიიჩნევა ასევე მიღება-ჩაბარების აქტი,²⁸ რომელიც არ შეესაბამება „საქართველოს რესპუბლიკის მოქალაქეთათვის სარგებლობაში გადაცემულ მიწის ნაკვეთებზე დოკუმენტაციის გაფორმების რეგულირების შესახებ“ საქართველოს რესპუბლიკის მინისტრთა კაბინეტის 1993 წლის 28 ივნისის №503 დადგენილებით დამტკიცებულ ფორმას, მაგრამ აკმაყოფილებს ამ მუხლის „ა“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებულ მოთხოვნებს. ამ ნორმების შესაბამისად ცალსახაა, რომ მიღება-ჩაბარების აქტის მფლობელს უქმნის მართლობიერ მოლოდინს იმისა, რომ მოახდენს მიღება-ჩაბარების აქტით მოპოვებული საკუთრების უფლების რეგისტრაციას საჯარო რეესტრში. საკასაციო სასამართლოს სხდომაზე გამოცხადებულმა ადმინისტრაციული ორგანოს წარმომადგენელმა დაადასტურა მოსარჩელის მიერ სარეგისტრაციოდ წარდგენილი დოკუმენტის ვალიდურობა და აღნიშნა, რომ ამ ეტაპისთვის სარეგისტრაციოდ მოთხოვნილ უძრავ ნივთზე საკუთრების უფლების მოპოვების დამაბრკოლებელ გარემოებას აღარ წარმოადგენდა კანონით გათვალისწინებული სათანადო დოკუმენტის წარუდგენლობა. ამდენად, ადმინისტრაციული ორგანო თავადვე ადასტურებს მოსარჩელის სარეგისტრაციო განცხადებების დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის შესახებ მიღებული გადაწყვეტილებების ძირითადი ფაქტობრივი საფუძვლის არარსებობას. საკასაციო პალატა ხაზგასმით აღნიშნავს, რომ მოსარჩელის ინტერესში შემავალი უძრავი ქონების რეგისტრაციის ერთადერთ დამაბრკოლებელ გარემოებად ადმინისტრაციულმა ორგანომ მიიჩნია არასათანადო უფლების დამადასტურებელი დოკუმენტის წარდგენა და სხვაგვარი დოკუმენტაციით შესაბამისი უფლების დადასტურების შეუძლებლობა. საქმის მასა-

26 იხ.: საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ბს-695(3კ-21), 2023 წლის 26 აპრილი, მითითება: „საქართველოს რესპუბლიკის მოქალაქეთათვის სარგებლობაში გადაცემულ მიწის ნაკვეთებზე დოკუმენტაციის გაფორმების რეგულირების შესახებ“ საქართველოს რესპუბლიკის მინისტრთა კაბინეტის 1993 წლის №503 დადგენილების მე-2 პუნქტი.

27 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ბს-595(2კ-22), 2023 წლის 20 თებერვალი. შუად. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 10/1994, 19/10/1994 Ruling on the Restoration of the Ownership Rights to Residential Houses.

28 საქართველოს კანონი „მიწის ნაკვეთებზე უფლებათა სისტემური და სპორადული რეგისტრაციის წესისა და საკადასტრო მონაცემების სრულყოფის შესახებ“ (2016). სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის ნაკვეთების სარეგისტრაციო დოკუმენტების ლეგალიზების საფუძვლები. მე-17 მუხლის მეორე პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტი.

ლებით და მხარეთა განმარტებებით, მათ შორის, თავად ადმინისტრაციული ორგანოს წარმომადგენლის მიერ სასამართლო სხდომაზე მიცემული განმარტებით დადასტურდა, რომ მითითებული გარემოება რეალურად არ წარმოადგენდა ხელშემშლელ ფაქტორს რეგისტრაციისათვის. ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, საკასაციო სასამართლო თვლის, რომ იმ პირობებში, როდესაც მიღება-ჩაბარების აქტი ადასტურებს მოსარჩელის მამკვიდრებლისათვის მიწის ნაკვეთის გამოყოფას, ასევე, იმ გარემოების გათვალისწინებით, რომ დასტურდება საჯარო რეესტრში უძრავ ნივთთან დაკავშირებული, სისტემური რეგისტრაციის ამსახველი დოკუმენტაციის არსებობა,²⁹ სახეზეა ადმინისტრაციული ორგანოს მხრიდან მოსარჩელის უფლების დარღვევის ფაქტი – წლების განმავლობაში სარეგისტრაციო წარმოების უსაფუძვლო გაჭიანურებითა და უსწორო გადაწყვეტილებების მიღებით მოსარჩელეს არ მიეცა მიღება-ჩაბარების აქტით გადაცემულ მიწის ნაკვეთზე მოპოვებული უფლების საკუთრებად ტრანსფორმირებისა და უძრავი ქონების სამოქალაქო ბრუნვაში მოქცევის შესაძლებლობა, რა მოქმედებებიც აკნინებს საჯარო რეესტრის უმთავრეს დანიშნულებას, იყოს სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობისა და საჯარო წესრიგის გარანტი.³⁰

საკომლო მიწის სარეგისტრაციო წარმოების უსაფუძვლო გაჭიანურებითა და არასწორი გადაწყვეტილებების მიღებით საქართველოს მოქალაქეებს არ მიეცათ მიღება-ჩაბარების აქტით ან სხვა დოკუმენტით გადაცემულ მიწის ნაკვეთზე მოპოვებული უფლების საკუთრებად ტრანსფორმირებისა და უძრავი ქონების სამოქალაქო ბრუნვაში

მოქცევის შესაძლებლობა,³¹ რა მოქმედებებიც არა მხოლოდ აკნინებს საჯარო რეესტრის უმთავრეს დანიშნულებას, იყოს სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობისა და საჯარო წესრიგის გარანტი, არამედ წარმოადგენს სამემკვიდრეო დავების ხელშემწყობ სამართლებრივ გარემოებას, შემდგომში ზღუდავს ანდერძის თავისუფლებას კომლში.³² მართალია, მიწის რეგისტრაციის მიმდინარე სახელმწიფო რეფორმა მნიშვნელოვნად ამარტივებს ქონების რეგისტრაციის საკითხს, თუმცა იგი ვერ ამოწურავს პრობლემის მასშტაბებს. შესაბამისად, ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვა კომლში გარდაიქმნა საქართველოს მოქალაქეთა კერძო საკუთრების პრობლემად, რომელიც კანონისმიერი მემკვიდრეებისთვის უფრო მეტად დამახასიათებელია, ვიდრე ანდერძით მემკვიდრეთათვის.³³

დასკვნა

პრობლემები, რომელთა აღმოსაფხვრელად ათწლეულებია საჭირო, სწრაფად ვერ დარეგულირდება. სწორედ ასე აღმოჩნდა დღის წესრიგში ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვა კომლში, როდესაც გამოიკვეთა სირთულეები, რომლებსაც კომლის წევრები აწყდებოდნენ ანდერძთან დაკავშირებით. ამიტომ, კომლის ქონებასთან მიმართებით არ უნდა ჩამოყალიბდეს არასწორი მოლოდინები, რაც უფლების რეგისტრაციას, დოკუმენტებსა და მესაკუთრეთა დადგენას შეეხება. ამ კვლევის მნიშვნელობა კომლის

29 მოპასუხე ადმინისტრაციული ორგანო ადასტურებს მითითებულ ტერიტორიაზე მდებარე უძრავ ნივთზე და მის მიმდებარე ტერიტორიაზე მიწის ნაკვეთების სარეგისტრაციო ნომრების, გეოგრაფიული ადგილმდებარეობის, საზღვრების დადგენისათვის აუცილებელი სიტუაციური და გეოდეზიურ-ტოპოგრაფიული მაჩვენებლების შემცველი „ყვითელი ფენის“ არსებობას.

30 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ბს-133(კ-20), 2021 წლის 9 დეკემბერი.

31 შუად. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 20/94-21/94, 8/03/1995 Ruling on the Restoration of the Ownership Rights to Residential Houses.

32 ზოიძე, ბ. (2023). ფორმალიზმი ქართულ სამართალში – უპირატესად საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით. საჯარო სამართლის ჟურნალი, 1, 124.

33 დამატებით იხ.: ჩიტოშვილი, თ. (2004). კომლი ქართულ სამართალში. თბილისი: „მერიდიანი“, გვ. 11; ჩიტოშვილი, თ. (2006). უძრავ ქონებაზე საკუთრების უფლების წარმოშობის ძირითადი სამართლებრივი ასპექტები. თბილისი: „მერიდიანი“, გვ-გვ. 80-85.

ქონებაზე საკუთრების მოპოვების პრობლემების გარკვევაში გამოიხატება, სადაც უფრო მეტი ყურადღება უნდა დაეთმოს ანდერძით მემკვიდრეს კომლში. აღსანიშნავია, რომ ანდერძი უკვე აღარ ითვლება კომლის ქონებაზე საკუთრების წარმომშობ დოკუმენტად. კვლევამ წარმოაჩინა ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვის პრობლემა, რომელიც დაკავშირებულია კომლის საკუთრების არასათანადო რეგულირებასთან.

წინააღმდეგობა ანდერძის წარმომშობ დოკუმენტად. კვლევამ წარმოაჩინა ანდერძის თავისუფლების შეზღუდვის პრობლემა, რომელიც დაკავშირებულია კომლის საკუთრების არასათანადო რეგულირებასთან.

ბიბლიოგრაფია:

სამართლებრივი აქტები:

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (1997).
2. საქართველოს კანონი „ნოტარიატის შესახებ“ (2009).
3. სამეცნიერო ლიტერატურა:
4. ბიჭია, მ. (2020). მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა. სამართალი და მსოფლიო, 15/6.
5. ზოიძე, ბ. (2023). ფორმალისტმა ქართულ სამართალში – უპირატესად საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით. საჯარო სამართლის ჟურნალი, 1, 124.
6. ზოიძე, ბ. (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში. თბილისი: „საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი“, გვ. 274.
7. ზოიძე, თ. (2022). საჯარო რეესტრის მონაცემთა უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფციის გავლენა საკუთრების კეთილსინდისიერ შეძენაზე. კერძო სამართლის მიმოხილვა, 3-4/2021-2022, 28.
8. ლაფაჩი, ე. (2016). უძრავ ნივთებზე სანივთო უფლებათა რეგისტრაციის გავლენა სანივთო უფლებათა განხორციელებაზე და დაცვაზე. თბილისი: თსუ-ის გამომცემლობა, გვ-გვ. 135-136.
9. ლეონიძე, ი. (2022). მედიაციის მნიშვნელობა მემკვიდრეობის მიღების ფაქტისა და სამკვიდროს გახსნის ადგილის დადგენის საპროცესო თავისებურებების გარკვევის საკითხისთვის. დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადეული 2021, სპეციალური გამოცემა.
10. ლეონიძე, ი., ჩიკვილაძე, გ. (2022). კომლის საკუთრების საკანონმდებლო ხარვეზის გამოსწორების მნიშვნელობა და საკონსტიტუციო სასამართლოს როლი. საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი, 2, 95.
11. შენგელია, ე., ლეონიძე, ი. (2023). საადგილმამულო მეურნეობა v. საოჯახო მეურნეობა (Frustra Pugna). ბესარიონ ზოიძე 70, 370.
12. შენგელია, რ. (2022). სამემკვიდრეო სამართლებრივ ურთიერთობათა სუბიექტების ინტერესების დაცვის მექანიზმის სრულყოფის აუცილებლობა. ცხოვრება და კანონი, 1-2 (57-58), 95.
13. შენგელია, რ., შენგელია, ე. (2019). საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი. თბილისი: „მერიდიანი“, გვ. 318.
14. შოთაძე, თ. (2014). სანივთო სამართალი, თბილისი: „მერიდიანი“, გვ-გვ. 442-443.
15. ჩიტოშვილი, თ. (2004). კომლი ქართულ სამართალში. თბილისი: „მერიდიანი“, გვ. 11.
16. ჩიტოშვილი, თ. (2006). უძრავ ქონებაზე საკუთრების უფლების წარმომშობის ძირითადი სამართლებრივი ასპექტები. თბილისი: „მერიდიანი“, გვ-გვ. 80-85.
17. Dixon M. (2003). *The Reform of Property Law and the Land Registration Act 2002: a Risk Assessment*. Cambridge: University of Cambridge, pp. 136-137.
18. Gershon, F., Ahihiko, N. (1999). *The Benefits of Land Registration and*

Titling: Economic and Social Perspectives. *Land Use Policy*, Vol. 15/ Issue 1, 40-41.

19. United Nations Economic Commission for Europe (2022). *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*. United Nations, p. 15.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილებები:

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ას-416-393-2014, 2015 წლის 20 აპრილი.
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ას-1081-1001-2017, 2017 წლის 25 დეკემბერი.
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ას-949-885-2017, 2018 წლის 23 თებერვალი.
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ას-1070-1029-2016, 2019 წლის 15 თებერვალი.
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ას-276-2019,
6. 2019 წლის 17 მაისი.
7. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ას-1439-2020,
8. 2021 წლის 22 აპრილი.
9. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ას-380-2021,
10. 2021 წლის 26 ნოემბერი.
11. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ბს-133(კ-20),
12. 2021 წლის 9 დეკემბერი.
13. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ას-464-2022,
14. 2022 წლის 6 დეკემბერი.
15. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება საქმეზე №ბს-595(2კ-22),
16. 2023 წლის 20 თებერვალი.

ლიეტუვის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებები:

1. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 12/93, 27/05/1994 Ruling on the Restoration of Ownership Rights to Land.
2. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 11-1993/9-1994, 15/06/1994 Ruling on the Restoration of Citizens' Ownership Rights to Residential Houses.
3. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 10/1994, 19/10/1994 Ruling on the Restoration of the Ownership Rights to Residential Houses.
4. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 20/94-21/94, 8/03/1995 Ruling on the Restoration of the Ownership Rights to Residential Houses.
5. Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case 2-A/2021, 28/09/2021 Ruling on the Legal Remedy for the Protection of the Pre-emption Right to Acquire Private Agricultural Land.

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: www.lawandworld.ge
ელ. ფოსტა: info@lawandworld.ge
მისამართი: გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 596) 171 171

The online version of the journal is available on the website:
www.lawandworld.ge
E-mail: info@lawandworld.ge
Address: 76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141
Phone: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 596) 171 171