INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW: "LAW AND WORLD"
August 2021 (№18). Volume 7; Issue 3; Page No. 56-80
https://doi.org/10.36475/7.3.5
www.lawandworld.ge
ISSN: 2346-7916 (Print); ISSN: 2587-5043 (Online)
https://creativecommons.org/about/cclicenses/ (Licensed under: CC BY-SA)

THE RAPE PARADIGM: VIOLENT STRANGER VS WARRIOR VICTIM

Tamar Gegelia

Doctor of Law, Affiliate Associate Professor at Caucasus University,
Postdoctoral researcher at the University of Bern

ABSTRACT

The purpose of this article is to show the narrow boundaries and incompleteness of the Georgian legislation regarding rape, which fails to cover all the actions from which the protection of an individual's negative sexual freedom is the responsibility of the state.

The article aims to show the reader the advantages of the new approach in parallel with the critique of the old law regarding rape, which means expanding the scope of the definition of rape and hence criminalizing more actions. For this purpose, the importance of non-consent as the main element of the rape actus reus is discussed.

The article also analyzes the importance of protecting the boundaries of rape so that the state does not unjustifiably restrict a person's positive sexual freedom while protecting negative sexual autonomy.

The purpose of this article is neither to criticize nor support any of the consent-based rape models ("no means no" or "only yes means yes" models), but rather to highlight the importance of consent to sex crimes and to emphasize the basic guideline for consent.

KEYWORDS: Rape, Consent, Discrimination

BIBLIOGRAPHY:

1. Abashidze, A., Arganashvili, A., Dekanosidze, T., & Natsvlishvili, A. (2016). Gender and Law, Tbilisi (In Georgian)
2. Baker, K.K. & Oberman, M. (2016). Women's Sexual Agency and the Law of Rape in the 21st Century, Studies in L., Politics & Soc'y, vol. 69, 63-111 (In English)
3. Bergelson, V. (2008). Consent to Harm, Pace Law Review, vol. 28 (4), 683-711 (In English)
4. Bergelson, V. (2014). The Meaning of Consent, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 12, 171-180 (In English)
5. Bladini, M. & Andersson, W.S. (2020). Swedish Rape Legislation from Use of Force to Voluntariness – Critical Reflections from an Everyday Life Perspective, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 95 – 125 (In English)
6. Bragadottir, R. (2020). Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 54-77 (In English)
7. Buchhandler-Raphael, M. (2011). The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power, Michigan Journal of Gender & Law, vol. 18, 147 – 228 (In English)
8. Conaghan, J. (2019). The Essence of Rape, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 39(1), 151-182 (In English)
9. Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020) (In Georgian)
10. Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes

against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020) (In Georgian)
11. Dubber, M. D. & Hörnle, T. (2014). The Oxford Handbook of Criminal Law, Online Publication (In English)
12. Equality Now. (2019). Barriers to Justice: Why Eurasian Legislation Fails to Protect Victims of Sexual Violence (In Georgian)
13. Gegelia, T., For the issue of Lex praevia principle towards judicial interpretation, Constitutional law review XII, 31-36. (In Georgian)
14. Gegelia, T., Kelenjeridze, I., & Jishkariani, B., Sexual Offenses. (1st edition). Tbilisi: World of Lawyers (In Georgian)
15. Green, P. S. (2020). Criminalizing Sex, A Unified Liberal Theory. (1st edition). New York: Oxford University Press (In English)
16. Gruber, A. (2012). A Neo-Feminist Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform, Journal of Gender, Race & Justice, vol. 15(3), 583-615 (In English)
17. Gruber, A. (2013). Neofeminism, Houston Law Reviw, vol. 50, 1325-1390 (In English)
18. Halilović, M., Watson, C., Huhtanen, H. & Socquet-Juglard, M. (2017). Gender Bias in Cases of Rape, Attempted Rape, and Sexual Assault in Gender Bias and the Law: Legal Frameworks and Practice from Bosnia & Herzegovina and Beyond, Sarajevo (In English)
19. Herman, J. (2015). Trauma and Recovery. The Aftermath of Violence-From Domestic Abuse to Political Terror. (3rd edition). New York: Basic books (In English)
20. Hörnle, T. (2018). #MeToo-Implicataions for Criminal Law? Bergen Journl Law and Criminal Justice, vol. 6(2), 115-135 (In English)
21. Jacobsen, J. & Skilbrei, M. (2020). Reforming the Rape Offence in Norwegian Criminal Law, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 78-94 (In English)
22. Kaplan, M. (2017). Rape Beyond Crime, Duke Law Journal, vol. 66, 1045-1111 (In English)
23. Kapsaski, I. (2017). Dignity, Rights, and the Role of Consent in German Criminal Law, San Diego Law Review, vol. 54(2), 401-422 (In English)
24. Leary, M.G. (2016). Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture, Texas Tech Law Review, vol.49, 1-56 (In English)
25. Mackinnon, C. A. (2019). Butterfly Politics, Changing the World for Women. (1st edition). Cambridge and London: Harvard University Press (In English)
26. Milne E., Brennan K. & South N., Turton J. (2018). Women and the criminal Justice System. (1st edition). Berlin: Springer (In English)
27. Müller A. & Schaber, P. (2018). The Routledge Handbook of the Ethics of Consent. (1st edition). London and New York: Routledge (In English)
28. Powell, A., Henry, N. & Flynn, A. (2015), Rape Justice Beyond the Criminal Law. (1st edition). New York: Palgrave Macmillan (In English)
29. R. (2009). Feminist Perspectives on Rape, Philosophy Faculty Publications, paper 86, 1-30 (In English)
30. Rubenfeld, J. (2013). The Riddle of Rape by Deception and the Myth of Sexual Autonomy, Yale Law Journal, 122(6), 1372 – 1443. (In English)
31. S. Day Sclater, F. Ebtehaj, E. Jackson & M. Richards. (2009). Regulating Autonomy. (1st edition). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing (In English)
32. Soble, A. (2002). The Philosophy of Sex. (1st edition). Lanham: Rowman & Littlefield Publishers (In English)
33. Tuerkheimer, D. (2015). Rape On and Off Campus, Emory Law Journal, vol. 65, 1-45 (In English)
34. Tuerkheimer, D. (2016). Affirmative Consent, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 13(2), 441-468 (In English)
35. Vestergaard, J. (2020). The Rape Law Revision in Denmark: Consent or Voluntariness as the key Criterion? Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 5-32 (In English)
36. West, R. (2008). Sex, Law, and Consent, Georgetown Law, Faculty Working Papers, 1-44 (In English)
37. Whisnant, R. (2009). Feminist Perspectives on Rape, Philosophy Faculty Publications, paper 86, 1-30 (In English)

NOTES:

1. Conaghan, J. (2019). The Essence of Rape, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 39(1), 182. (In English)
2. For the historical analysis see Gruber, A. (2013). Neofeminism, Houston Law Reviw, vol. 50, 1335-1343; Gruber, A. (2012). A Neo-Feminist Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform, Journal of Gender, Race & Justice, vol. 15(3), 588-589; Baker, K.K. & Oberman, M. (2016). Women's Sexual Agency

and the Law of Rape in the 21st Century, Studies in L., Politics & Soc'y, vol. 69, 69. (In English)
3. Some scholars consider the interest of women as a collective group to be protected from rape along with female sexual autonomy. For the analysis see Whisnant, R. (2009). Feminist Perspectives on Rape, Philosophy Faculty Publications, paper 86, 17-18. (In English)
4. Ibid. 3. (In English)
5. Ibid. 3; Munro, V. (2014). Sexual Autonomy. In Dubber, M. D. & Hörnle, T. (eds), The Oxford Handbook of Criminal Law, Online Publication, 750. (In English)
6. Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020), 22. (In Georgian) In fact, there are high statistics of impunity in other countries as well, e.g., England. See Munro, V. Supra note 5, 757. (In English)
7. For an analysis see Green, P. S. (2020). Criminalizing Sex, A Unified Liberal Theory, New York: Oxford University Press, 49; Bladini, M. & Andersson, W.S. (2020). Swedish Rape Legislation from Use of Force to Voluntariness – Critical Reflections from an Everyday Life Perspective, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 96-97; Jacobsen, J. & Skilbrei, M. (2020). Reforming the Rape Offence in Norwegian Criminal Law, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 91-92; Bragadottir, R. (2020). Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 55-56. (In English)
8. For a definition of the term, see Sapari, Rape Culture https://sapari.ge/%E1%83%92%E1%83%90%E1%83%A3%E1%83%9E%E1%83%90%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A3%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%99%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%A2%E1%83%A3%E1%83%A0%E1%83%90/ 14.6.2021 (In Georgian)
9. Mackinnon, C. A. (2019). Butterfly Politics, Changing the World for Women, Cambridge and London: Harvard University Press, xi, xiii (In English)
10. For the analysis of these and other international acts see Jishkariani, B. (2020). Chapter 1. International Acts and Georgian Legislation on Sex Crimes – General overview in the book Gegelia, T., Kelenjeridze, I., & Jishkariani, B., Sexual Offenses, Tbilisi: World of Lawyers, 11-16. (In Georgian)
11. For an analysis of the changes made to the Criminal Code in 2017 concerning sexual offenses see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1, Rape. Supra note 10, 24. (In Georgian)
12. Georgia was also reminded to bring the definition of rape following the Istanbul Convention at a Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review. See Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Thirty-seventh session Geneva, 18–29 January 2021, 6.201. (In English)
13. See Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe Treaty Series – No. 210. Art. 58. (In English)
14. E.g. see Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020), 25 (note 89) and 29. (In Georgian)
15. Judgment of Sighnaghi District Court # 1 / 67-14, 26.11.2014 (In Georgian)
16. Ibid. at 25. (In Georgian)
17. Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020), 17. (In Georgian)
18. Hörnle, T. (2018). #MeToo-Implicataions for Criminal Law? Bergen Journl Law and Criminal Justice, vol. 6(2), 126. (In English)
19. Green, P. S. Supra note 7, 78-79; Hörnle, T. Supra note 18, 126; Roffee, J. A. (2015). When Yes Actually Means Yes Confusing Messages and Criminalising Consent. In Powell, A., Henry, N. & Flynn, A. (eds), Rape Justice Beyond the Criminal Law, New York: Palgrave Macmillan, 73. For a supportive definition of a narrow boundaries rape definition, see Rubenfeld, J. (2013). The Riddle of Rape by Deception and the Myth of Sexual Autonomy, Yale Law Journal, 122(6), 1372 – 1443. (In English)
20. Hörnle, T. Supra note 18, 127. (In English)
21. It should be noted that the Georgian court is familiar with broad interpretations of other offenses. e.g., for the analysis of the broader judicial interpretation of fraud, see Gegelia, T., For the issue of Lex praevia principle towards judicial interpretation, Constitutional law review XII, 36. (In Georgian) It should be noted that a broad interpretation of rape, as opposed to the semantic meaning of the norm the European Human Rights Court, did not consider it a violation of the principle of legality. See SW and CR v United Kingdom 21 EHRR363. 1995. (In English)
22. Kaplan, M. (2017). Rape Beyond Crime, Duke Law Journal, vol. 66, 1055. (In English)
23. For a critique of harsh punishment for gender offenses in the sense that it is discriminatory in U.S. practice,

see Gruber, A. (2012), Supra note 2, 598, 604. (In English)
24. For detailed information on the case, see. Tarkhnishvili, N. When the System is Silent, Children Disappear, Radio Liberty 12.2.2021 https://www.radiotavisupleba.ge/a/31100186.html 22.3.21 (In Georgian)
25. Gruber, A. (2012), Supra note 2, 607; Whisnant, R. Supra note 3, 17-18. (In English)
26. Many facts concerning the issue are indicated in the 2020 study. See Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020), 34-38. (In Georgian)
27. Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-413 Ap.-17, 11.1.2018 (In Georgian)
28. For an overview of the effects of gender bias in the investigation of sex crimes, see Kaplan, M. Supra note 22, 1064; Halilović, M., Watson, C., Huhtanen, H. & Socquet-Juglard, M. (2017). Gender Bias in Cases of Rape, Attempted Rape, and Sexual Assault in Gender Bias and the Law: Legal Frameworks and Practice from Bosnia & Herzegovina and Beyond, Sarajevo, 80-88; Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. (2018). Rape Myths in the Criminal Justice System. In Milne E., Brennan K. & South N., Turton J. (eds) Women and the criminal Justice System, Berlin: Springer,16-28. (In English)
29. Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 33; Abashidze, A., Arganashvili, A., Dekanosidze, T., & Natsvlishvili, A. (2016). Gender and Law, Tbilisi, 43. (In Georgian)
30. For an analysis see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 38-39. (In Georgian)
31. E.g. see Abashidze, A., Arganashvili, A., Dekanosidze, T., & Natsvlishvili, A. Supra note 29; Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020) (In Georgian)
32. The case cited: Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 21-22. (In Georgian)
33. Leary, M.G. (2016). Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture, Texas Tech Law Review, vol.49, 34-37. the so-called Neo-feminism considers improving social and economic conditions for women to overcome patriarchy as a major force and not a strict criminal law. Gruber, A. (2012), Supra note 2, 613. (In English)
34. Gruber, A. (2012), Supra note 2, 612. Munro, V. Supra note 5, 753. Also see Roffee, J. A. Supra note 74. (In English)
35. Leary, M.G. Supra note 33, 31; Buchhandler-Raphael, M. (2011). The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power, Michigan Journal of Gender & Law, vol. 18, 181-182. (In English)
36. Tuerkheimer, D. (2015). Rape On and Off Campus, Emory Law Journal, vol. 65, 10-12. (In English)
37. For a similar comparison to the US example, see Leary, M.G. Supra note 33, 37-38.
38. Equality Now. (2019). Barriers to Justice: Why Eurasian Legislation Fails to Protect Victims of Sexual Violence, 19-20, 23, 26. Also see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 18. (In Georgian)
39. Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. Supra note 28, 33-34. (In English)
40. M.C. v Bulgaria, appl. no. 39272/98, 4.12.2003. (In English) For an analysis see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 23; (In Georgian). Vestergaard, J. (2020). The Rape Law Revision in Denmark: Consent or Voluntariness as the key Criterion? Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 6-7. (In English). Lack of consent as a rape actus reus was previously explained in international criminal law. SeeThe prosecutor v Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 2.9.1998; Prosecutor v Kunarac, Kovač and Vuković, case no. IT-96-23, 22.1.2001. (In English)
41. Green, P. S. Supra note 7, 20; Conaghan, J. Supra note 1, 172. Human dignity, along with sexual autonomy, is also seen as a protected legal interest from rape. See Hörnle, T. (2018). Rape as Non – Consensual Sex. In Müller A. & Schaber, P. (eds.) The Routledge Handbook of the Ethics of Consent, London and New York: Routledge, 237. (In English)
42. Green, P. S. Supra note 7, 21. (In English)
43. Ibid. 24. (In English)
44. Ibid. (In English)
45. Herman, J. (2015). Trauma and Recovery. The Aftermath of Violence-From Domestic Abuse to Political Terror, New York: Basic books, 51-51, 256-257; Leary, M.G. Supra note 33, 31. (In English)
46. Green, P. S. Supra note 7, 43. (In English)
47. Mill, J.S. (Edited 2001). On Liberty, Kitchener: Batoche Books, 13. (In English) For the analysis of the harm principle see Gegelia, T. (2021). Chapter 2 – The harm principle in Brachveli, S., Gegelia, T., Gelashvili, T. & Meladze, G. The Limits of Criminal Law, (Forthcoming). (In Georgian)
48. Baker, K.K. & Oberman, M. Supra note 2, 64. (In English)
49. Wertheimer, A. (2002). Consent and Sexual Relations. In Soble, A. (ed.) The Philosophy of Sex, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 342. (In English)
50. Bergelson, V. (2014). The Meaning of Consent, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 12, 172; Green, P.

S. Supra note 7, 25. (In English)
51. Bergelson, V. Supra note 50, 172.
52. Green, P. S. Supra note 7, 28-29. (In English)
53. Leary, M.G. Supra note 33, 31-32; Daly, K. Sexual Violence and Justice How and Why Context Matters. Supra note 19, 36; Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. Supra note 28, 17-18. (In English)
54. Tuerkheimer, D. (2016). Affirmative Consent, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 13(2), 459-460; Daly, K. Supra note 19, 47. (In English). For an analysis of a similar Georgian case, see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1, Rape. Supra note 10, 36.
55. For criticism, see Soble, A. (2002). Antioch's "Sexual Offense Policy": A Philosophical Exploration. Supra note 49, 330-335; Buchhandler-Raphael, M. Supra note 35, 158-159; Kaplan, M. Supra note 22, 1057-1058. (In English).
56. For explanation, see Green, P. S. Supra note 7, 83-84. (In English).
57. For criticism, see Kaplan, M. Supra note 22, 1054; Buchhandler-Raphael, M. Supra note 35, 163-164. (In English).
58. For explanation, see Green, P. S. Supra note 7, 81-82.
59. Green, P. S. Supra note 7, 28; Hörnle, T. Supra note 41, 239; Wertheimer, A. Supra note 49, 347. (In English).
60. Hörnle, T. Supra note 18, 128. (In English).
61. Ibid. 129; Hörnle, T. Supra note 41, 240. (In English).
62. Hörnle, T. Supra note 18, 128; Hörnle, T. Supra note 41, 240. (In English).
63. Hörnle, T. Supra note 18, 131. (In English).
64. Hörnle, T. Supra note 41, 239; Hörnle, T. Supra note 18, 128; Buchhandler-Raphael, M. Supra note 35, 160. For a critique of the definition of consent as a constituent element of rape, see Mackinnon, C. A. Supra note 9, 286-289; Mackinnon, C. A. (2016). Rape Redefined, Harvard Law and Policy Review, vol. 10, 447. (In English). However Mackinnon tries to illustrate the futility of "consent" with these examples, these are problems of interpretation in practice Because in academic texts all these examples (eg sexual intercourse with a person who could not express his will to freeze / petrify out of fear, etc.) are considered rape due to lack of consent. These cases are also considered rape in the three US states that have a "yes" model of rape. See Tuerkheimer, D. Supra note 54, 454-462. (In English)
65. Hörnle, T. Supra note 18, 129. (In English)
66. Ibid. 130. (In English)
67. Ibid. 130-131. (In English)
68. Ibid. 131. (In English)
69. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 451. (In English)
70. Ibid. 454-460. (In English)
71. For an analysis see Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. Supra note 28, 19. (In English)
72. Leary, M.G. Supra note 33, 33-34; Jacobsen, J. & Skilbrei, M. Supra note 7, 94. (In English)
73. Wertheimer, A. Supra note 49, 350. (In English)
74. Ibid. 347. (In English)
75. Ibid. (In English)
76. Gruber, A. (2012), Supra note 2, 609-610. For an analysis also see Leary, M.G. Supra note 33, 48. (In English)
77. For an analysis of these arguments, see Leary, M.G. Supra note 33, 49. (In English)
78. Ibid. 49-50. (In English)
79. Bergelson, V. (2008). Consent to Harm, Pace Law Review, vol. 28 (4), 696; Kapsaski, I. (2017). Dignity, Rights, and the Role of Consent in German Criminal Law, San Diego Law Review, vol. 54(2), 407. (In English)
80. Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-212 Ap.-19, par. 10, 22.1. 2021. (In Georgian)
81. Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-435 Ap.-19, 22.11.2019 (In Georgian)
82. Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-8Ap.-20, par. 7, 18.12.2020 (In Georgian)
83. Bergelson, V. Supra note 79, 696. (In English)
84. For a comparison of the standard of theft and rape allegations, see also Mary Graw Leary. ob. Leary, M.G. Supra note 33, 41; Green, P. S. Supra note 7, 34. (In English)
85. See Judgment of Batumi City Court 21.3.2016. Public Information Request Appeal # 162, Para. 17. "The analysis of [the victim's] testimony shows that he [the accused] was not allowed to take her belongings – including his mobile phone." (In Georgian)
86. It should be noted that in this case, the Kutaisi Court of Appeals finally found the person guilty of rape, which in turn left the Supreme Court of Georgia unchanged. However, in the present case, as stated in the article, in addition to the testimony of the victim and the context in which the act was committed, several other evidences indicated rape. See. Judgment of the Supreme Court of Georgia #88ag.-2018, 15.3.2019. (In

Georgian)

87. Judgment of Batumi City Court, 21.3.2016. Public Information Request Appeal # 162, Para. 31. (In Georgian)
88. Ibid. (In Georgian)
89. For a rape law change-related fears and critique of the double standard, see Leary, M.G. Supra note 33, 45; Green, P. S. Supra note 7, 86-87. (In English)
90. Conaghan, J. Supra note 1, 153. (In English)
91. Ibid. (In English)
92. The assessment of the alleged act of rape is not supported by the prevailing view. See Hörnle, T. Supra note 18, 132. (In English)
93. There are two types of deception concerning rape. The first is which relates to the sexual significance of the action and the other relates to any aspect of the agreement which is not related to the substance of the action. The first is rape, while the second kind of deception is not a crime. For arguments supporting this view, see Hörnle, T. Supra note 41, 241. (In English); Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1, Rape. Supra note 10, 43. (In English)
94. For example, the consent of a person under the influence of alcohol or other forms of intoxication is voluntary consent to sex, but in the case when a person is deprived of the opportunity to refuse due to drunkenness, sex with her/him is rape. See Tuerkheimer, D. Supra note 54, 457. (In English)
95. For an analysis see Conaghan, J. Supra note 1, 160-161. (In English)
96. Mackinnon is in favor of expanding the definition of rape in socio-economic contexts and gender inequality. Mackinnon, for example, views sex work as rape in any case. According to her, "consent" is impossible in this relationship. See Mackinnon, C. A. Supra note 9, 167, 171, 290. Mackinnon, C. A. Supra note 64, 447-448. For the similar opinion see Herring J. (2009). Relational Autonomy and Rape. In S. Day Sclater, F. Ebtehaj, E. Jackson & M. Richards (eds.), Regulating Autonomy, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 53, 63, 68. (In English)
97. For example, sex in exchange for money (sex work) is not rape. For analysis, see Hörnle, T. Supra note 18, 133. (In English)
98. West, R. (2008). Sex, Law, and Consent, Georgetown Law, Faculty Working Papers, 7,12. (In English)
99. Ibid. 12. (In English)
100. Ibid. 13. (In English)
101. Wertheimer, A. Supra note 49, 359. (In English)
102. Ibid. (In English)
103. Hörnle, T. Supra note 18, 133. (In English)
104. West, R. Supra note 98, 23-24. (In English)
105. Munro, V. Supra note 5, 752. (In English)
106. Ibid. 752; Leary, M.G. Supra note 33, 46; Hörnle, T. Supra note 41, 239. (In English)
107. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 467. (In English)
108. The German model requires at least an indirect intention to consent which has been criticized in academic texts as leaving unwarranted more holes to evade responsibility. See Hörnle, T. Supra note 41, 243; Green, P. S. Supra note 7, 96-98. Rape by negligence has been criminalized in several European countries as an independent offense. See Jacobsen, J. & Skilbrei, M. Supra note 87; Bladini, M. & Andersson, W.S. Supra note 7, 96. (In English)
109. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 464, 468. (In English)
110. Hörnle, T. Supra note 41, 239. (In English)
111. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 464, 467. (In English)
112. Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. Supra note 28, 16. (In English)
113. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 454-462. (In English)
114. Ibid. 468. (In English)
115. Green, P. S. Supra note 7, 75-76. For the similar view see Conaghan, J. Supra note 1, 180. Compare Daly, K. Supra note 19, 41. (In English)
116. Buchhandler-Raphael, M. Supra note 35, 197-199. (In English)

გაუპატიურების პარადიგმა: მოძალადე უცხო პირი vs მებრძოლი მსხვერპლი

თამარ გეგელია

სამართლის დოქტორი, კავკასიის უნივერსიტეტის აფილირებული ასოცირებული პროფესორი, ბერნის უნივერსიტეტის პოსტსადოქტორო მკვლევარი

საკვანძო სიტყვები: გაუპატიურება, თანხმობა, დისკრიმინაცია

შესავალი

გაუპატიურება მკვლელობის მსგავსად ოდითგანვე ისჯებოდა, თუმცა მისი საზღვრები და შინაარსი, რამდენადაც მეტადაა პოლიტიკურად დეტერმინირებული, მრავალჯერ გახდა გადახედვის და კრიტიკის საგანი.[1] ძველ პერიოდში ქალის ხმა საჯარო სივრცეში საერთოდ არ ისმოდა, ქალი არ განიხილებოდა სამართლის სუბიექტად. ამიტომ გასაკვირი არაა, რომ იმ ეპოქაში, სადაც სახელმწიფოს პოლიტიკური დღის წესრიგი ქალისთვის არ იცლიდა, ეს სამართალზეც აისახებოდა. გაუპატიურების დეფინიციის მოდერნიზება და საზღვრების გადახედვა დასავლურ ცივილიზაციაში გასული საუკუნის 80-იანი წლებიდან დაიწყო, რაშიც ლომის წილი ფემინისტებმა, კონკრეტულად კი მეორე ტალღის ფემინიზმმა შეიტანა აქტივიზმითა და აკადემიური ნაშრომების შექმნით.[2] გაუპატიურების დეფინიცია, მართალია, მრავალმხრივ შეიცვალა, მაგრამ სრულად მაინც არაა შეცვლილი და ეს პროცესი ძალიან ნელი ტემპით გრძელდება ამერიკაშიც და ზოგადად, მთელ მსოფლიოში. ცვლილებებს შორის ყველაზე მთავარი გაუპატიურებისგან დაცული ინდივიდუალური სიკეთის მნიშვნელობაა[3] – ადამიანის სექსუალური თავისუფლება.[4] მნიშვნელოვანი ცვლილებაა ასევე ცოლის გაუპატიურებისგან ქმრის დამცავი იმუნიტეტის გაუქმება, რომელიც 90-იან წლებამდე მოქმედებდა ამერიკასა და ევროპის ბევრ ქვეყანაში.[5] აღსანიშნავია, რომ ქმრის იმუნიტეტი ფორმალურად არ ყოფილა აღიარებული გასული საუკუნის ქართულ კანონმდებლობაშიც კი, თუმცა მაშინაც და ახლაც, გაუპატიურება როგორც ოჯახში ძალადობის ფორმა, ფაქტობრივად დაუსჯელია.[6] გაუპატიურების რეკონცეფტუალიზაციის რეფორმებს მსოფლიოში დღესაც ფემინისტები უდგანან სათავეში.[7] ახალი პროტესტი რომელმაც გაუპატიურების კულტურის[8] წინააღმდეგ 2017 წლის ოქტომბერ-

---

1 Conaghan, J. (2019). The Essence of Rape, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 39(1), 182.

2 ისტორიის ანალიზისთვის იხ. Gruber, A. (2013). Neofeminism, Houston Law Reviw, vol. 50, 1335-1343; Gruber, A. (2012). A Neo-Feminist Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform, Journal of Gender, Race & Justice, vol. 15(3), 588-589; Baker, K.K. & Oberman, M. (2016). Women's Sexual Agency and the Law of Rape in the 21st Century, Studies in L., Politics & Soc'y, vol. 69, 69.

3 გაუპატიურებისგან დაცულ სიკეთედ მეცნიერების ნაწილი ქალის სექსუალურ ავტონომიასთან ერთად სხვა ქალთა, როგორც კოლექტიური ჯგუფის, ინტერესს მიიჩნევს. ანალიზისთვის იხ. Whisnant, R.(2009). Feminist Perspectives on Rape, Philosophy Faculty Publications, paper 86, 17-18.

4 იქვე. 3.

5 იქვე. 3; Munro, V. (2014). Sexual Autonomy. In Dubber, M. D. & Hörnle, T. (eds), The Oxford Handbook of Criminal Law, Online Publication, 750.

6 დეკანოსიძე, თ., ჩიხლაძე, ნ., ხარატიშვილი, გ., ქალთა მიმართ სექსუალური ძალადობის დანაშაულებზე მართლმსაჯულების განხორციელება საქართველოში (ევროპის საბჭო 2020), 22. ფაქტობრივად დაუსჯელობის მაღალი სტატისტიკაა სხვა ქვეყნებშიც. მაგალითად, ინგლისი იხ. Munro, V. მითითებული წიგნი, სქოლ. 5, 757.

7 ანალიზისთვის იხ. Green, P. S. (2020). Criminalizing Sex, A Unified Liberal Theory, New York: Oxford University Press, 49; Bladini, M. & Andersson, W.S. (2020). Swedish Rape Legislation from Use of Force to Voluntariness – Critical Reflections from an Everyday Life Perspective, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 96-97; Jacobsen, J. & Skilbrei, M. (2020). Reforming the Rape Offence in Norwegian Criminal Law, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 91-92; Bragadottir, R. (2020). Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 55-56.

8 ტერმინის განმარტებისთვის იხ. საფარი, გაუპატიურების კულტურა https://sapari.ge/%E1%83%92%E1%83%90%E1%83%A3%E1%83%9E%E1%83%90%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A3%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%98%E1%83%A1-

ში იფეთქა, #MeToo მოძრაობა იყო, რომელმაც ბევრი ცვლილება მოიტანა სექსუალური შევიწროვებისა თუ ზოგადად სქესობრივი დანაშაულების ხელახალი გააზრებისთვის. ბევრ ქალს დღეს აღარ რცხვენია სოციალური სტიგმის, როდესაც ძალდობრივ გამოცდილებაზე საუბრობს და რაზეც საუბრობს, აღარ ფასდება, როგორც რაღაც „შემთხვევითობა“ ან „გამონაკლისი“.[9] დღეს ქალებს მეტად უსმენენ და ენდობიან, რაც ამ მოძრაობის დამსახურებაცაა. თუმცა ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ეს პოზიტიური ძვრები, რაზეც ზემოთ გამხვილდა ყურაღება, საქართველოს სინამდვილეზე ჯერჯერობით არ ასახულა მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოში ჯერ კიდევ 1994 წელს რატიფიცირდა 1979 წლის გაეროს კონვენცია ქალთა დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ, ხოლო ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ ევროპის საბჭოს კონვენცია (სტამბოლის კონვენცია) 2017 წელს გახდა საქართველოს საკანონმდებლო სისტემის ნაწილი.[10] მიუხედავად იმისა, რომ საერთაშორისო ვალდებულებების ძალით, სსკ-ით გათვალისწინებული სქესობრივი დანაშაულები (მუხლ. 137-141) შეიცვალა,[11] მთავარი ჯერ ისევ შესაცვლელი რჩება – გაუპატიურების დაფუძნება თანხმობის არარსებობაზე[12] და გენდერული სტერეოტიპებით განსაზღვრული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულება, კვლავ დიდი პრობლემაა.

ერთ-ერთი ბოლო საკანონმდებლო ცვლილებით, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების ხანდაზმულობის ვადები შეიცვალა სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებით. გაუპატიურებასთან მიმართებით, სადაც დაზარალებული არასრულწლოვნია, ხანდაზმულობის ვადა საერთოდ გაუქმდა, ხოლო სრულწლოვნებთან მიმართებით 20 წელი გახდა, თუ განსაკუთრებით მძიმე კატეგორიის არ არის. უკანასკნელთან მიმართებით, ზოგადი ნორმის მიხედვით, ხანდაზმულობის ვადა 30 წელია. ეს ცვლილებებიც საერთაშორისო სამართლის გავლენით მოხდა.[13] თუმცა სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაში, მაშინაც, როცა დაზარალებული არასრულწოვანია, დანერგილი პრაქტიკით, პენეტრაციულ სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებით მთავარი მტკიცებულება ექსპერტის დასკვნაა, რომლის სიზუსტე დამოკიდებულია ექსპერტიზის ჩატარებაზე პენეტრაციიდან ორკვირიან ვადაში, რადგან სხვის სხეულში პენისით შეღწევის ზუსტი დროის დადგენა მხოლოდ ამ პერიოდშია შესაძლებელი. ეს ქართული მართლმსაჯულების ის მანკიერებაა, რაც ადამიანის უფლებათა დაცვის მონიტორინგის არაერთ ანგარიშშია გაკრიტიკებული.[14] მაგალითად, სიღნაღის რაიონული სასამართლოს განაჩენით პირი გამართლდა გაუპატიურების ბრალდებაში.[15] მან 14 წლის გოგონა მოიტაცა ცოლად მოყვანის მიზნით, მრავალჯერ გააუპატიურა, შემდეგ ორი კვირა სახლში ჰყავდა გამოკეტილი. როდესაც გაუშვა, გოგონამ პოლიციას შეატყობინა, მაგრამ ექსპერტის დასკვნით შეუძლებელი აღმოჩნდა იმის დადგენა, შეღწევა ნამდვილად ბრალდებულმა ჩაიდინა თუ სხვამ. სასამართლომ სხვა მტკიცებულებები აღარ იკმარა გამამტყუნებელი განაჩენისთვის.[16] ასეთი პრაქტიკა აძალიერებს მოძალადე კულტურას და დაუცველს ტოვებს ძალადობის მსხვერპლს. აღნიშნული პრაქტიკის ფონზე ზემოთ ხსენებული ცვლილება ხანდაზმულობის ვადებთან დაკავშირებით სსკ-ის მორიგი დეკორაციაა.

გენდერული ძალაუფლების ასიმეტრიულობა განსაკუთრებული სიმძლავრით აისახა სქე-

%E1%83%99%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%A2%E1%83%A3%E1%83%A0%E1%83%90/ 14.6.2021

9 Mackinnon, C. A. (2019). Butterfly Politics, Changing the World for Women, Cambridge and London: Harvard University Press, xi, xiii

10 ამ და სხვა საერთაშორისო აქტის ანალზისთვის იხ. ჯიშკარიანი, ბ. (2020). თავი 1. საერთაშორისო აქტები და ქართული კანონმდებლობა სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებით – ზოგადი მიმოხილვა წიგნში გეგელია, თ., კელენჯერიძე ი., ჯიშკარიანი ბ., სქესობრივი დანაშაულები, თბილისი: იურისტების სამყარო, 11-16.

11 2017 წელს სსკ-ში სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებით შეტანილი ცვლილებების ანალიზისთვის იხ. გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მიითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 24.

12 გაუპატიურების შემადგენლობის სტამბოლის კონვენციასთან შესაბამისობაში მოყვანა საქართველოს გაეროს ადამიანის უფლებათა საბჭოს პერიოდული მიმოხილვის ფარგლებში გამართულ სესიაზეც შეახსენეს. იხ. Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Thirty-seventh session Geneva, 18–29 January 2021, 6.201.

13 იხ. სტამბოლის კონვენციის 58-ე მუხლი და მისი განმარტებითი ბარათი. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe Treaty Series – No. 210. Art. 58.

14 მაგალითად იხ. დეკანოსიძე, თ., ჩიხლაძე, ნ., ხარატიშვილი, გ., ქალთა მიმართ სექსუალური ძალადობის დანაშაულებზე მართლმსაჯულების განხორციელება საქართველოში (ევროპის საბჭო 2020), 25 (89-ე სქოლიო) და 29.

15 სიღნაღის რაიონული სასამართლოს #1/67-14 განაჩენი, 26.11.2014

16 იქვე. გვ. 25.

სობრივ დანაშაულებზე. სწორედ ამიტომაა, რომ საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, ძალადობა ქალის მიმართ, მათ შორის სქესობრივი დანაშაუალები, განიხილება როგორც გენდერული უთანასწორობის შედეგი.[17]

მიუხედავად ცვლილებებისა, გაუპატიურების დეფინიცია დღემდე ირეკლავს შუასაუკუნეობრივ ხედვას ამ დანაშაულის მიმართ. იმ პერიოდში გაუპატიურებისგან რელიგიური და მორალური ინტერესები იყო დაცული და არ მსხვერპლის სექსუალური ავტონომია,[18] ეს ინტერესი საერთოდ არ არსებობდა მაშინ, ამიტომ სწორი შენიშვნაა, რომ სამართლებრივი სიკეთის შეცვლასთან ერთად, გაუპატიურების მოდიფიცირების საჭიროებაც გახდა აუცილებელი, რადგან ადამიანის თავისუფალ ნებას და არჩევანს მეტი ქმედება ზღუდავს, ვიდრე ძალადობით განსაზღვრული გაუპატიურება მოიცავდა.[19] ცვლილების მოწინააღმდეგეების შენიშვნას, რომ გაუპატიურების ძველი მოდელი, რომელიც ძალადობასთან ერთად მუქარას და უმწეობას მოიცავს ალტერნატიულ ელემენტად, საკმარისია და გაფართოება საჭირო არაა, ჰორნლე პასუხობს, რომ გაუპატიურების არც ეს დეფინიციაა საკმარისი იმ მრავალფეროვან სოციალურ ურთიერთობასთან მიმართებით, რაშიც ადამიანებს უწევთ ცხოვრება,[20] ასევე, ისიც ფაქტია, რომ ქართველი მოსამართლეები ერიდებიან ნორმის დაშვებულ ფართო ინტერპრეტაციებს გაუპატიურებასთან მიმართებით.[21]

ძველ დროში გაუპატიურებისგან (რომლის მსხვერპლიც ქალი იყო) დაცული იყო არა დაზარალებულის ინტერესი, არამედ მამის ქონება და ოჯახის ღირსება, ხოლო დაქორწინებული ქალის გაუპატიურების დროს შელახულ ინტერესად მიიჩნეოდა ქმრის ღირსება.[22] ქალების საუკუნეობრივ ჩაგვრას, მათ მარგინალიზებას და მეორეხარისხოვან ადამიანებად წარმოჩენას, რასაკვირველია, უკვალოდ არ ჩაუვლია, საზოგადოებაში მყარად გამჯდარი სტერეოტიპები ქალების მიმართ, რაც დღემდე დომინირებს, სწორედ იმ ძველი პერიოდის გამოძახილია, რომელიც ექოსავით გასდევს სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებას თანამედროვე ეპოქაშიც კი.[23] ქალის მიმართ უნდობლობა, მისი როგორც „ეჭვიან", „ისტერიულ" და „შურისმაძიებელ" ადამიანად წარმოჩენა, სწორედ იმ ძველი ეპოქის ანარეკლია დღევანდელობაშიც. ქალის ჩვენება, რომ მასზე იძალადეს, იმ აბსოლუტური რწმენით ფასდება, რომ ის იტყუება, ერთადერთი მტკიცებულება, რაც ამ მყარ მოსაზრებას უკუაგდებს, ეს ქალის დასახიჩრებული სხეულია. ქალმა სხეულზე დატოვებული ძალადობის კვალით უნდა დაამტკიცოს, რომ მასზე იძალადეს, მის თავისუფალ ნებას თავს დაესხნენ. გაუპატიურების მსხვერპლი ქალები პროკურორის ფუნქციას თავად ასრულებენ. გაუპატიურების გამოძიების არაეფექტურობას კულტურაც განაპირობებს, რომელიც სექსუალურ ძალადობას ამართლებს. ქართულ სინამდვილეში ჯერ ისევ ხდება გოგოს მოტაცება, მისი გაუპატიურება და შემდეგ ოჯახის შექმნა. ამ კრიმინალურ პრაქტიკას თავისი დარაჯები ჰყავს – მთელი საზოგადოება. საზოგადოება დაზარალებულს კიცხავს, თითქოს სწორედ მას ჩაედინოს რაღაც სამარცხვინო, რისი გამოსყიდვის ერთადერთი გზაც მოძალადესთან ქორწინებაზე გადის. სწორედ ასე აქორწინებს მსხვერპლსა და მოძალადეს გაუპატიურების კულტურა.

ამ კულტრულის შედეგია ის, რაც 2021 წლის 9 თებერვალს მოხდა. 14 წლის ნინიმ თავი მოიკლა.[24] გოგონა. რომელიც გაუპატიურების

17 დეკანოსიძე, თ., ჩიხლაძე, ნ., ხარატიშვილი, გ., ქალთა მიმართ სექსუალური ძალადობის დანაშაულებზე მართლმსაჯულების განხორციელება საქართველოში (ევროპის საბჭო 2020), 17.

18 Hörnle, T. (2018). #MeToo-Implicataions for Criminal Law? Bergen Journl Law and Criminal Justice, vol. 6(2), 126.

19 Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 78-79; Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 126; Roffee, J. A. (2015). When Yes Actually Means Yes Confusing Messages and Criminalising Consent. In Powell, A., Henry, N. & Flynn, A. (eds), Rape Justice Beyond the Criminal Law, New York: Palgrave Macmillan, 73. ძალადობით განსაზღვრული გაუპატიურების დეფინიციის მხარდაჭმერი აზრისთვის იხ. Rubenfeld, J. (2013). The Riddle of Rape by Deception and the Myth of Sexual Autonomy, Yale Law Journal, 122(6), 1372 – 1443.

20 Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 127.

21 აღსანიშნავია, რომ ქართული სასამართლო არ ერიდება ფართო ინტერპრეტაციებს სხვა დანაშაულების მიმართ. მაგალითად, თაღლითობის შემადგენლობის ფართო სამოსამართლო ინტერპრეტაციის ანალიზისთვის იხ. გეგელია, თ. (2018). Lex Praevia პრინციპის მიმართება სასამართლო ინტერპრეტაციასთან, საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა, XII, 36. ნორმის სემანტიკური მნიშვნელობის საპირისპიროდ გაუპატიურების ფართო განმარტება არ მიიჩნია კანონიერების პრინციპის დარღვევად ევროპულმა სასამართლომ. იხ. SW and CR v United Kingdom 21 EHRR363. 1995.

22 Kaplan, M. (2017). Rape Beyond Crime, Duke Law Journal, vol. 66, 1055.

23 გენდერული დანაშაულების მკაცრი დასჯის კრიტიკისთვის იმ თვალსაზრისით, რომ ის დისკრიმინაციულია აშშ-ს პრაქტიკაში, იხ. Gruber, A. (2012), მითითებული სტატია, სქოლ. 2, 598, 604.

24 საქმის ირგვლივ დეტალური ინფორმაციისთვის იხ. თარხნიშვილი, ნ., როცა სისტემა დუმს, ბავ-

სავარაუდო მსხვერპლი იყო, ზიზღის და სიძულვილის კორიანტელში გაახვია ყველაზე ახლობელმა ადამიანებმაც კი, რომელთა მიმართაც, ალბათ ბუნებრივია, ყველაზე მეტი ნდობა და მოლოდინი ჰქონდა ბავშვს, რომ მას დაიცავდნენ. ნინის შემთხვევა გამონაკლისი არაა, ეს არც პირველია და სამწუხაროდ, არც უკანასკნელი იქნება, თუ არაფერი შეიცვალა. ცვლილებას კი მხოლოდ სისხლის სამართალი ვერ უზრუნველყოფს, ამისთვის სახელმწიფო ინსტიტუტების გაძლიერება და განთლების რეფორმაა საჭირო.

გაუპატიურების გამოძიებისა და სასამართლო განხილვის პროცესში ასევე ფესვგამდგარია გენდერული სტერეოტიპები, რაც საქმის გონივრულად განჭვრეტას ხელს უშლის და, როგორც წესი, მოძალადის გამართლებით სრულდება. „უმანკოების" სოციალური ნორმებით ქალის სექსუალური თავისუფლება კონტროლდება, მისი ნებისმიერი სახით „შებღალვა" ისევ ქალის ტვირთია. სწორი შენიშვნით, სწორედ უბიწოების ნორმებია, რომელიც ხელს უწყობს სექსუალური ძალადობის აყვავებას[25] და გაუპატიურების იმ არაყოვლისმომცველი საკანონმდებლო დეფინიციის შენარჩუნებას, რაც დღემდე ბევრ იურისდიქციაშია.

სწორედ ამ საკითხების განხილვა მოხდება წინამდებარე სტატიის მომდევნო თავებში.

1. გენდერთან დაკავშირებული მითები სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაში

გენდერული სტერეოტიპებისა და მითების საილუსტრაციოდ მნიშვნელოვანია რამდენიმე საქმის ციტირება ქართული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებიდან.[26]

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განაჩენის[27] მიხედვით, პირი გამართლდა გაუპატიურების ბრალდებაში. მოსამართლე აქცენტს დაზარალებულის ნასვამ მდგომარეობაზე აკეთებს, და იმაზე, რომ ქალი უცხო მამაკაცს სახლში ეწვია, სადაც მარტო იყვნენ.[28] მოსამართლის თქმით, „[...] დაზარალებულის ქცევა შესაძლოა მიმანიშნებელიც ყოფილიყო [ბრალდებულისთვის], რომ დაზარალებულს ჰქონდა მასთან ინტიმური ურთიერთობის სურვილი". ამ საქმეში საყურადღებოა ის გარემოება, რომ დაზარალებულის მიერ მიცემული ჩვენება ძირითადად ემთხვეოდა ფაქტობრივ გარემოებებს. დაზარალებულის ჩვენებით, ის ცემეს და ტანსაცმელი შემოახიეს. თუმცა მოსმართლემ ამ ფაქტების ბრალდებულის ინტერპრეტაცია დაიჯერა. ბრალდებულის ჩვენებით, სექსი ორმხრივი თანხმობით მოხდა, ის მაშინ გალახა, როდესაც გაიგო, რომ მას ფული მოპარა. სასამართლომ ორი ჩვენებიდან რატომღაც ბრალდებულის ჩვენება მიიჩნია სარწმუნოდ, მიუხედავად იმისა, რომ არავინ დაობდა – ქალი ნაცემი იყო. სისხლნაჟღენთები, რომელიც ლოგინის ზეწრიდან იყო აღებული და ქალს ეკუთვნოდა, სასამართლოს თქმით არ იყო გამორიცხული, ნებაყოფლობით სქესობრივი კავშირის ბუნებრივად თანმხლები ყოფილიყო ან მაშინ მომხდარიყო, როცა ბრალდებულმა დაზარალებულს სახეში გაარტყა ხელი. ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ გაუპატიურების ქართული მოდელისთვის ძალადობის კვალიც არაა საკმარისი, თუ ის ძალადობის მაღალ ხარისხს არ აღწევს.

ქართული მართლმსაჯულება მასკულინურია, ამას ისიც ააშკარავებს, თუ როგორ განიმარტება გაუპატიურება პრაქტიკულად. გაუპატიურების დეფინიცია (მუხლ. 137) სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაში სუბიექტის მხრიდან ფიზიკურ ძალადობით, ხოლო დაზარალებულისგან ძლიერი წინააღმდეგობის გაწევის აუცილებლობით განიმარტება. ფორმალურად გაუპატიურების ალტერნატიული ხერხია მუქარაც, თუმცა, მხოლოდ მუქარით ჩადენილი გაუპატიურების საქმეები ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში არ მოიძებნა.[29] რაც

შვები ქრებიან, რადიო თავაისუფლება, 12.2.2021 https://www.radiotavisupleba.ge/a/31100186.html 22.3.21

25 Gruber, A. (2012), მითითებული სტატია, სქოლ. 2, 607; Whisnant, R. მითითებული სტატია, სქოლ. 3, 17-18.

26 აღნიშნულის შესახებ მრავალი ფაქტია მითითებული 2020 წლის კვლევაში. იხ. დეკანოსიძე, თ., ჩიხლაძე, ნ., ხარატიშვილი, გ., ქალთა მიმართ სექსუალური ძალადობის დანაშაულებზე მართლმსაჯულების განხორციელება საქართველოში (ევროპის საბჭო 2020), 34-38.

27 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განაჩენი #2კ-413აპ.-17, 11.1.2018.

28 სქესობრივი დანაშაულების გამოძიების დროს გენდერული სტერეოტიპების გავლენებზე მოსაზრებისთვის იხ. Kaplan, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 22, 1064; Halilović, M., Watson, C., Huhtanen, H. & Socquet-Juglard, M. Gender Bias in Cases of Rape, Attempted Rape, and Sexual Assault in Gender Bias and the Law: Legal Frameworks and Practice from Bosnia & Herzegovina and Beyond, Sarajevo: 2017, 80-88; Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. (2018). Rape Myths in the Criminal Justice System. In Milne E., Brennan K. & South N., Turton J. (eds) Women and the criminal Justice System, Berlin: Springer,16-28.

29 გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითი-

შეეხება გაუპატიურების მესამე ალტერნატიულ ხერხს – დაზარალებულის უმწეო მდგომარეობა, ის ვიწროდ გაიგება და პრაქტიკაში არის შესაბამისი საქმეები.[30] ამდენად, გაუპატიურების დეფინიციაში, ქართული სამოსამართლო განმარტების მიხედვით, ნაგულისხმევია დაზარალებულის დავალდებულება იმაზე, თუ როგორ უნდა მოიქცეს თავდასხმის დროს. ის ქალს სექსუალური თავდასხმისას ავალდებულებს, თუნდაც სიცოცხლის ფასად შეებრძოლოს მოძალადეს, წინააღმდეგ შემთხვევაში, ზიანი კვალიფიკაციის მიღმა დარჩება, სექსი კი ქალისთვის სასურველად შეფასდება. ეს რომ ასეა, ამაზე არაერთხელ დაიწერა სხვადასხვა კვლევაში რომელიც საქართველოში ჩატარებულა.[31] ხოლო, რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის განაჩენში კი ყველაზე დემონსტრაციულადაა არეკლილი გენდერის ნიშნით ჩაგვრითა და პატრიარქალური ცნობიერებით განსაზღვრული გაუპატიურების არსი. გადაწყვეტილების მიხედვით, ქმედება რომ გაუპატიურებად შეფასდეს „... ძალმომრეობა ქალის მიმართ, უპირველეს ყოვლისა, ნიშნავს ფიზიკურ ძალადობას, ესე იგი ქალთან სქესობრივი კავშირის დაქერას მისი წინააღმდეგობის ფიზიკურად დაძლევით – შებოჭვით, ცემის, სხეულის დაზიანების და სხვა საშუალებით, რასაც ... [მოძალადის] მხრიდან [მსხვერპლის] მიმართ ჰქონდა ადგილი [...]. ქალის წინააღმდეგობა უნდა იყოს ნამდვილი და შეუპოვარი და არა მოჩვენებითი, თვალთმაქცური [...]“[32]

ამ და სხვა გადაწყვეტილებებში ჩანს ქართული სისხლის სამართლის ნამდვილი სული, რასაც არაფერი ეშველება იქამდე, სანამ პოლიციელის, პროკურორისა და მოსამართლის ცნობიერება არ შეიცვლება და სახელმწიფო ნება არ გაჩნდება, რომ კულტურული ცვლილებისთვის შესაბამისი ნაბიჯები გადაიდგას. ამისთვის ასევე საზოგადოების განათლება და მათთვის ცვლილების საჭიროების მრავალჯერ ახსნაა საჭირო, ასევე სექსუალური განათლების სკოლებში შეტანა. ყოველივე აღნიშნული კი ხელს შეუწყობს ქალთა გაძლიერებასა და სოციალური სტიგმის მოშლას, რაც გაუპატიურების მსხვერპლის მთავარი დაბრკოლებაა ხოლმე – ისაუბროს დანაშაულის შესახებ.[33] მხოლოდ სისხლის სამართლის გამკაცრებით მდგომარეობა ვერ გაუმჯობესდება[34] თუმცა უკანასკნელიც მნიშვნელოვანი ბერკეტია იგივე კულტურული ცვლილებისთვის.[35]

სისხლის სამართლის რეფორმით მოსალოდნელ კულტურულ ცვლილებაზე ბევრი ლაპარაკობს, მას საგანმანათლებლო ფუნქციაც აქვს.[36] ასე იმუშავა თავის დროზე ნასვამ მდგომარეობაში მანქანის მართვის პრევენციისთვის პოლიტიკის გამკაცრებამ საქართველოში.[37] 2000-იანი წლების დასაწყისში სოციალური წესი იყო ნასვამ მდგომარეობაში საჭესთან ჯდომა. კანონის გამკაცრებასთან ერთად მოქალაქეებმა შეცვალეს ქცევა, რადგან კანონის მიზანი სამართლიანი იყო – ფატალური შემთხვევების მაღალი სტატისტიკის შემცირება და მოქალაქეების დაცვა. კანონი არა მხოლოდ ფორმალურად გამკაცრდა, არამედ პრაქტიკულადაც სანქციები აქტიურად გამოიყენებოდა ნორმის დამრღვევის მიმართ. გაუპატიურების თანხმობის არარსებობით განსაზღვრას კულტურის ცვლილება მოაქვს, ის ეუბნება სექსის მონაწილეებს, რომ მოუსმინონ ერთმანეთს და ისე დაიწყონ ურთიერთობა, წინააღმდეგ შემთხვევაში ქმედება შეიძლება გაუპატიურებად შეფასდეს.

გაუპატიურების მსხვერპლი ქალი, გაუპატიურების არაეფექტური გამოძიების, არაადეკვატურად მკაცრი მტკიცებულებითი სტანდა-

თებული წიგნი, სქოლ. 10, 33; აბაშიძე, ა., არგანაშვილი, ა., დეკანოსიძე, თ. და ნაცვლიშვილი, ა. სისხლის სამართლის გენდერული ანალიზი, თბილისი 2016, 43.

30 ანალიზისთვის იხ. გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 38-39.

31 მაგალითად იხ. აბაშიძე, ა., არგანაშვილი, ა., დეკანოსიძე, თ. და ნაცვლიშვილი, ა. მითითებული კვლევა, სქოლ. 29; დეკანოსიძე, თ., ჩიხლაძე, ნ. და ხარატიშვილი, გ., ქალთა მიმართ სექსუალური ძალადობის დანაშაულებზე მართლმსაჯულების განხორციელება საქართველოში (ევროპის საბჭო 2020).

32 საქმე ციტირებულია: გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 21-22.

33 Leary, M.G. (2016). Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture, Texas Tech Law Review, vol.49, 34-37. ე.წ. ნეო ფემინიზმს პატრიარქატის დასაძლევად ქალისთვის სოციალური და ეკონომიკური პირობების გაუმჯობესება მიაჩნიათ მთავარ ძალად და არა მკაცრი სისხლის სამართალი. Gruber, A. (2012), მითითებული სტატია, სქოლ. 2, 613.

34 Gruber, A. (2012), მითითებული სტატია, სქოლ. 2, 612. Munro, V. მითითებული წიგნი, სქოლ. 5, 753. ასევე იხ. Roffee, J. A. მითითებული წიგნი, სქოლ. 74.

35 Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 31; Buchhandler-Raphael, M. (2011). The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power, Michigan Journal of Gender & Law, vol. 18, 181-182.

36 Tuerkheimer, D. (2015). Rape On and Off Campus, Emory Law Journal, vol. 65, 10-12.

37 აშშ-ს მაგალითზე მსგავსი შედარებისთვის იხ. Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 37-38.

რტის, მის მიმართ საპოლიციო/საპროკურორო უნდობლობისა და მათი აგრესიული დილეტანტიზმის, მოგვიანებით კი გაუპატიურების ვიწრო სამოსამართლო განმარტების გამო, დაზარალებული მეორეჯერ ხდება.[38]

ამდენად, როგორც ზემოთ აღინიშნა, იმისათვის, რომ გაუპატიურების შემადგენლობამ ყველა ის ქმედება მოიცვას, რაც სხვისი სექსუალური თავისუფლების ხელმყოფია, საკანონმდებლო ცვლილებასთან ერთად აუცილებელია პოლიციელების, ჯანდაცვაზე მზრუნველი ორგანოების, ექსპერტების, პროკურორებისა და მოსამართლეების ცნობიერების ამაღლება, მათი განგრძობადი განათლება.[39]

ასევე არანაკლებ მნიშვნელოვანია, რომ ქართველმა მეცნიერებმა, რომლებიც თავიანთი მრავალწლიანი პროფესიული საქმიანობით ავტორიტეტით სარგებლობენ აკადემიურ წრეებში და, ზოგადად, იურისტებში, დროებით გვერდზე გადადონ კვლევები სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის საკითხებიდან და დრო დაუთმონ გაუპატიურების რეკონცეპტუალიზაციას, რაც მთელი მსოფლიოს ყურადღების ქვეშაა დღეს.

დასავლეთის აკადემიურ ტექსტებში სქესობრივი დანაშაულების დეფინიციების გადახედვის პროცესი ჯერ კიდევ 80-იან წლებში დაიწყო, რაზეც უდიდესი გავლენა იქონია მეორე ტალღის ფემინისტთა ნაშრომებმა და აქტივიზმმა, რამაც, თავის მხრივ, გავლენა მოახდინა სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაზეც, მოსამართლეება დაიწყეს გაუპატიურების დამფუძნებელი ელემენტების უფრო ფართო ინტერპრეტაციები, რის შესაძლებლობასაც კანონი იძლეოდა. გაუპატიურების ქართული მოდელიც შეიძლება უფრო ფართოდ განიმარტოს, მაგრამ სამწუხაროდ ამაზე ცოტა წერს და საუბრობს, მეტია საჭირო. სამართლის პროფესორთა მხრიდან თემისადმი მეტი მგრძნობელობის გამოვლენა, თუნდაც სამეცნიერო სტატიების გამოქვეყნებით, ქართული აკადემიური სივრცე მნიშვნელოვნად გამდიდრდებოდა და მეტი შანსი იქნებოდა მოსამართლეების ყურადღების მისაპყრობად.

გაუპატიურების თანამედროვე გაგება, რომელიც გაუპატიურებას სექსზე თანხმობის არარსებობით განსაზღვრავს, ზემოთ აღნიშნული ძველი გაგებისგან დიამეტრულად განსხვავდება. ასეთი გაგება გამომდინარეობს სტამბოლის კონვენციის 36-ე მუხლიდან და ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული გადაწყვეტილებიდან (ევროპული საასამართლო).[40]

2. გაუპატიურებისგან დაცული სამართლებრივი ინტერესი

დღეს, იურისდიქციათა უმეტესობაში, მათ შორის საქართველოში, გაუპატიურებისგან დაცული ინტერესი ადამიანის სექსუალური ავტონომიაა, მისი უფლება – დაცული იყოს არასასურველი სექსუალური კავშირისგან.[41] არსებობს პოზიტიური და ნეგატიური სექსუალური თავისუფლება. გაუპატიურებისგან ნეგატიური თავისუფლებაა დაცული – პირის უფლება დაცული იყოს არასასურველი სექსუალური კავშირისგან.[42] სახელმწიფოს კონტროლი საჭიროა იმ თვალსაზრისით, რომ მან ზღვარი დაიცვას ქმედებათა კრიმინალიზებისას, რათა არ დაარღვიოს ადამიანის პოზიტიური სექსუალური თავისუფლება – უფლება, ჰქონდეს სექსი.[43] მორალის დანაშაულების კრიმინალიზებით სწორედ ეს უფლება იზღუდება, რაც დაუშვებელია.[44]

გაუპატიურების ზიანზე, დაზარალებულზე მის გრძელვადიან და დამანგრეველ ეფექტზე

38 Equality Now, დაბრკოლებები მართლმსაჯულებაში: რატომ ვერ იცავს ევრაზიის ქვეყნების კანონმდებლობა სექსუალური ძალადობის მსხვერპლებს, 2019, 19-20, 23, 26. ასევე იხ. გვგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 18.

39 Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. მითითებული წიგნი, სქოლ. 28, 33-34.

40 M.C. v Bulgaria, appl. no. 39272/98, 4.12.2003. ანალიზისთვის იხ. გვგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 23; Vestergaard, J. (2020). The Rape Law Revision in Denmark: Consent or Voluntariness as the key Criterion? Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, vol. 8(2), 6-7. გაუპატიურება თანხმობის არ არსებობით უფრო ადრე განიმარტა საერთაშორისო სისხლის სამართალში. იხ. The prosecutor v Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 2.9.1998; Prosecutor v Kunarac, Kovač and Vuković, case no. IT-96-23, 22.1.2001.

41 Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 20; Conaghan, J. მითითებული სტატია, სქოლ. 1, 172. გაუპატიურებისგან დაცულ სიკეთედ სექსუალურ ავტონომიასთან ერთად ასევე ადამიანის ღირსებაა მიჩნეული. იხ. Hörnle, T. (2018). Rape as Non – Consensual Sex. In Müller A. & Schaber, P. (eds.) The Routledge Handbook of the Ethics of Consent, London and New York: Routledge, 237.

42 Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 21.

43 იქვე. 24.

44 იქვე.

ყველა თანხმდება.[45] გაუპატიურების კრიმინალიზება სრულ შესაბამისობაშია მილისეული ზიანის პრინციპთან[46] რომლის თანახმადაც, „ერთადერთი მიზეზი, რითაც შეიძლება გამართლეს სახელმწიფოს მხრიდან ძალის გამოყენება ცივილიზებული სამყაროს ნებისმიერი წევრის მიმართ, მისი ნების საწინააღმდეგოდ, ეს ზიანისგან სხვისი დაცვაა".[47]

3. სექსზე თანხმობის არარსებობა როგორც გაუპატიურების დამფუძნებელი ელემენტი

როდესაც ორ ადამიანს სექსი ორმხრივი თანხმობით აქვთ, სექსი ნორმალური ადამიანური ქცევაა, ხოლო როცა თანხმობა ორმხრივი არაა, მაშინ სექსი გაუპატიურებაა.[48]

თანხმობას ზოგი მეცნიერი მორალურად ტრანსფორმაცულს უწოდებს,[49] რაც იმას ნიშნავს, რომ სექსი თანხმობით დაშვებული ქცევაა, ხოლო თანხმობის არარსებობა მას გაუპატურებად აქცევს.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ნებისმიერ ადამიანს აქვს უფლება, დაცული იყოს არასასურველი სქესობრივი კავშირისგან, ეს უფლება სხვას ართმევს შესაძლებლობას, იმოქმედოს ამ უფლების მფლობელის ნების საწინააღმდეგოდ. აკადემიურ ტექსტებში გამოთქმული სწორი მოსაზრებით, იმ შემთხვევაში, როდესაც, ვთქვათ, ვინმე ა. თავად ამბობს უარს უფლებაზე და, მაშასადამე, სქესობრივ აქტთან დაკავშირებით ბ-ს აძლევს თანხმობას, ეს ნიშნავს, ერთი მხრივ, თანხმობის მიმცემის უარს საკუთარ უფლებაზე ,რომ დაცული იყოს სექსუალური შეხებისგან და, მეორე მხრივ, სხვა ადამიანისთვის, ვისაც თანხმობა მისცეს, ვალდებულების მოშლას, თავი შეიკავოს მსგავსი მოქმედებისგან.[50] ურთიერთობაში, სადაც პირებმა ერთმანეთს თავისუფალი თანხმობა მისცეს, არც სექსუალური ავტონომიის სახელმწიფოსგან დაცვის ინტერესი არსებობს და, მაშასადამე, სახელმწიფომაც თავი უნდა შეიკავოს ჩარევისგან (ადამიანები ამას მოითხოვენ სახელმწიფოსგან[51]), წინააღმდეგ შემთხვევაში, დაარღვევს პირთა პოზიტიურ სექსუალურ თავისუფლებას.

იმისთვის, რომ თანხმობა ვალიდური იყოს, ის უნდა იყოს თავისუფალი და აგენტს შეცნობილი უნდა ჰქონდეს ქმედების არსი.[52]

ტრადიციულ ქართულ აკადემიურ ტექსტებში (და არა მხოლოდ ქართული) ყველა გაუპატიურების მაგალითი ქალზე უცხო კაცის თავდასხმასა და ფიზიკურად ცემას ეხება, სადაც ქალი მაქსიმალურად წევს წინააღმდეგობას. ქართული სასამართლო პრაქტიკის ანალიზიც ცხადყოფს, რომ გაუპატიურების სწორედ ასეთი პარადიგმაა მიღებული. მაშინ როცა სხვადასხვა ქვეყანაში ჩატარებული კვლევები ცხადყოფს, რომ ქალი გაუპატიურების მსხვერპლი ხშირად სწორედ ნაცნობი მამაკაცისგან ხდება, რა დროსაც ფიზიკურ ძალაზე მეტად იძულების სხვა ფორმები გამოიყენება, რაც დაუსჯელი რჩება.[53] ხშირად ისე ხდება, რომ ქალის უარს სქესობრივ კავშირზე პარტნიორი კაცის მხრიდან რისხვა და სასტიკი ძალადობა მოჰყოლია, ამიტომ დაზარალებული, ფიზიკური ტკივილის თავიდან ასაცილებლად, ხშირად „თანამშრომლობს" მოძალადესთან,[54] შეიძლება თავადვე გაუძღვეს საძინებელ ოთახამდე, რაც სექსზე თანხმობას არ ნიშნავს.

4. თანხმობის მოდელები

თანხმობის არარსებობაზე დაფუძნებული გაუპატიურების დეფინიციები განსხვავდება ერთმანეთისგან. ორ მოდელს განასხვავებენ, ესენია: „დიახ" მოდელი (მხოლოდ დიახ ნიშნავს

45 Herman, J. (2015). Trauma and Recovery. The Aftermath of Violence-From Domestic Abuse to Political Terror, New York: Basic books, 51-51, 256-257; Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 31.

46 Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 43.

47 Mill, J.S. (Edited 2001). On Liberty, Kitchener: Batoche Books, 13. ზიანის პრინციპის ანალიზისთვის იხ. გეგელია, თ. (2021). კარი 2 – ზიანის პრინციპი. წიგნში ბრაჭველი, ს., გეგელია თ., გელაშვილი, თ. და მელაძე, გ. სისხლის სამართლის მოქმედების ფარგლები (გამოქვეყნდება).

48 Baker, K.K. & Oberman, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 2, 64.

49 Wertheimer, A. (2002). Consent and Sexual Relations. In Soble, A. (ed.) The Philosophy of Sex, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 342.

50 Bergelson, V. (2014). The Meaning of Consent, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 12, 172; Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 25.

51 Bergelson, V. მითითებული სტატია, სქოლ. 50, 172.

52 Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 28-29.

53 Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 31-32; Daly, K. Sexual Violence and Justice How and Why Context Matters. მითითებული წიგნი, სქოლ. 19, 36; Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. მითითებული წიგნი, სქოლ. 28, 17-18.

54 Tuerkheimer, D. (2016). Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 13(2), 459-460; Daly, K. მითითებული წიგნი, სქოლ. 19, 47. მსგავსი ქართული საქმის ანალიზისთვის იხ. გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 36.

დიახს) და ე.წ. „ვეტო" მოდელი („ვეტო" ნიშნავს „არას").

„დიახ" მოდელისთვის[55] სექსი რომ გაუპატიურებად არ შეფასდეს, ამისთვის აუცილებელია წინასწარი კომუნიკაცია და მხარეების მხრიდან დასტური სექსზე.[56] ხოლო მეორე მოდელის („არა" მოდელი)[57] თანახმად, ქმედება რომ გაუპატიურებად შეფასდეს, პირის უარი უნდა იყოს სექსზე. შესაბამისად, ამ მოდელის მიხედვით, იქ, სადაც წინადადებას სექსზე ნეგატიურად არ პასუხობენ, გაუპატიურება ვერ იქნება.[58] „არა" მოდელს აკრიტიკებენ, რომ ის ვერ ფარავს ისეთ სიტუაციებს, რა დროსაც დაზარალებულს არ ჰქონდა შესაძლებლობა, უარი ეთქვა სექსზე, მაგალითად, დამაშინებელი გარემოს დროს ან უმწეო მდგომარეობის კლასიკური შემთხვევების დროს. წმინდა „არა" მოდელი არ არის აღიარებული არც ერთი იურისდიქციით. იმ სიტუციებთან მიმართებით, რომელთაც უკანასკნელი ვერ ფარავს, „დიახ" მოდელი გამოიყენება, ამდენად მას შერეულ მოდელს უწოდებენ (მაგ. გერმანია).

თანხმობის შესაფასებლად ბევრი მეცნიერი კონტექსტის მნიშვნელობაზე საუბრობს, იმაზე, თუ როგორ ურთიერთობაში არიან პირები, ერთმანეთთან როგორ კომუნიკაციობენ სექსთან დაკავშირებით.[59]

ჰორნლე იმ მეცნიერებს შორისაა, რომელიც თანხმობის არსებობის დადასტურებად არ კმარობს მხოლოდ ნაგულიხმევ თანხმობას, ის გარეგნულად უნდა იყოს გამოხატული, რაც სექსის მონაწილეებს თავიდან აარიდებს გაუგებრობას და შეცდომებს.[60] ამის გამო, ის ემხრობა გერმანულ მოდელს, რომლის ძირითადი ნაწილი „არა" მოდელის ილუსტრაციაა,[61] ხოლო შემთხვევები, რასაც ის ვერ ფარავს, ნორმის სხვა ნაწილითაა გათვალისწინებული (შიშით გაქვავების შემთხვევა თუ სხვა, რა დროსაც დაზარალებული მოკლებულია შესაძლებლობას, საკუთარი არჩევანი გააკეთოს).[62] ამდენად, გერმანული მოდელი გაუპატიურებისა, რომელიც თანხმობის არარსებობას ემყარება, თანხმობის შერეული მოდელია.[63] ჩვეულებრივ სიტუაციაში, რაც დაზარალებულისთვის დამაშინებელი არაა, დაზარალებულს „ევალება"[64] მკაფიოდ გამოხატოს, თუ მას არ სურს სექსი, ამისთვის ერთხელ „არას" თქმაც საკმარისია (ვერბალური თუ სხვა სახით გამოხატული – წუხილი, ტირილი ა.შ).[65] ხოლო სიტუაციებში, სადაც კომუნიკაციის საშუალება უბრალოდ არ ჰქონდა (ძალიან სწრაფად მოხდა პენეტრაცია) ან დამაშინებელ გარემოში იყო, ან ტრადიციული გაგებით უმწეო მდგომარეობაში (გონება აქვს დაკარგული, ძინავს და ა.შ), ამ შემთხვევებზე „დიახ" მოდელის პირობები ვრცელდება, რაც იმას ნიშნავს, რომ თუკი პირისგან არ გაქვს თანხმობა – სექსი გაუპატიურებაა. უმწეობის გარკვეულ შემთხვევებში არც „დიახ" არის საკამარისი. მაგალითად, მცირე ასაკის ბავშვის თანხმობის მიუხედავად მასთან სქესობრივი კავშირი per se გაუპატიურებაა. ჰორნლე სცენარში, სადაც პირი შემოთავაზებულ წინადადებაზე – ჰქონდეთ სექსი – მართალია, „არას" არ ამბობს, ანუ ამ მხრივ პასიურია, თუმცა სხვა მისი მოქმედებები შეიძლება თანხმობაზე მიანიშნებდეს, რაც მეორე მხარისთვის შეცდომაში შემყვანი შეიძლება იყოს, ავტორის თქმით, ასეთ სცენარში სექსი ვერ გახდება პირის მსჯავრდების საფუძველი.[66] სწორედ ასეთ ამბივალენტურ

55 კრიტკისთვის იხ. Soble, A. (2002). Antioch's "Sexual Offense Policy": A Philosophical Exploration. მითითებული წიგნი, სქოლ. 49, 330-335; Buchhandler-Raphael, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 35, 158-159; Kaplan, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 22, 1057-1058.

56 განმარტებისთვის იხ. Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 83-84.

57 კრიტიკისთვის იხ. Kaplan, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 22, 1054; Buchhandler-Raphael, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 35, 163-164.

58 განმარტებისთვის იხ. Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 81-82.

59 Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 28; Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 239; Wertheimer, A. მითითებული წიგნი, სქოლ.49, 347.

60 Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 128.

61 იქვე. 129; Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 240.

62 Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 128; Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 240.

63 Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 131.

64 Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 239; Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 128; Buchhandler-Raphael, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 35, 160. თანხმობის დეფინიციის, როგორც გაუპატიურების დამფუძნებელი ელემენტის, კრიტიკისთვის იხ. Mackinnon, C. A. მითითებული წიგნი, სქოლ. 9, 286-289; Mackinnon, C. A. (2016). Rape Redefined, Harvard Law and Policy Review, vol. 10, 447. თუმცა მაკქინონი რა მაგალითებითაც ცდილობს „თანხმობის" გამოუსადეგარობის წარმოჩენას, ეს თანხმობის პრაქტიკაში განმარტების პრობლემებია, რადგან აკადემიურ ტექსტებში ყველა ეს მაგალითი (მაგ. სქესობრივი აქტი ადამიანთან რომელმაც ნება ვერ გამოხატა შიშისგან – შიშივან გაყინვა/გაქვავება ა.შ.) გაუპატიურებად ფასდება თანხმობის არ არსებობის გამო. ეს შემთხვევები გაუპატიურებად ფასდება ასევე აშშ-ს იმ სამ შტატში რომელიც გაუპატიურების „დიახ მოდელს" ითვალისწინებს. იხ. Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 454-462.

65 Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 129.

66 იქვე. 130.

სიტუაციებში ავტორი ეთანხმება დაზარალებულისთვის იმის დავალებას, რომ ცხადი გახადოს სექსთან დაკავშირებით მისი განწყობა, თუ არ სურს,[67] თუ დამაშინებელი გარემოება არაა ან სხვაგვარი სუბორდინაცია. უკანასკნელის დროს ამბივალენტური სიტუაციით სარგებლობაც ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება და მაშასადამე, გაუპატიურებაა.[68]

ტურკჰეიმერის სამართლებრივი ანალიზის მიხედვით, წმინდა თანხმობის მოდელი ე.წ. „დიახ" მოდელი აღიარებულია ამერიკის სამ შტატში (ნიუ ჯერსი, ვისკონსინი და ვერმონტი).[69] ავტორი ჩამოთვლილი შტატების სასამართლო პრაქტიკის შესწავლით საუბრობს, რომ „დიახ მოდელი" წარმატებით ფარავს შემთხვევებს, რომელიც ცვლილებამდე გაუპატიურების მიღმა რჩებოდა. ასეთ საქმეებს შორის ავტორი ძირითადად ციტირებს მოძალადის მხრიდან დამაშინებელი გარემოს ბოროტად გამოყენებისა და სხვა შემთხვევებს, როდესაც დაზარალებულის ნების უგულვებელყოფით მოხდა მის სხეულში სექსუალური ხასიათის შეღწევა.[70] ამ საქმეებში ძალიან იშვიათად მოხდა ბრალდებულის მხრიდან თავის დასაცავად „დამაბნეველ სიგნალებზე" მითითება, რომ თითქოს მის შეთავაზებას სექსზე დაზარალებულმა ისე უპასუხა, რომ მან თანხმობად აღიქვა.[71] ასეთ საქმეებში ძირითადი მტკიცებულება დაზარალებულის ჩვენებაა, რომელიც აღწერს ფაქტებს, ხოლო ბრალდებულის ჩვენება არა რაიმე ახალი ფაქტზე მითითებაა, რითაც, ვთქვათ, გაანეტრალებდა დაზარალებულის ჩვენებას და ნაკლებად სარწმუნოს გახდიდა მას, არამედ მომხდარის შესახებ მისი ინტერპრეტაციებია. ასეთი ინტერპრეტაციები მოსამართლისა და ნაფიცი მსაჯულებისთვის სარწმუნო არ გამხდა არც ერთ საქმეში, რომელიც ტურკჰეიმერს აქვს მითითებული თავის ნაშრომში.

„დიახ" მოდელის მომხრეები ხაზს უსვამენ ამ მოდელის მნიშვნელობას კულტურის ცვლილებისთვის, სადაც სექსის წინ კომუნიკაციაა (ვერბალური ან არავერბალური მაგრამ აშკარა) საჭირო, რითაც ნორმა ადრესატებს კეთილსინდისიერად ატყობინებს, თუ რა არის საჭირო იმისთვის, რომ ქმედება ნებადართული იყოს.[72] სექსის წინ გამოთქმული თანხმობა ყოველთვის არაა რელევანტური, მაგალითად, თანხმობა, რომელიც შიშის გამო თქვა დაზარალებულმა.[73]

თანხმობა არაა აუცილებელი მაინცდამაინც ვერბალური იყოს,[74] ის შეიძლება სხეულის ენით გამოიხატოს, კოცნით და ა.შ. ასევე მნიშვნელოვანია კონტექსტის ანალიზი, რადგან ადამიანები, რომლებიც ერთმანეთს კარგად იცნობენ და დიდი ხანია აქვთ ურთიერთობა, იქ სექსზე შეთავაზებაზე ღიმილით პასუხიც შეიძლება თანხმობა.[75]

სოციალურ ქსელებსა თუ აკადემიურ ლიტერატურაში ხშირად გამოხატავენ შიშებს მოსალოდნელ ცვლილებასთან დაკავშირებით, რომ თითქოს სექსსა და გაუპატიურებას შორის წითელი ხაზის გავლება თანხმობის არარსებობით სახიფათოა, რადგან ამან შესაძლოა გამოიწვიოს ქმედებათა გადაჭარბებული კრიმინალიზება,[76] ასევე მტკიცებულებითი სტანდარტის გაუფასურება, რასაც ასევე საქმის სამართლიანი განხილვის უფლების გაუმართლებელი შეზღუდვაც მოჰყვება.[77] ეს შიშები რომ ირაციონალურია და ცვლილების სხვადასხვა ასპექტთან მიმართებით დიდწილად გადაჭარბებული,[78] ქართული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების ანალიზიც ცხადყოფს, რაზეც ქვემოთ გამახვილდება ყურადღება.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი თანხმობის არარსებობაზე დაფუძნებულ არაერთ დელიქტს იცნობს. მათ შორისაა, მფლობელობის ხელშეუხებლობის დარღვევა, ქურდობა/ძარცვა, თავისუფლების უკანონო აღკვეთა.[79] ჩამოთვლილ დანაშაულებთან მიმართებით მნიშვნელოვანია იმის დამტკიცება, რომ რაღაც ქმედება (მაგ. ნივთის მესაკუთრის მფლობელობიდან ამოღება ქურდობის და ძარცვის დროს) დაზარალებულის მიმართ უკანასკნელის თანხმობის გარეშე მოხდა, რადგან თუკი მესაკუთრის ნებით აიღო პირმა მისი ნივთი ან შევიდა მის მფლობელობაში, არც ქურდობა იქნება და

67 იქვე. 130-131.
68 იქვე. 131.
69 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 451.
70 იქვე. 454-460.
71 ანალიზისთვის იხ. Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. მითითებული წიგნი, სქოლ. 28, 19.
72 Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 33-34; Jacobsen, J. & Skilbrei, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 7, 94.
73 Wertheimer, A. მითითებული წიგნი, სქოლ.49, 350.
74 იქვე. 347.
75 იქვე.
76 Gruber, A. (2012), მითითებული სტატია, სქოლ. 2, 609-610. ანალიზისთვის ასევე იხ. Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 48.
77 ამ არგუმენტების ანალიზისთვის იხ. Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 49.
78 იქვე. 49-50.
79 Bergelson, V. (2008). Consent to Harm, Pace Law Review, vol. 28 (4), 696; Kapsaski, I. (2017). Dignity, Rights, and the Role of Consent in German Criminal Law, San Diego Law Review, vol. 54(2), 407.

არც ბინის ხელშეუხებლობის დარღვევა, რადგან თავად მესაკუთრემ თქვა ამ უფლებაზე უარი. ე.ი ეს ქმედებები თავისთავად ცუდი არაა, ცუდი ხდება თანხმობის გარეშე. საქართველოს სასამართლოს მსგავსი დანაშაულების დადგენის მრავალწლიანი გამოცდილება აქვს. თუკი საქართველოს საერთო სასამართლოების პრაქტიკას ამ მიმართულებით გადავხედავთ, დავინახავთ, რომ არავითარ პრობლემას არ ქმნის მტკიცებულებითი სტანდარტის დაცვით მათი დამტკიცება. მაგალითად, სსკ-ის 160-ე მუხლის ერთ-ერთ საქმეში საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ გამამართლებელი განაჩენი გამოიტანა, რადგან მისი შეფასებით, სხვა პირს ვერ ეცოდინებოდა, რომ შემოუღობავი მიწის ნაკვეთი სხვისი საკუთრება იყო,[80] ხოლო სხვა საქმეში სასამართლომ გამამტყუნებელი განაჩენი გამოიტანა მოწმეთა (მესაკუთრე და პოლიცელი) ჩვენების საფუძველზე, რომ პირი სხვის სახლში ნებართვის გარეშე შევიდა.[81] ასევე აღსანიშნავია სხვა საქმე, სადაც მოსამართლე ხაზს უსვამს ამ დანაშაულის დამფუძნებელ მთავარ ელემენტს – „მკაფიოდ გამოხატული ნება",[82] რომლის გამოკვლევასაც უთმობენ დროს, რომ საქმეში სიმართლე დადგინდეს.

საილუსტრაციოდ ასევე გამოდგება 2016 წლის ბათუმის საქალაქო სასამართლოს განაჩენი, რომლითაც პირი გამტყუნდა ძარცვისთვის. მტკიცებულებათა ერთობლიობა, რასაც განაჩენი დაემყარა, ქალის ჩვენება იყო, რომ მობილური ტელეფონი მისი ნების გარეშე წაიღო ყოფილმა პარტნიორმა და არ უბრუნებდა. სხვა მტკიცებულებებით კი მხოლოდ ის ფაქტი იყო დადასტურებული, რომ მობილური ტელეფონი ნამდვილად მას ეკუთვნოდა.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ძარცვაც თანხმობის არარსებობაზე დაფუძნებული დელიქტია. თავისთავად სხვისი ნივთის აღება არ ქმნის ამ დანაშაულს, არამედ ეს აკრძალულია მესაკუთრის თანხმობის გარეშე.[83] შესაბამისად ასეთ საქმეებში მთავარი მტკიცებულება არის თანხმობის არარსებობის დადასტურება.[84] ზემოთ აღნიშნულ საქმეში, მოსამართლეს ეჭვი არ შეუტანია ქალის ჩვენებაში, რომ თანხმობის გარეშე წაიღეს მისი ნივთი,[85] სხვა მტიცებულებები კი თავისთავად „დანაშაულებრივს" არაფერს ადასტურებდნენ. ამის შემდეგ კითხვა, თუ რატომ არ კმარობს ერთ მტკიცებულებას იგივე მოსამართლე გაუპატიურებასთან მიმართებით, რელევანტურია. აღსანიშნავია, რომ იმავე საქმეში პირი გამართლდა გაუპატიურების ბრალდებაში,[86] რასთან მიმართებითაც ქალის ჩვენება სარწმუნოდ არ მიიჩნია მოსამართლემ, მიუხედავად იმისა, რომ მის ჩვენებას შეესაბამებოდა ექსპერტის დასკვნით დადგენილი ფაქტებიც. კერძოდ, საშოს კარიბჭის შესასვლელთან ქვემო სეგმენტში არასწორი ფორმის ნაჭდევი და ქალის საცვალზე დარჩენილი სპერმა, რომელიც მოძალადეს ეკუთვნოდა.[87] მოსამართლე დაზარალებულის ურთიერთსაწინააღმდეგო ჩვენების წარმოსაჩენად მიუთითებს ფაქტზე, რომ თავდაპირველად მან დამალა „გაუპატიურების ფაქტი".[88] გაუპატიურების ფაქტი შეიძლება უმალვე არ გაამჟღავნოს დაზარალებულმა მრავალი მიზეზით, მათ შორის, სირცხვილის გრძნობის და იმ სოციალური სტიგმის შიშით, რაც ქართულ საზოგადოებაში ახლავს თან ამ ტიპის დანაშაულებს, რის მიმართაც მოსამართლეს არ გამოაჩნდა საკმარისი მგრძნობელობა და გაგება. ამდენად, ქალის ჩვენება a priori ტყუილია მხოლოდ სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებით, ხოლო საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებზე მისი ნდობა დაუშვა მოსამართლემ და გამამტყუნებელი განაჩენი მხოლოდ მის ჩვენებას დაამყარა.

---

80 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განაჩენი #2კ-212აპ.-19, პარ. 10, 22.1. 2021.

81 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განაჩენი #2კ-435აპ.-19, 22.11.2019.

82 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება #2კ-8აპ.-20, პარ. 7, 18.12.2020.

83 Bergelson, V. მითითებული სტატია, სქოლ. 79, 696.

84 ქურდობის შემადგენლობისა და გაუპატიურების მტკიცების სტანდარტის ურთიერთშედარება აქვს ასევე Mary Graw Leary. იხ. Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 41; Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 34.

85 იხ. ბათუმის საქალაქო სასამართლოს განაჩენი, 21.3.2016. საჯარო ინფორმაციის გამოთხოვის შესახებ მიმართვა #162, პარ. 17. „[დაზარალებულის] ჩვენების ანალიზით დადგენილია, რომ მას [ბრალდებულისთვის] მისი კუთვნილი ნივთების – მათ შორის მობილური ტელეფონის წაღების უფლება არ მიუცია."

86 აღსანიშნავია, რომ ამ საქმეში საბოლოოდ ქუთაისის სააპელაციო სასამართლომ გაამტყუნა პირი გაუპატიურების ბრალდებაში, რაც თავის მხრივ უცვლელი დატოვა საქართველოს უზენაესმა სასამართლომაც. თუმცა მოცემულ საქმეში, როგორც სტატიაშია აღნიშნული, გარდა დაზარალებულის ჩვენებისა და კონტექსტისა, რაშიც ჩადენილ იქნა აქტი, სხვა არაერთი ფაქტობრივი მტკიცებულება მიუთითებდა გაუპატიურებაზე. იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება #88აგ.-2018, 15.3.2019.

87 ბათუმის საქალაქო სასამართლოს განაჩენი, 21.3.2016. საჯარო ინფორმაციის გამოთხოვის შესახებ მიმართვა #162, პარ. 31.

88 იქვე.

ეს საქმე ნათელი დემონსტირებაა იმისა, თუ რამხელა უარყოფით გავლენას ახდენს გენდერული სტერეოტიპები სექსობრივი დანაშაულების განხილვაზე, ასევე იმის ილუსტრაციაცაა თუ როგორი ორმაგი სტანდარტია გაუპატიურებისა და სხვა დანარჩენი დანაშაულების მიმართ.

როდესაც გაუპატიურების მატერიალურ/პროცესუალურ მოდიფიცირებაზე საუბრობენ, აქ იგულისხმება არა ახალი სპეციალური სტანდარტის შექმნა, არამედ უკვე არსებულისა და დამკვიდრებულის გავრცელება მასზე. დღევანდელი მართლმსაჯულება გაუპატიურების საქმეებზე ცალსახად დისკრიმინაციულია. შესაბამისად, თანხმობაზე დაფუძნებული გაუპატიურების შემოღებასთან დაკავშირებული შიშები, რომ თითქოს დაიწევს მტკიცებულებითი სტანდარტი, ან ისეთი ქმედების კრიმინალიზებას გამოიწვევს, რაც არ უნდა ისჯებოდეს, ირაციონალაურია.[89] სიახლე ითხოვს საერთო სტანდარტს ყველა დანაშაულის მიმართ, დისკრიმინაციული მართლმსაჯულების შეცვლას, რაც აუცილებლად უნდა გამოსწორდეს.

5. კრიმინალიზაციის საზღვრები

გაუპატიურების დეფინიცია სამართლებრივი კატეგორიისაა, ამიტომ ლოგიკურია, რომ ყველაფერი, რაც არაეთიკურია, გაუპატიურების შემადგენლობას ვერ მოიცავს.[90] გაუპატიურების ფარგლების დადგენა მნიშვნელოვნადაა დამოკიდებული, თუ ვინ განმარტავს მას, რომელი იდეოლოგიის მქონე ადამიანი.[91] ამიტომ მნიშვნელოვანია, რომ გაუპატიურების განმარტებისას ის მთლიანად გასუფთავდეს მორალური წარმოდგენებისგან და აქცენტი გაკეთდეს სამართლებრივ ინტერესზე, იმაზე, თუ რამდენად იყო ან არ იყო სექსზე გაცემული თანხმობა თავისუფალი. ასეთი განმარტებით სრულწლოვან ქალთან სექსი, რომელიც რაიმე არაეთიკური პირობით მოხდა, მაიძულებელი ფაქტორების გარეშე (ვთქვათ ფულის სანაცვლოდ სექსი,[92] ან ქორწინების ცრუ დაპირებით სექსი[93] და ა.შ.[94]) გაუპატიურებაა, რაც არაა გასაზიარებელი.[95] სრულწლოვანი ქალის გაუპატიურების მსხვერპლად მიჩნევა მაშინ, როცა მან თანხმობა თავისი ნებით მისცა,[96] მომეტებული პატერნალიზმია და ზედმეტად აფართოებს გაუპატიურების შემადგენლობას,[97] რაც საბოლოოდ ინდივიდის პოზიტიურ სექსუალურ თავისუფლებას ზღუდავს.[98] გადაჭარბებული კრიმინალიზების საწინააღმდეგოდ ვესტი წერს, რომ მას კარგი არაფერი მოაქვს გაუპატიურების განმსაზღვრელი კანონის რეფორმისთვის, არამედ კიდე უფრო მეტ უნდობლობას და შიშს ნერგავს ოპონენტებში, რაც საბოლოოდ რეფორმას უღებს ბოლოს.[99] იგივე ავტორი სამართლიანად აღნიშნავს, რომ პატრიარქატის დაძლევის მექანიზმად მხოლოდ სისხლის სამართლის გამოყენება სახიფათოა.[100] ასეთსავე შიშებს გამოთქვამენ სხვა მეცნიერებიც, რომ გაუპატიურების საზღვრების გადახედვა სი-

89 გაუპატიურების შემადგენლობის ცვლილებასთან დაკავშირებული შიშებისა და ორმაგი სტანდარტის კრიტიკისთვის იხ. Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 45; Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 86-87.

90 Conaghan, J. მითითებული სტატია, სქოლ. 1, 153.

91 იქვე.

92 მითითებული ქმედების გაუპატიურებად შეფასება გავრცელებული მოსაზრებით არაა მხარდაჭერილი. იხ. Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 132.

93 მოტყუება ორი სახისა: პირველი ქმედების სექსუალურ მნიშვნელობას ეხება, მეორე კი - შეთანხმების რომელიმე ასპექტს, რომელიც არაა დაკავშირებული ქმედების არსთან. პირველი გაუპატიურებაა, ხოლო მეორე სახის ტყუილით ჩადენილი სექსუალური ხასიათის ქმედება - არა. ამ აზრის მხარდამჭერი არგუმენტებისთვის იხ. Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 241. გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 43.

94 მაგალითად, ალკოჰოლური თუ სხვა სახის თრობის ქვეშ მყოფი ადამიანის თანხმობა სექსზე ნებელობითია და გაუპატიურებად არ შეფასდება, მაგრამ იმ შემთხვევაში როდესაც სიმთვრალის გამო პირს უარის თქმის შესაძლებლობა წართმეული აქვს, მასთან სექსი გაუპატიურება. იხ. Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 457.

95 ანალიზისთვის იხ. Conaghan, J. მითითებული სტატია, სქოლ. 1, 160-161.

96 სოციალურ-ეკონომიკური კონტექსტებითა და გენდერული უთანასწორობით გაუპატიურების დეფინიციის გაფართოების მომხრეა კ. მაკქინონი, ის, მაგალითად სექსსამუშაოს ნებისმიერ შემთხვევაში გაუპატიურებად აფასებს. მისი შეფასებით „თანხმობა" ამ ურთიერთობაში შეუძლებელია არსებობდეს. იხ. Mackinnon, C. A. მითითებული წიგნი, სქოლ. 9, 167, 171, 290. Mackinnon, C. A. მითითებული სტატია, სქოლ. 64, 447-448. მსგავსი მოაზრებისთვის იხ. Herring J. (2009). Relational Autonomy and Rape. In S. Day Sclater, F. Ebtehaj, E. Jackson & M. Richards (eds.), Ragulating Autonomy, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 53, 63, 68.

97 მაგალითად, სექსი ფულის სანაცვლოდ (სექსსამუშაო) არ არის გაუპატიურება. ანალიზისთვის იხ. Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 133.

98 West, R. (2008). Sex, Law, and Consent, Georgetown Law, Faculty Working Papers, 7,12.

99 იქვე. 12.

100 იქვე. 13.

ფრთხილით უნდა მოხდეს.[101] პრობლემას ქალის პოზიტიური სექსუალური თავისუფლების შეზღუდვის კუთხით აანალიზებენ, რომ პატერნალისტური მიდგომა ქალსაც ვნებს.[102]

მთავარი, რითაც უნდა ვიხელმძღვანელოთ ქმედების გაუპატიურებად შეფასებისას, ესაა სექსში მონაწილე იყო თუ არა თავისუფალი, თავად გააკეთა თუ არა ეს არჩევანი, რამდენად იყო ის ავტონომიური აგენტი.[103] უკანასკნელ შემთხვევაში, რაც არ უნდა არაეთიკური იყოს ვინმეს საზომით სექსის შეთავაზება და შემდეგ მასზე თანხმობის მიღება, გაუპატიურება ვერ იქნება.

მნიშვნელოვანია იმის აღნიშვნა, რომ სურვილი და თანხმობა ერთი და იგივე მნიშნელობის არაა სექსის შეფასებისთვის.[104] არასასურველი სექსიც შეიძლება იყოს თავისუფალი. არასასურველ სექსზე დათანხმება მრავალი მიზეზით შეიძლება მოხდეს ქალისგანაც და კაცისგანაც, სექსისა და გაუპატიურებას შორის დემარკაციის ხაზი თავისუფალ თანხმობაზე უნდა გავავლოთ.

6. MENS REA

გაუპატიურების საზღვრებისთვის არანაკლებ მნიშვნელოვანია თანხმობის mens rea ანუ პირის მხრიდან თანხმობის ცოდნის ხარისხი დადგენა. როგორც აკადემიურ ტექსტებში სწორადაა შენიშნული, სექსის დაწყებამდე კომუნიკაციის მნიშვნელობაზე ინფორმაციას მხოლოდ სისხლის სამართლიდან არ უნდა იღებდეს ადამიანი, ამას უნდა ასწავლიდნენ სკოლიდან.[105] შეცდომამ თანხმობასთან დაკავშირებით მაშინ უნდა გამორიცხოს ცოდნა – სუბიექტური მხარე, და მაშასადამე, პასუხისმგებლობაც, თუ ეს შეცდომა თავიდან აცილებადი არ იყო, ე.ი. შეცდომა კეთილგონიერ ადამიანსაც მოუვიდოდა.[106] მაშასადამე, როდესაც ადამიანი დაბნეულია მეორე ადამიანის მხრიდან მიცემული თანხმობის თაობაზე, ამის შეფასებისა და პასუხისმგებლობის გამორიცხვისთვის სისხლის სამართალი კარს ღიას ტოვებს,[107] რაც ასევე მნიშვნელოვანი საზღვარია იმისა, რომ გადაჭარბებული კრიმინალიზება არ მოხდეს სექსუალური ხასიათის ქმედებებისა. ამდენად, თანხმობის შეფასებისას დაშვებული შეცდომა ირელევანტურია, თუ პირი მინიმუმ დაუდევრად მოქმედებდა.[108] სწორედ ეს მოწმდება ნაფიცი მსაჯულებისა და სასამართლოს მხრიდან თანხმობაზე დაფუძნებული გაუპატიურების საქმეებში და როგორც მაგალითად, აშშ-ის სასამართლო პრაქტიკის ანალიზმა აჩვენა, რომ იგი ძალიან იშვიათ შემთხვევაში უთითებს ბრალდებულის შეცდომაზე, რასაც შეიძლება ადგილი ჰქონდეს ამბივალენტური გარემოებების დროს, სექსის მონაწილისგან „დამაბნეველი სიგნალების“ მიღებისას.[109] „დამაბნეველი“ შეიძლება იყოს ისეთი სიტუაცია, როდესაც ნაწილი მოქმედებებისა სექსთან დაკავშირებით წამახალისებელია, ხოლო მოქმედებების ნაწილი – არა.[110] თუმცა, როგორც პრაქტიკამ აჩვენა, ის შიშები, რომელიც თანხმობის მოდელს მიემართება, რომ თითქოს უდანაშაულო ადამიანის მჯავრდების რისკებს შეიცავს, ემპირიულად არ დადასტურებულა.[111] არც გაუპატიურების სტატისტიკაა გაზრდილი ამ ქვეყნებში.[112] თუმცა თანხმობის მოდელის დადებითი ტენდენციები მაინც შეინიშნება პრაქტიკაში, სასამართლოები გაუპატიურებად აფასებენ ისეთ შემთხვევებს ,სადაც ქალმა შიშისგან გაყინვის, თუ მოულოდნელობის გამო კომუნიკაციაც კი ვერ მოასწრო, ისე დაამყარეს მასთან სქესობრივი კავშირი.[113] რაც ძველი მოდელით კვალიფიკაციის მიღმა დარჩებოდა, მოძალადე კი დაუსჯელი, რაც დაუცველს ტოვებდა ადამიანებს არასასურველი სქესობრივი კავშირებისგან.

---

101 Wertheimer, A. მითითებული წიგნი, სქოლ.49, 359.
102 იქვე.
103 Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 133.
104 West, R. მითითებული სტატია, სქოლ. 98, 23-24.
105 Munro, V. მითითებული წიგნი, სქოლ. 5, 752.
106 იქვე. 752; Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 46; Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 239.
107 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 467.
108 გერმანული მოდელი თანხმობასთან მიმართებით მინიმუმ არაპირდაპირ განზრახვის დადგენას ითხოვს, რაც გაკრიტიკებულია აკადემიურ ტექსტებში, რადგან მოძალადის პასუხისმგებლობისგან დასაძრომად გაუმართლებლად მეტ ხვრელს ტოვებს. იხ. Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 243; Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 96-98. ევროპის რამდენიმე ქვეყანაში კრიმინალიზდა გაუპატიურება დაუდევრობით, როგორც დამოუკიდებელი შემადგენლობა. იხ. Jacobsen, J. & Skilbrei, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 7, 87; Bladini, M. & Andersson, W.S. მითითებული სტატია, სქოლ. 7, 96.
109 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 464, 468.
110 Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 239.
111 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 464, 467.
112 Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. მითითებული წიგნი, სქოლ. 28, 16.
113 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 454-462.

შეუძლებელია არ გაიზიარო სამართლის პროფესორების ის მოსაზრება, რომ ერთია, როცა გაუპატიურების შემადგენლობის მთავარ ელემენტად სექსზე თანხმობის არარსებობას განსაზღვრავ და მეორე, ასეთივე მნიშვნელობისაა, თუ როგორ განიმარტება ის,[114] ამისთვის კი აუცილებელია სამართლის მეცნიერების აქტიურობა, დისკუსიები საკითხის ირგვლივ და სასამართლოს მუდმივი მონიტორინგი. სხვა გამოსავლად მეცნიერებს ასევე ის მიაჩნიათ, რომ „თანხმობის არარსებობა" არ იკმაროს კანონმდებელმა და მაქსიმალურად ჩამოთვალოს მასში მოაზრებული ქმედებები,[115] თუმცა ამ აზრს მოწინააღმდეგეებიც ჰყავს.[116]

დასკვნითი შენიშვნები

სოციალური ურთიერთობები მრავალფეროვანია, ამიტომაც ძალადობის გარდა ადამიანის ნეგატიური სექსუალური თავისუფლება შეიძლება დაირღვეს სხვა არაერთი ქმედებით, რომელთაც უნდა ფარავდეს გაუპატიურების დეფინიცია. გაუპატიურების შუასაუკუნეობრივი გაგება უნდა შეიცვალოს არა მხოლოდ ფორმალურ დონეზე, არამედ პრაქტიკულადაც, მისი სამოსამართლო განმარტებაც.

გაუპატიურების შემადგენლობის რეკონცეფტუალიზაცია მოითხოვს გაუპატიურების შემადგენლობის სექსზე თავისუფალი თანხმობის არარსებობით განსაზღვრას.

გაუპატიურების დეფინიციის შეცვლასთან დაკავშირებული შიშები ირაციონალურია, ის გენდერული სტერეოტიპებისა და სტრუქტურული მიზოგინიის ექოა. გაუპატიურების შემადგენლობის მატერიალურ-სამართლებრივი ცვლილება რაიმე ახალი მტკიცებულებით სტანდარტის შექმნას არ გულისხმობს, რაც საფრთხეს შეუქმნიდა საქმის სამართლიანი განხილვის უფლებას. ცვლილება მოითხოვს ორმაგი სტანდარტის მოშლას და გენდერული დისკრიმინაციის აღმოფხვრას, რაც სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებით მყარად ფესვგამდგარი პრაქტიკაა. საქართველოს სსკ-ში არაერთი დელიქტია, რომელსაც სწორედ თანხმობის არარსებობა აფუძნებს (მაგ. ქურდობა, ძარცვა, თავისუფლების უკანონო აღკვეთა და სხვა), რომელთა გამოძიება და სასამართლო განხილვა თავისუფალია გენდერული სტერეოტიპებისგან, ასევე უნდა მოხდეს გაუპატიურებასთან მიმართებითაც.

გაუპატიურების პარადიგმა, რომელიც აუცილებლად უცხო მამაკაცის მხრიდან ქალზე ფიზიკური ძალადობით თავდასხმაში, ხოლო ქალის მხრიდან სიცოცხლის ფასად წინააღმდეგობის გაწევის სავალდებულო მოთხოვნაში გამოიხატება, უნდა შეიცვალოს.

114 იქვე. 468.

115 Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 75-76. მსგავსი აზრისთვის იხ. Conaghan, J. მითითებული სტატია, სქოლ. 1, 180. შეად. Daly, K. მითითებული წიგნი, სქოლ. 19, 41.

116 Buchhandler-Raphael, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 35, 197-199.