

№ 23 2022 სექტემბერი  
SEPTEMBER

## 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](http://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  
მარინა შინამირაშვილი  
მარიამ ბობოხიძე  
თამარ ქავჯარაძე

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

IOSEB KELENJERIDZE  
MARINA SHIKHAMIRASHVILI  
MARIAM BOBOKHIDZE  
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

# სარედაქციო კოლეგია

**იოსებ კელმენჯერიძე**  
მთავარი რედაქტორი, საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

**მერაბ ტურაბაძე**  
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 ლონიძე**  
ფრაიბურგის ალბერტ ლუდვიგის სახელობის უნივერსიტეტის სამართლის მეცნიერებათა დოქტორის კანდიდატი. საერთაშორისო კიბერუსაფრთხოების კვლევითი ცენტრის დამფუძნებელი

**ანა ჭილიტაშვილი**  
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

**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 მიზრიაშვილი**  
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 (GIPI) სამართლის და პოლიტიკის სკოლის ასოცირებული პროფესორი

**პაპა 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 ასისტენტ-პროფესორი

## უცხოელი წევრები

**ჰანს 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)

**დემიდ კოლბე**  
ვალპარაისოს უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი, ინდიანას შტატის ადვოკატთა ასოციაციის წევრი (აშშ)

**უილიამ ბილ ვოტკინსი**  
სამხრეთ კაროლინას მოქმედი პროკურორი. ლუკლენდის დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მკვლევარი (აშშ)

**მარკ სპეისერი**  
ფლორიდის შტატის საოლქო სასამართლოს მოსამართლე (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

**პაროლ პარსკი**  
სამართლის დოქტორი, ვარშავის უნივერსიტეტის პროფესორი და სამართლისა და ადმინისტრირების ფაკულტეტზე საერთაშორისო საჯარო სამართლის დეპარტამენტის უფროსი, ევროპის უნივერსიტეტის საპატიო დოქტორი, თბილისი, ევროპარლამენტის წევრი

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

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



# EDITORIAL BOARD

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

**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

**ANNA CHIGITASHVILI**  
Doctor of Law, Professor of European University

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

**BAKUR LILUASHVILI**  
Doctor of Law, Affiliated professor of European University

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

**ROIN MIGRIAULI**  
Associate Professor of Iv. Javakhishvili 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

## FOREIGNER MEMBERS

**HANS-ÜRGEN ZAHORKA**  
The director of European Institute „Liberta”, Former member of European Parliament, Chief Editor of European Union Foreign Affairs Journal (EUF AJ), 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)

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

**MARK A. SPEISER**  
Judge of circuit court of Florida (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

**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 Administration, Doctor honoris causa of the European University in Tbilisi, Member

of the European Parliament

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

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

- 8 LA PROBLÉMATIQUE DU TRAITEMENT JURIDIQUE DES  
RESSORTISSANTS FRANÇAIS ET GÉORGIENS AYANT REJOINT L'ÉTAT  
ISLAMIQUE EN IRAK ET / OU EN SYRIE  
Sophie Joubert  
THE LEGAL TREATMENT PROBLEM OF FRENCH  
AND GEORGIAN NATIONALS WHO JOINED THE ISLAMIC  
IN IRAQ AND/OR SYRIA  
Sophie Joubert
- 38 THE MARGIN OF MORAL DUTY OF HUMAN BEING TO ARTICIPATE  
IN BIOMEDICAL RESEARCH  
Nino Mdinradze
- 48 COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE EUROPEAN AND  
AMERICAN STANDARD OF FREEDOM OF EXPRESSION –  
WHICH IS MORE EFFECTIVE AND RESULT-ORIENTED?  
Kalenike Uridia
- 56 REGULATIONS OF THE AGRICULTURAL COOPERATIVES  
IN GEORGIA  
Mariam Darchia
- 68 PERIPETEIA OF CONCESSION AND PROBLEMS OF LEGAL  
DEFINITION  
Zaza Sukhishvili  
კონცესიის პერიპეტეიები და საკანონმდებლო დეფინიციის  
პრობლემები  
ზაზა სუხიშვილი

- 86** SEDIMENT (ALLUVIUM) DEPOSITED BY A RIVER AS A MEANS OF ACQUIRING PROPERTY RIGHTS IN ROMAN AND ANCIENT GEORGIAN LAW  
 Ana Tsignadze  
 მონალექი, როგორც საკუთრების უფლების შექმნის საშუალება რომაულ და ძველ ქართულ სამართალში  
 ანა წიგნაძე
- 106** IMPACT OF COVID-19 ON HUMAN RIGHTS  
 Levan Meskhoradze 106  
 COVID-19 – ის გავლენა ადამიანის უფლებებზე  
 ლევან მესხორაძე
- 124** პროფესორი გურამ ნაჭყებია როგორც სისხლის სამართლის ფილოსოფიის პრობლემების მკვლევარი  
*(კრებულში „ფილოსოფიური ძიებანი“ გამოქვეყნებული ნაშრომების მიხედვით)*  
 მურმან გორგოშაძე, მირიან ქათამაძე  
 PROFESSOR GURAM NATCHKEBIA AS A CRIMINAL LAW PHILOSOPHY PROBLEMS RESEARCHER  
*(According to the Works Published in “Philosophical Investigations” Collection)*  
 Murman Gorgoshadze, Mirian Katamadze
- 140** აუსილებელი მოგერიების შეზღუდულად განმარტების გამო სასამართლო გადაწყვეტილების კრიტიკა  
 თამარ გეგელია  
 CRITICISM OF THE JUDICIAL DECISION DUE TO THE LIMITED DEFINITION OF SELF-DEFENSE  
 Tamar Gegelia

- 153 კიბერდანაშაულის გამომძიებისას არსებული პროცედურული პრობლემების ანალიზი  
ირაკლი ნადარეიშვილი, შოთა კაკულია  
შოთა კაკულია  
ANALYSIS OF PROCEDURAL PROBLEMS IN CYBERCRIME INVESTIGATIONS  
Irakli Nadareishvili, Shota Kakulia  
Shota Kakulia
- 169 სმარტ კონტრაქტის დადება  
სალომე თეზელაშვილი  
SIGNING A SMART CONTRACT  
Salome Tezelashvili
- 184 საეპე *THE DEAD SEA SCROLLS*: ინტელექტუალური საკუთრების დავის თავისებურებანი საქართველოს კანონმდებლობაში  
თამარ მსხვილიძე  
THE DEAD SEA SCROLLS CASE: FEATURES OF INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
Tamar Mskhvilidze
- 201 ბირაოს უზრუნველყოფის მიზნით კაშიმრობის გამოყენების პრობლემა სისხლის სამართლის პროცესში  
დოდო ჯუღელი  
THE PROBLEM OF USING IMPRISONMENT TO SECURE BAIL IN CRIMINAL PROCEEDINGS  
Dodo Jugheli

# LA PROBLÉMATIQUE DU TRAITEMENT JURIDIQUE DES RESSORTISSANTS FRANÇAIS ET GÉORGIENS AYANT REJOINT L'ÉTAT ISLAMIQUE EN IRAK ET / OU EN SYRIE

**Sophie Joubert**

*Diplômée de la maîtrise de Droit International Public de l'Université Jean Moulin et titulaire du Master de Droit de l'environnement et de l'urbanisme de l'Institut du Droit de l'Environnement, Lyon (France)*

Mots clés: Daech, Juger le terrorisme, Justice irakienne, Enfant en Syrie

## INTRODUCTION

Ces dernières années, un nombre considérable de Français et de Géorgiens ont quitté leurs pays d'origine de leur plein gré, pour combattre aux côtés de terroristes islamistes membres de l'État islamique, amenant le chaos dans la région du Levant et représentant une menace pour l'Europe. À l'heure où cette entité s'est affaiblie et que nombre de ses membres ont été arrêté, se pose la problématique de la compétence du jugement de ces ressortissants français et géorgiens.

Il convient de rappeler d'abord que l'État islamique, aussi appelé Daech, est une organisation terroriste politico-militaire ayant instaurée un califat en Irak et en Syrie de 2014 à 2019. Le rapprochement d'Al-Qaïda en Irak et des cadres baasistes, évincés du gouvernement irakien, permettra l'instauration d'un système totalitaire redoutable. Cette organisation est accusée par les Nations unies, la Ligue arabe, les États-Unis



et l'Union européenne de crimes de guerre, de crimes contre l'Humanité, de nettoyage ethnique, de génocide, ainsi que de destruction de vestiges archéologiques millénaires.

Cette entité aura recruté des étrangers en provenance de plus de 80 États, dont un nombre important d'européens. Les Français feront partie des plus nombreuses recrues européennes au sein des rangs de l'État islamique, avec environ 1 300 ressortissants<sup>1</sup>. Concernant la Géorgie, il est estimé qu'entre 100 à 300 Géorgiens<sup>2</sup> ont rejoint les rangs de Daech, provenant en majorité des Kists de Pankissi, ainsi que, dans une moindre mesure, des régions d'Adjarie et de Gourie<sup>3</sup>. Si ce nombre peut sembler faible en comparaison à la France, il convient de rappeler que la Géorgie est peuplée de moins de quatre millions d'habitants<sup>4</sup>, ce qui représente environ 7,5 pour mille habitants ayant rejoint Daech contre 1,9 pour mille côté français.

Grâce aux opérations de la coalition internationale et de diverses factions ennemies de Daech, l'État islamique perdra de nombreux territoires entre 2014 et 2019. Des milliers de personnes vivant sur ces territoires contrôlés précédemment par Daech sont alors placées dans des camps au Kurdistan syrien, contrôlés par les Forces démocratiques syriennes (FDS), groupe composé à majorité de Kurdes<sup>5</sup> et allié de la coa-

lition internationale contre l'État islamique. Ainsi, en 2019 on estimait qu'environ 12 000 étrangers, dont 4 000 femmes et 8 000 enfants, de 30 à 40 pays différents étaient internés dans les camps du nord-est de la Syrie<sup>6</sup>. La situation dans ces camps a été qualifiée d'« apocalyptique » par le comité international de la Croix-Rouge (CICR)<sup>7</sup>.

Un certain nombre de personnes, notamment des hommes soupçonnés d'appartenance à l'État islamique, ont été transférées du nord de la Syrie vers l'Irak pour y être jugées. Ainsi, entre le 26 mai et le 3 juin 2019, onze français ont été condamnés à mort par pendaison par la Cour pénale centrale de Bagdad sur motif d'appartenance à Daech et de faits de terrorisme<sup>8</sup>. De nombreux autres Français et de potentiels Géorgiens, risquent aussi d'être transférés et jugés en Irak où ils risquent la peine de mort.

Les États européens, dont la France<sup>9</sup> et la Géorgie<sup>10</sup>, restent réticents quant au rapatriement de leurs ressortissants. Ce statut quo laisse les enfants, ainsi que de nombreux adultes, entre les mains des FDS au sein des camps au nord-est de la Syrie dans des conditions mettant gravement en péril leur vie. De plus, un nombre non négligeable de transferts

1 CNCDH. (2019, 11 octobre). Avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens. Journal officiel de la République française (JORF) n°0237. Texte n° 78. NOR: CDHX1929060V. <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039202746>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

2 33rd ISIS fighter from Georgia's Pankisi Gorge dead in Syrian war. (2019, 9 mars). *Democracy & Freedom Watch*. <<https://dfwatch.net/33rd-isis-fighter-from-georgias-pankisi-gorge-dead-in-syrian-war-52956>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

3 Russian-Origin Muslims in Georgia. (2021, 30 juillet). *International Crisis Group*. <<https://www.crisisgroup.org/russian-origin-muslims-georgia>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

4 Georgia Population (LIVE). *Worldometer*. <<https://www.worldometers.info/world-population/georgia-population/>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

5 CNCDH. (2020, 2 février). Avis sur les ressortissants français condamnés à mort ou encourant la peine de mort en Irak. Journal officiel de la République française (JORF) n°0028. Texte n° 57. NOR: CDHX2003042V. <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041515060>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

6 Abou Bakr Al-Baghdadi appelle à «sauver» les djihadistes détenus et leurs familles. (2019, 16 septembre). *Le Monde*. <[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/09/16/abou-bakr-al-baghdadi-appelle-a-sauver-les-djihadistes-detenus-et-leurs-familles\\_5511143\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/09/16/abou-bakr-al-baghdadi-appelle-a-sauver-les-djihadistes-detenus-et-leurs-familles_5511143_3210.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022]

7 *Ibid*.

8 Irak: 5 ressortissants irakiens exécutés pour terrorisme. (2021, 12 février). *ECPM*. <<https://www.ecpm.org/irak-5-ressortissants-irakiens-executes-pour-terrorisme/>> [Dernière consultation: 5 août 2022]; Irak: 21 ressortissants irakiens exécutés pour terrorisme. (2020, 19 novembre). *ECPM*. <<https://www.ecpm.org/irak-21-ressortissants-irakiens-executes-pour-terrorisme/>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

9 Collongette, A. (2022, 5 juillet). La France a-t-elle changé de politique concernant le rapatriement des enfants détenus en Syrie? *Nice-Matin*. <<https://www.nicematin.com/faits-de-societe/la-france-a-t-elle-change-de-politique-concernant-le-rapatriement-des-enfants-detenus-en-syrie-779247>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

10 Russian-Origin Muslims in Georgia. *Op. cit*.

de ressortissants européens, depuis les camps syriens vers l'Irak, sont effectués afin de les juger sous le joug du droit irakien, suscitant de vives interrogations sur le respect de leurs droits fondamentaux. Ainsi, pour pallier ces contrevenants juridiques, certaines juridictions spécialisées pourraient être mises en place pour juger des crimes commis par les membres de Daech. Il pourrait aussi être envisagé le transfèrement et le rapatriement des ressortissants français et géorgiens pour les juger dans leurs pays d'origine.

Face à ces circonstances politiques et sociales sensibles, il convient d'apporter une vision juridique pour traiter cette situation constituant une réelle bombe à retardement pour les pays européens tels que la France et la Géorgie. Cet article a pour vocation d'apporter une solution juridique concise à cette problématique. Il n'a pas vocation à développer doctrinalement des notions juridiques, dont un approfondissement pourra être apporté par les documents fournis en bibliographie.

## 1. LA MISE À MAL DU DROIT INTERNATIONAL PAR LE JUGEMENT IRAKIEN DES MEMBRES DE DAECH

### 1.1. Une compétence territoriale irakienne contestable et contrevenant au principe de non-refoulement

La politique française a érigé en principe<sup>11</sup> que ses ressortissants ne seraient pas jugés en France, mais en Irak, en vertu de la compétence territoriale irakienne de juger les crimes commis sur son sol. Cette position politique de la France, et vraisemblablement admise par la Géorgie aussi, serait partiellement irrecevable juridiquement. En effet, selon les avocats auditionnés par la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), plus de la moitié des ressortissants français ne se seraient jamais rendus sur le territoire irakien<sup>12</sup> (il est probable qu'une situation similaire soit applicable aux ressortissants géorgiens). Ainsi, si ce fait est prouvé, cela rendrait la compétence territoriale de l'Irak non recevable<sup>13</sup>.

De plus, il apparaît qu'aucune base légale ne justifie le transfert des ressortissants fran-

11 Paris récuse les observations d'une rapporteure de l'ONU sur le transfert de jihadistes français en Irak. (2019, 12 août). *France Info*. <[https://www.francetvinfo.fr/monde/proche-orient/francais-condamnes-a-mort-en-irak/paris-recuse-les-observations-d-unerapporteure-de-l-onu-sur-le-transfert-de-jihadistes-francais-en-irak\\_3574541.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/proche-orient/francais-condamnes-a-mort-en-irak/paris-recuse-les-observations-d-unerapporteure-de-l-onu-sur-le-transfert-de-jihadistes-francais-en-irak_3574541.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022];

Paris répond sèchement à une experte de l'ONU qui demandait le rapatriement des jihadistes. (2019, 13 août). *Huffington Post*. <[https://www.huffingtonpost.fr/politique/article/paris-repond-sechement-a-une-experte-de-l-onu-qui-demandait-le-rapatriement-des-jihadistes\\_150071.html](https://www.huffingtonpost.fr/politique/article/paris-repond-sechement-a-une-experte-de-l-onu-qui-demandait-le-rapatriement-des-jihadistes_150071.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022];

Djihadistes français condamnés à mort en Irak: la France exclut à nouveau de les rapatrier. (2019, 13 août). *LCI*. <<https://www.lci.fr/terrorisme/djihadistes-francais-condamnes-a-mort-en-irak-la-france-exclut-a-nouveau-de-les-rapatrier-une-experte-de-l-onu-appelle-a-le-faire-2129420.html>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

12 CNCDH, (2020, 2 février). Avis sur les ressortissants français condamnés à mort ou encourant la peine de mort en Irak. *Op. cit.*

13 *Ibid.*

çais et géorgiens depuis la Syrie vers l'Irak<sup>14</sup>. Ce transfert, autorisé politiquement par la France et probablement toléré par la Géorgie, contrevient au principe de non-refoulement<sup>15</sup> vers un pays pratiquant la torture et la peine de mort. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>16</sup>, ratifiée par la France et la Géorgie, dispose en son article 3 qu'« aucun État n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». Cette approche est aussi retenue de façon constante depuis 1989 par la Cour européenne des droits de l'Homme, reconnue par la France et la Géorgie, qui interprète par « ricochet » l'article 3, notamment vis-à-vis des personnes risquant d'être renvoyées vers un État où elles sont passibles de la peine de mort<sup>17</sup>.

Il est avéré que les aveux d'appartenance à Daech seraient obtenus sous la torture<sup>18</sup>, faits confirmés par le témoignage de Français condamnés à mort<sup>19</sup>. Cette pratique de la torture rend

donc illégaux les transferts consentis de ressortissants français et géorgiens, de la Syrie vers l'Irak, pour y être jugés dans des procès posant des inquiétudes quant à leur équitabilité.

## 1.2. L'absence de procès équitables en Irak

Le 29 mai 2019, M. Jean-Yves Le Drian, ministre de l'Europe et des affaires étrangères, a qualifié d'« équitables »<sup>20</sup>, les procès à l'issues desquels onze Français ont été condamnés à mort. Cependant, de nombreux éléments démontrent l'inverse de la position du ministre français.

Il convient de rappeler tout d'abord que le droit à un procès équitable est un droit fondamental consacré par divers textes internationaux, comme la Déclaration universelle des droits de l'Homme<sup>21</sup> (article 10) et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales<sup>22</sup> (article 6), toutes deux ratifiées par la Géorgie et la France. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>23</sup> (article 14), ratifié par la Géorgie, la France et l'Irak, constitue également un instrument contraignant protégeant ce droit.

Le droit à un procès équitable repose sur

14 *Ibid.*

15 Pour aller plus loin, voire: Delas, O. (2010). *Le Principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'Homme: De la consécration à la contestation*. [Thèse de doctorat en Droit International, Université Paris 2] <<https://www.theses.fr/2010PA020067>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

16 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1987, 26 juin)

17 CEDH, Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, req. N° 14038/88.

18 Human Rights Watch. (2017). *Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq*. Pp. 49-52. <[https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/iraq1217web.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/iraq1217web.pdf)> [Dernière consultation: 5 août 2022]

19 Sallon, H. (2019, 6 juillet). Des djihadistes français condamnés à mort en Irak mettent en cause Paris. *Le Monde*. <[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/07/06/des-djihadistes-francais-condamnes-a-mort-en-irak-mettent-encause-paris\\_5486227\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/07/06/des-djihadistes-francais-condamnes-a-mort-en-irak-mettent-encause-paris_5486227_3210.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022];

Olivier, P. (2019, 10 juillet). La famille d'un Français condamné à mort en Irak crie sa colère. *RFI*. <<http://www.rfi.fr/france/20190710-rfi-rencontre-famille-francais-condamne-mort-irak>> [Dernière consultation: 5 août 2022];

Le Devin, W. (2019, 4 juillet). *Jihadistes en Irak: "Est-ce qu'on éradiquera le mal en appliquant la peine de*

*mort? Non!"*. *Libération*. <[https://www.liberation.fr/france/2019/07/04/jihadistes-en-irak-est-ce-qu-on-eradiquera-le-mal-en-appliquant-la-peine-de-mort-non\\_1738006/](https://www.liberation.fr/france/2019/07/04/jihadistes-en-irak-est-ce-qu-on-eradiquera-le-mal-en-appliquant-la-peine-de-mort-non_1738006/)> [Dernière consultation: 5 août 2022]; Zamouri, A. (2019, 21 juin). La famille d'un djihadiste français condamné à mort brise le silence. *Le Point*. <[https://www.lepoint.fr/justice/exclusif-la-famille-d-un-djihadiste-francais-condamne-a-mort-brise-le-silence-21-06-2019-2320318\\_2386.php](https://www.lepoint.fr/justice/exclusif-la-famille-d-un-djihadiste-francais-condamne-a-mort-brise-le-silence-21-06-2019-2320318_2386.php)> [Dernière consultation: 5 août 2022]

20 M. Jean-Yves Le Drian, ministre de l'Europe et des affaires étrangères. (2019, 29 mai). Déclaration en réponse à une question sur les procès en Irak contre le djihadistes. <<https://www.vie-publique.fr/discours/271659-jean-yves-le-drian-29052019-les-proces-en-irak-contre-le-djihadistes>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

21 Déclaration universelle des droits de l'Homme, (1948, 10 décembre)

22 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, (1953, 3 septembre)

23 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976, 23 mars)

divers principes comme la présomption d'innocence, l'impartialité et l'indépendance des juges ainsi que la tenue d'un débat contradictoire<sup>24</sup>. Ce droit garantit aussi le respect des droits à la défense, dont l'accès à un avocat à tous les stades de la procédure<sup>25</sup>.

Concernant les procès irakiens jugeant les membres de Daech, de nombreux éléments démontrent que l'accès au droit à la défense est restreint avec des procès expéditifs sans présentation de tous les éléments et de tous les arguments de la défense<sup>26</sup>.

Les avocats de la défense subissent de nombreuses menaces et sont souvent commis d'office sous la contrainte. Ils ne sont présents qu'au procès, n'ayant pas la possibilité de s'entretenir avec leurs clients, ni d'accéder à leur dossier, sinon quelques minutes avant l'audience, les empêchant de préparer une défense.<sup>27</sup> Ils ne peuvent plaider ou que très brièvement<sup>28</sup>.

Les accusés sont démunis d'avocat durant l'arrestation et l'enquête. Ils n'ont le droit à la parole qu'un bref instant et font face à de grandes difficultés, notamment dues à leur méconnaissance de l'Arabe.

Les magistrats sont dépourvus d'indépendance, ceux-ci vivant dans la peur de représailles en cas de verdict jugé inadéquate par la population<sup>29</sup>.

Dénuées d'instructions préalables, les peines sont prononcées sur la base d'aveux, généralement obtenus sous la torture<sup>30</sup>, et non pas d'éléments de preuves concordants. Ces procès se déroulent en l'absence des victimes et sans que l'accusation soit étayée du moindre témoignage.

Tous ces éléments concourent à indiquer le défaut de procès équitable en Irak. Carence soulevée par le troisième Examen périodique universel (EPU), de novembre 2019<sup>31</sup>, qui soulevait les violations du droit à un procès équitable en Irak, et soulignait en outre la nécessité de renforcer l'indépendance et l'impartialité de la justice. De plus, selon la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme, Michelle Bachelet, plus de 150 hommes et femmes ont été condamnés à mort en Irak en vertu de la loi antiterroriste «à l'issue de procès qui n'ont pas donné lieu à des garanties d'une procédure régulière»<sup>32</sup>. En outre,

24 Cour européenne des droits de l'Homme. (2022, 30 avril). Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal). <[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_fra.pdf)> [Dernière consultation: 5 août 2022]

25 *Ibid.*

26 Foltyn, S. (2019, 2 juin). Inside the Iraqi courts sentencing foreign Isis fighters to death. *The Guardian*. <<https://www.theguardian.com/world/2019/jun/02/inside-the-iraqi-courts-sentencing-foreign-isis-fighters-to-death>> [Dernière consultation: 5 août 2022] ; Rubin A.J. (2019, 29 mai). France Hands ISIS Suspects to Iraq, Which Sentences Them to Hang. *The New York Times*. <<https://www.nytimes.com/2019/05/29/world/middleeast/france-iraq-isis-trials.html>> [Dernière consultation: 5 août 2022];

Iraq: French Citizens Allege Torture, Coercion. (2019, 31 mai). Human Rights Watch <<https://www.hrw.org/news/2019/05/31/iraq-french-citizens-allege-torture-coercion>> [Dernière consultation: 5 août 2022]; Callamard, A. Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires. (2019, 8 août). Mandat de la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires. UA FRA 5/2019

27 Bouvier, P. (2019, 4 juin). Les procès des djihadistes français soulignent les failles du système judiciaire irakien. *Le Monde*. <[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/les-proces-des-djihadistes-francais-soulignent-les-failles-dusysteme-judiciaire-irakien\\_5471351\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/les-proces-des-djihadistes-francais-soulignent-les-failles-dusysteme-judiciaire-irakien_5471351_3210.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022]

28 CNCDDH, (2020, 2 février). Avis sur les ressortissants

français condamnés à mort ou encourant la peine de mort en Irak. *Op. cit.*

29 Bouvier, P. (2019, 4 juin). Les procès des djihadistes français soulignent les failles du système judiciaire irakien. *Op. cit.*

30 Human Rights Watch. (2017). Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq. pp. 49-52. *Op.cit.*; Sallon, H. (2019, 6 juillet). Des djihadistes français condamnés à mort en Irak mettent en cause Paris. *Op. cit.*;

Olivier, P. (2019, 10 juillet). La famille d'un Français condamné à mort en Irak crie sa colère. *Op. cit.*; Le Devin, W. (2019, 4 juillet). Jihadistes en Irak: "Est-ce qu'on éradiquera le mal en appliquant la peine de mort? Non!". *Op. cit.*;

Zamouri, A. (2019, 21 juin). La famille d'un djihadiste français condamné à mort brise le silence. *Op. cit.*

31 Résumé des communications des parties prenantes concernant l'Iraq. (2019, 8 novembre). Nations Unies. Conseil des droits de l'Homme. Examen périodique universel – Iraq. Troisième cycle. <<https://www.ohchr.org/fr/hr-bodies/upr/iq-index>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

32 Déclaration liminaire de Michelle Bachelet, Haute-



de nombreux rapports d'ONG<sup>33</sup>, de l'ONU ou encore d'avocats<sup>34</sup>, font état de violations des droits de l'Homme et du droit à un procès équitable lors des procès pour appartenance à l'État islamique.

Tous ces éléments démontrent que les procès menés sur motif d'appartenance à Daech par l'Irak sont inéquitables, contrevenant ainsi au droit international. La France et la Géorgie devraient donc tout mettre en œuvre pour que leurs ressortissants, dont ils ont la responsabilité, soient traités dans le respect du droit international en cas d'accusation de crimes graves dans un autre pays<sup>35</sup>, notamment en les rapatriant pour les juger sur leur territoire.

### 1.3. Un jugement irakien non individualisé et exempt de reconnaissance des crimes contre l'Humanité

La loi antiterroriste irakienne de 2005<sup>36</sup> qualifie de terroriste toutes personnes ayant appartenu à une organisation terroriste, peu importe la place et le rôle qu'occupait l'individu. La loi dispose en son article 2 paragraphe 3 que «*Les actes suivants sont considérés comme des actes de terrorisme [...] Quiconque a organisé, présidé ou participé à une bande terroriste armée qui pratique et planifie le terrorisme et qui contribue et participe également à cet acte*».<sup>37</sup> Pourra donc

être condamné à mort, aussi bien un combattant de l'État islamique, qu'un médecin ayant soigné des membres de Daech<sup>38</sup>. Ainsi, malgré leurs affirmations d'absence de participation aux combats, plusieurs Français ont été condamnés à mort sur la base de cette loi antiterroriste. L'imprécision de la loi implique que les individus ne sont pas jugés pour leurs crimes spécifiques<sup>39</sup>, contrevenant ainsi au principe de l'individualisation des peines.

De plus, la loi de 2005 ne contient aucune référence aux crimes contre l'Humanité. Il semblerait même qu'un amalgame soit fait par les juges du contreterrorisme irakien, considérant le génocide et le terrorisme comme un seul et unique crime<sup>40</sup>. Lors d'un entretien avec Human Rights Watch, des juges irakiens auraient affirmé que: «*Le génocide et le terrorisme sont le même crime, alors pourquoi aurions-nous besoin d'une accusation distincte pour le génocide?*»<sup>41</sup>. Cette occultation et cet amalgame empêchent l'établissement de la vérité juridique des faits. En effet, un nombre significatif de rapports d'enquêtes de l'ONU ont démontré que de nombreux crimes contre l'Humanité, dont des génocides, ont été perpétrés par l'État islamique en Irak et en Syrie.<sup>42</sup> Réduire les

*and participates in this act.* [Les actes suivants sont considérés comme des actes de terrorisme [...] Quiconque a organisé, présidé ou participé à une bande terroriste armée qui pratique et planifie le terrorisme et qui contribue et participe également à cet acte.].

Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme. (2019, 24 juin). *Op. cit.*

33 Human Rights Watch. (2017, 5 décembre). *Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq*. *Op.cit.*; Rapport 2017/18, La situation des droits humains dans le monde. (2018, 22 février). Amnesty International. p. 239. <<https://www.amnesty.org/fr/documents/pol10/6700/2018/fr/>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

34 Bouvier, P. (2019, 4 juin). Les procès des djihadistes français soulignent les failles du système judiciaire irakien. *Op. cit.*

35 Michelle Bachelet, Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme. (2019, 24 juin). *Op. cit.*

36 Loi n° 13 du 7 novembre 2005 antiterroriste irakienne. <<https://www.refworld.org/docid/5bd093414.html>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

37 *Ibid.* Article 2 §3. *The following acts are considered acts of terrorism [...] Anyone who organized, chaired or participated in an armed terrorist gang that practices and plans for terrorism and also contributes*

38 Human Rights Watch. (2017). *Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq*. pp. 49-52. *Op.cit.*; Sallon, H. (2019, 6 juillet). Des djihadistes français condamnés à mort en Irak mettent en cause Paris. *Op. cit.*

39 Rubin, A.J. (2019, 29 mai). *France Hands ISIS Suspects to Iraq, Which Sentences Them to Hang*. *Op. cit.*

40 Human Rights Watch. (2017). *Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq*. p.31. *Op.cit.*;

41 Human Rights Watch. (2017, 19 juillet). Entretien avec le juge Riadh Jafar et le juge Jabar Hussein. in Human Rights Watch. (2017). *Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq*. p.31. *Op.cit.* *Genocide and terrorism are the same crime, so why would we need a separate charge for genocide?* [Le génocide et le terrorisme sont le même crime, alors pourquoi aurions-nous besoin d'une accusation distincte pour le génocide ?.]

42 Conseil des Droits de l'Homme. (2016, 15 juin). "They came to destroy": ISIS Crimes Against the Yazidis.; Conseil des Droits de l'Homme. (2015, 27 mars). Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies



poursuites judiciaires à la simple appartenance à un groupe terroriste revient à occulter la gravité des crimes contre l'Humanité commis par Daech. Cette omission juridique empêche les victimes d'accéder à leur droit à la réparation des dommages subis, ainsi qu'au droit à la vérité sur les violations flagrantes des droits de l'Homme perpétrées<sup>43</sup>.

Face à ce constat, la saisine de la justice française, compétente à la fois en matière d'actes de terrorisme, mais aussi pour les crimes contre l'Humanité, devrait être privilégiée, à l'inverse de la justice irakienne qui n'a ni base ni volonté juridique pour juger des crimes contre l'Humanité et de génocide<sup>44</sup>. Ce raisonnement juridique pourrait aussi être appliqué concernant de potentiels Géorgiens jugés en Irak, la Géorgie ayant aussi un arsenal juridique pour juger les crimes contre l'Humanité<sup>45</sup> et de terrorisme<sup>46</sup>.

## 2. LA PROBLÉMATIQUE DE LA PEINE DE MORT EN IRAK FACE AUX CONDAMNÉS FRANÇAIS ET GÉORGIENS

### 2.1. Une peine de mort infligée par «procuration»

À ce jour l'Irak est l'un des cinq États au monde qui exécute le plus grand nombre de condamnés à mort<sup>47</sup>, la majorité l'étant pour des faits de ter-

aux Droits de l'Homme sur la situation des Droits de l'Homme en Iraq à la lumière des violations commises par l'organisation dite " Etat islamique d'Iraq et du Levant " et des groupes associés. A/HRC/28/18.

43 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. (2006, 8 février). Étude sur le droit à la vérité. E/CN.4/2006/91.

44 Callamard, A. Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires sur sa mission en Iraq. (2018, 20 juin). Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires sur sa mission en Irak A/HRC/38/44/Add.1, § 48.

45 Chapitre XLVII – Crime contre l'Humanité, la paix et la sécurité et contre le droit international humanitaire, du Code Criminel de Géorgie

46 Chapitre XXXVIII – Terrorisme, du Code Criminel de Géorgie.

47 Amnesty International. (2019, 10 avril). Condamnations à mort et exécutions 2018: Rapport mondial. (2019, 10 avril). ACT 50/9870/2019. <<https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5098702019FRENCH.PDF>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

rorisme<sup>48</sup>. Si actuellement les ressortissants français condamnés à mort n'ont pas été exécutés et que les autorités françaises ont demandé à ce qu'ils ne le soient pas, rien ne garantit que les autorités irakiennes accèderont à ces demandes, ces dernières ayant même démenti un tel accord avec la France à ce sujet<sup>49</sup>. De plus, le gouvernement irakien n'est pas habilité à modifier, confirmer ou annuler les peines prononcées au sein des tribunaux. Ces prérogatives relèvent de la compétence exclusive de la Cour de cassation irakienne<sup>50</sup> qui n'a pas encore rendu son verdict concernant les onze Français condamnés à mort.

Face à ce risque d'exécutions imminentes des ressortissants français, l'attentisme de la France, sur la prise de mesures efficaces pour empêcher les exécutions ou sur le rapatriement de ses nationaux, apparaît paradoxal et illégal au vu de ses engagements internationaux sur ce sujet. Depuis l'abolition de la peine capitale en 1981, la France affiche sans ambiguïté son attachement à cette prohibition au sein des institutions internationales. Elle s'est engagée, en de diverses occasions, à apporter son assistance technique à l'Irak en vue de l'abolition de la peine de mort<sup>51</sup>. La France a ratifié de nombreux engagements internationaux et régionaux contraignants prohi-

48 Mission d'assistance des Nations unies en Irak, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (2014, octobre). Report on the Death Penalty in Iraq. UNAMI/OHCHR. p. 26.

49 Irak: la justice dément un accord avec Paris pour alléger la peine des condamnés à mort. (11 juin 2019). *L'Orient-Le Jour*. <<https://www.lorientlejour.com/article/1174268/irak-la-justice-dement-un-accord-avec-paris-pour-alleger-la-peine-descondamnes-a-mort.html>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

50 Le Premier ministre d'Irak affirme ne pouvoir alléger les peines des jihadistes. (2019, 9 août). *Le Nouvel Observateur*. <<https://www.nouvelobs.com/monde/20190809.AFP2211/le-premier-ministre-d-irak-affirme-ne-pouvoir-alleger-les-peines-des-jihadistes.html>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

51 Ensemble contre la peine de mort. 10 questions pour mieux comprendre la situation des citoyens français condamnés à mort en Irak. p. 14. <<https://www.ecpm.org/wp-content/uploads/10-questions-confe%CC%81rence-Irak-061021-GRIS-MD2.pdf>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

bant la peine capitale<sup>52</sup>. Cette application doit être entendue «*de manière universelle, y compris à ses ressortissants qui sont à l'étranger*»<sup>53</sup> selon Agnès Callamard, la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'Homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires. Il convient aussi de noter que la France ne répond à aucune demande d'extradition quand il existe un risque de condamnation à mort, et ce peu importe la nationalité de la personne, en application de la jurisprudence de la CEDH<sup>54</sup>.

Il apparaît ainsi paradoxal et illégal que la France accepte, voire aide au transfert<sup>55</sup>, de ses ressortissants de la Syrie vers l'Irak où ils seront condamnés à mort. Selon Agnès Callamard, Rapporteuse spéciale à l'ONU, les États fortement abolitionnistes donnent l'impression «*de l'imposer par procuration, en sous-traitant son application pour des ressortissants qui seraient indignes d'une protection égale des droits de la personne*»<sup>56</sup>.

- 52 Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort. (1991, 11 juillet); Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (1953, 3 septembre); Protocole n° 13 à la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, relatif l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. (2003, 1<sup>er</sup> juillet).
- 53 Conseil des droits de l'homme. (2019, 20 août). Application de la peine de mort aux ressortissants étrangers et fourniture d'une assistance consulaire par l'État d'origine. A/74/318, § 108.
- 54 Cour européenne des droits de l'Homme. (2022, juin). Fiche thématique – Abolition de la peine de mort. <[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Death\\_penalty\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Death_penalty_FRA.pdf)> [Dernière consultation: 5 août 2022]
- 55 Sallon, H. et Kaval, A. (2019, 12 août). L'ONU interpelle la France sur le transfert « illégal » de djihadistes français en Irak. *Le Monde*. <[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/12/l-onu-interpelle-la-france-sur-le-transfert-illegal-de-djihadistes-francais-en-irak\\_5498726\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/12/l-onu-interpelle-la-france-sur-le-transfert-illegal-de-djihadistes-francais-en-irak_5498726_3210.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022]; Le transfert des djihadistes de la Syrie vers l'Irak a commencé. (30 octobre 2019). France culture. <<https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/les-enjeux-internationaux/le-transfert-des-djihadistes-de-la-syrie-vers-l-irak-a-commence-1066322>> [Dernière consultation: 5 août 2022]
- 56 Callamard, A. Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires,

Il convient de noter que même si la Géorgie ne fait pas partie des figures de proue internationales de la lutte contre la peine de mort, l'analyse concernant la France peut aussi lui être appliquée dans la mesure où le pays a aboli la peine de mort depuis le 11 novembre 1997, et a signé divers traités contraignants internationaux et régionaux en ce sens<sup>57</sup>.

Face à ces condamnations à mort, la France et la Géorgie devraient envisager un transfèrement de leurs ressortissants pour rester en accord avec les traités de droit international qu'ils ont ratifié.

## 2.2. Un possible transfert des détenus et condamnés à mort français et géorgiens dans leurs pays d'origine

Contrairement à ce que les faits pourraient indiquer, l'Irak n'est pas opposé à un transfert des ressortissants étranger. En effet, durant l'Examen périodique universel (EPU) de novembre 2019, l'Irak a accepté la recommandation de la Géorgie visant à «*renforcer l'entraide judiciaire bilatérale et multilatérale en matière pénale, notamment avec des accords sur la question du transfert des détenus, en assurant l'équilibre entre la lutte contre la criminalité transnationale et les objectifs humanitaires*».<sup>58</sup>

Le transfert de détenus<sup>59</sup> est une procédure per-

- sommaires ou arbitraires. (2019, 20 août). Rapport de la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires – Application de la peine de mort aux ressortissants étrangers et fourniture d'une assistance consulaire par l'État d'origine. A/74/318. §107.
- 57 Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort. (1991, 11 juillet); Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (1953, 3 septembre); Protocole n° 13 à la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, relatif l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. (2003, 1<sup>er</sup> juillet).
- 58 Ensemble contre la peine de mort. *Op. cit.* p. 4.
- 59 Rebut, D. (2018, 4 juin). Condamnation d'un ressortissant français à l'étranger: quelles sont les conditions d'un transfèrement? *Le club des juristes*. <<https://blog.leclubdesjuristes.com/condamnation-pour-actes-terroristes-a-letranger-queelles-sont-les->

mettant à un ressortissant étranger d'un pays, d'effectuer sa peine d'emprisonnement pour laquelle il a été condamné à l'étranger, dans son pays d'origine. Sa mise en œuvre est possible sous diverses conditions. Tout d'abord, les deux États doivent avoir ratifié une convention bilatérale ou multilatérale de transfert. À défaut, un accord ponctuel entre les deux États peut être suffisant. De plus, pour que le transfert se réalise, il convient que la condamnation résulte d'une décision définitive de la juridiction étrangère où qu'aucun appel n'ait été interjeté. Ainsi, sans accord entre les deux parties, et sans décision définitive, il sera difficile de transférer les Français et les éventuels Géorgiens détenus en Irak. La décision de transfert est une question relevant du politique et non du cadre judiciaire, puisqu'elle est décidée par le ministre de la justice. Cependant, les gouvernements français et géorgien sont encore très réticents au transfert et au rapatriement de leurs ressortissants du fait d'une opinion publique défavorable<sup>60</sup>, et ce malgré les avis publiés par la CNCDH<sup>61</sup> en 2020 recommandant à la France de rapatrier ses ressortissants par voie de transfèrement, dont les hommes condamnés à mort en Irak ou encourant cette peine.

Il convient de noter qu'en cas de transfert, la peine devant être exécutée est en principe non modifiable. Cependant, la peine de mort étant prohibée en France et en Géorgie, il incombera aux tribunaux nationaux de substituer à la

peine étrangère, une peine en droit interne correspondant à la peine initiale. Ce transfert permettrait ainsi à la France et à la Géorgie de ne pas condamner à mort par « procuration » leurs ressortissants.

### 3. QUELLES SOLUTIONS POUR JUGER LES MEMBRES DE L'ÉTAT ISLAMIQUE EN RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL?

#### 3.1. L'idée éphémère d'une juridiction spécialisée

Les membres de Daech ont commis presque tous les crimes contre l'Humanité énumérés par le statut de Rome de la Cour pénal international (CPI).<sup>62</sup> De ce fait, il apparaît essentiel pour les victimes, leurs proches, ainsi que pour l'établissement de la vérité et de la mémoire, de lutter contre l'impunité de ces crimes. Pour cela, certaines options de jugement international de ces crimes ont été envisagées.

La CPI pourrait être reconnue compétente pour poursuivre les personnes accusées de crimes contre l'Humanité, de crimes de guerre et de génocide. Cependant, ni la Syrie ni l'Irak n'ont ratifié le Statut de Rome. La CPI serait en revanche compétente pour poursuivre les ressortissants d'États ayant ratifié le Statut de Rome, comme la France et la Géorgie. Néanmoins, la Cour ne poursuit généralement que les hauts responsables et n'a compétence que pour juger les crimes internationaux graves, comme les crimes contre l'Humanité, les crimes de guerre et de génocide. La CPI apparaît ainsi limitée pour juger l'ensemble des membres de Daech, car ces accusations ne concernent pas toutes les personnes ayant rejoint l'État islamique.

[conditions-dun-transfèrement/](#) [Dernière consultation: 5 août 2022]

60 Les Français approuvent massivement le jugement des djihadistes par l'Irak et ne veulent pas voir leurs enfants revenir. (2019, février). *Odoxa*. <<http://www.odoxa.fr/sondage/djihadistes-francais-approuvent-massivement-jugement-lirak-ne-veulent-voir-leurs-enfants-revenir/>> [Dernière consultation: 5 août 2022];

Godwin, M. (2021, 14 octobre). Does ISIS still Pose a Threat to the Region? *Georgia Today*. <<https://georgiatoday.ge/does-isis-still-pose-a-threat-to-the-region/>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

61 CNCDH. (2020, 28 janvier). Avis sur les ressortissants français condamnés à mort ou encourant la peine de mort en Irak. *Op. cit.*;

CNCDH. (2020, 21 décembre). La France doit rapatrier les enfants français retenus en Syrie et les Français condamnés à mort en Irak. <<https://www.cncdh.fr/fr/publications/la-france-doit-rapatrier-les-enfants-francais-retenus-en-syrie-et-les-francais>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

62 Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies. (2021, 11 mars). En Syrie, les parties belligérantes ont commis cumulativement presque tous les crimes contre l'Humanité énumérés dans le Statut de Rome de la CPI, indique M. Pinheiro. <<https://www.ohchr.org/fr/2021/03/after-decade-civilians-bearing-brunt-conflict-syria-it-time-put-them-first-and-support#:~:text=En%20cons%C3%A9quence%2C%20les%20parties%20bellig%C3%A9rantes,Pinheiro>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

Il a aussi été évoquée la possibilité de création d'un tribunal international spécialisé, à l'image de plusieurs juridictions pénales internationales créées dans le passé pour juger les crimes de guerre, les crimes contre l'Humanité, les crimes de génocide, voire les crimes de terrorisme.

Dans le cas présent, il s'agirait davantage d'une juridiction « hybride »<sup>63</sup>, au sein de laquelle pourraient siéger des juges nationaux, pour juger les ressortissants nationaux, et des juges internationaux, pour juger les ressortissants étrangers et servir d'appui aux juges locaux.

Cette idée, difficile à mettre en œuvre financièrement, pose un problème en termes de localisation. Il faudrait implanter cette juridiction au plus près des victimes et des témoins, soit dans la région du Levant, zone encore très instable. De plus, il n'y a aucun consensus international sur une définition précise du terrorisme<sup>64</sup>, posant ainsi une réelle problématique concernant la qualification juridique des faits pour le jugement. En outre, la mise en place d'une telle juridiction nécessiterait plusieurs années, ce qui pose une difficulté au vu de l'instabilité de la région, des conditions de vie des détenus en Irak et des familles dans les camps en Syrie.

À l'heure actuelle, ces options ne semblent plus être envisagées par les États, rendant peu probable leur établissement à l'avenir. Les pays européens se sont davantage orientés vers le principe de compétence universelle et de compétence personnelle active des ressortissants étrangers ayant commis des crimes internationaux graves<sup>65</sup>.

### 3.2. La compétence des États pour juger leurs ressortissants ayant rejoint l'État islamique

Divers outils juridiques permettent à la France et la Géorgie de juger sur leur propre territoire leurs ressortissants partis rejoindre Daech. Ces outils sont applicables aussi bien aux détenus en Irak, qu'aux internés dans les camps en Syrie.

Tout d'abord, une partie des infractions a commencé sur le sol français ou géorgien, rendant applicable la compétence territoriale de la France<sup>66</sup> et de la Géorgie<sup>67</sup> envers leurs ressortissants à l'étranger.

Ensuite, le droit français, géorgien et international prévoit une compétence personnelle active<sup>68</sup>, permettant aux juridictions françaises et géorgiennes de connaître les crimes commis par leurs ressortissants à l'étranger. En outre, les lois française et géorgienne prévoient que leurs juridictions ont toute compétence pour juger des actes de terrorisme commis par leurs ressortissants à l'étranger<sup>69</sup>. De plus, les résolutions du Conseil de sécurité, relatives à la lutte contre le terrorisme, enjoignent aux États membres de traduire en justice toute personne suspectée d'avoir commis ou financé des actes de terrorisme<sup>70</sup>. Cette traduction en justice des ressortissants français et géorgiens dans leur pays d'origine permettrait de garantir une « justice à long terme »<sup>71</sup> par

63 Les jihadistes de l'EI pourraient-ils être jugés en Syrie? (2019, 16 juillet). AFP. 16 juillet 2019. <<https://www.peinedemort.org/document/10603/jihadistes-l-EI-pourraient-ils-etre-juges-Syrie>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

64 Dubuisson, F. (2017). La définition du « terrorisme »: débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique. *Confluences Méditerranée*, 102, 29-45. <<https://doi.org/10.3917/come.102.0029>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

65 J. Triscone. (2021, 6 septembre). La compétence universelle, seul espoir pour juger les crimes commis en Syrie? *Trial International*. <<https://trialinternational.org/fr/latest-post/la-competence-universelle-seul-espoir-pour-juger-les-crimes-commis-en-syrie/>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

66 Article 113-2 du Code pénal de France

67 Article 4 § 2 du Code criminel de Géorgie

68 Article 113-6 du Code pénal de France; Article 4 du Code criminel de Géorgie; C.P.J.I. (1927, 7 septembre). *Affaire du Lotus* (France c. Turquie). *Série A*. N° 10. pp. 18-19

69 Article 2 de la Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme. Journal officiel de la République française n°0298. (2012, 22 décembre). NOR: INTX1232040L;

Article 113-13 du Code pénal de France; Article 689 du Code de procédure pénale de France; Article 323 du Code criminel de Géorgie

70 Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire. (2020). International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones. Résolution 2321. <<https://pace.coe.int/en/files/28581/html>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

71 Conseil des Ministres. (2020, 16 décembre). Obligations internationales relatives au rapatriement des enfants des zones de guerre et de conflits. Réponse à la recommandation 2169 (2020).



l'établissement de responsabilité pénale pour les crimes contre l'Humanité et de génocide. En effet, il est vraisemblable que les magistrats français notamment, possèdent plus d'éléments que leurs homologues irakiens pour étayer le dossier des accusés<sup>72</sup>.

En outre, concernant les crimes contre l'Humanité, la France pourrait aussi s'appuyer sur le principe de compétence universelle<sup>73</sup> applicable contre les crimes de droit international consacré par la Charte du Tribunal de Nuremberg<sup>74</sup>.

Les onze ressortissants français et les éventuels géorgiens jugés et condamnés à mort en Irak, ne pourront certes pas être jugés une seconde fois pour des crimes déjà jugés, en l'occurrence l'appartenance à un groupe terroriste. Néanmoins, une opportunité est laissée à la France et à la Géorgie de pouvoir les rapatrier et les juger sur d'autres motifs, comme le fait d'avoir commis des crimes de guerre ou de génocide, dans le respect de leurs droits fondamentaux par un procès équitable. Quant aux ressortissants internés dans les camps syriens, dont les FDS appellent au rapatriement dans leurs pays respectifs<sup>75</sup>, ils pourront aussi être jugés sur l'appartenance à une organisation terroriste et sur leurs crimes contre l'Humanité éventuels.

## 4. LE TRAITEMENT DES ENFANTS DE DAECH

### 4.1. Constat et condamnations internationales

Depuis 2016, 161<sup>76</sup> enfants ont été rapatriés en France (chiffres de 2022) et trois en Géorgie<sup>77</sup> (chiffres de 2020). Un enfant géorgien<sup>78</sup> (chiffres 2020) et 165<sup>79</sup> enfants français<sup>80</sup> (chiffres 2022) vivaient encore dans les camps de Al-Hol, Roj et Aïn Issa contrôlés par les FDS, au nord-est de la Syrie. Certains enfants internés dans ces camps sont nés sous l'État Islamique, tandis que d'autres ont été amenés dans cette organisation à un très jeune âge. Ils sont accompagnés d'un parent, soit orphelins ou isolés. La plupart des enfants sont âgés de moins de sept ans et vivent depuis trois à cinq ans dans ces camps qualifiés, selon certaines ONG, d'«apocalyptiques»<sup>81</sup> et d'«enfer désertique»<sup>82</sup>.

<<https://pace.coe.int/fr/files/28911/html>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

72 Bouvier, P. (2019, 4 juin). Les procès des djihadistes français soulignent les failles du système judiciaire irakien. *Op. cit.*

73 Blanco Cordero, I. (2008). Compétence universelle: Rapport général. *Revue internationale de droit pénal*, 79, 13-57. <<https://doi.org/10.3917/ridp.791.0013>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

74 Principe 6 des Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal. (1950)

75 CNCDH. (2019, 11 octobre). Avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens. *Op. cit.*

76 La France rapatrie 35 enfants et 16 mères détenus dans des camps en Syrie. (2022, 5 juillet). *France 24*. <<https://www.france24.com/fr/moyen-orient/20220705-la-france-a-rapatri%C3%A9-35-enfants-et-16-m%C3%A8res-d%C3%A9tenus-dans-des-camps-en-syrie>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

77 Comité directeur pour les droits de l'enfant (CDENF). (2021, 2 février). 1er échange thématique sur le traitement défis en matière de bien-être et de protection des enfants liés aux enfants rapatriés. Conseil de l'Europe. 4e réunion du Bureau. Point 4.5 de l'ordre du jour. <<https://rm.coe.int/cdenf-bu-2021-02-cdenf-fr-thematic-exchange-child-returnees/1680a13b5a>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

78 *Ibid.*

79 Savage, C. (2022, 20 juillet). ISIS Fighters' Children Are Growing Up in a Desert Camp. What Will They Become? *The New York Times*. <<https://www.nytimes.com/2022/07/19/us/politics/syria-isis-women-children.html>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

80 Faut-il rapatrier les enfants et les mères de l'État Islamique? (2022, 24 mai). *Sud Radio*. <<https://www.sudradio.fr/monde/faut-il-rapatrier-enfants-et-meres-etat-islamique>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

81 Aftret Mortvedt, M. (2019, 26 juillet). Syrie: un camp qui fourmille d'enfants. *Comité international de la Croix-Rouge*. <<https://www.icrc.org/fr/document/syrie-un-camp-qui-fourmille-denfants>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

82 Syrie: Les familles des membres présumés de l'EI sont détenues dans des conditions déplorables. (2019, 23 juillet). *Human Rights Watch*. <<https://www.hrw.org/fr/news/2019/07/23/syrie-les-familles-des->



Si la Géorgie a rapatrié la plupart de ses enfants, la France à l'inverse, applique une procédure de rapatriement très longue et incertaine, avec sa politique du « cas par cas » (même si récemment cette politique semble avoir été mise entre parenthèse avec le dernier rapatriement de juillet 2022)<sup>83</sup>.

Différents textes contraignants ont été ratifiés par la France et la Géorgie, concernant les droits des enfants. On peut citer la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)<sup>84</sup>, qui prône l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>85</sup>, son droit à la vie<sup>86</sup>, son droit à une nationalité<sup>87</sup>, son droit de jouir du meilleur état de santé possible<sup>88</sup> et son droit d'être protégé de la violence<sup>89</sup>. Même si le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, chargé de surveiller la bonne application de la Convention, n'a pas de pouvoir de sanction, il n'empêche que la France a admis l'applicabilité devant ses juridictions nationales de plusieurs articles de cette convention, comme l'article 3 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, notion érigée au rang constitutionnel en 2019<sup>90</sup>.

Ainsi, le 8 février 2021, des experts des Nations Unies ont exhorté 57 pays, dont la France et la Géorgie<sup>91</sup>, de rapatrier les enfants et leurs mères des

camps syriens. Plus spécifiquement concernant la France, ayant l'un des plus grands nombres d'enfants européens dans ces camps<sup>92</sup>, le Comité des droits de l'enfant a constaté, dans une décision du 23 février 2022<sup>93</sup>, la violation par la France du droit à la vie des enfants français retenus dans ces camps, de leur droit à ne pas subir de traitements cruels, inhumains ou dégradants, et de leur intérêt supérieur. Le Comité recommande aussi à la France de donner, de manière urgente, une réponse officielle à chaque demande de rapatriement des enfants victimes et de prendre des mesures positives pour effectuer ce rapatriement. Cette position condamnatrice envers la France avait déjà été affirmée par diverses institutions internationales<sup>94</sup> et nationales<sup>95</sup>.

[un-experts-urge-57-states-repatriate-women-and-children-squalid-camps](#) [Dernière consultation: 5 août 2022]

[membres-presumes-de-lei-sont-detenués-dans-des-conditions](#) [Dernière consultation: 5 août 2022]

83 Sauvage, G. (2022, 5 juillet). Rapatriement d'enfants de jihadistes: la fin de la doctrine française du "cas par cas"? *France 24*.

<https://www.france24.com/fr/france/20220705-rapatriement-d-enfants-de-jihadistes-la-fin-de-la-doctrine-fran%3%A7aise-du-cas-par-cas> [Dernière consultation: 5 août 2022]

84 Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989

85 Article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, *Op. cit.*

86 Article 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant, *Op. cit.*

87 Article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, *Op. cit.*

88 Article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant, *Op. cit.*

89 Article 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant, *Op. cit.*

90 Conseil Constitutionnel. 21 mars 2019. Décision n° 2018-768 QPC, § 6

91 Syria: UN experts urge 57 States to repatriate women and children from squalid camps. (2021, 8 février). Nations Unies, Droits de l'Homme. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/02/syria>

92 Comité directeur pour les droits de l'enfant (CDENF). (2021, 2 février). 1er échange thématique sur le traitement défis en matière de bien-être et de protection des enfants liés aux enfants rapatriés. *Op.cit.*

93 Comité des droits de l'enfant. (2022, 23 février). Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications n° 77/2019, 79/2019 et 109/2019. Nations Unies, Droits de l'Homme. [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=21221](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=21221) [Dernière consultation: 5 août 2022]

94 Commissaire aux droits de l'Homme. (2021, 30 septembre). Hearing of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in the cases of H.F. and M.F. v. France and J.D. and A.D. v. France. Conseil de l'Europe. [https://www.coe.int/en/web/commissioner/news/-/asset\\_publisher/easZQ4kHrFrE/content/hearing-of-the-grand-chamber-of-the-european-court-of-human-rights-in-the-cases-of-h-f-and-m-f-v-france-and-j-d-and-a-d-v-france?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fnews%3Fp\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_easZQ4kHrFrE%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-1%26p\\_p\\_col\\_count%3D1](https://www.coe.int/en/web/commissioner/news/-/asset_publisher/easZQ4kHrFrE/content/hearing-of-the-grand-chamber-of-the-european-court-of-human-rights-in-the-cases-of-h-f-and-m-f-v-france-and-j-d-and-a-d-v-france?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fnews%3Fp_id%3D101_INSTANCE_easZQ4kHrFrE%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1) [Dernière consultation: 5 août 2022]

95 Commission nationale consultative des Droits de l'Homme. (2021, 16 décembre). Adoption de l'Avis sur le rapatriement des mineurs français détenus dans les camps du Nord-Est syrien (A – 2021 – 12). <https://www.cncdh.fr/actualite/adoption-de-lavis-sur-le-rapatriement-des-mineurs-francais-detenus>

## 4.2. Les difficultés juridiques concernant le rapatriement des enfants

### 4.2.1 La problématique de l'applicabilité de la Convention européenne des Droits de l'Homme

La France et la Géorgie allèguent de ne pouvoir intercéder auprès des autorités kurdes dans les camps syriens, au motif qu'ils ne relèvent pas de leur juridiction et qu'elles ne possèdent pas de représentation diplomatique sur place<sup>96</sup>. En effet, la France (depuis 2012)<sup>97</sup> et la Géorgie (depuis 2018)<sup>98</sup> ont coupé toutes relations diplomatiques avec la Syrie et ne reconnaissent plus ses institutions, lui retirant sa capacité et sa légitimité à juger des ressortissants français et géorgiens. Cependant, il s'avère que cette absence de contrôle juridictionnel n'exclut pas ces pays de leurs obligations énoncées précédemment, dont certaines ont été élevées au rang constitutionnel concernant la France<sup>99</sup>.

Par exception au principe de territorialité de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), l'article 1<sup>er</sup> de ce traité est applicable aux actes de ses organes déployant leurs effets en dehors de son territoire (effet extraterritorial de la CEDH), ou en raison d'un contrôle effectif exer-

cé par l'État en dehors de ses frontières, sur un territoire ou une personne (application extraterritoriale de la CEDH)<sup>100</sup>.

Concernant l'effet extraterritorial de la CEDH, il s'avère que le refus de rapatriement des enfants français et géorgiens relève d'une décision politique de la France et de la Géorgie. Les FDS ont appelé à plusieurs reprises les États à rapatrier leurs ressortissants<sup>101</sup>, ne faisant en rien obstacle à cette procédure. La France a pu, lorsqu'elle le souhaitait, coopérer avec les FDS pour rapatrier 161 enfants français depuis 2016 au regard de critères qu'elle avait souverainement adopté. C'est en cela que ces enfants relèveraient de la juridiction de la France ou de la Géorgie au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la CEDH.

Concernant l'application extraterritoriale de la CEDH, un certain nombre d'indices attesteraient l'existence d'un contrôle effectif des autorités françaises sur ses ressortissants présents au sein des camps. Il est avéré que la France exerce une grande influence sur les FDS: barrage de l'accès aux camps aux parlementaires et avocats français, relations militaires et diplomatiques étroites contre l'État islamique, interdiction donnée aux familles françaises de rentrer en contact avec des Français au sein des camps, etc.<sup>102</sup> Il apparaît ainsi réaliste de penser que la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait reconnaître l'hypothèse de la juridiction de la France.

### 4.2.2 Le dilemme du droit de vivre en famille et de l'intérêt supérieur de l'enfant

Le droit des enfants de vivre en famille<sup>103</sup>, consacré par la CIDE, pose une difficulté juridique quant au rapatriement de ces derniers. Pour composer avec ce droit, l'État français demande régulièrement aux mères, l'autorisation de rapatrier leurs enfants

[dans-les-camps-du-nord](#)> [Dernière consultation: 5 août 2022];

La défenseure des droits demande au gouvernement le rapatriement, dans les plus brefs délais, de tous les enfants français retenus dans les camps au nord-est de la Syrie. (2022, 29 avril). Défenseur des droits.

<<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiquede-2022/04/la-defenseure-des-droits-demande-au-gouvernement-le-2022-04-29>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

96 La nuit sans fin des enfants détenus en Syrie. (2022, 8 avril). Amnesty International.

<<https://www.amnesty.fr/actualites/syrie-enfants-de-daech-2022-04-08>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

97 Feuerstoss, I. (2014). Quelques éclairages sur les relations franco-syriennes. *Les Cahiers de l'Orient*, 116, 95-108. <<https://doi.org/10.3917/lcdlo.116.0095>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

98 Georgia cutting diplomatic relations with Syria. (2018, 29 mai). *Agenda.ge*. <<https://agenda.ge/en/news/2018/1152>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

99 Conseil Constitutionnel. 21 mars 2019. Décision n° 2018-768 QPC, § 6

100 Cour EDH, Soering c. RU, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88;

Cour EDH, Drozd et Janousek c. France et Espagne, 26 juin 1992, req. n° 12747/87;

Cour EDH, Ilascu et autres c. Moldavie et Russie, req. n° 48787/99.

101 CNCDH. (2019, 11 octobre). Avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens. *Op. cit.*

102 La nuit sans fin des enfants détenus en Syrie. *Op. cit.*

103 Article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant. *Op. cit.*

isolement<sup>104</sup>. Cependant, la plupart refusent d'être séparées de leurs enfants<sup>105</sup>. Il est fort probable que l'État géorgien soit confronté au même refus de la part des mères. Ainsi, ce refus crée un dilemme juridique entre le droit de vivre en famille et l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, au vu de la difficile question politique du rapatriement des adultes sur le sol français ou géorgien et des conditions de vie désastreuses des camps, l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait justifier un rapatriement sans l'accord des parents accompagnant l'enfant<sup>106</sup> au sens de l'article 9 paragraphe 1 de la CIDE disposant que «*Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, (...) à moins que les autorités compétentes ne décident que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant*»<sup>107</sup>. C'est cet avis que défend aussi l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe<sup>108</sup>. Ainsi la France et la Géorgie pourraient rapatrier leurs enfants au nom de leur intérêt supérieur<sup>109</sup> sans nécessaire accord de leurs parents.

#### 4.2.3 Le traitement des enfants associés à l'État islamique

Le rapatriement des enfants associés à Daech pose une difficulté non négligeable concernant leur potentielle dangerosité. Ceux-ci ont assisté

et participé à des actes d'une grande violence: exécutions, tortures, participation au conflit armé, etc.<sup>110</sup> Les «lionceaux de Daech» ont subi un endoctrinement important, étant considérés comme l'un des piliers du développement à long terme de l'organisation.

Il existe une véritable problématique sur la qualification juridique de ces «enfants associés à une force ou un groupe armé»<sup>111</sup>. Peut-on les qualifier de victimes ou de criminels de guerre ?<sup>112</sup> Il s'avère que dans le phénomène des enfants-soldats, tous ne sont pas enlevés et enrôlés de force. Un certain nombre sont volontaires. De la même manière, tous ne sont pas menacés ou drogués pour combattre. Certains possèdent même une réelle motivation au combat. Néanmoins, malgré cette véritable problématique, la doctrine juridique et la jurisprudence occidentale qualifie systématiquement l'enfant associé à une force ou un groupe armé, de victime<sup>113</sup>. En effet, pour prouver qu'une personne est coupable de crimes de guerre, deux éléments doivent être réunis: un élément matériel et un élément moral de commission de l'acte criminel. Si l'élément matériel est bien présent dans le cas des enfants associés à une force ou un groupe armé, celui moral est plus difficile à justifier. Les enfants de moins de 18 ans sont considérés comme trop jeunes pour avoir des valeurs morales indépendantes, les rendant non responsables de leurs crimes<sup>114</sup>.

104 La nuit sans fin des enfants détenus en Syrie. *Op. cit.*

105 L'oncle d'enfants français en Syrie porte plainte contre la France devant l'UE. (2019, 13 juin). *Le Figaro*. <<https://www.lefigaro.fr/flash-actu/l-oncle-d-enfants-francais-en-syrie-porte-plainte-contre-la-france-devant-l-ue-20190613>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

106 CNCDH. (2019, 11 octobre). Avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens. *Op. cit.*

107 Article 9 §1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, *Op. cit.*

108 International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones. (2020). Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire. Résolution 2321. §4. <<https://pace.coe.int/en/files/28581/html>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

109 Fierens, J. (2017). Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents. Dans: Conseil de l'Europe éd., *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique* (pp. 38-41). Strasbourg: Conseil de l'Europe. <<https://www.cairn.info/l-interet-superieur-de-l-enfant-un-dialogue--9789287183972-page-38.htm>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

110 Que vont devenir les enfants occidentaux de Daech ?. (2016, 12 juin). *Atlas.infos.fr*. <[https://atlasinfo.fr/Que-vont-devenir-les-enfants-occidentaux-de-Daech\\_a72460.html](https://atlasinfo.fr/Que-vont-devenir-les-enfants-occidentaux-de-Daech_a72460.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022]

111 «Personne âgée de moins de 18 ans qui est, ou qui a été, enrôlée ou utilisée par une force armée ou un groupe armé à quelque titre que ce soit, y compris, mais non exclusivement, les enfants, garçons et filles, utilisés comme combattants, cuisiniers, porteurs, espions ou à des fins sexuelles », UNICEF. (1997, avril). Les Principes du Cap et meilleures pratiques concernant le recrutement d'enfants dans les forces armées et la démobilisation et la réinsertion sociale des enfants soldats en Afrique.

112 Chappleau, P. Enfants-soldats, Victimes ou criminels de guerre ?. (2007, 5 avril). Ed. Rocher. 306 p.

113 Grappe, M. (2014). Enfants soldats, victimes de guerre. *Perspectives Psy*, 53, 158-165. <<https://doi.org/10.1051/psy/2014532158>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

114 Happold, M. (2005). *Child Soldiers in International*

Ainsi, comme le rappelle le Conseil de l'Europe, les enfants de Daech doivent être considérés comme des victimes, n'étant «pas responsables des actions de leurs parents ni des circonstances dans lesquelles ils se trouvent»<sup>115</sup>. Les enfants de Daech devraient être pris en charge et réinsérés, comme le prévoit le protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, ratifié par la France<sup>116</sup>. Une fois le rapatriement effectué, il appartiendrait à la justice française de décider d'éventuelles poursuites contre ces enfants soldats en envisageant, comme mesures de substitution aux poursuites et à la détention, des mesures non judiciaires mettant l'accent sur la réadaptation et la réintégration des enfants<sup>117</sup>.

#### 4.2.4 La difficile preuve de nationalité de l'enfant

La preuve de nationalité de l'enfant pose une véritable problématique juridique. De nombreux enfants sont nés durant les années de conflit sous l'État islamique. Néanmoins, peu de filiations fiables peuvent être établies, en raison notamment de l'absence de documents officiels prouvant la nationalité de l'enfant, souvent séparé de son père. Les pères, par lesquels s'établit la filiation sous Daech, étaient connus par leur surnom plutôt que leur nom de naissance, ce qui rend ardue la preuve de filiation pour les enfants. Si la France et la Géorgie accordaient la nationalité à des enfants présumés être leurs nationaux sans preuves réelles, cela pourrait constituer un précédent potentiellement dommageable pour ces États à l'avenir. La question est de savoir si on

peut offrir ou non une nationalité à des enfants et les conséquences d'une telle décision sur l'octroi de nationalité aux étrangers à l'avenir.

Cette difficulté de preuve de nationalité est accentuée par l'adoption par certains États comme la France, de la déchéance de nationalité pour les personnes impliquées dans des actes de terrorisme menaçant la sécurité nationale<sup>118</sup>. Cette prérogative juridique rendrait non seulement les parents apatrides mais aussi leurs enfants. Cette pratique est considérée par la Haute-Commissaire des Nations Unies aux Droits de l'Homme, Michelle Bachelet, d'«acte de cruauté irresponsable»<sup>119</sup>. En effet, les enfants apatrides sont souvent privés d'éducation, d'accès aux soins de santé et d'autres éléments fondamentaux de la dignité. Ainsi, sans nationalité, il n'y aurait plus d'obligation légale de rapatriement de ces enfants, les laissant dans un vide juridique au sein des camps syriens.

Il ressort ainsi de ces analyses que la France et la Géorgie possèdent des outils juridiques pour rapatrier en toute légalité leurs enfants, au nom de leur intérêt supérieur, et ce aussi s'agissant des enfants associés à une force ou un groupe armé, considérés comme des victimes. Les obstacles juridiques majeurs résideraient donc dans la preuve de filiation et dans la perte potentielle de nationalité d'un parent de l'enfant.

## CONCLUSION

Il apparaît limpide que l'Irak n'est pas en mesure d'assurer un procès équitable soulevant tous les chefs d'accusation possible, dont celui concernant les crimes contre l'Humanité. La sentence de la peine de mort est en parfaite contradiction avec les valeurs et les traités communs de

Law. Manchester University Press. pp.183.

115 International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones. (2020). *Neither responsible for the actions of their parents nor for the circumstances in which they find themselves*. [Pas responsables des actions de leurs parents ni des circonstances dans lesquelles ils se trouvent]. *Op. cit.*

116 Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, signé le 25 mai 2000.

117 Article 6.3. *Ibid.*  
Conseil de sécurité. (2018). Résolution 2427, (§.21). <<https://digitallibrary.un.org/record/1633323?ln=fr>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

118 Article 25 du Code civil de France.

119 Michelle Bachelet, Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme. (2019, 24 juin). Déclaration liminaire de Michelle Bachelet, Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme. Quarante et unième session du Conseil des droits de l'homme. Nations Unies, Droits de l'Homme. <<https://www.ohchr.org/fr/2019/06/41st-session-human-rights-council>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

la Géorgie et de la France. Même si l'Irak accédait aux demandes de commutations des peines de mort en détention à perpétuité, il n'existerait pas de garantie pour la suite. Un tel emprisonnement perpétuel poserait un problème matériel de coût non négligeable. De plus, les prisons irakiennes sont surpeuplées et la corruption y est grande, ce qui favorise les mauvais traitements et facilite les évasions.<sup>120</sup>

Concernant les internés dans les camps en Syrie, il conviendrait de rapatrier sans délai les enfants au nom de leur intérêt supérieur, au vu de leurs conditions de vie dans ces camps. Leurs parents aussi devraient être rapatriés. Les laisser dans ces camps ne semble pas être une bonne option, ni sur le plan juridique, ni sur le plan sécuritaire. Ces adultes internés risquent d'être transférés en Irak et d'être condamnés à la peine de mort, ou de continuer à vivre dans des camps très précaires où le risque d'évasion est grand.

La situation dans cette zone géographique est aussi volatile que préoccupante. Daech est loin d'être éradiqué et reprend de plus en plus de terrain<sup>121</sup>, en lançant notamment des opérations pour libérer leurs combattants et leurs familles des prisons et des camps syriens. L'organisation a par exemple lancé le 20 janvier 2022, une opération impliquant 200 combattants pour tenter de libérer environ 3 500 de ses membres d'une prison contrôlée par les FDS à Hassaké, dans le nord-est de la Syrie<sup>122</sup>. Même si cette tentative a été déjouée, elle démontre à quel point le risque d'évasion est grand.

Outre la menace de Daech, il convient de noter que les Kurdes sont dans une précarité stratégique avec la Turquie et les Etats-Unis, susceptible de s'accroître avec le conflit russo-ukrainien et les tensions dans le Pacifique, qui menacent

de rebattre les cartes géopolitiques du Moyen-Orient. Si les Etats-Unis cessent leur soutien aux Kurdes, ces derniers devront abandonner rapidement les camps et les prisons qu'ils contrôlent<sup>123</sup>, laissant s'échapper des combattants et des familles de combattants. Cela a été le cas lors de l'offensive turque du 9 octobre 2019 contre les Kurdes dans le nord-est de la Syrie, qui a entraîné l'abandon de certains camps de djihadistes par les Kurdes fuyant le nord de la Syrie.

Ce risque de voir des djihadistes détenus retrouver la liberté de commettre de nouveaux actes de terrorisme est une réalité, d'autant plus que ni l'Irak, ni la Syrie, ni les Kurdes, ni la Turquie n'ont manifesté le souhait de garder et de juger sur leurs territoires des présumés djihadistes en provenance d'États étrangers.

L'absence de prise en charge juridique nationale de ce problème pourrait entraîner le retour de ces ressortissants sans aucun contrôle sécurisé, entraînant un risque pour la région du Levant et pour les pays d'origine des combattants étrangers incarcérés<sup>124</sup>.

Ainsi, en termes de respect du droit international et d'impératif de sécurité majeur, il incomberait à la France et à la Géorgie, de rapatrier et de transférer au plus vite leurs ressortissants.

120 Ensemble contre la peine de mort. *Op. cit.*, p. 14.

121 Mazel, Z. (2022, 18 mars). The risks of an ISIS comeback. *GIS*.  
<<https://www.gisreportsonline.com/r/isis-return/>>  
[Dernière consultation: 5 août 2022] [Dernière consultation: 5 août 2022]

122 Merz, F. (2022, mars). L'État islamique en 2022. *CSS*, N°299.  
<<https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/CSSAnalyse299-FR.pdf>> [Dernière consultation: 5 août 2022]

123 La nuit sans fin des enfants détenus en Syrie. *Op. cit.*

124 Merz, F. (2022, mars). L'État islamique en 2022. *Op. cit.*



# THE LEGAL TREATMENT PROBLEM OF FRENCH AND GEORGIAN NATIONALS WHO JOINED THE ISLAMIC IN IRAQ AND/OR SYRIA

**Sophie Joubert**

*Graduated from the Master of International Public Law of the Jean Moulin University and holds a Master of Environmental Law and Urban Planning from the Environmental Law Institute, Lyon (France)*

KEYWORDS: Daesh, Judging terrorism, Iraqi justice, Child in Syria

## ABSTRACT

With the weakening of the Islamic State, many French and Georgians who had joined the organization, were arrested by the Syrian Democratic Forces (SDF) in Syria and by the Iraqi authorities. These people have been placed either in detention in Iraq or in camps in Syria with catastrophic health and security conditions. Even if France and Georgia are unambiguously reluctant to repatriate their nationals who have joined Daesh in order to try them on their territory, it is appropriate to ask whether this policy is consistent with international law. This article aims to provide a legal response to the political and security issues surrounding the repatriation and trial of French and Georgian nationals who have joined Daesh. Firstly, the legal dilemma of the trial of adults who joined Daesh will be studied in the light of international law and the domestic law of Iraq, France and Georgia, including the thorny issue of the application of the death penalty in Iraq and the recognition of crimes against humanity. Secondly, the legal possibility of repatriation of French and Georgian minors interned in camps in northern Syria will be analyzed.

## BIBLIOGRAPHIE:

## Doctrines:

1. Chapleau, P. Enfants-soldats, Victimes ou criminels de guerre? (2007, 5 avril). Ed. Rocher. 306 p.
2. Delas, O. (2010). *Le Principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'Homme: De la consécration à la contestation*. [Thèse de doctorat en Droit International, Université Paris 2] <<https://www.theses.fr/2010PA020067>>
3. Dubuisson, F. (2017). La définition du «terrorisme»: débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique. *Confluences Méditerranée*, 102, 29-45. <<https://doi.org/10.3917/come.102.0029>>
4. Ensemble contre la peine de mort. 10 questions pour mieux comprendre la situation des citoyens français condamnés à mort en Irak. <<https://www.ecpm.org/wp-content/uploads/10-questions-confe%CC%81rence-Irak-061021-GRIS-MD2.pdf>>
5. Cour européenne des droits de l'Homme. (2022, juin). Fiche thématique – Abolition de la peine de mort. <[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Death\\_penalty\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Death_penalty_FRA.pdf)>
6. Cour européenne des droits de l'Homme. (2022, 30 avril). Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal). <[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_fra.pdf)>
7. Feuerstoss, I. (2014). Quelques éclairages sur les relations franco-syriennes. *Les Cahiers de l'Orient*, 116, 95-108. <<https://doi.org/10.3917/lcdlo.116.0095>>
8. Fierens, J. (2017). Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents. Dans: Conseil de l'Europe éd., *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique* (pp. 38-41). Strasbourg: Conseil de l'Europe. <<https://www.cairn.info/l-interet-superieur-de-l-enfant-un-dialogue--9789287183972-page-38.htm>>
9. Grappe, M. (2014). Enfants soldats, victimes de guerre. *Perspectives Psy*, 53, 158-165. <<https://doi.org/10.1051/pps/2014532158>>
10. Happold, M. (2005). *Child Soldiers in International Law*. Manchester University Press. pp.183.
11. Mazel, Z. (2022, 18 mars). The risks of an ISIS comeback. *GIS*. <<https://www.gisreportsonline.com/2022/03/18/the-risks-of-an-isis-comeback/>>

## BIBLIOGRAPHY:

## Used literature:

1. Chapleau, P. Child Soldiers, Victims or Criminals of War? (2007, April 5<sup>th</sup>). Ed. Rocher. 306 p. (In French)
2. Delas, O. (2010). *The Principle of Non-Refoulement in International Human Rights Jurisprudence: From Consecration to Challenge*. [Doctoral thesis in International Law, University of Paris 2] <<https://www.theses.fr/2010PA020067>> (In French)
3. Dubuisson, F. (2017). The definition of “terrorism”: debates, issues and functions in the legal discourse. *Confluences Méditerranée*, 102, 29-45. <<https://doi.org/10.3917/come.102.0029>> (In French)
4. Ensemble contre la peine de mort. 10 questions to better understand the situation of French citizens sentenced to death in Iraq. <<https://www.ecpm.org/wp-content/uploads/10-questions-confe%CC%81rence-Irak-061021-GRIS-MD2.pdf>> (In French)
5. European Court of Human Rights (2022, June). Fact sheet – Abolition of the death penalty. <[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Death\\_penalty\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Death_penalty_FRA.pdf)> (In French)
6. European Court of Human Rights (2022, April 30<sup>th</sup>). Guide to Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial (criminal aspect). <[https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_fra.pdf)> (In French)
7. Feuerstoss, I. (2014). Some insights into Franco-Syrian relations. *Les Cahiers de l'Orient*, 116, 95-108. <<https://doi.org/10.3917/lcdlo.116.0095>> (In French)
8. Fierens, J. (2017). Alpha ursae minoris – The North Star and the best interests of the child among competing interests. In: Council of Europe ed., *Best interests of the child – A dialogue between theory and practice* (pp. 38-41). Strasbourg: Council of Europe. <<https://www.cairn.info/l-interet-superieur-de-l-enfant-un-dialogue--9789287183972-page-38.htm>> (In French)
9. Grappe, M. (2014). Child soldiers, victims of war. *Perspectives Psy*, 53, 158-165. <<https://doi.org/10.1051/pps/2014532158>> (In French)
10. Happold, M. (2005). *Child Soldiers in International Law*. Manchester University Press. pp.183. (In English)
11. Mazel, Z. (2022, March 18<sup>th</sup>). The risks of an ISIS return. *GIS*. <<https://www.gisreportsonline.com/2022/03/18/the-risks-of-an-isis-return/>>

- [gisreportsonline.com/r/isis-return/](https://gisreportsonline.com/r/isis-return/)>
12. Merz, F. (2022, mars). L'État islamique en 2022. Center for Security Studies. N°299. <<https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/CSSAnalyse299-FR.pdf>>
  13. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. (2006, 8 février). Étude sur le droit à la vérité. E/CN.4/2006/91.
  14. Russian-Origin Muslims in Georgia. (2021, 30 juillet). *International Crisis Group*. <<https://www.crisisgroup.org/russian-origin-muslims-georgia>>
12. Merz, F. (2022, March). The Islamic State in 2022. Center for Security Studies. N°299. <<https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/CSSAnalyse299-FR.pdf>> (In French)
  13. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2006, February 8). Study on the right to truth. E/CN.4/2006/91
  14. Russian-Origin Muslims in Georgia. (2021, July 30th). *International Crisis Group*. <<https://www.crisisgroup.org/russian-origin-muslims-georgia>> (In English)

### Actes normatifs

1. Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. (1987, 26 juin)
2. Convention relative aux droits de l'enfant, New York. (1989, 20 novembre)
3. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, (1953, 3 septembre)
4. Code civil de la France [Dernière consultation: 5 août 2022]
5. Code de procédure pénale de France [Dernière consultation: 5 août 2022]
6. Code pénal de France. [Dernière consultation: 5 août 2022]
7. Code Criminel de Géorgie. [Dernière consultation: 5 août 2022]
8. Pacte international relatif aux droits civils et politiques. (1976, 23 mars)
9. Loi n° 13 du 7 novembre 2005 antiterroriste irakienne. <<https://www.refworld.org/docid/5bd093414.html>>
10. Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme. Journal officiel de la République française n°0298. (2012, 22 décembre). NOR: INTX1232040L
11. Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, (2000, 25 mai). NOR: INTX1232040L
12. Principes du Droit International consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal. (1950)
13. Protocole n° 13 à la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, relatif l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances. (2003, 1<sup>er</sup> juillet)
14. Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils

### Normative Acts

1. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. (1987, June 26<sup>th</sup>)
2. Convention on the Rights of the Child, New York, (1989, 20 November)
3. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. (1953, September 3<sup>rd</sup>)
4. French Civil Code. [Last accessed August 5, 2022]
5. French Criminal Procedure Code. [Last accessed August 5, 2022]
6. French Penal Code. [Last accessed August 5, 2022]
7. Georgian Criminal Code. [Last accessed August 5, 2022]
8. International Covenant on Civil and Political Rights. (1976, March 23<sup>rd</sup>)
9. Iraq: Anti-Terrorism Law. Law No. 13. (2005, November 7<sup>th</sup>)
10. Law No. 2012-1432 of December 21, 2012, on security and the fight against terrorism. Journal officiel de la République française n°0298. (2012, December 22<sup>nd</sup>). NOR: INTX1232040L
11. Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict. (2000, May 25<sup>th</sup>)
12. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. (1950)
13. Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances. (2003, July 1<sup>st</sup>)
14. Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty. (1991, July 11<sup>th</sup>)

et politiques, visant à abolir la peine de mort. (1991, 11 juillet)

15. UNICEF. (1997, avril). Les Principes du Cap et meilleures pratiques concernant le recrutement d'enfants dans les forces armées et la démobilisation et la réinsertion sociale des enfants soldats en Afrique.
16. Déclaration universelle des droits de l'Homme. (1948, 10 décembre)

### Arrêts et résolutions

1. Conseil Constitutionnel. 21 mars 2019. Décision n° 2018-768 QPC, § 6
2. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire. (2020). International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones. Résolution 2321. <<https://pace.coe.int/en/files/28581/html>>
3. Cour EDH, Drozd et Janousek c. France et Espagne, 26 juin 1992, req. n° 12747/87
4. Cour EDH, 8 juillet 2004, Ilascu et autres c. Moldavie et Russie, req. n° 48787/99
5. Cour EDH, Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88
6. C.P.J.I. (1927, 7 septembre). *Affaire du Lotus* (France c. Turquie). *Série A*. N° 10. pp. 18-19

### Rapports officiels

1. Blanco Cordero, I. (2008). Compétence universelle: Rapport général. *Revue internationale de droit pénal*, 79, 13-57. <<https://doi.org/10.3917/ridp.791.0013>>
2. Conseil des droits de l'homme. (2018, 20 juin). Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires sur sa mission en Irak A/HRC/38/44/Add.1.
3. CNCDH. (2019, 11 octobre). Avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens. *Journal officiel de la République française (JORF)* n°0237. Texte n° 78. NOR: CDHX1929060V. <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000039202746>>
4. CNCDH. (2020, 2 février). Avis sur les ressortissants français condamnés à mort ou encourant la peine de mort en Irak. *Journal officiel de la République française (JORF)* n°0028. Texte n° 57. NOR: CDHX2003042V. <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041515060>>
5. Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq. (2017). Human Rights Watch. <[https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/iraq1217web.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/iraq1217web.pdf)> (In English)

15. UNICEF. (1997, April). Cape Town Principles and best practice on the prevention of recruitment of children into the armed forces and demobilization and social reintegration of child soldiers in Africa
16. Universal Declaration of Human Rights. (1948, December 10<sup>th</sup>)

### Courts decisions & resolutions

1. Constitutional Council. 21 March 2019. Decision No. 2018-768 QPC, § 6 (In French)
2. Council of Europe, Parliamentary Assembly. (2020). International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones. Resolution 2321. <<https://pace.coe.int/en/files/28581/html>>
3. ECtHR, Drozd and Janousek v. France and Spain, June 26, 1992, application n° 12747/87
4. ECtHR, Ilascu and others v. Moldova and Russia, July 8, 2004, application no. 48787/99
5. ECtHR, Soering v. The United Kingdom, July 7, 1989, application n° 14038/88
6. P.C.I.J. (1927, September 7). Lotus case (France v. Turkey). *Series A*. No. 10. pp. 18-19

### Officials reports

1. Blanco Cordero, I. (2008). Universal jurisdiction: General report. *International Journal of Criminal Law*, 79, 13-57. <<https://doi.org/10.3917/ridp.791.0013>> (In French)
2. Human Rights Council. (2018, June 20<sup>th</sup>). Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on his mission to Iraq A/HRC/38/44/Add.1.
3. CNCDH. (2019, October 11<sup>th</sup>). Opinion on French minors held in Syrian camps. *Journal officiel de la République française (JORF)* No. 0237. Text No. 78. NOR: CDHX1929060V. <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000039202746>> (In French)
4. CNCDH. (2020, February 2<sup>nd</sup>). Opinion on French nationals sentenced to death or facing the death penalty in Iraq. *Journal officiel de la République française (JORF)* n°0028. Text n° 57. NOR: CDHX2003042V. <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041515060>> (In French)
5. Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq (2017). Human Rights Watch. <[https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/iraq1217web.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/iraq1217web.pdf)> (In English)
6. Human Rights Council. (2019, August 20<sup>th</sup>).

- [iraq1217web.pdf>](#)
6. 6. Conseil des droits de l'Homme. (2019, 20 août). Application de la peine de mort aux ressortissants étrangers et fourniture d'une assistance consulaire par l'État d'origine. A/74/318.
  7. 7. Conseil des Droits de l'Homme. (2016, 15 juin). "They came to destroy": ISIS Crimes Against the Yazidis. <[https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/ColSyria/A\\_HRC\\_32\\_CRP.2\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/ColSyria/A_HRC_32_CRP.2_en.pdf)> (In English)
  8. 8. Conseil des Droits de l'Homme. (2015, 27 mars). Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme sur la situation des Droits de l'Homme en Iraq à la lumière des violations commises par l'organisation dite " Etat islamique d'Iraq et du Levant " et des groupes associés. A/HRC/28/18.
  9. 9. Comité directeur pour les droits de l'enfant (CDEF). (2021, 2 février). 1er échange thématique sur le traitement défis en matière de bien-être et de protection des enfants liés aux enfants rapatriés. Conseil de l'Europe. 4e réunion du Bureau. Point 4.5 de l'ordre du jour. <<https://rm.coe.int/cdenf-bu-2021-02-cdenf-fr-thematic-exchange-child-returnees/1680a13b5a>>
  10. 10. Résumé des communications des parties prenantes concernant l'Iraq. (2019, 8 novembre). Nations Unies. Conseil des droits de l'homme. Examen périodique universel – Iraq. Troisième cycle. <<https://www.ohchr.org/fr/hr-bodies/upr/iq-index>>
- Application of the death penalty to foreign nationals and provision of consular assistance by the State of origin. A/74/318.
7. 7. Human Rights Council.(2016, June 15<sup>th</sup>). "They came to destroy": ISIS Crimes Against the Yazidis. <[https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/ColSyria/A\\_HRC\\_32\\_CRP.2\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/ColSyria/A_HRC_32_CRP.2_en.pdf)> (In English)
  8. 8. Human Rights Council. (2015, March 27<sup>th</sup>). Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Iraq in light of violations committed by the so-called "Islamic State of Iraq and the Levant" and associated groups. A/HRC/28/18.
  9. 9. Steering Committee for the Rights of the Child (CDEF). (2021, February 2<sup>nd</sup>). 1st thematic exchange on the treatment of child welfare and protection challenges related to repatriated children. Council of Europe. 4th meeting of the Bureau. Item 4.5 of the agenda. <<https://rm.coe.int/cdenf-bu-2021-02-cdenf-fr-thematic-exchange-child-returnees/1680a13b5a>> (In French)
  10. 10. Summary of stakeholder submissions on Iraq (2019, November 8<sup>th</sup>). United Nations. Human Rights Council. Universal Periodic Review – Iraq. Third cycle. <<https://www.ohchr.org/fr/hr-bodies/upr/iq-index>> (In French)

### Article et communiqué de presse

1. Bouvier, P. (2019, 4 juin). Les procès des djihadistes français soulignent les failles du système judiciaire irakien. *Le Monde*. <[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/les-proces-des-djihadistes-francais-soulignent-les-failles-dusysteme-judiciaire-irakien\\_5471351\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/les-proces-des-djihadistes-francais-soulignent-les-failles-dusysteme-judiciaire-irakien_5471351_3210.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022]
  2. Foltyn, S. (2019, 2 juin). Inside the Iraqi courts sentencing foreign Isis fighters to death. *The Guardian*. <<https://www.theguardian.com/world/2019/jun/02/inside-the-iraqi-courts-sentencing-foreign-isis-fighters-to-death>> [Dernière consultation: 5 août 2022]
  3. Le Premier ministre d'Irak affirme ne pouvoir alléger les peines des jihadistes. (2019, 9 août). *Le Nouvel Observateur*. <<https://www.nouvelobs.com/monde/20190809.AFP2211/le-premier-ministre-d-irak-affirme-ne-pou>
1. Bouvier, P. (2019, June 6<sup>th</sup>). French jihadists' trials highlight flaws in Iraqi justice system. *Le Monde*. <[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/les-proces-des-djihadistes-francais-soulignent-les-failles-dusysteme-judiciaire-irakien\\_5471351\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/les-proces-des-djihadistes-francais-soulignent-les-failles-dusysteme-judiciaire-irakien_5471351_3210.html)> [Last accessed: 2022, August 5<sup>th</sup>] (In French)
  2. Foltyn, S. (2019, June 2<sup>nd</sup>). Inside the Iraqi courts sentencing foreign Isis fighters to death. *The Guardian*. <<https://www.theguardian.com/world/2019/jun/02/inside-the-iraqi-courts-sentencing-foreign-isis-fighters-to-death>> [Last accessed: 2022, August 5<sup>th</sup>] (In English)
  3. Iraq's prime minister says he cannot ease sentences for jihadists. (2019, August 9<sup>th</sup>). *Le Nouvel Observateur*. <<https://www.nouvelobs.com/monde/20190809.AFP2211/le-premier-ministre-d-irak-affirme-ne-pouvoir-alleger-les-peines-des-jihadistes.html>> [Last accessed: 2022, August 5<sup>th</sup>] (In French)
  4. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2021, March 11<sup>th</sup>). In Syr-



- [voir-alleger-les-peines-des-jihadistes.html](#) [Dernière consultation: 5 août 2022]
4. Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies. (2021, 11 mars). En Syrie, les parties belligérantes ont commis cumulativement presque tous les crimes contre l'humanité énumérés dans le Statut de Rome de la CPI, indique M. Pinheiro. <<https://www.ohchr.org/fr/2021/03/after-decade-civilians-bearing-brunt-conflict-syria-it-time-put-them-first-and-support#:~:text=En%20cons%C3%A9quence%2C%20les%20parties%20bellig%C3%A9rantes,Pinheiro>> [Dernière consultation: 5 août 2022]
  5. Sallon, H. et Kaval, A. (2019, 12 août). L'ONU interpelle la France sur le transfert « illégal » de djihadistes français en Irak. *Le Monde*. <[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/12/l-onu-interpelle-la-france-sur-le-transfert-illegal-de-djihadistes-francais-en-irak\\_5498726\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/12/l-onu-interpelle-la-france-sur-le-transfert-illegal-de-djihadistes-francais-en-irak_5498726_3210.html)> [Dernière consultation: 5 août 2022]
  6. Syrie: Les familles des membres présumés de l'EI sont détenues dans des conditions déplorables. (2019, 23 juillet). *Human Rights Watch*. <<https://www.hrw.org/fr/news/2019/07/23/syrie-les-familles-des-membres-presumes-de-lei-sont-detenees-dans-des-conditions>> [Dernière consultation: 5 août 2022]
  7. La nuit sans fin des enfants détenus en Syrie. (2022, 8 avril). Amnesty International. <<https://www.amnesty.fr/actualites/syrie-enfants-de-daech-rapatriement-la-chronique>> [Dernière consultation: 5 août 2022]
- ia, the warring parties have cumulatively committed almost all the crimes against humanity listed in the ICC's Rome Statute, Pinheiro says. <<https://www.ohchr.org/fr/2021/03/after-decade-civilians-bearing-brunt-conflict-syria-it-time-put-them-first-and-support#:~:text=In%20cons%C3%A9quence%2C%20the%20parties%20belligerent%C3%A9rantes,Pinheiro>> [Last accessed: 2022, August 5<sup>th</sup>] (In French)
5. Sallon, H. and Kaval, A. (2019, August 12<sup>th</sup>). UN questions France over 'illegal' transfer of French jihadists to Iraq. *Le Monde*. <[https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/12/l-onu-interpelle-la-france-sur-le-transfert-illegal-de-djihadistes-francais-en-irak\\_5498726\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/12/l-onu-interpelle-la-france-sur-le-transfert-illegal-de-djihadistes-francais-en-irak_5498726_3210.html)> [Last accessed: 2022, August 5<sup>th</sup>] (In French)
  6. Syria: Families of suspected EI members held in deplorable conditions. (2019, July 23<sup>rd</sup>). Human Rights Watch. <<https://www.hrw.org/fr/news/2019/07/23/syrie-les-familles-des-membres-presumes-de-lei-sont-detenees-dans-des-conditions>> [Last accessed: 2022, August 5<sup>th</sup>] (In French)
  7. The endless night of detained children in Syria. (2022, April 8<sup>th</sup>). Amnesty International. <<https://www.amnesty.fr/actualites/syrie-enfants-de-daech-rapatriement-la-chronique>> [Last accessed: 2022, August 5<sup>th</sup>] (In French)

## NOTES:

1. CNCDH. (2019, October 11th). Opinion on French minors held in Syrian camps. Journal officiel de la République française (JORF) No. 0237. Text No. 78. NOR: CDHX1929060V. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039202746> [Last accessed 2022, August 5th]
2. 33rd ISIS fighter from Georgia's Pankisi Gorge dead in Syrian war. (2019, March 9th). Democracy & Freedom Watch. <https://dfwatch.net/33rd-isis-fighter-from-georgias-pankisi-gorge-dead-in-syrian-war-52956> [Last accessed 2022, August 5th]
3. Russian-Origin Muslims in Georgia. (2021, July 30th). International Crisis Group. <https://www.crisisgroup.org/russian-origin-muslims-georgia> [Last accessed 2022, August 5th]
4. Georgia Population (LIVE). Worldometer. <https://www.worldometers.info/world-population/georgia-population/> [Last accessed 2022, August 5th]

5. CNCDH. (2020, February 2nd). Opinion on French nationals sentenced to death or facing the death penalty in Iraq. Journal officiel de la République française (JORF) n°0028. Text n° 57. NOR: CDHX2003042V. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041515060> [Last accessed 2022, August 5th]
6. Abu Bakr Al-Baghdadi calls for 'rescue' of detained jihadists and their families. (2019, September 16th). Le Monde. [https://www.lemonde.fr/international/article/2019/09/16/abou-bakr-al-baghdadi-appelle-a-sauver-les-djihadistes-detenus-et-leurs-familles\\_5511143\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/09/16/abou-bakr-al-baghdadi-appelle-a-sauver-les-djihadistes-detenus-et-leurs-familles_5511143_3210.html) [Last accessed 2022, August 5th]
7. Ibid.
8. Iraq: 5 Iraqi nationals executed for terrorism. (2021, February 12th). ECPM. <https://www.ecpm.org/irak-5-ressortissants-irakiens-executes-pour-terrorisme/> [Last accessed 2022, August 5th]; Iraq: 21 Iraqi nationals executed for terrorism. (2020, November 19th). ECPM. <https://www.ecpm.org/irak-21-ressortissants-irakiens-executes-pour-terrorisme/> [Last accessed 2022, August 5th]
9. Collongette, A. (2022, July 5th). Has France changed its policy regarding the repatriation of children detained in Syria? Nice-Matin. <https://www.nicematin.com/faits-de-societe/la-france-a-t-elle-change-de-politique-concernant-le-rapatriement-des-enfants-detenus-en-syrie-779247> [Last accessed 2022, August 5th]
10. Russian-Origin Muslims in Georgia. Op.cit.
11. Paris challenges UN rapporteur's comments on transfer of French jihadists to Iraq. (2019, August 12th). France Info. [https://www.francetvinfo.fr/monde/proche-orient/francais-condamnes-a-mort-en-irak/paris-recuse-les-observations-d-unerapporteuse-de-l-onu-sur-le-transfert-de-jihadistes-francais-en-irak\\_3574541.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/proche-orient/francais-condamnes-a-mort-en-irak/paris-recuse-les-observations-d-unerapporteuse-de-l-onu-sur-le-transfert-de-jihadistes-francais-en-irak_3574541.html) [Last accessed 2022, August 5th]; Paris responds curtly to a UN expert who called for the repatriation of jihadists. (2019, August 13th). Huffington Post. [https://www.huffingtonpost.fr/politique/article/paris-repond-sechement-a-une-experte-de-l-onu-qui-demandait-le-rapatriement-des-jihadistes\\_150071.html](https://www.huffingtonpost.fr/politique/article/paris-repond-sechement-a-une-experte-de-l-onu-qui-demandait-le-rapatriement-des-jihadistes_150071.html) [Last accessed 2022, August 5th]; French jihadists sentenced to death in Iraq: France again rules out repatriating them. (2019, August 13th). LCI. <https://www.lci.fr/terrorisme/djihadistes-francais-condamnes-a-mort-en-irak-la-france-exclut-a-nouveau-de-les-rapatrier-une-experte-de-l-onu-appelle-a-le-faire-2129420.html> [Last accessed 2022, August 5th]
12. CNCDH. (2020, February 2nd). Opinion on French nationals sentenced to death or facing the death penalty in Iraq. Op.cit.
13. Ibid.
14. Ibid.
15. To go further, see: Delas, O. (2010). The Principle of Non-Refoulement in International Human Rights Jurisprudence: From Consecration to Challenge. [Doctoral thesis in International Law, University of Paris 2] <https://www.theses.fr/2010PA020067> [Last accessed 2022, August 5th]
16. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. (1987, June 26th)
17. ECtHR, Soering v. The United Kingdom, July 7, 1989, application n° 14038/88
18. Human Rights Watch. (2017). Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq. Pp. 49-52. <https://www.hrw.org/report/2017/12/05/flawed-justice/accountability-isis-crimes-iraq> [Last accessed 2022, August 5th]
19. Sallon, H. (2019, July 6th). French jihadists sentenced to death in Iraq blame Paris. Le Monde. <https://www.lemonde.fr/international/arti->

- [cle/2019/07/06/des-djihadistes-francais-condamnes-a-mort-en-irak-mettent-encause-paris\\_5486227\\_3210.html](https://www.lepoint.fr/justice/exclusif-la-famille-d-un-djihadiste-francais-condamne-a-mort-brise-lesilence-21-06-2019-2320318_2386.php) [Last accessed 2022, August 5th]; Olivier, P. (2019, July 10th). Family of French man sentenced to death in Iraq cries out in anger. RFI. <http://www.rfi.fr/france/20190710-rfi-rencontre-famille-francais-condamne-mort-irak> [Last accessed 2022, August 5th]; Le Devin, W. (2019, July 4th). Jihadists in Iraq: "Will we eradicate evil by applying the death penalty? No!". Liberation. [https://www.liberation.fr/france/2019/07/04/jihadistes-en-irak-est-ce-qu-on-eradiquera-le-mal-en-appliquant-la-peine-de-mort-non\\_1738006/](https://www.liberation.fr/france/2019/07/04/jihadistes-en-irak-est-ce-qu-on-eradiquera-le-mal-en-appliquant-la-peine-de-mort-non_1738006/) [Last accessed 2022, August 5th]; Zamouri, A. (2019, June 21st). The family of a French jihadist sentenced to death breaks the silence. Le Point. [https://www.lepoint.fr/justice/exclusif-la-famille-d-un-djihadiste-francais-condamne-a-mort-brise-lesilence-21-06-2019-2320318\\_2386.php](https://www.lepoint.fr/justice/exclusif-la-famille-d-un-djihadiste-francais-condamne-a-mort-brise-lesilence-21-06-2019-2320318_2386.php) [Last accessed August 5, 2022]
20. Mr. Jean-Yves Le Drian, Minister of Europe and Foreign Affairs. (2019, May 29th). Statement in response to a question about the trials in Iraq against the jihadist. <https://www.vie-publique.fr/discours/271659-jean-yves-le-drian-29052019-les-proces-en-irak-contre-le-djihadistes> [Last accessed 2022, August 5th]
  21. Universal Declaration of Human Rights. (1948, December 10th)
  22. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. (1953, September 3rd)
  23. International Covenant on Civil and Political Rights. (1976, March 23rd)
  24. European Court of Human Rights (2022, April 30th). Guide to Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial (criminal aspect). [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_6\\_criminal\\_fra.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_fra.pdf) [Last accessed 2022, August 5th]
  25. Ibid.
  26. Foltyn, S. (2019, June 2nd). Inside the Iraqi courts sentencing foreign Isis fighters to death. The Guardian. <https://www.theguardian.com/world/2019/jun/02/inside-the-iraqi-courts-sentencing-foreign-isis-fighters-to-death> [Last accessed 2022, August 5th]; Rubin A.J. (2019, May 29th). France Hands ISIS Suspects to Iraq, Which Sentences Them to Hang. The New York Times. <https://www.nytimes.com/2019/05/29/world/middleeast/france-iraq-isis-trials.html> [Last accessed 2022, August 5th]; Iraq: French Citizens Allege Torture, Coercion. (2019, May 31st). Human Rights Watch <https://www.hrw.org/news/2019/05/31/iraq-french-citizens-allege-torture-coercion> [Last accessed 2022, August 5th]; Callamard, A. Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. (2019, August 8th). Mandate of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions. AU ENG 5/2019 [Last accessed 2022, August 5th]
  27. Bouvier, P. (2019, June 6th). French jihadists' trials highlight flaws in Iraqi justice system. Le Monde. [https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/les-proces-des-djihadistes-francais-soulignent-les-faillures-du-systeme-judiciaire-irakien\\_5471351\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/04/les-proces-des-djihadistes-francais-soulignent-les-faillures-du-systeme-judiciaire-irakien_5471351_3210.html) [Last accessed 2022, August 5th]
  28. CNCDH. (2020, February 2nd). Opinion on French nationals sentenced to death or facing the death penalty in Iraq. Op. cit.
  29. Bouvier, P. (2019, June 6th). French jihadists' trials highlight flaws in Iraqi justice system. Op. cit.
  30. Human Rights Watch. (2017). Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq. p.49-5. Op. cit.; Sallon, H. (2019, July 6th). French jihadists sentenced to death in Iraq blame Paris. Op.cit.; Olivier, P. (2019, July

- 10th). Family of French man sentenced to death in Iraq cries out in anger. Op.cit; Le Devin, W. (2019, July 4th). Jihadists in Iraq: “Will we eradicate evil by applying the death penalty? No!”. Op.cit.; Zamouri, A. (2019, June 21st). The family of a French jihadist sentenced to death breaks the silence. Op.cit.
31. Summary of stakeholder submissions on Iraq (2019, November 8th). United Nations. Human Rights Council. Universal Periodic Review – Iraq. Third cycle. <https://www.ohchr.org/fr/hr-bodies/upr/iq-index> [Last accessed 2022, August 5th]
  32. Michelle Bachelet, United Nations High Commissioner for Human Rights. (2019, June 24th). Op.cit.
  33. Human Rights Watch. (2017). Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq. Op. cit.; Report 2017/18, The State of the World’s Human Rights (2018, February 22nd). Amnesty International. <https://www.amnesty.org/fr/documents/pol10/6700/2018/fr/> [Last accessed 2022, August 5th]
  34. Bouvier, P. (2019, June 6th). French jihadists’ trials highlight flaws in Iraqi justice system. Op.cit.
  35. Michelle Bachelet, United Nations High Commissioner for Human Rights. (2019, June 24th). Op.cit.
  36. Iraqi Anti-Terrorism Law No. 13 of November 7, 2005. <https://www.ref-world.org/docid/5bd093414.html> [Last accessed 2022, August 5th]
  37. Ibid. Article 2 §3. The following acts are considered acts of terrorism [...] Anyone who organized, chaired or participated in an armed terrorist gang that practices and plans for terrorism and also contributes and participates in this act.
  38. Human Rights Council.(2016, June 15th). “They came to destroy”: ISIS Crimes Against the Yazidis. pp 49-52. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A\\_HRC\\_32\\_CRP2\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/A_HRC_32_CRP2_en.pdf) [Last accessed 2022, August 5th]; Sallon, H. (2019, July 6th). French jihadists sentenced to death in Iraq blame Paris. Op.cit.
  39. Rubin, A.J. (2019, May 29th). France Hands ISIS Suspects to Iraq, Which Sentences Them to Hang. Op. cit.
  40. Human Rights Watch. (2017). Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq. p.31. Op. cit.
  41. Human Rights Watch.(2017, July 19). Interview with Judge Riadh Jafar and Judge Jabar Hussein. in Human Rights Watch. (2017). Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq. p.31. Op.cit. Genocide and terrorism are the same crime, so why would we need a separate charge for genocide?
  42. Human Rights Council.(2016, June 15th). “They came to destroy: ISIS Crimes Against the Yazidis.; Human Rights Council (2015, March 27th). Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Iraq in light of violations committed by the so-called “Islamic State of Iraq and the Levant” and associated groups. A/HRC/28/18.
  43. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2006, February 8). Study on the right to truth. E/CN.4/2006/91
  44. Callamard, A. Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on her mission to Iraq. (2018, June 20th). Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on his mission to Iraq A/HRC/38/44/Add.1, § 48.
  45. Chapter XLVII – Crime against Humanity, Peace and Security and International Humanitarian Law, of the Criminal Code of Georgia

46. Chapter XXXVIII – Terrorism, of the Criminal Code of Georgia.
47. Amnesty International. (2019, April 10th). Death sentences and executions 2018: Global report. ACT 50/9870/2019. <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5098702019FRENCH.PDF> [Last accessed 2022, August 5th]
48. United Nations Assistance Mission in Iraq, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2014, October). Report on the Death Penalty in Iraq. UNAMI/OHCHR. p.26
49. Iraq: judiciary denies agreement with Paris to ease death penalty. (2019 June 11th). L'Orient-Le Jour. <https://www.lorientlejour.com/article/1174268/irak-la-justice-dement-un-accord-avec-paris-pour-alleger-la-peine-descondamnes-a-mort.html> [Last accessed 2022, August 5th]
50. Iraq's prime minister says he cannot ease sentences for jihadists. (2019, August 9th). Le Nouvel Observateur. <https://www.nouvelobs.com/monde/20190809.AFP2211/le-premier-ministre-d-irak-affirme-ne-pouvoir-alleger-les-peines-des-jihadistes.html> [Last accessed 2022, August 5th]
51. Ensemble contre la peine de mort. 10 questions to better understand the situation of French citizens sentenced to death in Iraq. p.14 <https://www.ecpm.org/wp-content/uploads/10-questions-confe%CC%81rence-Irak-061021-GRIS-MD2.pdf> [Last accessed 2022, August 5th]
52. Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty. (1991, July 11th); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. (1953, September 3); Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances. (2003, July 1st)
53. Human Rights Council. (2019, August 20th). Application of the death penalty to foreign nationals and provision of consular assistance by the State of origin. A/74/318, § 108..
54. European Court of Human Rights (2022, June). Fact sheet – Abolition of the death penalty. [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Death\\_penalty\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Death_penalty_FRA.pdf) [Last accessed 2022, August 5th]
55. Sallon, H. and Kaval, A. (2019, August 12th). UN questions France over 'illegal' transfer of French jihadists to Iraq. Le Monde. [https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/12/l-onu-interpelle-la-france-sur-le-transfert-illegal-de-djihadistes-francais-en-irak\\_5498726\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/12/l-onu-interpelle-la-france-sur-le-transfert-illegal-de-djihadistes-francais-en-irak_5498726_3210.html) [Last accessed 2022, August 5th]; The transfer of jihadists from Syria to Iraq has begun (2019, October 30th). France culture. <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/les-enjeux-internationaux/le-transfert-des-djihadistes-de-la-syrie-vers-l-irak-a-commence-1066322> [Last accessed 2022, August 5th]
56. Callamard, A. Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions. (2019, August 20th). Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions – Application of the death penalty to foreign nationals and provision of consular assistance by the State of origin. A//74/318. §107.
57. Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty. (1991, July 11th); European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. (1953, September 3); Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,



- concerning the abolition of the death penalty in all circumstances. (2003, July 1st)
58. Ensemble contre la peine de mort. Op. cit. p. 4.
  59. Rebut, D. (2018, June 4th). Conviction of a French national abroad: what are the conditions for a transfer? Club des juristes. <https://blog.leclubdesjuristes.com/condamnation-pour-actes-terroristes-a-le-tranger-queles-sont-les-conditions-dun-transferement/> [Last accessed 2022, August 5th]
  60. The French overwhelmingly approve of Iraq's trial of jihadists and do not want to see their children return. (2019, February). Odoxa. <http://www.odoxa.fr/sondage/djihadistes-francais-approuvent-massivement-jugement-lirak-ne-veulent-voir-leurs-enfants-revenir/> [Last accessed 2022, August 5th]; Godwin, M. (2021, October 14th). Does ISIS still Pose a Threat to the Region? Georgia Today. <https://georgiatoday.ge/does-isis-still-pose-a-threat-to-the-region/> [Last accessed 2022, August 5th]
  61. CNCDH. (2020, January 28). Opinion on French nationals sentenced to death or facing the death penalty in Iraq. Op. cit; NCDH. (2020, December 21st). France Must Repatriate French Children Held in Syria and French Sentenced to Death in Iraq. <https://www.cncdh.fr/fr/publications/la-france-doit-rapatrier-les-enfants-francais-retenus-en-syrie-et-les-francais> [Last accessed 2022, August 5th]
  62. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2021, March 11th). In Syria, the warring parties have cumulatively committed almost all the crimes against humanity listed in the ICC's Rome Statute, Pinheiro says. <https://www.ohchr.org/fr/2021/03/after-decade-civilians-bearing-brunt-conflict-syria-it-time-put-them-first-and-support#:~:text=In%20cons%C3%A9quence%2C%20the%20parties%20beligerent%C3%A9rantes,Pinheiro> [Last accessed 2022, August 5th]
  63. Could El jihadists be tried in Syria? (2019, July 16th). AFP. July 16, 2019. [https://www.peinedemort.org/document/10603/jihadistes\\_l-El\\_pourraient-ils\\_etre\\_juges\\_Syrie](https://www.peinedemort.org/document/10603/jihadistes_l-El_pourraient-ils_etre_juges_Syrie) [Last accessed 2022, August 5th]
  64. Dubuisson, F. (2017). The definition of "terrorism": debates, issues and functions in the legal discourse. *Confluences Méditerranée*, 102, 29-45. <https://doi.org/10.3917/come.102.0029> [Last accessed 2022, August 5th]
  65. J. Triscone (2021, September 6th). Universal jurisdiction, the only hope for judging crimes committed in Syria? *Trial International*. <https://trialinternational.org/fr/latest-post/la-competence-universelle-seul-espoir-pour-juger-les-crimes-commis-en-syrie/> [Last accessed 2022, August 5th]
  66. Article 113-2 of the Criminal Code of France
  67. Article 4 § 2 of the Criminal Code of Georgia; Article 113-6 of the Criminal Code of France
  68. Article 113-6 of the French Criminal Code; Article 4 of the Criminal Code of Georgia; P.C.I.J. (1927, September 7). Lotus case (France v.Turkey). Series A. No. 10.
  69. Article 2 of the Law No. 2012-1432 of December 21, 2012, on security and the fight against terrorism. *Journal officiel de la République française* n° 0298. (2012, December 22nd). NOR: INTX1232040L; Article 113-13 of the French Criminal Code; Article 689 of the Code of Criminal Procedure of France; Article 323 of the Criminal Code of Georgia
  70. Council of Europe, Parliamentary Assembly. (2020). International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones. Resolution 2321. <https://pace.coe.int/en/files/28581/html> [Last

- accessed 2022, August 5th]
71. Council of Ministers. (2020, December 16th). International obligations regarding the repatriation of children from war and conflict zones. Response to recommendation 2169 (2020). <https://pace.coe.int/fr/files/28911/html> [Last accessed 2022, August 5th]
  72. Bouvier, P. (2019, June 6th). French jihadists' trials highlight flaws in Iraqi justice system. Op.cit.
  73. Blanco Cordero, I. (2008). Universal jurisdiction: General report. *Revue internationale de droit pénal*, 79, 13-57. <https://doi.org/10.3917/ridp.791.0013> [Last accessed 2022, August 5th]
  74. Principle 6 of the Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. (1950)
  75. CNCDH. (2019, October 11th). Opinion on French minors held in Syrian camps. Op. cit.
  76. France repatriates 35 children and 16 mothers held in camps in Syria. (2022, July 5th). France 24. <https://www.france24.com/fr/moyen-orient/20220705-la-france-a-rapatri%C3%A9-35-enfants-et-16-m%C3%A8res-d%C3%A9tenu-dans-des-camps-en-syrie> [Last accessed 2022, August 5th]
  77. Steering Committee for the Rights of the Child (CDEF). (2021, February 2nd). 1st thematic exchange on the treatment of child welfare and protection challenges related to repatriated children. Council of Europe. 4th meeting of the Bureau. Item 4.5 of the agenda. <https://rm.coe.int/cdef-bu-2021-02-cdef-fr-thematic-exchange-child-returnees/1680a-13b5a> [Last accessed 2022, August 5th]
  78. Ibid.
  79. Savage, C. (2022, July 20th). ISIS Fighters' Children Are Growing Up in a Desert Camp. What Will They Become? The New York Times. <https://www.nytimes.com/2022/07/19/us/politics/syria-isis-women-children.html> [Last accessed 2022, August 5th]
  80. Should Islamic State's children and mothers be repatriated? (2022, May 24th). Sud Radio. <https://www.sudradio.fr/monde/faut-il-rapatrier-enfants-et-meres-etat-islamique> [Last accessed 2022, August 5th]
  81. Aftret Mortvedt, M. (2019, July 26th). Syria: a camp teeming with children. International Committee of the Red Cross. <https://www.icrc.org/fr/document/syrie-un-camp-qui-fourmille-denfants> [Last accessed 2022, August 5th]
  82. Syria: Families of suspected EI members held in deplorable conditions. (2019, July 23rd). Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/fr/news/2019/07/23/syrie-les-familles-des-membres-presumes-de-lei-son-detenu-dans-des-conditions> [Last accessed 2022, August 5th]
  83. Sauvage, G. (2022, July 5th). Repatriation of children of jihadists: the end of the French doctrine of "case by case"? France 24. <https://www.france24.com/fr/france/20220705-rapatriement-d-enfants-de-jihadistes-la-fin-de-la-doctrine-fran%C3%A7aise-du-cas-par-cas> [Last accessed 2022, August 5th]
  84. Convention on the Rights of the Child, New York, (1989, 20 November)
  85. Article 3 of the Convention on the Rights of the Child, Op. cit.
  86. Article 6 of the Convention on the Rights of the Child, Op. cit.
  87. Article 7 of the Convention on the Rights of the Child, Op. cit.
  88. Article 24 of the Convention on the Rights of the Child, Op. cit.
  89. Article 19 of the Convention on the Rights of the Child, Op. cit.
  90. Constitutional Council. 21 March 2019. Decision No. 2018-768 QPC
  91. Syria: UN experts urge 57 States to repatriate women and children from

- squalid camps (2021, February 8th). United Nations, Human Rights. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/02/syria-un-experts-urge-57-states-repatriate-women-and-children-squalid-camps> [Last accessed 2022, August 5th]
92. Steering Committee for the Rights of the Child (SCRC). (2021, February 2nd). 1st Thematic Exchange on Addressing Child Welfare and Protection Challenges Related to Returning Children. Op.cit.
93. Committee on the Rights of the Child. (2022, February 23rd). Views adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child establishing a communications procedure, concerning communications No. 77/2019, 79/2019 and 109/2019. United Nations, Human Rights. [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=21221](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=21221) [Last accessed 2022, August 5th]
94. Commissioner for Human Rights (2021, September 30th). Hearing of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in the cases of H.F. and M.F.v. France and J.D.and A.D.v. France. Council of Europe. [https://www.coe.int/en/web/commissioner/news/-/asset\\_publisher/easZQ4kHrFrE/content/hearing-of-the-grand-chamber-of-the-european-court-of-human-rights-in-the-cases-of-h-f-and-m-f-v-france-and-j-d-and-a-d-v-france?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fnews%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_IN-STANCE\\_easZQ4kHrFrE%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-1%26p\\_p\\_col\\_count%3D1](https://www.coe.int/en/web/commissioner/news/-/asset_publisher/easZQ4kHrFrE/content/hearing-of-the-grand-chamber-of-the-european-court-of-human-rights-in-the-cases-of-h-f-and-m-f-v-france-and-j-d-and-a-d-v-france?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fnews%3Fp_p_id%3D101_IN-STANCE_easZQ4kHrFrE%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1) [Last accessed 2022, August 5th]
95. National Consultative Commission on Human Rights (2021, December 16). Adoption of the Opinion on the repatriation of French minors detained in camps in Northeast Syria (A – 2021 – 12). <<https://www.cncdh.fr/actualite/adoption-de-lavis-sur-le-rapatriement-des-mineurs-francais-detenus-dans-les-camps-du-nord>> [Last accessed: August 5, 2022]; Rights Defender calls on government to repatriate, as soon as possible, all French children held in camps in northeastern Syria. (2022, April 29). Rights Defender. <<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2022/04/la-defenseure-des-droits-demande-au-gouvernement-le-rapatriement-dans>> [Last accessed August 5, 2022]
96. The endless night of detained children in Syria. (2022, April 8th). Amnesty International. <https://www.amnesty.fr/actualites/syrie-enfants-de-daech-rapatriement-la-chronique> [Last accessed 2022, August 5th]
97. Feuerstoss, I. (2014). Some insights into Franco-Syrian relations. Les Cahiers de l'Orient, 116, 95-108. <https://doi.org/10.3917/lcdlo.116.0095> [Last accessed 2022, August 5th]
98. Georgia cutting diplomatic relations with Syria. (2018, May 29th). Agenda.ge. <https://agenda.ge/en/news/2018/1152> [Last accessed 2022, August 5th]
99. Constitutional Council. March 21, 2019. Decision No. 2018-768 QPC, § 6.
100. ECtHR Soering v. RU, June 7, 1989, application n° 14038/88; ECtHR, Drozd and Janousek v. France and Spain, June 26, 1992, application n° 12747/87; ECtHR, Ilascu and others v. Moldova and Russia, July 8, 2004, application no. 48787/99
101. CNCDH. (2019, October 11). Opinion on French minors held in Syrian camps. Op. cit.
102. The endless night of children detained in Syria. Op.cit.
103. Article 9 of the Convention on the Rights of the Child. Op. cit.
104. The endless night of child detainees in Syria. Op. cit.
105. Uncle of French children in Syria files complaint against France with EU.

- (2019, June 13th). Le Figaro. <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/l-oncle-d-enfants-francais-en-syrie-porte-plainte-contre-la-france-devant-l-ue-20190613> [Last accessed 2022, August 5th]
106. CNCDH. (2019, October 11). Opinion on French minors held in Syrian camps. Op. cit.
107. Article 9 §1 of the Convention on the Rights of the Child, Op. cit.
108. International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones. (2020). Council of Europe, Parliamentary Assembly. Resolution 2321. §4. <<https://pace.coe.int/en/files/28581/html>> [Last accessed August 5, 2022]
109. Fierens, J. (2017). Alpha ursae minoris – The North Star and the best interests of the child among competing interests. In: Council of Europe ed., Best interests of the child – A dialogue between theory and practice (pp. 38-41). Strasbourg: Council of Europe. <https://www.cairn.info/L-interet-superieur-de-l-enfant-un-dialogue--9789287183972-page-38.htm> [Last accessed 2022, August 5th]
110. What will become of the Western children of Daech? (2016, June 12th). Atlas.infos.fr. [https://atlasinfo.fr/Que-vont-devenir-les-enfants-occidentaux-de-Daech\\_a72460.html](https://atlasinfo.fr/Que-vont-devenir-les-enfants-occidentaux-de-Daech_a72460.html) [Last accessed 2022, August 5th]
111. “A person under the age of 18 who is, or has been, recruited or used by an armed force or armed group in any capacity, including, but not limited to, children, both boys and girls, used as combatants, cooks, porters, spies or for sexual purposes,” UNICEF. (1997, April). The Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into Armed Forces and the Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa.
112. Chapleau, P. Child Soldiers, Victims or Criminals of War? (2007, April 5th). Ed. Rocher.
113. Grappe, M. (2014). Child soldiers, victims of war. Perspectives Psy, 53, 158-165. <https://doi.org/10.1051/pps/2014532158> [Last accessed 2022, August 5th]
114. Happold, M. (2005). Child Soldiers in International Law. Manchester University Press. pp.183.
115. International obligations concerning the repatriation of children from war and conflict zones. (2020). Neither responsible for the actions of their parents nor for the circumstances in which they find themselves. Op. cit.
116. Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict. (2000, May 25th)
117. Article 6.3. Ibid.
118. Article 25 of the French Civil Code.
119. Michelle Bachelet, United Nations High Commissioner for Human Rights. (2019, June 24th). Opening statement by Michelle Bachelet, United Nations High Commissioner for Human Rights. Forty-first session of the Human Rights Council. United Nations, Human Rights. <https://www.ohchr.org/fr/2019/06/41st-session-human-rights-council> [Last accessed 2022, August 5th]
120. Ensemble contre la peine de mort. Op. cit.. p. 14.
121. Mazel, Z. (2022, March 18th). The risks of an ISIS return. GIS. <https://www.gisreportsonline.com/r/isis-return/> [Last accessed 2022, August 5th]
122. Merz, F. (2022, March). The Islamic State in 2022. Center for Security Studies. N°299. <https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-inter-est/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/CSSAnalyse299-FR.pdf> [Last accessed 2022, August 5th]
123. The endless night of child detainees in Syria. Op. cit.
124. Merz, F. (2022, March). The Islamic state in 2022. Op. cit.

# THE MARGIN OF MORAL DUTY OF HUMAN BEING TO PARTICIPATE IN BIOMEDICAL RESEARCH

**Nino Mdinardze**

*Ph.D. Student, New Vision University*

This research (PHDF-21-856) has been supported  
by Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia (SRNSFG)

KEYWORDS: Biomedical Research, Research Ethics, Moral

## ABSTRACT

The existing paradigm of biomedical research ethics, based on respecting the free and informed consent of the research participant, originates from the famous Nuremberg Trial (1947), where the Nazi doctors were convicted of killing and torturing prisoners using medical experiments in German Concentration Camps during World War II. Since the second half of the 20th century, several international instruments have been developed to protect the rights of persons involved in research, considering the voluntariness of participation. Nevertheless, scientific community started to discuss the moral basis of mandatory human participation in biomedical research. Even today, some scholars argue that biomedical research creates public goods in the form of health, safety, and knowledge enjoyed almost by all members of society. The moral duty to participate in research is due to the need for public participation in producing public goods. Others suggest that human beings have a moral obligation to take some risks to help others. So, the moral duty to participate in biomedical research relies on the principles of justice, beneficence, etc. Considering the importance of this issue for research ethics, this article discusses the doctrines and theories, including public goods, free-riding, and beneficence, to set the margin of the moral duty of human beings to participate in biomedical research.



## INTRODUCTION

The history of the protection of the rights of human beings involved in biomedical research starts with the *Nuremberg Code (1947)*<sup>1</sup> – recognized as one of the most critical documents in the history of biomedical research ethics.<sup>2</sup> The first article of the Code declares the voluntary involvement of participants in medical research based on informed consent.<sup>3</sup> The Code provides for the right of the research subject to withdraw the consent as well.

In 1964, the World Medical Association (WMA) adopted the Declaration on the Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects (*Helsinki Declaration*),<sup>4</sup> the primary addressee of

which was the medical staff. According to Article 4 of the declaration, the doctor is responsible for protecting and improving the rights, health, and well-being of those involved in medical research. The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights underlined the importance of informed and free consent of research subjects.<sup>5</sup> So, today, Good Clinical Practice (GCP) relies on respect for the autonomy of the human subject.<sup>6</sup>

In parallel with the formation of international instruments for the protection of the rights of those involved in biomedical research, in the 60s of the 20<sup>th</sup> century, the scientific community started to discuss the moral basis of mandatory participation of human beings in biomedical research. Certain representatives of the medical field (*Walsh McDermott, Louis Lasagna, and Leon Eisenberg*) advocated the idea of mandatory human participation in research.<sup>7</sup> They argued that the results of biomedical research created public goods in the form of health, safety, and knowledge consumed almost by all members of society.<sup>8</sup> In their view, the obligation to participate in research was due to the need for public participation in the production of public goods.<sup>9</sup> This view, along with other scholars, was challenged by the German philosopher *Hans Jonas*.<sup>10</sup> For *Jonas*, “*the moral pull exerted by the desire to have public*

1 The Nuremberg Code was adopted in August 1947 at a trial in Nuremberg (Germany), also known as the Doctors Trial. Nazi doctors were convicted of killing and torturing prisoners using medical experiments in German Concentration Camps during World War II at the Nuremberg Trials. A tribunal investigating World War II crimes has set the standard for the need for voluntary, informed consent by people involved in medical experiments. See further: International Military Tribunal (1950), *Trials of war criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council law no.10, Washington, D.C.: Government Printing Office, in Shuster, E., 1997. Fifty Years Later: The Significance of the Nuremberg Code, The New England Journal of Medicine, 337(20), p. 1436.*

2 Annas, G. J., Grodin, M. A., 1992. The Nazi doctors and the Nuremberg Code: human rights in human experimentation, *New York: Oxford University Press*, p. 227-39. Annas, G. J., Grodin, M. A., 1996. Legacies of Nuremberg: medical ethics and human rights, *JAMA, 276*, p. 1682-3, in Shuster, E., 1997. p. 1436.

3 According to article 1 of the Nuremberg Code, the voluntary consent of the human subject is required for conducting a medical examination (“*The voluntary consent of the human subject is absolutely essential. This means that the person involved should have legal capacity to give consent. should be so situated as to be able to exercise free power of choice, without the intervention of any element of force, fraud, deceit, duress, overreaching, or other ulterior form of constraint or coercion...*”), See. The Nuremberg Code, 1996. *British Medical Journal, No 7070, Volume: 313*, p. 1448. See further: Sade, R. M., 2017. Controversies in Clinical Research Ethics, *The Journal of Law, Medicine and Ethics, 45(3)*, p. 292.

4 In 1964, at 18<sup>th</sup> General Assembly of the World Medical Association in Helsinki, the Declaration of Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects was adopted, available at: < <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects> > [Last Seen 15.08.2022].

5 See. Article 7, available at: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> [Last Seen 15.08.2022].

6 Guideline for Good Clinical Practice (GCP) E6(R2), International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use, EMA/CHMP/ICH, 2017.

7 McDermott, W., 1967. The changing mores of biomedical research, *Annals of Internal Medicine, 67(7)*, p.39-42, in Caplan, A. L., 1984. Is There a Duty to Serve as a Subject in Biomedical Research?, *IRB: Ethics and Human Research, 6(5)*, p. 2.

8 *Ibid.*

9 Caplan, A. L., 1984. p. 2.

10 Ramsey, P., 1970. The Patient as Person, *New Haven: Yale University Press*. Rutstein, D. D., 1969. The ethical design of human experiments, *Daedalus, 98*, p. 523-541. Jonas, H., 1969. Philosophical reflections on experimenting with human subjects, *Daedalus, 98*, p. 219-247, in Caplan, A. L., 1984. p. 2.

goods was counterbalanced by far more powerful moral force of respect for individual autonomy.” Besides, it was still controversial for him that health, safety, and knowledge were public goods.

Another consideration supporting the idea of mandatory participation in biomedical research derived from the doctrine of the social contract between generations.<sup>11</sup> Proponents of this doctrine considered that each previous generation produced public goods by participating in biomedical research enjoyed by each subsequent generation. Consequently, under the principle of reciprocity, society was morally indebted to the previous generation, which they could repay by producing public goods for future generations.<sup>12</sup> Not surprisingly, opponents challenged this doctrine.

The debate over the moral basis for mandatory human participation in biomedical research is still relevant. Since the 2000s, scholars (*Harris, Rhodes, and Evans*) have published several works.<sup>13</sup> These authors relying on the principles of *Justice* and *Beneficence*, argue for the existence of the moral duty to participate in biomedical research. They assume that almost all members of society enjoy the public goods generated from biomedical research. They set examples of not only active (*medical care, medications*) but passive forms of use of public goods like herd immunity resulting from vaccination. The proponents of mandatory human participation in biomedical research argue that the use of public goods without reciprocal contribution is unjust behavior, also referred to as “free-riding”.<sup>14</sup> Thus, the general

idea of *Justice* and *Beneficence* requires that the members of society redistribute the risk and burden of participation in research between themselves.<sup>15</sup> Other scholars (*Sharp, Yarborough, Wachbroit, Wasserman, Rennie*) have criticized the proponents for not discussing the issue in depth based on counterarguments.<sup>16</sup> The relevance of the present issue for biomedical research ethics stipulates an in-depth analysis of scientific discourse. Accordingly, the following chapters will consider the doctrines and theories of *Public Good, Beneficence, Free-riding, and Contract Theory* concerning the research subject.

## PUBLIC GOOD

Scholars supporting the existence of the moral duty to participate in biomedical research assume that knowledge and experience generated from biomedical research are what economists call a *public good*.<sup>17</sup> According to *Paul Samuelson*, “public good is a good which all enjoy in common in the sense that each individual’s consumption of such a good leads to no subtractions from any other individual’s consumption of that good...”.<sup>18</sup>

11 Jonas, H., 1969. p. 219-247, in Caplan, A. L., 1984. p. 2.

12 Caplan, A. L., 1984. p. 2.

13 Evans, H. M., 2004. Should patients be allowed to veto their participation in clinical research?, *Journal of Medical Ethics*, 30(2). Harris, J., 2005. Scientific Research is a Moral Duty, *Journal of Medical Ethics*, 31(4). Rhodes, R., 2005. Rethinking Research Ethics, *The American Journal of Bioethics*, 5(1). Rhodes, R., 2005. Response to Commentators on “Rethinking Research Ethics”, *The American Journal of Bioethics*, 5(1). Rhodes, R., 2008. In Defence of the Duty to Participate in Biomedical Research, *The American Journal of Bioethics*, 8(10). Rhodes, R., 2017. When is Participation in Research a Moral Duty?, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 45(3).

14 Rhodes, R., 2005. Rethinking Research Ethics, *Am J Bioeth*, 5(1), in De Melo-Martín, I., 2008. p. 28. *Comp.* Rennie, S., 2011. p. 42.

15 *Ibid.*

16 Sharp, R. R., Yarborough, M., 2005. Additional Thoughts on Rethinking Research Ethics, *The American Journal of Bioethics*, 5(1). Wachbroit, R., Wasserman, D., 2005. Research Participation: Are We Subject to a Duty?, *The American Journal of Bioethics*, 5(1). De Melo-Martín, I., 2008. A duty to Participate in Research: Does Social Context Matter?, *The American Journal of Bioethics*, 8(10). Rennie, S., 2011. Viewing Research Participation as a Moral Obligation: In Whose Interests?, *Hasting Center Report*, 41(2). Yarborough, M., 2017. Why There Is No Obligation To Participate In Clinical Research, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 45(3).

17 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. The Obligation to Participate in Biomedical Research, *The Journal of the American Medical Association*, 302(1), p. 3. Seiler, C., 2018. Can there be a moral obligation to participate in biomedical research?, *Eur J Clin Invest.*, 48(e12896), p. 2.

18 Samuelson, Paul A., 1954. The Pure Theory of Public Expenditure, *The Review of Economics and Statistics*, 36(4), p. 387, in Reiss, J., 2021 (Fall). Public Goods, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward, N. Zalta (ed.), available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/public-goods/>> [Last Seen 16.08.2022].

In the modern economy, *goods* are usually defined as public goods if they are both non-rivalrous and non-excludable.<sup>19</sup> According to Reiss, national defense is a paradigmatic example of a public good.<sup>20</sup> Typical examples of public goods are fresh air and electoral democracy as well.<sup>21</sup> It does not matter who creates the public good, the private or the public sector.<sup>22</sup>

According to Schaefer *et al.*, there is a significant difficulty in generating public goods itself. As a rule, there is no incentive for a person to contribute to a public good even if the beneficence is greater than the burden.<sup>23</sup> In addition, denying an individual to benefit from a public good no matter how much or how little he has contributed himself is impossible. That makes public goods deficit.<sup>24</sup> To overcome the problem, society sometimes uses coercive measures.<sup>25</sup> An example of public compulsion is the requirement to equip vehicles with a catalytic convector to

ensure air purity.<sup>26</sup> In some cases, the community uses a positive incentive method to ensure the public good, such as administering influenza vaccination to develop herd immunity.<sup>27</sup> In other cases, people get involved in generating public goods because they believe they should do so.<sup>28</sup> For instance, many people vote not because they think their vote will radically change the outcome but because they believe they should support the electoral democracy.<sup>29</sup>

Unlike national security or electoral democracy, the answer to whether biomedical research produces a public good is unclear and much more ambiguous. For a valid conclusion, it is essential to analyze biomedical research from the public good's perspective. Once public good is produced, no one can be excluded from benefiting from it. Indeed, biomedical research may lead to improvements in treatment methods or medications. Though, their availability is limited. Rennie points out that millions of people in developing countries still suffer from diseases those effective treatment methods researchers discovered years ago.<sup>30</sup> Sharp and Yarborough indicate limited public access to health services due to high costs.<sup>31</sup> De Melo-Martín points to the social contexts for restricting the use of results of biomedical research as well.<sup>32</sup>

It is noteworthy that Rosamond Rhodes – one of the proponents of mandatory human participation in biomedical research, speaks about the unfair distribution of medical resources in the United States.<sup>33</sup> Though, as she explains, limited access to medical services is irrelevant to mandatory human participation in research. Rhodes believes that participation in biomedical research should be encouraged in parallel with supporting access to medical care. However, Rennie argues that the public good argument can not be strong until everyone has access to the benefits of biomedical research.

19 Rivalrous and excludable goods are called private goods. Food, clothes and flats are paradigmatic examples of private goods. See. Reiss, J., 2021 (Fall). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/public-goods/>> [Last Seen 16.08.2022].

20 "... A corollary of the non-excludability characteristic is that there are limitations to consumers' consumption decisions regarding the public good, if it is produced. Individuals might have different preferences for the level of security provided by national defense, but once national defense is in place, they will consume the level that has been produced, not more or less of it. One cannot "opt out" of the consumption of a public good. Similarly, while everyone might like clean air, individuals will differ in their degree of tolerance of pollution. But once "clean air" has been produced, consumers must consume it independently of their preferences". See. Reiss, J., 2021 (Fall). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/public-goods/>> [Last Seen 16.08.2022].

21 Head, J. G. & Shoup, C. S., 1969. Public Goods, Private Goods, and Ambiguous Goods, *The Economic Journal*, 79(315), p. 567–572, in Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3. Rennie, S., 2011. p. 42.

22 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3.

23 Olson, M., 1965. *The Logic of Collective Action*, Cambridge, MA: Harvard University Press, in Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3.

24 Samuelson, P. A., 1955. Diagrammatic exposition of a theory of public expenditure, *The Review of Economics and Statistics*, 37(4), p. 350–356, in Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3.

25 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 Rennie, S., 2011. p. 43.

31 Sharp, R. R. & Yarborough, M., 2005. p. 41.

32 De Melo-Martín, I., 2008. p. 32.

33 Rhodes, R., 2005. *Response to Commentators on "Rethinking Research Ethics"*, *The American Journal of Bioethics*, 5(1), p.17. Rhodes, R., 2008. p. 38.

Besides limited access to the benefits of biomedical research, scientists consider the factor of ineffective and failed research. According to *Sharp and Yarborough*, much biomedical research fails to cure human diseases. This fact strengthens skepticism about the social value of biomedical research.<sup>34</sup> As scholars argue, studies ended in indefinite or unsuccessful results can fall into the ineffective studies category.<sup>35</sup> According to *Schaefer et al.*, the publicly available research's negative consequences are the public good, as the results of the ineffectiveness of the treatment method or substance may be helpful for other studies.<sup>36</sup> Proponents of mandatory human participation in biomedical research argue that one person's use of the knowledge made public does not deprive others of using it.<sup>37</sup> Moreover, they point to the inadmissibility of restricting public use of the knowledge gained from research.<sup>38</sup> However, publicly available results being a public good is controversial. Just publicity of information cannot be a public good, though it may facilitate subsequent research and thus be helpful.

*Sharp and Yarborough* focus on biomedical research beneficiaries. People who are skeptical about the social value of biomedical research think that the principal beneficiaries of biomedical research are those involved in developing, manufacturing, and distributing medical products and services.<sup>39</sup> As *Sharp and Yarborough* argue, research benefits may be considered relatively limited contributions to the public good as they are available only through a distributional network that cannot be separated from the interests of particular individuals and corporate entities.<sup>40</sup>

Another consideration is about "me-too" drugs. As *David Wendler* explains, "these are drugs identical in all clinically relevant respects to approved drugs already in use and the de-

velopment of a me-too drug offers the potential to redistribute market share without increasing overall health and well-being."<sup>41</sup> Rennie argues that most research focuses on the production of me-too drugs.<sup>42</sup> This is why there is a strong skepticism about the ideal goals of maximizing population involvement in biomedical research.<sup>43</sup>

Despite the many obstacles to concluding that biomedical research produces a public good, it must be taken into account that biomedical research has significantly contributed to developing public health and reducing infections or diseases. Proponents of mandatory human participation in biomedical research point out that the knowledge gained from biomedical research made it possible to eradicate polio infections over the past century and discover and develop new surgical and other life-saving techniques.<sup>44</sup> Besides, studies have shown the effectiveness of several medical interventions, significantly reducing morbidity and mortality.<sup>45</sup>

Furthermore, *Reiss* argues that "individuals benefit from a healthy population in various ways. For example, the fewer individuals are infected with a contagious disease, the less likely it is that any given (currently healthy) infects him – or herself. These benefits obtain in a non-excludable and non-rivalrous manner. A healthier population is also more likely to be productive, making public health analogous to education."<sup>46</sup> However, a small portion of biomedical research focuses on eradicating infections or improving public health. Considering limited access to health services and medications, producing me-too drugs, and failed and industry-sponsored research, biomedical research does not produce a public good in its classical sense.

34 Sharp, R. R. & Yarborough, M., 2005. p. 40.

35 *Ibid.*

36 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 8.

37 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3, *comp.* Seiler, C., 2018. p. 2.

38 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3.

39 Sharp, R. R. & Yarborough, M., 2005. p. 41, *comp.* Rennie, S., 2011. p. 43.

40 Sharp, R. R. & Yarborough, M., 2005. p. 41.

41 Wendler, D., 2021 (Winter). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> [Last Seen 16.08.2022].

42 Rennie, S., 2011. p. 43.

43 *Ibid.*

44 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3.

45 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 3. De Melo-Martín, I., 2008. p. 28.

46 Reiss, J., 2021 (Fall). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/public-goods/>> [Last Seen 16.08.2022].



## BENEFACTENCE

Another critical argument supporting mandatory human participation in biomedical research derives from the principle of benefitting others.<sup>47</sup> Some scholars argue that every member of society is responsible for preventing significant harm within a reasonable risk.<sup>48</sup> For instance, various diseases affect both patients and those around them. Biomedical research makes it possible to cure the disease in turn.<sup>49</sup> The principle of beneficence requires engaging in research to alleviate another person's suffering.<sup>50</sup> Thus, a person who refuses to participate in biomedical research is indifferent to the suffering and pain experienced by another person and undeservedly and unfairly benefits from past studies in which participants have taken risks.<sup>51</sup> As Wendler argues, medical research inevitably exposes research participants to some risks for the benefit of other or future patients that brings us to the central ethical challenge – when is it ethically permissible to expose participants to risks of harm for the benefit of others?<sup>52</sup>

Proponents of mandatory human participation in research explain that there is *prima facie*, not an absolute, obligation to participate in biomedical research.<sup>53</sup> *Prima facie* obligation exists as long as there are no grounds excluding it.<sup>54</sup> According to *Schaefer et al.*, one should break a promise to meet a friend to take care of his sick child.<sup>55</sup> Like this, if biomedical research violates

one's religious belief about bodily integrity, then the obligation to participate in biomedical research might be overridden.<sup>56</sup>

*Rhodes* emphasizes the nature of a moral obligation. She argues that if an action is morally obligatory, the person in case of non-performance is the addressee of negative moral attitudes like criticism, reprimand, and accusation.<sup>57</sup> Otherwise, there should be any legitimate excuse.<sup>58</sup> Herewith, *Rennie* clarifies the distinction between morally obligatory and morally permissible actions. He states, "there is no blameworthiness attached to the failure to perform morally permissible actions, though other disapproving attitudes may be warranted".<sup>59</sup>

*Rennie* is interested in transforming action into a moral obligation. He argues that there are some moral reasons to act or not. Besides, "moral reasons in favor of action are necessary, but not sufficient, to make that action morally obligatory."<sup>60</sup> For instance, a person may have a good reason to help homeless people voluntarily after work instead of going to the gym and exercising. Although volunteering has an excellent moral basis, going to the gym is not blameworthy. As *Rennie* suggests, for an action to be morally obligatory, social expectations must support those reasons and give them force.<sup>61</sup> For clarity, *Rennie* points to *Susan Wolf's* argument that there may be a good moral reason to volunteer at a rape crisis center or avoid eating food of animal origin. Though, there is no (or not yet) sufficient social expectation that would transform that action into a moral obligation.<sup>62</sup>

Considering the above arguments, we can conclude that although participating in medical

47 Rennie, S., 2011. p. 41-42, *comp.* Barry, B., 1995. Justice as impartiality, *Oxford: Clarendon Press*, p. 228, in Harris, J., 2005. p. 242.

48 Harris, J., 2005., in De Melo-Martín, I., 2008. p. 28.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.* See further: „... Because biomedical research offers our best chance for achieving that end, and because we cannot will an end without also willing the necessary means to achieve it, we are duty-bound to participate in research “. Rhodes, R., 2008. p. 37-38.

51 Rennie, S., 2011. p. 42.

52 Wendler, D., 2021 (Winter). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> [Last Seen 16.08.2022].

53 Ross, W. D., 2002. The Right and the Good, *Oxford: Clarendon Press*, in Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 4.

54 Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. p. 4.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 Rhodes, R., 2017. p. 319.

58 *Ibid.*

59 Rennie, S., 2011. p. 41.

60 Rennie, S., 2011. p. 42, *comp.* „Being a free rider is, however, unfair and people always have a moral reason not to act unfairly. This moral reason is probably enough to justify an enforceable obligation but we do not have to use compulsion as a strategy of first resort“, See. Harris, J., 2005. p. 243.

61 Rennie, S., 2011. p. 42.

62 Wolf, S., Moral Obligations and Social Commands, in *Metaphysics and the Good: Themes from the Philosophy of Robert Merrihew Adams*, 2009. *Oxford University Press*, p. 343-367, in Rennie, S., 2011. p. 42.



research may benefit others, the risks and burdens associated with biomedical research preclude social expectations that would make research participation morally binding.

## FREE-RIDING

As mentioned earlier, testing new drugs and medical interventions in humans poses risks to the research participants, no matter how many laboratory and animal tests precede it.<sup>63</sup> According to *Rhodes*, each of us benefits from medical research. Hence, a person who benefits from research but does not participate in it and therefore does not pose a particular risk is a *free rider*. *John Harris* explains in the same way. “Where I benefit from research but refuse to participate in it, I am clearly acting unfairly in some sense. I am free-riding on the back of the contribution of others.”<sup>64</sup>

As *Wachbroit* and *Wasserman* propose, merely benefiting is not morally objectionable, so further arguments are necessary.<sup>65</sup> The authors point to the principle of division of labor and, consequently, risk redistribution. In their view, each of us takes advantage of the risks posed by firefighters, although this does not oblige us all to become firefighters. Indeed, there is always the likelihood that some individuals will reap more benefits for the less risk they incur.

Alternative contribution is one of the main counterarguments of the moral basis for mandatory human participation in biomedical research.<sup>66</sup> *Rennie* wonders if it is possible to avoid being a *free rider* without personal involvement in the study. So, he offers an experiment in which a person donates a part of a hospital for research purposes, sponsors young researchers, or contributes to research by paying taxes. So, a person is not a *free rider* in its literal sense because he

directly contributes to the research or in the form of taxes.<sup>67</sup>

*Wachbroit* and *Wasserman* discuss the need for participation in research in kind. As *Rhodes* suggests, a person who enjoys the benefits of diabetes research can fulfill a moral obligation by engaging in genetic research. Accordingly, if a diabetic patient can avoid being a free rider by participating in genetic research, why can't the same be said in the case of teaching something?<sup>68</sup> “Dispute is narrowly confined to the question of whether we must contribute our bodies as well as our money. Because of the impossibility of medical advances without humans subjecting themselves to study, we have to give more than just our cash,” – argues *Rhodes*.<sup>69</sup>

*Rennie* makes another assumption: the number of subjects willing to participate in biomedical research is enough or surplus. In that case, the moral basis for participating in the study is as weak as when requesting a blood donation when there is no blood shortage. *Rennie* argues that mandatory human participation in biomedical research rests on a somewhat *utilitarian assumption* – if more people volunteer for research, more discoveries will lead to significant social benefits. So, from the utilitarian perspective, biomedical research ought to be expanded as far as possible to maximize potential benefits, in which case there will never be enough research participants.<sup>70</sup>

For *Rennie*, one might test the soundness of the utilitarian approach by empirical facts. In particular, the practical management of biomedical research and implementation of its results should be evaluated. Besides, we should take into consideration the moral basis for mandatory participation in research – *the public good argument*, according to which biomedical research significantly improves public health.<sup>71</sup> According to *Rennie*, most research focuses on producing

63 Wendler, D., 2021 (Winter). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> [Last Seen 16.08.2022].

64 Harris, J., 1999. The principles of medical ethics and medical research, *Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 15 (sup. 1):7-13*, p. 12.

65 Wachbroit, R., Wasserman, D., 2005. p. 48.

66 Rennie, S., 2011. p. 42.

67 Brassington, I., 2007. John Harris' Argument for a Duty to Research, *Bioethics, 21(3)*, p. 160-68, in Rennie, S., 2011. p. 42, *comp.* De Melo-Martín, I., 2008. p. 29.

68 Wachbroit, R., Wasserman, D., 2005. p. 49.

69 Rhodes, R., 2005. Response to Commentators on “Rethinking Research Ethics”, *The American Journal of Bioethics, 5(1), W15-W18*, p. 17.

70 Rennie, S., 2011. p. 43.

71 *Ibid.*

me-too drugs, or most of the funds raised for research focus on the diseases afflicting a small portion of the world’s population. That creates a strong skepticism about the ideal goal of maximizing population involvement in biomedical research.<sup>72</sup> Also, statistics show that the majority of industry-funded research results are favorable to research sponsors, or adverse research outcomes are unknown to physicians and patients. Also, statistics show that the majority of industry-funded research results are favorable to research sponsors,<sup>73</sup> or adverse research outcomes are unknown to physicians and patients.<sup>74</sup>

Despite Rennie’s arguments, there is no doubt that the development of medicine depends on discoveries made through biomedical research. However, the moral duty to participate in biomedical research associated with personal risks and burdens should also be analyzed from the perspective of individual freedom and contract theory.

## CONTRACT THEORY

Some scholars link mandatory human participation in biomedical research with *Contract Theory*. In particular, as David Wendler explains, “at least all individuals who have access to medical care have benefited from the efforts of previous research participants in the form of effective vaccines and better medical treatments. One might try to argue that these benefits obligate us to participate in clinical research when it’s our turn.”<sup>75</sup> Nevertheless, as Wendler argues, these are the future patients who will benefit from the current participation in clinical research. So, “if we incur an obligation for the benefits due to previous re-

search studies, we presumably are obligated to the patients who participated in those studies, an obligation we cannot discharge by participating in current studies.”<sup>76</sup>

For some scientists, it is conceptually wrong to deem the altruistic merits of previous generations as a *debt*.<sup>77</sup> They consider it quite enough to express gratitude for the *gift*.<sup>78</sup> Herewith, Arthur L. Caplan, the professor of bioethics, considered it too naive to deem participation in medical research only as altruism.<sup>79</sup> For clarity, he brought attention to coercion, deception, or compensation for participation in the studies. Besides, according to Wendler, contract theory does not work in case of the very first clinical trials since the participants had never benefited from previous clinical research.<sup>80</sup>

Alternatively, one might argue that we are obliged to participate in research, not for the benefits we receive from the efforts of previous participants, but to the social system in which we live and that research is part of it.<sup>81</sup> In particular, we have to do our part because of the many benefits we have received as a result of living within the social system.<sup>82</sup> As Wendler argues, the first challenge for this position is to clarify why the mere enjoyment of benefits, without some prospective agreement to respond in kind, obligates individuals to benefit others. For instance, if you did something nice for me yesterday without my invitation or knowledge, why am I obliged to give you a good turn today? This question is

72 *Ibid.*

73 Bekelman, J. E., Li Y., Gross, P. C., 2003. Scope and Impact of Financial Conflicts of Interest in Biomedical Research: A Systematic Review, *Journal of the American Medical Association*, 289, p. 454-65, in Rennie, S., 2011. p. 43.

74 Rennie, S., 2011. p. 43.

75 Wendler, D., 2021 (Winter). The Ethics of Clinical Research, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward, N. Zalta (ed.), available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> [Last Seen 16.08.2022].

76 *Ibid.*

77 Simmons, A. J., 1979. Moral Principles and Political Obligations, *Princeton University Press*, in: Caplan, A. L., 1984. p. 3.

78 *Ibid.*

79 *Ibid.*

80 Wendler, D., 2021 (Winter). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> [Last Seen 16.08.2022].

81 Brock, D. W., 1994. “Ethical issues in exposing children to risks in research,” Chapter 3 (pp. 81–101) of Grodin and Glantz (eds.), *Children as Research Subjects*, New York: Oxford University Press, in Wendler, D., 2021. (Winter). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> [Last Seen 16.08.2022].

82 Wendler, D., 2021. (Winter). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> [Last Seen 16.08.2022].

much more critical in case of pediatric research.<sup>83</sup> According to Wendler, children benefit from previous research studies as usual, but typically do so unknowingly, so, the case of pediatric research makes it complicated to justify mandatory participation in research based on contractualist grounds. “Contract theories have difficulties with those groups, such as children, who do not accept in any meaningful way the benefits of the social system under which they live” – argues *Gauthier*.<sup>84</sup> Thus, *contract theory* fails to provide sufficiently strong arguments to justify the idea of a moral duty to participate in research in kind.

## CONCLUSION

Scientists supporting mandatory human participation in biomedical research rely on the doctrines of *public good* and *free-riding*, the principle of *beneficence*, and the *contract theory*. According to the proponents, almost all members of society enjoy the public good of health services generated from biomedical research, which creates so-called duty to make our part. However, as already discussed, considering the limited access to health services and medications, producing me-too drugs, and failed and industry-sponsored studies, biomedical research does not produce a public good in its classical sense. So, as *Rennie* argues, the public good argument cannot be sufficiently strong until everyone has access to the benefits of biomedical research. Besides, although participating in medical research may benefit others, the risks and burdens associated with biomedical research preclude social expectations that would make participation in biomedical research morally binding. As for the contract theory, it fails to provide solid arguments for the example of pediatric studies and the example of the earliest studies.

To summarize the issue, one might ask how the existing *status quo* will change if participation in research is morally binding. In particular,

if participation in biomedical research is a moral duty, would participation be a real choice? Would it still make sense to get *informed consent* from a research participant? Would it still be appropriate (*as is now commonly part of the consent process*) to tell participants that they can leave a study at any time? How might the ethics review of research change if participation becomes morally obligatory? – these are questions to which there are still no reasonable answers. When it comes to changing the existing moral paradigm of participation in research, we need to consider one more issue – whose interests it is. Furthermore, as *Rennie* suggests, the moral status of research participation cannot be separated from its history. Nazi experimentation and abuses, at least in part, consolidated the view that participation in research should not be obligatory in order to protect research participants from exploitation by more powerful stakeholders.<sup>85</sup>

In any case, scholars supporting the changes must present credible evidence that the change will bring more benefits than burdens when discussing transforming the *status quo* of biomedical research ethics. Suppose a new paradigm, where participation in biomedical research is morally binding, leads to negative consequences. In that case, it will be an additional reason not to change the existing moral status. So, the ball is in the court of the proponents of mandatory human participation in biomedical research. It is their turn.

83 *Ibid.*

84 Gauthier, D., 1990. *Morals by Agreement*, Oxford: Clarendon Press, in Wendler, D., 2021. (Winter). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> [Last Seen 16.08.2022].

85 Rennie S., *Viewing Research Participation as a Moral Obligation: In Whose Interests?*, Hasting Center Report, 41(2), 2011, 46.

**BIBLIOGRAPHY:**

1. The Nuremberg Code, 1996. *British Medical Journal*, No 7070, Volume: 313. (In English).
2. WMA Declaration of Helsinki – Ethical Principles For Medical Research Involving Human Subjects, available at: <<https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects>> (In English).
3. The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, available at: <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> (In English).
4. Guideline for Good Clinical Practice (GCP) E6(R2), International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use, EMA/CHMP/ICH, 2017. (In English).
5. Shuster, E., 1997. Fifty Years Later: The Significance of the Nuremberg Code, *The New England Journal of Medicine*, 337(20). (In English).
6. Sade, R. M., 2017. Controversies in Clinical Research Ethics, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 45(3). (In English).
7. Caplan, A. L., 1984. Is There a Duty to Serve as a Subject in Biomedical Research?, *IRB: Ethics and Human Research*, 6(5). (In English).
8. Evans, H. M., 2004. Should patients be allowed to veto their participation in clinical research?, *Journal of Medical Ethics*, 30(2). (In English).
9. Harris, J., 2005. Scientific Research is a Moral Duty, *Journal of Medical Ethics*, 31(4). (In English).
10. Harris, J., 1999. The principles of medical ethics and medical research, *Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro*, 15 (sup. 1):7-13. (In English).
11. Rhodes, R., 2005. Rethinking Research Ethics, *The American Journal of Bioethics*, 5(1). (In English).
12. Rhodes, R., 2005. Response to Commentators on “Rethinking Research Ethics”, *The American Journal of Bioethics*, 5(1). (In English).
13. Rhodes, R., 2008. In Defence of the Duty to Participate in Biomedical Research, *The American Journal of Bioethics*, 8(10). (In English).
14. Rhodes, R., 2017. When is Participation in Research a Moral Duty?, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 45(3). (In English).
15. Sharp, R. R., Yarborough, M., 2005. Additional Thoughts on Rethinking Research Ethics, *The American Journal of Bioethics*, 5(1). (In English).
16. Wachbroit, R., Wasserman, D., 2005. Research Participation: Are We Subject to a Duty?, *The American Journal of Bioethics*, 5(1). (In English).
17. De Melo-Martín, I., 2008. A duty to Participate in Research: Does Social Context Matter?, *The American Journal of Bioethics*, 8(10). (In English).
18. Rennie, S., 2011. Viewing Research Participation as a Moral Obligation: In Whose Interests?, *Hasting Center Report*, 41(2). (In English).
19. Yarborough, M., 2017. Why There Is No Obligation To Participate In Clinical Research, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 45(3). (In English).
20. Schaefer, G. O., Emanuel, E. J., & Wertheimer, A., 2009. The Obligation to Participate in Biomedical Research, *The Journal of the American Medical Association*, 302(1). (In English).
21. Seiler, C., 2018. Can there be a moral obligation to participate in biomedical research?, *Eur J Clin Invest.*, 48(e12896). (In English).
22. Reiss, J., 2021 (Fall). Public Goods, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward, N. Zalta (ed.), available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/public-goods/>> (In English).
23. Wendler, D., 2021 (Winter). available at: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/clinical-research/>> (In English).

# COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE EUROPEAN AND AMERICAN STANDARD OF FREEDOM OF EXPRESSION – WHICH IS MORE EFFECTIVE AND RESULT-ORIENTED?

**Kalenike Uridia**

*Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, 4<sup>th</sup> year undergraduate student, Erasmus exchange student at University of Limerick (Ireland) and University of Münster (Germany), Lawyer of the NGO “Young Barristers” and the law firm “Kaikatsishvili and Barristers”*

KEYWORDS: Freedom of expression, American standard, European Court of Human Rights standard, Georgian standard

## ABSTRACT

Freedom of expression is critical for a state with democratic principles. A democratic society cannot exist in the absence of freedom of expression. A high quality of freedom of speech, sanctioned by statute and executed, is required for a person to voice his critical view about current events in the country without interference from the authorities. The purpose of this study is to focus on freedom of expression as one of the most important democratic values in the world. The paper discusses and analyzes the European Court of Human Rights' practice in relation to freedom of expression. It is well known that the European Court of Human Rights grants signatory nations broad discretion in determining the level of interference with freedom of speech. The paper critically assessing the component of broad discretion that it grants to the Convention's signatory states. Parallel to the analysis, precedent law from the United States of America and the American model of freedom of expression are explored, which are also critically evaluated. Parallel to



the consideration of the two most essential standards, emphasis is placed on the Georgian model of free expression, which indicates the work's worth. Following the adoption of the American model of free speech at the legislative level in Georgia, the evaluation, analysis, and dissemination of full information to the public will be of the highest relevance and value.

Finally, after the debate and analysis generated throughout the work, the essential discoveries are stated, and the author's viewpoint is stated.

## INTRODUCTION

Freedom of expression is a critical component that contributes to the evolution of society, the limiting of government arbitrariness, and the personal development of individuals.<sup>1</sup> The most essential point to be discussed in the article is Article 10 of the Convention. The research will concentrate on the meaning and significance of freedom of expression, as well as European and American standards. The most important judgments of the European Court of Human Rights and the Supreme Court of the United States will be examined. Following a study of European and American standards, emphasis will be placed on the Georgian standard of freedom of speech, which is equivalent to and consistent with American approaches.

According to the analysis offered in the publication it might be argued, based on the developed reasoning, that the Convention has not been a progressive mechanism for decreasing human rights violations, specifically infringements of freedom of expression.

### 1. THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' STANDARD AND LEGAL PRACTICES

Freedom of expression has long been seen as

a necessary and essential component of a democratic society.<sup>2</sup> In some circumstances, the state has the ability and responsibility to interfere in and restrict freedom of expression to preserve society's and individuals' interests.<sup>3</sup> Even in the most open and free societies, not all types of self-expressions are permitted.<sup>4</sup> However, All cases related to the restriction of freedom of expression in court are aggravated from the very beginning by the presumption of unconstitutionality... The government has a heavy burden to justify the need for appropriate restrictions.<sup>5</sup>

Article 10 of the Convention excludes from the field of protection an insulting expression, "if it equates to malicious humiliation, when the sole purpose of an insulting statement is to insult".<sup>6,7,8</sup> It should be noted that Article 10 of the Convention protects: printed documents,<sup>9</sup> radio broadcasts,<sup>10</sup> pictures,<sup>11</sup> films,<sup>12</sup> and electronic information systems. Article 10 (2) of the Convention contains a thorough list of interests. There are no other reasonable justifications for curtailing freedom of expression.<sup>13</sup>

1 Decision of the Constitutional Court of Georgia on the case – Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia, №1 / 1/468, 11.04.2012.

2 The decision of the Constitutional Court of the Republic of Georgia on the case: "Georgian Young Lawyers Association and Zaal Tkeshelashvili, Nino Tkeshelashvili, Maia Sharikadze, Nino Basiashvili, Vera Basiashvili and Lela Guramishvili, against the Parliament of the Republic of Georgia [2002].

3 Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of Expression, Updated – 31 August 2020, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2021.

4 Trager, Robert E., and Donna L. Dickerson, (1999) Freedom of Expression in the 21st Century, SAGE Publications, p. 111-112.

5 Constitutional Law, Cases, – Comments, – Questions: Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin; American Casebook series, 1991.

6 Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary [2016] no 22947/13, ECHR, para 76.

7 Skalka v. Poland, [2003], no.43425/98 ECHR, para. 34.

8 Savva Terentyev v. Russia, [2018], no 10692/09, ECHR, para 68.

9 Handyside v. The United Kingdom, [1976] no. 5493/72, ECHR.

10 Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, [1990] no. 10890/84, ECHR.

11 Müller and others v. Switzerland, [1988] no. 10737/84 ECHR.

12 Otto Preminger Institute v. Austria, [1994] no. 13470/87 ECHR.

13 Mendel T., A Guide to the Interpretation and Meaning

Without a doubt, when the standard for protecting freedom of expression is high, the individual's ethical independence is given a lot of weight. In this regard, the European and American conceptions of freedom of expression differ. Unlike the European standard, which examines the substance of the case and considers moral protection as one of the grounds for restricting freedom of expression, the American standard imposes a neutral restriction.

The European Court of Human Rights in the case of *Handyside v. The United Kingdom*<sup>14</sup> set the standard for freedom of expression. The Court stated in that case that "information" or "ideas" that are insulting, distressing, or disturbing to any State or people are also protected under Article 10 (2) of the Convention.<sup>15</sup> The standard set by the European Court in the *Handyside* case still applies today. Interesting cases in this regard are: *Lingens v. Austria*,<sup>16</sup> *Castells v. Spain*,<sup>17</sup> *Oberschlick v. Austria*<sup>18</sup> and *Gachechiladze v. Georgia*.<sup>19</sup> Harris, Boyle, and Warbrick, well-known experts in European human rights law, argue that freedom of expression is critical to upholding the rights guaranteed in the Convention.<sup>20</sup> The court in the *Handyside* case regarded the publisher's actions as a "intervention by the state with freedom of expression." However, it thought that such intervention was important in a democratic society for moral protection and teenage moral development.<sup>21</sup> In the case of *Handyside*, the Court underlines that article 10 protects offensive expressions as well. In the case of *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, however, the Court's explanation demonstrates that the Court considers the purpose of expression when assessing freedom of expression, explaining that insulting expression is

of Article 10 of the European Convention on Human Rights p. 38.

- 14 *Handyside v. The United Kingdom*, [1976] no. 5493/72, ECHR.
- 15 *Handyside v. The United Kingdom*, [1976] no. 5493/72, ECHR, para 49.
- 16 *Lingens v. Austria*, [1986] no. 9815/82, ECHR.
- 17 *Castells v. Spain*, [1992] no. 11798/85, ECHR.
- 18 *Oberschlick v. Austria* [1997] no. 20834/92, ECHR.
- 19 *Gachechiladze v. Georgia* [2021] no. 2591/19, ECHR.
- 20 Harris D.G., O'Boyle M., Warbrick C, (1995). *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, pg. 372.
- 21 *Handyside v. The United Kingdom*, [1976] no. 5493/72, ECHR.

protected under Article 10 (2) of the Convention if it was intended to contribute to a public debate,<sup>22</sup> and in the case of *Murat Vural v. Turkey*, The European Court of Human Rights takes into account the nature of the expression, the intention, and purpose of the author, when assessing abusive expression.<sup>23</sup>

*Müller and others v. Switzerland* concerned the punishment of an artist by a municipal government for displaying vulgar images. The Court stressed the necessity of respecting the national legislature's views on the procedures that must be taken to protect morals and ethics. The court has found no evidence of a breach of Article 10.<sup>24</sup>

In the case of *Otto Preminger Institute v. Austria*,<sup>25</sup> the court entirely agreed with the Austrian court's assessment of the need to restrict freedom of expression in the grounds of respect for religious belief. "*The democracy of the society would be destroyed if offensive attacks on religious groups were allowed*,"<sup>26</sup> the justices said.

*Wingrove v. the United Kingdom* is a case that deals with religious morality. The screenplay was written by Nigel Wingrove, who also filmed an 18-minute video based on it. St. Teresa, who had great ecstatic visions of Jesus Christ, was the subject of the film. The film failed to get certification because it would upset parishioners. The European Court agreed with the respondent State's position and found that the restriction on freedom of expression was justifiable.<sup>27</sup>

The case of *M. Rommelfanger v. FRG* deserves special attention. The candidate worked as a doctor at the Roman Catholic Church's Foundation Hospital. The applicant and the other doctors signed a letter. The doctors who signed the letter thought that women should be allowed to

- 22 *Sekmadienis Ltd. V. Lithuania*, [2018] no. 69317/14, ECHR, para 77–81.
- 23 *Murat Vural v. Turkey*, [2014] no. 9540/07, ECHR, para 54.
- 24 *Müller and others v. Switzerland*, [1988] no. 10737/84 ECHR.
- 25 *Otto Preminger Institute v. Austria*, [1994] no. 13470/87 ECHR.
- 26 Lawson R.A and Schermers H.G., (1999). *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, second edition, p. 573.
- 27 *Wingrove v. the United Kingdom*, [1996] no. 17419/90 ECHR.

undergo abortions. The doctor was fired by the hospital. The reason stated was a person's public expression of beliefs that were contrary to the Church's values. The European Commission of Human Rights determined that there was no interference with freedom of expression.<sup>28</sup>

The position of the European Court of Human Rights in the cases discussed above should not be shared. All five of the above-mentioned cases illustrate that the Court of Human Rights, in the area of morality, including religious morality and ethics, grants a wide area of freedom of assessment to nation-states and pays great attention to their valuation. It's worth noting that the European Court's viewpoint has detractors, who frequently appear to be the authors of dissenting views on crucial judgements. Giving States such a wide range of moral judgment flexibility would, in their opinion, make it impossible for the Court to determine a breach of Article 10. In his dissenting opinion, former European Court Judge Spielman, who disagreed with the court's decision in Müller's case, said that nation-states should consider the value of freedom of expression. The European Court should not have jeopardized its role as a guardian over this fundamental right in a free and democratic society.<sup>29</sup> Judge Spielman's opinion should be shared, because free speech includes not only opinions or expressions that are positively perceived by the entire society or even a big part of it, but also ideas, thoughts, or expressions that are unacceptable to the government, shocking to a portion of the society, or certain people. Freedom of expression cannot be curtailed by legislation just because we disagree, are afraid, dislike it, or believe it is incompatible with societal morals or traditions.<sup>30</sup> That is why Article 10 is not the appropriate protection mechanism for free expression; it does not meet the criteria enshrined in Amendment 1 to the United States Constitution.<sup>31</sup>

28 Maximilian Rommelfanger v. Federal Republic of Germany [1989] no. 12242/86, EHRR.

29 Müller and others v. Switzerland, [1988] no. 10737/84 ECHR.

30 Judgment of the Constitutional Court of Georgia in the case – Citizen of Georgia Yuri Vazagashvili v. Parliament of Georgia, №1 / 6 / 561,568, 30.09. 2016, para 50-51.

31 The First Amendment: "Congress shall make no law

## 2. THE US SUPREME COURT'S STANDARD AND LEGAL PRACTICES

The United States Constitution is the ultimate law of the country. Any exceptions to the first amendment have come straight from the United States Supreme Court.<sup>32</sup> The U.S Supreme Court has had longer legal and political experience in theorizing free speech values.<sup>33</sup> The First Amendment primarily enhances the intellectual capacity of the community.<sup>34</sup> The "obvious and real" danger test used by the US Supreme Court includes more preconditions for protecting free expression than the European one.

### 2.1. Brandenburg v. Ohio

The "obvious and real" danger criterion was established as a standard in the case Brandenburg v. Ohio, and it is being used today. The freedom to self-expression is protected unless there is a very high chance of committing an illegal act or causing an obvious and real risk to the public interest, according to the case.<sup>35</sup>

Brandenburg was convicted under the Ohio Trade Unionism Act. The doctrine proposed in Whitney v. California was emphatically rejected by the Supreme Court in a majority ruling. In the judgement, the court outlined the most protective mechanisms of free expression.<sup>36</sup>

---

respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

32 Trager, Robert E., and Donna L. Dickerson, (1999). Freedom of Expression in the 21st Century, SAGE Publications, p. 95.

33 Braun, Stefan, (2004). Democracy off Balance: Freedom of Expression and Hate Propaganda Law in Canada, University of Toronto Press, p. 6.

34 Bollinger, The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America, 1986.

35 Judgment of the Supreme Court of the United States in the case of Brandenburg v. Ohio, June 8, 1969, Freedom of Expression, Volume I, p. 17, 80, 181-183.

36 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>> [Last Seen: 26 Jan, 2022].

The Brandenburg test requires three factors for expression to be prohibited: a clear and unmistakable demand to break the law; expression that, by definition, asks for an immediate violation of the law; and a high chance that the call would result in an immediate breach of the law.<sup>37</sup>

According to the Brandenburg test, which is still in effect today, even the preaching of violence and hatred is protected by the First Amendment unless the elements are clearly recognized. In the Brandenburg case, the United States Supreme Court reversed a Ku Klux Klan member's criminal responsibility for syndicalism.<sup>38</sup>

## 2.2. Texas v. Johnson

Texas v. Johnson was a fascinating case in which the court said that insulting the American flag in any manner was protected by the First Amendment and that restricting such expression was only permitted in the situation of "obvious and real danger." In the court judgment, Judge Brennan noted that the proper response to flag burning is to raise the flag. Because freedom of speech is guaranteed, punishing someone for burning a flag is unjustified.<sup>39</sup>

In 1984, he organized a protest in Dallas against President Ronald Reagan's policies and the actions of Dallas corporations. Gregory Johnson was arrested and sentenced to two years in jail and a \$2,000 fine after burning an American flag in front of Dallas City Hall during a protest.<sup>40</sup> The Texas Supreme Court reversed the decision following an ongoing review, ruling that flag burn-

ing was expressive expression allowed under the US First Amendment. The decision was appealed to the United States Supreme Court, which agreed with the arguments of the Texas state court while further clarifying the content of expressiveness of speech.<sup>41</sup>

"To penalize Johnson for burning the flag is to condemn him for the political protest he tried to convey by burning the flag," the court stated. Even the national flag, an essential symbol of statehood, cannot be placed above freedom of expression.

The US Supreme Court supported the Texas Supreme Court's ruling, finding that criminalizing Johnson violated the US Constitution's First Amendment. With this judgement, the court reminded the public that "the role of free speech is to encourage debate." When this function provokes excitement, anger, and rage, it can reach its highest goal.<sup>42</sup>

## 2.3. United States v. Eichman

A case with a similar problem is United States v. Eichman, in which the United States Supreme Court restated the position it made in Texas v. Johnson.<sup>43</sup>

The Johnson case ruling was met with harsh political criticism. President Bush stated that the court failed in its ruling and that the statute needs to be amended to safeguard the state flag.

Congress enacted a legislation in 1989 making it unlawful to knowingly destroy, burn, place on the ground or floor, or step on the American flag. Texas v. Johnson was considered by Justices Brennan, Kennedy, and Scalia of the US Supreme Court, and President Bush had faith that they would reverse course and maintain the legislation.<sup>44</sup>

Again, a number of social groups protested the passing of the Flag Protection Act. At a demon-

37 Freedom Institute, Freedom of Expression, first volume "Freedom of Expression in the USA and Europe", Tbilisi, 2005, p. 80. [in Georgian].

38 Democratic Initiative of Georgia. *Hate speech (legal framework for Georgia)*. p. 8 <<https://www.gdi.ge/uploads/other/0/190.pdf>> [Last Seen: 27 Aug, 2022].

39 Judgment of the Supreme Court of the United States in the case of Texas v. Johnson, June 21, 1989. Freedom of Expression, Volume I, p. 71, 238-241.

40 Facts and case summary for Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989). <<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-texas-v-johnson#:~:text=Gregory%20Lee%20Johnson%20burned%20an,policies%20of%20President%20Ronald%20Reagan>> [Last Seen: 27 Aug, 2022]

41 Kublashvili K, (2020). Basic Human Rights and Freedoms, Tbilisi, p. 210-211. [in Georgian].

42 Kublashvili K, (2020). Basic human rights and freedoms, Tbilisi, p. 210-211 [in Georgian].

43 United States v. Eichman [1990].

44 Freedom Institute, Freedom of Expression, first volume "Freedom of Expression in the USA and Europe", Tbilisi, 2005, p. 71 [in Georgian].



stration in Seattle, four individuals were arrested, while in Washington, D.C., Johnson and other activists burnt the American flag in front of reporters outside the Congress building. Eikhman was taken into custody by police as a demonstrator. The court ruled that the detention of the specified persons was illegal after citing the ruling in *Texas v. Johnson*.<sup>45</sup>

The government filed an appeal of both judgments with the Supreme Court, leading to the filing of the case as *United States v. Eichmann*.<sup>46</sup> The judges did not alter the accepted procedure. Because the Flag Protection Act was designed to restrict speech and ideas, it was ruled to be unconstitutional. We find the following in the decision's text: "Because no one would be interested in the fate of a straightforward piece of flag that any individual is allowed to own, the underlying goal of the Flag Protection Act is to restrict communication and ideas. This action was probably meant to be used as a form of punishment for flag burning."<sup>47</sup> "Government has no right to censor the expression of any concept just because it offends or inconveniences the general population."

## 2.4. Street v. New York

The relationship between flag burning and freedom of expression has also been discussed by the US Supreme Court in older cases: *Halter v. Nebraska*<sup>48</sup> and *Street v. New York*.<sup>49</sup>

In 1969, the US Supreme Court made this ruling. Street ran outside, burnt an American flag, and declared aloud, "We don't need a damn flag if they treat Meredith (the killed civil activist) like that." Street had just learned of the death of one of the civil activists. The stated person was accused of violating the New York Penal Code, which imposes penalties for disrespecting the American flag by words or deeds.

The court ignored the fact that Street actually burned the flag, focusing instead on whether it was constitutional to hold him accountable for his remarks. The court's rationale is intriguing despite the fact that the case was only superficially examined and only the uttered phrase, not the direct action, was analyzed. The question of whether there was a state interest in restricting free speech was examined by the Supreme Court. Attention was given to a number of crucial factors during the debating process, the mere existence of which would be sufficient to restrict Street's right to free speech.

The judges noted in the decision: "1. A person can be restricted if he incites others to commit an illegal act. No one incited Street to commit an illegal act. He only pointed out that they did not need the American flag, 2. Freedom of expression will be limited when the words uttered by a person cause controversy among those around him, which disturbs the peace and public order. Street's words did not constitute "argumentative words." The developed reasoning proved to be enough to make a valid decision. The majority of judges considered that: "The court cannot support criminal liability based on restriction of expression. No matter how tasteless such expression is, it is protected by the Constitution."<sup>50</sup>

The decisions discussed in the paper, which were resolved by the US Supreme Court, set a high threshold for freedom of expression. In contrast to the European Court of Human Rights, the American standard norm imposes a neutral restriction; analyzing the content and referring to morality are not important to it. As a result, the American standard for freedom of expression is higher than the European standard.

## 3. GEORGIAN STANDARD OF FREEDOM OF EXPRESSION

The first sentence of Georgia's current Constitution's Article 17 states: "Freedom of thought and its expression is safeguarded. Persecuting

45 Kublashvili K., (2020). Basic human rights and freedoms, Tbilisi, p. 211-213 [in Georgian].

46 *United States v. Eichman*. (n.d.). Oyez. <<https://www.oyez.org/cases/1989/89-1433>> [Last Seen: 6 May, 2022].

47 Kublashvili K., (2020). Basic human rights and freedoms, Tbilisi, p. 211-213 [in Georgian].

48 *Halter v. Nebraska* [1907].

49 *Street v. New York* [1969].

50 *Street v. New York*. 394 U.S. 576 (1969). <[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=6391101560513832626&q=street+v.+new+york&hl=en&as\\_sdt=2006&as\\_vis=1](https://scholar.google.com/scholar_case?case=6391101560513832626&q=street+v.+new+york&hl=en&as_sdt=2006&as_vis=1)> [Last Seen: 27 Aug, 2022].



someone for having an opinion and expressing it is forbidden. The Georgia legislation on freedom of speech and expression states, in addition to the Constitution, that “the state respects and safeguards freedom of speech and expression as inherent and ultimate human values. These rights and freedoms serve as direct applicable legislation that places restrictions on both the people and the state in the exercise of governance.”<sup>51</sup>

To express an opinion, it must be disseminated. This can be done verbally, in writing, or by any other methods, including symbolic expression, which is referred to as freedom of positive opinion.<sup>52</sup>

Symbolic expression is acknowledged as one of the modes of expression and one of the effective means of idea transmission. Press conferences are less likely to generate media and public interest than flag burning. Communicative action is referred to as expressive action or symbolic expression. Of course, the Georgian Constitution and the Georgian Law on Freedom of Speech and Expression guarantee symbolic communication as well as other kinds of expression.

It is clear that the right to freedom of speech and expression is not absolute, and there are legitimate reasons to restrict it. According to Article 8 of the Statute of Georgia, a foreseen, specifically targeted law may restrict the limitation of the designated right. The legislation that restricts this freedom must be non-discriminatory, appropriately restrictive, directly oriented at the accomplishment of legal objectives, and critically important for the survival of a democratic society. In addition to this provision, Article 17 of the Constitution, paragraph 5, also outlines the circumstances in which this right may be restricted.

## CONCLUSION

From the discussion above, it can be concluded that, the American model of freedom of expression imposes a higher standard of protection than the European Convention on Human Rights.

The standard of the European Convention on Human Rights allows the assessment of the content of freedom of expression, whereas American model imposes a restriction on freedom of expression only if its intention is to provoke an unlawful act and there is a high probability that such action will take place (“Brandenburg test”). The neutral regulation of freedom of expression that has been established in America is the best safeguard mechanism that any legislator in the world has ever created. Therefore, the standard set by the European Court of Human Rights must be refined and brought in line with the American one.

Based on what has been discussed, we can conclude that the Georgian model protects freedom of speech and expression more than any European nation’s constitution or legal system. However, even though the Georgian standard is close to the American standard, it cannot be on par with it in terms of quality because the model created by American precedent law is flawless.

This essay reinforces the idea that the standard of Article 10 of the Convention is not as progressive as the American one. Moreover, the Georgian model is more progressive and result-oriented than the standard established by the European Court of Human Rights.

That is why, the existing regulation needs to be refined to protect the right to freedom of expression more effectively.

51 Law of Georgia on Freedom of Speech and Expression, Article 3 [in Georgian].

52 Kublashvili K., (2020) Basic human rights and freedoms, Tbilisi, p. 182 [in Georgian].

**BIBLIOGRAPHY:**

1. Trager, R. E., Dickerson. D. L., (1999). Freedom of Expression in the 21st Century, SAGE Publications.
2. Constitutional Law, Cases, (1991) – Comments, Questions: Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin; American Casebook series,
3. D.G. Harris, M.O'Boyle, C. Warbrick, (1995) Law of the European Convention on Human Rights, Butterwarths, London, Dublin, Edinburg.
4. Lawson R. A., Schermers, H.G., (1999). Leading Cases of the European Court of Human Rights, second edition,
5. Braun, S., (2004). Democracy off Balance: Freedom of Expression and Hate Propaganda Law in Canada, University of Toronto Press.
6. Bollinger, (1986). The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America.
7. Mendel T., A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights.
8. Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of Expression, Updated – 31 August 2020, Council of Europe/ European Court of Human Rights, 2021.
9. Judgment of the Supreme Court of the United States in the case of Brandenburg v. Ohio, June 8, 1969, Freedom of Expression
10. Judgment of the Supreme Court of the United States in the case of Texas v. Johnson, June 21, 1989. Freedom of Expression.
11. Judgment of the Constitutional Court of Georgia in the case – Citizen of Georgia Yuri Vazagashvili v. Parliament of Georgia, №1 / 6 / 561,568, 30.09. 2016.
12. Decision of the Constitutional Court of Georgia on the case – Public Defender of Georgia v. Parliament of Georgia, №1 / 1/468, 11.04.2012.
13. The decision of the Constitutional Court of the Republic of Georgia on the case: “Georgian Young Lawyers Association and Zaal Tkeshelashvili, Nino Tkeshelashvili, Maia Sharikadze, Nino Basiashvili, Vera Basiashvili and Lela Guramishvili, against the Parliament of the Republic of Georgia [2002]
14. Maximilian Rommelfanger v. Federal Republic of Germany [1989] no. 12242/86, EHRR
15. Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary [2016] no 22947/13, EHRR.
16. Freedom Institute, Freedom of Expression, first volume “Freedom of Expression in the USA and Europe”, Tbilisi, 2005.
17. Kublashvili, K., (2020). Basic Human Rights and Freedoms, Tbilisi.
18. Law of Georgia on freedom of speech and expression.
19. Skalka v. Poland, [2003], no.43425/98 EHRR.
20. Savva Terentyev v. Russia, [2018], no 10692/09, EHRR.
21. Handyside v. The United Kingdom, [1976] no. 5493/72, EHRR.
22. Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, [1990] no. 10890/84, EHRR.
23. Müller and others v. Switzerland, [1988] no. 10737/84 EHRR.
24. Otto Preminger Institute v. Austria, [1994] no. 13470/87 EHRR.
25. Lingens v. Austria, [1986] no. 9815/82, EHRR.
26. Castells v. Spain, [1992] no. 11798/85, EHRR.
27. Oberschlick v. Austria [1997] no. 20834/92, EHRR.
28. Gachechiladze v. Georgia [2021] no. 2591/19, EHRR.
29. Sekmadienis Ltd. V. Lithuania, [2018] no. 69317/14, EHRR.
30. Murat Vural v. Turkey, [2014] no. 9540/07, EHRR.
31. Wingrove v. the United Kingdom, [1996] no. 17419/90 EHRR.
32. Schenck v. The United States.
33. United States v. Eichman [1990].
34. Halter v. Nebraska [1907].
35. Street v. New York [1969].

# REGULATIONS OF THE AGRICULTURAL COOPERATIVES IN GEORGIA

**Mariam Darchia**

*Master's degree in Business Law from Free University of Tbilisi,  
Lawyer*

KEYWORDS: Agricultural Cooperative, Georgia, law, tax exemptions

## ABSTRACT

Agricultural cooperatives have a huge history in Georgia. Roots of cooperation in Georgia date back as early as the 19th century. Although, legal regulations of the agricultural cooperatives in Georgia appeared only in 2013 when the Georgian Law on Agricultural Cooperatives was created and entered into force on the 12 of July. Before the specific provisions for the agricultural cooperatives, the regulation on different types of cooperatives existed in the law on Entrepreneurs, however, provisions were general and at the same time scarce. Due to EU approximation, the Georgian Law on Entrepreneurs was changed and the new version entered into force on 1st January of 2022. Consequently, the part of the cooperatives was rewritten, hence Law on Agricultural Cooperatives needs further amendments.

In this article, the impact of the change of the law on Entrepreneurs on the regulations of the agricultural cooperatives will be provided regarding some aspects. A comparison with the regulations in the different European countries will be provided where needed. Analyzing the impact of existing changes and further possible changes will illustrate the existing situation of the Georgian regulation on agricultural cooperatives and the necessity of some amendments.

## INTRODUCTION

Agricultural cooperatives are regulated by the Law of Georgia on Agricultural Cooperatives and the Law of Georgia on Entrepreneurs. The regulations of agricultural cooperatives are compelling, as the Law on Agricultural Cooperatives is a relatively new regulation in Georgian reality and has some particular moments, which need to be discussed in detail.

The following article will analyze Georgian regulations for agricultural cooperatives. The articles of the two main governing documents are considered, and the comparative analysis is given where needed.

In this work not only regulative issues are present. One can discover the current social situation which impacted the way the law is written and functions. This paper's main goal is to show the existing situation step-by-step and underline problematic moments.

## 1. DEFINITION OF THE COOPERATIVE

The main sources of agricultural cooperative law in Georgia are the Law of Georgia on Entrepreneurs<sup>1</sup> and the Law of Georgia on Agricultural Cooperatives<sup>2</sup>.

The Law of Georgia on Entrepreneurs defines the general structure and basic rules for different types of cooperatives, including agricultural, when the Law of Georgia on Agricultural Cooperatives gives provisions regarding matters related to the agricultural cooperatives specifically. While

these two legal documents provide regulations on the same subject in different scopes, the interesting overlapping part, on the one hand, is the definition of the cooperative in the Law of Georgia on Entrepreneurs and on the other hand the definition of the agricultural cooperative in the Law of Georgia on Agricultural Cooperatives.

The definition of the agricultural cooperative is a core of the law and the whole cooperation system. Deriving from this idea, one can conclude that there is the highest interest in determining the definition of an agricultural cooperative. The definition of the cooperative differs from country to country. Still, in the legislation of every developed and democratic country, the spirit of cooperation and the pure notion of cooperation is conserved.

The universally recognized definition of cooperatives as contained in ILO R. 193, Paragraph 2 not only reflects a certain understanding of what cooperatives are, it also pre-shapes the contents of the whole law. It reads: *A co-operative is an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social and cultural needs and aspirations through a jointly-owned and democratically-controlled enterprise.*<sup>3</sup>

Not only ILO guidelines are defining the notion of the agricultural cooperative, but International Cooperative Alliance (ICA) has also elaborated on the following notion of the agrarian cooperative: *an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social and cultural needs and aspirations through a jointly-owned and democratically-controlled enterprise.*<sup>4</sup>

While these two have recommendation characteristics, countries – especially Europeans tend to incorporate in their legislation the above-mentioned definitions.

Meanwhile, Georgian law on Entrepreneurs

1 Document number: 875-VRს-Xმპ, the document passed by: Parliament of Georgia, date of passing the document: 02/08/2021, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

2 Document number: 816-რს, the document passed by: Parliament of Georgia, date of passing the document: 12/07/2013, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> (English version dates: 07.12.2017). [Last accessed: 9 September, 2022] <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?publication=9>> (Georgian version last accessed: 09.09.2022)

3 Hagen H., (2012), Guidelines for Cooperative Legislation, the third revised edition, International Labour Office, <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/documents/publication/wcms\\_195533.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_195533.pdf)> [Last accessed: 9 September, 2022]

4 International Cooperative Alliance. <<https://www.ica.coop/en/cooperatives/what-is-a-cooperative>> [Last accessed: 9 September, 2022]

offers the following: *A co-operative is a company based on the labour activity of its members or incorporated to support the economic or social activities of its members, the objective of which is to satisfy the needs of its members, and the primary goal of which is not to make a profit. The terms concerning agricultural co-operatives must be determined in the specific law*<sup>5</sup>.

The Law on Agricultural Cooperatives defines cooperatives by its 3<sup>rd</sup> article in the definition of terms stating the following: *a legal entity organised under private law and legally established as a cooperative according to the Law of Georgia on Entrepreneurs, which carries out the agricultural activity and which has been given the status of an agricultural cooperative under this Law*<sup>6</sup>.

If we compare these two definitions in the Georgian legislation, one can assume that Law on Entrepreneurs follows the spirit of cooperation and internationally recognized definition of agricultural cooperative, while the Law on Agricultural Cooperatives makes reference to the law on entrepreneurs and does not define agricultural cooperatives in the same way.

Given the fact that the Law on Agricultural Cooperatives is a document regulating the specific type of cooperatives<sup>7</sup> and the agricultural cooperative as a term has a tremendous meaning and behind it is a whole complex of business, management and cooperation among persons. Deriving from this, the law on agricultural co-operatives needs a definition of the agricultural cooperative which is in conformity with the internationally recognized definition, despite the fact that the definition is given in the Law of Georgia on Entrepreneurs.

5 Law of Georgia on Entrepreneurs. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

6 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, Article 3. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

7 It is worth mentioning that the Law of Georgia on Entrepreneurs determines nine different types of cooperatives, and for only two of them there are specific laws ex: Law of Georgia on Agricultural Cooperatives.

## 2. COOPERATIVE AS A COMPANY

### 2.1. The legal status of the Cooperative

The Law on Entrepreneurs determines that cooperatives have limited liability, in spite of the definition of the cooperative as the entity whose primary purpose is not the making of a profit. *A cooperative is a purposefully distinct organizational unit from other legal forms. The uniqueness of the cooperative is manifested in the fact that it is an entrepreneurial society based on the labour activities of its members or created to promote the economic or social activities of its members, whose primary task is not to make a profit but to meet the needs of its members directly*<sup>8</sup>.

On the one hand, the limited liability of the cooperative and on the other hand the above-mentioned non-for-profit purpose, working for the social and economic needs of its members may create ambiguity regarding the legal nature of the cooperative. Is it a commercial society as LLC, or is it a union of persons like a General Partnership, where partners are liable for all of the liabilities of the union? These characteristics create the fact that the agricultural cooperative disposes of the *sui generis* nature.

The cooperative is the union of the persons interested in working together or creating and receiving some goods and services that are unavailable for them solely but reunited they can do so. The fact of carrying out activities together, working with and for its members may create a sort of appearance that a cooperative is more a partnership with no legal status or unlimited liability of its members.

The limited liability cooperatives are not only in Georgia. The German Cooperative Societies Act (Genossenschaftsgesetz-GenG) in paragraph 2 states the following *“Only the assets of the cooperative are liable to the creditors for the obligations of the cooperative”*<sup>9</sup>.

8 Jugeli G, Giguashvili G. (09.02.2021). Definitions of the project of the Law of Georgia on Entrepreneurs. GIZ. <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_-\\_Draft-Law-on-Entrepreneurs\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_-_Draft-Law-on-Entrepreneurs_2021.pdf)> [Last accessed: 9 September, 2022]

9 § 2 Haftung für Verbindlichkeiten Für die



## 2.2. Creation of the cooperative and agricultural status

The interesting phenomenon in the Georgian cooperative regulations, concerning agricultural cooperatives is the granting of the status “agricultural” to the registered cooperative.

To begin with, the Law on Entrepreneurs in the 3<sup>rd</sup> part of the second article recognizes a cooperative as a company stating the following: *A general partnership, a limited partnership, a limited liability company, a joint-stock company and a cooperative shall all be deemed companies*<sup>10</sup>.

In Georgia, the company is deemed established from the moment of its registration<sup>11</sup>, meaning that after the registration in the National Agency of the Public Registry<sup>12</sup> cooperative is able to conduct any activities which is allowed by the legislation. However, the Law of Georgia on Agricultural Cooperatives requires, that the agricultural cooperative must be granted the status<sup>13</sup> by the Ministry of Environmental

Protection and Agriculture of Georgia<sup>14</sup>. As the status of an agricultural cooperative is granted by the Ministry, the termination of the status is upon the decision of the same authority. The termination of the status can have different reasons<sup>15</sup> the most important and frequent in the Georgian reality is the negative results of

Verbindlichkeiten der Genossenschaft haftet den Gläubigern nur das Vermögen der Genossenschaft. <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ger158133.pdf>> [Last accessed: 5 June, 2022]

10 Inconsistent translation. The phrase “for the purposes of this Law” is not present in the Georgian version of the law. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022] See the original Georgian version <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=original&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

11 Law of Georgia on Entrepreneurs. Paragraph 6, article 8, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

12 There is no need for separate registration in the tax organ Law of Georgia on Entrepreneurs. Article 8, part 1: Registration of an entrepreneur entails both state registration and tax registration. (last accessed 09.09.2022).

13 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, paragraph 1, article 7, In order to obtain the status of an agricultural cooperative, a legal entity under private law legally established as a cooperative, shall submit an application to the Agency. Article 7, paragraph 4: The Minister of Environmental Protection and Agriculture of Georgia makes a decision on the basis of the application determined in the article 3, regarding granting the status of Agricultural cooperative to the legal entity of private law established under the legal

form of the cooperative. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]. inconsistent translation of Article 7, paragraph 4 in the English version of the law. See the original Georgian version: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=original&publication=9>> [Last accessed: 9 September, 2022]

14 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, paragraph “o”, article 3, Agency – non-entrepreneurial (non-commercial) legal entity – Agricultural and Rural Development Agency (hereinafter “Agency”), entering in the system of the Ministry of Environmental Protection and Agriculture of Georgia. (translation of author). <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]. inconsistent translation. See the original Georgian version: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=original&publication=9>> [Last accessed: 9 September, 2022]

15 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, paragraph 6, article 7, Minister of Environmental Protection and Agriculture of Georgia makes a decision on termination of the status of an agricultural cooperative. The basis of the termination of the status may be:  
 a. Negative results of monitoring;  
 b. Diminution of members as defined in paragraph 3 of article 11 of this law;  
 c. Application of agricultural cooperative on termination of the status of an agricultural cooperative. (translation of the author). inconsistent translation. See the original Georgian version: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=original&publication=9>> [Last accessed: 9 September, 2022]

the monitoring<sup>16</sup> which is held by the Agency.<sup>17</sup>

Monitoring serves as the guardian of the compatibility of the activities of the agricultural cooperative with the Law on Agricultural Cooperatives.<sup>18</sup> If the compliance is interrupted, cooperatives face consequences. The agricultural status has the importance, not only for the registration or functional purposes – having agricultural status has several tax impacts for the cooperatives, which will be discussed in the further part of the article.

One can assume that special circumstances pushed the legislator to create particular regu-

lations for the agricultural cooperatives, which may not seem conventional, however, they may be necessary for the proper functioning of the co-operation.

### 3. MEMBERS OF AGRICULTURAL COOPERATIVE

The Law on Entrepreneurs regulates membership of the cooperative in a general manner and defines that members of the cooperative can be both legal and physical persons, and the minimum number of them must be 5.<sup>19</sup> In addition, the Law on Entrepreneurs offers a new type of member – Investor member.<sup>20</sup> Essentially a cooperative is an entrepreneurial society based on the labor activities of its members, which aims to meet the needs of its members. However, this does not exclude the possibility of the cooperative attracting additional capital to achieve the set goal. Large investors usually claim special rights in corporate governance to protect their investment. Accordingly, ..., the investor member of the cooperative may be given a veto by the charter regarding the decisions related to the investments made by him. However, an investor member may not have more than 25% of the vote.<sup>21</sup>

On the other hand, Law on Agricultural Cooperatives defines the membership possibilities in a different manner.<sup>22</sup> According to the last, the member of the agricultural cooperative can be a shareholder<sup>23</sup> and the associate member. The

16 This phenomenon could be provoked by the fact that most of the agricultural cooperatives in Georgia were created for the sole purpose – get governmental support or grants from different international organizations. One of the examples is a finding of an ENPARD-facilitated study that cooperative support programmes, “as well as grant components of international programmes motivate local farmers to establish cooperatives.” What the study captured actually was the tendency in behaviour that often leads to forming of false cooperatives. Similar findings are observed elsewhere too. This tendency is confirmed by a non-ENPARD survey of Tbilisi State University researchers held in Kakheti and Imereti regions of Georgia in 2016, which concludes that majority of farmers so far have negative relation to the process and cooperation and note that they opened cooperatives for the purpose of taking part in State programs or getting grants. Sustainable management of natural resources and resilience, TITLE – Evaluation of ENPARD Programme in Georgia, Submission Date 21/01/2021. SOGEROM SA consortium, EuroPlus Consulting & Management, SOGEROM SA, Applus+.

17 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, Article 8: The Agency is entitled to monitor agricultural activities of legal person having status of agricultural cooperative. (last accessed 09.09.2022). (translation of author). Inconsistent translation. See the original version <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=original&publication=9>> [Last accessed: 9 September, 2022]

18 During the monitoring, the authorized person of the Agency checks: Whether the agricultural cooperative carries out the agricultural activities provided for by the Law of Georgia on the Agricultural Cooperative; Whether the minimum of the members of the agricultural cooperative is established by the legislation of Georgia; Whether the agricultural cooperative is being liquidated or insolvency proceedings are underway. (translation of author). See the original. <<http://cooperatives.rda.gov.ge/monitoring>> [Last accessed: 9 September, 2022]

19 Law of Georgia on Entrepreneurs. Article 227. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

20 Law of Georgia on Entrepreneurs. Article 232. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

21 Jugeli G, Giguashvili G. (09.02.2021). Definitions of the project of the Law of Georgia on Entrepreneurs. GIZ. <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_-Draft-Law-on-Entrepreneurs\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_-Draft-Law-on-Entrepreneurs_2021.pdf)> [Last accessed: 9 September, 2022]

22 Law of Georgia on Entrepreneurs entered into the force in January of 2022 and was a subject of major changes, while the Law of Georgia on Agricultural Cooperatives remained the same.

23 Shareholder in Georgian is “მეპაიე” (mepaie) which

shareholder can be Georgian citizen above 18 and another agricultural cooperative<sup>24</sup>, while other legal entities (Georgian or foreign) and foreign citizens above 18 can be only associate members.<sup>25</sup>

The main difference between the shareholder/member and the associate member is the voting rights. Shareholder/member gets the right to vote on general meeting and take the part in the decision-making process, while the associate member has only a deliberate vote, meaning that they can express their idea, but their position will not be considered while voting.<sup>26</sup> Another difference is the possibility to receive back the associate members' belonged share from the agricultural cooperative in the event of the liquidation or reorganization and after covering the liabilities of the agricultural cooperative, and receive a dividend under the procedure defined by this Law and the contract signed with the agricultural cooperative, before the distribution of the remained property between the shareholders of the agricultural cooperative.<sup>27</sup> In other aspects, members and associate members share the same rights. They both can be elected as members of the administrative organ or supervisory board<sup>28</sup> of the cooperative or receive information about activities of the cooperative<sup>29</sup>.

Neither Law on Entrepreneurs, nor the definitions of the project of the Law of Georgia on Entrepreneurs<sup>30</sup> explain the notion of the investor member. The answer about who is the investor members can be found in the legal doctrine.

A recent solution, which legislatures are increasingly adopting, is the possibility to admit to cooperative membership investor members, namely, members who do not make use of the cooperative enterprise (so that they are not user-members), but enter the cooperative for other reasons, notably to obtain a return on capital... In order for a cooperative to raise capital through investor members' subscriptions, investor members are usually granted a preferred status as regards the distribution of profits (profit distribution constraints do not apply to them or apply only to a limited extent) and the devolution of residual assets.<sup>31</sup>

The doctrinal answer to the definition of the investor member and the definition of the associate member<sup>32</sup> of the Law on Agricultural Cooperatives gives the possibility to assume that the associate member is the investor member. At this level, there is a need to consolidate these two regulating documents.

Still, they are the carriers of the exact same financial character, it must be mentioned that the law on entrepreneurs limits the voting right of the investor members up 25% of total votes, while the

means the holder of „პაი“ (pai) – share, but differs from the share in other companies such in LLC.

24 The physical persons and cooperatives can be the members of the same cooperative and this still be the cooperative of the first tier.

25 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, Article 11. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

26 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, subparagraph “a”, paragraph 3, Article 132. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

27 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives subparagraph “b”, paragraph 3, Article 132. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

28 subparagraph “a”, paragraph 3, Article 132. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

29 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives subparagraph “c”, paragraph 3, Article 132. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

<[matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3](https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3)> [Last accessed: 9 September, 2022]

30 The project of the law was voted and now it's an existing law on entrepreneurs.

31 Fici A. (2013). “An introduction to Cooperative Law” in Cracogna D. Fici A., Henry H (editors). International Handbook of Cooperative Law (2013) Germany, Springer.

32 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, Article 11, paragraph 4: An associated member of the agricultural cooperative may be a physical person (including citizens of foreign countries) having attained the age of 18 and/or a legal person (including a legal person registered abroad), which agrees with the principles of activities of this cooperative, which may not be engaged in the activities of this cooperative and which made a contribution of associate member in accordance with this law and charter of agricultural cooperative. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

Law on Agricultural Cooperatives does not consider voting right at all for the associate members.

Not only associate member and investor members need to be unified on the level of the terminology. In the Georgian version of the Law on Agricultural Cooperatives, the law needs consolidation of the terms. In some articles, the term shareholder is used<sup>33</sup> and in some cases the term member.

Another inconsistency between Law on Entrepreneurs and Law on Agricultural Cooperatives is the minimum number of cooperative members. According to the new law on Entrepreneurs the minimum number of members is five, while in the Law on Agricultural Cooperatives minimum number of members in order to establish the cooperative is 9 in general, and as an exception 3 in mountainous areas<sup>34</sup>. In this case, the law on Agricultural Cooperatives needs to augment the number of members up to 5 in the mountainous areas, as in the Law on Entrepreneurs exemptions are not envisaged.

Transactions with the non-members are not opted out of the Georgian regulations. There is no word about this matter in the law on Entrepreneurs, however, the Law on Agricultural Cooperatives defines that a cooperative is not entitled to render the service or buy goods the amount of which exceeds the 50% of the annual turnover of the agricultural cooperative.<sup>35</sup>

33 See 23.

34 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, Article 11, paragraph 3: The number of members of an agricultural cooperative in settlements to which the Law of Georgia on the Development of High Mountain Regions applies shall not be less than 3, and in the rest of Georgian territory – less than 5. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

35 Law of Georgia on Agricultural Cooperatives, Article 134: 1. The total cost of agricultural products purchased and/or services rendered for an agricultural cooperative during the current reporting year by those persons who are not shareholders, shall not exceed 50% of annual circulation of goods of the agricultural cooperative.

2. The limitation provided for by the first paragraph of this article shall not apply to the industrial and technological processes and the planting and Seeding materials necessary for the reproduction, and to products necessary for animal nutrition and

The Law on Agricultural Cooperatives does not speak about the consequences if the provisions of Article 13<sup>4</sup> are breached. However, the agricultural cooperative could be deprived of the status of agricultural in case of inconsistency with the Law on Agricultural Cooperatives, meaning that the results of the monitoring can be negative. Being deprived of the status means that members of the agricultural cooperative and the agricultural cooperative itself will not be able to enjoy different perks deriving from the above-mentioned status.

Similar regulations regarding transactions with non-members can be found in Scandinavian countries, for example, In Norway, Sweden and Denmark, the question of trade with non-members depends upon the legal definition of a cooperative, more precisely on the requirement of promotion of member interests. All legislations accept transactions with non-members without fixing a specific limit. According to Norwegian and Swedish law, society does not qualify as a cooperative if the major part of its business is with non-members. The dominant view of Danish law is that there is no limit to such transactions, but that substantial transactions with non-members might be disadvantageous from a tax perspective.<sup>36</sup>

Limitations of transactions with the non-members are justified, especially in the cooperatives with a small number of members. In some cases, especially in countries with scarce land resources, where cooperatives are the only device for people to produce, create some goods or receive services only reunited and they should have the chance to enjoy each and every opportunity that cooperation can offer. Otherwise, if cooperative works with non-members, it becomes mostly like a for-profit organization which is created under the cooperative veil, in order to have tax exemptions or some type of assistance from different authorities.

propagation. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

36 Fjørtoft T, Gjems-Onstad O. "Chapter 26, Norway and Scandinavian Countries" in Cracogna D. Fici A., Henry H (editors). International Handbook of Cooperative Law (2013) Germany, Springer.



## 4. GOVERNANCE OF THE AGRICULTURAL COOPERATIVE

Effective management of the cooperative is achieved through the division of competencies between the governing bodies and the achievement of interdependence and balance between them as a result of this division.<sup>37</sup>

Agricultural cooperatives in Georgia are created with the same spirit as in the most of the European countries, meaning that its purpose is to work for its members and with its members and be independent and governed by the members.

The Georgian Law on Agricultural Cooperatives provides the principles of the activities of the agricultural cooperatives, which are consistent with the Principles of the ICA.<sup>38</sup> The second of them is democratic governance.

One of the main characteristics of large cooperatives is the large number of members. An increase in the number of decision-makers proportionally increases the transaction costs incurred in the decision-making process. In order to save such costs, it is necessary to create a separate, relatively flexible and highly efficient governing body that will oversee the activities of the cooperative's governing body. In other, relatively small, cooperatives, the formation of such a body may be associated with additional, disproportionate costs.<sup>39</sup>

The Georgian model of cooperative governance is simple. The Law on entrepreneurs offers

two types of management monistic and dualistic. Consequently – monistic is cooperative with only one organ of the management and in the dualistic model exists one management body and the supervisory board. The Law on Entrepreneurs stipulates that if the charter of the cooperative remains silent on the choice of governance, it is considered that the cooperative has a dualistic model of governance.

The Law on Agricultural Cooperatives does not have any provision regarding governance, meaning that the only source on cooperative governance is the Law on Entrepreneurs.

Notwithstanding that Law on Agricultural Cooperatives does not speak about the governance of the cooperatives, it mirrors one of the ground rules – “one member one vote”.<sup>40</sup> This rule is particularly for the agricultural cooperatives and is the second principle of ICA – Democratic Member Control.<sup>41</sup> This fundamental rule is depicted in every charter of the agricultural cooperative and each agricultural cooperative and its members follow this rule.

Agricultural cooperatives are unions of persons gathered to undertake common activities, which contribute to their individual interests. In the agricultural cooperative, the number of members can be hundreds and the interest of each of them must be considered and the voice of every member must be heard. For these purposes, each member, not considering their economical engagement or the size of their contributions, are having equal voting rights, in order to maintain the balance in the decision-making.

37 Jugeli G, Giguashvili G. (09.02.2021). Definitions of the project of the Law of Georgia on Entrepreneurs. GIZ. <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_-Draft-Law-on-Entrepreneurs\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_-Draft-Law-on-Entrepreneurs_2021.pdf)> [Last accessed: 9 September, 2022]

38 Law on Agricultural Cooperatives cites only 4 of the 7 principles of ICA: Voluntary and Open Membership, Democratic Member Control, Member Economic Participation, Concern for Community. However, the law addresses these principles with the following wording: voluntary membership, democratic management, economic participation of members (shareholders) of agricultural cooperatives, social responsibility, fairness and mutual assistance.

39 Jugeli G, Giguashvili G. (09.02.2021). Definitions of the project of the Law of Georgia on Entrepreneurs. GIZ. <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_-Draft-Law-on-Entrepreneurs\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_-Draft-Law-on-Entrepreneurs_2021.pdf)> [Last accessed: 9 September, 2022]

40 Law on Agricultural Cooperatives, paragraph g) article 3: democratic management – equal opportunity for members of an agricultural cooperative to manage and control the cooperative's activity, for which each member of the cooperative has one vote on the general meeting <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

41 International Cooperative Alliance. “Cooperative identity, values & principles”. <<https://www.ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>> [Last accessed: 9 September, 2022]



## 5. CAPITAL OF THE AGRICULTURAL COOPERATIVE

As other issues, capital matters are regulated by the Law on Entrepreneurs. The law on Entrepreneurs states that the cooperative may have subscribed capital<sup>42</sup>. The notion of the subscribed capital is the new notion in the Law on Entrepreneurs. The placed capital is called Equivalent to authorized capital (statutory capital, legal capital, charter capital, subscribed capital). The main function of invested capital in establishing capital-type societies is to equip the community with start-up capital, which, even if minimally, is a kind of limited liability filler, balancing.<sup>43</sup>

The existence of subscribed capital, or as the creators of the new Law on Entrepreneurs the equivalent of the statutory capital, is not mandatory in the case of different types of cooperatives. While this rule applies to the eight other cooperatives, in the case of agricultural cooperatives member contributions on the level of establishment is mandatory, as it is requested in order to obtain agricultural status.<sup>44</sup>

Despite the fact that no one calls it a statutory or subscribed capital, during registration, founder members of the cooperatives must make monetary contributions of a minimum of 300 Gel<sup>45</sup>.

The contribution of 300 Gel was introduced in

December of 2019<sup>46</sup> and evoked debate on its nature, which are active even today.

Before the introduction of the existing version of share<sup>47</sup> the Law on Agricultural Cooperatives defined it without mentioning any amount. The paragraph e<sup>1</sup> of 3<sup>rd</sup> Article stated that share is the contribution made in the shares fund, additional share contribution and contribution of the associate member<sup>48</sup>.

The above-mentioned perspective of the Law on Agricultural Cooperatives is very concrete, when the Law on Entrepreneurs does not provide a definition of the shares in the cooperatives. In spite of this, it defines rules for the alienation of shares and possibilities of existing different categories of the shares. *“Pai (share) is the obligation of the member of the cooperative to pay the prescribed contribution in accordance with the law and the charter. Also, a share gives rise to consequential rights in a cooperative”*.<sup>49</sup>

The most important and interesting phenomenon regarding the compulsory contribution of 300 GEL is that the contribution is yearly.

Here is the question what is the perception of the article from the different sides?

42 Article 228, paragraph 1: The subscribed capital of a cooperative may be determined by its statute. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

43 Jugeli G, Giguashvili G. (09.02.2021). Definitions of the project of the Law of Georgia on Entrepreneurs. GIZ. <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_-\\_Draft-Law-on-Entrepreneurs\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_-_Draft-Law-on-Entrepreneurs_2021.pdf)> [Last accessed: 9 September, 2022]

44 Law on Agricultural Cooperatives, subparagraph “d”, paragraph 2, article 7: the application must include following documents: the document proving the payment of the shares (pai). (translation of author). Inconsistent translation. See the original version: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=original&publication=9>> [Last accessed: 9 September, 2022]

45 Georgian Lari – national currency of Georgia – <<https://nbg.gov.ge/en/georgian-money/georgian-lari>> [Last accessed: 9 September, 2022]

46 Law of Georgia on making changes in the Law of Georgia on Agricultural Cooperatives. Date of adoption of the law – 11.12.2019. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4717765?publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

47 Law on Agricultural Cooperatives, paragraph e<sup>1</sup> article 3: share– yearly compulsory contribution of a member of an agricultural cooperative in share fund, not less than 300 GEL, for his/her economical participation in agricultural cooperative, which gives him/her possibility to participate in activities of this cooperative, receive a dividend from incomes of this agricultural cooperative and gives him/her right to vote on general meetings. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> [Last accessed: 9 September, 2022]

48 Law of Georgia Regarding making changes to the Georgia Law "On Agricultural Cooperatives". <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3056436?publication=0>> [Last accessed: 9 September, 2022]

49 Jugeli G, Giguashvili G. (09.02.2021). Definitions of the project of the Law of Georgia on Entrepreneurs. GIZ. <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_-\\_Draft-Law-on-Entrepreneurs\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_-_Draft-Law-on-Entrepreneurs_2021.pdf)> [Last accessed: 9 September, 2022]

When reading the law, we clearly see the wording “yearly compulsory contribution of a member of an agricultural cooperative in share fund, not less than 300 GEL, for his/her economical participation in the agricultural cooperative, which gives him/her possibility to participate in activities of this cooperative, receive a dividend from incomes of this agricultural cooperative and gives him/her right to vote on general meetings”.

The word-to-word interpretation and the first perception is that the compulsory monetary contribution is made to the share fund, in order to become a member and have the possibility to work with a cooperative. And in effect, what is written is read. There is no sense behind and the formulation does not create ambiguity. However, from another point of view, the simple definition from the first sight bears a totally different meaning and the 300 GEL contribution is not the money given from the member every year to the cooperative, rather a member must engage with the cooperative in the agricultural activities and the value of these activities must be at least worth of 300 GEL. This notion is not read in the definition of share.

In addition, if we recall the older version of the share in the law on Agricultural Cooperatives<sup>50</sup>, it is defined as the contribution made in the share fund. Everything leads to the textual interpretation, that the share is a monetary contribution and not the economic activities or engagements of the member.

The definition of minimum share contribution in the amount of 300 GEL has its explanation, that members should work with the cooperative and create goods or services, rather than just have the agricultural status and profit from it, in the form of governmental or international grants. This is rightful to demand from persons to create a cooperative for real work and not create imposter organizations for narrow personal needs.

However, if one wishes to control the existing situation and establish a fair environment for agricultural cooperatives, the definition needs to change. Shares shall be described as monetary contributions and a new article regarding the minimum engagement of the member in the

cooperative must be created. The economical engagement of the member with the cooperative must be defined and shall embrace every possible activity and its minimum amount, while share needs to be defined in its own context and not be hybrid as it is in the existing version of the law.

The clarity is needed, not only for the formal appearance of the law but for its users such as members of the cooperative, their contractors, lawyers and everyone interested in the subject.

The ambiguity in the law today, which may seem unimportant, tomorrow is able to create a discussion in the court or argument among the members or managers of the cooperatives.

## 6. TAX REGULATIONS FOR THE AGRICULTURAL COOPERATIVES

The Tax code of Georgia envisages several tax exemptions for the agricultural cooperatives and its members. Additionally, there are some regulations for the agricultural activities<sup>51</sup>.

According to the subparagraph “K” of paragraph 1 of article 82 of the Tax Code of Georgia states that the taxable income earned from the

51 According to subparagraph “t” of paragraph 4 of article 172 of the Tax Code of Georgia, the supply of agricultural products, produced in Georgia before their industrial processing (change of commodity code) shall be exempt from VAT with the right of deduction.

Subparagraph “u” of paragraph 4 of article 172 of the Tax Code of Georgia defines that the supply of cheese made as a result of industrial processing of products obtained from animals living in Georgia shall be exempt from VAT with the right of deduction.

According to the Tax Code of Georgia, particularly Article 197, the commodity code changes if the amount of packaged milk does not exceed 2 litres. It means that the milk that is packed in the big vessels (more than 2 litres) does not change the commodity code and stays as a primary product. If we remember the subparagraph “t” of paragraph 4 of article 172 of the Tax Code of Georgia and analyze it in the frame of article 197, this leads us to conclude that the milk, that is packaged in the original packing the size of which exceeds 2 liters is free from VAT <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=translateEn&publication=175>> [Last accessed: 9 September, 2022]

50 See 48.

primary supply of agricultural products produced in Georgia by a natural person engaged in agricultural production until 1 January 2023 if the gross income earned by the natural person from such supply during the calendar year does not exceed GEL 200 000 is exempt from income tax.<sup>52</sup>

In addition, it is necessary to note that Tax Code of Georgia frees persons from paying profit tax if profit is earned by an agricultural cooperative from a primary supply of agricultural products made in Georgia before their industrial processing (changing their commodity code) before 1 January 2023 or distribution of profit, and expenses incurred/disbursements made within the scope of the same activity that are provided for in Article 97(1) (b-d) of this Code.<sup>53</sup>

The second paragraph of the second article of the Law of Georgia on Grants states that Funds issued for the achievement of entrepreneurial goals shall not be considered a grant, except for funds issued to a legal entity that has been granted the status of an agricultural cooperative in accordance with the Law of Georgia “On Agricultural Cooperatives”, and funds issued for the achievement of political goals.<sup>54</sup> The amount of money given to the agricultural cooperative by any person, natural or legal, local or foreign is considered as a grant and consequently is not levied by taxes such as income profit tax<sup>55</sup>, VAT exemption

on import<sup>56</sup>, refund of VAT<sup>57</sup> and is free from import duty<sup>58</sup>.

The tax regulations on agricultural cooperatives are very beneficial for the cooperative as for the entity and in addition for the members of the cooperative as physical persons. Tax alleviations serve to promote agricultural activities among Georgian residents, who wish to engage in agricultural activities. This approach from the government encourages small and medium scales farmers and cooperatives to do their best and gain more profit.

It is clear that Georgian regulations on agricultural cooperatives more than often are in conformity with the best practice of regulations and international principles. Hence there are particularities such as mandatory contribution as a share, which will be addressed I believe. In general, in Georgia, agricultural cooperatives profit from their status in terms of tax exemptions. Many international or national organizations support cooperatives, not only financially but in terms of education and knowledge on the vast variety of agricultural matters. Cooperatives are continuing to develop so will do the regulations.

52 Law of Georgia, Tax Code of Georgia. Article 82. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=translateEn&publication=175>> [Last accessed: 9 September, 2022]

53 Tax Code of Georgia, subparagraph “f”, paragraph 1, article 99. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=translateEn&publication=175>> [Last accessed: 9 September, 2022]

54 Law of Georgia on Grants, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31510?impose=original&publication=30>> [Last accessed: 9 September, 2022]

55 Tax Code of Georgia, subparagraph “a”, paragraph 2, article 97 – Object of profit taxation The object of profit taxation of a resident enterprise (except for cases under paragraphs 2, 8 and 9 of this article) shall be the costs incurred, or other payments not connected with economic activities and/or which are not related to the objective of the organisation’s activities (including those not connected with charity activities or not related to the objective of a grant agreement) <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=translateEn&publication=175>> [Last accessed: 9 September, 2022]

56 Tax Code of Georgia, paragraph “z1”, article 173, The following shall be VAT exempt: the import of goods provided for under a grant agreement by a grantor or a grantee <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=translateEn&publication=175>> [Last accessed: 9 September, 2022]

57 Tax Code of Georgia, paragraph 2, article 181, a grant recipient, who has purchased goods and/or services within a grant agreement, shall be entitled to a deduction or a refund of the VAT paid for the goods/services, on the basis of a tax invoice or, in the case of reverse charge, of a document evidencing payment of the VAT to the budget filed with a tax authority <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=translateEn&publication=175>> [Last accessed: 9 September, 2022]

58 Tax Code of Georgia, paragraph “c” Article 199, The following shall be exempt from import duty: import of goods financed with grants or with a concessional loan granted by the state authority of a foreign country and/or an international organisation, of which at least 25% accounts for a grant element. The Ministry of Finance of Georgia shall calculate the grant element in accordance with a resolution of the Parliament of Georgia <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=translateEn&publication=175>> [Last accessed: 9 September, 2022]

**BIBLIOGRAPHY:**

1. Hagen H., (2012), Guidelines for Cooperative Legislation, the third revised edition, International Labour Office. <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/documents/publication/wcms\\_195533.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_195533.pdf)> (in English)
2. Jugeli G, Giguashvili G. (09.02.2021). Definitions of the project of the Law of Georgia on Entrepreneurs. GIZ, <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_-Draft-Law-on-Entrepreneurs\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_-Draft-Law-on-Entrepreneurs_2021.pdf)> (in Georgian)
3. § 2 Haftung für Verbindlichkeiten Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haftet den Gläubigern nur das Vermögen der Genossenschaft. <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ger158133.pdf>> (in German)
4. Evaluation of ENPARD Programme in Georgia, Submission Date 21/01/2021. SOGEROM SA consortium, EuroPlus Consulting & Management, SOGEROM SA, Applus+. (in English)
5. Fici A. (2013). "An introduction to Cooperative Law" in Cracogna D. Fici A., Henry H (editors). International Handbook of Cooperative Law (2013) Germany, Springer. (in English)
6. Fjørtoft T, Gjems-Onstad O. "Chapter 26, Norway and Scandinavian Countries" in Cracogna D. Fici A., Henry H (editors). International Handbook of Cooperative Law (2013) Germany, Springer. (in English)
7. How to Regulate Cooperatives in the EU? A Theory of Path Dependency Ger J.H. van der Sangen, DQ December 2014 | No. 4. (in English)
8. The Essential Role of Cooperative Law, Antonio Fici, DQ December 2014 | No. 4. (in English)
9. Transnationalization of Agricultural Cooperatives in Europe, Jos Bijman, Perttu Pyykkönen & Petri Ollila, DQ December 2014 | No. 4. (in English)
10. Serbian Agricultural Cooperatives and their path towards the European Union – Legal Aspects, Gordana Ljubojević<sup>1</sup>, Nina Maksimović Sekulić<sup>2</sup>, Economics of Agriculture, Year 68, No. 1, 2021, (pp. 173-190), Belgrade. (in English)
11. The Law of Georgia on Agricultural Cooperatives. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=original&publication=9>> (in Georgian)
12. The Law of Georgia on Agricultural Cooperatives. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1972742?impose=translateEn&publication=3>> (in English)
13. The Law of Georgia on Entrepreneurs. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=original&publication=0>> (in Georgian)
14. The Law of Georgia on Entrepreneurs. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/5230186?impose=translateEn&publication=0>> (in English)
15. The Tax Code of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=original&publication=185>> (in Georgian)
16. The Tax Code of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717?impose=translateEn&publication=175>> (in English)
17. The Law of Georgia on Grants. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31510?publication=30>> (in Georgian)

# PERIPETEIA OF CONCESSION AND PROBLEMS OF LEGAL DEFINITION

Zaza Sukhishvili

*Doctor of Law (Private International Law), Lecturer at Georgian Institute of Public Affairs (GIPA) and Georgian Aviation University (GAU)*

KEYWORDS: Concession, Term, Definition, Investment

## ABSTRACT

Despite the interesting history of the concession, the existence of official and private legal international foundations and scientific works for the creation of concession legislation, in the legislation of Georgia, it was not possible to determine the academic definition of concession as a legal institution. The nature of the concession agreement was not understood and distinguished, that is, a concession is a transfer of the right, not the property, however, a concession agreement is the way of its realization, that triggers problems of practice regarding assignment to a certain legal sphere, legal regulation, court jurisdiction, selection of law, etc.

As the “Foreign element” participates in international private legal relations, state and foreign investor appear as parties in concession relations. For them, favorable situation, protective legal regime and predictable environment are the main factors. Accordingly, the development of concession legislation is of essential importance for the economy of Georgia.

In addition to the legal purpose, the concession has an important social function and should ensure the inclusion of the private sector in the economic life and development of the country. In order to refine the legislation, the areas of application should be studied, problems, peculiarities, realities should be identified and it should be calculated what results will be achieved if the relevant legal norms are implemented.

Refinement of the concession legislation is directly related to the creation of an investment environment in Georgia. Attracting invest-



ments, investors' guarantees and efficient use of the country's resources is a very urgent issue in terms of economic development, job creation and increase of state revenues.

## INTRODUCTION

Many countries of the modern world faced the need for legal regulation of public and private partnerships. Most of the new laws apply to all types of public-private partnerships. Concession, as one of the forms of such partnership, requires legislative regularity. In particular, the legal nature of the concession has already been analyzed in the science of law, which should be followed by a legal definition reflecting the real immanence of the concession in the legislation of Georgia. The definitions presented in the repealed 1994 and current 2018 laws regarding the concession are completely misleading from the legal content of the concession and its academic definition should be established.

## MAIN PART

### Chapter I.

The issues of public-private partnership are known from the time of ancient Iran, Greece and Rome before BC, the development of which continued in medieval France, Holland, Spain and England, which was represented by the transfer of the right of tax collection by the state to a private person.

In all states of ancient Greece, the collection of taxes was carried out by private individuals, and in Rome, a trade, an auction in the modern sense, was held to give the right to collect taxes.<sup>1</sup>

The history of Georgia has not ignored the concession relations, and it is known from the first documentary sources that in the 40s of the 18th century, King Erekle II concluded a concession agreement with the Greek "Madanshiki" for the purpose of reviving the ore production, which was related to the processing of copper and gold-silver deposits. King Erekle invited a group

of Greek "madanshiks" from Turkey, who began working on a silver deposit in the vicinity of the Akhtali monastery. In 1763, mining production was widely developed. The description of the business deal between the king and the arrived Greek masters is interesting, which is nothing more than the first written Georgian concession agreement. The king was considered the owner of production.

Similar forms of partnership between the state and the private sector can be found in the cases of dye production and the management of the King's Mint. A glass factory, a salt factory, an earthenware manufacturer, and other small enterprises were given to manage.<sup>2</sup>

An event reflecting the active concession relations in Georgia was the "Chiatura Black Stone Concession Agreement", signed on June 12, 1925 for a period of 20 years, between the Union Concession Committee of the Soviet Union and the famous American industrialist William Averell Harriman.

The story of this agreement ended with the discussion of the dispute in the New York arbitration court, where the interests of the Soviet Union were defended by the famous Georgian lawyer, professor of Tbilisi State University Luarsab Andronikashvili.<sup>3</sup>

At the end of the 20th century, a new impetus was given to the development of concession relations, and discussions about the legal nature of the concession became active in the sphere of lawyers, which was significantly influenced by free international relations and investment activities.

## Chapter II.

In the modern world, several main forms of public-private partnership have been identified: private finance initiative (PFI); Institutional Public-Private Partnership (IPPP) and concession (concessio).

1 Sukhishvili Z., (2013), "Concession History". Journal "Business – Engineering", No. 1.

2 Group of authors, "Essays on the history of Georgia", Volume IV, Chapter XI, "Development of economic and social life in Eastern Georgia, XVIII century. 40-80s", p. 546.

3 Zhvania V., (1960), "Chiatura Concession and the Defeat of Harriman's Economic Diplomacy", Journal "Drosha", 1960. No. 2, p. 15

A Private Finance Initiative (PFI) contract is mainly used for relatively small projects. Unlike large concession projects, it provides the possibility of financing non-commercial projects in its field of application. The content of the PFI agreement is to carry out activities on behalf of the state in sectors such as schools, hospitals, prisons, public buildings, public facilities and non-profit services, without the delegation of state rights.

The form of Institutional Public-Private Partnership (IPPP) is a collaboration between the state and the private sector that provides for the creation of mixed capital. Its purpose is the execution of state contracts and the implementation of concessions. The contribution consists of different types of assets and the implementation of the contracts is carried out with the active supervision and participation of the representative of the state.

The European Commission has published "Guidelines for the Organization of Institutional Public-Private Partnerships", which clarifies the rules applicable to participation in public-private partnerships and increases legal certainty. It also ensures fair competition and means of selecting a private partner through a tender.<sup>4</sup>

A concession relationship is a form of cooperation between the state and the private sector, based on mutually beneficial contractual terms, involving the private sector for the efficient management of state property or services. Concession refers to the transfer of the right to exploit natural resources, infrastructure facilities, enterprises or equipment under certain conditions and compensation.

Concessionaires are usually powerful companies that take concessions for various facilities in economically weakly developed countries. Such companies are granted wide rights in various fields of farming, which should ensure the economic development of the country.<sup>5</sup>

4 European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (2012, MAY) "EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONCESSION/PPP LAWS ASSESSMENT 2011 COVER ANALYSIS REPORT FINAL REPORT MAY 2012", p.65, <<https://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppreport.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]

5 Sukhishvili Z., (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 40, GTU.

### Chapter III.

The legal guidelines of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the main elements of the concession legislation of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the main principles of the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) on modern concession legislation are the basic documents in terms of the creation or improvement of concession legislation, which are international legal bases recognized in the world and already implemented in many countries. These documents laid the foundation for the creation of modern legislation, and they are being updated to this day.

These organizations still contribute a lot to the development of the concession as a legal institution, and I will generally touch on the above-mentioned documents created as a result of their work.

In June 2000, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) adopted the "Legislative Guidelines on Privately Funded Infrastructure Projects", the so-called "Legislative Guide", which will help the governments of the member countries to create favorable conditions for the financing of the legislative structure and private infrastructure projects.

UNCITRAL's "Legislative Guide" deals not only with infrastructure projects, but also with the use of natural resources and focuses on the essential features of legislation.

The main focus is on the procedure for concluding the concession agreement. In its structure, there are dozens of recommendations of the organizational nature of concluding a concession agreement, which are grouped by content.<sup>6</sup>

If we analyze the "Legislative Guide" from the point of view of finding and recognizing the immanence of the concession, it will appear that the concession by its legal nature implies the transfer or surrender of the right, not the property.

6 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL, 2020, renewed), "Legislative Guide on Public-Private Partnerships", [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872\\_ebook\\_final.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf), (last viewed: 10.09.2022).

For example, one of the recommendations limits the permission of the concessionaire to assign the right transferred from the state to a third party without the consent of the state. Here, too, we are talking about giving up rights, not property. Also, the content of the transfer of rights and not property can be seen in the recommended rules for the operation of the infrastructural object.

A group of experts from the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), the Istanbul Stock Exchange (ISE) and the Network for Information Services (NIS) developed the "Core Elements" of OECD Concession Law.

It outlines the guiding principles of creating a modern law on the concession agreement in legislative language and provides comments on these principles against the background of advanced international practice, which in fact represent a model of the relevant law of the European Union legislation. They are presented in the form of legal terms that can be used in national legislation.

In the "basic elements" we are interested in the issues of harmonization of the legislation on the concession agreement and the common approach to the terminology on the concession, the analysis and judgment of which will lead us to the conclusion that the concession is the transfer of the right and not the property.

In 2005, the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), whose aim and purpose was to outline and promote modern principles in the countries of the Bank's operations, developed the "Core Principles for a Modern Concession Law (MCL)".<sup>7</sup>

The EBRD's "Core Principles" are based on internationally recognized key standards, best practices, regional studies, sector studies and assessments, as well as the UNCITRAL Model Legal Provisions for Privately Funded Infrastructure Projects.

From the "Core Principles" of EBRD, the principles of compliance of the concession legislation with the country's legal system and individual laws are of interest to us.

It implies that the norms of the law must be consistent with the law of the country, the general structure and the special legislation, which is necessary to ensure that the separate parts of the legislation do not contradict each other, and the application of the individual acts is as clear as possible.<sup>8</sup>

In addition to the above-mentioned documents, there are interesting scientific works and opinions on the concession in the science of law.

## Chapter IV.

Concession, by its legal nature, can belong to the administrative law, private law or can be mixed.

The concession as an administrative act was considered by the Swiss-German doctrine, the followers of which believe that the concession is a manifestation of the highest right of the state, does not come from the civil sphere, and it cannot have the meaning of a contract.

The contractual theory of concession developed in France, where it was considered as an administrative contract. Since the case concerned property interests, the concession relationship was regulated by the principles of civil and public law. The concessionaire was not a public official, he was given the right to exercise public authority based on the contract.

The basis of the concession as a mixed act derives from the reasoning according to which it is a combination of an administrative act and a civil contract. The problem of such a complex approach, theory, which originated in Latvia, remains the issues of the methods of regulating the concession relationship.<sup>9</sup>

After the above-mentioned excursion, it will be easy to see and evaluate the current legislation in Georgia.

7 European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (1991) "Core Principles for a Modern Concession Law (MCL)", – <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/mcl.pdf> [Last view: 10 September, 2022]

8 Sukhishvili Z., (2014), "Basics of creation of concession legislation", Journal "Intellectual", No. 27.

9 Z. Sukhishvili, (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 61, GTU.

## Chapter V.

After the restoration of Georgia's independence, the creation of new legislation of the country began, the concession relations were regulated by the Law of Georgia of December 21, 1994 "On the Procedure for Granting Concessions to Foreign Countries and Companies", which determined that "a concession is a long-term lease agreement signed by the state for the purpose of foreign capital investment on the exploitation of renewable and non-renewable natural resources and other related economic activities".

The purpose of the investment was highlighted and the concession relationship was defined as a private legal nature – "lease agreement", and according to the Law of Georgia "On Licenses and Permits", the permission of the authorized administrative body was required for the conclusion of the concession agreement.

If property (natural resources) were to be transferred through a civil legal institution – in the form of a lease, then what was the need for a separate concession legislation.

A concession differs from a lease only in its characteristic features: one of the parties to the concession relationship is always the state; the concession object can only be state property; the object of the concession may be the transfer of a special right of the state to the concessionaire, and the concessionaire cannot become the owner of the transferred property. This list is not complete and it is possible to highlight other signs.

Unconditionally, the main distinguishing feature of the concession remains its public-legal motives, elements and conditions. First of all, this is a special basis for the emergence of concession litigation, which cannot be a civil transaction.

Also, one of the main features distinguishing a concession from a lease is that a governmental act (*iure imperii*) is required to conclude a concession agreement, and in order to enter into a lease agreement on state property, it is sufficient to show the will of the state in the form of a civil transaction (*acta iure gestionis*).<sup>10</sup>

In the case of a concession, the right is transferred, not the property, so the definition of the

concession in the above-mentioned law missed its true content.

If in 1994 there was a lack of information in Georgia about the legal nature of the concession, in 2018, when developing a new law, the legal definition of the concession should have been analyzed in detail.

In addition, the appearance of specialists in private international law as a new branch of law in Georgia and their works on concessions created a more informative environment and their involvement would also help the case. Also, there are scientific works of foreign lawyers on the characterization of the concession as a legal institution.

From a theoretical point of view, the idea that a concession is a transfer of rights by the state, not property, and represents an independent legal institution, has already been established as a clear doctrine in the science of law. According to the families of law, the concession can be administrative or civil in nature, and in common law countries, where there is no division of law into private and public law, the concession and the concession agreement are also private legal relations.

As for practice, i.e. Positive law in force on concession in Georgia.

In the recent past, the majority of countries regulated concession issues through national law, and the issue of public-private partnership in a broad sense remained in the field of the general structure of law and state policy. Then, the situation changed and new trends emerged. A number of countries have started creating new separate laws on public-private partnerships, in which concessions are presented as one form of public-private partnership.

The Law of Georgia "On Public and Private Cooperation" dated May 4, 2018 repealed the above-mentioned Law of Georgia dated December 21, 1994 "On the Procedure for Granting Concessions to Foreign Countries and Companies" and formed the definition of concession in a new way.

There was an expectation that the new law would correct the situation, but even in this case it was not possible to determine the legal definition of the true legal nature of such an important and relevant legal institution – the concession. On

10 Ibid., dissertation, p. 79, GTU.

the contrary, it was leveled and again lost from its true content.

However, it should be noted that in the new law, the modern approaches defined for the creation and refinement of concession legislation are considered and innovations are also proposed, but the subject of our interest and discussion is the academic legislative definition of the legal nature of the concession.

The new law of 2018 presents an “updated” definition of concession, according to which it is “a public-private partnership, during which, based on the concession agreement, the concessionaire directly or indirectly receives payment from the end user or public partner and from the end user in return for the public services provided by him and within which the Concessionaire assumes significant operational risk, which includes demand risk or supply risk”.

It is a positive element that the legislative record recognized the concession as one of the types of public-private cooperation and that this relationship is for the purpose of providing public services. Therefore, there is a co-operation for the private sector to act instead of the state in order to exercise mandatory public powers.

In the text of the definition, the key words defining the immanence of the concession have been turned over and it continues with the fact that it is a form of public service. Then, attention is paid to the manner of compensation for the concessionaire and the issues of taking operational risks by the concessionaire, which are the subject of the agreement and not of the legal definition of the concession.

The above legal definition states that a concession is a public-private partnership based on a contract, in the field of public services, and for these services the concessionaire receives compensation, which is very general and unclear. The General Administrative Code tells us the same thing, that an administrative contract is “a civil-legal contract concluded by an administrative body with a natural or legal person, as well as with another administrative body, for the purpose of exercising public authority.” Where the line is drawn between these two situations is a matter of separate discussion. According to families of

law and national legislation, the concession can be of both public and private nature.

The legal definition of the concession does not contain the main words characteristic of its legal nature, as it is presented in the Civil Code of Georgia for other legal institutions. For example, in the case of entrusting the property, the trustee transfers the property to the entrusted owner for management, in the case of a gift – the item is transferred to the property, in the case of rent – the item is transferred for use, in the case of leasing – the transfer of the property for use with the right to purchase it, in the case of lease – the temporary transfer of the property for use with the possibility of receiving fruits. Their realization in life is carried out by relevant agreements.

In the legislative space, the precise definition of the concession as a legal institution and the characterization of its legal nature remained unclear.

## Chapter VI.

When talking about the concession, it is very important to distinguish between the fact that the concession is a legal institution, with a specific formula regulating public relations, and the concession agreement is a means of realizing this relation in life. Confusion or identification of their contents is completely unacceptable and causes many problems.

In the definition of the new law, it is not at all clear why the definition of the concession includes such contractual terms as the manner of payment to the concessionaire and one of the obligations of the counterparty – to assume operational risks.

The separation of the legal nature of the concession and the concession agreement, in addition to the theoretical orderliness, has an essential practical meaning, because public and private legal mechanisms go through different legislative paths and the rights and obligations of the parties, legal guarantees of protection, judicial review and the possibilities of reviewing the dispute in another country are regulated differently.



The concession agreement, as a form of expressing and realizing the concession relationship, is a consensual, specific term, compensatory and bilateral agreement for the parties. It provides for the existence of the respective rights and obligations of the two parties, as well as the will of the parties to enter into the said contract. The concession agreement is essentially different from the agreements of other legal institutions.

The degree of interdependence between public and private parties – the state and the concessionaire, in concession relations is much higher than in other types of legal or contractual relations. The concession contract affects both public and private interests.<sup>11</sup>

## CONCLUSION

The issue of determining the true content and legal nature of the concession remains a problem in the legislation of Georgia. Despite the second legislative change, it was not possible to understand the legal nature of the concession, to reconcile modern doctrines and concepts, which should have been directed us to the correct and legal definition in terms of academics.

In order to end the peripeteia of the concession in Georgia and to academically determine the legal definition of the concession, the legislator should take into account that the concession is the transfer of such a right, by which the concessionaire, instead of the state, must carry out the activities that derive from the exclusive, privileged and mandatory functions of the state. These are the state functions that are reflected in the theory of law, or in state law, and which the state cannot avoid. It cannot be avoided either through privatization or through private legal transactions.

The very word “concession” (concessio) is an old Latin word and means permission, concession. In the case of concession, the home state transfers to the concessionaire the right to process natural resources, operate infrastructure,

manage strategic facilities or conduct other public activities, and not the corresponding property.

Concession means an act by means of which the state equips a private person with the right to participate in the implementation of some of its functions in the field of farming. In addition, the concessionaire is in a more privileged position than other participants in the economic turnover. A concession can be issued either by a unilateral act of the state or by a contract concluded with the concessionaire.

Not the property as such, but the right to use the property or the special right to use the property is transferred to the concessionaire. The subject of the concession should be the transfer of a special right of the state to the concessionaire.<sup>12</sup>

At the end, it should be noted that when formulating the legal definition of concession in the legislation of Georgia in a new way, the classic scheme should not be violated, according to which, first an idea arises, then it turns into a doctrine, it is shared and discussed in academic circles, followed by the recognition of the majority, it turns into a ready-made legal formula or mechanism and finally, if necessary, the state takes the form of a law. The laws adopted in this way remain in the life of the country for a long time, they serve the regulation of public relations, the economic interests of the state and do not require frequent changes.

11 Khatidze G., (2022), "Public-private partnership providing legal Means", Tbilisi, "Bona Kausa" publishing.

12 Sukhishvili Z., (2014), "Legal Nature Concession and Concessionary Contract", Journal "Intellectual", No. 27.

**BIBLIOGRAPHY**

1. Sukhishvili Z., (2013), "Concession History", Journal "Business Engineering", No. 1. (In Georgian)
2. Group of authors, "Essays on the History of Georgia", Volume IV, Chapter XI, "Development of Economic and Social Life in Eastern Georgia, XVIII century. 40-80s". (In Georgian)
3. Zhvania V., (1960), "Chiaturi Concession and the Defeat of Harriman's Economic Diplomacy", Magazine "Drosha", No. 2. (In Georgian)
4. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (2012 MAY) "EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONCESSION/ PPP LAWS ASSESSMENT 2011 COVER ANALYSIS REPORT FINAL REPORT MAY 2012", p. 65 <<https://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppreport.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]. (In English)
5. Z. Sukhishvili, (2015), "International Private Law Aspects of Concession", Dissertation, GTU. (In Georgian)
6. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL, 2020, renewed), "Legislative Guide on Public-Private Partnerships", <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872\\_ebook\\_final.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf)> [Last view: 10 September, 2022]. (In English)
7. European Bank for Reconstruction and Development ( EBRD), (1991) "Core Principles for a Modern Concession Law (MCL)" <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/mcl.pdf> , (last viewed: 10.09.2022). (In English)
8. Z. Sukhishvili, (2014), "Basics of Creation of Concession Legislation", Journal "Intellectual", No. 27. (In Georgian)
9. Khatidze G., (2022), "Public-Private partnership providing legal Means", Tbilisi, Publisher "Bona Kausa". (In Georgian)
10. Sukhishvili Z., (2014), "Legal Nature of Concession and Concessionary Contract", Journal "Intellectual", No. 27. (In Georgian)
11. Law of Georgia of December 21, 1994 "On the Procedure for Granting Concessions to Foreign Countries and Companies". (In Georgian)
12. Law of Georgia of May 4, 2018 "On Public-Private Cooperation". (In Georgian)
13. Civil Code of Georgia (In Georgian).

**NOTES:**

1. Sukhishvili Z., (2013), "Concession history ", magazine "Business-Engineering", No. 1
2. Collective of authors, "Essays on the history of Georgia", Volume IV, Chapter XI, "Development of economic and social life in Eastern Georgia, XVIII century. 40-80s", p. 546
3. Zhvania V., (1960), "Chiaturi Concession and the Defeat of Harriman's Economic Diplomacy", Drosha Magazine, 1960. No. 2, p. 15
4. European Bank for Reconstruction and Development ( EBRD), (2012 MAY) "EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONCESSION/ PPP LAWS ASSESSMENT 2011 COVER ANALYSIS REPORT FINAL REPORT MAY 2012", p.65, <<https://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppreport.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]
5. Sukhishvili Z., (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 40, Stu
6. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL, 2020, renewed), "Legislative Guide on Public-Private Partnerships", <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872\\_ebook\\_final.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf)> [Last view: 10 September, 2022]
7. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (1991) "Core principles for a modern concession law (MCL)", <<http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/mcl.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]
8. Sukhishvili Z., (2014), "Basics of creation of concession legislation", magazine "Intellectual", No. 27
9. Sukhishvili Z., (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 61, Stu
10. Sukhishvili Z., (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 79, Stu
11. Khatidze G., (2022), "Public-private partnership providing legal Means", Tbilisi, book publisher "Bona Kausa"
12. Sukhishvili Z., (2014), "Legal nature of concession and concession contract", magazine "Intellectual", No. 27.

# კონცესიის პერიპეტიები და საკანონმდებლო დეფინიციის პრობლემები

## ზაზა სუხიშვილი

სამართლის დოქტორი (საერთაშორისო კერძო სამართალი),  
საზოგადოებრივ საქმეთა ინსტიტუტისა (GIPA) და საქართველოს  
საავიაციო უნივერსიტეტის (GAU) ლექტორი

საკვანძო სიტყვები: კონცესია, ტერმინი, დეფინიცია,  
განსაზღვრება, ინვესტიცია

## აბსტრაქტი

კონცესიის საინტერესო ისტორიის, საკონცესიო კანონმდებლობის შექმნის ოფიციალური და კერძოსამართლებრივი საერთაშორისო საფუძვლებისა და სამეცნიერო ნაშრომების არსებობის მიუხედავად, საქართველოს კანონმდებლობაში ვერ მოხერხდა კონცესიის, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის აკადემიური დეფინიციის დადგენა. არ გააზრებულა და არ გამიჯნულა კონცესიისა და საკონცესიო ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნება, რომ კონცესია არის უფლების და არა ქონების გადაცემა, ხოლო საკონცესიო ხელშეკრულება მისი რეალიზების საშუალება, რაც წარმოშობს სამართლის დარგისადმი მიკუთვნების, საკანონმდებლო მონესრიგების, სასამართლო განსჯადობის, სამართლის არჩევისა და სხვა პრაქტიკულ პრობლემებს.

საერთაშორისო კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობს რა „უცხო ელემენტი“, საკონცესიო ურთიერთობებში მხარეებად სახელწიფო და უცხოელი ინვესტორები გვევლინებიან. მათთვის კი ხელსაყრელი ვითარება, დამცავი სამართლებრივი რეჟიმი და პროგნოზირებადი გარემო მთავარი ფაქტორებია. შესაბამისად, საკონცესიო კანონმდებლობის განვითარებას არსებითი მნიშვნელობა ენიჭება საქართველოს ეკონომიკისათვის.

კონცესიას სამართლებრივი დანიშნულების გარდა მნიშვნელოვანი სოციალური ფუნქცია გააჩნია და უნდა უზრუნველყოს კერ-

ძო სექტორის ჩართვა ქვეყნის ეკონომიკურ ცხოვრებასა და განვითარებაში. კანონმდებლობის დახვეწისათვის შესწავლილ უნდა იქნეს გამოყენების სფეროები, გამოვლინდეს პრობლემები, თავისებურებები, რეალობები და მოხდეს იმის გათვლა, რომ შესაბამისი სამართლებრივი ნორმების ამოქმედების შემთხვევაში რა შედეგები იქნება მიღწეული.

საკონცესიო კანონმდებლობის დახვეწა პირდაპირ კავშირშია საქართველოში საინვესტიციო გარემოს შექმნასთან. ინვესტიციების მოზიდვა, ინვესტორთა გარანტიები და ქვეყნის რესურსების ჯეროვანი გამოყენება ძალზედ აქტუალური საკითხია ეკონომიკის განვითარების, სამუშაო ადგილების შექმნისა და სახელმწიფო შემოსავლების გაზრდის თვალსაზრისით.

## შესავალი

თანამედროვე მსოფლიოს მრავალი ქვეყანა დადგა საჯარო და კერძო პარტნიორობის სამართლებრივი მოწესრიგების საჭიროების წინაშე. ახალი კანონების უმრავლესობა ეხება საჯარო-კერძო პარტნიორობის ყველა ტიპს. კონცესია, როგორც ასეთი პარტნიორობის ერთ-ერთი ფორმა საჭიროებს საკანონმდებლო მოწესრიგებულობას. კერძოდ, სამართლის მეცნიერებაში უკვე გაანალიზებულია კონცესიის სამართლებრივი ბუნება, რასაც უნდა მოჰყვეს კონცესიის ნამდვილი იმანენტურობის ამსახველი კანონისეული განსაზღვრება საქართველოს კანონმდებლობაში. კონცესიის თაობაზე ძალადაკარგულ, 1994 წლის და მოქმედ, 2018 წლის კანონებში წარმოდგენილ განსაზღვრებებში არის სრული აცდენა კონცესიის სამართლებრივი შინაარსიდან და უნდა მოხდეს მისი აკადემიური განსაზღვრების დადგენა.

## ძირითადი ნაწილი

### თავი I.

საჯარო-კერძო პარტნიორობის საკითხები ცნობილია ჩვენს წელთაღივცხვამდე არსებული ძველი ირანის, საბერძნეთისა და

რომის დროიდან, რომლის განვითარებაც გაგრძელდა შუა საუკუნეების საფრანგეთში, ჰოლანდიაში, ესპანეთსა და ინგლისში, რაც სახელმწიფოს მიერ გადასახადის ამოღების უფლების კერძო პირისათვის გადაცემის სახით იყო წარმოდგენილი.

ძველი საბერძნეთის ყველა სახელმწიფოში გადასახადების აკრეფა კერძო პირების მიერ ხორციელდებოდა, ხოლო რომში გადასახადების ამოღების უფლების გასაცემად ვაჭრობა, თანამედროვე გაგებით – აუქციონი – იმართებოდა.<sup>1</sup>

საქართველოს ისტორიასაც არ აუვლია გვერდი საკონცესიო ურთიერთობებისათვის და პირველი დოკუმენტური წყაროებით ცნობილია, რომ XVIII საუკუნის 40-იანი წლებში მეფე ერეკლე II-ის მიერ, სამთამადნო წარმოების აღორძინების მიზნით, საკონცესიო ხელშეკრულება დაიდო ბერძენ „მადანშიკებთან“, რომელიც ეხებოდა სპილენძისა და ოქრო-ვერცხლის საბადოების დამუშავებას. მეფე ერეკლემ თურქეთიდან მოიწვია ბერძენი „მადანშიკების“ ერთი ჯგუფი, რომელმაც ახტალის მონასტრის მიდამოებში ვერცხლის საბადოს დამუშავება დაიწყო. 1763 წელს ფართოდ გაიშალა სამთამადნო წარმოება. საინტერესოა მეფისა და ჩამოსული ბერძენი ოსტატების საქმიანი გარიგების აღწერა, რომელიც სხვა არაფერია, თუ არა დანერგილი პირველი ქართული საკონცესიო ხელშეკრულება. წარმოების მეპატრონედ მეფე ითვლებოდა.

სახელმწიფოსა და კერძო სექტორის პარტნიორობის მსგავსი ფორმები გვხვდება სამღებრო წარმოებისა და მეფის ზარაფხანის მართვის შემთხვევებშიც. სამართავად გაიცემოდა მინის სარეწი, მარილის დამამზადებელი, თიხის ჭურჭლის გამომშვები და სხვა წვრილი საწარმოები.<sup>2</sup>

საქართველოში აქტიური საკონცესიო ურთიერთობების ამსახველი მოვლენა იყო „ჭიათურის შავი ქვის კონცესიის ხელშეკრუ-

1 სუბიშვილი ზ., (2013), „კონცესიის ისტორია“. ჟურნალი „ბიზნეს-ინჟინერინგი“, №1.

2 ავტორთა კოლექტივი, „საქართველოს ისტორიის ნარკვევები“, ტომი IV, თავი XI, „ეკონომიკური და სოციალური ცხოვრების განვითარება აღმოსავლეთ საქართველოში, XVIII ს. 40-80-იანი წ.წ.“, გვ. 546



ლება“, რომელიც 1925 წლის 12 ივნისს დაიდო 20 წლის ვადით, საბჭოთა კავშირის საკავშირო საკონცესიო კომიტეტსა და ცნობილ ამერიკელ მრეწველ უილიამ ავერელ ჰარიმანს შორის.

ამ ხელშეკრულების ამბავი დასრულდა ნიუ-იორკის საარბიტრაჟო სასამართლოში დავის განხილვით, სადაც საბჭოთა კავშირის ინტერესებს იცავდა ცნობილი ქართველი იურისტი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი.<sup>3</sup>

მე-20 საუკუნის ბოლოს ახალი ბიძგი მიეცა საკონცესიო ურთიერთობების განვითარებას და იურისტთა წრეშიც გააქტიურდა კონცესიის სამართლებრივი ბუნების შესახებ მსჯელობები, რაც მნიშვნელოვნად განაპირობა თავისუფალმა საერთაშორისო ურთიერთობებმა და საინვესტიციო საქმიანობამ.

## თავი II.

თანამედროვე მსოფლიოში გამოიკვეთა საჯარო-კერძო პარტნიორობის რამდენიმე ძირითადი ფორმა: კერძო საფინანსო ინიციატივა (PFI); ინსტიტუციური საჯარო-კერძო პარტნიორობა (IPPP) და კონცესია (concessio)

კერძო საფინანსო ინიციატივის (PFI) ხელშეკრულება ძირითადად გამოიყენება შედარებით პატარა პროექტების განსახორციელებად. დიდი საკონცესიო პროექტებისაგან განსხვავებით, იგი თავისი გამოყენების სფეროში იძლევა არაკომერციული პროექტების დაფინანსების შესაძლებლობასაც. PFI-ის ხელშეკრულების შინაარსი გულისხმობს, სახელმწიფო უფლებათა დელეგირების გარეშე, სახელმწიფოს ნაცვლად საქმიანობის განხორციელებას ისეთ სექტორებში, როგორებიცაა: სკოლები, საავადმყოფოები, ციხეები, საზოგადოებრივი შენობები, საზოგადოებრივი სარგებლობის ობიექტები და არაკომერციული მომსახურებები.

ინსტიტუციური საჯარო-კერძო პარტნიორობის (IPPP) ფორმა წარმოადგენს თანამშრომლობას სახელმწიფოსა და კერძო სექ-

ტორს შორის, რომელიც ითვალისწინებს შერეული კაპიტალის შექმნას. მისი დანიშნულება არის სახელმწიფო კონტრაქტების შესრულება და კონცესიის განხორციელება. შენატანი შედგება სხვადასხვა სახის აქტივებისაგან და კონტრაქტების განხორციელება მიმდინარეობს სახელმწიფოს წარმომადგენელი პირის აქტიური ზედამხედველობითა და მონაწილეობით.

ევროპის კომისიამ გამოაქვეყნა „ინსტიტუციური საჯარო-კერძო პარტნიორობის ორგანიზების სახელმძღვანელო“, რომელიც აზუსტებს წესებს, რომლებიც გამოიყენება საჯარო-კერძო ურთიერთობებში მონაწილეობისას და ამაღლებს სამართლებრივ განსაზღვრულობას. აგრეთვე, უზრუნველყოფს კეთილსინდისიერ კონკურენციას და ტენდერის გზით კერძო პარტნიორის შერჩევის საშუალებას.<sup>4</sup>

საკონცესიო ურთიერთობა არის სახელმწიფოსა და კერძო სექტორს შორის თანამშრომლობის ფორმა, ურთიერთსასარგებლო სახელშეკრულებო პირობების საფუძველზე, კერძო სექტორის ჩართვით სახელმწიფო ქონების ან მომსახურების ეფექტურად მართვისათვის. კონცესია გულისხმობს ბუნებრივი რესურსების, ინფრასტრუქტურის ობიექტების, საწარმოებისან მოწყობილობების ექსპლოატაციის უფლების გადაცემას გარკვეული პირობებითა და ანაზღაურებით.

კონცესიონერად, როგორც წესი, გამოდიან მძლავრი კომპანიები, რომლებიც საკონცესიოდ იღებენ სხვადასხვა ობიექტებს ეკონომიკურად სუსტად განვითარებულ ქვეყნებში. ასეთ კომპანიებს ენიჭებათ ფართო უფლებები მეურნეობის სხვადასხვა დარგებში, რამაც ქვეყნის ეკონომიკური განვითარება უნდა უზრუნველყოს.<sup>5</sup>

3 ჟვანია ვ., (1960), „ჭიათურის კონცესია და ჰარიმანის ეკონომიკური დიპლომატიის დამარცხება“, ჟურნალი „დროშა“, 1960წ. №2, გვ. 15

4 European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (2012 MAY) „EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONCESSION/PPP LAWS ASSESSMENT 2011 COVER ANALYSIS REPORT FINAL REPORT MAY 2012“, P.65, <<https://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppreport.pdf>> [ბოლო ნახვის თარიღი: 10 სექტემბერი, 2022]

5 სუხიშვილი ზ., (2015), „კონცესიის საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ასპექტები“, სადისერტაციო ნაშრომი, გვ. 40, სტუ

### თავი III.

საკონცესიო კანონმდებლობის შექმნის ან დახვეწის თვალსაზრისით საბაზო დოკუმენტებს წარმოადგენენ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის (UNCITRAL) საკანონმდებლო სახელმძღვანელო, ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის (OECD) საკონცესიო კანონმდებლობის ძირითადი ელემენტები და თანამედროვე საკონცესიო კანონმდებლობის შესახებ ევროპის რეკონსტრუქციისა და განვითარების ბანკის (EBRD) ძირითადი პრინციპები, რომლებიც არიან მსოფლიოში აღიარებული და მრავალ ქვეყანაში უკვე რეალიზებული საერთაშორისოსამართლებრივი საფუძვლები. ამ დოკუმენტებით ჩაეყარა საფუძველი თანამედროვე კანონმდებლობის შექმნას და დღემდე ხორციელდება მათი განახლება.

ამ ორგანიზაციებს ახლაც დიდი წვლილი შეაქვთ კონცესიის, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის, განვითარების საქმეში და ზოგადად შევეხები მათი მოღვაწეობის შედეგად შექმნილ ზემოაღნიშნულ დოკუმენტებს.

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიამ (UNCITRAL) 2000 წლის ივნისში მიიღო „კერძო წყაროებიდან დასაფინანსებელი ინფრასტრუქტურული პროექტების შესახებ საკანონმდებლო სახელმძღვანელო“, ე.წ. „საკანონმდებლო სახელმძღვანელო“, რომელიც წევრი ქვეყნების მთავრობებს დახმარებას გაუწევს საკანონმდებლო სტრუქტურისა და კერძო ინფრასტრუქტურული პროექტების დაფინანსებისათვის ხელსაყრელი პირობების შექმნაში.

UNCITRAL-ის „საკანონმდებლო სახელმძღვანელო“ ეხება არამართო ინფრასტრუქტურულ პროექტებს, არამედ ბუნებრივი რესურსებით სარგებლობის საკითხებსაც და კონცენტრირებულია კანონმდებლობის არსებით თავისებურებებზე.

მასში ძირითადი ყურადღება გამახვილებულია საკონცესიო ხელშეკრულების დადების წესზე. მის სტრუქტურაში მოცემულია საკონცესიო შეთანხმების დადების ორგანიზაციული ხასიათის ათეულობით რეკომენ-

დაცია, რომლებიც შინაარსობრივად არის დაჯგუფებული.<sup>6</sup>

თუ ჩვენ „საკანონმდებლო სახელმძღვანელოს“ გავაანალიზებთ კონცესიის იმანენტურობის ძებნისა და ამოცნობის თვალსაზრისით, გამოჩნდება, რომ კონცესია თავისი სამართლებრივი ბუნებით გულისხმობს სწორედ უფლების და არა ქონების გადაცემას ან დათმობას.

მაგალითად, ერთ-ერთი რეკომენდაციით შეზღუდულია კონცესიონერის ნება, რომ სახელმწიფოსაგან გადაცემული უფლება დაუთმოს მესამე პირს სახელმწიფოს თანხმობის გარეშე. აქაც საუბარია უფლების და არა ქონების დათმობაზე. აგრეთვე, ინფრასტრუქტურული ობიექტის ექსპლუატაციის რეკომენდებულ წესებში ჩანს უფლებების და არა ქონების გადაცემის შინაარსი.

ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის (OECD), სტამბოლის საფონდო ბირჟისა (ISE) და საინფორმაციო მომსახურების ქსელის (NIS) ექსპერტთა ჯგუფის მიერ შემუშავდა OECD-ს საკონცესიო კანონმდებლობის „ძირითად ელემენტები“.

მასში საკანონმდებლო ენაზე არის ასახული საკონცესიო შეთანხმების შესახებ თანამედროვე კანონის შექმნის სახელმძღვანელო პრინციპები და მოწინავე საერთაშორისო პრაქტიკის ფონზეა გადმოცემული ამ პრინციპების კომენტარები, რომლებიც ფაქტიურად წარმოადგენენ ევროპის კავშირის კანონმდებლობის შესაბამის კანონის მოდელს. ისინი გადმოცემულია იურიდიული პირობების სახით, რომლებიც ეროვნულ კანონმდებლობაში შეიძლება გამოყენებულ იქნას.

„ძირითად ელემენტებში“ ჩვენთვის საინტერესოს წარმოადგენს საკონცესიო შეთანხმების შესახებ კანონმდებლობის ჰარმონიზაციისა და კონცესიის შესახებ ტერმინოლოგიისადმი საერთო მიდგომის საკითხები, რომელთა გაანალიზება და განსჯაც მიგვიყვანს იმ დასკვნამდე, რომ კონცესია არის უფლების და არა ქონების გადაცემა.

6 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL, 2020, renewed), „Legislative Guide on Public-Private Partnerships“, <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872\\_ebook\\_final.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf)> [ბოლო ნახვის თარიღი: 10 სექტემბერი, 2022]

ევროპის რეკონსტრუქციისა და განვითარების ბანკმა (EBRD), რომლის მიზანი და დაინშნულება იყო ბანკის მოქმედების ქვეყნებში თანამედროვე პრინციპების გამოკვეთა და პროპაგანდა, 2005 წელს შეიმუშავა „თანამედროვე საკონცესიო კანონმდებლობის ძირითადი პრინციპები“.<sup>7</sup>

EBRD-ის „ძირითადი პრინციპები“ დაფუძნებულია საერთაშორისოდ აღიარებულ საკვანძო სტანდარტებზე, მონინავე პრაქტიკაზე, რეგიონულ კვლევებზე, სექტორების გამოკვლევებსა და შეფასებებზე; აგრეთვე, კერძო წყაროებიდან დასაფინანსებელი ინფრასტრუქტურული პროექტების შესახებ UNCITRAL-ის საკანონმდებლო ტიპურ დებულებებზე.

EBRD-ის „ძირითადი პრინციპებიდან“ ჩვენთვის საინტერესოს წარმოადგენს საკონცესიო კანონმდებლობის ქვეყნის სამართლებრივ სისტემასა და ცალკეულ კანონებთან შესაბამისობის პრინციპები.

იგი გულისხმობს, რომ კანონის ნორმები უნდა შეესაბამებოდეს ქვეყნის სამართალს, საერთო სტრუქტურასა და სპეციალურ კანონმდებლობას, რომელიც აუცილებელია იმის უზრუნველსაყოფად, რომ კანონმდებლობის ცალკეული ნაწილები არ ეწინააღმდეგებოდნენ ერთმანეთს, ხოლო ინდივიდუალური აქტების გამოყენება იყოს მაქსიმალურად გასაგები.<sup>8</sup>

ზემოაღნიშნული დოკუმენტების გარდა, სამართლის მეცნიერებაში არსებობს საინტერესო სამეცნიერო ნაშრომები და მოსაზრებები კონცესიის შესახებ.

### თავი IV.

კონცესია, თავისი სამართლებრივი ბუნებით შეიძლება იყოს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი, კერძოსამართლებრივი ან შერეული.

7 European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (1991) „Core principles for a modern concession law (MCL)“, – <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/mcl.pdf>, (last view: 10.09.2022)

8 სუხიშვილი ზ., (2014), „საკონცესიო კანონმდებლობის შექმნის საფუძვლები“, ჟურნალი „ინტელექტუალი“, №27.

კონცესია, როგორც ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, განიხილებოდა შვეიცარულ-გერმანული დოქტრინით, რომლის მიმდევრებიც თვლიან, რომ კონცესია არის სახელმწიფოს უმაღლესი უფლების გამოვლინება, არ მომდინარეობს სამოქალაქო სფეროდან და მას ვერ ექნება ხელშეკრულების მნიშვნელობა.

კონცესიის ხელშეკრულებითი თეორია განვითარდა საფრანგეთში, სადაც იგი განიხილებოდა, როგორც ადმინისტრაციული ხელშეკრულება. ვინაიდან, საქმე ეხებოდა ქონებრივ ინტერესებს, საკონცესიო ურთიერთობა წესრიგდებოდა სამოქალაქო და საჯარო სამართლის საწყისებით. კონცესიონერი არ იყო რა საჯარო მოხელე, მას ხელშეკრულების საფუძველზე გადაეცემოდა საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების უფლება.

კონცესიის, როგორც შერეული აქტის საფუძვლები, მომდინარეობს მსჯელობიდან, რომლის მიხედვით იგი არის ადმინისტრაციული აქტისა და სამოქალაქო ხელშეკრულების ერთობა. ლატვიაში წარმოშობილი, ასეთი კომპლექსური მიდგომის, თეორიის პრობლემად დღემდე რჩება საკონცესიო ურთიერთობის მოწესრიგების მეთოდების საკითხები.<sup>9</sup>

ყოველივე ზემოაღნიშნული ექსკურსის შემდეგ ადვილი გახდება საქართველოში დღეს მოქმედი კანონმდებლობის დანახვა და შეფასება.

### თავი V.

საქართველოს დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდეგ, დაიწყო რა ქვეყნის ახალი კანონმდებლობის შექმნა, საკონცესიო ურთიერთობების მოწესრიგდა „საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და კომპანიებისათვის კონცესიის გაცემის წესის შესახებ“ საქართველოს 1994 წლის 21 დეკემბრის კანონით, რომლითაც განსაზღვრული იყო, რომ „კონცესია აჩის უცხოური კაპიტალის დაბანდების (ინვესტიციის) მიზნით სახელმწიფოს მიერ გაფორმებული

9 სუხიშვილი ზ., (2015), „კონცესიის საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ასპექტები“, სადისერტაციო ნაშრომი, გვ. 61, სტუ.



გხდევადიანი საიჯაჰო ხელშეკრულება განახლებადი და განუახლებადი ბუნებრივი რესურსების ექსპლუატაციისა და მასთან დაკავშირებულ სხვა სამეუხნეო საქმიანობაზე“.

გამოკვეთილი იყო ინვესტიციის დაბანდების მიზანი და საკონცესიო ურთიერთობა განისაზღვრა, როგორც კერძოსამართლებრივი ხასიათის – „საიჯარო ხელშეკრულება“, ხოლო „ლიცენზიებისა და ნებართვების შესახებ“ საქართველოს კანონით საკონცესიო ხელშეკრულების დადებისათვის საჭირო იყო უფლებამოსილი ადმინისტრაციული ორგანოს ნებართვა.

თუ სამოქალაქოსამართლებრივი ინსტიტუტის გზით – იჯარის ფორმით უნდა მომხდარიყო ქონების (ბუნებრივი რესურსების) გადაცემა, მაშ, რა საჭირო იყო საკონცესიო კანონმდებლობის ცალკე არსებობა?

იჯარისაგან კონცესია განსხვავდება მხოლოდ მისთვის დამახასიათებელი ნიშნებით: საკონცესიო ურთიერთობის ერთ-ერთი მხარე ყოველთვის არის სახელმწიფო; კონცესიის ობიექტი შეიძლება იყოს მხოლოდ სახელმწიფო საკუთრება; კონცესიის ობიექტი შეიძლება იყოს კონცესიონერისათვის სახელმწიფოს განსაკუთრებული უფლების გადაცემა და კონცესიონერი ვერ გახდება გადაცემული ქონების მესაკუთრე. ეს ჩამონათვალი სრული არ არის და შესაძლებელია სხვა ნიშნების გამოკვეთაც.

უპირობოდ, კონცესიის მთავარ განმასხვავებელ ნიშნად რჩება მისი საჯარო-სამართლებრივი მოტივები, ელემენტები და პირობები. პირველ რიგში, ეს არის საკონცესიო სამართალურთიერთობის წარმოშობის განსაკუთრებული საფუძველი, რომელიც ვერ იქნება სამოქალაქოსამართლებრივი გარიგება.

აგრეთვე, კონცესიის იჯარისაგან განმასხვავებელი ერთ-ერთი მთავარი ნიშანია ის, რომ საკონცესიო ხელშეკრულების დასადავებად საჭიროა სახელისუფლებო აქტი (iure imperii), ხოლო სახელმწიფო ქონებაზე საიჯარო ხელშეკრულების დასადავებად საკმარისია სახელმწიფო ნების გამოვლინება სამოქალაქოსამართლებრივი გარიგების (acta iure gestionis) ფორმით.<sup>10</sup>

კონცესიის შემთხვევაში ხდება უფლების და არა ქონების გადაცემა, ამიტომ ზემოაღნიშნულ კანონში კონცესიის განმარტება აცდენილი იყო მის ნამდვილ შინაარსს.

თუ 1994 წელს საქართველოში იყო ინფორმაციის ნაკლებობა კონცესიის სამართლებრივი ბუნების შესახებ, 2018 წელს ახალი კანონის შემუშავებისას, დეტალურად უნდა გაანალიზებულიყო და განსაზღვრულიყო კონცესიის კანონისეული დეფინიცია.

ამასთანავე, საქართველოში საერთაშორისო კერძო სამართლის, როგორც სამართლის ახალი დარგის, სპეციალისტების გამოჩენამ და კონცესიის შესახებ მათმა ნაშრომებმა მეტი ინფორმაციული გარემო შექმნეს და მათი ჩართულობაც წაადგებოდა საქმეს. აგრეთვე, არსებობს უცხოელ იურისტთა სამეცნიერო ნაშრომები კონცესიის, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის დახასიათების თაობაზე.

თეორიული თვალსაზრისით, სამართლის მეცნიერებაში უკვე ნათელ დოქტრინად არის ჩამოყალიბებული ის აზრი, რომ კონცესია არის სახელმწიფოს მიერ უფლების და არა ქონების გადაცემა და წარმოადგენს დამოუკიდებელ სამართლებრივ ინსტიტუტს. სამართლის ოჯახების მიხედვით, კონცესია შეიძლება იყოს ადმინისტრაციულსამართლებრივი ან სამოქალაქოსამართლებრივი ბუნების, ხოლო საერთო სამართლის ქვეყნებში, სადაც არ არსებობს სამართლის კერძო და საჯარო სამართლად დაყოფა, კონცესია და საკონცესიო ხელშეკრულებაც კერძოსამართლებრივი ურთიერთობებია.

რაც შეეხება პრაქტიკას, ე.ი. კონცესიის შესახებ მოქმედ პოზიტიურ სამართალს საქართველოში:

უახლოეს წარსულში ქვეყნების უმრავლესობა კონცესიის საკითხებს აწესრიგებდა ეროვნული კანონის მეშვეობით და ფართო გაგებით, საჯარო-კერძო პარტნიორობის საკითხი რჩებოდა სამართლის ზოგადი სტრუქტურისა და სახელმწიფო პოლიტიკის სფეროში. შემდეგ მდგომარეობა შეიცვალა და გამოიკვეთა ახალი ტენდენციები. მრავალმა ქვეყანამ დაიწყო საჯარო-კერძო პარტნი-

10 სუბიშვილი ზ., (2015), „კონცესიის საერთაშორისო

სო კერძოსამართლებრივი ასპექტები“, სადისერტაციო ნაშრომი, გვ. 79, სტუ

ორობის შესახებ ახალი ცალკე კანონების შექმნა, რომლებშიც კონცესია წარმოდგენილია როგორც საჯარო-კერძო პარტნიორობის ერთ-ერთი ფორმა.

„საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს 2018 წლის 4 მაისის კანონით, გაუქმდა „საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და კომპანიებისათვის კონცესიის გაცემის წესის შესახებ“ საქართველოს 1994 წლის 21 დეკემბრის ზემოაღნიშნული კანონი და ახლებურად განისაზღვრა კონცესიის დეფინიცია.

იყო მოლოდინი, რომ ახალი კანონი გამოსწორებდა ვითარებას, მაგრამ ამ შემთხვევაშიც ვერ მოხერხდა ესოდენ მნიშვნელოვანი და აქტუალური სამართლებრივი ინსტიტუტის – კონცესიის ნამდვილი სამართლებრივი ბუნების საკანონმდებლო დეფინიციის განსაზღვრა. პირიქით, მოხდა მისი ნიველირება და ისევ აცდენა მისი ნამდვილი შინაარსიდან.

თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ახალ კანონში საკონცესიო კანონმდებლობის შექმნისა და დახვეწისათვის განსაზღვრული თანამედროვე მიდგომები გათვალისწინებულია და შემოთავაზებულია სიახლეებიც, მაგრამ ჩვენი ინტერესისა და მსჯელობის საგანს წარმოადგენს კონცესიის სამართლებრივი ბუნების აკადემიური საკანონმდებლო განსაზღვრება.

2018 წლის ახალ კანონში წარმოდგენილია კონცესიის „განახლებული“ დეფინიცია, რომლის თანახმად, იგი არის „საჯარო და კერძო თანამშრომლობა, ხომდის *ღმოსაც კონცესიის ხედშეკიდების საფუძველზე კონცესიონერი მის მიერ გაწეული საჯარო მომსახურების სანაცვლოდ ანაზღაურებას პიხდაპიხ ან იხიბად იღებს საბოლოო მომხმარებლისაგან ან საჯარო პატივისცემისა და საბოლოო მომხმარებლისაგან და ხომდის ფაქტებშიც კონცესიონერი საკუთარ თავზე იღებს მნიშვნელოვან საოპერაციო ხისკს, ხომდისც მოიცავს მოთხოვნის ხისკს ანდა მიწოდების ხისკს“.*

დადებითი ელემენტია, რომ საკანონმდებლო ჩანაწერით აღიარებულ იქნა კონცესია, როგორც საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ერთ-ერთი სახე და რომ ეს ურთიერთობა არის საჯარო მომსახურების გაწევის მიზნით. მაშასადამე, არის თანამშრომლობა იმის შესახებ, რომ სახელმწიფოს ნაცვლად საქმი-

ანობა განახორციელოს კერძო სექტორმა, სავალდებულო საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით.

დეფინიციის ტექსტში გვერდი აქვს ავლილი კონცესიის იმანენტურობის განმსაზღვრელ მთავარ სიტყვებს და გრძელდება იმით, რომ იგი არის საჯარო მომსახურების სახე. შემდეგ, ყურადღება ეთმობა კონცესიონერისათვის ანაზღაურების წესსა და კონცესიონერის მიერ თავის თავზე საოპერაციო რისკების აღების საკითხებს, რაც ხელშეკრულების საგანია და არა კონცესიის საკანონმდებლო დეფინიციისა.

ზემოაღნიშნული საკანონმდებლო განსაზღვრება ამბობს, რომ კონცესია არის საჯარო-კერძო პარტნიორობა ხელშეკრულების საფუძველზე, საჯარო მომსახურების სფეროში და ამ მომსახურებისათვის კონცესიონერი იღებს ანაზღაურებას, რაც არის ძალზე ზოგადი და გაურკვეველი. იგივეს გვეუბნება ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულება არის „*ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით ფიზიკურ ან იურიდიულ პიხთან, აგხეთვე სხვა ადმინისტრაციულ ორგანოსთან დადებული სამოქალაქო-სამაჩთებრივი ხედშეკიდება“.* თუ სად გადის ზღვარი ამ ორ მოცემულობას შორის, ცალკე მსჯელობის საგანია. სამართლის ოჯახებისა და ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით კონცესია შეიძლება იყოს, როგორც საჯარო, ისე კერძოსამართლებრივი ხასიათის.

კონცესიის კანონისეულ დეფინიციაში არ არის მოცემული მისი იურიდიული ბუნების დამახასიათებელი მთავარი სიტყვები ისე, როგორც ეს წარმოდგენილია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში სხვა სამართლებრივი ინსტიტუტებისათვის. მაგალითად, საკუთრების მინდობის შემთხვევაში მიმდობი ქონებას სამართავად გადასცემს მინდობილ მესაკუთრეს, ჩუქებისას – ნივთი საკუთრებაში გადაეცემა, ქირაობისას – ნივთი სარგებლობაში გადაეცემა, ლიზინგისას – სარგებლობაში გადაეცემა ქონება მისი შესყიდვის უფლებით, იჯარისას – დროებით სარგებლობაში გადაეცემა ქონება ნაყოფის მიღების შესაძლებლობით. მათი ცხოვრებაში რეა-



ლიზება კი ხორციელდება შესაბამისი ხელშეკრულებებით.

საკანონმდებლო სივრცეში ამჯერადაც გაურკვეველი დარჩა კონცესიის, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის ჯეროვანი დეფინიცია და იურიდიული ბუნების დახასიათება.

## თავი VI.

კონცესიაზე საუბრისას ძალზედ მნიშვნელოვანია იმის გამიჯვნა, რომ კონცესია არის სამართლებრივი ინსტიტუტი, კონკრეტული საზოგადოებრივი ურთიერთობის მომწესრიგებელი ფორმულით, ხოლო საკონცესიო ხელშეკრულება ამ ურთიერთობის ცხოვრებაში რეალიზების საშუალება. მათი შინაარსის აღრევა ან გაიგივება ყოვლად დაუშვებელია და მრავალ პრობლემას წარმოშობს.

ახალი კანონის დეფინიციაში ყოვლად გაუგებარია, თუ რატომ არის კონცესიის დეფინიციაში შერეული ისეთი სახელშეკრულებო პირობები, როგორცაა კონცესიონერისათვის გადახდის წესი და კონტრაქტის ერთ-ერთი ვალდებულება – საოპერაციო რისკების თავის თავზე აღება.

კონცესიისა და საკონცესიო ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნების გამიჯვნას, თეორიული მოწესრიგებულობის გარდა, აქვს არსებითი პრაქტიკული მნიშვნელობა, რადგან საჯარო და კერძოსამართლებრივი მექანიზმები სხვადასხვა საკანონმდებლო გზაზე გადის და განსხვავებულად წესრიგდება მხარეთა უფლება-მოვალეობები, დაცვის საკანონმდებლო გარანტიები, სასამართლო განსჯადობა და დავის სხვა ქვეყანაში განხილვის შესაძლებლობები.

კონცესიის ხელშეკრულება, როგორც საკონცესიო ურთიერთობის გამოხატვისა და რეალიზების ფორმა, კონსენსუალური, კონკრეტული ვადის მქონე, მხარეთათვის ანაზღაურებადი და ორმხრივი ხელშეკრულებაა. ითვალისწინებს ორი მხარის მიერ შესაბამისი უფლებებისა და მოვალეობების არსებობას, ასევე, აღნიშნული ხელშეკრულების დადებისთვის მხარეთა ნებას. კონცესიის ხელშეკრულება თავისი არსით განსხვავდება სხვა სამართლებრივი ინსტიტუტების ხელშეკრულებებისაგან.

ურთიერთდამოკიდებულების ხარისხი საჯარო და კერძო მხარეთა – სახელმწიფოსა და კონცესიონერს, შორის საკონცესიო ურთიერთობისას გაცილებით მაღალია, ვიდრე სხვა სახის სამართლებრივი ან სახელშეკრულებო ურთიერთობისას. კონცესიის ხელშეკრულება გავლენას ახდენს როგორც საჯარო, ისე კერძო ინტერესებზე.<sup>11</sup>

## დასკვნა

საქართველოს კანონმდებლობაში დღემდე პრობლემად რჩება კონცესიის ნამდვილი შინაარსისა და სამართლებრივი ბუნების განსაზღვრის საკითხი. უკვე მეორე საკანონმდებლო ცვლილების მიუხედავად, ვერ მოხერხდა კონცესიის იურიდიული ბუნების გააზრება, თანამედროვე დოქტრინებისა და კონცეფციების შეჯერება, რასაც სწორ და აკადემიურ საკანონმდებლო განსაზღვრებამდე უნდა მივყავანეთ.

საქართველოში კონცესიის პერიპეტიების დასრულებისა და კონცესიის კანონისეული დეფინიციის აკადემიურად განსაზღვრის მიზნით, კანონმდებელმა უნდა გაითვალისწინოს, რომ კონცესია არის ისეთი უფლების გადაცემა, რომლითაც კონცესიონერმა სახელმწიფოს ნაცვლად უნდა განახორციელოს ის საქმიანობა, რაც გამომდინარეობს სახელმწიფოს ექსკლუზიური, პრივილეგირებული და სავალდებულოდ შესასრულებელი ფუნქციებიდან. ეს ის სახელმწიფო ფუნქციებია, რომლებიც ასახულია სამართლის თეორიასა, თუ სახელმწიფო სამართალში და რომელთა შესრულებას თავს ვერ აარიდებს სახელმწიფო. ვერ განერიდება ვერც პრივატიზების და ვერც კერძოსამართლებრივი გარიგების გზით.

თვით სიტყვა „კონცესია“ (concessio) ძველი ლათინური სიტყვაა და ნებართვას, დათმობას ნიშნავს. კონცესიისას სახელმწიფოს მიერ კონცესიონერს გადაეცემა ბუნებრივი რესურსების დამუშავების, ინფრასტრუქტურის ექსპლოატაციის, სტრატეგიული ობიექტების

11 ხატიძე გ., (2022), „საჯარო-კერძო პარტნიორობის უზრუნველყოფის სამართლებრივი საშუალებები“, თბილისი, წიგნის გამომცემელი „ბონა კაუზა“.

მართვის ან სხვა საჯარო საქმიანობის წარმართვის უფლება და არა შესაბამისი ქონება.

კონცესიის ქვეშ მოიაზრება აქტი, რომლის საშუალებითაც სახელმწიფო კერძო პირს აღჭურავს უფლებით – მონაწილეობა მიიღოს მეურნეობის სფეროში ზოგიერთი მისი ფუნქციის განხორციელებაში. ამასთან, კონცესიონერი იმყოფება უფრო პრივილეგირებულ მდგომარეობაში, ვიდრე ეკონომიკური ბრუნვის სხვა მონაწილე. კონცესია შეიძლება გაიცეს, როგორც სახელმწიფოს ცალმხრივი აქტის, ისე კონცესიონერთან დადებული ხელშეკრულების ფორმით.

კონცესიონერს გადაეცემა არა ქონება, როგორც ასეთი, არამედ ქონების სარგებლობის უფლება ან ქონებით სარგებლობის განსაკუთრებული უფლება. კონცესიის საგანი უნდა იყოს კონცესიონერისათვის სახელმწიფოს განსაკუთრებული უფლების გადაცემა.<sup>12</sup>

დასასრულს უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს კანონმდებლობაში კონცესიის საკანონმდებლო დეფინიციის ახლებურად ჩამოყალიბებისას არ უნდა დაირღვეს ის კლასიკური სქემა, რომლის მიხედვით, ჯერ წარმოიშობა იდეა, შემდეგ იქცევა დოქტრინად, ხდება მისი გაზიარება და მსჯელობა აკადემიურ წრეებში, მოჰყვება მათი უმრავლესობის აღიარება, იქცევა მზა იურიდიულ ფორმულად ან მექანიზმად და ბოლოს, საჭიროების შემთხვევაში, სახელმწიფო იღებს კანონის სახით. ამ გზით მიღებული კანონები დიდხანს რჩებიან ქვეყნის ცხოვრებაში, ჯეროვნად ემსახურებიან საზოგადოებრივი ურთიერთობების მოწესრიგებას, სახელმწიფოს ეკონომიკურ ინტერესებს და არ საჭიროებენ ხშირ ცვლილებას.

12 სუხიშვილი ზ., (2014), „კონცესიისა და საკონცესიო ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნება“, ჟურნალი „ინტელექტუალი“, №27.

# SEDIMENT (ALLUVIUM) DEPOSITED BY A RIVER AS A MEANS OF ACQUIRING PROPERTY RIGHTS IN ROMAN AND ANCIENT GEORGIAN LAW

Ana Tsignadze

*PhD student of the TSU Law Faculty, Assistant at TSU Faculty of Law*

KEYWORDS: Ownership Acquisition, Sediment, Mineral

## ABSTRACT

The article discusses sediment as one of the sources of acquisition of property rights in Roman and ancient Georgian law. Even Roman jurists drew attention to the fact that the flow of the river sometimes led to an increase or decrease in land plots adjacent to the channel. The article examines the rules related to sediment in Roman law and Georgian feudal law, based on the analysis of which the types of sediment were distinguished, in the form of insignificant increase of land over time. Attention is also focused on the scope of the right, which was extended to the land that arose on river's bottom as a result of the drying of its bed. Research has shown that under Roman law, the rights of owners of land adjoining a river depended entirely on where the land was split, whether in the middle or closer to either bank, due to the fact that the river flooded the other side. Based on the comparative analysis of Roman law and ancient Georgian law, the fundamental difference between their approaches was highlighted. The national law shows more conservatism when regulating the legal relationship arising due to the change of the river bed, which is also emphasized in the article. Due to the scarcity of the legal base on sediment, in order to achieve the goal of the research, using the analogy of the law, the rules for obtaining ownership rights to minerals are discussed, since it is closest to sediment.

## INTRODUCTION

The article is the first attempt to study the “Monalekh” (sand from sea or river) to acquire property rights in ancient Georgian law, which makes this issue relevant. The research subject of the article is the types of precipitation and their accompanying legal consequences. The research was carried out in Roman and ancient Georgian law, using the method of comparative legal analysis. The task of the research is to determine the common and distinguishing features of these two legal systems regarding rainfall. The difficulty of the research was due to the lack of primary sources, as well as secondary and tertiary sources in the old Georgian law, which is why we used the analogy of the law – through the acquisition of property rights to minerals.

### 1. LEGAL CHARACTERIZATION OF PRECIPITATION

Roman law is the most important source for the study of the legal character of the “Monalekh” because it clearly states what the “Monalekh” means and what kind of legal relations it creates.

The Romans believed that if a river cut through its bed during a long flood, it became public property.<sup>1</sup> Public property was the common “property” of individuals, and they could proportionately benefit from this property.<sup>2</sup> The Romans distinguished a public good, a property over which the right of ownership can be extended, from a good that cannot be owned by its very nature.<sup>3</sup> Roman law considered things common to natural law as such – “air, running water, sea and, therefore, the seashore”.<sup>4</sup> The latter is no one’s property; every-

one can enjoy its bounty just like the sea.<sup>5</sup> Nor could the land and sand under the sea become an object of ownership.<sup>6</sup> However, as the river left its old bed, its bottom became the property of the owners of the land on the river bank.<sup>7</sup> As noted in the Institutions of Justinian, the owners of this contiguous plot would acquire the right “in proportion to the length of the bank belonging to each plot”, and the newly cut bed would again be subject to public law.<sup>8</sup> Accordingly, if the river were to return to its previous bed, the previous legal regime would apply to the new, dry bed.

River flooding was especially beneficial in areas where agriculture depended entirely on irrigation. For example, in Egypt, the overflowing Nile overflowed its banks, enriching the soil with sediments in addition to water. That is why the Egyptians referred to their country as the “black land” – in Egyptian “Kemet”.<sup>9</sup>

### 2. TYPES OF PRECIPITATION

According to the institutions of Justinian and Gaius, the alluvium is the land that water has added to the land in the form of additional land in such a way<sup>10</sup> that the time of addition cannot be determined.<sup>11</sup> Roman law was in a way faced with the question of acquiring the right to increase ownership of land, regardless of whether the increase of land happened gradually or all at once. If a part of the land was torn away by the river at once and it was attached to the neighboring land, it would still be considered a constituent part of

1 Dernburg G., (1956), *Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2.* St. Petersburg: University Printing house 101.

2 Kereselidze D., (2009). *The most General Systematic Concepts of Private Law.* Tbilisi: Ashsi, 227. Sead. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 1887, #146, 468.*

3 *Ibid.*

4 *Digests of Justinian, Monuments of Roman Law, Introductory Constitutions, Book One, Book Two.* (2012). Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: TSU Publishing House, 109.

5 *Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law.* Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: Meridian, 53.

6 *Ibid.*

7 Dernburg G., (1956), *Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2.* St. Petersburg: University Printing House 102.

8 *Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law.* Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57-58.

9 Garishvili M., Khoferia M., (2014). *History of the Law of Foreign Countries.* Tbilisi: Meridian, 36.

10 *Institutions of Justinian, (2014). Monuments of Roman Law, Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary).* Tbilisi: Meridian, 57.

11 *Gaius Institutions, (2011). Monuments of Roman Law.* Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: University Publishing House, 70.

this plot.<sup>12</sup> This concerned the increase, not along the entire coast, but in separate places on the shore, also in the form of a cape.<sup>13</sup> According to the institutions of Gaius, according to natural law, the right of the owner of the land immediately extends to such an increase,<sup>14</sup> while the institutions of Justinian, at the same time, consider it important that the increase of land that has been cut off should remain as long as possible with the land of others, so that if trees were planted on the piece of land.<sup>15</sup>

Therefore, when a river bank is cut off by the flow of a river or other processes and added to someone's land, the origin of the right of ownership over the cut-off part is determined by how it is added to another person's land.<sup>16</sup> Here it is important how firmly the torn land was fixed where the river pushed it.<sup>17</sup> According to M. Bartoshek's definition, avulsion, i.e., the ownership right to a piece of land cut off by the flow of a river arose only after the final connection,<sup>18</sup> for example, if the places of their connection were covered with common vegetation or, as already mentioned, the tree on the connected land took root in this soil as well.<sup>19</sup>

The plot to which the soil was added in the form of precipitation became a similar part of what was added.<sup>20</sup> In the sixth book of Justinian's Digests, it is indicated that in a lawsuit related

to a plot of land, if there was a demand for such land, this requirement was transferred to the additional land as well.<sup>21</sup> The main plot of land, together with the alluvial land, was considered as one whole plot.

Roman law discusses the river and the island in the sea. The formation of the island may have occurred by bringing land detached from elsewhere in the river bed or lowering the bed. An island formed in the middle of a river, according to Roman law, became the co-ownership of the owners of the adjacent land plots on both sides of the river.<sup>22</sup> If the island is not in the middle, but closer to some shore, then it belongs to the person who owns the coastal land,<sup>23</sup> and "if the river divides somewhere and then joins again below, making someone's land an island, that land belongs to that person", to whom it belonged before.<sup>24</sup>

The owner of the land would also gain ownership of the things that the river washed onto his land,<sup>25</sup> for example, firewood and building materials. The rights of the neighbors of the coast on the rise of the rivers were determined by the law and did not require possession.<sup>26</sup>

Thus, the dry bed and the river island are considered to be independent land parcels, in contrast to alluvial and avulso, which are considered to be constituent parts of raised riparian parcels. Accordingly, different regimes of acquisition of ownership rights were in effect for these items. The same norms are applied on the coastline of the island as on the shore of terrestrial rivers.

12 Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57.  
 13 Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: University Printing house 102.  
 14 Gaius Institutions, (2011). Monuments of Roman Law Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: University Publishing House, 70.  
 15 Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law, Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: Meridian, 57.  
 16 Pukhta G.F., (1874). Course of Roman City Law, Printing House "Modern. Izv.", 432.  
 17 Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: University Printing House 102.  
 18 Bartoshek, M., (1989). Roman Law, Concepts, Terms, Definitions. Moscow: Legal Literature, 54.  
 19 Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: University Printing House, 102.  
 20 Digests of Justinian. (2014). Monuments of Roman Law, Book Six. Surguladze N., (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: TSU Publishing House, 144.

21 *Ibid.*  
 22 Gaius Institutions, (2011). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: University Publishing House, 71; Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: Meridian, 57.  
 23 *Ibid.*  
 24 Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57.  
 25 Kilasonia I., (2004). Property rights in Roman and ancient Georgian law. Kutaisi, 2004, 33. See García-Garido M.X. (2005). Roman Private Law, M., 351.  
 26 Dernburg G., (1956). Pandekty, Veschnoe pravo. T. 1, ch. 2. St.Petersburg: universitetskaya tipografiya, 103.



### 3. PRECIPITATION IN ANCIENT GEORGIAN LAW

#### 3.1. First information about precipitation

In the sources of ancient Georgian law and ethnographic materials, there is almost no information about the river's precipitation. However, the first reports about it can already be found in the works of foreign authors.

Strabo wrote that he had heard of gold mining in Svaneti: "It is said that the winter torrents bring gold, and the barbarians collect (gold) with pierced leaves and furred skins: hence the myth of the golden fleeced<sup>27</sup> ram."<sup>28</sup> He brings sand. The residents build shaggy sheepskins in the rivers and collect the sand that settles on them."<sup>29</sup>

The author of the 2nd century, Gaius Plinius, noted that the successor of the golden verse would be found in the rivers of "Svaneti and the state in general".<sup>30</sup>

The extraction of gold in the springs was associated with the flooding caused by the melting of the glaciers of the Enguri River, which had significant property consequences for the population living in Svaneti, and especially for the ruling class.

#### 3.2. Rules for acquiring ownership rights to sediment

Apart from the Vakhtang law book, none of the local monuments of the old Georgian law provide for legal norms regulating rainfall. Vakhtang law also discusses this issue within the framework of "water proteins", of which only one of the two constituent articles, Article 184, contains legal norms. The title of Article 185, "If a landslide were to tear you away", only reflects the desire of the judge to settle this issue legally, since no legal norms are included in this article at all. As I. Dolidze explains that no other manuscript of this law book contains its text.<sup>31</sup>

Sources of foreign law operating in Georgia, Georgian versions of Greek and Armenian law, fill this gap to a small extent. Here we note that the relevant norms of Greek law in the matter of precipitation are based on Roman law. Article 269 of the law "for the island of the sea and the river" includes several legal norms, for example, this version of the Greek law recognizes the right of occupation on the middle part of the island of the sea: "Whoever first catches an alag in that middle, that alag will be his and no one else has a hand."<sup>32</sup> It is noteworthy that the source does not say anything about other parts of the island, for example, the ownership of the coastline. We think that the issue of attribution of the island to "Shua Alagi" is completely inappropriate here because when the island was acquired,<sup>33</sup> with the right of occupation, the entire island became its appropriator.

One of the norms of Article 269 of the Georgian version of Greek law, like Justinian's institutions, also discusses the peculiarity of the river flow, which consists in dividing the bed into two parts. Based on this, he establishes a rule for assigning the place allocated during the natural flow of water in the middle of the river: "For those who have villages across and across, they should divide the

27 An anonymous author of the 2nd century BC believed that the Golden Fleece was a chemistry book written on sheepskin, in which the rules for obtaining gold by chemical means are given. According to Zarax of Pergamon, the method of gold writing mentioned in the etras was conveyed in the golden fleece. However, Strabo's report must be infallible, because the geographer's uncle, his mother's brother, also ruled Colchis for some time, and Strabo would have real information at hand. See. Chagunava R., (2006). Golden Fleece, Georgian Woman, No. 1-2, 39.

28 Essays on the history of Georgia, (1970). Georgia from Ancient Times to the 4<sup>th</sup> century AD. Melikishvili G. (Ed.). Tbilisi: Soviet Georgia, 324. Add. Strabo, XI, 2, 19.

29 Gamkrelidze G., Firtskhalava M., Kifiani G., (2005). Issues of the military history of ancient Georgia, Tbilisi: Artanuji, 6. Add. Appian, Wars of Mithridates, 103.

30 Gamkrelidze G., Firtskhalava M., Kifiani G., (2005). Issues of the military history of ancient Georgia, Tbilisi: Artanuji, 6. Add. NH, XXXIII.

31 Law of Batonishvili's Vakhtang, (1963). Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 527.

32 Greek Law, (1963). Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 190.

33 Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman law, Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57.

land between them” (269).<sup>34</sup> On the land of the middle belt of the river, its bordering villages, as independent legal entities, would acquire an equal share of ownership rights in the land. The basis for obtaining ownership rights is the location of the newly allocated land. Therefore, if the river covered this land with water again, the ownership rights of the villages would be terminated.

In the same article, the issue of obtaining the right is regulated in such a situation when the river flows from the bed of a village to the side of a village and because of this, the land is added to the bank of the other side. Greek law considers the new owner of such an increase to be the one to whose land a new plot of land has been added due to the change in the flow of water. The lawmaker explains that this right may be temporary, because “water has no faith, today it spilled over there, tomorrow it will spill over here.”<sup>35</sup> This nature of water is also taken into account by Vakhtang law, although it expresses the opposite view when determining the right. The first norm of Article 184 of its law is formulated in this way: “It will be and is created, the river water will dump the old flow, sometimes it flows there and sometimes here, and it is avoided, it is our water and what is left to me is mine.” But this will not change. When the mouth of this river has been built for generations, beyond or beyond, where there is no water at that time, and these villages are pressed to the mouth of that water, it must be held again.”<sup>36</sup>

The content of the norm shows that Vakhtang ignores the new situation caused by the change of the water bed and protects the property rights of the owners of the adjacent plots of the river in the exact limits within which been held by them “for generations”. In this case, two circumstances are the basis for the immutability of the border. The first reason is that these plots were inherited by the owners for a long time, and the legislator does not consider it appropriate to disrupt the

border between them due to natural events, and, on the other hand, due to the frequent changes in the river bed, it was not in the interests of the judicial authorities to consider the dispute that arose every time.

It should be noted here that throwing water without permission was prohibited and entailed punishment. According to the Bichvinti Yadgar, whoever hunted the water of Bichvinti without asking the Catholicos “for profit”, i.e. artificially changed the bed of the river, had to pay twenty thousand whites for the chair.<sup>37</sup>

#### 4. ANALOGY OF THE LAW – PROPERTY RIGHTS TO MINERALS

In the introduction of the work, we mentioned that we consider it permissible to argue that the acquisition of ownership rights to precious metals and other things mixed with sedimentary soil should be applied by analogy to the law, and the legal norms that were defined for obtaining ownership rights to minerals should be applied.

The law of Mkhitar Ghosh designates the king, queen, and sometimes princes as the owner of “exposed” rocks or other substances in any place, city, or village.<sup>38</sup> Gold and pearls belong to the king, and silver to the queen. If these precious stones were found in the kingdom, the king could give a share to the prince at his will, or at least take it himself; Copper, tin, iron, salt, Sabi, borax, kerosene, and pitch belonged to the princes, “by great grace and honor from the sovereign,” for which the princes had to express gratitude to the king.<sup>39</sup> This gratitude was probably expressed in giving a share to the king. The use and trade of sulfur, frankincense, Gunda, Jaoz and other such substances were allowed for everyone. It is also mentioned here that they can “yatistaon”, that

34 Greek Law, (1963). Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.). Tbilisi, 190.

35 Greek Law, (1963). Collection of law books of Vakhtang VI, Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.). Tbilisi, 190.

36 Law of Batonishvili’s Vakhtang, (1963). Collection of law books of Vakhtang VI, Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 527.

37 Yadgar of Bichvinti [1525-1550], (1965). II, Dolidze Is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary). Tbilisi: Science, 182.

38 Law Moses, (1963). Mkhitar Ghosh Law Version, Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, i. Dolidze (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 289.

39 Law Moses, (1963). Mkhitar Ghosh Law Version, Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, i. Dolidze (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 290.

is, they can determine a tithe as a value during the trade.

Among these properties, the named pearl is found only in the sea or on the seashore. Unlike Roman law, according to which precious stones and pearls found on the seashore immediately became the property of the finder based on natural law,<sup>40</sup> under feudal law only the main owner of the country, the king, had the right to own them.

According to the judgments of Ioane Batonishvili, the mining of minerals should be carried out either by the king at his own expense or leased. The received ore, be it gold, silver, or copper, had to be divided in half, and the cost of the workers had to be borne by the tenant.<sup>41</sup>

Income from minerals was important for the rulers of individual kingdoms. One of the first requests of Solomon II to the Russian emperor was that the king should not be left without a share of all ore mined and processed in Imereti – be it gold, silver or any other.<sup>42</sup>

## 5. INFLUENCE OF CLIMATE ON PRECIPITATION

Other primary sources about the “Monalekh” (sand from sea or river) are hardly found, and this topic has not been studied by researchers of the history of law. Scattered reports in the literature about gold content in sedimentary sands of rivers of Western Georgia – Rion, Tekhura, and Tshniskali, as well as in Kvemo Kartli, in the beds of the Mashavera River, are insufficient to study the issue. Therefore, first of all, it is necessary to find out why legislators paid so little attention to the issue of land precipitation regulation and why customs of a corresponding nature were not de-

veloped in a country rich in rivers. In this regard, attention should also be paid to the following circumstances: the frequency of rainfall, volume and nature of rivers, and whether these environmental factors created the necessity, at least by customary law to fill the scarce legislative space on the river bank land.

It is established that torrential rains in the territory of Georgia, which are more local in nature, despite their short duration, caused considerable damage to the valleys of small rivers, for example, landslides often occurred in the territory of Tbilisi, as well as on the left banks of the Alazani River.<sup>43</sup> But the main importance of the flooding of large rivers was the long-term and large-area rainfall.<sup>44</sup> The area of flood-flood distribution depends on the duration of the rains, rather than the amount of precipitation falling in a short period.<sup>45</sup> Such floods and resulting torrents caused great damage to the banks of the river and emptied the soil, which was transported to another area in the form of debris. Western Georgia was particularly affected by such rains, because unlike Eastern Georgia.<sup>46</sup>

The study of the nature of mountain rivers, for example, in Tusheti, showed that floods were formed only at the expense of snowy and icy waters in Alazan of Tusheti and vice versa.<sup>47</sup> Even the precipitation of summer seasons does not cause a significant increase in runoff.<sup>48</sup> Precipitation is brought more to those rivers that have a sufficient slope of fall; Such are the watersheds located between Enguri, Khobisqali, Ochkhomura and Tekhura.<sup>49</sup> The granite stones were brought to

40 Digests of Justinian, (2012). Monuments of Roman Law, Introductory Constitutions, Book One, Book Two. Surguladze N., (edit., precit., note., lex. and research), Tbilisi: Iv. Javakishvili house TSU Publishing House, 109.

41 Ioane Bagrationi, Sjuldeba (project of state reforms of the Kingdom of Kartl-Kakheti), (1975). Surguladze Iv. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary), Publishing House of TSU named after Stalin, 8.

42 Articles of request of Solomon II to Alexander I on the confirmation of his rights to the kingdom of Imereti [1804], (1965). Ksdz, II, Dolidze Is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary). Tbilisi: 561.

43 Kordzakhia M., (1948). Climatic regime of main meteorological elements in Georgia. Vsgi works. Tbilisi: USSR Academy Publishing House, Vol. III, plot 1, 59.

44 *Ibid.*; See Figurovsky N. (1928). Livny in the Caucasus, Moscow.

45 Kordzakhia M., (1948). Climatic regime of main meteorological elements in Georgia. Tbilisi: USSR Academy Publishing House, Vol. III, plot 1, 61.

46 *Ibid.*

47 Vladimirov L., (1957). for the investigation of the runoff of Tusheti rivers. Bulletin of the Academy of the USSR, vol. XVIII, No. 3, 311-312.

48 *Ibid.*, 313.

49 Vakhania E., (1957). On the age of the Colchis series. Bulletin of the Academy of the USSR, vol. XVIII, No. 3, 318.

Samegrelo by the strong stream of Enguri in the form of sediments.<sup>50</sup>

## CONCLUSION

The research showed that out of the monuments of national law, only the law of Vakhtang VI, and even partially, considered it necessary to make the legal regime of “Monalekh” (sand from sea or river) a subject of special regulation. It should be noted that monuments translated

from abroad do not pay special attention to this issue either. We think that the source of the corresponding provision of the Vakhtang law should be the local customary law, which the punishing king used as the basis of his norm. Unlike the Roman law, which, in turn, is the source of the Georgian version of the Greek law, the ancient Georgian local law did not provide for the establishment of a right different from the previous one on adjacent plots due to the change of the river bed. As for the items brought out by the sediment, it is possible that the finds were spread over them.

50 Ibid, 319.

## BIBLIOGRAPHY:

### SOURCES:

1. Greek Law, (1963). Collection of Law Books of Vakhtang VI. Monuments of Georgian Law, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary), Tbilisi. (In Georgian)
2. Yadgar of Bichvinti [1525-1550], (1965). II, Dolidze Is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary). Tbilisi: Science. (In Georgian)
3. Gaius Institutions, (2011). Monuments of Roman Law Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: University Publishing House. (In Georgian)
4. Articles of request of Solomon II to Alexander I on the Confirmation of his rights to the Kingdom of Imereti [1804], (1965). Monuments of Georgian Law, II, Dolidze Is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary). Tbilisi. (In Georgian)
5. Law of Batonishvili's Vakhtang, (1963). Collection of Law Books of Vakhtang VI. Monuments of Georgian law, I, Dolidze Is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi. (In Georgian)
6. Law Moses, (1963). Mkhitar Ghosh Law Version, Collection of Law Books of Vakhtang VI. Monuments of Georgian law, I, Dolidze Is. (Mt. ed., survey and lexicon), Tbilisi. (In Georgian)
7. Ioane Bagrationi, Sjuldeba (Project of State Reforms of the Kingdom of Kartl-Kakheti), (1975). Surguladze Iv. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary), Publishing House of TSU named after Stalin, 8. (In Georgian)
8. Digests of Justinian, Monuments of Roman Law, Introductory Constitutions, Book One, Book Two. (2012). Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Iv. Javakhishvili house TSU Publishing House. (In Georgian)
9. Digests of Justinian. (2014). Monuments of Roman Law, Book Six. Surguladze N., (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: TSU Publishing House. (In Georgian)
10. Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: Meridian. (In Georgian)

**SCIENTIFIC LITERATURE:**

1. Windscheid B., (1887). Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I. (In German)
2. Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: university printing house. (In Russian)
3. Pukhta G.F., (1874). Course of Roman City Law, printing house "Modern. Izv.". (In Russian)
4. Figurovsky N. (1928). Livny in the Caucasus, Moscow. (In Russian)
5. Garcia-Garido M.H. (2005). Roman Private Law, M., 351. (In Russian)
6. Gamkrelidze G., Firtskhalava M., Kifiani G., (2005). Issues of the military history of ancient Georgia, Tbilisi: Artanuji, 6. Add. Appian, Wars of Mithridates. (In Georgian)
7. Garishvili M., Khoferia M., (2014). History of the law of foreign countries. Tbilisi: Meridian. (In Georgian)
8. Vakhania E., (1957). On the age of the Colchis series. Bulletin of the Academy of the USSR, vol. XVIII, No. 3. (In Georgian)
9. Vladimirov L., (1957). for the investigation of the runoff of Tusheti rivers. Bulletin of the Academy of the USSR, vol. XVIII, No. 3. (In Georgian)
10. Kereselidze D., (2009). The most General Systematic Concepts of Private Law. Tbilisi: Ashsi. (In Georgian)
11. Kilasonia I., (2004). Property rights in Roman and Ancient Georgian Law. Kutaisi. (In Georgian)
12. Kordzakhia M., (1948). Climatic regime of main meteorological elements in Georgia. Tbilisi: USSR Academy Publishing House, Vol. III, plot. (In Georgian)
13. Essays on the history of Georgia, (1970). Georgia from Ancient Times to the 4th Century AD. Melikishvili G. (Ed.), Tbilisi: Soviet Georgia. (In Georgian)
14. Chagunava r., (2006). Golden Fleece. Georgian Woman, No. 1-2. (In Georgian)

**DICTIONARIES:**

1. Bartoshek M., (1989). Roman Law, Concepts, Terms, Definitions. Moscow: legal literature. (In Russian)

**NOTES:**

1. Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: University Printing house 101.
2. Kereselidze D., (2009). The most General Systematic Concepts of Private Law. Tbilisi: Ashsi, 227. Sead. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 1887, #146, 468.
3. Kereselidze D., (2009). The most General Systematic Concepts of Private Law. Tbilisi: Ashsi, 227.
4. Digests of Justinian, Monuments of Roman Law, Introductory Constitutions, Book One, Book Two. (2012). Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: TSU Publishing House, 109.
5. Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: Meridian, 53.
6. *Ibid.*
7. Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: University Printing House 102.
8. Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surgu-



- ladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57-58.
9. Garishvili M., Khoferia M., (2014). History of the Law of Foreign Countries. Tbilisi: Meridian, 36.
  10. Institutions of Justinian, (2014). Monuments of Roman Law, Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57.
  11. Gaius Institutions, (2011). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: University Publishing House, 70.
  12. Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57.
  13. Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: University Printing house 102.
  14. Gaius Institutions, (2011). Monuments of Roman Law Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: University Publishing House, 70.
  15. Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law, Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: Meridian, 57.
  16. P Pukhta G.F., (1874). Course of Roman City Law, Printing House "Modern. Izv.", 432.
  17. Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: University Printing House 102.
  18. Bartoshek, M., (1989). Roman Law, Concepts, Terms, Definitions. Moscow: Legal Literature, 54.
  19. Dernburg G., (1956), Pandekty, Property Law. T. 1, ch. 2. St. Petersburg: University Printing House, 102.
  20. Digests of Justinian. (2014). Monuments of Roman Law, Book Six. Surguladze N., (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: TSU Publishing House, 144.
  21. *Ibid.*
  22. Gaius Institutions, (2011). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: University Publishing House, 71; Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary), Tbilisi: Meridian, 57.
  23. Gaius Institutions, (2011). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (edit., pre-cit., note., lex. and search.), Tbilisi: University Press, 71. Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57.
  24. Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman Law. Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57.
  25. Kilasonia I., (2004). Property rights in Roman and ancient Georgian law. Kutaisi, 2004, 33. See García-Garido M.X. (2005). Roman Private Law, M., 351.
  26. Dernburg G., (1956). Pandekty, Veschnoe pravo. T. 1, ch. 2. St.Petersburg: universitetskaya tipografiya, 103.
  27. A.H. An anonymous author of the 2nd century BC believed that the Golden Fleece was a chemistry book written on sheepskin, in which the rules for obtaining gold by chemical means are given. According to Zarax of Pergamon, the method of gold writing mentioned in the etras was conveyed in the golden fleece. However, Strabo's report must be infallible, because the geographer's uncle, his mother's brother, also ruled Colchis for some time, and Strabo would have real information at hand. See. Chagunava R., (2006). Golden Fleece, Georgian Woman, No. 1-2, 39.
  28. Essays on the history of Georgia, (1970). Georgia from Ancient Times

- to the 4th century AD. Melikishvili G. (Ed.). Tbilisi: Soviet Georgia, 324. Add. Strabo, XI, 2, 19.
29. Gamkrelidze G., Firtskhalava M., Kifiani G., (2005). Issues of the military history of ancient Georgia, Tbilisi: Artanuji, 6. Add. Appian, Wars of Mithridates, 103.
  30. Gamkrelidze G., Firtskhalava M., Kifiani G., (2005). Issues of the military history of ancient Georgia, Tbilisi: Artanuji, 6. Add. NH, XXXIII.
  31. Law of Batonishvili's Vakhtang, (1963). Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 527.
  32. Greek Law, (1963). Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 190.
  33. Institutions of Justinian, (2002). Monuments of Roman law, Surguladze N. (Translator, Preface, Notes and Glossary). Tbilisi: Meridian, 57.
  34. Greek Law, (1963). Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.). Tbilisi, 190.
  35. Greek Law, (1963). Collection of law books of Vakhtang VI, Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.). Tbilisi, 190.
  36. Law of Batonishvili's Vakhtang, (1963). Collection of law books of Vakhtang VI, Ksdz, I, Dolidze is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 527.
  37. Yadgar of Bichvinti [1525-1550], (1965). II, Dolidze Is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary). Tbilisi: Science, 182.
  38. Law Moses, (1963). Mkhitar Ghosh Law Version, Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, i. Dolidze (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 289.
  39. Law Moses, (1963). Mkhitar Ghosh Law Version, Collection of Law Books of Vakhtang VI. Ksdz, I, i. Dolidze (Editor-in-Chief, Notes and Glossary.), Tbilisi, 290.
  40. Digests of Justinian, (2012). Monuments of Roman Law, Introductory Constitutions, Book One, Book Two. Surguladze N., (edit., precit., note., lex. and research), Tbilisi: Iv. Javakhishvili house TSU Publishing House, 109.
  41. Ioane Bagrationi, Sjuldeba (project of state reforms of the Kingdom of Kartl-Kakheti), (1975). Surguladze Iv. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary), Publishing House of TSU named after Stalin, 8.
  42. Articles of request of Solomon II to Alexander I on the confirmation of his rights to the kingdom of Imereti [1804], (1965). Ksdz, II, Dolidze Is. (Editor-in-Chief, Notes and Glossary). Tbilisi: 561.
  43. Kordzakhia M., (1948). Climatic regime of main meteorological elements in Georgia. Vsgi works. Tbilisi: USSR Academy Publishing House, Vol. III, plot 1, 59.
  44. *Ibid.*; See Figurovsky N. (1928). Livny in the Caucasus, Moscow.
  45. Kordzakhia M., (1948). Climatic regime of main meteorological elements in Georgia. Tbilisi: USSR Academy Publishing House, Vol. III, plot 1, 61.
  46. *Ibid.*
  47. Vladimirov L., (1957). for the investigation of the runoff of Tusheti rivers. Bulletin of the Academy of the USSR, vol. XVIII, No. 3, 311-312.
  48. *Ibid.*, 313.
  49. Vakhania E., (1957). On the age of the Colchis series. Bulletin of the Academy of the USSR, vol. XVIII, No. 3, 318.
  50. *Ibid.*, 319.

# მონალექი, როგორც საკუთრების უფლების შეძენის საშუალება რომაულ და ძველ ქართულ სამართალში

ანა წიგნაძე

თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული  
ფაკულტეტის დოქტორანტი, ასისტენტი

საკვანძო სიტყვები: საკუთრების უფლების შეძენა, მონალექი,  
ნიაღისეული

## აბსტრაქტი

სტატიაში განხილულია მონალექი, როგორც საკუთრების უფლების შეძენის ერთ-ერთი წყარო რომაულ და ძველ ქართულ სამართალში. ჯერ კიდევ რომაელმა იურისტებმა მიაქციეს იმ საკითხს ყურადღება, რომ მდინარის დინებას ზოგჯერ მისი კალაპოტის მოსაზღვრე ნაკვეთების გაზრდა ან შემცირება მოჰყვებოდა. შედეგად, მდინარის მომიჯნავე მიწის ნაკვეთებზე წარმოქმნილი ახალი გარემოებები, უწინდელი მდგომარეობისგან განსხვავებულ ქონებრივ შედეგებს აყენებდა. შესაბამისად, საჭირო გახდა სამართალს კანონმდებლობაში შემოეტანა მონალექის მომწესრიგებელი სამართლებრივი ნორმები. სტატიაში შესწავლილია რომის სამართალსა და ქართულ ფეოდალურ სამართალში მონალექთან დაკავშირებული წესები, რომელთა ანალიზის საფუძველზე გამოიყო მონალექის სახეები, დროთა განმავლობაში მიწის უმნიშვნელო ნამატისა და სხვისი ნაკვეთისგან მოგლეჯილი მიწის მიერთების სახით. ასევე ყურადღება გამახვილებულია იმ უფლების ფარგლებზე, რომლებიც მდინარის კალაპოტის დაშრობის შედეგად მის ფსკერზე წარმოშობილ ხმელეთზე ვრცელდებოდა.

კვლევამ აჩვენა, რომ რომის სამართლით, მდინარის მომიჯნავე ნაკვეთების მფლობელთა უფლებები სრულად იყო დამოკიდებული იმაზე, რა ადგილზე გაიყოფოთა ხმელეთი, შუაზე თუ რომელიმე ნაპირისკენ უფრო ახლოს, მდინარის მეორე მხარეს მივარდნის გამო. რომის სამართლისა და ძველი ქართული სამართლის შედარებითი ანალიზის საფუძველზე გამოიკვეთა მათ მიდგომებს შორის არსებული ფუნდამენტური განსხვავება. ეროვნული სამართალი მდინარის კალაპოტის ცვლილების გამო წარმოშობილი სამართლებრივი ურთიერთობის მოწესრიგებისას მეტ კონსერვატიზმს იჩენს, რაც სტატიაშიცაა ხაზგასმული. მონალექის შესახებ საკანონმდებლო ბაზის სიმცირის გამო, კვლევის მიზნის მისაღწევად, კანონის ანალოგიის გამოყენებით, განხილულია წიაღისეულზე საკუთრების უფლების მოპოვების წესები, ვინაიდან ის თავისი სამართლებრივი ხასიათით ყველაზე ახლოს დგას მონალექთან.

## შესავალი

სტატია წარმოადგენს მონალექის, როგორც საკუთრების უფლების შექმნის საშუალების შესწავლის პირველ ცდას ძველ ქართულ სამართალში, რაც ამ საკითხის აქტუალობითაა განპირობებული. სტატიის კვლევის საგანია მონალექის სახეები და მათი თანმდევი სამართლებრივი შედეგები. კვლევა განხორციელდა რომაულ და ძველ ქართულ სამართალში, შედარებით-სამართლებრივი ანალიზის მეთოდის გამოყენებით. კვლევის ამოცანაა დადგინდეს – რა საერთო და განმასხვავებელი ნიშნები ახასიათებს ამ ორ სამართლებრივ სისტემას მონალექთან მიმართებაში. კვლევის სირთულეს განაპირობებდა როგორც პირველწყაროების, ასევე, მეორეული და მესამეხარისხოვანი წყაროების სიმცირე ძველ ქართულ სამართალში, რის გამოც საკითხის შესწავლისას გამოვიყენეთ კანონის ანალოგია – წიაღისეულზე საკუთრების უფლების შექმნის მეშვეობით.

## 1. მონალექის სამართლებრივი დახასიათება

მონალექის სამართლებრივი ხასიათის შესასწავლად უმნიშვნელოვანესი წყაროა რომის სამართალი, რადგან მასში ყველაზე თვალსაჩინოაა მოცემული – რას გულისხმობს მონალექი და რა სახის სამართლებრივ ურთიერთობებს წარმოშობს იგი.

რომაელები თვლიდნენ, რომ თუ მდინარე დიდი ხნით ადიდებისას თავისი დინებით კალაპოტს გაჭრიდა, ის საჯარო ნივთი ხდებოდა.<sup>1</sup> საჯარო ქონება პირთა საერთო „საკუთრებაში“ იმყოფებოდა და მათ თანაზომიერად შეეძლოთ ამ ქონებიდან სარგებლის მიღება.<sup>2</sup> რომაელები ერთმანეთისაგან მიჯნავდნენ საჯარო სიკეთეს, ქონებას, რომელზეც საკუთრების უფლების გავრცელება შესაძლებელია ისეთი სიკეთისგან, რომლის ბუნებიდან გამომდინარე, მასზე საკუთრების უფლების ქონა შეუძლებელია.<sup>3</sup> ასეთებად რომის სამართალს მიაჩნია ბუნებითი სამართლით საერთო ნივთები – „ჭაეხი, გამდინახე წყარი, ზღვა და, აქედან გამომდინახე – ზღვის ნაპირი“.<sup>4</sup> ეს უკანასკნელიც არავის საკუთრებას წარმოადგენს და მისი სიკეთით სარგებლობა ყველას ისევე შეუძლია, როგორც ზღვით.<sup>5</sup> ვერც ზღვის ქვეშ არსებული მიწა და ქვიშა გახდებოდა საკუთრების ობიექტი.<sup>6</sup> თუმცა, როცა მდინარე ტოვებდა თავის ძველ კალაპოტს, მისი ფსკერი ხდებოდა მდინარის ნაპირზე მდებარე მიწის

1 Дернбург Г., (1956). Пандекты, Вещное право. Т. 1, ч. 2. С.Петербург: университетская типография, 101.  
 2 კერესელიძე დ., (2009). კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ეშსი, 227. Sead. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 1887, §146, 468.  
 3 კერესელიძე დ., (2009). კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ეშსი, 227.  
 4 იუსტინიანეს დიგესტები, რომის სამართლის ძეგლები, შესავალი კონსტიტუციები, წიგნი პირველი, წიგნი მეორე. (2012). სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: ივ. ჯავახიშვილის სახ. თსუ გამომცემლობა, 109.  
 5 იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.), თბილისი: მერიდიანი, 53.  
 6 იქვე.



მფლობელთა საკუთრება.<sup>7</sup> როგორც იუსტინიანეს ინსტიტუციებშია აღნიშნული, ამ მომიჯნავე ნაკვეთის მეპატრონეები უფლებას შეიძენდნენ „*პროპოციიდან თითოეული მიწის ნაკვეთის კუთვნილი ნაპირის სიგხდისა*“, ახლად გაჭრილი კალაპოტი კი ისევ საჯარო სამართალს დაექვემდებარებოდა.<sup>8</sup> შესაბამისად, თუ მდინარე ისევ უწინდელ კალაპოტს დაუბრუნდებოდა, ახალ, ხმელეთად ქცეულ კალაპოტზე უწინდელი სამართლებრივი რეჟიმი გავრცელდებოდა.

მდინარის ადიდებას განსაკუთრებული სარგებელი მოჰქონდა იქ, სადაც სოფლის მეურნეობის არსებობა მთლიანად მორწყვაზე იყო დამოკიდებული. მაგალითად, ეგვიპტეში, ნაპირებიდან გადასული ადიდებული ნილოსი წყლის გარდა ნიადაგს ჩამონალექი მიწითაც ამდიდრებდა. ამიტომ მოიხსენიებდნენ ეგვიპტელები თავიანთ ქვეყანას როგორც „შავ მიწას“ – ეგვიპტურად „ქემეთ“.<sup>9</sup>

## 2. მონალექის სახეები

იუსტინიანესა და გაიუსის ინსტიტუციებით, მონალექი ის მიწაა, რომელსაც წყალი მიწის ნაკვეთს მონაყარი მიწის სახით ისე მიუმატებს,<sup>10</sup> რომ მატების დროის განსაზღვრა შეუძლებელია.<sup>11</sup> რომის სამართალი ერთგვარად უდგებოდა მიწის მონაყარზე საკუთრების უფლების მოპოვების საკითხს, იმის მიუხედავად, მიწის მატება თანდათან ხდებოდა, თუ ერთიანად. თუ მიწის ნაკვეთს მდინარე რალაც ნაწილს ერთბაშად მოაგლეჯდა და

მეზობელი მიწის ნაკვეთს მიაყრიდა, ეს ამ ნაკვეთის შემადგენელ ნაწილად მაინც ჩაითვლებოდა.<sup>12</sup> ეს ეხებოდა მინაყარს არა მთელი სანაპიროს გასწვრივ, არამედ ნაპირის ცალკეულ ადგილებზე, კონცხის სახითაც.<sup>13</sup> გაიუსის ინსტიტუციებით, ბუნებითი სამართლით, ამგვარ ნამატზე მაშინვე მიწის შესაკუთრის უფლები ვრცელდება,<sup>14</sup> იუსტინიანეს ინსტიტუციები კი, ამავდროულად, მნიშვნელოვნად მიიჩნევს მოწყვეტილი მიწის ნამატის სხვის მიწასთან რაც შეიძლება დიდი ხნით დარჩენას ისე, რომ თუ მიწის ნაგლეჯზე ხეები იყო დარგული, მათ ფესვები ძირითად ნაკვეთზეც გაიდგან.<sup>15</sup>

აქედან გამომდინარე, როდესაც მდინარის დინების ან სხვა პროცესების გავლენით მდინარის ნაპირი წყდება და ვინმეს მიწას მიემატება, საკუთრების უფლების წარმოშობა მოწყვეტილ ნაწილზე განისაზღვრება იმით, როგორ დაემატება ის სხვა პირის მიწას.<sup>16</sup> აქ მნიშვნელოვანია, რამდენად მტკიცედ დამაგრდა მოწყვეტილი მიწა იქ, სადაც მდინარემ მიაგდო.<sup>17</sup> მ. ბარტოშეკის განმარტებით, *avulsio*, ანუ მდინარის დინებით მოწყვეტილი მიწის ნაკვეთზე საკუთრების უფლება მხოლოდ საბოლოო მიერთების შემდეგ წარმოიშობოდა,<sup>18</sup> მაგალითად, თუ მათი შეერთების ადგილები საერთო მცენარეულობით დაიფარებოდა ან, როგორც უკვე აღინიშნა, მიერთე-

7 Дернбург Г., (1956). Пандекты, Вещное право. Т. 1, ч. 2. С.Петербург: университетская типография, 102.

8 იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: მერიდიანი, 57-58.

9 გარიშვილი მ., ხოფერია მ., (2014). საზღვარგარეთის ქვეყნების სამართლის ისტორია. თბილისი: მერიდიანი, 36.

10 იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2014). რომის სამართლის ძეგლები, სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: მერიდიანი, 57.

11 გაიუსის ინსტიტუციები, (2011). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 70.

12 იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: მერიდიანი, 57.

13 Дернбург Г., (1956). Пандекты, Вещное право. Т. 1, ч. 2. С.Петербург: Университетская типография., 1956, 102.

14 გაიუსის ინსტიტუციები, (2011). რომის სამართლის ძეგლები, სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 70.

15 იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სამართლის ძეგლები, სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.), თბილისი: მერიდიანი, 57.

16 Пухта Г.Ф., (1874). Курсь римского гражданского права, типография «Соврем. Изв.», 432.

17 Дернбург Г., (1956). Пандекты, Вещное право. Т. 1, ч. 2. С.-Петербург: университетская типография, 102.

18 Бартошек, М., (1989). Римское право, понятия, термины, определения. Москва: Юридическая литература, 54.



ბულ მიწაზე არსებული ხე ფესვებს ამ ნიადაგშიც გაიდგამდა.<sup>19</sup>

ის ნაკვეთი, რომელსაც მონალექის სახით მიწა მიემატებოდა, იმის მსგავსი ნაწილი ხდებოდა, რასაც მიემატა.<sup>20</sup> იუსტინიანეს დიგესტების მეექვსე წიგნში მითითებულია, რომ მიწის ნაკვეთთან დაკავშირებული სასარჩელო წარმოებისას, თუ ხდებოდა ასეთი მიწის მოთხოვნა, ეს მოთხოვნა გადადიოდა მონაყარ მიწაზეც.<sup>21</sup> ძირითადი მიწის ნაკვეთი, მონალექ მიწასთან ერთად, ერთ მთლიან ნაკვეთად განიხილებოდა.

რომის სამართალი მსჯელობს მდინარესა და ზღვაში გაჩენილი კუნძულის შესახებ. კუნძულის წარმოქმნა მდინარის კალაპოტში სხვაგან მოწყვეტილი მიწის ჩამოტანით ან კალაპოტის დაწვეთით შეიძლება მომხდარიყო. მდინარის შუა ნაწილში წარმოქმნილი კუნძული, რომის სამართლის თანახმად, მდინარის ორივე მხარის ნაპირზე არსებული მომიჯნავე მიწის ნაკვეთების მფლობელების თანასაკუთრება ხდება.<sup>22</sup> თუ კუნძული არა შუაგულში, არამედ რომელიმე ნაპირისკენ უფრო ახლოს მდებარეობს, მაშინ მას ის პირები დაისაკუთრებენ, რომლებიც სანაპირო მიწის ნაკვეთს ფლობენ,<sup>23</sup> ხოლო „თუ მდინარე სადმე იყოფა და შემდეგ ქვევით ისევ ერთიანდება, რის შედეგადაც ვინმეს მიწის ნაკვეთს კუნძულად აქცევს, მიწის ეს ნაკვეთი“ იმ პირისაა, ვისაც ის მანამდე ეკუთვნოდა.<sup>24</sup>

19 Дернбург Г., (1956), Пандекты, Вещное право. Т.1, ч.2. С.-Петербург: университетская типография, 102.  
20 იუსტინიანეს დიგესტები. (2014). რომის სამართლის ძეგლები, წიგნი მეექვსე. სურგულაძე ნ., (წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: ივ. ჯავახიშვილის სახ. თსუ გამომცემლობა, 144.  
21 იქვე.  
22 გაიუსის ინსტიტუციები, (2011). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.), თბილისი: უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 71; იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.), თბილისი: მერიდიანი, 57.  
23 გაიუსის ინსტიტუციები, (2011). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.), თბილისი: უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 71. იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: მერიდიანი, 57.  
24 იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სა-

მიწის მფლობელი საკუთრებას მოიპოვებდა იმ ნივთებზეც, რასაც მდინარე მის მიწაზე გამორიყავდა,<sup>25</sup> მაგალითად, ხის საშეშე და სამშენებლო მასალა. მდინარეთა ნამატზე სანაპიროს მეზობლების უფლებები კანონით იყო განსაზღვრული და დაუფლებას არ საჭიროებდა.<sup>26</sup>

ამგვარად, დამშრალი კალაპოტი და მდინარეში წარმოშობილი კუნძული დამოუკიდებელ მიწის ნაკვეთებად ითვლებიან, განსხვავებით Alluvio-სა და avulso-სგან, რომლებიც ითვლებიან გაზრდილი სანაპირო ნაკვეთების შემადგენელ ნაწილებად. შესაბამისად, ამ ნივთებზე საკუთრების უფლების შექმნის განსხვავებული რეჟიმები მოქმედებდა. კუნძულის სანაპირო ზოლზეც იგივე ნორმები მოქმედებდა, როგორც ხმელეთის მდინარეთა ნაპირზე.

### 3. მონალექი ძველ ქართულ სამართალში

#### 3.1. პირველი ცნობები მონალექის შესახებ

ძველ ქართულ სამართლის წყაროებსა და ეთნოგრაფიულ მასალებში მდინარის მონალექის შესახებ ინფორმაცია თითქმის არ იძებნება. თუმცა, მის შესახებ პირველი ცნობები უკვე უცხოელ ავტორთა შრომებში გვხვდება.

სტრაბონი წერდა, რომ მას გაგონილი ჰქონდა სვანეთში ოქროს მადნის მოპოვების შესახებ: „ამბობენ, რომ ზამთრის ნიაღვრებს ოქრო ჩამოაქვს, ხოლო ბაჩბახოსები აგხოვებენ (ოქროს) დახვრეტილი ვახცდებით და ბანჯვვრიანი ტყავებით: აქედან მომდინარეობს

მართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: მერიდიანი, 57.  
25 კილასონია ი., (2004). საკუთრების უფლება რომაულ და ძველ ქართულ სამართალში. ქუთაისი, 2004, 33. იხ. Гарсия-Гаридо М.Х. (2005). Римское частно право, М., 351.  
26 Дернбург Г., (1956). Пандекты, Вещное право. Т. 1, ч. 2. С.Петербург: университетская типография, 103.

მითი ოქროს საწმისიან<sup>27</sup> ვეხძე.<sup>28</sup>

აპიანეს ცნობით, „კავკასიონიდან ჩამომდინარე ნაკადულებს ოქროს ქვიშა ჩამოაქვს. ადგილობრივი მცხოვრებლები მდინარეებში ხშირბენვიან ცხვრის ტყავებს აგებენ და აგროვებენ ქვიშას, რომელიც მათზე ილექება.“<sup>29</sup>

II საუკუნის ავტორი, გაიუს პინიუსის აღნიშნავდა, რომ „სვანეთსა და საერთოდ სახელმწიფოს“ მდინარეებში ოქროს აიეტის მემკვიდრე სავლაკი მოიპოვებდა.<sup>30</sup>

წყაროებში ოქროს მოპოვება მდინარე ენგურის მყინვართა დნობით გამოწვეულად იდებდას უკავშირდებოდა, რომელსაც მნიშვნელოვანი ქონებრივი შედეგები მოჰქონდა სვანეთში მცხოვრები მოსახლეობის, და, განსაკუთრებით, მმართველი ფენისთვის.

### 3.2. მონალექზე საკუთრების უფლების შექმნის წესები

ვახტანგის სამართლის წიგნის გარდა, ძველი ქართული სამართლის არცერთი ადგილობრივი ძველი არ ითვალისწინებს მონალექის მომწესრიგებელ სამართლებრივ ნორმებს. ვახტანგის სამართალიც ამ საკითხს

„წყლის სამძღვრის ცილების“ ფარგლებში განიხილავს, რომლის შემადგენელი ორი მუხლიდან სამართლებრივ ნორმებს მხოლოდ ერთი, 184-ე მუხლი შეიცავს. 185-ე მუხლის სათაურად გამოტანილი „მენყერი რომ მოგლეჯდეს“, მხოლოდ სჯულმდებლის სურვილს ასახავს, სამართლებრივად მოწესრიგებინა ეს საკითხი, ვინაიდან ამ მუხლში იურიდიული ნორმები შეტანილი საერთოდ არ არის. როგორც ი. დოლიძე განმარტავს, მის ტექსტს ამ სამართლის წიგნის არცერთი სხვა ხელნაწერი შეიცავს.<sup>31</sup>

საქართველოში მოქმედი უცხოური სამართლის წყაროები, ბერძნული და სომხური სამართლის ქართული ვერსიები, მცირედით ავსებენ ამ ხარვეზს. აქვე შევნიშნავთ, რომ მონალექის საკითხში ბერძნულ სამართლის შესაბამისი ნორმები რომის სამართალს ეყრდნობა. სამართლის 269-ე მუხლი „ზღვის კუნძულისა და მდინარისათვის“ რამდენიმე სამართლებრივ ნორმას მოიცავს, მაგალითად, ბერძნული სამართლის ეს ვერსია ცნობს ოკუპაციის უფლებას ზღვის კუნძულის შუა ნაწილზე: „ვინცაჲ ვინ იმ შუაზედ ალაგს პირველად დაიჭერს, ის ალაგი მისი იქნება და სხვას ხელი არავისა აქუს“.<sup>32</sup> ყურადღებას იპყრობს ის გარემოება, რომ წყარო არაფერს ამბობს კუნძულის სხვა დანარჩენი ნაწილების შესახებ, მაგალითად, სანაპირო ზოლის დასაკუთრების წესი როგორია. ვფიქრობთ, აქ სრულიად უადგილოა კუნძულის „შუა ალაგის“ მიკუთვნების საკითხი, რადგან კუნძულის დაუფლებისას, ოკუპაციის უფლებით, მთელი კუნძული მისი მიმთვისებლის ხდებოდა. ბერძნული სამართლის ქართული ვერსია პრაქტიკულად იმეორებს იუსტინიანეს ინსტიტუციების მეორე წიგნის 22-ე პარაგრაფის დასაწყისის ზღვასა და მდინარეში კუნძულთა წარმოშობის შესახებ,<sup>33</sup> ოღონდ შინაარსო-

27 ახ. წ-ის II საუკუნის ანონიმი ავტორი თვლიდა, რომ ოქროს საწმისი ცხვრის ტყავზე დაწერილი ქიმიის წიგნი იყო, რომელშიც ოქროს ქიმიური გზით მიღების წესებია მოცემული. ზარაქს პერგამონელის აზრით, ოქროს საწმისში ეტრატებში აღნუსხული ოქროდამწერლობის ხერხი იყო გადმოცემული. თუმცა სტრაბონის ცნობა უტყუარი უნდა იყოს, რადგან გეოგრაფის ბიძა, დედის ძმა, გარკვეული დროის მანძილზე კოლხეთსაც მართავდა და სტრაბონს რეალური ცნობები ექნებოდა ხელთ. იხ. ჩაგუნავა რ., ოქროს საწმისი, საქართველოს ქალი, 2006, №1-2, 39.

28 საქართველოს ისტორიის ნარკვევები, (1970). საქართველო უძველესი დროიდან ახალი წელთაღრიცხვის IV საუკუნემდე. მელიქიშვილი გ. (რედ.), (1970). თბილისი: საბჭოთა საქართველო, 324. შუად. Strabo, XI, 2, 19.

29 გამყრელიძე გ., ფირცხალავა მ., ყიფიანი გ., (2005). ძველი საქართველოს სამხედრო ისტორიის საკითხები, თბილისი: არტანუჯი, 6. შუად. აპიანე, მითრიდატეს ომები, 103.

30 გამყრელიძე გ., ფირცხალავა მ., ყიფიანი გ., (2005). ძველი საქართველოს სამხედრო ისტორიის საკითხები, თბილისი: არტანუჯი, 6. შუად. NH, XXXIII.

31 სამართალი ბატონიშვილის ვახტანგისა, (1963). ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული. ქსდ, I, დოლიძე ი. (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.), თბილისი, 527.

32 ბერძნული სამართალი, (1963). ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული. ქსდ, I, დოლიძე ი. (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.), თბილისი, 190.

33 იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სამართლის ძეგლები, სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: მერიდიანი, 57.

ბრივი უზუსტობით, რომელიც გადამწერის, მთარგმნელის ან, თუნდაც, შემდგენელის შეცდომას შეიძლება მიეწეროს.

ბერძნული სამართლის ქართული ვერსიის 269-ე მუხლის ერთ-ერთი ნორმა, იუსტინიანეს ინსტიტუციების მსგავსად, ასევე მსჯელობს მდინარის დინების თავისებურებაზე, რაც კალაპოტის ორ ნაწილად გაყოფაში მდგომარეობს. ამის საფუძველზე, ის ადგენს მდინარის შუაში წყლის ბუნებრივი დანრეტისას გამოყოფილი ადგილის მიკუთვნების ამგვარ წესს: „ვისიც გაღმით და გამოღმით სოფლებია, ოხთავ შუა უნდა გაიყონ ის ადაგი“ (269-ე მუხ.).<sup>34</sup> მდინარის შუა წელის ხმელეთზე, მისი მოსაზღვრე სოფლები, როგორც დამოუკიდებელი სამართლის სუბიექტები, საკუთრების უფლების თანაბარ წილს შეიძენდნენ მიწაზე. საკუთრების უფლების მოპოვების საფუძველი ახლად გამოყოფილი მიწის ადგილმდებარეობაა. შესაბამისად, თუ მდინარე ისევ დაფარავდა ამ ხმელეთს წყლით, სოფლების საკუთრების უფლება მასზე შეწყდებოდა.

ამავე მუხლით, მონესრიგებულია უფლების მოპოვების საკითხი ისეთი მოცემულობის დროს, როდესაც მდინარე კალაპოტიდან რომელიმე სოფლის მხარეს მივარდებოდა და ამის გამო მეორე მხარის ნაპირს ხმელეთი მიემატებოდა. ბერძნული სამართალი ასეთი ნამატის ახალ მესაკუთრედ იმას მიიჩნევს, ვის მიწასაც წყლის დინების ცვლილების გამო ახალი მიწის ნაკვეთი შეემატა. კანონმდებელი განმარტავს, რომ ეს უფლება, შესაძლებელია, სულაც დროებითი იყოს, რადგან: „წყადს სახწმუნოება ახა აქუს, დღეს იქით გახდავახდა, ხვად აქეთვე გადმოვახდება“.<sup>35</sup> წყლის ამ ბუნებას ითვალისწინებს ვახტანგის სამართალიც, თუმცა უფლების დადგენისას საპირისპირო შეხედულებას გამოხატავს. მისი სამართლის 184-ე მუხლის პირველი ნორმა ამგვარად არის ფორმულირებული: „იქნების და ქნიღა, მდინა-ხემ წყადმა ძველი ნადენი ადაგი დაავდოს, ხან იქით გახდავახდეს და ხან აქეთ, და ამაზე ციღება მოჰადეს, ჩვენი სამძღვახი წყადი ახისო და

ხაც ჩემვენ დაჩა, ჩემი ახისო. მაგხამ ამით სამძღვახი ახ შეიშდების. ხოდესაც თაობიდან ამ მდინაახის პიხს აშენებუდა, გაღმა თუ გამოღმა, სადაც მაშინ წყადს უდენია და ამ სოფლებს იმ წყდის პიხამდი სჭეხია, ისხევ უნდა ეჭიხოსთ“.<sup>36</sup>

ნორმის შინაარსი აჩვენებს, რომ ვახტანგი უგულებელყოფს წყლის კალაპოტის ცვლილებით გამოწვეულ ახალ გარემოებას და იცავს მდინარის მომიჯნავე ნაკვეთების მფლობელთა ქონებრივ უფლებებს ზუსტად იმ ფარგლებში, რომლებშიც ის მათ „თაობი-დამ“ უჭირავთ. ამ შემთხვევაში, საზღვრის უცვლელობის საფუძველს წარმოადგენდეს ორი გარემოება. პირველი მიზეზი ისაა, რომ ეს ნაკვეთები მემკვიდრეობით, ხანგრძლივი დროის განმავლობაში ეჭირათ მფლობელებს და მათ შორის საზღვრის მოშლას ბუნებრივი მოვლენების გამო, კანონმდებელი მიზანშეწონილად არ მიიჩნევს, და, მეორე მხრივ, – მდინარის კალაპოტის ხშირი ცვლილების გამო, ყოველ ჯერზე წარმოშობილი დავის განხილვა სასამართლო ხელისუფლების ინტერესებში არ შედიოდა.

აქვე აღსანიშნავია, რომ წყლის გადაგდება ნებართვის გარეშე აკრძალული იყო და სასჯელს ითვალისწინებდა. ბიჭვინთის იადგარით, ვინც კათალიკოზის უკითხავად ბიჭვინთის წყალს ინადირებდა „მოსადებლითა“, ანუ მდინარეს კალაპატს ხელოვნურად შეუცვლიდა, ოცი ათასი თეთრი საყდრისთვის უნდა დაეურვებინა.<sup>37</sup>

#### 4. კანონის ანალოგია – საკუთრების უფლება წინაღობა

ნაშრომის შესავალშივე აღვნიშნეთ, რომ დასაშვებად მიგვაჩნია მსჯელობა, მონალექ მიწას შერეულ ძვირფას ლითონსა და სხვა ნივთებზე საკუთრების უფლების შექმნაზე გავრცელდეს ის კანონის ანალოგიით გავ-

34 ბერძნული სამართალი, (1963). ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული. ქსძ, I, დოლიძე ის. (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.). თბილისი, 190.  
35 ბერძნული სამართალი, (1963). ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული, ქსძ, I, დოლიძე ის. (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.). თბილისი, 190.

36 სამართალი ბატონიშვილის ვახტანგისა, (1963). ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული, ქსძ, I, დოლიძე ის. (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.), თბილისი, 527.  
37 ბიჭვინთის იადგარი [1525-1550 წწ.], (1965). II, დოლიძე ის. (მთ. რედ., შენიშვ. და საძიებ.). თბილისი: მეცნიერება, 182.



რცელდეს ის სამართლებრივი ნორმები, რაც წიაღისეულზე საკუთრების უფლების მოსაპოვებლად იყო განსაზღვრული.

მხითარ გოშის სამართალი ნებისმიერ ადგილზე, ქალაქსა თუ სოფელში „გამოჩენილი“ ქალებისა თუ სხვა ნივთიერებების მესაკუთრედ მეფეს, დედოფალს და ზოგჯერ თავადებს ასახელებს.<sup>38</sup> მეფეს ეკუთვნის ოქრო და თვალმარგალიტი, დედოფალს – ვერცხლი, თუ ეს ძვირფასი ქანები სათავადოში გამოჩნდებოდა, მეფეს თავისი სურვილით შეეძლო თავადისთვის წილი მიეცა, ან უკლებლივ თვითონ აეღო; სპილენძი, კალა, რკინა, მარილი, შაბი, ბორაკი, ნავთი და კუპრი თავადების იყო, „დიდის წყალობით და პატივისცემით ხელმწიფისაგან“, რისთვისაც თავადებს მადლიერება უნდა გამოეხატათ მეფის მიმართ.<sup>39</sup> ეს მადლიერება, ალბათ, მეფისთვის წილის მიცემაში გამოიხატებოდა. გოგირდი, საკმელი, გუნდა, ჯაოზი და სხვა ამგვარი ნივთიერებებით სარგებლობა და ვაჭრობა ყველასთვის დასაშვები იყო. აქვე აღნიშნულია, რომ მათ შეუძლიათ „იათისთაონ“, ანუ ვაჭრობისას ფასნამატად მეთადი განსაზღვრონ.

საკუთრების ამ ობიექტებს შორის დასახელებული თვალმარგალიტი მართო ზღვაში ან ზღვის ნაპირზე მოიპოვება. რომის სამართლისგან განსხვავებით, რომლის მიხედვითაც ზღვის ნაპირზე ნაპოვნი ძვირფასი ქვები და მარგალიტები, ბუნებითი სამართლის საფუძველზე მაშინვე მპოვნელის საკუთრება ხდებოდა,<sup>40</sup> ფეოდალური სამართლით მათზე საკუთრების უფლება მხოლოდ ქვეყნის მთავარ მეპატრონეს, მეფეს ჰქონდა.

იოანე ბატონიშვილის სჯულდებით, წიაღისეულის მოპოვება ან მეფეს უნდა ეწარმოებინა თავისი ხარჯით, ან იჯარით უნდა გაე-

ცა. მიღებული მადანი, იქნებოდა ეს ოქრო, ვერცხლი თუ სპილენძი, შუაზე უნდა გაეყოთ, მუშების ხარჯი კი მოიჭარეს უნდა გაეწია.<sup>41</sup>

წიაღისეულიდან შემოსავალი მნიშვნელოვანი იყო ცალკეულ სამეფო-სამთავროთა მმართველებისთვის. სოლომონ მეორეს ერთ-ერთი პირველი სათხოვარი რუსეთის იმპერატორისადმი იყო ის, რომ იმერეთში მოპოვებულ-დამუშავებული ყველა მადნიდან – ოქრო იქნებოდა ეს, ვერცხლი თუ სხვა ნებისმიერი, მეფე წილის გარეშე არ დაერჩენილიყო.<sup>42</sup>

## 5. ნალექების ბავლენა მონალექა

სხვა პირველწყაროები მონალექის შესახებ თითქმის არ მოიძებნება და არც სამართლის ისტორიის მკვლევართა მიერაა ეს თემა შესწავლილი. ლიტერატურაში გაბნეული ცნობები დასავლეთ საქართველოს მდინარეების – რიონის, ტეხურასა და ცხენისწყლის, ასევე ქვემო ქართლში, მდინარე მაშავერას კალაპოტებში მონალექ ქვოში ოქროს შემცველობის შესახებ, საკითხის შესასწავლად არასაკმარისია. შესაბამისად, პირველ რიგში, აუცილებელია გაირკვეს, რატომ უთმობდნენ ასეთ მცირე ყურადღებას კანონმდებლები მინის მონალექის რეგულირების საკითხს და რატომ არ გამომუშავდა მდინარეებით მდიდარ ქვეყანაში თუნდაც შესატყვისი ხასიათის ადათები. ამ მხრივ, ყურადღება უნდა მიექცეს შემდეგ გარემოებებსაც: ნალექების სიხშირე, მოცულობა და მდინარეთა ბუნება, ქმნიდნენ თუ არა ეს გარემო ფაქტორები აუცილებლობას, ჩვეულებით სამართალს მაინც შეევესო მდინარის მონაყარი მინის შესახებ არსებული მწირი საკანონმდებლო სივრცე.

38 სამართალი მოსესი, (1963). მხითარ გოშის სამართლის ვერსია, ვანტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული. ქსძ, I, ი. დოლიძე (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.), თბილისი, 289.

39 სამართალი მოსესი, (1963). მხითარ გოშის სამართლის ვერსია, ვანტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული. ქსძ, I, ი. დოლიძე (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.), თბილისი, 290.

40 იუსტინიანეს დიგესტები, (2012). რომის სამართლის ძეგლები, შესავალი კონსტიტუციები, წიგნი პირველი, წიგნი მეორე. სურგულაძე ნ., (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.), თბილისი: ივ. ჯავახიშვილის სახ. თსუ გამომცემლობა, 109.

41 იოანე ბატონიშვილი, სჯულდება (ქართლ-კახეთის სამეფოს სახელმწიფოებრივი რეფორმების პროექტი), (1975). სურგულაძე ივ. (მთ. რედ., შეს., ლექსიკ. და საძიებ.), სტალინის სახელობის თსუ გამომცემლობა, 8.

42 მუხლნი სათხოვარნი სოლომონ II-ისა ალექსანდრე I-სადმი იმერეთის სამეფოზე მისი უფლებების დამტკიცების შესახებ [1804 წ.], (1965). ქსძ, II, დოლიძე ის. (მთ. რედ., შენიშ. და საძიებ.). თბილისი: 561.

დადგენილია, რომ საქართველოს ტერიტორიაზე თავსხმა წვიმები, რომლებიც უფრო ადგილობრივი ხასიათისაა, მიუხედავად მათი მოკლე ხანგრძლივობისა, საკმაო ზიანს აყენებდა მცირე მდინარეების ხეობებს, მაგალითად, თბილისის ტერიტორიაზე ხშირად წამოიშობოდა ღვარცოფები, ასევე, მდინარე ალაზნის მარცხენა ნაპირებზე,<sup>43</sup> მაგრამ დიდ მდინარეთა წყალმოვარდნისთვის მთავარი მნიშვნელობა ხანგრძლივ და დიდ ტერიტორიაზე გაშლილ ნალექს ჰქონდა.<sup>44</sup> წყალდიდობა-ნიაღვარი გავრცელების ტერიტორიის მხრივ დამოკიდებულია წვიმების ხანგრძლივობაზე, ვიდრე ხანმოკლე დროის განმავლობაში მოსული ნალექების რაოდენობაზე. ასეთი წყალდიდობა და წარმოქმნილი ნიაღვრები დიდ ზიანს აყენებდა მდინარის ნაპირებს და აცლიდა მიწას, რომელიც მონაყარის სახით სხვა ტერიტორიაზე გადაჰქონდა.<sup>45</sup> ასეთი წვიმებით განსაკუთრებით ზარალდებოდა დასავლეთ საქართველო, რადგან აღმოსავლეთ საქართველოსგან განსხვავებით, თავსხმა წვიმები აქ გაბმულ და გარშემო მოდებულ ნალექებში გადადის.<sup>46</sup>

მთის მდინარეთა ბუნების კვლევამ, მაგალითად, თუშეთში აჩვენა, რომ წყალდიდობა მხოლოდ თოვლიანი და ყინულოვანი წყლების ხარჯზე ფორმირდებოდა თუშეთის ალაზანსა და პირიქითის ალაზანში.<sup>47</sup> მასში ზაფხულის სეზონების ნალექიც კი არ იწვევს ჩამონადენის საგრძნობ ზრდას.<sup>48</sup> მონალექის ჩამოტანა უფრო იმ მდინარეებზე ხდება, რომლებსაც ვარდნის საკმარისი დაქანება აქვთ; ასეთია, ენგურის, ხობისწყლის, ოჩხომურასა და ტეხურას შორის მდებარე წყალგა-

მყოფები.<sup>49</sup> გამორკვეულია, რომ გრანიტული ქვარგვალეები ენგურის ძლიერი დინების მიერაა სამეგრელოში ნალექების ნაშალი მასალის სახით ჩამოტანილი.<sup>50</sup>

### დასკვნა

კვლევამ აჩვენა, რომ ეროვნული სამართლის ძეგლებიდან, მხოლოდ ვახტანგის VI-ის სამართალს და ისიც ნაწილობრივ, ჩაუთვლია საჭიროდ სპეციალური მოწესრიგების საგნად გაეხადა მონალექის იურიდიული რეჟიმი. აღსანიშნავია, რომ ამ საკითხს არც უცხოურიდან ნათარგმნი ძეგლები უთმობენ განსაკუთრებულ ყურადღებას. ვფიქრობთ, ვახტანგის სამართლის შესაბამისი დებულების წყარო უნდა იყოს ადგილობრივი ჩვეულებითი სამართალი, რომელიც სჭულმდებელმა მეფემ თავისი ნორმის საფუძვლად გამოიყენა. რომის სამართლისგან განსხვავებით, რომელიც, თავის მხრივ, ბერძნული სამართლის ქართული ვერსიის წყაროსაც წარმოადგენს, ძველი ქართული ადგილობრივი სამართალი არ ითვალისწინებდა მდინარის კალაპოტის ცვლილების გამო მომიჯნავე ნაკვეთებზე უწინდელისგან განსხვავებული უფლების დადგენას. რაც შეეხება მონალექის მიერ გამოტანილ ნივთებს, შესაძლებელია მათზე გავრცელებულიყო ნაპოვარის, უპატრონო ნივთებისა და წიაღისეულისთვის დადგენილი წესები ნივთების სამართლებრივი ბუნების შესაბამისად.

43 კორძახია მ., (1948). ძირითადი მეტეოროლოგიური ელემენტების კლიმატური რეჟიმი საქართველოში. ვსგი შრომები. თბილისი: სსსრმ აკადემიის გამომცემლობა, ტ. III, ნაკვეთი 1, 59.  
 44 იქვე; იხ. Фигуровский Н. (1928). Ливны на Кавказе, Москва.  
 45 კორძახია მ., (1948). ძირითადი მეტეოროლოგიური ელემენტების კლიმატური რეჟიმი საქართველოში. ვსგი შრომები. თბილისი: სსსრმ აკადემიის გამომცემლობა, ტ. III, ნაკვეთი 1, 61.  
 46 იქვე.  
 47 ვლადიმეროვი ლ., (1957). თუშეთის მდინარეთა ჩამონადენის გამოკვლევისთვის. სსსრმ აკადემიის მოამბე, ტ. XVIII, № 3, 311-312.  
 48 იქვე, 313.

49 ვახანია ე., (1957). კოლხიდის სერიის ასაკის შესახებ. სსსრმ აკადემიის მოამბე, ტ. XVIII, № 3, 318.  
 50 იქვე, 319.



**ბიბლიოგრაფია:****წყაროები:**

1. ბერძნული სამართალი, (1963). ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული. ქსდ, I, დოლიძე ის. (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.), თბილისი.
2. ბიჭვინტის იადგარი [1525-1550 წწ.], (1965). II, დოლიძე ის. (მთ. რედ., შენიშვ. და საძიებ.). თბილისი: მეცნიერება.
3. გაიუსის ინსტიტუციები, (2011). რომის სამართლის ძეგლები სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: უნივერსიტეტის გამომცემლობა.
4. იოანე ბაგრატიონი, სჯულდება (ქართლ-კახეთის სამეფოს სახელმწიფოებრივი რეფორმების პროექტი), (1975). სურგულაძე ივ. (მთ. რედ., შეს., ლექსიკ. და საძიებ.), სტალინის სახელობის თსუ გამომცემლობა, 8.
5. იუსტინიანეს დიგესტები, რომის სამართლის ძეგლები, შესავალი კონსტიტუციები, წიგნი პირველი, წიგნი მეორე. (2012). სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). თბილისი: ივ. ჯავახიშვილის სახ. თსუ გამომცემლობა.
6. იუსტინიანეს დიგესტები. (2014). რომის სამართლის ძეგლები, წიგნი მეექვსე. სურგულაძე ნ., (წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.). ივ. ჯავახიშვილის სახ. თსუ გამომცემლობა. თბილისი: ივ. ჯავახიშვილის სახ. თსუ გამომცემლობა.
7. იუსტინიანეს ინსტიტუციები, (2002). რომის სამართლის ძეგლები. სურგულაძე ნ. (მთარგ., წინასიტ., შენიშ., ლექს. და საძიებ.), თბილისი: მერიდიანი.
8. მუხლნი სათხოვარნი სოლომონ II-ისა ალექსანდრე I-სადმი იმერეთის სამეფოზე მისი უფლებების დამტკიცების შესახებ [1804 წ.], (1965). ქსდ, II, დოლიძე ის. (მთ. რედ., შენიშვ. და საძიებ.). თბილისი.
9. სამართალი ბატონიშვილის ვახტანგისა, (1963). ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული. ქსდ, I, დოლიძე ის. (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.), თბილისი.
10. სამართალი მოსესი, (1963). მხითარ გოშის სამართლის ვერსია, ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული. ქსდ, I, ი. დოლიძე (მთ. რედ., გამოკვ. და ლექსიკ.), თბილისი.

**სამეცნიერო ლიტერატურა:**

1. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 1887.
2. Гарсия-Гаридо М.Х. (2005). Римское частно право, М., 351.
3. Дернбург Г., (1956), Пандекты, Вещное право. Т. 1, ч. 2. С.-Петербург: университетская типография.
4. Пухта Г.Ф., (1874). Курсь римского гражданского права, типографія «Соврем. Изв.».
5. Фигуровский Н. (1928). Ливны на Кавказе, Москва.
6. გამყრელიძე გ., ფირცხალავა მ., ყიფიანი გ., (2005). ძველი საქართველოს სამხედრო ისტორიის საკითხები, თბილისი: არტანუჯი, 6. შეად. აპიანე, მითრიდატეს ომები.
7. გარიშვილი მ., ხოფერია მ., (2014). საზღვარგარეთის ქვეყნების სამართლის ისტორია. თბილისი: მერიდიანი.
8. ვახანია ე., (1957). კოლხიდის სერიის ასაკის შესახებ. სსსრმ აკადემიის მოამბე, ტ. XVIII, № 3.

9. ვლადიმროვი ლ., (1957). თუშეთის მდინარეთა ჩამონადენის გამოკვლევისთვის. სსსრმ აკადემიის მოამბე, ტ. XVIII, № 3.
10. კერესელიძე დ., (2009). კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ეშსი.
11. კილასონია ი., (2004). საკუთრების უფლება რომაულ და ძველ ქართულ სამართალში. ქუთაისი.
12. კორძახია მ., (1948). ძირითადი მეტეოროლოგიური ელემენტების კლიმატური რეჟიმი საქართველოში. ვსგი შრომები. თბილისი: სსსრმ აკადემიის გამომცემლობა, ტ. III, ნაკვეთი.
13. საქართველოს ისტორიის ნარკვევები, (1970). საქართველო უძველესი დროიდან ახალი წელთაღრიცხვის IV საუკუნემდე. მელიქიშვილი გ. (რედ.), (1970). თბილისი: საბჭოთა საქართველო.
14. ჩაგუნავა რ., (2006). ოქროს სანძისი. საქართველოს ქალი, №1-2.

### ლექსიკონი:

1. Бартошек, М., (1989). Римское право, понятия, термины, определения. Москва: Юридическая литература.

# IMPACT OF COVID-19 ON HUMAN RIGHTS

**Levan Meskhoradze**

*Associate Professor of the European University*

KEYWORDS: Human Rights, Defence of Freedom, European Court

## ABSTRACT

On March 11, 2020, the World Health Organization declared a coronavirus pandemic. The economy stopped, the lives of billions of people changed. As a result of pandemic, a number of constitutional rights have been restricted. Restrictions imposed during the state of emergency affected public life and threatened the implementation of international human rights instruments at the national level. Number of States declared state of emergency to tackle with pandemic. Herewith, a few states refrained from doing so.

The foregoing article reviews the impact of COVID-19 on the rights and freedoms protected by the European Convention on Human Rights, relevant state practice of derogating from obligations under the Convention, statistical data and the supervisory role of the European Court of Human Rights (ECtHR) against abuse of the derogation mechanism.

## INTRODUCTION

Since the end of 2019, the new coronavirus COVID-19 has spread globally. On January 30, 2020, the Secretary General of the World Health Organization announced the outbreak of the new coronavirus. On March 11, 2020, the World Health Organization declared a coronavirus pandemic. The economy stopped, the lives of billions of people changed. “We have no experience of a pandemic caused by the coronavirus, and there has not been a pandemic that could be controlled” – said the head of the World Health Organization, Tedros Adhanom Ghebreyesus.

The created situation led to the need to impose restrictions in various areas. As a result of the pandemic, a number of human rights guaranteed by the European Convention on Human Rights (European Convention) have been restricted.

As a highly infectious disease, COVID-19 required and requires special measures to stop the spread of the virus. Across the Council of Europe, ten states (Georgia, Estonia, Armenia, Romania, Moldova, Latvia, North Macedonia, Albania, Serbia and San Marino) declared a state of emergency and, in accordance with Article 15, made a decision to derogate from their obligations under the Convention (derogation). Restrictions imposed during the state of emergency affected public life and threatened the implementation of international human rights instruments at the national level.

## DECLARING A STATE OF EMERGENCY AND DEROGATING FROM THE RIGHTS GUARANTEED BY THE CONVENTION

### essential requirements established by the European Convention and case law

According to Article 15 of the European Convention, a High Contracting Party may derogate from its obligations under the Convention if it meets three conditions. First, derogation is permitted only “in time of war or other public emergency threatening the life of the nation.” Second, deviation from obligations is allowed only “to the extent strictly required by the exigencies of the situation”. Third, the derogation must be consistent with the State’s “other obligations under international law.”

It is important to note that according to Article 15, paragraph 2 of the Convention, it is not allowed to derogate from some of the rights. The Convention does not allow for derogations from Articles 2 (right to life), 3 (prohibition of torture), 4 (prohibition of slavery and forced labour) and 7 (no punishment without law). In addition, each High Contracting Party making a derogation shall

inform the Secretary General of the Council of Europe of the measures taken.

The European Court of Human Rights in the case *Lawless v. United Kingdom* defined “war or other emergency situation threatening the existence of the nation” as “a particular crisis or other emergency situation affecting the population and constituting a threat to the community of which the State is composed.”<sup>1</sup> A state of emergency must be based on an immediate and real danger.<sup>2</sup> However, the declaration of a state of emergency is legitimate when the usual restrictions provided for by the Convention are considered insufficient.<sup>3</sup> The Convention does not establish the terms and duration of declaring a state of emergency. However, the Court’s case law makes it clear that for the purposes of Article 15, a state of emergency can be extended for many years.

It is the job of the national government to decide the existence of a state of emergency, the nature and extent of the deviation. In this regard, Article 15 provides a wide scope of action.<sup>4</sup> However, states do not have unlimited powers. To determine whether the authorities have crossed the red line, the court considers the following factors:

- Whether it was possible to deal with the danger caused by the emergency situation under the applicable law, bypassing the derogation provided for in Article 15;<sup>5</sup>
- Whether the measures have been used for the purposes for which they were adopted;<sup>6</sup>
- Whether the measures taken were proportionate and whether there were other alternative, lighter means of achieving the intended goal;<sup>7</sup>
- What is the extent of the derogation from the obligations of the Convention;<sup>8</sup>

1 *Lawless v. Ireland*, Application 332/57, 14 November 1960, §26.

2 *Ireland v. the United Kingdom*, Application 5310/71, 1978, § 205.

3 *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, Commission Report, 1969, § 153.

4 *Supra* note 2, § 207.

5 *Lawless v. Ireland*, § 212.

6 *Ibis*. §38.

7 *A and Others v. the United Kingdom*, Grand Chamber, 2009, § 190.

8 *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, 1993, § 66.

- Whether the need for derogation was subject to periodic review;<sup>9</sup>
- Whether there was a possibility of judicial control over such measures.<sup>10</sup>

As the court explained, “a state of emergency that threatens the nation” should not become an excuse for arbitrary interference with rights. Even during a state of emergency, any measure must serve to protect democratic order and values, human rights and freedoms.<sup>11</sup>

The cases considered by the court regarding the state of emergency so far were related to terrorist activities or armed conflict. Although the Court has not considered health-related issues in the context of the state of emergency, the aforementioned rules established by the Court’s case law are unconditionally relevant to restrictions caused by the pandemic.

## THE SUPERVISORY ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN CASE OF ABUSE OF THE STATE OF EMERGENCY BY THE AUTHORITIES

The decision of the authorities to derogate from the obligations imposed by the Convention must meet the principle of good faith in order to exclude the danger of arbitrariness and abuse of the state of emergency. However, before the implementation of the adopted measures, the European Court cannot assess the legality of the implemented measure. The necessity and proportionality of the restrictive measures are assessed only after the relevant complaint reaches the European Court. This leads to long delays in responding to abuses of these measures.

One of the important safeguards established by Article 15 is the principle of notification. In particular, according to paragraph 3 of Article 15 of the Convention “Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the

Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefore. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.”

It should be noted that the convention does not provide for the deadline and form of notification. The Court’s case law does not contain an explicit requirement that such notice be given “immediately, without any delay”. The obligation provided for in paragraph 3 of Article 15 is actually translated into the registration of the notification. Accordingly, the essential assessment of the restrictions during the state of emergency cannot take place until the applicant appeals it before the European Court. This indicates the formal nature of the state of emergency notifications.

Based on the above, there is a need to introduce new means of non-judicial supervision of the state of emergency or to strengthen the existing means. 4 years ago, the long-term derogation from the Convention by France, Ukraine and Turkey made clear to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) the necessity to use other mechanisms of the Council of Europe.

Accordingly, Council of Europe Parliamentary Assembly No. Resolution 2209 (2018) emphasized the authority of the Secretary-General, in the context of Article 52 of the Convention<sup>12</sup>, to supervise existing derogations “through dialogue with the State concerned to ensure the compliance of the measures taken during the state of emergency with the principles established by the Convention.”

Article 52 of the Convention obliges the States, upon the request of the Secretary General, to submit explanations of how the High Contracting Party ensures the effective implementation of the provisions of the Convention in national law.

The provisions of Article 52 were used six times. Finally, in 2005, the Secretary General requested clarifications from 47 member states regarding

9 Ibis, § 66.

10 Demir and others v. Turkey, application 21380/93, 23 September 1998, §52.

11 Şahin Alpay v. Turkey, Application 16538/17, June 20, 2018, §180.

12 Pursuant to Article 52, at the appropriate request of the Secretary General of the Council of Europe, each High Contracting Party shall provide an explanation of the manner in which its domestic law ensures the full implementation of the provisions of the Convention.



alleged violations of the European Convention on Human Rights related to the alleged presence of US Central Intelligence Agency (CIA) secret detention centers in Council of Europe member states. A special rapporteur was appointed to investigate the allegations. These reports established a high probability that CIA operational detention centers existed in Poland and Romania. As a result, the Parliamentary Assembly adopted several resolutions regarding this issue.

Article 52 was used only in three cases in relation to a specific participating state: in 1999, regarding the implementation of the provisions of the Convention by the Russian Federation in Chechnya; In connection with the suspension of the registration of a political party in the Republic of Moldova in 2002 for violating the rules on assembly and demonstrations; in 2015 to Azerbaijan. In the latest case, the Secretary-General requested clarifications regarding the implementation of the final decision of the European Court of Human Rights in the Ilgar Mammadov v. Azerbaijan case,<sup>13</sup> which concerned the illegal detention of a political opposition activist.

## STATE PRACTICE

Across the Council of Europe, many countries have declared a state of emergency to take unprecedented measures to tackle the COVID-19 pandemic. However, many states refrained from taking such a step. Ten states (Georgia, Estonia, Armenia, Romania, Moldova, Latvia, North Macedonia, Albania, Serbia and San Marino) used the option to derogate from the Convention due to the threat of the spread of COVID 19.

Derogation from the Convention affected a number of rights, including the right to freedom (Article 5), the right to a fair and public trial (Article 6); the right to privacy (Article 8), the right to participate in religious gatherings and the enforcement of religious rules (Article 9), Article 10 (freedom of expression), the right to assembly and demonstrations (Article 11), freedom of movement (Article 2 of Protocol 4).

<sup>13</sup> Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, application 15172/13, 13 October 2014.

As for the terms, all the states that used the right of derogation, submitted information about the declaration of the state of emergency and the measures taken within a few days. An exception is North Macedonia, which submitted such notification 2 weeks late. For reference, in *Greece v. United Kingdom*, the Commission emphasized that the three-month period between the declaration of a state of emergency and notification was unjustified.<sup>14</sup>

There are legitimate questions as to whether the notifications submitted include sufficient and reasonable grounds to demonstrate that the diversion was a necessary and proportionate measure given the dangers posed by the pandemic. Most of the messages are based on the World Health Organization's declaration of March 11, 2020, stating that the measures taken are necessary to stop the spread of the virus, which may not be sufficient justification to justify a derogation.

Finally, taking into account that Articles 8, 9, 10, 11 of the Convention and Article 1 of Additional Protocol 1 do not constitute absolute rights, it is important to determine the extent to which it was necessary to depart from these Articles using the mechanism under Article 15. Obviously, the provisions of the above-mentioned convention provide for the possibility of interfering with protected rights if the criteria of legality, necessity and proportionality are met. Presumably, the court will, first of all, consider whether there are justified circumstances to interfere with these rights. If answered in the affirmative, the court may not even consider the legitimacy of derogating from Article 15. Thus, the court will continue to examine the reasonableness of the derogation unless the restrictive measures are justified by the above-mentioned 3-step test.

## LIMITATIONS ON SPECIFIC RIGHTS

### – Article 2 of the Convention (right to life)

The right to life is one of the fundamental rights protected by the Convention. According to Article 15 of the Convention, derogation from the obligations of Article 2 is not allowed.

<sup>14</sup> *Greece v. United Kingdom*, § 158.

Although the right to health is not a right protected by the European Convention, Articles 2 and 8 of the Convention impose a positive obligation on the High Contracting Parties to ensure the supervision of the health sector through the adoption of appropriate regulations.<sup>15</sup> Article 2 also covers a situation where it is established that the authorities of a contracting state endanger human life by refusing to provide health care, while they have undertaken the obligation to make health care available to the population.<sup>16</sup>

In two exceptional cases, the Court established state liability for the actions and omissions of the medical service provider: first, when the patient's life was knowingly endangered by the refusal of emergency medical care;<sup>17</sup> Second, when due to systemic and structural deficiencies in medical facilities, a patient is deprived of the right to access emergency medical treatment, when the authorities knew or should have known about this risk and did nothing to eliminate it.<sup>18</sup>

Given the dire situation caused by the pandemic, which is affecting many people, it is essential that the authorities ensure effective enforcement of health regulations and equal access to medical services, especially for those who need emergency medical care.

#### – Article 5 of the Convention (right to liberty and security)

In the case of *Enhorn v. Sweden*,<sup>19</sup> the applicant, who was suffering from AIDS, indicated that he had been involuntarily hospitalized after having sexually transmitted the virus to another man.

In the decision made in the mentioned case, the court established the following important criteria to assess the legality of arresting persons “to prevent the spread of infectious diseases”:

*...whether the spread of infectious diseases is dangerous to the health and safety of the public,*

15 Vasileva v. Bulgaria, application 23796/10, 17 March 2016, § 63.

16 Cyprus v. Turkey, application, 25781/94, 10 May 2001, § 219.

17 Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, Application 13423/09, April 9, 2013, § 80.

18 Aydoğdu v. Turkey, application 40468/09, 30 August 2016, § 79.

19 Enhorn v. Sweden, application 56529/00, 25 January 2005.

*whether the arrest of an infected person is the last resort to prevent the spread of the disease, for the reason that less severe measures have been considered and regarded as insufficient to protect the public interest.*

In the *Einhorn* case, the Court found a violation of Article 5 § 1 on the basis that the applicant's forced isolation did not constitute an extreme measure to prevent him from spreading the AIDS virus, as less severe measures were not even considered. It is also significant that he stayed in the medical institution involuntarily for 1 year and 6 months. Therefore, the Swedish authorities have rightly failed to balance the prevention of the spread of the virus with the applicant's right to liberty.

The quarantine regime, based on the objectives of Article 5 of the Convention, leads to the “deprivation of liberty” of many people. Such deprivation of liberty shall be in accordance with the practice of the European Court of Human Rights if the deprivation of liberty is in accordance with national procedural law; Imprisonment is limited in time; Imprisonment serves a legitimate purpose, namely the prevention of the spread of infectious diseases.

#### – Article 6 of the Convention (right to a fair trial)

Unless there are exceptional circumstances, the right to a public hearing is a right under Article 6 at least in one instance.<sup>20</sup>

As a result of pandemic, the publicity of the meetings is limited, in order to prevent the spread of the virus. Participants of the process, defendants, media representatives, in most cases, are involved in the discussion of cases remotely. In this case, the use of remote involvement would be justified if the rights of a defendant will be adequately protected.<sup>21</sup>

#### – Article 8 of the Convention (right to protection of private and family life)

Physical, psychological and moral inviolability is part of the right to privacy, one of the

20 Lundevall v. Sweden, application 38629/97, 12 November 2002.

21 Marcello Viola v. Italy, Application 45106/04, 5 January 2007.

components of which is health care and medical treatment. Free and informed consent to medical treatment is one of the most important issues in the court case law.

The case of *Glass v. United Kingdom* concerned the performance of a medical procedure (taking diamorphine) on a disabled child by medical personnel without the mother's consent. In this case, the issue before the court was whether the medical institution's decision to perform a medical procedure without clear, free and informed consent was valid. The European Court found that the decision of the state authorities to ignore the applicant's refusal to receive treatment violated Article 8 of the Convention.<sup>22</sup>

On April 8, 2021, the European Court issued one of its landmark judgments in the case of *Vavrichka et al. v. Czech Republic* concerning compulsory vaccination of children.<sup>23</sup>

In this case, the applicants complained that the imposition of fines on the parents of the child and the refusal to admit them to kindergarten for failure to comply with the legal obligation of compulsory vaccination violated Article 8 of the European Convention.

The applicants claimed that mandatory vaccinations unreasonably limited their right to autonomy in making decisions about their own health. The children's parents pointed out that compulsory vaccination unjustifiably restricted the right to free development and the right of parents to ensure the upbringing of their children in accordance with their conscience, beliefs and opinions. In this regard, the applicants believed that the best interest of the child should be assessed first and foremost by the parents and that the intervention of the authorities should be allowed only in extreme cases.

The court explained that compulsory vaccination, as an involuntary medical intervention, represented an interference with the right to privacy.<sup>24</sup>

Regarding the legal obligation to vaccinate, the court explained that the purpose of the rel-

evant legislation is to protect people from diseases that may pose a serious threat to health. This applies both to those who are subject to appropriate vaccinations and to those who have not received the vaccine and are vulnerable. This purpose is consistent with the purposes of protecting health and protecting the rights and freedoms of others.

States therefore have an obligation to act in the best interests of the child in all decisions affecting the child's health and development. When it comes to immunization, the goal should be to protect the child from serious diseases. In most cases, this is achieved by compulsory vaccination of children. Those who cannot afford such treatment are indirectly protected from infectious diseases when they develop herd immunity.

Taking the above and other reasons into account, the European Court found that mandatory vaccination did not violate the right to privacy.

#### **– Articles 9 and 11 of the Convention (right to religion and assembly)**

The above rights are not absolute. The European Convention clearly allows interference with these rights under certain conditions. The burden of proof is on the respondent state, which must justify the reasonableness of the interference with these rights.

When assessing the proportionality of a specific measure, the court will take into account whether there is another alternative means or means of achieving the intended goal. The court will assess whether the restrictive measures are "adequate" and "sufficient." An important factor in assessing proportionality is also the existence of an effective system of control of the restrictive measures.

Several states have banned public gatherings to prevent the spread of the virus. These events include, among others, religious gatherings, political rallies, concerts, sporting events, and more. The imposition of such restrictions is highly likely to be a proportionate measure, as it aims to protect the health, rights and freedoms of others in a democratic society.

22 *Glass v. UK*, application 61827/00, 9 March 2004, §70.

23 *Vavrichka et al. v. Czech Republic*, application 37621/13, April 8, 2021.

24 *Solomakhin v. Ukraine*, application 24429/03, March 15, 2012, § 33.

– **Article 10 of the Convention (freedom of expression)**

Media outlets play an important role in disseminating information related to Covid-19. At the same time, in order to prevent the spread of inaccurate information, some states were forced to take specific steps that limited freedom of expression and the right to spread information (for example, Armenia). This raises the question: whether the restrictions established in terms of freedom of expression meet the criteria of proportionality and necessity, as required by paragraph 2 of Article 10 of the Convention.

Undoubtedly, if such limitations are imposed, the court will apply a strict standard of assessment. Although some aspects of freedom of speech may be limited, the main core of this right must remain intact and must be protected. According to the Court's assessment, even during a state of emergency, all government efforts should serve to protect democratic values and not limit them.<sup>25</sup>

– **Article 2 of the 4<sup>th</sup> additional protocol of the Convention (freedom of movement)**

As a result of the pandemic, many states have restricted movement. International travel has been restricted, including the entry of foreign nationals into the country.

In the context of the coronavirus pandemic, the contracting states of the Convention have significantly taken into account the interest of protecting public health, which led to restrictions on the freedom of movement and travel of people. As stated in paragraph 3 of this article, restrictions on freedom of movement can be imposed if this restriction is provided for by law and is necessary to achieve a legitimate goal in a democratic society.

In case law, the European Court has repeatedly emphasized that restrictions on freedom of movement, such as quarantine restrictions, should be temporary measures that should be stopped as soon as possible. The long-term use of such a restrictive measure may be disproportionate if the maintenance of this measure is not

a necessary and extreme measure to achieve a legitimate aim.<sup>26</sup>

## CONCLUSION

The coronavirus pandemic is a global crisis that is costing the lives and health of many people.

Countries must act immediately to stop the spread of the virus. The strategy to fight the disease includes, among others, patient testing, contact tracing of infected patients, travel restrictions, isolation of citizens, which leads to the restriction of rights and freedoms guaranteed by the constitution and international human rights documents.

It is the national government's job to protect citizens from deadly diseases, including by declaring a state of emergency. Despite this, states should not cross the red line. A state of emergency that threatens the life of a nation should not become a pretext for arbitrary interference with rights. Even during a state of emergency, any measure should serve to protect democratic order and values, human rights and freedoms.

On the other hand, there is a danger of the government abusing the state of emergency and disproportionately restricting human rights in general. In this regard, the supervisory role of the European Court is important. However, as discussed above, before the implementation of the adopted measures and the submission of the relevant complaint to the European Court, the court cannot abstractly evaluate the legality of the implemented measure.

Accordingly, there is a need to strengthen other means of non-judicial supervision of the state of emergency. One such tool is Article 52 of the Convention, on the basis of which the Secretary General of the Council of Europe is authorized to supervise the existing derogations in order to ensure the compliance of the measures adopted during the state of emergency with the principles established by the Convention. Strengthening non-judicial mechanisms of supervision will contribute more to solving the complex problem of abuse of rights restrictions and protecting the rule of law – the main value of the Council of Europe.

25 Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Application 13237/17, March 20, 2018, §210.

26 Kuimov v. Russia, application 32147/04, April 8, 2009.

**BIBLIOGRAPHY;**

1. European Convention on Human Rights. (In English)
2. Protocol 1 to the European Convention on Human Rights. (In English)
3. actsheet – Covid 19 health crises. available at: <[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Covid\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf)> (In English)
4. Council of Europe Parliamentary Assembly No. Resolution 2209 (2018) (In English)
5. Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, application 15172/13, 13 October 2014 (In English)
6. Vasileva v. Bulgaria, application 23796/10, 17 March 2016 (In English)
7. Cyprus v. Turkey, application, 25781/94, 10 May 2001 (In English)
8. Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, Application 13423/09, April 9, 2013 (In English)
9. Aydoğdu v. Turkey, application 40468/09, 30 August 2016 (In English)
10. Enhorn v. Sweden, application 56529/00, 25 January 2005 (In English)
11. Lundevall v. Sweden, Application 38629/97, November 12, 2002 (In English)
12. Marcello Viola v. Italy, Application 45106/04, 5 January 2007 (In English)
13. Glass v. UK, application 61827/00, 9 March 2004 (In English)
14. Vavrichka et al. v. Czech Republic, application 37621/13, April 8, 2021 (In English)
15. Solomakhin v. Ukraine, application 24429/03, March 15, 2012 (In English)
16. Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Application 13237/17, March 20, 2018 (In English)
17. Lawless v. Ireland, Application 332/57, 14 November 196 (In English)
18. Ireland v. the United Kingdom, Application 5310/71, 1978 (In English)
19. Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece (In English)
20. A and Others v. the United Kingdom, Grand Chamber, 2009 (In English)
21. Brannigan and McBride v. the United Kingdom, 1993 (In English)
22. Demir and others v. Turkey, application 21380/93, 23 September 1998 (In English)
23. Şahin Alpay v. Turkey, Application 16538/17, June 20, 2018 (In English)



# COVID-19 – ის გავლენა ადამიანის უფლებებზე

## ლევან მესხორაძე

ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

საკვანძო სიტყვები: ადამიანის უფლებები, თავისუფლების დაცვა, ევროპული სასამართლო

### აბსტრაქტი

2020 წლის 11 მარტს ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაციამ კორონავირუსის პანდემია გამოაცხადა, რამაც მილიარდობით ადამიანის ცხოვრება შეცვალა. პანდემიის შედეგად, შეიზღუდა ადამიანის არაერთი კონსტიტუციური უფლება. საგანგებო მდგომარეობის დროს დადგენილმა შეზღუდვებმა გავლენა მოახდინა საზოგადოებრივ ცხოვრებაზე და საფრთხე შეუქმნა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ინსტრუმენტების იმპლემენტაციას ეროვნულ დონეზე. ევროპის საბჭოს მასშტაბით, მრავალმა ქვეყანამ გამოაცხადა საგანგებო მდგომარეობა, რათა მიეღოთ უპრეცედენტო ღონისძიებები COVID-19 პანდემიის დაძლევის მიზნით. ამასთან, ბევრმა სახელმწიფომ თავი შეიკავა ასეთი ნაბიჯის გადადგმისაგან.

წინამდებარე სტატია მიმოიხილავს COVID-19-ის გავლენას ევროპული კონვენციით დაცულ უფლებებსა და თავისუფლებებზე, სახელმწიფო პრაქტიკას, სტატისტიკურ მონაცემებს და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს (ევროპული სასამართლო) საზედამხედველო როლს უფლებებიდან გადახვევის მექანიზმის ბოროტად გამოყენების წინააღმდეგ. როგორც ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, „საგანგებო მდგომარეობა, რომელიც საფრთხეს უქმნის ერს“, არ უნდა გახდეს უფლებებში თვითნებური ჩარევის საბაბი. საგანგებო მდგომარეობის დროსაც კი, ნებისმიერი ღონისძიება უნდა ემსახურებოდეს დემოკრატიული წესრიგისა და ღირებულებების, ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვას.

### შესავალი

2019 წლის ბოლოდან მოყოლებული ახალი კორონავირუსი COVID-19 გლობალურად გავრცელდა მსოფლიოში. 2020 წლის 30 იანვარს, ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაციის გენერალურმა მდივანმა ახალი კორონავირუსის აფეთქების შესახებ განაცხადა. 2020 წლის 11 მარტს საერთაშორისო ორგანიზაციამ კორონავირუსის პანდემია გამოაცხადა. შეჩერდა ეკონომიკა, მილიარდობით ადამიანის ცხოვრება შეიცვალა. „კორონავირუსით გამოწვეული პანდემიის გამოცდილება ახ გვაქვს, ასევე დღემდე ახ ყოფილა პანდემია, რომლის გაკონტროლება შესაძლებელი იქნებოდა“ – განაცხადა ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაციის ხელმძღვანელმა, ტედროს ადჰამონ ლებრეიესუსმა.

შექმნილმა მდგომარეობამ გამოიწვია შეზღუდვების დაწესების საჭიროება სხვადასხვა სფეროში. პანდემიის შედეგად, შეიზღუდა ადამიანის არაერთი უფლება, რომელიც გარანტირებულია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით (ევროპული კონვენცია).

როგორც ძლიერი ინფექციური დაავადება, COVID-19 მოითხოვდა და მოითხოვს სპეციალური ღონისძიებების მიღებას ვირუსის გავრცელების შესაჩერებლად. ევროპის საბჭოს მასშტაბით, ათმა სახელმწიფომ (საქართველო, ესტონეთი, სომხეთი, რუმინეთი, მოლდოვა, ლატვია, ჩრდილოეთ მაკედონია, ალბანეთი, სერბეთი და სან მარინო) გამოაცხადა საგანგებო მდგომარეობა და მე-15 მუხლის შესაბამისად მიიღო გადაწყვეტილება კონვენციით ნაკისრი ვალდებულებიდან გადახვევის შესახებ (გადახვევა). საგანგებო მდგომარეობის დროს დადგენილმა შეზღუდვებმა გავლენა მოახდინა საზოგადოებრივ ცხოვრებაზე და საფრთხე შეუქმნა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ინსტრუმენტების იმპლემენტაციას ეროვნულ დონეზე.

### საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადება და კონვენციით გარანტირებული უფლებებიდან გადახვევა ევროპული კონვენციითა და სასამართლო პრაქტიკით დადგენილი არსებითი მოთხოვნები

ლევან მესხორაძე

ევროპული კონვენციის მე-15 მუხლის თანახმად, მაღალ ხელშემკვრელ მხარეს შეუძლია გადახვევის კონვენციით ნაკისრი ვალდებულებებიდან, თუ იგი აკმაყოფილებს სამ პირობას. პირველ რიგში, გადახვევა დაშვებულია მხოლოდ „ომის ან სხვა საგანგებო მდგომარეობის დროს, რომელიც საფრთხეს უქმნის ერის სიცოცხლეს“; მეორე, ვალდებულებებიდან გადახვევა დასაშვებია მხოლოდ „იმ მოცულობით, რამდენადაც ამას მოითხოვს მდგომარეობის სიმწვავე“; მესამე, გადახვევა უნდა შეესაბამებოდეს „სახელმწიფოს სხვა საერთაშორისო სამართლებრივ ვალდებულებებს“.

საგულისხმოა, რომ კონვენციის მე-15 მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, დაუშვებელია ზოგიერთი უფლებიდან გადახვევა. კონვენცია არ უშვებს მე-2 (სიცოცხლის უფლება), მე-3 (წამების აკრძალვა), მე-4 (მონობისა და იძულებითი შრომის აკრძალვა) და მე-7 (არავითარი სასჯელი კანონის გარეშე) მუხლებიდან გადახვევის შესაძლებლობას. ამასთან, ყოველი მაღალი ხელშემკვრელი მხარე, რომელიც აკეთებს გადახვევას, ევროპის საბჭოს გენერალურ მდივანს აცნობებს გატარებული ღონისძიებების შესახებ.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეში ლოლესი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ „ომის ან ერის არსებობისათვის საშიში სხვა საგანგებო მდგომარეობა“ განმარტა როგორც „განსაკუთრებული კიზისური ან სხვა საგანგებო მდგომარეობა, რომელიც გავლენას ახდენს მოსახლეობაზე და წახმოადგენს საფრთხეს იმ საზოგადოებისათვის, რომლისგანაც შედგება სახელმწიფო“.<sup>1</sup> საგანგებო მდგომარეობა უნდა ეფუძნებოდეს

1 ლოლესი ირლანდიის წინააღმდეგ (Lawless v. Ireland), განაცხადი 332/57, 1960 წლის 14 ნოემბერი, §26.

მყისიერ და რეალურ საფრთხეს.<sup>2</sup> ამასთან, საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადება ლეგიტიმურია მაშინ, როცა კონვენციით გათვალისწინებული ჩვეულებრივი შეზღუდვები არასაკმარისად მიიჩნევა.<sup>3</sup> კონვენცია არ ადგენს საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების ვადებსა და ხანგრძლივობას. თუმცა, სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი ცხადყოფს, რომ მე-15 მუხლის მიზნებისათვის, საგანგებო მდგომარეობის გაგრძელება შეაძლებელია მრავალი წლის განმავლობაში.

ეროვნულ ხელისუფლების საქმეა გადაწყვიტოს საგანგებო მდგომარეობის არსებობა, გადახვევის ხასიათი და მასშტაბი. ამ კუთხით, მე-15 მუხლი აწესებს მოქმედების ფართო ფარგლებს.<sup>4</sup> ამის მიუხედავად, სახელმწიფოებს არ გააჩნიათ შეუზღუდავი უფლებამოსილება. იმის დასადგენად, გადაკვეთა თუ არა ხელისუფლებამ წითელი ხაზი, სასამართლო მხედველობაში იღებს შემდეგ ფაქტორებს:

- შესაძლებელი იყო თუ არა საგანგებო მდგომარეობით გამოწვეული საშიშროების გამკლავება მოქმედი კანონმდებლობით, მე-15 მუხლით გათვალისწინებული გადახვევის გვერდის ავლით;<sup>5</sup>
- გამოყენებული იქნა თუ არა ღონისძიებები იმ მიზნებისთვის, რისთვისაც ისინი იქნა მიღებული;<sup>6</sup>
- იყო თუ არა გატარებული ღონისძიებები პროპორციული და არსებობდა თუ არა დასახული მიზნის მიღწევის სხვა ალტერნატიული მსუბუქი საშუალებები;<sup>7</sup>

- როგორია კონვენციის ვალდებულებებიდან გადახვევის მასშტაბი (ბრენიგანი და მაკბრაიდი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ);<sup>8</sup>
- გადახვევის საჭიროება ექვემდებარებოდა თუ არა პერიოდულ შემოწმებას;<sup>9</sup>
- არსებობდა თუ არა ასეთ ღონისძიებებზე სასამართლო კონტროლის შესაძლებლობა.<sup>10</sup>

როგორც სასამართლომ განმარტა, „საგანგებო მდგომარეობა, რომელიც საფრთხეს უქმნის ერს“, არ უნდა გახდეს უფლებებში თვითნებური ჩარევის საბაბი. საგანგებო მდგომარეობის დროსაც კი, ნებისმიერი ღონისძიება უნდა ემსახურებოდეს დემოკრატიული წესრიგისა და ღირებულებების, ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვას.<sup>11</sup>

საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებით, სასამართლოს მიერ აქამდე განხილული საქმეები ეხებოდა ტერორისტულ საქმიანობას ან შეიარაღებულ კონფლიქტს. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს, საგანგებო მდგომარეობის კონტექსტში, არ განუხილავს ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული საკითხები, სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით დადგენილი ზემოხსენებული წესები უპირობოდ რელევანტურია პანდემიით გამოწვეულ შეზღუდვებთან მიმართებით.

2 ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Ireland v. the United Kingdom), განაცხადი 5310/71, 1978 წელი, § 205.

3 დანია, ნორვეგია, შვედეთი და ნიდერლანდები საბერძნეთის წინააღმდეგ (Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece), კომისიის ანგარიში, 1969 წელი, § 153.

4 ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Ireland v. the United Kingdom), განაცხადი 5310/71, 1978 წელი, § 207.

5 ლოლესი ირლანდიის წინააღმდეგ, §36; ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, § 212.

6 ლოლესი ირლანდიის წინააღმდეგ, §38.

7 A და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (A and Others v. the United Kingdom), დიდი პალატა, 2009 წელი, § 190.

8 ბრენიგანი და მაკბრაიდი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Brannigan and McBride v. the United Kingdom), 1993 წელი, § 66.

9 ბრენიგანი და მაკბრაიდი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, § 66.

10 დემირი და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ (Demir and others v. Turkey), განაცხადი 21380/93, 1998 წლის 23 სექტემბერი, §52.

11 შაჰინ ალპაი თურქეთის წინააღმდეგ (Şahin Alpay v. Turkey), განაცხადი 16538/17, 2018 წლის 20 ივნისი, §180.

### აღამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს საზედამხებელი როლი ხელისუფლების მიერ საგანგებო მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების შემთხვევაში

ხელისუფლებების გადაწყვეტილება კონვენციით ნაკისრი ვალდებულებებიდან გადახვევის შესახებ უნდა აკმაყოფილებდეს კეთილსინდისიერების პრინციპს, რათა გამოირიცხოს თვითნებობისა და საგანგებო მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების საფრთხე. თუმცა, მიღებული ღონისძიებების იმპლემენტაციამდე, ევროპულ სასამართლოს არ შეუძლია შეაფასოს გატარებული ღონისძიებების კანონიერება. შემზღუდავი ღონისძიებების აუცილებლობა და პროპორციულობა ფასდება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც შესაბამისი საჩივარი მიაღწევს ევროპულ სასამართლომდე. ეს იწვევს ხანგრძლივ შეფერხებას ამ ღონისძიებათა ბოროტად გამოყენების ფაქტებზე რეაგირების კუთხით.

მე-15 მუხლით დადგენილი ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი დამცავი ელემენტია შეტყობინების პრინციპი. კერძოდ, კონვენციის მე-15 მუხლის მე-3 პუნქტის თანახმად „ყოველი მაღალი ხელშემკვხედი მხაზე, რომელიც იყენებს გადახვევის უფლებას, ევროპის საბჭოს გენერალური მდივანს აწვდის ამომწურავ ინფორმაციას გატარებული ღონისძიებებისა და მათი მიზეზების შესახებ. იგი აგხეთვე აცხადებს ევროპის საბჭოს გენერალური მდივანს ასეთ ღონისძიებათა შეწყვეტისა და კონვენციის დებულებათა სხუდად ამოქმედების თაჩილს.“

აღსანიშნავია, რომ კონვენცია არ ითვალისწინებს შეტყობინების გაკეთების ვადასა და ფორმას. სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი არ შეიცავს ასეთი შეტყობინების „დაუყოვნებლივ, ყოველგვარი შეფერხების გარეშე“ წარდგენის ექსპლიციტურ მოთხოვნას. მე-15 მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული ვალდებულება რეალურად შეტყობინების დარეგისტრირებაში ითარგმნება. შესაბამისად, საგანგებო მდგომარეობის დროს შეზღუდვების არსებითი შეფასება ვერ მოხდება, ვიდრე განმცხადებელი მას

არ გაასაჩივრებს ევროპული სასამართლოს წინაშე. ეს საგანგებო მდგომარეობის შესახებ შეტყობინებების ფორმალურ ხასიათზე მიუთითებს.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ჩნდება საგანგებო მდგომარეობის არასასამართლო ზედამხედველობის ახალი საშუალებების დანერგვის ან არსებული საშუალებების გაძლიერების საჭიროება. 4 წლის წინ, საფრანგეთის, უკრაინისა და თურქეთის მიერ კონვენციიდან ხანგრძლივმა გადახვევამ ევროპის საბჭოს საპარლამენტო ასამბლეას (PACE) ნათლად დაანახა ევროპის საბჭოს სხვა მექანიზმების გამოყენების აუცილებლობა.

შესაბამისად, ევროპის საბჭოს საპარლამენტო ასამბლეის No. 2209 (2018) რეზოლუციით ხაზი გაესვა გენერალური მდივნის უფლებამოსილებას, კონვენციის 52-ე მუხლის<sup>12</sup> კონტექსტში, ზედამხედველობა გაუწიოს არსებულ გადახვევებს „დაინტეგრირებულ სახელმწიფოსთან დიპლომატიის გზით, ხათა უზუნველყოფილ იქნეს საგანგებო მდგომარეობის დროს მიღებული ღონისძიებების შესაბამისობა კონვენციით დადგენილ პრინციპებთან“.

კონვენციის 52-ე მუხლი სახელმწიფოებს ავალდებულებს, გენერალური მდივნის მოთხოვნის საფუძველზე, „წახადგინონ განმაჩვენებები თუ ხოგოხ უზუნველყოფს მაღალი ხელშემკვხედი მხაზე კონვენციის დებულებების ეფექტუხ იმპლემენტაციას ეხოვნულ სამაჩთადში.“

52-ე მუხლის დებულებები გამოყენებული იქნა ექვსჯერ. ბოლოს, 2005 წელს, გენერალურმა მდივანმა 47 წევრ სახელმწიფოს მოსთხოვა განმარტებები ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის სავარაუდო დარღვევებთან დაკავშირებით, რომელიც უკავშირდებოდა ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოებში აშშ-ის ცენტრალური სადაზვერვო სააგენტოს (CIA) საიდუმლო დაკავების ცენტრების სავარაუდო არსებობას. დაინიშნა სპეციალური მომხსენებელი, რომელიც გამოიძიებდა ამ ბრალდებებს. ამ მოხსენებებით

12 52-ე მუხლის თანახმად, ევროპის საბჭოს გენერალური მდივნის შესაბამისი მოთხოვნით, ყოველი მაღალი ხელშემკვრელი მხარე წარმოადგენს განმარტებას, თუ რა გზით უზრუნველყოფს მისი შიდა სამართალი კონვენციის დებულებათა სრულად განხორციელებას.



მაღალი ალბათობით დადგინდა, რომ CIA-ს ოპერატიული დაკავების ცენტრები არსებობდა პოლონეთსა და რუმინეთში. შედეგად საპარლამენტო ასამბლეამ მიიღო რამდენიმე რეზოლუცია ამ საკითხთან დაკავშირებით.

მხოლოდ სამ შემთხვევაში იქნა გამოყენებული 52-ე მუხლი კონკრეტულ მონაწილე სახელმწიფოსთან მიმართებაში: 1999 წელს რუსეთის ფედერაციის მიერ ჩეჩნეთში კონვენციის დებულებების შესრულების თაობაზე; 2002 წელს მოლდოვას რესპუბლიკაში პოლიტიკური პარტიის რეგისტრაციის შეჩერებასთან დაკავშირებით, შეკრებისა და მანიფესტაციების შესახებ წესების დარღვევის გამო; 2015 წელს აზერბაიჯანის მიმართ. ბოლო შემთხვევაში, გენერალურმა მდივანმა მოითხოვა განმარტებები ევროპული სასამართლოს საბოლოო გადაწყვეტილების აღსრულებასთან დაკავშირებით საქმეზე ილგარ მამადოვი აზერბაიჯანის წინააღმდეგ,<sup>13</sup> რომელიც ეხებოდა პოლიტიკური ოპოზიციის აქტივისტის უკანონო დაკავებას.

## სახელმწიფო პრაქტიკა

ევროპის საბჭოს მასშტაბით, მრავალმა ქვეყანამ გამოაცხადა საგანგებო მდგომარეობა, რათა მიეღოთ უპრეცედენტო ღონისძიებები COVID-19 პანდემიის დაძლევის მიზნით. ამასთან, ბევრმა სახელმწიფომ თავი შეიკავა ასეთი ნაბიჯის გადადგმისაგან. ათმა სახელმწიფომ (საქართველო, ესტონეთი, სომხეთი, რუმინეთი, მოლდოვა, ლატვია, ჩრდილოეთ მაკედონია, ალბანეთი, სერბეთი და სან მარინო) გამოიყენა კონვენციიდან გადახვევის შესაძლებლობა COVID 19-ის გავრცელების საფრთხის გამო.

კონვენციიდან გადახვევა შეეხო არაერთ უფლებას, მათ შორის, თავისუფლების უფლებას (მე-5 მუხლი), საქმის სამართლიანი და საჯარო განხილვის უფლებას (მე-6 მუხლი); პირადი ცხოვრების დაცულობის უფლებას (მე-8 მუხლი), რელიგიურ შეკრებებში მონაწილეობისა და რელიგიური წესების აღსრუ-

ლების უფლებას (მე-9 მუხლი), მე-10 მუხლი (გამოხატვის თავისუფლება), შეკრებისა და მანიფესტაციების უფლებას (მე-11 მუხლი), მიმოსვლის თავისუფლებას (მე-4 ოქმის მე-2 მუხლი).

რაც შეეხება ვადებს, ყველა სახელმწიფომ, რომელმაც გამოიყენა გადახვევის უფლება, ინფორმაცია საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებისა და გატარებული ღონისძიებების შესახებ წარადგინა რამდენიმე დღეში. გამონაკლისია ჩრდილოეთ მაკედონია, რომელმაც ასეთი შეტყობინება 2 კვირის დაგვიანებით წარადგინა. ცნობისთვის, საქმეზე საბერძნეთი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, კომისიამ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ სამთვინი ვადა საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებასა და შეტყობინებას შორის გაუმართლებელი იყო.<sup>14</sup>

არსებობს ლეგიტიმური შეკითხვები – მოიცავს თუ არა წარდგენილი შეტყობინებები საკმარის და დასაბუთებულ მიზეზებს იმის დასადასტურებლად, რომ გადახვევა წარმოადგენდა აუცილებელ და პროპორციულ ღონისძიებას პანდემიით გამოწვეული საშიშროების გათვალისწინებით. შეტყობინებების უმეტესობა ეფუძნება მსოფლიო ჯანდაცვის ორგანიზაციის 2020 წლის 11 მარტის დეკლარაციას და აღნიშნავს, რომ მიღებული ღონისძიებები აუცილებელია ვირუსის გავრცელების შესაჩერებლად, რაც შესაძლოა არ აღმოჩნდეს საკმარისი დასაბუთება გადახვევის გასამართლებლად.

და ბოლოს, იმის გათვალისწინებით, რომ კონვენციის მე-8, მე-9, მე-10, მე-11 მუხლები და 1-ელი დამატებითი ოქმის 1-ელი მუხლი არ წარმოადგენს აბსოლუტურ უფლებებს, მნიშვნელოვანია დადგინდეს – რამდენად აუცილებელი იყო ამ მუხლებიდან გადახვევა მე-15 მუხლის მექანიზმის გამოყენებით. ცხადია, ზემოხსენებული კონვენციის დებულებები ითვალისწინებს დაცულ უფლებებში ჩარევის შესაძლებლობას, თუ სახეზეა კანონიერების, აუცილებლობისა და პროპორციულობის კრიტერიუმები. სავარაუდოდ, სასამართლო, პირველ რიგში, განიხილავს სახეზეა თუ არა ამ უფლებებში ჩარევის საპატიო გარემოებები.

13 ილგარ მამადოვი აზერბაიჯანის წინააღმდეგ (Ilgar Mammadov v. Azerbaijan), განაცხადი 15172/13, 2014 წლის 13 ოქტომბერი.

14 საბერძნეთი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, § 158.



დადებითი პასუხის შემთხვევაში, შესაძლოა სასამართლომ არც კი განიხილოს მე-15 მუხლიდან გადახვევის ლეგიტიმურობა. ამრიგად, სასამართლო განაგრძობს გადახვევის მართლზომიერების შემოწმებას, თუ შემზღუდავი ღონისძიებები არ იქნება გამართლებული ზემოხსენებული 3 საფეხურიანი ტესტით.

### შეზღუდვები კონკრეტული უფლებების მიმართ

#### – კონვენციის მე-2 მუხლი (სიცოცხლის უფლება)

სიცოცხლის უფლება კონვენციით დაცული ერთ-ერთ ფუნდამენტურ უფლებაა. კონვენციის მე-15 მუხლის თანახმად, მე-2 მუხლის ვალდებულებებიდან გადახვევა დაუშვებელია.

მიუხედავად იმისა, რომ ჯანმრთელობის უფლება არ წარმოადგენს ევროპული კონვენციით დაცულ უფლებას, კონვენციის მე-2 და მე-8 მუხლები მაღალ ხელშემკვრელ მხარეებს აკისრებს პოზიტიურ ვალდებულებას უზრუნველყონ ჯანდაცვის სექტორის ზედამხედველობა სათანადო რეგულაციების მიღების გზით.<sup>15</sup> მე-2 მუხლის ქვეშ ასევე ხვდება სიტუაცია, სადაც დადგინდება, რომ ხელშემკვრელი სახელმწიფოს ხელისუფლების ორგანოები საფრთხეში აგდებენ ადამიანის სიცოცხლეს ჯანმრთელობის დაცვაზე უარის თქმით, მაშინ როდესაც მათ იკისრეს ვალდებულება, ჯანმრთელობის დაცვა ხელმისაწვდომი გაეხადათ მოსახლეობისთვის.<sup>16</sup>

ორ გამონაკლის შემთხვევაში, სასამართლომ დაადგინა სახელმწიფო პასუხისმგებლობა სამედიცინო მომსახურების მიმწოდებლის ქმედებებსა და უმოქმედობებთან დაკავშირებით: პირველი, როცა პაციენტის სიცოცხლე შეგნებულად აღმოჩნდა საფრთხის წინაშე გადაუდებელ სამედიცინო დახმარებაზე უარის თქმის გამო;<sup>17</sup> მეორე, როცა სამედიცინო დაწესებულებებში არსებული

სისტემური და სტრუქტურული ხარვეზების გამო პაციენტს წაერთვა გადაუდებელ სამედიცინო მკურნალობაზე ხელმისაწვდომობის უფლება, როცა ხელისუფლებამ იცოდა ან უნდა სცოდნოდა ამ რისკის შესახებ და არაფერი გააკეთა ამ მის აღმოსაფხვრელად.<sup>18</sup>

პანდემიით გამოწვეული მწვავე ვითარების გათვალისწინებით, რასაც ეწირება არაერთი ადამიანი, არსებითად მნიშვნელოვანია ხელისუფლებამ უზრუნველყოს ჯანდაცვის რეგულაციების ეფექტიანი აღსრულება და სამედიცინო მომსახურების თანაბარი ხელმისაწვდომობა, განსაკუთრებით იმ ადამიანებისათვის, ვისაც ესაჭიროება გადაუდებელი სამედიცინო დახმარება.

#### – კონვენციის მე-5 მუხლი (თავისუფლებისა და უსაფრთხოების უფლება)

საქმეში ენჰორნი შვედეთის წინააღმდეგ.<sup>19</sup> განმცხადებელი, რომელიც დაავადებული იყო შიდსით, მიუთითებდა, რომ იგი არანებაცოფლობით იქნა საავადმყოფოში მოთავსებული მას შემდეგ, რაც სქესობრივი კავშირის შედეგად ვირუსი სხვა კაცს გადასდო.

აღნიშნულ საქმეზე გამოტანილ გადაწყვეტილებაში, „ინფექციურ დაავადებათა გავრცელების თავიდან ასაცილებლად“ პირთა დაპატიმრების კანონიერების შესაფასებლად, სასამართლომ დაანესა შემდეგი მნიშვნელოვანი კრიტერიუმები:

...აჩის თუ ახა ინფექციუხ დაავადებათა გავრცელება სახიფათო საზოგადოების ჯანმრთელობისა და უსაფრთხოებისათვის, აჩის თუ ახა დაინფიცირებული პიჩის დაპატიმრება უკანასკნელი საშუალება დაავადების გავრცელების თავიდან ასაცილებლად, იმ მიზეზით, რომ ნაკლებად მკაცრი ღონისძიებები იქნა განხილული და მიჩნეული ახასაკმაჩისად საზოგადოებრივი ინტეხის დასაცავად.

სასამართლომ ენჰორნის საქმეში მე-5 მუხლის პირველი ნაწილის დარღვევა დაადგინა იმის საფუძველზე, რომ განმცხადებლის

15 ვასილევა ბულგარეთის წინააღმდეგ (Vasileva v. Bulgaria), განაცხადი 23796/10, 17 March 2016, § 63.

16 კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ (Cyprus v. Turkey), განაცხადი, 25781/94, 2001 წლის 10 მაისი, § 219.

17 მეჰმედ შენტურკი და ბეკირ შენტურკი თურქეთის წინააღმდეგ (Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey), განაცხადი 13423/09, 2013 წლის 9 აპრილი, § 80.

18 აიღოგლუ თურქეთის წინააღმდეგ (Aydoğdu v. Turkey), განაცხადი 40468/09, 2016 წლის 30 აგვისტო, § 79.

19 ენჰორნი შვედეთის წინააღმდეგ (Enhorn v. Sweden), განაცხადი 56529/00, 2005 წლის 25 იანვარი.

იძულებითი იზოლაცია არ წარმოადგენდა უკიდურეს ღონისძიებას მის მიერ შიდსის ვირუსის გავრცელების თავიდან ასაცილებლად, ვინაიდან ნაკლებად მკაცრი ღონისძიებები არც კი განხილულა. საგულისხმოა აგრეთვე ის გარემოება, რომ იგი სამკურნალო დაწესებულებაში არანებაყოფლობით იმყოფებოდა 1 წლისა და 6 თვის განმავლობაში. აქედან გამომდინარე, შვედეთის ხელისუფლებამ სამართლიანად ვერ დააბალანსა ვირუსის გავრცელების შეჩერება და მომჩივნის თავისუფლების უფლება.

კარანტინის რეჟიმი, კონვენციის მე-5 მუხლის მიზნებიდან გამომდინარე, იწვევს არაერთი ადამიანის „თავისუფლების აღკვეთას“. ასეთი თავისუფლების აღკვეთა შესაბამისობაში იქნება ევროპული სასამართლოს პრაქტიკასთან თუ: თავისუფლების აღკვეთა შესაბამისობაშია ეროვნულ საპროცესო კანონმდებლობასთან; თავისუფლების აღკვეთა შეზღუდულია დროში; თავისუფლების აღკვეთა ემსახურება ლეგიტიმურ მიზანს, კერძოდ, ინფექციური დაავადებების გავრცელების პრევენციას.

#### – კონვენციის მე-6 მუხლი (საქმის სამართლიანი განხილვის უფლება)

გარდა იმ შემთხვევისა, როცა არსებობს საგამონაკლისო გარემოებები, საქმის საჯარო განხილვის უფლება წარმოადგენს მე-6 მუხლით გათვალისწინებულ უფლებას მინიმუმ ერთ ინსტანციაში.<sup>20</sup>

პანდემიის შედეგად სხდომათა საჯაროობა შეზღუდულია, იმის გამო, რომ არ მოხდეს ვირუსის გავრცელება. პროცესის მონაწილე პირები, ბრალდებულები, მედიის წარმომადგენლები, ძირითად შემთხვევებში, დისტანციური წესით ერთვებიან საქმეთა განხილვაში. ამ შემთხვევაში, დისტანციური ჩართვის გამოყენება გამართლებული იქნება იმ შემთხვევაში, როცა განსასჯელის უფლებები ადეკვატურად იქნება დაცული.<sup>21</sup>

#### – კონვენციის მე-8 მუხლი (პირადი და ოჯახური ცხოვრების დაცულობის უფლება)

პირადი ცხოვრების დაცულობის უფლების შემადგენელი ნაწილია ფიზიკური, ფსიქოლოგიური და მორალური ხელშეუხებლობა, რომლის ერთ-ერთი კომპონენტია ჯანდაცვა და სამედიცინო მკურნალობა. სამედიცინო მკურნალობაზე თავისუფალი და ინფორმირებული თანხმობა წარმოადგენს ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს საკითხს სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალში.

საქმე გლასსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ ეხებოდა სამედიცინო პერსონალის მიერ დედის თანხმობის გარეშე მისი შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე შვილის მიმართ სამედიცინო პროცედურის განხორციელებას (დიამორფინის მიღებას). ამ საქმეში სასამართლოს წინაშე განსახილველ საკითხს წარმოადგენდა რამდენად მართებული იყო სამედიცინო დაწესებულების გადაწყვეტილება, სამედიცინო პროცედურა განხორციელებინა აშკარა, თავისუფალი და ინფორმირებული თანხმობის გარეშე. ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ სახელმწიფო ორგანოების გადაწყვეტილება უგულებელყო განმცხადებლის უარი ჩასატარებელ მკურნალობაზე არღვევდა კონვენციის მე-8 მუხლს.<sup>22</sup>

2021 წლის 8 აპრილს, ევროპულმა სასამართლომ გამოიტანა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილება საქმეზე ვაზრიჩკა და სხვები ჩეხეთის რესპუბლიკის წინააღმდეგ, რომელიც შეეხება ბავშვების სავალდებულო ვაქცინაციას.<sup>23</sup>

ამ საქმეში განმცხადებლები ჩიოდნენ, რომ ბავშვის მშობლებისთვის ჯარიმის დაკისრება და მათთვის ბავშვების საბავშვო ბაღში მიღებაზე უარის თქმა, სავალდებულო ვაქცინაციის შესახებ კანონისმიერი ვალდებულების შეუსრულებლობის გამო, არღვევდა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლს.

მომჩივნები აცხადებდნენ, რომ სავალდე-

20 ლუნდავლი შვედეთის წინააღმდეგ (Lundevall v. Sweden), განაცხადი 38629/97, 2002 წლის 12 ნოემბერი.

21 მარჩელო ვიოლა იტალიის წინააღმდეგ (Marcello Viola v. Italy), განაცხადი 45106/04, 2007 წლის 5 აპრილი.

22 გლასსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Glass v. UK), განაცხადი 61827/00, 2004 წლის 9 მარტი, §70.

23 ვაზრიჩკა და სხვები ჩეხეთის რესპუბლიკის წინააღმდეგ, განაცხადი 37621/13, 2021 წლის 8 აპრილი.

ბულო ვაქცინაცია დაუსაბუთებლად ზღუდავდა საკუთარი ჯანმრთელობის შესახებ გადაწყვეტილების მიღების ავტონომიურობის უფლებას. ბავშვების მშობლები უთითებდნენ, რომ სავალდებულო ვაქცინაცია დაუსაბუთებლად ზღუდავდა თავისუფალი განვითარების უფლებასა და მშობლების უფლებას უზრუნველყონ შვილების აღზრდა საკუთარი სინდისის, მრწამსისა და მოსაზრებების შესაბამისად. ამ კუთხით, განმცხადებლებს მიაჩნდათ, რომ ბავშვის საუკეთესო ინტერესი, პირველი რიგში, მშობლების მიერ უნდა შეფასებულიყო და ხელისუფლების ჩარევა მხოლოდ უკიდურესად შემთხვევაში უნდა ყოფილიყო ნებადართული.

სასამართლომ განმარტა, რომ სავალდებულო ვაქცინაცია, როგორც არანებაყოფლობითი სამედიცინო ჩარევა, წარმოადგენდა პირადი ცხოვრების დაცულობის უფლებაში ჩარევას.<sup>24</sup>

რაც შეეხება ვაქცინაციის კანონისმიერ ვალდებულებას, სასამართლომ განმარტა, რომ შესაბამისი კანონმდებლობის მიზანია, ადამიანების დაცვა დაავადებებისგან, რომლებიც შეიძლება სერიოზულ საფრთხეს წარმოადგენდეს ჯანმრთელობისთვის. ეს ეხება როგორც მათ, ვინც ექვემდებარება შესაბამის ვაქცინაციას, ასევე მათ, ვისაც ვაქცინა არ მიუღია და არის დაუცველი. ეს მიზანი შესაბამისაა ჯანმრთელობის დაცვისა და სხვისი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის მიზნებს.

აქედან გამომდინარე, ქვეყნებს ეკისრებათ ვალდებულება იხელმძღვანელონ ბავშვის საუკეთესო ინტერესებით ყველა იმ გადაწყვეტილების მიღებისას, რომლებიც გავლენას ახდენს ბავშვის ჯანმრთელობასა და განვითარებაზე. როდესაც საქმე ეხება იმუნოზაციას, მიზანი უნდა იყოს ბავშვის დაცვა მძიმე დაავადებებისაგან. უმრავლეს შემთხვევაში ეს მიიღწევა ბავშვების სავალდებულო ვაქცინაციით. ვისაც ასეთი მკურნალობა არ შეუძლია, ირიბად არის დაცული გადამდები დაავადებებისგან, როდესაც მათ გამოუმუშავდებათ ჯოგური იმუნიტეტი.

ზემოხსენებულ და სხვა მიზეზების მხედ-

ველობაში მიღებით ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ სავალდებულო ვაქცინაცია არ არღვევდა პირადი ცხოვრების დაცულობის უფლებას.

**– კონვენციის მე-9 და მე-11 მუხლები (რელიგიისა და შეკრების უფლება)**

ზემოხსენებული უფლებები არ არის აბსოლუტური. ევროპული კონვენცია ნათლად უშვებს ამ უფლებებში ჩარევას გარკვეული პირობებით. მტკიცების ტვირთი აკისრია მოპასუხე სახელმწიფოს, რომელმაც უნდა დაასაბუთოს ამ უფლებებში ჩარევის მართლობიერება.

კონკრეტული ღონისძიების პროპორციულობის შეფასებისას სასამართლო მხედველობაში მიიღებს არსებობს თუ არა დასახული მიზნის მიღწევის სხვა ალტერნატიული საშუალება ან საშუალებები. სასამართლო შეაფასებს, შემზღუდავი ღონისძიებები არის თუ არა „ადეკვატური“ და „საკმარისი.“ პროპორციულობის შეფასებისას მნიშვნელოვანი ფაქტორია, ასევე, შემზღუდავი ღონისძიებების კონტროლის ეფექტური სისტემის არსებობა.

არაერთმა სახელმწიფომ აკრძალა საზოგადოებრივი შეკრებები, რათა თავიდან იქნეს აცილებული ვირუსის გავრცელება. ეს ღონისძიებები მოიცავს, სხვებს შორის, რელიგიურ შეკრებებს, პოლიტიკურ აქციებს, კონცერტებს, სპორტულ ღონისძიებებს და სხვა. ასეთი შემზღუდავების გატარება, მაღალი ალბათობით, წარმოადგენს პროპორციულ ღონისძიებას, რადგან იგი მიზნად ისახავს დემოკრატიულ საზოგადოებაში ჯანმრთელობის, სხვათა უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვას.

**– კონვენციის მე-10 მუხლი (გამოხატვის თავისუფლება)**

მედიასაშუალებები მნიშვნელოვან როლს ასრულებენ Covid-19-თან დაკავშირებული ინფორმაციების გავრცელებაში. ამავდროულად, არაზუსტი ინფორმაციის გავრცელების თავიდან აცილების მიზნით, ზოგიერთი სახელმწიფო იძულებული გახდა გადაეღვა კონკრეტული ნაბიჯები, რამაც შეზღუდა გამოხატვის თავისუფლება და ინფორმაციის გავრცელების უფლება (მაგალითად, სომხე-

24 სოლომახინი უკრაინის წინააღმდეგ (*Solomakhin v. Ukraine*), განაცხადი 24429/03, 2012 წლის 15 მარტი, § 33.



თი). აღნიშნული აჩენს კითხვას: აკმაყოფილებს თუ არა გამომხატვის თავისუფლების კუთხით დადგენილი შეზღუდვები პროპორციულობისა და აუცილებლობის კრიტერიუმებს, როგორც ამას მოითხოვს კონვენციის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტი.

უდავოა, რომ ასეთი შეზღუდვების დანესების შემთხვევაში, სასამართლო გამოიყენებს შეფასების მკაცრ სტანდარდს. მიუხედავად იმისა, რომ სიტყვის თავისუფლების ზოგიერთი ასპექტი შესაძლებელია შეიზღუდოს, ამ უფლების მთავარი ბირთვი უნდა დარჩეს უცვლელი და უნდა იყოს დაცული. სასამართლოს შეფასებით, საგანგებო მდგომარეობის დროსაც კი ხელისუფლების ყველა მცდელობა უნდა ემსახურებოდეს დემოკრატიული ღირებულებების დაცვას და არა მის შეზღუდვას.<sup>25</sup>

#### – კონვენციის მე-4 დამატებითი ოქმის მე-2 მუხლი (მიმოსვლის თავისუფლება)

პანდემიის შედეგად, არაერთმა სახელმწიფომ შეზღუდა მიმოსვლა. შეიზღუდა საერთაშორისო მოგზაურობა, მათ შორის უცხო ქვეყნის მოქალაქეების ქვეყანაში შემოსვლა.

კორონავირუსის პანდემიის კონტექსტში, კონვენციის ხელშემკვრელმა სახელმწიფოებმა მნიშვნელოვნად გაითვალისწინეს საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის დაცვის ინტერესი, რომელმაც ადამიანების გადაადგილებისა და მოგზაურობის თავისუფლების შეზღუდვა განაპირობა. როგორც ამ მუხლის მე-3 პუნქტშია მითითებული, მიმოსვლის თავისუფლებაზე შეზღუდვა შესაძლებელია დანესდეს, თუ ეს შეზღუდვა გათვალისწინებულია კანონით და აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად.

პრეცედენტულ სამართალში, ევროპულმა სასამართლომ არაერთგზის გაუსვა ხაზი, რომ მიმოსვლის თავისუფლების შეზღუდვა, როგორც არის საკარანტინო შეზღუდვა, უნდა იყოს დროებითი ღონისძიება, რომელიც უნდა შეწყდეს მაშინვე, როგორც კი ამის შესაძლებლობა იქნება. შესაძლოა, ამგვარი შემზღუდავი ღონისძიების ხანგრძლივად გამოყენება არაპროპორციული აღმოჩნდეს თუ

ამ ღონისძიების შენარჩუნება არ წარმოადგენს აუცილებელ და უკიდურეს ზომას ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად.<sup>26</sup>

## დასკვნა

კორონავირუსის პანდემია გლობალური კრიზისია, რასაც ეწირება არაერთი ადამიანის სიცოცხლე და ჯანმრთელობა.

ქვეყნებმა დაუყოვნებლივ უნდა იმოქმედოს იმისათვის, რომ შეაჩერონ ვირუსის გავრცელება. დაავადებასთან ბრძოლის სტრატეგია, სხვებს შორის, მოიცავს პაციენტების ტესტირებას, დაინფიცირებული პაციენტების კონტაქტების კვლევას, მოგზაურობის შეზღუდვას, მოქალაქეების იზოლაციას, რაც იწვევს კონსტიტუციითა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო დოკუმენტებით გარანტირებული უფლებებისა და თავისუფლებების შეზღუდვას.

ეროვნული ხელისუფლების საქმეა დაიცვას მოქალაქეები მომაკვდინებელი დაავადებებისაგან, მათ შორის, საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების გზით. ამის მიუხედავად, სახელმწიფოებმა არ უნდა გადაკვეთონ წითელი ხაზი. საგანგებო მდგომარეობა, რომელიც საფრთხეს უქმნის ერის სიცოცხლეს, არ უნდა გახდეს უფლებებში თვითნებური ჩარევის საბაბი. საგანგებო მდგომარეობის დროსაც კი, ნებისმიერი ღონისძიება უნდა ემსახურებოდეს დემოკრატიული წესრიგისა და ღირებულებების, ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვას.

მეორე მხრივ, არსებობს ხელისუფლების მიერ საგანგებო მდგომარეობი ბოროტად გამოყენების და ზოგადად, ადამიანის უფლებათა არაპროპორციულად შეზღუდვის საფრთხე. ამ კუთხით მნიშვნელოვანია ევროპული სასამართლოს საზედამხედველო როლი. თუმცა, როგორც ზემოთ იქნა განხილული, მიღებული ღონისძიებების იმპლემენტაციამდე და შესაბამისი საჩივრის ევროპულ სასამართლოში წარდგენამდე, სასამართლო აბსტრაქტულად ვერ შეაფასებს გატარებული ღონისძიების კანონიერებას.

შესაბამისად, არსებობს საგანგებო მდგომარეობის

25 მეჰმეტ ჰასან ალტანი თურქეთის წინააღმდეგ (Mehmet Hasan Altan v. Turkey) განაცხადი 13237/17, 2018 წლის 20 მარტი, §210.

26 კუიმოვი რუსეთის წინააღმდეგ (KUIMOV v. RUSSIA), განაცხადი 32147/04, 2009 წლის 8 აპრილი.

მარეობის არასასამართლო ზედამხედველობის სხვა საშუალებების გაძლიერების საჭიროება. ერთ-ერთი ასეთი საშუალება კონვენციის 52-ე მუხლია, რომლის საფუძველზეც ევროპის საბჭოს გენერალური მდივანი უფლებამოსილია ზედამხედველობა გაუწიოს არსებულ გადახვევებს, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს საგანგებო მდგომარეობის დროს

მიღებული ღონისძიებების შესაბამისობა კონვენციით დადგენილ პრინციპებთან. ზედამხედველობის არასასამართლო მექანიზმების გაძლიერება უფრო მეტად შეუწყობს ხელს უფლებათა შეზღუდვის ბოროტად გამოყენების კომპლექსური პრობლემის გადაჭრას და კანონის უზენაესობის – ევროპის საბჭოს მთავარი ღირებულების დაცვას.

**ბიბლიოგრაფია:**

1. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია
2. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი დამატებითი ოქმი
3. Covid 19 ჯანდაცვის კრიზისი, 2022, ხელმისაწვდომია შემდეგ ბმულზე: <[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Covid\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf)>
4. ევროპის საბჭოს საპარლამენტო ასამბლეის No. 2209 (2018) რეზოლუცია
5. ილგარ მამადოვი აზერბაიჯანის წინააღმდეგ (*Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*), განაცხადი 15172/13, 2014 წლის 13 ოქტომბერი
6. ვასილევა ბულგარეთის წინააღმდეგ (*Vasileva v. Bulgaria*), განაცხადი 23796/10, 17 March 2016
7. კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ (*Cyprus v. Turkey*), განაცხადი, 25781/94, 2001 წლის 10 მაისი
8. მეჰმედ შენტურკი და ბეკირ შენტურკი თურქეთის წინააღმდეგ (*Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey*), განაცხადი 13423/09, 2013 წლის 9 აპრილი
9. აიდოგლუ თურქეთის წინააღმდეგ (*Aydoğdu v. Turkey*), განაცხადი 40468/09, 2016 წლის 30 აგვისტო
10. ენჰორნი შვედეთის წინააღმდეგ (*Enhorn v. Sweden*), განაცხადი 56529/00, 2005 წლის 25 იანვარი
11. ლუნდავალი შვედეთის წინააღმდეგ (*Lundevall v. Sweden*), განაცხადი 38629/97, 2002 წლის 12 ნოემბერი
12. მარჩელო ვიოლა იტალიის წინააღმდეგ (*Marcello Viola v. Italy*), განაცხადი 45106/04, 2007 წლის 5 იანვარი
13. გლასსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*Glass v. UK*), განაცხადი 61827/00, 2004 წლის 9 მარტი
14. ვაკრიჩა და სხვები ჩეხეთის რესპუბლიკის წინააღმდეგ, განაცხადი 37621/13, 2021 წლის 8 აპრილი
15. სოლომახინი უკრაინის წინააღმდეგ (*Solomakhin v. Ukraine*), განაცხადი 24429/03, 2012 წლის 15 მარტი
16. მეჰმეტ ჰასან ალტანი თურქეთის წინააღმდეგ (*Mehmet Hasan Altan v. Turkey*) განაცხადი 13237/17, 2018 წლის 20 მარტი
17. ლოლესი ირლანდიის წინააღმდეგ (*Lawless v. Ireland*), განაცხადი 332/57, 1960 წლის 14 ნოემბერი
18. ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*Ireland v. the United Kingdom*), განაცხადი 5310/71, 1978 წელი
19. დანია, ნორვეგია, შვედეთი და ნიდერლანდები საბერძნეთის წინააღმდეგ (*Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*), კომისიის ანგარიში, 1969 წელი
20. A და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*A and Others v. the United Kingdom*), დიდი პალატა, 2009 წელი
21. ბრენიგანი და მაკბრაიდი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*Brannigan and McBride v. the United Kingdom*), 1993 წელი
22. დემირი და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ (*Demir and others v. Turkey*), განაცხადი 21380/93, 1998 წლის 23 სექტემბერი
23. შაჰინ ალპაი თურქეთის წინააღმდეგ (*Şahin Alpay v. Turkey*), განაცხადი 16538/17, 2018 წლის 20 ივნისი



# პროფესორი გურამ ნაჭყებია როგორც სისხლის სამართლის ფილოსოფიის პრობლემების მკვლევარი (კრებულში „ფილოსოფიური ძიებანი“ გამოქვეყნებული ნაშრომების მიხედვით)

## მურმან გორგოშაძე

*ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელმწიფო უნივერსიტეტის  
იურიდიულ და სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტის  
პროფესორი*

## მირიან ქათამაძე

*ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო  
უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი*

საკვანძო სიტყვები: გურამ ნაჭყებია, პოზიტიური  
პასუხისმგებლობა, უპასუხისმგებლობა, მსოფლმხედველობითი  
ცდომილება

## აბსტრაქტი

ნაშრომში წარმოდგენილია თანამედროვე ქართული სამართლის მეცნიერების ერთ-ერთი თვალსაჩინო წარმომადგენლის, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის აკადემიკოსის პროფესორ გურამ ნაჭყებიას მიერ, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებულში „ფილოსოფიურ ძიებანი“ გამოქვეყნებული ნაშრომების მიხედვით, სისხლის სამართლის

პრობლემების ფილოსოფიური კუთხით კვლევის ანალიზი.

ნაშრომში განხილულია დანაშაულის, როგორც სამართლის უარყოფის, მისი ცნების მდგენელი კატეგორიების, განზრახი დანაშაულის, როგორც ღირებულებითი ცდომილების, სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეის და საფუძვლის, ბრალის საზღვრითი კატეგორიებისა და სამართლის აქსიოლოგიური ასპექტების ფილოსოფიური საკითხები.

კვლევაში განსაკუთრებული ყურადღება დაეთმო შემდეგ საკითხებს:

- სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის, როგორც რომელიმე კონკრეტული მოვალეობისადმი დამოკიდებულების და არა სუბიექტის მოვალეობის განხილვას, რაც იძლევა პოზიტიური პასუხისმგებლობის იდეის დაფუძნების შესაძლებლობას;
- ბრალისა და უპასუხისმგებლობის, როგორც სინონიმური ცნებების ანალიზს; დანაშაულის საფუძველმდებარე სამართლის ზოგადი თეორიის კატეგორიების „ქმედების შემადგენლობისა“ და „მართლწინააღმდეგობის“ და სოციალური ფილოსოფიის კატეგორიის „ბრალის“ წარმოჩენას;
- ბრალის, როგორც ფსიქიკურისა და ნორმატიულის მიჯნაზე არსებული ფენომენის განხილვას მის საზღვრით კატეგორიებთან (პასუხისმგებლობა, მისი პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტებით);
- თავისუფლება;
- მიზეზი და შედეგი;
- რაოდენობრიობა და თვისებრიობა;
- სამართლებრივი ურთიერთობა;
- ზნეობა;
- პასუხისმგებლობის გრძნობა; სინდისი);
- დანაშაულის ნორმატიული ცნების აგებისთვის ქმედების შემადგენლობიდან, როგორც აღწერილობით მსჯელობის სტრუქტურიდან „ქმედების მართლწინააღმდეგობისა“ და სუბიექტის „ბრალის“ კატეგორიების გამოტანას და მათ შეფასებით, აქსიოლოგიურ კატეგორიებად გამოცხადებას, განსხვავებით „ქმედების შემადგენლობის“ კატეგორიისაგან, როგორც

შემეცნებითი (გნოსეოლოგიური) კატეგორიისგან.

ნაჩვენებია, რომ პროფესორ გურამ ნაჭყებიას შრომები ეხება როგორც სამართლის ფილოსოფიის ზოგად პრობლემატიკას, ასევე, სამართლის ძირითადი კატეგორიების ფილოსოფიურ საკითხებსაც. შეფასებულია პროფესორ გურამ ნაჭყებიას წვლილი ზოგადად, ქართული სამართლის ფილოსოფიისა და კერძოდ, ქართული სისხლის სამართლის ფილოსოფიის განვითარებაში.

### შესავალი

იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, ქართული სამართლის ფილოსოფიის თვალსაჩინო წარმომადგენელი<sup>1</sup>, პროფესორი გურამ ნაჭყებია (1940-2017), 1999 წლიდან საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის აკადემიკოსია. იგი ამავე აკადემიის კრებულში (სახელწოდებით „ფილოსოფიურ ძიებანი“), სისტემატურად აქვეყნებდა სამართლის ფილოსოფიის პრობლემებზე საინტერესო სტატიებს<sup>2</sup>. მის სიცოცხლეში გამოქვეყნდა აღნიშნული კრებულის 21 ნომერი, მათგან 19-ში გამოქვეყნებულია მისი, მაღალ მეცნიერულ დონეზე შესრულებული, სამეცნიერო შრომები.

ეს ნაშრომებია:

- ჰეგელი დანაშაულის ბუნების შესახებ

1 საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის პრეზიდიუმის გამოსათხოვარი გურამ ნაჭყებიაზე, (2018). საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #22, გვ. 391.

2 პროფესორი გურამ ნაჭყებია სამართლის ფილოსოფიის პრობლემებს აშუქებდა, აგრეთვე, სხვა პერიოდულ გამოცემებსა და შრომებში (იხ., გურამ ნაჭყებია, „მოქმედების“ და „ქმედების“ თანაფარდობის პრობლემა სისხლის სამართლის ფილოსოფიის მიხედვით / იურისტი, 2017, #3; გურამ ნაჭყებია, ხელოვნებისა და სამართლის ანალოგიური ნიშნების შესახებ / პროფ. გივი ინჯირველის 70-ე წლისთავისადმი მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, თბ., 1996; გურამ ნაჭყებია, მართლობისა და უმართლობის თანაფარდობის ზოგიერთი მეთოდოლოგიური საკითხი სისხლის სამართლის მიხედვით, მართლმსაჯულება და კანონი, 2017, #2; გურამ ნაჭყები, სისხლის სამართლის საგანი, თბ., 1997; გურამ ნაჭყებია, ბრალი, როგორც სოციალური ფილოსოფიის კატეგორია, თბ., 2001 და სხვა).

- („ფილოსოფიური ძიებანი“, 1999, #3);
  - პასუხისმგებლობის კატეგორიის განსაზღვრის საკითხისათვის („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2000, #4);
  - ბრალი, როგორც ფილოსოფიური კატეგორია („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2001, #5);
  - სოციალური ნორმის საზრისის საკითხისათვის („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2002, #6);
  - მართლშეგნება, როგორც ფილოსოფიური კატეგორია („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2004, #8);
  - სამართლის ფილოსოფიის შესაძლებლობის საკითხისათვის („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2005, #9);
  - ფიქციის მეთოდი სამართალში („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2006, #10);
  - განზრახი დანაშაული, როგორც მსოფლმხედველობითი ცდომილება („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2007, #11);
  - სამართლის ფილოსოფიის კატეგორიული სისტემის საკითხისათვის („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2008, #12);
  - ისტორიის ფილოსოფია და სამართლის ფილოსოფია („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2009, #13);
  - დეონტური ლოგიკა და სამართლებრივი სივრცის პრობლემა სისხლის სამართალში („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2010, #14);
  - დანაშაულის ცნების კატეგორიული საფუძვლები („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2011, #15);
  - ბრალის კატეგორია სასაზღვრო კატეგორიების სისტემაში („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2012, #16);
  - სამართლებრივი ურთიერთობა, როგორც სამართლის ფილოსოფიის კატეგორია („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2013, #17);
  - ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის თანაფარდობის პრობლემა სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2014, #18);
  - „გადავარდეს“ თუ არა იურისტი ფილოსოფიაში? („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2015, #19);
  - სამართალი როგორც მორალისა და პოლიტიკის კავშირის ფორმა („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2016, #20);
  - „მართალი სამართლის“ იდეა ხელოვნებისა და სამართლის მიმართების მიხედვით („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2017, #21).
- პროფესორ გურამ ნაჭყებიას მიერ „ფილოსოფიურ ძიებანში“ გამოქვეყნებული შრომები, რომლებიც სამართლის ფილოსოფიის პრობლემატიკას ეხება, პირობითად სამჯგუფად შეიძლება დავყოთ:
- პირველ ჯგუფში შეიძლება გავაერთიანოთ შრომები, რომლებიც სამართლის ფილოსოფიის ზოგად პრობლემატიკას ეხება – **„სამართლის ფილოსოფიის შესაძლებლობის საკითხისათვის“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2005, #9), **„ფიქციის მეთოდი სამართალში“** (2006, #10), **„სამართლის ფილოსოფიის კატეგორიული სისტემის საკითხისათვის“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2008, #12), **„ისტორიის ფილოსოფია და სამართლის ფილოსოფია“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2009, #13), **„გადავარდეს“ თუ არა იურისტი ფილოსოფიაში?“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2015, #19); **„მართალი სამართლის“ იდეა ხელოვნებისა და სამართლის მიმართების მიხედვით“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2017, #21).
- მეორე ჯგუფში გაერთიანდება შრომები, რომლებშიც დამუშავებულია სამართლის ძირითადი კატეგორიები ფილოსოფიური თვალსაზრისით, კერძოდ – **„სოციალური ნორმის საზრისის საკითხისათვის“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2002, #6), **„მართლშეგნება, როგორც ფილოსოფიური კატეგორია“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2004, #8), **„სამართლებრივი ურთიერთობა, როგორც სამართლის ფილოსოფიის კატეგორია“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2013, #17), **„სამართალი როგორც მორალისა და პოლიტიკის კავშირის ფორმა“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2016, #20);
- მესამე ნაწილი მოიცავს შრომებს, რომლებიც ეხება სისხლის სამართლის ფილოსოფიას საკითხებს. ამ კატეგორიას შეიძლება მივაკუთვნოთ ბატონ გურამის შემდეგი ნაშრომები – **„ჰეგელი დანაშაულის ბუნების შესახებ“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 1999, #3), **„პასუხისმგებლობის კატეგორიის განსა-**



**ზღვრის საკითხისათვის**“ („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2000, #4), **„ბრალი, როგორც ფილოსოფიური კატეგორია“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2001, #5), **„განზრახი დანაშაული, როგორც მსოფლმხედველობითი ცდომილება“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2007, #11), **„დეონტური ლოგიკა და სამართლებრივი სივრცის პრობლემა სისხლის სამართალში“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2010, #14), **„დანაშაულის ცნების კატეგორიული საფუძვლები (მეთოდოლოგიური საკითხები)“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2011, #15), **„ბრალის კატეგორია სასაზღვრო კატეგორიების სისტემაში“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2012, #16), **„ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის თანაფარდობის პრობლემა სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში“** („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2014, #18).

### დანაშაული, როგორც სამართლის უარყოფა

წინამდებარე სტატიაში, „ფილოსოფიურ ძიებანში“ გამოქვეყნების ქრონოლოგიის მიხედვით, მხოლოდ იმ ნაშრომებს მიმოვიხილავთ, რომლებიც სისხლის სამართლის ფილოსოფიას შეეხება. დავიწყოთ 1999 წელს გამოქვეყნებული ნაშრომით – **„ჰეგელი დანაშაულის ბუნების შესახებ“**. ჰეგელი აყალიბებს დებულებას, რომლის მიხედვითაც დანაშაული სამართლის უარყოფაა. ჰეგელი ამბობს: *„ვინც ჩადის, მაგარიტად, ქუჩრობას, იგი უაჩყოფს ახა მაჩგო სხვა, მეოხე პიხოვნების განსაკუთხებულ, კეიძო უფლებას ამ ნივთზე, ხოგოხც ამას ადგილი აქვს სამოქალაქო დავაში, ახამედ საეხთოდ უაჩყოფს მის უფლებას და ამიგომაც ახამაჩგო იძულებედყოფენ დაახუნოს მოპაჩური ნივთი, ახამედ სასჯელსაც სდებენ, ხადგან ის ახლვევს უფლებას, ხოგოხც ასეთს, ე. ი. უფლებას საზოგადოდ“*.<sup>3</sup> ჰეგელი თვლის, რომ დანაშაული უარყოფს სამართალს, ხოლო სასჯელი უარყოფს დანაშაულს, ანუ საქმე გვაქვს უარყოფის უარყოფასთან, ასე ვთქვათ უარყოფით უსასრულო მსჯელობასთან.

ავტორი, ამოდის რა დებულებებიდან, რომ

3 ჰეგელი გ. ვ. ფ., (1962). ლოგიკის მეცნიერება, თბილისი, საბჭოთა საქართველო, გვ. 364.

სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა გულისხმობს სახელმწიფოსა და პიროვნების სისხლისსამართლებრივ კავშირს, რომელიც დანაშაულთა თავიდან აცილების სპეციფიკურ იურიდიულ ფორმას წარმოადგენს და რომ სისხლის სამართლის ნორმა მიმართულია საზოგადოების ყველა დელიქტუნარიან წევრზე, რომელიც ვალდებულია სახელმწიფოს წინაშე პოზიტიური პასუხისმგებლობის ვითარებაში აღასრულოს იგი, თვლის, რომ ჰეგელის დებულება – „დანაშაული არის სამართლის უარყოფა“, მართებულია. უფრო მეტიც, მისი აზრით, თუ დანაშაული სამართლის უარყოფაა, მაშინ იგი სახელმწიფოს უარყოფაცაა, რადგან სამართალი სახელმწიფოს გარეშე არ არსებობს და დანაშაულის ჩადენას, დანაშაულის ჩამდენი პირი, გაჰყავს სახელმწიფოსთან სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის გარეთ, რაც სახელმწიფოს უარყოფასაც წარმოადგენს, რადგან სახელმწიფო პიროვნებასთან იურიდიული კავშირის გარეშე არ არსებობს. პროფესორ გურამ ნაჭყებიას აზრით, ჰეგელი მართალია იმაშიც, რომ სამოქალაქო დავის საგანი – ზიანი, მისი აღდგენის გამო, იწვევს სამოქალაქო სამართლებრივ ურთიერთობას, მაშინ, როდესაც დანაშაული, პირიქით, ანგრევს სახელმწიფოს, რაკი მის ჩამდენ პირს გაიყვანს სახელმწიფოსთან სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის გარეთ. ესაა სახელმწიფოს, როგორც პოლიტიკური სუბიექტის, უარყოფა. ამაში მდგომარეობს დანაშაულის პოლიტიკური ბუნება, რომლის საფუძველში ძევს დანაშაულად გამოცხადებული ქმედების საზოგადოებრივი საშიშროება<sup>4</sup>.

მაშასადამე, ბატონი გურამი, ჰეგელის შეხედულებას დანაშაულის შესახებ განიხილავს ზოგადად, სისხლისსამართლებრივ პრობლემატიკასთან მიმართებაში და არაერთ ავტორთან მწვავე კამათის გზით, ამართლებს მას.

4 ნაჭყებია გ., (1999). ჰეგელი დანაშაულის ბუნების შესახებ, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #3, გვ.205.

## პოზიტიური პასუხისმგებლობა სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის საფუძველი

სტატიაში – „პასუხისმგებლობის კატეგორიის განსაზღვრის საკითხისათვის“ („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2000 წ.) და სტატიაში – „ბრალი როგორც ფილოსოფიური კატეგორია“ („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2001 წ.) სქემატურადაა გადმოცემული ბატონი გურამის, შეიძლება ითქვას, ორიგინალური თეორია სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ცნების შესახებ. ამ თეორიის განვითარება ბატონი გურამის სხვა ნაშრომებში მოხდა. მაინც, რითაა ორიგინალური ავტორის შეხედულებები სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის კატეგორიის შესახებ და როგორ ახერხებს იგი ამ საკითხთან დაკავშირებით ერთგვარი სისტემის ჩამოყალიბებას? იმის გასარკვევად, თუ რატომაა მისი შეხედულებები ორიგინალური, ვნახოთ, როგორაა იგი გაგებული სამართალში და რას არ ეთანხმება პროფესორი გურამ ნაჭყებია:

1. სამართალში მიღებულია პასუხისმგებლობის მხოლოდ ნეგატიური ასპექტით განხილვა;
2. სამართალში შეუძლებლადაა მიჩნეული პასუხისმგებლობის პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტების ერთ ცნებაში გაერთიანება;
3. სამართალში არ არსებობს პასუხისმგებლობის პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტების გამაერთიანებელი ცნება;
4. სისხლის სამართალში მხოლოდ ნეგატიური პასუხისმგებლობაა აღიარებული, რომელიც ბრალეულ ქმედებას უკავშირდება და მიღებულია, რომ სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობა დანაშაულის ჩადენის შედეგად ყალიბდება.

ვნახოთ, რა არგუმენტებით ცდილობს ბატონი გურამი ამ შეხედულებების უარყოფას და საკუთარი თვალსაზრისის დასაბუთებას. დავინწყით პირველი დებულებით, რომლის მიხედვითაც სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას მხოლოდ ნეგატიური ასპექტი აქვს. ბატონი გურამი სამართლიანად შე-

ნიშნავს, რომ პასუხისმგებლობის ერთიანი განსაზღვრება არ არსებობს და ეს ცნება ფილოსოფოსებსა და იურისტებს შორის ერთგვარად გახლეჩილია. ფილოსოფოსები პასუხისმგებლობას განიხილავენ მხოლოდ პოზიტიური, პროსპექტული კუთხით, ხოლო იურისტები, მხოლოდ ნეგატიური, რეტროსპექტული კუთხით. ბატონი გურამი თვლის, რომ პასუხისმგებლობა სუბიექტსა და ინსტანციას, ვთქვათ, სახელმწიფოს, ურთიერთობის ფორმითაა შესაძლებელი, მაგრამ ეს ურთიერთობა თვითონ კი არაა პასუხისმგებლობა, არამედ ამ ურთიერთობაზე დამოკიდებულების გამოვლენის ფორმაა, იგი მოითხოვს და აპირობებს ამ ურთიერთობას. თუ, მაგალითად, სამართლებრივი მოვალეობა სამართლებრივი ურთიერთობის ელემენტია, პასუხისმგებლობა ამ მოვალეობისადმი დამოკიდებულებით ვლინდება. აქედან გამომდინარე, მკვლევრის აზრით, დებულება, რომ პასუხისმგებლობა სუბიექტის მოვალეობაა, არაა სწორი. ამგვარი მოსაზრება უგულებელყოფს და აუფასურებს პოზიტიური პასუხისმგებლობის შესაძლებლობას და იდეას, მაგრამ თუ ვიტყვით, რომ პასუხისმგებლობა მოვალეობა კი არაა, არამედ რომელიმე კონკრეტული მოვალეობისადმი (ვთქვათ, გადასახადის გადახდისათვის) დამოკიდებულებაა, მაშინ პოზიტიური პასუხისმგებლობის იდეა დაფუძნდება, რადგან პოზიტიური პასუხისმგებლობა კონკრეტულ მოვალეობაზე (ვთქვათ, გადასახადის გადახდაზე) პირის მომავალი დამოკიდებულებით განსაზღვრული პასუხისმგებლობაა. ამდენად, პასუხისმგებლობა, ავტორის აზრით, მოიცავს ორ ურთიერთდაპირისპირებულ ასპექტს – პოზიტიურს, ანუ პროსპექტულს, რომელიც ნორმატიულად დადგენილი მოვალეობისადმი პოზიტიურ, პასუხისმგებლურ დამოკიდებულებაში ვლინდება (პასუხისმგებლობა მომავლისთვის) და ნეგატიურს, რეტროსპექტიულს, რომელიც მოვალეობისადმი უპასუხისმგებლო დამოკიდებულების გარდუვალე შედეგია (პასუხისმგებლობა წარსულისთვის)<sup>5</sup>.

5 ნაჭყებია გ., (2000). პასუხისმგებლობის კატეგორიის განსაზღვრის საკითხისათვის, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #4, გვ.131.



ეხლა განვიხილოთ ზემოთ მოტანილი მეორე დებულება, რომლის მიხედვითაც სამართალში შეუძლებლადაა მიჩნეული პასუხისმგებლობის პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტების ერთ ცნებაში გაერთიანება. სისხლის სამართალი იმის ნათელი მაგალითია, რომ ეს ცნებები ერთმანეთის გარეშე არ არსებობს. უფრო მეტიც, განაგრძობს ავტორი, ამგვარი იდეა (პასუხისმგებლობის პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტების ერთ ცნებაში გაერთიანების შეუძლებლობა) ეწინააღმდეგება სისხლის სამართლის კოდექსს, რომელშიც ვკითხულობთ „სისხლის სამართლის კოდექსის მიზანია დანაშაულებრივი ხედვით თავიდან აცილება და მათი აღწერის დაცვა“ (მ.1. ნაწ.3). ამ მიზნის რეალიზაცია კი შესაძლებელია არა დანაშაულის ჩადენით, არამედ, დანაშაულის თავიდან აცილების გამო ურთიერთობით, რომელიც სისხლის სამართლის კანონის ძალაში შესვლის მომენტიდან ყალიბდება სახელმწიფოსა და სისხლის სამართლის სუბიექტს შორის<sup>6</sup>. ეს ურთიერთობა პოზიტიური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის იურიდიული ფორმაა. დანაშაულის ჩადენა ამ ურთიერთობას კი არ ქმნის, არამედ, პირიქით ამ ურთიერთობიდან გაიყვანს დანაშაულის ჩადენ პირს და შესაბამისად, სისხლის სამართლებრივი ურთიერთობის არსებობისთვის ნეგატიურ პასუხისმგებლობასთან ერთად, აუცილებელია პოზიტიური პასუხისმგებლობის არსებობაც. პასუხისმგებლობა ამ ასპექტების ერთიანობაა. პოზიტიური პასუხისმგებლობის გარეშე შეუძლებელია ნეგატიური პასუხისმგებლობის გაგება, ხოლო ნეგატიური პასუხისმგებლობის გარეშე ვერც პოზიტიური პასუხისმგებლობა შესაძლებელი. მაშასადამე ისინი ერთმანეთს მოითხოვენ და განაპირობებენ<sup>7</sup>.

მესამე დებულება, რომელსაც არ ეთანხმება ბატონი გურამი და საკუთარ არგუმენტებს აყალიბებს, მდგომარეობს შემდეგში: „აქ აჩვენებს პასუხისმგებლობის პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტების გამაერთიანებელი ცნება“. ბატონი გურამის აზრით, ასეთი ცნება არსებობს და იგი „უპასუხისმგებლობის“ ცნებაა. მისი აზრით, უპასუხისმგებლობა წა-

რმოადგენს პოზიტიური და ნეგატიური პასუხისმგებლობის კავშირის ფორმას. იგი პასუხისმგებლობის ამ ორი ასპექტის დამაკავშირებელია იმ თვალსაზრისით, რომ პოზიტიური პასუხისმგებლობა უპასუხისმგებლობის ლოგიკური წინამძღვარია, რომ არ არსებობდეს პოზიტიური პასუხისმგებლობა, შეუძლებელი იქნებოდა უპასუხისმგებლობაზე ლაპარაკი. რაც შეეხება ნეგატიურ პასუხისმგებლობას, იგი არის უპასუხისმგებლობის გარდაუვალი ლოგიკური შედეგი. მაშასადამე, უპასუხისმგებლობის ცნება პოზიტიურ და ნეგატიურ პასუხისმგებლობას აკავშირებს იმ თვალსაზრისით, რომ იგი ერთის (პოზიტიური პასუხისმგებლობის) შედეგია, ხოლო მეორის (ნეგატიურ პასუხისმგებლობის) საფუძველი.

რაც შეეხება დებულებას, იმის შესახებ, რომ „სისხლის სამართალში მხოლოდ ნეგატიური პასუხისმგებლობაა აღიარებული, რომელიც ბიძგულ ქმედებას უკავშირდება და მიღებულია, რომ სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობა დანაშაულის ჩადენის შედეგად ყალიბდება“, ბატონი გურამი პასუხობს შემდეგი არგუმენტაციით: ნეგატიური პასუხისმგებლობა მხოლოდ მაშინ ამოქმედდება, როცა უარყოფილი ან იგნორირებული იქნება პასუხისმგებლობის პოზიტიური ასპექტი. ეს მოხდება მაშინ, როცა მოვალეობისადმი სუბიექტის პასუხისმგებლური დამოკიდებულება შეიცვლება მოვალეობისადმი უპასუხისმგებლო დამოკიდებულებით. მოვალეობისადმი უარყოფითი დამოკიდებულება (პოზიტიური პასუხისმგებლობის იგნორირება) იწვევს ნეგატიურ პასუხისმგებლობას<sup>8</sup>. ნეგატიურმა პასუხისმგებლობამ სუბიექტის უპასუხისმგებლობა უნდა შემოაბრუნოს პოზიტიური პასუხისმგებლობისაკენ. ბატონი გურამის სამართლიანი დასკვნით, სისხლის სამართლის კანონის ძალაში შესვლის მომენტიდან, სახელმწიფოსა და პიროვნებას შორის მყარდება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა, რომელიც დანაშაულთა თავიდან აცილების სპეციფიური ხერხია. ეს კი ნიშნავს, რომ სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა იწყება პირის პოზიტიური პასუხისმგებლობით და ამ პასუ-

6 იქვე, გვ. 134.  
7 იქვე, გვ. 139.

8 ნაჭყებია გ., (2001). ბრალი როგორც ფილოსოფიური კატეგორია, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #5, გვ.119.

ხისმგებლობაზე უპასუხისმგებლო დამოკიდებულებას პირი გაჰყავს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობიდან და დგება ნეგატიური პასუხისმგებლობა. უპასუხისმგებლობა სახელმწიფოს სახელით გაკიცხვის საფუძველია.

ნაშრომში „**ბრალი როგორც ფილოსოფიური კატეგორია**“ („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2001, #5), ავტორი ასაბუთებს, რომ ბრალი და უპასუხისმგებლობა სინონიმური ცნებებია და შესაბამისად, ბრალი წარმოადგენს პასუხისმგებლობის ასპექტებს შორის კავშირის ფორმას<sup>9</sup>. ბრალსაც და პასუხისმგებლობასაც ავტორი ფილოსოფიურ კატეგორიებად მიიჩნევს.

## განზრახი დანაშაული, როგორც ღირებულებითი ცდომილება

2007 წელს ბატონი გურამი აქვეყნებს ნაშრომს „**განზრახი დანაშაული, როგორც მსოფლმხედველობითი ცდომილება**“ („ფილოსოფიური ძიებანი“, #11), რომელშიც ავითარებს აზრს, რომ სამართლის ფილოსოფია, უპირველესად, სამართლის ფენომენის მსოფლმხედველობრივ გაგება-დაფუძნებაში მდგომარეობს, სისხლის სამართლის ფილოსოფია კი დანაშაულისა და სასჯელის მსოფლმხედველობრივ შეფასებებში გამოიხატება<sup>10</sup>. ამ დებულებიდან გამომდინარე იგი იკვლევს დანაშაულის მსოფლმხედველობრივ ბუნებას. მკვლევარი საკითხს სვამს ასე: ცნობილია, რომ დანაშაული, პოზიტიური სამართლის მიხედვით, სამართლებრივად უარყოფითად შეფასების ობიექტია და როგორაა შესაძლებელი დანაშაულის, როგორც სამართალში უარყოფითად შეფასებული ქმედების მსოფლმხედველობრივი შეფასება? ავტორი მხოლოდ განზრახ დანაშაულს განიხილავს, რადგან განზრახი ბრალი შეცდომას გამორიცხავს, იგი, როგორც წესი, ფსიქოლოგიურად უშეცდომოა ანუ მართლწინააღმდეგობა შეგ-

ნებულია, სწორედ ასეთ შემთხვევაში შეიძლება ლაპარაკი მის მსოფლმხედველობრივ საფუძველებზე.

ავტორი თვლის, რომ დანაშაული ღირებულებითი ცდომილების გამოხატულებაა, ხოლო ეს თავის მხრივ მსოფლმხედველობრივ ცდომილებად უნდა დაკვალიფიცირდეს. ცხადია, ღირებულებათა არჩევანში შეცდომას გნოსეოლოგიური ძირები აქვს, ანუ შესაძლებელია ეს შეცდომა ადამიანს გაცნობიერებელი არ ჰქონდეს, მაგრამ ეს მაინც საზოგადოებრივ პრაქტიკაში დაშვებული შეცდომაა და ადამიანს მისი გაცნობიერებაც შეუძლია. ამაზე მეტყველებს თვითმოტყუების ფენომენი. დანაშაულის ჩადენა შეუძლებელია ისე, თუ სუბიექტმა თავისი სინდისი არ მოატყუა. ბუნებრივია, თვითმოტყუება შეუძლებელი იქნებოდა, რომ ადამიანი თავის ღირებულებით ცდომილებას არ აცნობიერებდეს. თვითმოტყუება, ამ შემთხვევაში, ჩადენილი დანაშაულის გამართლების მცდელობას წარმოადგენს. ამდენად დანაშაული და, მით უფრო, განზრახი დანაშაული მსოფლმხედველობრივი ცდომილებაა – ასკვნის ავტორი.

## დანაშაულთა თავიდან აცილება – სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეა

ნაშრომში „**დეონტური ლოგიკა და სამართლებრივი სივრცის პრობლემა სისხლის სამართალში**“ („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2010, #14), პროფესორი გურამ ნაჭყებია კვლავ უბრუნდება დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის საკითხებს და, დეონტური (ნორმათა) ლოგიკის პრინციპებიდან გამომდინარე, არგუმენტებით ცდილობს აჩვენოს აღნიშნული იდეის სიყალბე. იგი ავლენს როგორც სოციოლოგიზმის, ისე ნორმატივიზმის წინააღმდეგობებს დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის იდეის დაშვებისას. მისი აზრით, ამ ალოგიკური და ყალბი იდეის აღიარების შემთხვევაში, დეონტურ ლოგიკას გამოვლენის არავითარი სფერო არ გააჩნია. ავტორი მეცნიერულად

9 იქვე, გვ. 121.

10 ნაჭყებია გ., (2007). განზრახი დანაშაული, როგორც მსოფლმხედველობითი ცდომილება, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #11, გვ. 131.

გამართული და საფუძვლიანი მსჯელობებიდან გამომდინარე ასკვნის, რომ სისხლის სამართლის კანონით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობის გაიგივება ან მართლობიერ ანდა მართლსაწინააღმდეგო ქმედებასთან და სისხლის სამართალში სამართლებრივად თავისუფალი სივრცის უარყოფა არის ქმედების შემადგენლობის ლოგიკური უარყოფა, რაც, თავის მხრივ, შეუძლებელს ხდის სისხლის სამართლის მეცნიერებასა და სისხლის სამართლის ფილოსოფიას.

დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო, სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეის აღიარების შემთხვევაში, ქმედება არა მარტო მართლობიერია ან მართლსაწინააღმდეგო, არამედ შეიძლება იყოს მესამეც, ესე იგი, როცა ქმედება არც მართლობიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო. დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებში ქმედება მართლობიერია, მაგრამ როგორც კი განხორციელდება სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა, სუბიექტი უკვე გადის სახელმწიფოსთან სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებს გარეთ არსებულ სამართლებრივად თავისუფალ სივრცეში, სადაც ქმედება მართლობიერი უკვე არაა, მაგრამ ეს ქმედება არც მართლსაწინააღმდეგოა, რადგან ქმედების შემადგენლობის ფაქტიდან მის მართლსაწინააღმდეგობაზე პირდაპირი ლოგიკური გადასვლის გზა არ არსებობს<sup>11</sup>. ავტორის აზრით, დეონტური ლოგიკის პრინციპები და დანაშაულის თავიდან აცილების გამო, სახელმწიფოსა და სისხლის სამართლის სუბიექტებს შორის სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის დამყარების იდეის აღიარებით, შესაძლებელი ხდება სისხლისსამართლებრივი ქმედების სამართლებრივად თავისუფალ ე. წ. მესამე სივრცეში (პირველია მართლობიერება, მეორე მართლსაწინააღმდეგობა) გადასვლის შესაძლებლობა, სადაც სუბიექტი სამართლებრი-

ვად არც ვალდებულია და არც უფლებამოსილი. ამ აზრის საილუსტრაციოდ ავტორი აღნიშნავს, რომ დანაშაულის ჩამდენი პირის მიმალვა პირდაპირ აკრძალული არ არის (რადგან ამისი აკრძალვა სამართალდაცვით ორგანოებში ამ პირის გამოცხადების ვალდებულებას დაანესებდა), მაგრამ არც მისი მიმალვაა ნებადართული<sup>12</sup>.

ამრიგად, ამ ნაშრომით, პროფესორი გურამ ნაჭყებია, შეეცადა, კიდევ ერთხელ, ახალი, მათ შორის, დეონტური ლოგიკის პრინციპების გამოყენებით, დაესაბუთებინა, რომ დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეა ყალბი და ალოგიკურია<sup>13</sup>.

### დანაშაულის ცნების მდებენელი კატეგორიები

სტატიაში „დანაშაულის ცნების კატეგორიული საფუძვლები (მეთოდოლოგიური საკითხები)“ („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2011, #15), ავტორი ეხება დანაშაულის ცნების კატეგორიული დასაბუთების მეთოდოლოგიურ ასპექტებს და მიიჩნევს, რომ დანაშაულის ცნების ელემენტები – ქმედების შემადგენლობა, ქმედების მართლსაწინააღმდეგობა და სუბიექტის ბრალი, რომელთა ერთიანობა დანაშაულის ცნების გამოხატულებაა, კატეგორიული შემადგენლობისაა. სხვანაირად თუ ვიტყვით, ისინი არიან კატეგორიები და არა ცნებები. ცნებასა და კატეგორიას შორის, ავტორის აზრით, ის განსხვავებაა, რომ ცნება, როგორც აზრის ერთ-ერთი ლოგიკური ფორმა, ზოგადისა და კერძოს, გვარისა და სახეობის ერთიანობას გამოხატავს, მაშინ როცა კატეგორია ზოგადისა და კერძოს, გვარისა და სახეობის მიხედვით არ იყოფა. კატეგორიას არც გვარი აქვს და არც სახეობა, იგი ამა თუ იმ სახით კი არ ვლინდება, არამედ კონკრეტდება, ამა თუ იმ ფორმას ღებულობს, იგი არ არის ამა თუ იმ ზოგადის სახეობა, იგი ამა თუ იმ ზოგადის ფორმაა<sup>14</sup>. არ შეიძლება ვიფიქროთ,

11 ნაჭყებია გ., (2010). დეონტური ლოგიკა და სამართლებრივი სივრცის პრობლემა სისხლის სამართალში, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #14, გვ. 161.

12 იქვე, გვ. 152.

13 იქვე, გვ. 161.

14 ნაჭყებია გ., (2011). დანაშაულის ცნების კატეგორიული საფუძვლები (მეთოდოლოგიური საკითხები), საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #14, გვ. 161.



რომ არსებობს კატეგორიების სხვადასხვა სახეობები, რომლებიც ერთმანეთისაგან განსხვავდებიან ამა თუ იმ არსებითი ნიშნით, რადგან კატეგორია თვითონაა უზოგადესი. მაგალითად, დანაშაული ცნებაა, რომელსაც აქვს სახეობითი გამოვლენა – ქურდობის, მკვლელობის, გაუპატიურების და სხვა სახით, თითოეული ეს სახეობა ერთმანეთისაგან განსხვავდება ამა თუ იმ არსებითი ნიშნით. მართლწინააღმდეგობა კატეგორიაა, რის გამოც მისი ფორმები – სისხლისსამართლებრივი, სამოქალაქოსამართლებრივი, ადმინისტრაციულსამართლებრივი, ყველგან, სამართლის ნებისმიერ დარგში, გამოხატავს ქმედების უარყოფით სამართლებრივ შეფასებას. იგი სამართლის სხვადასხვა დარგში სხვადასხვა სახით არ ვლინდება, ყველგან ქმედების უარყოფითი შეფასების გამომხატველია, მხოლოდ დაკონკრეტებულია სფერო. დანაშაულის ცნების შემთხვევაში კი, ქურდობა არის სხვისი მოძრავი ნივთის ფარული დაუფლება მართლწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზნით, ხოლო ძარცვა არის სხვისი მოძრავი ნივთის აშკარა დაუფლება მართლწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზნით. როგორც ვხედავთ, ქურდობა და ძარცვა დანაშაულის ცნებას სფეროების მიხედვით კი არ აკონკრეტებს, არამედ ასხვავებს მათ არსებითი ნიშნებით (ქურდობა ნივთის ფარული დაუფლებაა, ხოლო ძარცვა ნივთის აშკარა დაუფლება). კატეგორიის შემთხვევაში კი ეს ასე არ არის. მართლწინააღმდეგობის კატეგორია ზუსტად ერთი და იგივე შინაარსისაა, როგორც სისხლის, ასევე სამოქალაქო და ადმინისტრაციულ სამართალში, ყველგან ერთნაირად ქმედების უარყოფით სამართლებრივ შეფასებას გამოხატავს, მხოლოდ და მხოლოდ სფერო კონკრეტდება.

მიუხედავად დანაშაულის ცნების ელემენტებს. ქმედების შემადგენლობა, ავტორის აზრით, ისევე როგორც მართლწინააღმდეგობა, სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი თეორიის კატეგორიებია, რომლებიც სისხლის სამართლის სფეროში კონკრეტდებიან. ქმედების შემადგენლობა მართლწინააღმდეგობისა და მართლწინააღმდეგობის

ქმედებებს შორის კავშირის ფორმაა, სწორედ ქმედების შემადგენლობით გადადის მართლწინააღმდეგობა თავის საპირისპიროში – მართლწინააღმდეგო ქმედებაში. ქმედების შემადგენლობის განხორციელების გარეშე მართლწინააღმდეგობის საკითხი, უბრალოდ, ვერ დადგებოდა. მართლწინააღმდეგობა ერთმანეთთან აკავშირებს ქმედების შემადგენლობას და ბრალს. ბრალი, ავტორის მტკიცებით, განსხვავებით „ქმედების შემადგენლობისა“ და „მართლწინააღმდეგობის“ კატეგორიებისაგან (რომლებიც, როგორც აღვნიშნეთ, სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი თეორიის კატეგორიებია), სოციალური ფილოსოფიის კატეგორიაა და უკავშირდება „პასუხისმგებლობის“, უფრო სწორად კი, „უპასუხისმგებლობის“ კატეგორიას. უპასუხისმგებლობა, ავტორის აზრით, პასუხისმგებლობის პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტების კავშირის ფორმაა, ვინაიდან მართლწინააღმდეგო ქმედებას სუბიექტი ნორმატიულად დადგენილი ვალდებულებებისადმი უპასუხისმგებლო დამოკიდებულების შედეგად განახორციელებს. აქედან გამომდინარე კი „ბრალი“, როგორც პასუხისმგებლობის სინონიმი დამოუკიდებელ კატეგორიას წარმოადგენს<sup>15</sup>.

მაშასადამე, სტატიაში „დანაშაულის ცნების კატეგორიული საფუძვლები (მეთოდოლოგიური საკითხები)“, პროფესორი გურამ ნაჭყებია ასაბუთებს, რომ დანაშაულის ცნებას საფუძვლად უდევს „სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი თეორიის“ ისეთი ორი კატეგორია, როგორცაა „ქმედების შემადგენლობა“ და „მართლწინააღმდეგობა“ და სოციალური ფილოსოფიის კატეგორია „ბრალი“.

## ბრალის საზღვრითი კატეგორიები

სტატიაში „ბრალის კატეგორია სასაზღვრო კატეგორიების სისტემაში“ („ფილოსოფიური ძიებანი“, 2012, #16), ბრალი განხილულია შემდეგ ისეთ კატეგორიებთან მიმართებაში, რომლებიც, ავტორის აზრით,

რებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #15, გვ. 140.

15 იქვე, გვ. 145.



ბრალის საზღვრით კატეგორიებს წარმოადგენს, კერძოდ: პასუხისმგებლობა, მისი პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტებით; თავისუფლება; მიზეზი და შედეგი; რაოდენობრიობა და თვისებრიობა; სამართლებრივი ურთიერთობა; ზნეობა; პასუხისმგებლობის გრძნობა; სინდისი.

ნაჩვენებია ბრალის უზოგადესი კატეგორიული ბუნება და ბრალი სოციალური ფილოსოფიის დამოუკიდებელ კატეგორიადაა გამოცხადებული. ამ დასკვნის გასაკეთებლად ავტორი სამართლიანად ემიჯნება ბრალის როგორც ფსიქოლოგიურ, ასევე ნორმატიული თეორიების ცალმხრივობას და ბრალს ფსიქიკურისა და ნორმატიულის მიჯნაზე განიხილავს. ავტორის აზრით მართალია, ბრალი პასუხისმგებლობის ნეგატიურ ასპექტს აფუძნებს, თუმცა მისი წანამდღვარი და ლოგიკური საფუძველი პოზიტიური პასუხისმგებლობაა, უფრო სწორად, პოზიტიური პასუხისმგებლობის საპირისპირო მდგომარეობა – უპასუხისმგებლობა. „სუბიექტი იკიცხება ახა უბადოდ მახთდსაწინააღმდეგო ქმედებისთვის, ახამედ იმისთვის, რომ სუბიექტმა მახთდსაწინააღმდეგო ქმედება მახთდობიეხი ქმედების ვადებულებისადმი უპასუხისმგებლო დამოკიდებულების შედეგად განახოციედა, მაშინ, როდესაც მას შეეძლო მახთდობიეხი ქმედების მოვადეობისადმი პასუხისმგებლუხი დამოკიდებულება ჰქონოდა და, მაშასადამე, ემოქმედა მახთდობიეხად“.<sup>16</sup> აქედან გამომდინარე, ავტორის დასკვნით, ბრალი არც წმინდა ფსიქიკური ფენომენია და არც წმინდა ნორმატიული, იგი იაზრება პასუხისმგებლობის პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტების კავშირის ფორმად, ანუ, დამოუკიდებელ კატეგორიად და რადგან პასუხისმგებლობა სოციალური ფილოსოფიის კატეგორიაა, ბრალიც სოციალური ფილოსოფიის კატეგორიას წარმოადგენს<sup>17</sup>.

რადგან ბრალი პასუხისმგებლობის ასპექტების კავშირის ფორმად იქნა მოაზრებული და რადგან პასუხისმგებლობა თავისუფლების გარეშე არ არსებობს, ავტორის

წინაშე ლოგიკურად დგება ბრალისა და თავისუფლების და, შესაბამისად, ბრალისა და მიზეზ-შედეგობრიობის მიმართების საკითხი. ავტორის მართებული შენიშვნით, მიზეზისა და შედეგის კატეგორიულ გააზრებას ბრალთან მიმართებაში (ქართულში „ბრალი“ ხშირად „მიზეზის“ მნიშვნელობითაც გამოიყენება, თუმცა, მიზეზი ობიექტურია, ხოლო ბრალი ობიექტურ-სუბიექტური, რის გამოც „მიზეზთან“ მისი გათანაბრება დაუშვებელია<sup>18</sup>) დიდი მნიშვნელობა აქვს „*ჩადგან ადამიანის ქმედება მიზეზ-შედეგობიეხი ჯაჭვიშია ჩახთუდი და განსაზღვხავს, ეხთი მხიივ, თვით ადამიანის ქმედების გამომწვევ პიხოებესა და მიზეზებს, ხოდო, მეოხე მხიივ, – თვით ქმედების, როგოხც მიზეზისა, და მისი შედეგების მნიშვნელობას ბხადის დადგენასა და მისი ხახისხის განსაზღვხაში*“.<sup>19</sup>

ბრალის ხარისხს ავტორი რაოდენობრიობისა და თვისებრიობის ხარისხს უკავშირებს და აღნიშნავს, რომ პასუხისმგებლობის სუბიექტის ბრალის ხარისხი (თვისებრიობა) დამოკიდებულია მის საზოგადოებრივ, პოლიტიკურ თუ სამართლებრივ მდგომარეობაზე (რაოდენობრიობაზე).

ავტორი წარმატებით განიხილავს ბრალის პრობლემატიკასთან კავშირში სამართლებრივი ურთიერთობის კატეგორიას და მიიჩნევს, რომ სამართლებრივი ურთიერთობა პოზიტიური პასუხისმგებლობის გამოვლენის იურიდიული ფორმაა და წარმოადგენს სამართლის ნორმის, როგორც ჯერარსისა და მართლწესრიგის, როგორც ნაწილობრივ განხორციელებული სამართლის ანუ არსის, კავშირის ფორმას. ავტორის აზრით, ამ საკითხების გარკვევის გარეშე გაუგებარი იქნებოდა სამართლის ნორმის გადასვლის საკითხი მართლწესრიგში, როცა სუბიექტის ქმედება მართლზომიერია და ბრალის საკითხი, როცა სუბიექტის ქმედება მართლსაწინააღმდეგოა.

საინტერესოა პროფ. გურამ ნაჭყებიას შეხედულებები ბრალისა და ზნეობის კატეგორიების მიმართების თვალსაზრისით. ბრალის პრობლემა დგას ზნეობაშიც (მორალში). ზნეობრივი თვალსაზრისით ადამიანი პასუხს აგებს ადამიანის ისეთი სოციალური უნარის წინაშე,

მურმან გორგოშაძე, მირიან ქათამაძე

16 ნაჭყებია გ., (2012). ბრალის კატეგორია სასაზღვრო კატეგორიების სისტემაში, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #16, გვ. 56.

17 იქვე, გვ. 56-57.

18 იქვე, გვ. 58.

19 იქვე, გვ. 57.

როგორცაა სინდისი, სისხლის სამართლის სფეროში კი სახელმწიფოს წინაშე. სისხლის-სამართლებრივი ბრალი, მართალია, არაა მონყვეტილი ზნეობრივი ბრალისაგან – ბრალის შეგრძნება პასუხისმგებლობის გრძნობის საფუძველზე ხდება, მაგრამ მისგან არსებითად განსხვავდება იმით, რომ სინდისის სამართალი არ ცნობს გაუფრთხილებლობას, როგორც ბრალის საფუძველს, იგი მხოლოდ განზრახვის სფეროზე ვრცელდება. ზნეობის სფეროში გაუფრთხილებლობით ჩადენილ უზნეობას მოსდევს სინანული და არა სინდისის ქენჯნა, რაც განზრახ ჩადენილი უზნეობისთვისაა ნიშანდობლივი. სინდისს შეუძლია ჩაშალოს ნებისმიერი დანაშაულებრივი საქმე, თუ იგი არ მოტყუვდა, არ დაბრმავდა ყალბი შუქით. დანაშაულის ჩადენისთვის ადამიანი რალაც ზომით ყოველთვის საჭიროებს საკუთარი სინდისის ნეიტრალიზაციას თავის მოტყუების საშუალებით, ეს მოტყუება თავისებური ვიზაა დანაშაულის სამყაროში შესასვლელად, აღნიშნავს ავტორი, ამ საკითხებზე მომუშავე ქართველი ავტორიტეტების დამონებით<sup>20</sup>.

საანალიზო სტატიაში ცალკე აღნიშვნის ღირსია ავტორის დამოკიდებულება ბრალისა და სამართლის სხვა მსგავსი ცნებებისა თუ კატეგორიების კვლევისას ფილოსოფიური მეთოდების გამოყენებასთან. მისი აზრით, აღნიშნული კატეგორიების კვლევა უნდა ხდებოდეს ფილოსოფიაში ჩადრმავეების<sup>21</sup> გზით და არა მისგან გაქცევით<sup>22</sup> ან მის გარეთ<sup>23</sup>.

## სამართლის აქსიოლოგიური ასპექტები

გურამ ნაჭყებია, ნაშრომში „ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის

20 იქვე, გვ. 63.

21 დაწვრილებით ამ საკითხზე იხილეთ, ნაჭყებია გ., (2015). „გადავარდეს“ თუ არა იურისტი ფილოსოფიაში?, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #19.

22 ნაჭყებია გ., (2012). ბრალის კატეგორია სასაზღვრო კატეგორიების სისტემაში, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #16, გვ. 59, 72

23 იქვე, გვ. 74.

**თანაფარდობის პრობლემა სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში** („ფილოსოფიური ძიებანი“ 2014, #18), ასაბუთებს ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის თანაფარდობის შეუძლებლობას სამართლისადმი აქსიოლოგიური მიდგომის გარეშე. მისი აზრით სამართალი არ არის მხოლოდ გნოსეოლოგიური ფენომენი, იგი არ დგინდება მხოლოდ ასახვის თეორიით და გნოსეოლოგიზმი სამართალში გამორიცხავს მისი ნორმატიულობის დასაბუთებას და, შესაბამისად, ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის გამიჯვნის შესაძლებლობასაც, ურომლისოდაც მათ შორის თანაფარდობაზე ლაპარაკი ლოგიკურად შეუძლებელია. ავტორი ამ დასკვნის მისაღებად საკმაოდ საინტერესო გზას ირჩევს, კერძოდ, ერთმანეთისაგან ასხვავებს ტერმინებს „სამართალშემოქმედება“ და „კანონშემოქმედება“, მისი აზრით, სწორად უნდა ჩაითვალოს ტერმინი „კანონშემოქმედება“, რადგან შექმნა ხდება ნორმატიული აქტის, მათ შორის კანონის, რომელიც სამართლის გამოხატვის ფორმაა. ტერმინ „სამართალშემოქმედების“ გამოყენების შემთხვევაში კი, ისე ჩანს, თითქოს სამართალი ობიექტურად და იდეალურად კი არ არსებობს, არამედ ხელოვნურად იქმნება სახელმწიფოს მიერ<sup>24</sup>. აქედან გამომდინარე, კანონშემოქმედებას, მისი სპეციფიკის მიუხედავად, ავტორი, შესაბამის ლიტერატურაზე დაყრდნობით, შემოქმედების ერთ-ერთი სახედ მიიჩნევს, შემოქმედება კი თავის მხრივ შემოქმედის თავისუფლებას და სუბიექტური ღირებულების აღიარებასაც გულისხმობს, თუმცა ეს სუბიექტური, ობიექტური ღირებულებების გაშინაგნების შედეგად მიღებული სუბიექტურია. კანონმდებელმა საზოგადოებრივ ცხოვრებაში უნდა აღმოაჩინოს ადამიანის ის ქმედება, რომელიც მომავალ სისხლის სამართლის კანონში დანაშაულად სახელმწიფოებრივი კვალიფიკაციის ღირსია, ანუ უნდა აღმოაჩინოს „კრიმინალიზაციის ობიექტი“, ეს აღმოჩენის ფაქტი შემოქმედებაა,

24 ნაჭყებია გ., (2014). ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის თანაფარდობის პრობლემა სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული „ფილოსოფიური ძიებანი“, თბილისი, უნივერსალი, #18, გვ. 62.

რომელიც ობიექტური ღირებულებების გაშინაგნების საფუძველზე წარმოშობილი თავისუფლებისა და სუბიექტური ღირებულებების შედეგია. ეს კი ნიშნავს, რომ სისხლის სამართლის კანონმდებლობა (კანონმდებელი) არაა მოწყვეტილი აღმოჩენას (შემოქმედებით აქტს) ობიექტური ღირებულების სფეროში. მაშასადამე, კანონშემოქმედის, როგორც შემოქმედის, ცნობიერებისთვის მთავარია არა მხოლოდ სინამდვილის ასახვა, არამედ მისი კონსტრუირება, ანუ მოქმედების ჯერ არარსებული შედეგის წარმოსახვა. ავტორის აზრით, რადგან მოქმედების ჯერ არარსებული შედეგის კონსტრუქცია საზოგადოებრივი პრაქტიკისთვისაა განკუთვნილი, კანონშემოქმედება პრაქტიკული შემოქმედების სახეა და გარე სინამდვილისადმი ადამიანის (კანონმდებლის) პრაქტიკულ-ღირებულებით დამოკიდებულებას გამოხატავს, კანონმდებელი კი საზოგადოებრივი პრაქტიკის სუბიექტია<sup>25</sup>, რომელიც სამართლის ნორმატიულობას საზოგადოებრივი ურთიერთობების მოწესრიგების საშუალებად იყენებს.

ყოველივე ზემოთქმულიდან გამომდინარე, ავტორი, ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის თანაფარდობის საკითხის გადაწყვეტისას სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, მიუთითებს, რომ ქმედების შემადგენლობის ფაქტიდან მის მართლწინააღმდეგობაზე გადასვლის ლოგიკური გზა არ არსებობს, რადგან ქმედების შემადგენლობა აღწერით, ასე ვთქვათ, ფაქტიურის მსჯელობებს ეყრდნობა და მოკლებულია შეფასებითი ხასიათის მსჯელობებს, ამიტომ სისხლის სამართლის კანონმდებელი სისხლის სამართლის კანონმდებლობას ქმედების შემადგენლობის შექმნით ვერ დაიწყებს, ამით იგი ამთავრებს სისხლის სამართლის კანონმდებლობას ანუ აღწერს ამა თუ იმ დანაშაულის ჩადენის ხერხს და ამას აკეთებს გარე სინამდვილისადმი პრაქტიკულ-ღირებულებით დამოკიდებულების შედეგად წინასწარ გაკეთებულ დასკვნაზე დაყრდნობით იმის შესახებ, თუ რა არის დანაშაული. ეს კი ნიშნავს, რომ ქმედების შემადგენლობაში, როგორც აღწერილობით მსჯელობის სტრუქტურაში არ უნდა იქნას შეტანილი ქმედების

მართლწინააღმდეგობა და სუბიექტის ბრალი. ქმედების მართლწინააღმდეგობა და ბრალი შეფასებითი, აქსიოლოგიური კატეგორიებია, განსხვავებით ქმედების შემადგენლობისაგან, რომელიც შემეცნებითი (გნოსეოლოგიური) კატეგორიაა. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ასკვნის ავტორი, დანაშაულის ნორმატიული ცნების აგება შეუძლებელია<sup>26</sup>.

### დასკვნა

ამრიგად, პროფესორ გურამ ნაჭყებიას მიერ, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებულში „ფილოსოფიურ ძიებანი“ გამოქვეყნებული სტატიებით, სისხლის სამართლის ფილოსოფიას შეემატა ღირებული ნაშრომები დანაშაულის, როგორც სამართლის უარყოფისა და მსოფლმხედველობრივი ცთომილების, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის, როგორც რომელიმე კონკრეტული მოვალეობისადმი დამოკიდებულების, ბრალისა და უპასუხისმგებლობის, როგორც სინონიმური ცნებების, დეონტური ლოგიკის პოზიციიდან სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობების ახსნის, დანაშაულის საფუძველმდებარე კატეგორიების – „ქმედების შემადგენლობისა“ და „მართლწინააღმდეგობის“, ბრალის, როგორც ფსიქიკურისა და ნორმატიულის მიჯნაზე არსებული ფენომენის შესახებ. აღნიშნულმა შრომებმა გაამდიდრა არა მხოლოდ ქართული სისხლის სამართლის ფილოსოფიის, არამედ ზოგადად ქართული სამართლის ფილოსოფიის არცთუ ისე მდიდარი ყულაბა.

25 იქვე, 83- 69.

26 იქვე, 83- 74.

# PROFESSOR GURAM NATCHKEBIA AS A CRIMINAL LAW PHILOSOPHY PROBLEMS RESEARCHER (According to the Works Published in “Philosophical Investigations” Collection)

**Murman Gorgoshadze**

*Professor of Faculty of Law and Social Sciences, Batumi Shota  
Rustaveli State University*

**Mirian Katamadze**

*Doctoral Student of the Faculty of Law, Tbilisi Ivane Javakhishvili State  
University*

KEYWORDS: Guram Natchkebia, Positive Responsibility,  
Irresponsibility, World-view error

## ABSTRACT

This work covers the philosophical analysis of research of criminal law problems according to the works published in “Philosophical Quests” Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia by one of the modern prominent representatives of Georgian jurisprudence, Professor Guram Natchebia.

Namely, it covers the philosophical problems of crime as deny of law, its concept-forming categories, deliberate crime as the idea and basis of value error and criminal relations, boundary categories of guilt and axiological aspects of law.

Special attention is paid to attitude to criminal responsibility, as any concrete obligation, not person’s obligation, what allows foundation of positive responsibility idea; analysis of guilt and irresponsibility as the synonymic notions, presentation of the basic categories of general theory of law: “composition of act” and “illegality” and the social philosophy category of “guilt”; consideration of guilt as phenomenon on



the boundary of psychic and normative and its boundary categories (responsibility with its positive and negative aspects; freedom; cause and effect; quantitative and qualitative; legal relations; moral; sense of responsibility; conscience);

Taking of the categories of “illegality of action” and person’s “guilt” out of the descriptive consideration structure for foundation of the normative notion of guilt and their announcement as evaluative, axiological categories, as opposed to the

category of “composition of act”, as a gnoseological category.

It is demonstrated that Professor Guram Natchkebia’s works cover both general principles of philosophy of law and philosophic matters of the general categories of law. Contribution of Professor Guram Natchkebia to development of Georgian legal philosophy in general and namely, of the Georgian criminal law philosophy is assessed.

### ბიბლიოგრაფია:

1. ნაჭყებია გ., (1999). ჰეგელი დანაშაულის ბუნების შესახებ, „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, № 3
2. ნაჭყებია გ., (2000). პასუხისმგებლობის კატეგორიის განსაზღვრის საკითხისათვის. „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, № 4
3. ნაჭყებია გ., (2001). ბრალი როგორც ფილოსოფიური კატეგორია. „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, № 5
4. ნაჭყებია გ., (2007). განზრახი დანაშაული, როგორც მსოფლმხედველობითი ცდომილება. „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, №11
5. ნაჭყებია გ., (2010). დეონტური ლოგიკა და სამართლებრივი სივრცის პრობლემა სისხლის სამართალში. „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, №14
6. ნაჭყებია გ., (2011). დანაშაულის ცნების კატეგორიული საფუძვლები (მეთოდოლოგიური საკითხები), „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, №15
7. ნაჭყებია გ., (2012). ბრალის კატეგორია სასაზღვრო კატეგორიების სისტემაში, „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, №16
8. ნაჭყებია გ., (2014). ქმედების შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის

### BIBLIOGRAPHY:

1. Natchkebia G., (1999). Hegel about Nature of Crime, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N3
2. Natchkebia G., (2000). On the Issue of Determination of Category of Responsibility, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N4
3. Natchkebia G., (2001). Guilt as a Philosophic Category, “Philosophical Investigations” Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N5
4. Natchkebia G., (2007). Deliberate Crime, as World-View Error, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N11
5. Natchkebia G., (2010). Deontic Logics and Legal Space Problem in Criminal Law, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N14
6. Natchkebia G., (2011). Crime Concept Categories Fundamentals (Methodological Problems), “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N15
7. Natchkebia G., (2012). Category of Guilt in the Boundary Categories System, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N16
8. Natchkebia G., (2014). The problem of Correlation of Content and Wrongfulness of Act in Criminal Legislation, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N18

- თანაფარდობის პრობლემა სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, №18
9. ნაჭყებია გ., (2015). გადავარდეს თუ არა იურისტი ფილოსოფიაში?, „ფილოსოფიური ძიებანი“, საქართველოს ფილოსოფიურ მეცნიერებათა აკადემიის კრებული, თბილისი, №19
  10. ჰეგელი გ. ვ. ფ., (1962). ლოგიკის მეცნიერება, თბილისი
  9. Natchkebia G., (2015). Should a Lawyer Plunge into Philosophy or not? “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, N19
  10. Hegel G.W.F., (1962). Science of Logics, Tbilisi

**NOTES:**

1. Valedictory of the Presidium of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia to Guram Natchkebia, (2018), “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N22, p. 391
2. 2.Professor Guram Natchkebia covered the problems of legal philosophy in the other periodicals and works as well (please, find, Guram Natchkebia, the Problem of Correlation of “Act” and “Action” according to Criminal Law Philosophy / Lawyer, 2017, #3; Guram Natchkebia, About Analogical Signs of Arts and Law / Festschrift dedicated to 70th anniversary of Prof. Givi Intskirveli, Tbilisi, 1996; Guram Natchkebia, Some Methodological Problems of Correlation of Rightness and Wrongness According to Criminal Law, Justice and Law, 2017, #2; Guram Natchkebia, Subject of Criminal Law, Tbilisi, 1997; Guram Natchkebia, Guilt, as a Category of Social Philosophy, Tbilisi, 2011, etc.
3. G.W.F. Hegel, (1962), Science of Logics, Tbilisi, Soviet Georgia, p. 364
4. G,Natchkebia (1999), Hegel about Nature of Crime, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N3, p. 205
5. G.Natchkebia, (2000), On the Issue of Determination of Category of Responsibility, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N4, p.131
6. *Ibid.*, p. 134
7. *Ibid.*, p. 139
8. G.Natchkebia, (2001), Guilt as a Philosophic Category, Guilt as a Philosophic Category, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N5, p.119
9. *Ibid.*, p. 121
10. G. Natchkebia (2007), Deliberate Crime, as World-View Error, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N11, p. 131
11. G. Natchkebia (2010), Deontic Logics and Legal Space Problem in Criminal Law, “Philosophical Investigations”, Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N14, p. 161
12. *Ibid.*, p. 152
13. *Ibid.*, p.161
14. G.Natchkebia (2011). Crime Concept Categories Fundamentals (Meth-

- odological Problems), "Philosophical Investigations", Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N15, p. 140
15. *Ibid.*, p. 45
  16. G.Natchkebia (2012). Category of Guilt in the Boundary Categories System, "Philosophical Investigations", Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N16, p. 56
  17. *Ibid.*, p. 56-57
  18. *Ibid.*, p. 58
  19. *Ibid.*, p. 57
  20. *Ibid.*, p.63
  21. Please, find on this issue in details, G.Natchkebia (2015). Should a Lawyer Plunge into Philosophy or not? "Philosophical Investigations", Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N19
  22. G. Natchkebia (2012), Category of Guilt in the Boundary Categories System, "Philosophical Investigations", Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N16, p. 59, 72
  23. *Ibid.*, p. 74
  24. G.Natchkebia (2014) The problem of Correlation of Content and Wrongfulness of Act in Criminal Legislation, "Philosophical Investigations", Collection of the Academy of Philosophic Sciences of Georgia, Tbilisi, Universal, N18, p.62
  25. *Ibid.*, p. 69
  26. *Ibid.*, p. 74

# აუცილებელი მოგერიების შეზღუდულად განმარტების გამო სასამართლო გადაწყვეტილების კრიტიკა

## თამარ გეგელია

სამართლის დოქტორი, კავკასიის უნივერსიტეტის  
აფილირებული ასოცირებული პროფესორი

საკვანძო სიტყვები: აუცილებელი მოგერიება, პერსონალური  
თავდაცვა, მოგერიების საზღვრები

## აბსტრაქტი

სტატიაში გაანალიზებულია საქმე, სადაც ფაქტობრივი გარემო-  
ებების მიხედვით პირი უნდა გამართლებულიყო მკვლელობისთვის,  
ნაცვლად ამისა, ის დაისაჯა. აუცილებელი მოგერიება ადამიანის  
უფლებაა – თავი დაიცვას აგრესორისგან. სტატია „აუცილებელი  
მოგერიების საზღვრების შესახებ“ სამოსამართლო განმარტების  
კრიტიკული ანალიზია. სტატია ეხება კონკრეტულ საქმესთან დაკა-  
ვშირებით ზუგდიდის რაიონული სასამართლოსა და საქართველოს  
უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებებს. სტატიის ავტორის  
შეფასებით, ორივე განაჩენი აუცილებელი მოგერიების არსთან შე-  
უსაბამოდ ვიწრო ინტერპრეტაციას წარმოადგენს, ამასთან ორივე  
ინსტანცია ერთმანეთისგან განსხვავებულ შედეგებამდე მივიდა,  
რაც ფაქტების განსხვავებულმა სამართლებრივმა შეფასებებმა გა-  
ნაპირობა. სტატიის ავტორი ჩამოთვლის აუცილებელი მოგერიების  
გამართლებისთვის აუცილებელ კრიტერიუმებს და აანალიზებს, თუ  
როგორ უნდა განიმარტებოდეს ისინი, პარალელურად აკრიტიკებს  
მის სამოსამართლო განმარტებებს.

საქმიდან საქმემდე გაკეთებული სამოსამართლო განმარტე-  
ბები არ ემსახურება მოგერიების განმსაზღვრელი ნორმის გან-  
ჭვრეტადობას, რაც ვნებს სამართლებრივ უსაფრთხოებას. ყველა



ადამიანს აქვს უფლება – დაიცვას თავი აგრესორისგან, გამოიყენოს ეფექტიანი თანაზომიერი საშუალება თავდასაცავად, ისე რომ რისკის ქვეშ არ დააყენოს საკუთარი თავი. ადამიანს უფლება აქვს ზუსტად იცოდეს – რა დროს და როგორი სიმძლავრის ძალის გამოყენება შეუძლია აგრესორის წინააღმდეგ. ქართულ რეალობაში ეს უფლება სისტემატურად ირღვევა და სწორედ ამ პრობლემის წარმოჩენას ემსახურება კონკრეტული სისხლის სამართლის საქმის ანალიზიც. ავტორის აზრით, პრაქტიკა აცდენილია ნორმის არსს და მიზანს, რაც მოგერიების უფლების დისკრედიტაციას უწყობს ხელს, ყოველივე კი მხოლოდ აგრესორს აძლიერებს.

## შესავალი

სტატიაში გაანალიზებულია საქმე, სადაც ფაქტობრივი გარემოებების მიხედვით პირი უნდა გამართლებულიყო მკვლელობისთვის, ნაცვლად ამისა, ის დაისაჯა. აუცილებელი მოგერიება ადამიანის უფლებაა – თავი დაიცვას აგრესორისგან. მოგერიების გამართლების საფუძველი ადამიანის უფლებაა სიცოცხლეზე, უფლება – დაიცვას ის აგრესორისგან.<sup>1</sup>

მოგერიების უფლებაზე, მის საზღვრებზე მსჯელობა და აკადემიური დისკუსიები მნიშვნელოვანია, რათა სამართალი განვითარდეს ამ მიმართულებით და ნორმის სამოსამართლო ინტერპრეტაციებიც კონტექსტის გათვალისწინებით უფრო მოქნილი და სწორი გახდეს. ქართული სასამართლოს როგორც ძველი, ისე ახალი პრაქტიკის კვლევების ანალიზი ცხადყოფს, რომ მოგერიების უფლების საზღვრები სასამართლოს ვინროდ ესმის, უადგილოდ ფრთხილობენ განმარტებისას, რაც დამაზიანებელია ამ ინსტიტუტისთვის. საქმიდან საქმემდე გაკეთებული სამოსამართლო განმარტებები არ ემსახურება მოგერიების განმსაზღვრელი ნორმის განჭვრეტადობას, რაც ვნებს სამართლებრივ უსაფრთხოებას. ყველა ადამიანს აქვს უფლება – დაიცვას თავი აგრესორისგან, გამოიყენოს ეფექტიანი

თანაზომიერი საშუალება თავდასაცავად, ისე რომ რისკის ქვეშ არ დააყენოს საკუთარი თავი. ადამიანს უფლება აქვს ზუსტად იცოდეს – რა დროს და როგორი სიმძლავრის ძალის გამოყენება შეუძლია აგრესორის წინააღმდეგ. ქართულ რეალობაში ეს უფლება სისტემატურად ირღვევა და სწორედ ამ პრობლემის წარმოჩენას ემსახურება კონკრეტული სისხლის სამართლის საქმის ანალიზიც.

2019 წლის საქმე, რომელიც სამივე ინსტანციის სასამართლომ განიხილა და სამივე ფაქტობრივი გარემოებების განსხვავებულ სამართლებრივ შეფასებამდე მივიდა, კრიტიკას იმსახურებს. ამასთან, ნორმის ამგვარი განმარტება, რაც გადაწყვეტილებებშია, ამ ნორმის სწორად გაგებას და წინასწარ განჭვრეტას არ უწყობს ხელს, რაც სამართლებრივი უსაფრთხოებისთვის საზიანოა. სტატიაში თავდაპირველად პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილების კრიტიკულ ანალიზს დაეთმობა ადგილი, ხოლო საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განაჩენი, რომელმაც გაიზიარა სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, რითაც გააუქმდა პირველი ინსტანციის განაჩენი, უფრო მოკლედ, თუმცა ასევე კრიტიკულად იქნება გაანალიზებული სტატიის ბოლოს.

საქმე შეეხება შემთხვევას, სადაც დაზარალებული ცდილობდა აგრესორებისგან თავდაცვას, რა დროსაც გამოიყენა დანა. ერთი აგრესორი მსუბუქად დაიჭრა, ბრალდების ამ ნაწილში ბრალდებული პირველმა ინსტანციამ გაამართლა, ხოლო მეორე აგრესორი მოკვდა, ბრალდების ამ ნაწილში ბრალდებული გამტყუნდა აუცილებელი მოგერიების ფარგლების გადაცილებით ჩადენილი მკვლელობისთვის. კრიტიკა გადაწყვეტილების სწორედ იმ ნაწილს შეეხება, რითაც პირი გამტყუნდა.<sup>2</sup> ზემდგომი ინსტანციის სასამართლოებმა კი პრივილეგირებული მკვლელობა გადააკვალიფიცირეს და დაამძიმეს ჩვეულებრივი მკვლელობის მუხლით.

1 Leverick, F. (2006). Killing in self-defense, Oxford: Oxford University Press, 54-55. ასევე იხ. Hessbruegge J.A. (2017). Human Rights and Personal Self-defense in International Law, Oxford University Press.

2 სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა ეს განაჩენი და პირი გამტყუნა როგორც სსკ-ის 120-ე მუხლით ისე სსკ-ის 108-ე მუხლით. სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება გაიზიარა საქართველოს უზენაესმა სასამართლომაც. იხ. N 2კ-756აპ.-19, 17 მარტი 2020.

## 1. პირველი ინსტანციის სასამართლოს განაჩენის ანალიზი

### 1.1. ფაქტობრივი გარემოებები

კ.რ.-მ (ბრალდებული) დანის გამოყენებით დაჭრა და ჯანმრთელობა მსუბუქად დაუზიანა კ.თ.-ს, ხოლო ლ.ს.-ს დანის სხეულზე სხვადასხვა ადგილას სამჯერ დარტყმით სიცოცხლე მოუსპო. მას ბრალი 120-ე და 108-ე მუხლებით წაყენა. ზუგდიდის რაიონულმა სასამართლომ პირი 120-ე მუხლით ბრალდებაში გაამართლა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის (სსკ) 28-ე მუხლზე მითითებით (აუცილებელი მოგერიება), ხოლო 108-ე მუხლი გადააკვალიფიცირა სსკ-ის 113-ე მუხლზე (მკვლელობა აუცილებელი მოგერიების ფარგლების გადაცილებით).

იმ დღეს თავსხმა წვიმა იყო. ღამის 23:00-24:00 საათის პერიოდში მოხდა ჩხუბი. კ.თ. და ლ.ს. აუშარდნენ კ.რ.-ს, საქმის გარჩევა მოითხოვეს და ამ მიზნით თხოვეს სამარშრუტო ტაქსიდან გადმოსვლა და გვერდზე გასვლა. საქმის გარჩევის დროს კ.რ. უარყოფდა მის მიმართ კ.თ.-სა და ლ.ს.-ს ბრალდებებს, რის გამოც მას დაარტყეს არაერთხელ, მოწმის ჩვენებით მას „უმონყალოდ“ ურტყამდნენ.<sup>3</sup> ასევე დადასტურებულია, რომ პირველად აგრესორებმა ლ.ს.-მ და კ.თ.-მ იძალადეს კ.რ.-ზე. კ.რ. დარტყმის გამო თავს ვერ იკავებდა და ძირს ეცემოდა, შემდეგ დგებოდა და ისევ აგდებდნენ. თავდაცვის მიზნით კ.რ.-მ ამოიღო დანა და გააფრთხილა აგრესორები, არ მიკარებოდნენ, თორემ გამოიყენებდა მას მათ წინააღმდეგ. აგრესორები არ ცხრებოდნენ, კ.რ.-სკენ მიიწვიდნენ. კ.რ. დანას უმისამართოდ იქნევდა, აფრთხილებდა, რომ დაჭრიდა მათ თავდაცვის მიზნით. ამის მიუხედავად აგრესორები უკან არ იხევდნენ და მაინც მოახერხეს ბრალდებულის „შებოჭვა“, რა დროსაც ერთ-ერთი აგრესორი დაიჭრა მსუბუქად. პირველი ეპიზოდი ამით დასრულდა, რადგან უცებ უცხო მანქანამ გაანათა შემთხვევის ადგილი და სამივე პირი მიმოიფანტა. ამის შემდეგ იწყება მეორე ეპიზოდი, რა დროსაც

ბრალდებული უკვე გასულია მოშორებით, ცდილობს ცოლს დაურეკოს, მაგრამ აგრესორები მას არ აძლევენ ამის საშუალებას და ისევ იწყება ცემა და ძალადობა კ.რ.-ზე.

გამოძიებით დადგენილია, რომ კ.რ. დასისხლიანებული იყო, კანკალებდა და აღებინებდა. ის ვერ უმკლავდებოდა დანის გარეშე მოძალადეებს. აგრესორებმა გააკავეს და ამ ორმოტრიალში როდესაც ბრალდებული დანას იქნევდა. აგრესორები დაიჭრნენ – კ.თ. სახის არეში და ზურგის მხარეს მსუბუქად, ხოლო ლ.ს. – სხეულის ოთხ ადგილას.

სასამართლო დადგენილად მიიჩნევს და თავადვე ამახვილებს ყურადღებას, რომ აგრესორებიდან ერთ-ერთი, კერძოდ ლ.ს., ძიუდოისტი იყო და უფრო ღონიერი, ვიდრე კ.რ. გადაწყვეტილების მიხედვით, „[კ.რ.-მ] რამდენიმე დარტყმა მიაყენა ლ.ს.-ს სხვადასხვა ადგილას სხვადასხვა დროს სხვადასხვა მდგომარეობიდან, თუმცა ამანაც არ გამოიღო შედეგი და ჩხუბი მის წინააღმდეგ გრძელდებოდა. მიუხედავად იმისა, რომ ბრალდებულის ჯანმრთელობის დაზიანების საფრთხე ჰქონდა იყო, ბნელდა, წვიმდა, მხევედრობა შეზღუდული იყო, ხოლო მას უჩველად 2 ადამიანი, ეს ადამიანები შეიძლება იყოს იხვედნენ. მათთან, ამის შესახებ ზუსტი ინფორმაცია ბრალდებულს ახ გააჩნდა“<sup>4</sup>.

### 1.2. შენიშვნა

დამკვიდრებული შეხედულებით, აუცილებელი მოგერიების გამართლების აუცილებელი კრიტერიუმებია, რომ სიკეთის დაზიანების საფრთხე უშუალოდ დაზარალებულისგან (აგრესორი) უნდა მომდინარეობდეს, ამასთან, თავდასხმა მართლსაწინააღმდეგო და იმწუთიერი უნდა იყოს. სიკეთეს, რომელსაც აგრესორისგან ზიანი ადგება ან შეიძლება მიადგეს, მნიშვნელოვანი უნდა იყოს. მომგერიების უკუქმედება აუცილებლობით უნდა იყოს გამოწვეული, რაც აგრესორისკენ უნდა იყოს მიმართული, ხოლო შერჩეული ძალა გონივრული და თანაზომიერი. ასევე, აუცილებელია მომგერიების მხრიდან მოგერე-

3 უშუალო თვითმხილველის ჩვენებით, ამ სიტყვით არის აგრესორთა ძალადობა შეფასებული, რომელიც საკასაციო ინსტანციამ არ გაიზიარა.

4 ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს N1/411-18 განაჩენი, 11 თებერვალი, 2019, პარ. 4.1.2.

ბის მდგომარეობის სუბიექტური აღქმა და თავდაცვის მიზნით მოქმედება.<sup>5</sup>

ზუგდიდის სასამართლომ აუცილებელი მოგერიება დაადგინა და სრულად გაამართლა პირი სსკ-ის 120-ე მუხლთან მიმართებით (თ.კ-ს მიმართ). მისი განმარტებით „[...] თუ ბრალდებული დანით არ დაიცავდა თავს, შესაძლებელი იყო მიეღო ჯანმრთელობის უფრო მძიმე დაზიანება. დადგენილია, რომ შიშველი ხელებით ბრალდებული ვერ ახერხებდა თავის დაცვას და მას აყენებდნენ ჯანმრთელობის დაზიანებას“.<sup>6</sup>

სასამართლომ ლ.ს-ს მკვლელობასთან დაკავშირებით ბრალი შეამცირა, მაგრამ ქმედება არ გაამართლა, მოგერიების დროს გამოყენებული ძალა არ მიიჩნია თანაზომიერად. აღსანიშნავია, რომ თანაზომიერი მოგერიების კრიტერიუმის გამოკლებით, ბრალდების ამ ნაწილში აუცილებელი მოგერიების ყველა სხვა კრიტერიუმი დადგინდა ზუგდიდის სასამართლოს მიერ.

გადანყვეტილების მიხედვით, მოკლულ აგრესორს (ლ.-ს.) ერთი ფეხზე, ხოლო სამი ქრილობა ტანზე ჰქონდა მიყენებული, ამათგან ორი იყო სერიოზული და უშუალოდ კავშირში მის სიკვდილთან. სასამართლო ქრილობების მიყენების განლაგებას, ტრაექტორიას ისე ახასიათებს, რომ ესეც ბრალდებულის სასარგებლოდ მეტყველებს, თავადვე აღნიშნავს ამას. გამოძიებით არ არის დადგენილი, რა თანიმდევრობით და დროის რა ინტერვალში მოხდა ქრილობების მიყენება აგრესორის სხეულზე. ფაქტია, რომ უფრო მსუბუქმა დაზიანებამ, რაც ბეჭზე და ფეხში აქვს მოკლულს, აგრესორი ვერ შეაჩერა (საპირისპირო არ დაუმტკიცებია ბრალდების მხარეს), დანარჩენი ორი ქრილობა კი სიცოცხლისთვის სახიფათო იყო, თუმცა დაზიანებები ერთდროულად არაა მიყენებული, ისინი სხვადასხვა დროს და პოზიციიდანაა, რაც იმაზე შეიძლება მეტყველებდეს, რომ ერთმა

დარტყმამ ვერ გამოიღო შედეგი, აგრესორი აგრძელებდა ძალადობას და მეორეჯერაც დაარტყა კ.ჩ-მ.

„...ეს ქვიდობები საინგეხესოა იმ კუთხით, რომ ისინი სხვადასხვა მხარეს აჩის მიყენებული. კეხძოდ, ერთი მიყენებულია მაჩვენებ, მეოხე – მაჩვენებ. ეს მიუთითებს, რომ ეს ქვიდობები ერთმანეთის მიმდევრობით ახ აჩის მიყენებული და მათ შორის დროის გარკვეული ინტერვალის იყო. ამაზე მიუთითებს ისიც, რომ ერთი ქრილობა მიყენებულია დანის მჭრელი პირით ქვევით, ხოლო მეორე – პირიქით, მჭრელი პირით ზევით. ეს იმას ნიშნავს, რომ ეს ორი დაზიანება სხვადასხვა ვითარებაშია მიყენებული. ამ დაზიანებების მიყენების დროს დანა ბრალდებულს ხელში სხვადასხვა მდგომარეობაში ეჭირა. შესაძლოა ეს დაზიანებები მიყენებული იყოს, ასევე, ბრალდებულისა და დაზარალებულის სხვადასხვა პოზაში ყოფნის დროს. მით უმეტეს, რომ მოჩხუბრები ზოგჯერ ეცემოდნენ. ამასთან, როგორც ჩანს, დაზარალებულები აქცევდნენ ბრალდებულს და ეცემოდნენ თვითონაც. სამწუხაროდ, არც ერთ მოწმეს არ უნახავს უშუალოდ რომელ მომენტში რომელი დაზიანება იქნა მიყენებული, თუმცა დაზიანებების ადგილმდებარეობა და ტრაექტორია, დანის მდგომარეობა ქრილობის მიყენებისას მიუთითებს იმაზე, რომ ისინი სხვადასხვა დროს სხვადასხვა მდგომარეობაშია მიყენებული, რაც კიდევ ერთხელ ადასტურებს იმას, რომ ეს დაზიანებები შესაძლოა მიყენებული ყოფილიყო თავდაცვის დროს. წინააღმდეგ შემთხვევაში უფრო მოსალოდნელი იყო ერთდროული რამდენიმე დარტყმის მიყენება ერთ პოზიციაში მყოფი პირის მიერ დანის ერთი და იმავე მიმართულებით და ა.შ., რაც განსახილველ შემთხვევაში არ იკვეთება.“<sup>7</sup>

### 1.3. შენიშვნა

საქმეში სასამართლოს ეჭვქვეშ არ დაუყენებია აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა, მან დადასტურებულად მიიჩნია საფრთხის როგორც იმნუთიერება, ისე მის

5 მოგერიების გამართლების კრიტერიუმები ქართულ სისხლის სამართლის დოქტრინაში. იხ. ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, სსკ-ის 28-ე მუხლის კომენტარი, თბილისი: მერიდიანი; ჯიშკარიანი, ბ. (2016). დანაშაულის ადამიანის წინააღმდეგ, სსკ-ის 113-ე მუხლის კომენტარი, თბილისი: იურისტების სამყარო.

6 ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს N1/411-18 განაჩენი, 11 თებერვალი, 2019, პარ. 4.1.1.1.

7 ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს N1/411-18 განაჩენი, 11 თებერვალი, 2019, პარ. 4.1.1.1.



საპასუხოდ მოქმედების აუცილებლობა, ისიც, რომ ძალადობა დაზარალებულებმა დაიწყეს, ასევე დაადგინა გამამართლებელი სუბიექტური კომპონენტიც.

სასამართლომ მხოლოდ მოგერიების ფარგლები მიიჩნია დარღვეულად, მისი განმარტებით, იქ, სადაც კ.ჩ-სთვის მიყენებული დაზიანებები მსუბუქი ხარისხის იყო (ექსპერტის დასკვნის მიხედვით), ლ.ს-სთვის ამის საპასუხოდ მკვლელობა აშკარად შეუსაბამოა თავდასხმის ხასიათთან და საშიშროებასთან. სასამართლო იქვე განმარტავს, რომ დაზიანებები, რაც ბრალდებულმა მიაყენა აგრესორს, არ იყო თავდასხმისა და იმ საფრთხის პროპორციული, რაც შეიქმნა შემთხვევის ადგილზე.

სასამართლოს განმარტებით, „ბრალდებულს, რომელსაც დანა ეჭირა ხელში, შეეძლო ლ---ა ს---ს მიეყენებინა დაზიანებები, რომლებიც არ იქნებოდა სიცოცხლისათვის სახიფათო, იქნებოდა მტკივნეული, გამოიწვევდა ნაკლებ ზიანს ან შეუზღუდავდა თავდამსხმელს კიდურების მოძრაობას და ამით გაენიტრალეზინა თავდამსხმელი. ასეთ ვითარებაში ლ---ა ს---ი გაცილებით ადრე იგრძნობდა, რომ ის დაჭრილია და უფრო ადრე შეჩერდებოდა, უფრო ადრე მოხდებოდა სასწრაფო დახმარების გამოძახება და შესაძლებელი იყო არ დამდგარიყო სასიკვდილო შედეგი“<sup>8</sup>

იქვე სასამართლო აღნიშნავს რომ „... ბხადებულის სიცოცხლეს, ჰოგოხც იჩკვევა, დიდი ადბათობით საფხთხე ახ ემუქხებოდა, ვინაიდან თავდამსხმელებს ახ ჰქონდათ თან ჰაიმე საგანი, ჰითაც სიცოცხლეს მოუსპობდნენ ბხადებულს. ისინი უკმაყოფილებას გამოხატავდნენ ბხადებულის საქციელის გამო და სუხდათ საკუთაჰი უაჰყოფითი დამოკიდებულების ფიზიკური ძაღადობით გამოხატვა, ჰაც შეიძებოდა დასხუდებურიყო ბხადებულის ჯანმხთებობის მძიმე დაზიანებით, თუმცა იმ ეტაპზე საქმე აქამდე მისუდი ჯეჰ ახ იყო. შეუძებებია წინასწაჰ იმის განჭვხეგა, თუ ჰოდის გაჩეხებოდნენ თავდამსხმელები – დასჯეხებოდნენ ჯანმხთებობის მსუბუქ დაზიანებას, მიაყენებდნენ მძიმე დაზიანებას, თუ მოისურვებდნენ მის ცემით მოკვლას, თუმცა იმ ეტაპზე, როცა ყველა

ფეხზე იდგა და სიცოცხლისათვის სახიფათო დაზიანება ჯერ არავის ჰქონდა მიღებული, ბრალდებულის სიკვდილის საშიშროება ჯერ არ არსებობდა. შესაბამისად, ბრალდებული ვერ იმოქმედებდა საკუთარი სიცოცხლის დაცვის სურვილით, რადგან სიცოცხლეს იმ დროს ჯერ საფრთხე არ ემუქრებოდა. მას შეეძლო ეფიქრა მხოლოდ ჯანმრთელობის დაცვაზე, რომელსაც რეალური საფრთხე ემუქრებოდა. ჯანმრთელობის დაცვის მიზნით კი ისეთი დარტყმების მიყენება, რომელსაც შეიძლებოდა სიკვდილი გამოეწვია, უნდა შეფასდეს აუცილებელი მოგერიების ფარგლების გადაცილებად“.

#### 1.4. შენიშვნა

სასამართლომ გაუმართლებლად დაავინროვა მოგერიების უფლების ფარგლები, რაც ისეთ უსამართლო შედეგს იწვევს, როგორცაა გამართლების ნაცვლად პირის მსჯავრდება. ფაქტები, რომლებიც გადაწყვეტილებაშია მოყვანილი იმაზე მიუთითებს, რომ ბრალდებული ცდილობდა გაცლოდა აგრესორებს, ის ცდილობდა სიტუაციისგან თავის დაღწევას და ნაცვლად ამისა, მის მიმართ ძალადობდნენ. ბრალდებულმა დანის გამაფრთხილებელი დემონსტრირებით სცადა აგრესორების დაშოშმინება და გაფრთხილება, მაგრამ უშედეგოდ, ასევე იყო ეპიზოდი, როდესაც ბრალდებულს მიეცა საშუალება, გაცლოდა შემთხვევის ადგილს და ესეც გამოიყენა, გავიდა მოშორებით და ტელეფონით სცადა ცოლთან დაკავშირება. არც ეს აცადეს. ჩხუბი განახლდა და ბრალდებული უმისამართოდ იქნევდა დანას, რომ თავი დაეცვა, ის შეტევაზეც არ გადასულა, ეს უპირატესობა ფაქტებიდან არსად ჩანს. ფიზიკურად დაუძლურებული, პირლებინებით და კანკალით აგრძელებდა თავდაცვას, ასეთ ფიზიკურ მდგომარეობაში აგრესორები არ ყოფილან, ფიზიკური უპირატესობა აშკარად მათ ჰქონდათ. ბრალდებული სულ თავდაცვის პოზიციაში იყო, ამაში ეჭვი არც სასამართლოს შეუტანია. აგრესორები და ბრალდებული ძირს ეცემოდნენ, შემდეგ დგებოდნენ და ისევ ეცემოდნენ, ცემა-ტყეპა არ ჩერდებოდა.

8 იქვე. პარ. 4.1.2.



გახურებული ემოციების დროს ძალადობას მზარდი დინამიკა ახასიათებს, მით უმეტეს, რომ აგრესორებიდან ერთ-ერთი ნასვამი იყო. სასამართლომ ხაზი გაუსვა ბრალდებულის მცდელობას – დაესუსტებინა აგრესორი (მან ლ.ს ჯერ ფეხში დაჭრა), ასევე, ხაზი გაუსვა სხვა ქრილობების დროში ინტერვალით მიყენებას სხვადასხვა პოზიციიდან. მიუხედავად ამ მცდელობებისა, აგრესორები არ ჩერდებოდნენ. მხოლოდ ცემა და დამცირება რომ ნდომოდათ, რატომ არ გაჩერდებოდნენ იქამდე? ცემეს კაცი, გამეტებით ურტყამდნენ, პირღებინებამდე და ისეთ ფიზიკურ კონდიციამდე მიიყვანეს, რომ კანკალებდა ბრალდებული და მაინც არ იყო ეს საკმარისი რომ მას თავი უფრო ეფექტური საშუალებით დაეცვა აგრესორებისგან? სასამართლო თავადვე აღნიშნავს, რომ რეალური იყო აგრესორთა ქმედებას მოჰყოლოდა ჯანმრთელობის დაზიანება, ასევე, იმასაც, რომ დანის გამოყენება უფრო მძიმე დაზიანების თავიდან აცილებას ემსახურებოდა.<sup>9</sup> ეს არგუმენტი სასამართლომ სსკ-ის 120-ე მუხლით ბრალდების ნაწილში აუცილებელი მოგერიებით გამართლებისთვის გამოიყენა. გაუგებარია, იგივე არგუმენტი რატომ არ იყო საკმარისი მეორე აგრესორთან მიმართებით. კანონი მსგავს სიტუაციებში აგრესორებისდმი მორჩილებს არ ითხოვს ჩვენგან. ამ საქმეში სავსებით შესაძლებელი იყო, რომ აგრესორთა ქმედებას სიკვდილი მოჰყოლოდა, თუმცა სასამართლოს ასეთი ალბათობა არ დაუშვია. „შეუძლებელია წინასწარ იმის განჭვრეტა, თუ როდის გაჩერდებოდნენ თავდამსხმელები – დასჯერდებოდნენ ჯანმრთელობის მსუბუქ დაზიანებას, მიაყენებდნენ მძიმე დაზიანებას თუ მოისურვებდნენ ცემით მოკვლას ...“ ფაქტები ხომ იმაზე მიუთითებდა, რომ არ ჩერდებოდნენ ე.ი. არ იყო მთთვის საკმარისი უკვე მიღწეული და მეტს ცდილობდნენ. ბრალდებულის მხოლოდ თავდაცვით მოტივირებულ უმისამართოდ გაშვებულ დანას, რომლის გამოყენებასაც გაფრთხილება უძლოდა წინ, აგრესორების დაზიანება მოჰყვა. სასამართლომ ეს არ მიიჩნია პროპორციულ ძალად და ექსპერტის დასკვნის ფორმალურ შეფა-

სებას დაემყარა, რომ ბრალდებულის მიერ მიღებული დაზიანებები მსუბუქი ხარისხის იყო. ეს არ წარმოადგენს აუცილებელი მოგერიების საზღვრების სწორ ინტერპრეტაციას. ასეთი ვიწრო ფორმალისტური განმარტებები საბოლოოდ თავდაცვის უფლებას სპობს.<sup>10</sup> ბრალდებული უფრო მძიმე დაზიანების მიღებისგან იცავდა თავს, მაგრამ ფაქტია, რომ აგრესორები არ ცხრებოდნენ. აგრესია კიდე ისეთი მზარდია და დინამიური წამის მეასედში შეიძლება გადაიზარდოს უფრო უხემ და მძიმე შედეგში.

სასამართლოს შეფასება მშვიდი და მყუდრო ატმოსფეროშია გაკეთებული, ავინყდება, რომ შემთხვევა ექსტრემალურ სიტუაციაში მოხდა. მსგავსი დასკვნების გაკეთება და იმის არ გათვლისწინება შეფასებისას, რომ ბრალდებულს ორი კაცი სცემდა გამეტებით, გაუჩერებლად, აქედან ერთი ძიუდოისტი იყო, გარდა ამისა, ბრალდებული „კანკალებდა“ და „აღებინებდა“ ცემის შედეგად, ის ცუდად იყო, არ იყო ჯანმრთელი, არასწორია. ამასთან წვიმდა და, დიდი ალბათობით, წვიმაც ამძიმებდა მის მოძრაობებს, ასევე, ხილვადობა იყო ცუდი და სიტუაციას მომგერიებლისთვის ესეც ამძიმებდა. არსებულ დაძაბულ და ზეაგრესიულ სიტუაციაში, მხოლოდ გაფრთხილების შემდეგ, თავდაცვის პოზიციიდან, აგრესორს ხვდება დანა და კვდება. რატომ ვამტყუნებთ ბრალდებულს? სასამართლო აღნიშნავს, რომ მას შეეძლო ისეთ ადგილას დაეზიანებია აგრესორი, მხოლოდ ტკვილი მიეყენებია მისთვის და დაეუძღურებინა. თავად სასამართლო ბრალდებულის სასარგებლოდ აღნიშნავს, რომ ფეხშიც აქვს ქრილობა მიყენებული ლ.ს-ს. ეს არ მიუთითებს იმაზე, რომ ბრალდებულმა სცადა უფრო ნაკლები საშუალება გამოეყენებინა და დაინდო მოძალადე? ბრალდებულს არც ერთ ეპიზოდში არ გამოუმჟღავნებია სხვისი სიცოცხლის მიმართ გულგრილობა, პირიქით, სულ ცდილობდა აგრესორების გაფრთხილებას და სხვის დაუ-

9 შუგდიდის რაიონული სასამართლოს N1/411-18 განაჩენი, 11 თებერვალი, 2019, პარ. 4.1.1.1.

10 აუცილებელი მოგერიების არასწორი სამოსამართლო ინტერპრეტაციის კრიტიკული ანალიზისთვის იხ. გამყრელიძე, ო. (2002). სსკ-ის 113-ე მუხლის კომენტარი. წიგნში: დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, 74.

ზიანებლად თავდაცვას. აგრესორი არ ცხრებოდა და ამიტომაც და მხოლოდ მას შემდეგ, როცა მეორე სერიოზული ქრილობის მიყენების შემდეგ აგრესორი მოკვდა, დასრულდა ბრალდებულის ტანჯვაც. საგულისხმოა, რომ სიბნელე იყო, ამასთან, ჩხუბის დროს, ნაცემი ადამიანი, რომელსაც არავინ ეხმარება, ნაკლებად თუ მოახერხებს გონივრულად მოქმედებას და ის მოსამართლისა და ნაფიცების მსგავსად ვერ დაიწყებს სიტუაციის მშვიდად განსჯას, მას უფლება აქვს არსებული სიტუაციით და იმ შიშებით იხელმძღვანელოს, რისი საფუძველიც ობიექტურად აგრესორებმა შექმნეს. საგულისხმოა, რომ, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებით, სიტუაციის განსჯა ობიექტური და სუბიექტური კრიტერიუმების ერთობლიობით ხდება, შესაძლებელია პოსტ ფაქტუმ დადგინეს, რომ მომგერიებელის წარმოდგენა მოვლენების უფრო მძიმედ განვითარების შესახებ არ გამართლდა, მაგრამ ალბათობა და დაშვება რომ მომხდარიყო თუ სერიოზულია იმ ფაქტებზე დაკვირვებით რაც იქვე ხდება, არ გამორიცხავს ქმედების გამართლებას. მთავარია, რომ თავდასხმა რეალურია და მართლსაწინააღმდეგო, ხოლო ძალადობის დინამიკის აბსოლუტური სიზუსტით განჭვრეტა შეუძლებელია, სამართალი ამას ვერ მოსთხოვს პირს.

ასე მოხდა 2001 წლის საქმეში, სადაც მომგერიებელმა აგრესორს გამოგლიჯა ხელიდან იარაღი და შემდეგ ესროლა და მოკლა,<sup>11</sup> რადგან მომგერიებელი ვარაუდობდა, რომ აგრესორს მეორეც ექნებოდა, თუმცა აღმოჩნდა, რომ მას სხვა იარაღი არ ჰქონდა. სასამართლომ ეს ფაქტი მოგერიების ფარგლების გადაცილებად არ მიიჩნია, მისი განმარტებით ბრალდებულის მხრიდან იმის დაშვება, რომ აგრესორს შესაძლოა სხვა იარაღიც ჰქონოდა, საფუძვლიანი იყო და ხაზი გაუსვა აგრესორების კრიმინალურ ავტორიტეტს, რის შესახებ ბრალდებულმაც იცოდა და ეს რწმენას უმტკიცებდა მათ შეიარაღებაზე. ასევე, სასამართლომ დაუშვა, რომ იმ პირობებში აგრესორებს იარაღის გარეშე შეეძლოთ თავდასხმის გაგრძელება, ამიტომ დრო არ

მუშაობდა ბრალდებულის სასარგებლოდ და მანაც იმოქმედა. მითითებულ ძველ საქმეში საგულისხმობა, რომ აგრესორმა მოსწრო ბრალდებულის დაჭრა იარაღით, ჯანმრთელობის ნაკლებად მძიმე ხარისხის დაზიანება მიაცენა. ამის შემდეგ ბრალდებულმა აგრესორს ხელიდან იარაღი გამოსტაცა და საპასუხოდ დაახალა. ბრალდებულს სულაც რომ მსუბუქი დაზიანება მიეღო ან საერთოდ არ მოხვედროდა ტყვია, ეს ფაქტი რამეს შეცვლიდა? აქ მთავარია, რა ტენდენციის მატარებელია თავდასხმა.

ჩვენს საქმეშიც მსუბუქი დაზიანება დადგინდა, მაგრამ აგრესია მზარდი იყო და არ ჩერდებოდა, მსუბუქიც იმიტომ იყო, რომ ბრალდებული წინააღმდეგობას წევდა. სანამდე შეძლებდა იგი საკუთარი თავის მეტ-ნაკლებად დაცვას? ამასთან წვიმდა, ბნელოდა, მომგერიებელი ცუდად გრძნობდა თავს და რაც დრო გადიოდა, მით უფრო უძლურდებოდა. იმ პირობებში, როცა ბრალდებულმა ამდენი ხანი ვერ მოიცილა თავიდან აგრესორები, გაფრთხილების მიუხედავად მისკენ მოიწვედნენ, ძირს აგდებდნენ, დანის წართმევას ცდილობდნენ და ისინი მცირე დაზიანებებმა არ შეაჩერა, არ იყო საფუძვლიანი ბრალდებულის შიში იმის თაობაზე, რომ მას დანასაც წართმევდნენ და შემდეგ მის წინააღმდეგ გამოიყენებდნენ? სასამართლოს მხრიდან იმაზე ხაზგასმა, რომ აგრესორებს იარაღი არ ჰქონდათ, ეს ვერ იქნება თავისთავადი უტყუარი მტკიცებულება, რომ მძიმე დაზიანებას არ აპირებდნენ. მათი განგრძობდი ძალადობა საპირისპიროზე მიუთითებს. ხელით არ კლავენ ადამიანებს? ან არ აზიანებენ მძიმედ? მოსალოდნელი მძიმე დაზიანების თავიდან ასაცილებლად აგრესორის მკვლელობაც უნდა გამართლდეს.

აღსანიშნავია, რომ ქართული სისხლის სამართალი გერმანული დოქტრინის გავლენას განიცდის. მომგერიებელი როდესაც შეცდომას უშვებს თავდასხმის არსებობაში, რომელიც რეალურად არ არსებობს, ეს შემთხვევა სსკ-ის 28-ე მუხლის მიღმა რჩება და მას „მოჩვენებით მოგერიება“ ეწოდება, გამართლების ნაცვლად პირს პატიობენ აკრძალვაში შეცდომის ანალოგიურად (სს-

11 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატის განჩინება 23-86კოლ.-02, 10 დეკემბერი 2001.

კ-ის 36 მუხლი).<sup>12</sup> საკითხი ასე რეგულირდება გერმანული მიდგომითაც. რა ხდება მაშინ, როდესაც პირი ცდება არა მართლსაწინააღმდეგო თავდასხმის რეალურობაში, არამედ მხოლოდ მის იმნუთიერებაში ან ინტენსივობაში და, შესაბამისად, ძალის გამოყენების საკითხებში, ამაზე სპეციალური მსჯელობა ქართულ აკადემიურ ტექსტებში თითქმის არ არის, თუმცა ფრაგმენტული შეფასებები გერმანულის ანალოგიურია.<sup>13</sup>

გერმანული სისხლის სამართლის დოქტრინის მიხედვით ეს საკითხი შეცდომის ნორმით რეგულირდება,<sup>14</sup> ან თუ შიშის და დაბნეულობის გამო გადააჭარბა მომგერიებელმა ძალას, გერმანიის სსკ-ის 33-ე პარაგრაფით, ის ბრალისგან თავისუფლდება.<sup>15</sup> ქართული კანონმდებლობით, უკანასკნელ შემთხვევაში, პირი მსუბუქად, მაგრამ მაინც იკიცხება სსკ-ის 113-ე მუხლით. თუმცა აქ საუბარი თავდაცვითი ძალის აშკარა შეუსაბამობაზე აგრესორის თავდასხმის ხასიათსა და ინტენსივობასთან. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ქართულ აკადემიურ ტექსტებში შემთხვევა, რა დროსაც მომგერიებელი იგერიებს ყაჩაღს, რომელიც სათამაშო იარაღით იმუქრება, რაც დაზარალებულების მხრიდან ნამდვილ იარაღად აღიქმება, მის საპასუხოდ აგრესორის მოკვლა ან იარაღით დაპირისპირება, მოგერიებითაა გამართლებული. მოჩვენებით მოგერიებას აქ იმ არგუმენტით გამოორიციხავენ, რომ თავდასხმა რეალურად მოხდა, მომგერიებლის ფანტაზიის ნაყოფი არ ყოფილა, ხოლო იარაღის ნამდვილობაში შეცდომას და მის საპასუხოდ ნამდვილი იარაღისა და ინტენსიური ძალის გამოყენება (მაშინ როცა აგრესორს მოკვლა ან დაზიანება იარაღით დამუქრების მიუხედავად არ შეეძლო) გამამართლებელ მოგერიებადაა შეფასებული, რადგან განმარტების მიხედვით, „ნებაზე“ თავდასხმა მოხდა და ეს საკმარისია მოგერიების გამართლებისთვის.<sup>16</sup>

ამდენად, აშკარაა, რომ ძალის თანაფარდობასთან მიმართებით მცდარი წარმოდგენები მოგერიების ფარგლებშიც შეიძლება მოექცეს და შეფასების საზომი ობიექტურ-სუბიექტურია, რაც საქართველოს უზენესი სასამართლოს მიერაც არის მხარდაჭერილი 2001 წლის საქმით. ამ საკითხის რეზიუმირებისთვის უნდა ითქვას, რომ მოგერიების დროს დასაშვებია მოვლენათა განვითარებაზე მცირედი უზუსტობები და შეცდომები, რაც ავტომატურად არ გამოდევნის პირის ქმედებას გამართლების სფეროდან და არ გადაისვრის მას ბრალის სფეროში. ექსტრემალურ სიტუციაში მოქმედი პირისგან უზუსტობები გარდაუვალაა. თავდასხმიდან მომდინარე საფრთხისა და მის დასაძლევად მოსაყენებელი ძალის შესაფასებლად, აუცილებელი მოგერიება მხოლოდ წმინდა ობიექტურ კრიტერიუმებს ვერ დაემყარება, როგორც ნებისმიერი სხვა ინსტიტუტი სამართალში, მოგერიების დასადგენადაც მისაღებია ობიექტური დამკვირვებლის/რაციონალურობის ტესტის გამოყენება, რაც ობიექტურ-სუბიექტურია თავისი ბუნებით.

წინამდებარე სტატიაში განხილულ მთავარ საქმეში პირს შეცდომა არ დაუშვია ფაქტების შეფასებებში. მას შეეძლო ევარაუდა აგრესორების ძალადობა რამდენად შორს შეიძლებოდა წასულიყო, სერიოზული დაზიანებების და სიკვდილისაც შეშინებოდა და ეს დაშვება ფაქტებს ემყარებოდა, ასეთი განსჯა მოვლენებისა გონივრულია და ქმედება იმსახურებს გამართლებას.

ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ ზუგდიდის რაიონულ სასამართლოს არ შეუფასებია მოგერიების ფარგლების შეფასებითი კრიტერიუმი. სსკ-ის 28-ე მუხლის მე-4 ნაწილის თანახმად „აუცილებელი მოგეჩიების ფაჩგების გადაცილება ნიშნავს მომგეჩიების მიეჩ თავდაცვის აშკაჩა შეუსაბამობას მასზე თავდასხმის ხასიათთან და საშიშიობასთან.“ თავდაცვითი ძალის აბსოლუტური პროპორციულობის გაზომვა შეუძლებელია მითუმეტეს ექსტრემალურ სიტუციაში, რაშიც მომგერიებელი იმყოფება,<sup>17</sup> ამიტომაცაა

12 ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი, 536-543.  
 13 იქვე. 358-359.  
 14 Dubber, M., Hörnle, T. (2014). A Comparative Approach, Oxford University Press, 416.  
 15 იქვე. 417.  
 16 ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი, 351.

17 თავდაცვითი ძალის პროპორციულობის შესახებ ინგლისის სასამართლო პრაქტიკის ანალიზისთვის იხ. Herring, J. (2020). Criminal Law, Oxford University Press, 651.



კანონში დათქმა, რომ ძალების თანაფარდობა „აშკარად შეუსაბამო“ უნდა იყოს, იმდენად რომ ძალის გამოყენება არაგონივრულია რაციონალური გარე დამკვირვებლის პერსპექტივიდანაც კონტექსტის აუცილებელი გათვალისწინებით. აგრესიული ჯგუფური ძალადობის მოსაგერიებლად დანის გამოყენება, გაფართოების შემდეგ, რაც ერთ-ერთი აგრესორის სიკვდილს იწვევს, აშკარად შეუსაბამო არაა. ამასთან ჭიდაობის და განვ-გამონვევის პირობებში, სიმჭიდროვეში ბრალდებულს არჩევანიც არ ჰქონდა დანის მოქმედების ტრაექტორია განესაზღვრა. აგრესორის სიკვდილზე ერთადერთი პასუხისმგებელი თავად მოძალადე აგრესორია, მან ჩაიგდო თავი ასეთ მდგომარეობაში. სასამართლოს პირი უნდა გაემართლებინა მკვლელობის ბრალდებაშიც. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ სსკ-ი მოგერიების გამართლების კრიტერიუმად არ ადგენს დაზიანებული სიკეთის ნაკლები მნიშვნელობის აუცილებლობას გადარჩენილთან შედარებით (მაგ. როგორც ეს უკიდურესი აუცილებლობის დროს არის). მთავარია, გადარჩენილი სიკეთე უმნიშვნელო არ იყოს. ასეთ დროს მოგერიება საერთოდ გამოირიცხება.<sup>18</sup> ჯანმრთელობა უმნიშვნელო სიკეთე არაა და იმ ვითარებაში, სადაც უფრო დიდი დაზიანებების მიღება იყო რეალურად მოსალოდნელი, სხვა უფრო მსუბუქი საშუალებით კი ვერ იცავდა თავს, მოძალადის მოკვლა ვერ ჩაითვლება მოგერიების ფარგლების გადაცილებად.

## 2. უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება

რაც შეეხება ამ საქმეზე საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებას, რომელმაც ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს განაჩენი გაიზიარა, პირი ორივე ბრალდებაში გაამტყუნა, როგორც სსკ-ის 120-ე, ისე 108-ე მუხლისთვის (პროკურატურას ბრალი ამ მუხლებით ჰქონდა წაყენებული). ეს

გადაწყვეტილება, გარდა იმისა, რომ აუცილებელი მოგერიების განმსაზღვრელი ნორმის არასწორი განმარტებაა, დაუსაბუთებელიც გახლავთ.

ის, რაც ზუგდიდის რაიონულმა სასამართლომ უტყუარად დადგენილად მიიჩნია – მოგერიების მდგომარეობა, ზედა ინსტანციებმა იგივე ფაქტების ახლებური ინტერპრეტაციით, ის უარყვეს. უზენაესი სასამართლოს თქმით, იქ, სადაც მსჯავრდებულმა მხოლოდ მსუბუქი დაზიანებები მიიღო და მოწმეების (ეს მოწმეები ჩხუბის ყველა ეპიზოდს არ შესწრებიან) ჩვენებით კი არ არსებობდა უთანასწორო ბრძოლა, დანის გამოყენება და მკვლელობა, ჩვეულებრივი მკვლელობაა და არა პრივილეგირებული მკვლელობა (სსკ-ის 113 მუხლი). საინტერესოა ასევე, რომ უზენაესმა სასამართლომ უშუალო თვითმხილველის ჩვენება არ მიიღო მხედველობაში „უმონყალოდ“ ცემასთან დაკავშირებით და განაჩენი ჩხუბის ერთ ეპიზოდს შემოსწრებულ მოწმეთა ჩვენებას დაამყარა. სასამართლომ მხედველობაში არ მიიღო უამრავი სხვა ფაქტი, რასაც ზუგდიდის სასამართლოს გადაწყვეტილება დაემყარა, რითაც შემთხვევა „მოგერიებად“ შეფასდა. ფაქტი, რომ ძალადობა ბრალდებულის მიმართ დაიწყო ორმა პირმა, რომ ისინი ძალადობას აგრძელებდნენ, ის, რომ ბრალდებული გამოუვალ მდგომარეობაში ჩააყენეს და ა.შ. უზენაესი სასამართლოს გამამატყუნებელი განაჩენი დაემყარა ფაქტს, რომ ბრალდებულს დაზარალებულებმა მხოლოდ მსუბუქი დაზიანება მიაყენეს, რისგან თავდასაცავად გამოყენებული ძალა კი არაგონივრულად შეფასდა. ასეთი მიდგომა ძალას უკარგავს მოგერიების უფლებას. დაუსაბუთებელია სასამართლოს განაჩენი, მითუმეტეს რომ იმავე საქმეში პირს ბრალი სსკ-ის 120-ე მუხლითაც დაედო კ.თ.-ს მიმართ ჩადენილი ქმედების გამო. აქ უზენაესი სასამართლო მიუთითებს ზურგის მხრიდან ჭრილობაზე, რაც თითქოს გამორიცხავს აუცილებელ მოგერიებას. „კ.თ.-ს ქუთუკის უკანა ზედაპიხზე დანით მიყენებულ დაზიანებებზე, ხაც ცადსახად გამოიხიციავს კ. ჩ.ს მიეჩ თავდასხმის მოგეხიებასა და, შესაბამისად, უკიდურესი თავდაცვის მდგომარეობაში ყოფნას.“ სასამართლოს ავინყდება კო-

18 ხერხეულიძე, ი. (2016). აუცილებელი მოგერიების ფარგლები ქართული და ანგლოამერიკული კანონმდებლობის მიხედვით, ქართულ-გერმანული სისხლის სამართლის ჟურნალი(DGStZ), #1, 17.



ნტექსტის ანალიზი, უამინდობა, დაძაბული ბრძოლა ნუთების განმავლობაში, აგრესორების რაოდენობა, ის, რომ ისინი არ ცხრებოდნენ და მომგერიებელი უმისამართოდ იქნევა და დანას, რომ არ მიკარებოდნენ. ჩხუბის დროს ინერციით შეიძლება აგრესორმა პოზიციაც იცვალოს და შეტრიალდეს კიდეც, რაც არ ნიშნავს იმას, რომ აგრესიას შეეშვა ის, ხოლო მომგერიებლის ძალადობა კი შურისძიება იყო მასზე. საქმეში არ არსებობს ამის მტკიცებულება.

ჭიდაობა დინამიურია, აგრესორიც და მომგერიებელიც ხან ინარჩუნებდნენ წონასწორობას ხანაც ვერ, ძირს ეცემოდნენ და ამ ორმეტრიალში მოქმედებდა მომგერიებელიც. ამ ყველაფრის მხედველობის გარეშე დატოვება დიდი შეცდომაა ფაქტის ნორმასთან შესაბამისობის დადგენისას.

ეს შეფასება თავად უზენაესი სასამართლოს სხვა გადაწყვეტილებასთანაც მოდის წინააღმდეგობაში, სადაც ქალმა პარტნიორი კაცი, რომელიც მასზე ძალადობდა მძიმედ დაჭრა. ქალი გამართლდა, მიუხედავად იმისა, რომ აგრესორს ჭრილობა ტანის უკანა ნაწილში ჰქონდა მიყენებული.<sup>19</sup> სასამართლოს განმარტებით, ის, რომ აგრესორმა ინერციით ზურგი შეაქცია მომგერიებელს, a priori არ ნიშნავდა იმას, რომ აგრესია დასრულებული იყო (პროკურორი სწორედ ამას ამტკიცებდა).<sup>20</sup> აგრესორმა მომგერიებელს ზურგი აქცია, რადგან მას ჭიდაობის დროს ხელი ჰკრეს და ისიც ინერციით შებრუნდა, რადროსაც დაარტყეს დანა, რათა უფრო ძლიერი აგრესია აერიდებინათ თავიდან.

რატომ ხდება ისე, რომ ერთი და იგივე ფაქტობრივ გარემოებას იურიდიული განათლების მქონე პირები, ამასთან, მოსამართლეები, ურთიერთგამომრიცხავ შეფასებებს აძლევენ? ერთი და იგივე ფაქტის ასე რადიკალურად განსხვავებული სამართლებრივი შეფასებები საშიშია და როგორი უმწეოა ბრალდებული ასეთ დროს სისტემის წინაშე. ერთმა ინსტანციამ ერთი თქვა, ორმა – ამის

საწინააღმდეგო, წინამდებარე სტატიას თუ წაიკითხავს მომგერიებელი, აქ კიდეც ახლებურ ვერსიას წაიკითხავს. გამოდის, გააჩნია კანონს ვინ კითხულობს?

კიდეც ერთ საკითხზეა მნიშვნელოვანი ყურადღების გამახვილება: არასწორია, როდესაც სასამართლოები აგრესორების ქმედების საშიშროებას მხოლოდ სხეულზე დარჩენილი დაზიანების ხარისხით აფასებენ.<sup>21</sup> აუცილებელი მოგერიების თანაზომიერების დასადგენად მნიშვნელოვანია ის, თუ სადა ადგება მომგერიებელს ზიანი, ძალადობა რა რისკის მატარებელია სიცოცხლისთვის/ჯანმრთელობისთვის.<sup>22</sup> მაგალითად, ხშირად მოხრჩობა უმნიშვნელო ნაკანრებს ტოვებს ყელის მიდამოებში, მისი შეფასებაც (გარეგნულად დატოვებული კვალის, სისხლნაჟღენთების მიხედვით) ძალადობად ან ჯანმრთელობის მსუბუქ დაზიანებად არასწორია. ყელში ხელის ნაჭერა სიცოცხლისთვის ქმნის საფრთხეს. ასევე, მნიშვნელოვანია ძალადობის ინტენსივობის დადგენაც; აგრესორთა რაოდენობა; ის, თუ მომგერიებელი როგორ წინააღმდეგობას სწევს და რა შანსი ჰქონდა გაეძლო აგრესიისთვის უფრო მსუბუქი საშუალების გამოყენების შემთხვევაში.

ისე ჩანს, ამ და მსგავსი საქმეების წაკითხვის დროს, რომ გუდაურის გახმაურებულ საქმეზე სასამართლო გამამტყუნებელ განაჩენს გამოიტანდა.<sup>23</sup> გუდაურის საქმეში, ბრალდებული მეორე ეპიზოდში ცეცხლსასროლი იარაღით იყო, ხოლო აგრესორები შიშველი ხელებით, 12-მა ნაფიცმა მსაჯულმა ერთხმად გაამართლა ბრალდებული მკვლელობისა და მკვლელობის მცდელობისთვის.<sup>24</sup> იურიდიული განათლების არმქონე პირები უფრო

19 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 23-877აპ.-20 განაჩენი, 29 მარტი 2021.  
 20 თბილისის საქალაქო სასამართლოს გამამართლებელი განაჩენი, 12 მარტი 2020. გვ. 12. განაჩენი მიღებული განცხადების პასუხად N1-0163/11344.

21 სასამართლო პრაქტიკის კრიტიკული ანალიზისთვის იხ. ბ. ჯიშკარიანი (2016). სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, 73.  
 22 Dressler, J. (2015). Understanding Criminal Law, ebook, 199.  
 23 საქმის დეტალები იხ. ვერდიქტის მოლოდინში <<https://fb.watch/914PXaoteT/>> [ბოლო წვდომა: 13 აგვისტო, 2022].  
 24 რადიო თავისუფლება, ახალი ამბები: გუდაურში განზრახ მკვლელობის საქმეზე დაკავებული მერაბ კობიაშვილი სასამართლომ გაამართლა. <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/31613693.html>> [ბოლო წვდომა: 13 აგვისტო, 2022].

Tamar Gegelia

სწორად აფასებენ ექსტრემალურ სიტუაციაში მოქმედი პირის ძალის პროპორციულობას, მისი გამოყენების გონივრულობას სიტუაციის გათვალისწინებით. ისე გამოდის, თითქოს ნორმატიული ცოდნა საქმისთვის დამაზიანებლად ფრთხილს ხდის ადამიანს.

## დასკვნა

სტატიაში განხილულ 2019 წლის საქმეში პირი უნდა გამართლებულიყო ორივე ბრალდებაში, ის თავდაცვით პოზიციაში იყო და

იგერიებდა ჯგუფურ ძალადობრივ ქმედებას თანაზომიერი თავდაცვითი და ადეკვატურად მზარდი ძალით. მან მძიმე საშუალება მხოლოდ მას შემდეგ გამოიყენა, როცა უფრო მსუბუქმა ალტერნატიულმა საშუალებამ (დაზიანებამადაც დანის გამოყენების თაობაზე გაფრთხილება) შედეგი ვერ გამოიღო, მის მიმართ აგრესია გრძელდებოდა, ძალა კი სულ უფრო აღარ ჰყოფნიდა ორი კაცის მოსაგერიებლად. აუცილებელი მოგერიების დაცვა ყველას ინტერესშია, სტატიაში მოყვანილი გადაწყვეტილებები კი მხოლოდ მოძალადეებს აძლიერებს უსამართლოდ.

# CRITICISM OF THE JUDICIAL DECISION DUE TO THE LIMITED DEFINITION OF SELF-DEFENSE

Tamar Gegelia

*Juris Doctor, Affiliate Associate Professor at the Caucasus University*

KEYWORDS: Self-defense, Personal Defence, Boundaries of Self-Defense

## ABSTRACT

The article analyzes the case where, according to the factual circumstances, the person should have been acquitted of murder, but instead he was punished. self-defense is the human right to defend oneself from an aggressor. The basis of self-defense justification is the human right to life, the right to protect it from an aggressor.

The article is a critical analysis of the judicial interpretation of the limits of self-defense. The article refers to the decisions of the Zugdidi District Court and the Supreme Court of Georgia regarding a specific case. According to the author's perception, both judgments present a narrow interpretation inconsistent with the essence of self-defense, and both instances came to different results due to different legal assessments of

the facts. The author of the article lists the necessary criteria for the justification of self-defense and analyzes how it should be interpreted, simultaneously criticizing its judicial interpretations.

Judicial definitions, made case by case, do not serve to foresee the defining norm of self-defense, which undermines legal security. Every person has the right to defend himself against an aggressor, to use effective and proportionate means of self-defense, so as not to put himself at risk. A

person has the right to know precisely when and what kind of force he can use against the aggressor. In the Georgian reality, this right is systematically violated, and analyzing a specific criminal case serves to identify this problem.

According to the author, Georgian judicial practice misses the essence and purpose of the norm, which contributes to the discrediting of the right to self-defense, and everything only strengthens the aggressor.

### ბიბლიოგრაფია:

1. Dressler J. (2015). Understanding Criminal Law, EBook;
2. Dubber, M., Hörnle, T. (2014). A Comparative Approach, Oxford University Press;
3. Herring, J. (2020). Criminal Law, Oxford University Press;
4. Hessbruegge J.A. (2017). Human Rights and Personal Self-defense in International Law, Oxford University Press.
5. Leverick, F. (2006). Killing in self-defense, Oxford: Oxford University Press.
6. გამყრელიძე, ო. (2002). სსკ-ის 113-ე მუხლის კომენტარი. წიგნში: დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი;
7. ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი;
8. ხერხეულიძე, ი. (2016). აუცილებელი მოგერიების ფარგლები ქართული და ანგლოამერიკული კანონმდებლობის მიხედვით, ქართულ-გერმანული სისხლის სამართლის ჟურნალი(DGStZ), #1;
9. ჯიშკარიანი, ბ. (2016). დანაშაულის ადამიანის წინააღმდეგ, სსკ-ის 113-ე მუხლის კომენტარი, თბილისი: იურისტების სამყარო.
10. ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს N1/411-18 განაჩენი, 11 თებერვალი, 2019;
11. თბილისის საქალაქო სასამართლოს გამამართლებელი განაჩენი, 12 მარტი 2020;
12. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2კ-756აპ.-19, 17 მარტი 2020;
13. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2კ-877აპ.-20 განაჩენი, 29 მარტი 2021;
14. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატის განჩინება 2კ-86კოლ.-02, 10 დეკემბერი 2001.

### BIBLIOGRAPHY:

1. Dubber, M., Hörnle, T. (2014). A Comparative Approach, Oxford University Press; (In English)
2. Dressler J. (2015). Understanding Criminal Law, EBook; (In English)
3. Gamkrelidze, O. (2002). Offence Against the Person, Tbilisi: Institute of State and Law of the Georgian Academy of Sciences, 74. (In Georgian)
4. Hessbruegge J.A. (2017). Human Rights and Personal Self-defense in International Law, Oxford University Press. (In English)
5. Herring, J. (2020). Criminal Law, Oxford University Press; (In English)
6. Kherkheulidze, I. (2016). The Scope of self-defense According to Georgian and Anglo-American Law, Georgian-German Journal of Criminal Law (DGStZ), #1; (In Georgian)
7. Leverick, F. (2006). Killing in self-defense, Oxford: Oxford University Press. (In English)
8. Turava, M. (2011). The Doctrine of Crime, Tbilisi: Meridiani. (In Georgian)
9. Jishkariani, B. (2016). Offence Against the Person, Tbilisi: The World of Lawyers. (In Georgian)
10. The Decision of Tbilisi City Court, March 12, 2020 (In Georgian)
11. The Decision of the Great Chamber of the Supreme Court of Georgia 2k-86col.-02, December 10, 2001 (In Georgian)
12. The Decision N1/411-18 of Zugdidi District Court, February 11, 2019 (In Georgian)
13. The Decision of the Supreme Court of Georgia 2K-877 Ap.-20, March 29, 2021. (In Georgian)
14. The Decision of the Supreme Court of Georgia 2K-756AP-19, 17 March, 2020. (In Georgian)

**NOTES:**

1. Leverick, F. (2006). Killing in Self-Defense, Oxford: Oxford University Press, 54-55. Also see: Hessbruegge J.A. (2017). Human Rights and Personal Self-defense in International Law, Oxford University Press.
2. The Court of Appeal overturned this decision and convicted the person under both Article 120 and Article 108 of the Criminal Code. The Supreme Court of Georgia also agreed with the decision of the Court of Appeal. See N 2K-756AP-19, 17 March, 2020.
3. In these words, the violence of the aggressors is evaluated by the testimony of a direct eyewitness, which the Supreme Court did not share.
4. The Decision N1/411-18 of Zugdidi District Court, February 11, 2019, par. 4.1.2.
5. Justification criteria of self-defense in Georgian criminal law doctrine. See Turava, M. (2011). The doctrine of Crime, Commentary on Article 28 of the Criminal Code, Tbilisi: Meridiani; Jishkariani, B. (2016). Offence Against the Person, Commentary on article 113 of the criminal code. Tbilisi: The world of Lawyers.
6. The Decision N1/411-18 of Zugdidi District Court, February 11, 2019, par. 4.1.1.1.
7. *Ibid.*
8. *Ibid.* Par. 4.1.2.
9. *Ibid.* Par. 4.1.1.1.
10. For a critical analysis of the judicial misinterpretation of self-defense, see Gamkrelidze, O. (2002). Commentary on article 113 of the criminal code in the book: Offence against the person, Tbilisi: Institute of State and Law of the Georgian Academy of Sciences, 74.
11. The Decision of the Great Chamber of the Supreme Court of Georgia 2k-86col.-02, December 10, 2001
12. Turava, M. (2011). The Doctrine of Crime, 536-543.
13. *Ibid.* 358-359.
14. Dubber, M., Hörnle, T. (2014). A Comparative Approach, Oxford University Press, 416.
15. *Ibid.* 417.
16. Turava, M. (2011). The Doctrine of Crime, 351.
17. For an analysis of English court practice on proportionality, see Herring, J. (2020). Criminal Law, Oxford University Press, 651.
18. Kherkheulidze, I. (2016). The Scope of self-defense According to Georgian and Anglo-American Law, Georgian-German Journal of Criminal Law (DGStZ), #1, 17.
19. The Decision of the Supreme Court of Georgia 2K-877 Ap.-20, March 29, 2021.
20. The Decision of Tbilisi City Court, March 12, 2020. p. 12. A copy of the judgment was received in response to the application for public information N1-0163/11344.
21. For the critical analysis of the Georgian judiciary law see Jishkariani, B. Offence against the person, 73.
22. Dressler J. (2015). Understanding Criminal Law, EBook, 199.
23. Details of the case see Awaiting the verdict <<https://fb.watch/9l4PX-aoteT/>> [Last access: 13 August, 2022]
24. Radio Liberty, news: The court acquitted Merab Kobiashvili, arrested in the case of intentional murder in Gudauri. <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/31613693.html>> [Last access: 13 August, 2022]



# კიბერდანაშაულის გამოძიებისას არსებული პროცედურული პრობლემების ანალიზი

## ირაკლი ნადარეიშვილი

*სამართლის დოქტორი, კავკასიის საერთაშორისო  
უნივერსიტეტის ავღიღრებული ასოცირებული  
პროფესორი. საქართველოს გენერალური პროკურატურის  
სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი დანაშაულის  
გამოძიების დეპარტამენტის უფროსი*

## შოთა კაკულია

*სამართლის მაგისტრი, საქართველოს გენერალური  
პროკურატურის სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი  
დანაშაულის გამოძიების დეპარტამენტის პროკურორი*

**საკვანძო სიტყვები:** ინტერნეტ-ტრაფიკი, მონაცემების  
რეზერვაცია, ელექტრონული მტკიცებულებების გამოთხოვა,  
კიბერდანაშაული

## აბსტრაქტი

წინამდებარე სტატიაში მიმოხილულია, თუ რა ძირითადი პრინციპები მოქმედებს განვითარებულ ქვეყნებში კიბერდანაშაულის გამოძიების მეთოდოლოგიასთან მიმართებით და რა სახის სიახლე შეიძლება დაინერგოს საქართველოში აღნიშნული მიმართულებით ეფექტიანი გამოძიების ჩატარების უზრუნველსაყოფად. დეტალურად არის განხილული პროცედურები, რომლებიც გათვალისწინებულია „კომპიუტერული დანაშაულის შესახებ“ ბუდაპეშტის კონვენციით და ყურადღება გამახვილებულია პროცესუალურ პრობლემებზე, რომლებიც გვხვდება სისხლის სამართლის საქმის გამოძიებისას

ელექტრონული მტკიცებულებების მოპოვება/ დამაგრების პროცესში. მიმოხილულია კონვენციის კონკრეტული მუხლები, მათ შორის, ინფორმაციის გამოთხოვასთან მიმართებით და მოცემულია ერთგვარი შედარებითი ანალიზი კონვენციაში გათვალისწინებულ სამართლებრივ მექანიზმებსა და ქართულ კანონმდებლობაში იმპლემენტირებულ ნორმებს შორის. სტატიაში გაანალიზებულია განვითარებულ ქვეყნებში ინტერნეტის მომსახურების მომწოდებლებსა და სამართალდამცავ ორგანოებს შორის არსებული თანამშრომლობის პრაქტიკა. ხაზგასმულია ქართული კანონმდებლობის ნაკლოვანება კომპიუტერული მონაცემების კატეგორიზაციის არარსებობის კუთხით, რაც განაპირობებს ნებისმიერი სახის ელექტრონულ ინფორმაციაზე ერთიანი უნიფიცირებული წესის არსებობას. სტატიაში, ასევე, განხილულია სასამართლოს გადაწყვეტილებები ელექტრონული მტკიცებულებების დასაშვებობასთან მიმართებით და წარმოდგენილია წინადადებები სისხლის სამართლის საპროცესო ნორმების სრულყოფა/დახვეწის მიზანშეწონილობის კუთხით. კერძოდ, სტატიაში მოყვანილია არგუმენტები – თუ რატომ უნდა განხორციელდეს კიბერდანაშაულთა კატეგორიზაცია მძიმე, განსაკუთრებით მძიმე და ქვეყნის უსაფრთხოების ინტერესების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებად, რომელთა მიხედვითაც უნდა შემუშავდეს მომსახურების მომწოდებლებისგან ინფორმაციის გამოთხოვისა და რეზერვაციის განსხვავებული ვადები და მიდგომები.

## შესავალი

საინფორმაციო ტექნოლოგიების განვითარებამ ფუნდამენტურად შეცვალა საზოგადოების მიდგომები და აღნიშნული ტენდენცია, დიდი ალბათობით, შენარჩუნდება უახლოეს მომავალშიც. ტექნოლოგიების მხარდაჭერით ბევრი საკითხის გადაწყვეტა გაცილებით ნაკლები ადამიანური რესურსით გახდა შესაძლებელი. თუკი სანყის ეტაპზე მხოლოდ საზოგადოების გარკვეულმა ნაწილმა მოახდინა საქმიანობის რაციონალიზაცია საინფორმაციო ტექნოლოგიებით, ამჟამად თითქმის არ დარჩა სფერო, რომელსაც

ცვლილებები არ შეხებია.

საინფორმაციო ტექნოლოგიების განვითარების თვალსაჩინო მახასიათებელია მისი გავლენა სატელეკომუნიკაციო ტექნოლოგიების ევოლუციის პროცესში. მაგალითისთვის: კლასიკური ტელეფონი, რომელიც გამოიყენებოდა ადამიანის ხმის გადასაცემად, ჩანაცვლდა ისეთი ტექნოლოგიური მიღწევებით, რომლითაც შესაძლებელი გახდა როგორც ხმის, ასევე ტექსტის, მუსიკის, მოძრავი და სტატიკური სურათების ტრანსფერი. აღნიშნული სახის ინფორმაციის გაცვლა აღარ ხდება მხოლოდ ადამიანებს შორის, არამედ შესაძლებელია გაცვლის სუბიექტები იყვნენ საკუთრივ კომპიუტერები. თანამედროვე მიღწევების ფონზე აქტუალობა დაკარგა ადამიანთა შორის მხოლოდ პირდაპირი კავშირის დამყარების საჭიროებამ, კომუნიკაციისათვის ახლა უკვე საკმარისია კონკრეტული დანიშნულების მისამართის ცოდნა ან კომპიუტერული ფაილის საჭაროდ ხელმისაწვდომობის ფუნქციის გააქტიურება.

კომპიუტერულ სისტემებში არსებული ინფორმაციის ხელმისაწვდომობისა და მოკვლევის სიმარტივემ, სწრაფად გაცვლისა და გავრცელების პრაქტიკულად შეუზღუდავ შესაძლებლობებთან ერთად, გამოიწვია სი-ახლეებისადმი შემეცნების ბუმი, რაც თავისთავად ტექნოლოგიების შემდგომი განვითარების წინაპირობაა.

აღნიშნულმა მოვლენებმა უპრეცედენტო ბიძგი მისცეს ეკონომიკური და სოციალური სფეროს განვითარებას, თუმცა მათ აქვთ ნეგატიური მხარეც. კერძოდ, ტექნოლოგიების განვითარებამ გამოიწვია როგორც ახალი ტიპის კიბერდანაშაულის გაჩენა, ასევე, ხელი შეუწყო ტრადიციული დანაშაულის ტიპების ტექნოლოგიების გამოყენებით ჩადენის გავრცელებას. კრიმინალური ქცევა ნაკლებად პროგნოზირებადი და რთულად დასადგენი გახდა. ახალი ტექნოლოგიები დიდ გამოწვევად იქცა ტრადიციული სამართლებრივი კონცეფციებისთვის. ინფორმაციისა და კომუნიკაციის ნაკადები მარტივად და მოქნილად მიედინება მთელ მსოფლიოში და მათ ვერ აფერხებს ქვეყნებს შორის არსებული გეოგრაფიული საზღვრები.<sup>1</sup>

1 Council of Europe (2001). “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, Council of Europe. P. 1.

## კონვენცია კომპიუტერული დანაშაულის შესახებ

ტექნოლოგიური განვითარების პერმანენტული და სწრაფი ტემპების გათვალისწინებით, კრიტიკულ მნიშვნელობას იძენს კომპიუტერულ სისტემებთან/მონაცემებთან მოპყრობის მარეგულირებელი ნორმატიული რეგულაციების პარალელურ რეჟიმში განვითარება და სრულყოფა, სათანადო და მოქნილი სამართლებრივი მექანიზმების შექმნა, რათა თანამედროვე გამოწვევებზე ადეკვატური რეაგირების მიზნით ერთი მხრივ, უზრუნველყოფილ იქნას სამართალდამცავი ორგანოების შესაძლებლობა – განახორციელონ ეფექტიანი გამოძიება, ხოლო, მეორე მხრივ, სათანადო პროცედურული გარანტიებით დაცულ იქნას პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლება.

აღნიშნული პროცესის მართებულად წარმართვისა და კიბერდანაშაულთან ბრძოლაში კოორდინაციის გაზრდის, ასევე, კანონმდებლობის ჰარმონიზაციისა და საერთაშორისო სფეროში თანამშრომლობის გაღრმავების მიზნით, 2001 წლის 8 ნოემბერს, ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის მიერ, მიღებულ იქნა „კონვენცია კიბერდანაშაულის შესახებ“ (ე.წ. „ბუდაპეშტის კონვენცია“), რომელიც ძალაში შევიდა 2004 წლის 1-ელ ივლისს. საქართველოს მიერ კონვენციის რატიფიცირება განხორციელდა 2012 წლის 6 ივნისს და ძალაში შევიდა იმავე წლის 1-ელ ოქტომბერს.

აღნიშნული კონვენცია წარმოადგენს პირველ საერთაშორისო, სავალდებულო ძალის მქონე აქტს, რომელმაც საერთაშორისო დონეზე განსაზღვრა ფუნდამენტური ცნებები და წარმართველი როლი ითამაშა ტერმინთა უნიფიცირებისა და ეროვნული კანონმდებლობების ჰარმონიზაციის მიმართულებით.

კიბერდანაშაულის გამოძიების მიმართულებით ერთიანი სისხლის სამართლის პოლიტიკის შექმნის, კომპიუტერული დანაშაულებისგან საზოგადოების დაცვის, შესაბამისი კანონმდებლობის მიღებისა და საერთაშორისო თანამშრომლობის ხელშეწყობის მიზნით, ე.წ. „ბუდაპეშტის კონვენცი-

ის“ მეორე თავში განისაზღვრა ცალკეული კიბერდანაშაულების დეფინიცია. მაგალითად, განისაზღვრა უნებართვო წვდომა (მუხლი 2), მონაცემთა ხელში ჩაგდება ნებართვის გარეშე (მუხლი 3), მონაცემთა ხელყოფა (მუხლი 4), სისტემაში ჩარევის (მუხლი 5) და ა.შ. ცნებები. კონვენციის მე-2 თავის მე-2 ნაწილი ეთმობა უშუალოდ იმ პროცედურული მექანიზმების განსაზღვრას, რომლებიც გამოიყენება კომპიუტერულ დანაშაულების გამოძიების დროს. ამგვარ მექანიზმებს, კონვენციის მიხედვით, განეკუთვნება კომპიუტერული მონაცემების დაჩქარებული დაცვა (მუხლი 16); ტრაფიკის მონაცემის დაჩქარებული დაცვა და ნაწილობრივი გადმოცემა (მუხლი 17); დოკუმენტთა/ინფორმაციის გამოთხოვის ბრძანება (მუხლი 18); შენახული კომპიუტერული მონაცემების ჩხრეკა და ამოღება (მუხლი 19); ინტერნეტ ტრაფიკის მონაცემების მიმდინარე შეგროვება (მუხლი 20); კომუნიკაციის შინაარსობრივი მონაცემების ხელში ჩაგდება (მუხლი 21).<sup>2</sup>

კიბერდანაშაულის ეფექტიანი გამოძიების უზრუნველსაყოფად მნიშვნელოვანია, ქვეყანას ჰყავდეს შესაბამისი ცოდნით აღჭურვილი საგამოძიებო უწყების წარმომადგენლები, რომლებსაც გავლილი ექნებათ სათანადო ინსტრუქტაჟი. ასევე, აუცილებელია სპეციალიზირებული საგამოძიებო დანაყოფების თანამედროვე ტექნოლოგიებით უზრუნველყოფა, რომლითაც შესაძლებელი გახდება გამოძიებისთვის კრიტიკულად მნიშვნელოვანი ინფორმაციის ოპერატიულად მოპოვება. განვითარებულ ქვეყნებში შემუშავებულია სხვადასხვა სახის გზამკვლევები, რომლითაც ხელმძღვანელობენ სამართალდამცავები. საქართველოში კიბერდანაშაულის სხვადასხვა ტიპის დანაშაულების ზრდის ტემპის პარალელურად, აუცილებელია, რომ სახელმწიფომ გაიზიაროს განვითარებული ქვეყნების გამოცდილება, გადაამზადოს პერსონალი, დაწეროს გამოძიების მეთოდოლოგიის ძირითადი პრინციპები და შეიძინოს სრულყოფილი გამოძიების ჩასატარებლად აუცილებელი ტექნიკური აღჭურვილობა.

2 “Convention on Cybercrime” (2001). Articles 2 – 5 and 16 – 21, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022].

<<https://rm.coe.int/16800cce5b>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]



## გამოძიების პროცედურული მექანიზმები

„კომპიუტერული დანაშაულის შესახებ“ ბუდაპეშტის კონვენციის მე-14 მუხლი განსაზღვრავს, რომ ყველა მონაწილე სახელმწიფო ვალდებულია მიიღოს ისეთი საჭირო საკანონმდებლო და სხვა ზომები, რომლებიც უზრუნველყოფს სისხლის სამართლის კონკრეტული საქმის გამოძიების ან დევნის შესაბამისი უფლებამოსილებისა და პროცედურების დანერგვას.

კონვენციამ მოუწოდა ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს, რომ კანონმდებლობაში დაენერგათ პროცედურული მექანიზმები, რომლებიც იქნებოდა მოქნილი და, ამავდროულად, გამოძიების სრულყოფილად ჩატარებაზე ორიენტირებული. აღნიშნული პროცედურებიდან შესაძლებელია განვიხილოთ რამდენიმე, რომელთა ეფექტურ დანერგვაზე პირდაპირპროპორციულად არის დამოკიდებული გამოძიების ხარისხი. კონვენციის მე-16 მუხლი მოუწოდებს სახელმწიფოებს, რომ შეიმუშავონ საკანონმდებლო ან სხვა სახის ზომები, რომლებიც უზრუნველყოფენ შენახულ კომპიუტერულ მონაცემთა დაჩქარებულ დაცვას. აღნიშნული ნორმის მიზანს წარმოადგენს გამოძიებისთვის რელევანტური კომპიუტერული მონაცემების შესაძლო დაკარგვის ან შეცვლის საფრთხის პრევენცია.

გამოძიების წარმოებისთვის აუცილებელი კიდევ ერთი მექანიზმი – ინფორმაციის გამოთხოვა – გათვალისწინებულია კონვენციის მე-18 მუხლით და გულისხმობს წევრი სახელმწიფოების კომპეტენტური ორგანოებისთვის შემდეგი უფლებამოსილების მინიჭების შესაძლებლობას:

„ა) დაავადებულ მათ გეხიგოხიაზე მყოფი პიხი – წახმოადგინოს კონკრეტული კომპიუტერული მონაცემი, ხომედიც ამ პიხის მფლობელობაში ან კონგხოდის ქვეშაა და ინახება კომპიუტერული სისტემაში ან კომპიუტერული მონაცემების შემნახავ საშუალებაში;

ბ) დაავადებულ მონახუების მიმწოდებელი (ხომედიც მონახუების მიწოდებას ახოხციელებს) – მათ გეხიგოხიაზე წახმოადგინოს მონახუების შესახებ ინფორმაცია, ხომედიც დაკავშირებულია ამგვარ მონახუებასთან და

ხომედიც ფდობს ან/და აკონგხოდებს აღნიშნული მონახუების მიმწოდებელი“.<sup>3</sup>

კონვენციის მე-19 მუხლით, ასევე, გათვალისწინებულია შენახულ კომპიუტერულ მონაცემთა ჩხრეკა და ამოღების შესაძლებლობა, ხოლო მე-20 მუხლი ითვალისწინებს ინტერნეტ ტრაფიკის მიმდინარე შეგროვებას. კონვენციის მე-18 მუხლის ახსნა-განმარტებითი ბარათის 170-ე პუნქტი განსაზღვრავს ინფორმაციის გამოთხოვის, როგორც ერთ-ერთი საგამოძიებო მოქმედების კანონმდებლობაში დანერგვის მთავარ ლეგიტიმურ მიზანს. კერძოდ, ბარათში ვკითხულობთ, რომ სახელმწიფოების მხრიდან მესამე პირებთან მიმართებით, სისტემატურად ისეთი იძულების ღონისძიებების გამოყენების შესამცირებლად, როგორსაც წარმოადგენს მონაცემების ჩხრეკა და ამოღება, მნიშვნელოვანია, რომ მათ ეროვნულ კანონმდებლობაში ჰქონდეთ ალტერნატიული საგამოძიებო მექანიზმები, რომლებიც იძლევიან ნაკლებად ინტენსიური ჩარევის შესაძლებლობას იმ კომპიუტერული ინფორმაციის მოსაპოვებლად, რომელიც დაკავშირებულია დანაშაულის გამოძიებასთან.<sup>4</sup>

„კიბერ-დანაშაულთან ბრძოლის შესახებ“ კონვენციის ხელმოწერის შემდეგ, 2010 წელს ცვლილება შევიდა საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში და მას დაემატა თავი კომპიუტერულ მონაცემებთან დაკავშირებული საგამოძიებო მოქმედებების შესახებ. აღნიშნული თავი, კონვენციის მე-18 მუხლის იმპლემენტირების მიზნით, შეიცავს სსსკ 136-ე მუხლს ინფორმაციის ან დოკუმენტის გამოთხოვის შესახებ, რომლის პირველი ნაწილის მიხედვითაც: „თუ ახსებობს დასაბუტებული ვახაუდი, ხომ კომპიუტერული სისტემაში, ან კომპიუტერული მონაცემთა შესანახ საშუალებაში ინახება სისხლის სამართლის საქმისათვის მნიშვნელოვანი ინფორმაცია ან დოკუმენტი, პხოკუხოხი უფლებამოსილია გამოძიების ადგილის მიხედვით მიმახთოს

3 “Convention on Cybercrime” (2001). Article 18, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022].

4 Council of Europe (2001). “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, Council of Europe. P. 29. <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022].



სასამაჩთროს შესაბამისი ინფორმაციის ან დოკუმენტის გამოთხოვის განჩინების გაცემის შუამდგომლობით<sup>5</sup> აღნიშნულ ნაწილს 2022 წლის 24 მაისის ცვლილებით დაემატა შემდეგი სახის ჩანაწერი – „გადაუდებელი აუცილებლობის შემთხვევაში ამ მუხლით გათვალისწინებული საგამოძიებო მოქმედება შესაძლებელია ჩაგახდეს პიოკუხოხის დაგენიების საფუძველზე, ამ კოდექსის 112-ე მუხლის მე-5 ნაწილით განსაზღვრული წესით“<sup>6</sup>. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 136-ე მუხლის 2022 წლის 24 მაისამდე მოქმედი რედაქციის თანახმად, ინფორმაციის გამოთხოვის პროცედურაზე ვრცელდებოდა ფარული საგამოძიებო მოქმედებების შესახებ თავის (143<sup>7</sup>-143<sup>10</sup> მუხლების) მოქმედება, რაც დამატებით, აბსურდულ ბარიერს წარმოადგენდა, ზოგადად, ნებისმიერი სახის გამოძიების წარმოებისთვის, სადაც საჭირო იყო კომპიუტერული მონაცემების მოპოვება და განსაკუთრებულ პრობლემებს ქმნიდა კიბერდანაშაულის კატეგორიის დანაშაულის გამოძიების პროცესში. კერძოდ, ირელევანტური იყო, თუ რამდენად ატარებდა მოსაპოვებელი ინფორმაცია ან დოკუმენტი სენსიტიურ ხასიათს და არ ხდებოდა კომპიუტერული მონაცემების კატეგორიზაცია. ნებისმიერი სახის კომპიუტერული მონაცემი ექცეოდა ერთიანი „ქოლგის“ ქვეშ და ინფორმაციის გამოთხოვის შესახებ შუამდგომლობის ავტორისგან ითხოვდა სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის ფარული საგამოძიებო მოქმედებების შესახებ თავში გათვალისწინებული გარანტიების დაცვას და ზედმეტად მყარ დასაბუთებას.

2022 წლის 24 მაისს, 136-ე მუხლში განხორციელებული ცვლილებებით, გარკვეულწილად გამარტივდა კომპიუტერულ სისტე-

მაში ან კომპიუტერულ მონაცემთა შესანახ საშუალებაში არსებული ინფორმაციის ან დოკუმენტის გამოძიების მიერ მოპოვების შესაძლებლობა, რადგან განხორციელებული ცვლილებებით მათზე აღარ ვრცელდება ფარული საგამოძიებო მოქმედებების ჩატარების წესი, რაც ცალსახად დაგვიანებულ, თუმცა წინ გადადგმულ ნაბიჯად უნდა ჩაითვალოს.

საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 136-ე მუხლი ვრცელი შინაარსისაა და ადგენს ერთიან უნიფიცირებულ წესს ნებისმიერი სახის ინფორმაციის მოსაპოვებლად, რომელიც შენახულია კომპიუტერული ფაილის სახით. XXI-ე საუკუნეში ორგანიზაციების უდიდესი ნაწილი მათ ხელთ არსებულ ინფორმაციას/დოკუმენტაციას ელექტრონული ფორმით ინახავს. შედეგად, ვიღებთ რეალობას, რა დროსაც საჯარო თუ კერძო დაწესებულებებიდან ინფორმაციის მოსაპოვებლად აუცილებელია მოსამართლისგან ინფორმაციის გამოთხოვის თაობაზე განჩინების მიღება, მიუხედავად იმისა, გამოსათხოვი ინფორმაცია ნაკლებად სენსიტიურია თუ თავისი არსით არის საჯარო და ხელმისაწვდომი ნებისმიერი პირისთვის. აღნიშნული წარმოადგენს დამატებით ბიუროკრატიულ ბარიერს მოქნილი და ეფექტური გამოძიების წარმოებისთვის.

საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობა არ ახდენს გამოთხოვას დაქვემდებარებული ინფორმაციის დიფერენცირებას კატეგორიის მიხედვით. კატეგორიზაციის თვალსაზრისით, ერთადერთ გამონაკლისს წარმოადგენს 136-ე მუხლის მე-3 ნაწილით გათვალისწინებული „მომხმარებლის მაიდენტიფიცირებელი მონაცემი“, რომელიც პირდაპირ არის გადმოტანილი ბუდაპეშტის კონვენციიდან. მოცემულ შემთხვევაში პრობლემას წარმოადგენს არა ის, თუ როგორ არის ასახული „მომხმარებლის მაიდენტიფიცირებელი მონაცემი“ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში, არამედ მიდგომა, რომლის თანახმადაც მის მოსაპოვებლად განსაზღვრულია იგივე პროცედურული მექანიზმი, როგორც გამოიყენება ნებისმიერი სხვა სახის ელექტრონული ინფორმაციის მოპოვების შემთხვევაში.

5 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (2009). მუხლი 136 (13.04.2022 წლის რედაქცია). საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/90034?publication=143>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]

6 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (2009). მუხლი 136 (21.06.2022 წლის რედაქცია). საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=146>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]

„კომპიუტერული დანაშაულის შესახებ ბუ-დაპეშტის კონვენციის მე-18 მუხლის მიზნებისთვის გეხმინი „ინფოხმაცია მომსახურების შესახებ“ ახის ნებისმიერი ინფოხმაცია, რომელიც მომსახურების მომწოდებელი ინახავს კომპიუტერული მონაცემების ან სხვა ნებისმიერი ფორმით, რომელიც დაკავშირებულია მისი მომსახურების მომხმარებლებთან, განსხვავდება ინტერნეტ გრაფიკისა და შინააქსობივი მონაცემებისგან და რომლის მიხედვითაც შესაძლებელია დადგინდეს/განისაზღვროს:

ა) გამოყენებული კომუნიკაციის მომსახურების ტიპი, გამოყენებული ტექნიკური საშუალებები და მომსახურების დრო;

ბ) მომხმარებლის ვინაობა, საფოსტო ან საცხოვრებელი მისამართი, ტელეფონის და სხვა საკონტაქტო ნომრები, ინფოხმაცია ანგაჩიშისა და გადასახადების შესახებ, რომელიც ხელმისაწვდომია მომსახურების ხელშეკრულების ან შეთანხმების საფუძველზე;

გ) დამონტაჟებული საკომუნიკაციო აღჭურვილობის ადგილმდებარეობის თაობაზე ახსებული ნებისმიერი სხვა ინფოხმაცია, რომელიც ხელმისაწვდომია მომსახურების ხელშეკრულების ან შეთანხმების საფუძველზე“<sup>7</sup>

მოცემულ შემთხვევაში, აუცილებელია სწორად იქნას გაგებული კანონმდებლის მიზანი, თუ რას ემსახურებოდა კომპიუტერულ მონაცემთა დაყოფა მომხმარებლის, კომუნიკაციის მაიდენტიფიცირებელი მონაცემებისა და კომუნიკაციის შინაარსობრივი/ინტერნეტ ტრაფიკის მონაცემების კატეგორიებად. ნებისმიერი პირის პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა დაცულია კონსტიტუციითა და შესაბამისი ნორმატიული აქტებით. აღნიშნული უფლება არ არის აბსოლუტური ხასიათის და კანონმდებლობა ითვალისწინებს მისი შეზღუდვის შესაძლებლობას ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად. ლოგიკურია, რომ უფლებების შეზღუდვის სიმძიმის გათვალისწინებით უნდა განსხვავდებოდეს სამართლებრივი პროცედურებიც, წინააღმდეგ შემთხვევაში აზრი დაეკარგებოდა კომპიუტერული მონაცემების დიფერენცირებას მომხმარებლისა და შინაარსობრივი ინფორმაციის კატეგორი-

7 “Convention on Cybercrime” (2001). Article 18, Paragraph 3, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]

ებად. აღნიშნულის თაობაზე საუბარია კიბერ-დანაშაულთან ბრძოლის საზედამხედველო კომიტეტის შემფასებელი მისიის დასკვნაში<sup>8</sup> და შესაბამის რეკომენდაციაში, ამაზე მეტყველებს, ასევე, ევროპული ქვეყნების გამოცდილებაც. მაგალითისთვის შესაძლოა მოყვანილ იქნას ისეთი ქვეყნები, როგორც არის ლატვია, ლიტვა, ესტონეთი, გერმანია, ესპანეთი, დანია, მონტენეგრო, სლოვენია, ფინეთი და ნორვეგია.<sup>9</sup>

გამოთხოვის მექანიზმი გათვალისწინებულია „კიბერ-დანაშაულთან ბრძოლის ევროპული კონვენციის“ მე-18 მუხლით. კონვენციის განმარტებითი ბარათის 171-ე პუნქტის შესაბამისად, „გამოთხოვა წახმოადგენს მოქნილ მექანიზმს, რომლის გამოყენებაც საგამოძიებო ორგანოებს შეუძლიათ მხავად შემთხვევაში, განსაკუთრებით იმ ღონისძიებების ნაცვდად, რომლებიც თავისი ახსით უფრო იძულებითია. ამგვარი ღონისძიებების ეხოვნურ კანონმდებლობაში ახსებობა და მათი გამოყენება ასევე სასახებდროა მესამე პიტიებისთვის, რომლებიც ინახავენ მონაცემებს, როგორც ახიან, მაგალითად, მომსახურების მიმწოდებლები, რომლებიც ხშირად მზად ახიან დახმარება გაუწიონ სამაჩთადამცავ ორგანოებს ნებაყოფლობით საწყისზე იმ მონაცემების ნებაყოფლობით მიწოდებით, რომელიც მათ კონტროლ ქვეშაა, თუმცა ამჯობინებენ შესაბამისი სამაჩთდებრივი საფუძველის ქონას ამგვარი დახმარების აღმოჩენისთვის, ხაც მათ გაათავისუფლებს ნებისმიერი სახის სახელშეკრულებო ან აჩა სახელშეკრულებო ვადებულებისაგან“<sup>10</sup>

8 Kunappu. M., Jurich. M. (2017). Report on Georgia, “Draft legislation supplementing and amending various issues related to cybercrime and electronic evidence”. Cybercrime Convention Committee bureau and Council of Europe. p. 7. <<https://rm.coe.int/3608-20-georgia-cybercrime-law-reform-review-final-19-april-2017/168076be28>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]

9 Cybercrime Convention Committee (2014). “Rules on obtaining subscriber information”. Report adopted by the T-CY at its plenary, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Council of Europe. P. 17-20. <<https://rm.coe.int/16802e7ad1>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]

10 Council of Europe (2001). “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, Council of Europe. P. 29. <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]

ამგვარად, გამოთხოვის მექანიზმი განიხილება, როგორც ამავე კონვენციის მე-19 მუხლით გათვალისწინებული კომპიუტერული მონაცემების ჩხრეკა-ამოღების ალტერნატიული, ნაკლებად რეპრესიული მექანიზმი, რომლის ძირითადი არსი გამოიხატება შემდეგში: თუ სუბიექტი, რომლისგანაც უნდა განხორციელდეს ინფორმაციის გამოთხოვა, სანდოა (მაგალითად, ინფორმაცია გამოთხოვილ უნდა იქნას მომსახურების მიმწოდებლისგან: მაგთიკომი, ჯეოსელი, Meta, Google და ა.შ.) და მას არ გააჩნია ობიექტური დაინტერესება – შეცვალოს ან გაანადგუროს გამოთხოვილი მონაცემები, ამოღების საგამოძიებო მოქმედების ნაცვლად გამოყენებულ უნდა იქნას ნაკლებად რეპრესიული გამოთხოვის მექანიზმი.

**მომსახურების  
მომწოდებლებსა და  
სამართალდამცავ  
ორგანოებს შორის  
თანამშრომლობა და  
მასთან დაკავშირებული  
პრობლემები**

კიბერდანაშაულის გამოძიებისას დამნაშავის იდენტიფიცირების მიზნით ძირითადად აუცილებელია ტრაფიკის მონაცემების ანალიზი. მათ შორის, IP მისამართები და სხვადასხვა ელექტრონული მონაცემების მახასიათებლები, რომლებსაც იყენებს დამნაშავე დანაშაულის ჩადენის პროცესში, წარმოადგენს გამოძიებისთვის კრიტიკულად მნიშვნელოვან ინფორმაციას. გარდა იმისა, რომ ზოგადად დიდ სირთულესთან არის დაკავშირებული კონკრეტული IP მისამართის დადგენა და კიბერდამნაშავის იდენტიფიცირება, დამატებით ბარიერს ქმნის ის გარემოება, რომ გამოძიებისთვის საინტერესო ტრაფიკის მონაცემები შესაძლოა ავტომატურად წაიშალოს დროის საკმაოდ მცირე მონაკვეთში.

აღნიშნული პრობლემის დაძლევის მიზნით, „კომპიუტერული დანაშაულის შესახებ“ ბუდაპეშტის კონვენციის მე-16 მუხლით გათვალისწინებულია მომსახურების მო-

მწოდებლების მერ შენახულ კომპიუტერულ მონაცემთა დაჩქარებული დაცვის პროცედურული სამართლებრივი მექანიზმი. კონვენციის ხელმოწერი თითოეული სახელმწიფო ვალდებულია მიიღოს ისეთი საკანონმდებლო რეგულაციები, რომლებიც უფლებამოსილ სამართალდამცავ ორგანოებს უფლებას მიანიჭებენ – გასცენ შესაბამისი ბრძანება და უზრუნველყონ კომპიუტერული მონაცემების შენახვა მომსახურების მიმწოდებლებთან. აღნიშნული განსაკუთრებით ეხება იმ შემთხვევებს, როდესაც არსებობს მნიშვნელოვანი კომპიუტერული მონაცემის დაკარგვის ან გამოცვლის საფრთხე.<sup>11</sup>

კონვენციის 29-ე მუხლის თანახმად, კონვენციის წევრმა სახელმწიფომ შესაძლოა მოსთხოვოს სხვა წევრ სახელმწიფოს, რომ მოხდეს მის ტერიტორიაზე არსებული კონკრეტული კომპიუტერული მონაცემების დაჩქარებული დაცვა, რათა შემდგომ, ურთიერთდახმარების მოთხოვნის საფუძველზე, მოახდინოს მათი გამოთხოვა. აღნიშნული სახის მოთხოვნა უნდა აკმაყოფილდებდეს გარკვეულ კრიტერიუმებს და შეიცავდეს უფლებამოსილი ორგანოს დასახელებას, რომელიც ითხოვს ინფორმაციის შენახვას, ასევე, მითითებული უნდა იყოს დანაშაული, რომელზეც მიმდინარეობს გამოძიება და/ან ხორციელდება სისხლისსამართლებრივი დევნა, შესაბამისი კომპიუტერული მონაცემების კავშირი აღნიშნულ დანაშაულთან და შენახვის აუცილებლობა.<sup>12</sup>

კომპიუტერული მონაცემების შენახვის რეგულაციები წარმოადგენენ მნიშვნელოვან სამართლებრივ საგამოძიებო ინსტრუმენტს კომპიუტერული დანაშაულის გამოძიების მიზნებისთვის. კომპიუტერული მონაცემების ცვალებადი ბუნების გათვალისწინებით, მაღალია მათი შესაძლო გამოცვლის ან დაკარგვის რისკი. აღნიშნულიდან გამომდინარე, გამოძიებისთვის მნიშვნელოვანი მტკიცებულება შესაძლოა დაიკარგოს შენახვის არასწორი მენეჯმენტის, უყურადღებობის,

11 “Convention on Cybercrime” (2001). Article 16, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]  
 12 “Convention on Cybercrime” (2001). Article 29, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]



განზრახი მანიპულაციის/წაშლის ან იმის გამო, რომ მომსახურების მომწოდებლებს არ ჭირდებათ მათი შენახვა და ავტომატურად შლიან ინფორმაციას. მიზეზი ამ ავტომატური წაშლის არის ის გარემოება, რომ თითოეული მოქმედების განხორციელებისას წარმოშობილი ტრაფიკის მონაცემების შენახვა წარმოუდგენლად დიდ დანახარჯებთან არის დაკავშირებული და გაზრდის მომსახურების საფასურს.

უფლებამოსილი ორგანოების მიერ, ბუდაპეშტის კონვენციით გათვალისწინებული დებულებების შესაბამისად, მომსახურების მომწოდებლების დავალდებულება – მოახდინონ გამოძიებისთვის საინტერესო კომპიუტერული მონაცემების რეზერვაცია – შესაძლოა დაკავშირებული იყოს დამატებით ხარჯებთან, თუმცა, ჩხრეკისა და ამოღების საგამოძიებო მოქმედებებთან შედარებით, არ უშლის ხელს მათ ნორმალურ ფუნქციონირებას. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ კომპიუტერული დანაშაულის დიდი ნაწილი ჩადენილია კომპიუტერული სისტემების გამოყენებით განხორციელებული კომუნიკაციების გზით. აღნიშნული კომუნიკაციები შესაძლოა იყოს დანაშაულებრივი ქმედებების ამსახველი და შეიცავდეს მნიშვნელოვან მტკიცებულებებს ისეთ მძიმე დანაშაულებზე, როგორც არის ბავშვთა პორნოგრაფია, ნარკოტიკებით ვაჭრობა, კომპიუტერული სისტემების ნორმალური ფუნქციონირებისთვის ხელის შეშლა და ა.შ. შესაბამისად, წყაროს ან დანიშნულების მისამართის გაშიფვრა შესაძლოა დაეხმაროს სამართალდამცავ ორგანოებს დამნაშავეების იდენტიფიცირებაში, აღნიშნულისთვის კი აუცილებელია განხორციელებული კომუნიკაციის ტრაფიკის არსებობა და მისი ანალიზი.<sup>13</sup>

ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, სამართალდამცავ ორგანოებსა და ინტერნეტის მომსახურების მომწოდებლებს შორის მჭიდრო თანამშრომლობა ყოველთვის წარმოადგენდა კიბერდანაშაულის წინააღმდეგ ეფექტიანი ბრძოლის მნიშვნელოვან წინაპირობას. ბუდაპეშტის კონვენცია შეიცავს დებულებებს, რომელიც ავალდებუ-

ლებს ნევრ სახელმწიფოებს – შექმნან შესაბამისი საკანონმდებლო ბაზა მომსახურების მომწოდებლებთან ინფორმაციის შენახვისა და მათგან ინფორმაციის გამოთხოვის თვალსაზრისით, თუმცა საბოლოოდ ყველაზე მნიშვნელოვანია, თუ როგორ აისახა/აისახება აღნიშნული ნევრი სახელმწიფოების ეროვნულ კანონმდებლობებში.

მსოფლიოს სხვადასხვა ქვეყანაში არსებობს მომსახურების მომწოდებლებთან თანამშრომლობის განსხვავებული პრაქტიკა. აღნიშნული თანამშრომლობა შესაძლებელია ატარებდეს ნებაყოფლობით ხასიათს ან შემუშავებული იყოს საკანონმდებლო ჩარჩო. იმ ქვეყნებში, სადაც მომსახურების მომწოდებლების მიერ კომპიუტერული მონაცემების სამართალდამცავი ორგანოებისთვის მიწოდება ან შესაბამისი მოთხოვნის საფუძველზე მათი შენახვა წარმოებს ნებაყოფლობით, სამართალდამცავ ორგანოებს შეუძლიათ მოითხოვონ აღნიშნული მოქმედების განხორციელება მაშინაც კი, როდესაც არ გააჩნიათ სათანადო საფუძველი. მსგავსი მიდგომა იმ ქვეყნებში არის შესაძლებელი, სადაც არ არის დაწესებული შეზღუდვები მომსახურების მომწოდებლების ქმედებებზე.

აშშ-ის 1986 წლის კომუნიკაციებისა და კონფიდენციალურობის კანონი (ECPA) არის საკმაოდ მოქნილი სამართალდამცავ ორგანოებთან თანამშრომლობის თვალსაზრისით და მომსახურების მომწოდებლებს ანიჭებს უფლებას ნებაყოფლობით გაამჟღავნონ არაშინაარსობრივი სახის კომპიუტერული მონაცემები. აღნიშნული კანონი მომსახურების მომწოდებლებს უკრძალავს ნებაყოფლობით გაამჟღავნონ შინაარსობრივი კომპიუტერული მონაცემები, გარდა საგანგებო შემთხვევებისა.<sup>14</sup>

სამართალდამცავ ორგანოებსა და მომსახურების მომწოდებლებს შორის ინფორმაციის შენახვისა და წარმოდგენის თაობაზე თანამშრომლობის ნებაყოფლობით საწყისებზე

13 Council of Europe (2001). “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, Council of Europe. P. 25-26. <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]

14 Council of Europe (2008). “Cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime”, Common guidelines. Cybercrime Programme Office of the Council of Europe (C-PROC), Council of Europe. p. 17. <<https://rm.coe.int/2088-33-law-enforcement-isp-guidelines-2020/1680a091a7>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022].



დაფუძნება დადებით მხარეებთან ერთად შეიცავს უარყოფით ელემენტებსაც. კერძოდ, სამართალდამცავ ორგანოებს არ შეუძლიათ წინასწარ განჭვრიტონ – წარმოადგენს თუ არა მომსახურების მომწოდებელი ინფორმაციას და დადებით შემთხვევაში – რა მოცულობით. საერთაშორისო თანამშრომლობის ფარგლებში ევროპის სამართალდამცავ ორგანოებს შეუძლიათ მიიღონ მონაცემები აშშ-ში დაფუძნებული სერვისის პროვაიდერებისგან, თუმცა აშშ ვერ გამოიყენებს იგივე შესაძლებლობას, რადგან ევროპაში მომსახურების მომწოდებლებს აქვთ მკაცრად რეგულირებული სამართლებრივი ვალდებულებები, რომლებიც დაკავშირებულია მათი მომხმარებლების უფლებების დაცვასა და პირადი მონაცემების შენახვასთან.

საქართველოში 2010 წელს ხელი მოეწერა ურთიერთგაგების მემორანდუმს სამართალდამცავ ორგანოებსა და 10 უმსხვილეს ინტერნეტის მომსახურების მომწოდებელს შორის. აღნიშნული მემორანდუმით განსაზღვრულია თანამშრომლობის ძირითადი პრინციპები კიბერდანაშაულის გამოძიების პროცესში სამართალდამცავ ორგანოებსა და მომსახურების მომწოდებლებს შორის. დოკუმენტში, ასევე, განერილია რომ მომსახურების მომწოდებლები ვალდებულები არიან გამოყონ საკონტაქტო პირები სამართალდამცავ ორგანოებთან თანამშრომლობის მიზნით, რაც მნიშვნელოვნად ამცირებს მოთხოვნილი ინფორმაციის დამუშავების პროცესს.<sup>15</sup>

აღნიშნული მემორანდუმის ფარგლებში განერილია მომსახურების მომწოდებლების უფლებები და ვალდებულებები. კერძოდ, ისინი ვალდებულები არიან, საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესების შესაბამისად, სამართალდამცავებს წერილობით მიაწოდონ მათ ხელთ არსებული ინფორმაცია. იმ შემთხვევაში, თუ მომსახურების მომწოდებელი უარს იტყვის ინფორმაციის გაცემაზე, მან უნდა დაასაბუთოს, თუ რამ გა-

ნაპირობა მოთხოვნის შეუსრულებლობა. მემორანდუმი, ასევე, ითვალისწინებს სამართალდამცავი ორგანოების ვალდებულებას – მიაწოდონ მომსახურების მომწოდებლებს გამოძიების შესახებ მაქსიმალური ინფორმაცია, რომლის გამჟღავნებაც არ ეწინააღმდეგება გამოძიების ინტერესებს.<sup>16</sup>

აღნიშნული საკითხის დეტალურად შესწავლის თვალსაზრისით, საინტერესოა ინტერნეტის მომსახურების მომწოდებლებსა და ბუდაპეშტის კონვენციის ხელმოწმერ სხვადასხვა ქვეყნებს შორის ურთიერთობის მოკლე ანალიზი. დანიაში სამართალდამცავ ორგანოებსა და მომსახურების მომწოდებლებს შორის თანამშრომლობა ეფუძნება არაფორმალურ შეთანხმებებს ინფორმაციის გაცვლის თაობაზე, რომლის ძირითადი პრინციპები თანხვედრაშია ელექტრონული კომუნიკაციების ქსელებისა და მომსახურების კანონთან. სამართალდამცავ ორგანოებსა და სხვა კერძო სექტორის კომპიუტერულ მონაცემთა მფლობელებთან ურთიერთანამშრომლობა განისაზღვრება თითოეულ შემთხვევაში ინდივიდუალურად.

ევროსაბჭოსა და ევროკავშირის ხელშეწყობით, 2007 წელს შეიქმნა სამუშაო ჯგუფი, რომელმაც შეიმუშავა სამართალდამცავ ორგანოებსა და მომსახურების მომწოდებლებს შორის თანამშრომლობის გზამკვლევი. აღნიშნული პროექტის ფარგლებში განხილულ იქნა სხვადასხვა ქვეყნებში არსებული პრაქტიკა. ანგარიშის მიხედვით, საფრანგეთში შინაგან საქმეთა სამინისტროსა და მომსახურების მომწოდებლებს შორის დადებულია პარტნიორობის შეთანხმება, რომლის თანახმადაც ინფორმაციის გადმოცემა ხდება ნებაყოფლობით. ძირითადად ხდება 3 კატეგორიის ინფორმაციის გამოთხოვა: 1) ზოგად საკითხებზე; 2) ინდივიდებისა და ქონების მიმართ ჩადენილ მძიმე დაზიანებებზე; 3) ტერორიზმთან და ქვეყნის ეროვნულ ინტერე-

15 Council of Europe (2008). "Cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime", Common guidelines. Cybercrime Programme Office of the Council of Europe (C-PROC), Council of Europe. p. 18. <<https://rm.coe.int/2088-33-law-enforcement-isp-guidelines-2020/1680a091a7>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022].

16 Georgian National Communications Commission, Ministry of Internal Affairs and Internet Service Providers, (2010). "Memorandum of Understanding between Georgian law enforcement and Internet providers based on the principles of cooperation in the field of cybercrime". pp. 2-3. <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTM-Content?documentId=09000016802fe136>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022].

სებთან დაკავშირებულ საკითხებზე. უნგრეთში მიღებულია კანონმდებლობა, რომელიც პირდაპირ ავალდებულებს მომსახურების მომწოდებლებს, რომ მათ წარმოადგინონ მათ ხელთ არსებული კომპიუტერული მონაცემები, რომელიც მნიშვნელოვანია სამართალდამცავი ორგანოებისთვის. აღნიშნული რეგულირდება სისხლის სამართლებრივი პროცედურების თაობაზე 1998 წელს მიღებული კანონით. აღნიშნული კანონის გარდა, უნგრეთის პოლიციასა და ინტერნეტის მომსახურების მომწოდებლებს შორის დადებულია შეთანხმებებიც თანამშრომლობის თაობაზე. იაკონიაში სამსართალდამცავებსა და მომსახურების მომწოდებლებს შორის არის მჭიდრო თანამშრომლობა ინფორმაციის გაცვლასთან დაკავშირებით, რომლის მთავარ მიზანს წარმოადგენს გამოძიებისთვის მნიშვნელოვანი ამოსაღები ინფორმაციის ადგილმდებარეობისა და მოცულობის ზუსტი განსაზღვრა, რაც ემსახურება მომსახურების მომწოდებლების საქმიანობის შეუფერხებლად გაგრძელებას და, ასევე, მესამე პირთა უფლებების მაქსიმალურად დაცვას.<sup>17</sup>

რაც შეეხება კომპიუტერული ინფორმაციის მომსახურების მომწოდებლების მიერ რეზერვაციას, აღნიშნული დღემდე წარმოადგენს პრობლემურ საკითხს. ევროპისა და მსოფლიოს ქვეყნების უმეტეს ნაწილში არ არსებობს რეგულაციები, რომლებიც დაავალდებულებენ მომსახურების მომწოდებლებს – შეინახონ განხორციელებული ტრაფიკის თაობაზე ინფორმაცია ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში. აღნიშნული გამოიწვევს კოლოსალურ ხარჯს და პირდაპირ დაკავშირებულია სერვისის საფასურის ზრდასთან. ამასთანავე, მომსახურების მომწოდებლებს ცალკე ვალდებულებები გააჩნიათ მომხმარებელთა ინტერესების დაცვის კუთხით და კომპიუტერული შინაარსობრივი მონაცემების დიდი პერიოდის განმავლობაში შენახვა

ენინააღმდეგება მათ კონფიდენციალურობის პოლიტიკას.

აშშ-ში მომსახურების მომწოდებლების მიერ ძირითადად ხდება ინფორმაციის შენახვა რამდენიმე თვის განმავლობაში, თუმცა არ არის მკაცრად დადგენილი კონკრეტული ვადა. აღნიშნული ატარებს ნებაყოფლობით ხასიათს და არ არის განსაზღვრული ნორმატიული აქტით. ევროკავშირის ქვეყნებში მოქმედი მომსახურების მომწოდებლებისგან ინფორმაციის მიღება გაცილებით პრობლემურია, რადგან ისინი, ძირითადად, დიდი დროით არ ინახავენ ინფორმაციას შესაბამისი სამართლებრივი რეგულაციის არარსებობის პირობებში და, საჭიროების შემთხვევაში, ინფორმაციის რეზერვაცია უნდა მოხდეს რაც შეიძლება სწრაფად, რათა გამოირიცხოს მტკიცებულების გამოცვლის, ნაშლის ან დაკარგვის რისკი.

### ელექტრონული მტკიცებულებების დამაბრება სისხლის სამართლის საქმეზე

ელექტრონული მტკიცებულება არის ინფორმაცია, რომელიც ელექტრონული სახით ინახება კომპიუტერულ სისტემაში ან კომპიუტერულ მონაცემთა შესანახ საშუალებაში. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 136-ე მუხლის თანახმად, აღნიშნული სახის კომპიუტერული ინფორმაციის მოსაპოვებლად აუცილებელია ინფორმაციის გამოთხოვის თაობაზე სასამართლოს განჩინების მიღება.

აღსანიშნავია, რომ საქართველოს კანონმდებლობა არ ახდენს კომპიუტერული ინფორმაციის/მონაცემის დიფერენცირებას. შესაბამისად, იმ შემთხვევაში, თუ გამოძიებელი სისხლის სამართლის საქმეზე გამოძიების ჩატარებისას გადაწყვეტს, რომ მოიპოვოს ინფორმაცია ან მტკიცებულება, რომელიც ინახება კომპიუტერულ სისტემაში ან ელექტრონულ მატარებელზე (მეხსიერების ბარათი, კომპაქტ დისკი და ა.შ.), პროკურორი უპირობოდ ვალდებულია, რომ აღნიშნული ინფორმაციის გამოთხოვის მიზნით

17 Council of Europe (2008). "Cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime", Common guidelines. Cybercrime Programme Office of the Council of Europe (C-PROC), Council of Europe. pp. 17 – 19. <<https://rm.coe.int/2088-33-law-enforcement-isp-guidelines-2020/1680a091a7>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022]

მიმართოს სასამართლოს შუამდგომლობით განჩინების გაცემის თაობაზე. ამასთანავე, ვინაიდან ელექტრონული მტკიცებულების მოდიფიკაცია უკვე არ წარმოადგენს დიდ სირთულეს, მოსაპოვებელი მტკიცებულების დაკარგვის ან გამოცვლის რისკის პრევენციის მიზნით, პრაქტიკაში გამომძიებელი, ძირითადად, გადაუდებელი აუცილებლობიდან გამომდინარე იღებს კომპიუტერული ინფორმაციის მატარებელ მოწყობილობას და შემდგომ პროკურორი მიმართავს სასამართლოს აღნიშნული საგამოძიებო მოქმედების კანონიერად ცნობის თაობაზე შუამდგომლობით. აღნიშნული საგამოძიებო მოქმედების (ამოღების) კანონიერად ცნობის შემდეგ, პროკურორი უკვე მიმართავს სასამართლოს გამოძიების ხელთ კანონიერად არსებული ელექტრონული მოწყობილობიდან ინფორმაციის გამოთხოვის შუამდგომლობით.

ზემოთ აღწერილი პრაქტიკის ჩამოყალიბებას ხელი შეუწყო როგორც სსსკ-ის 136-ე მუხლის ზოგადმა დეფინიციამ და ელექტრონული მტკიცებულებების მოპოვებისას რაიმე სახის კატეგორიზაციის არარსებობამ, ასევე საქართველოს საერთო სასამართლოებში ელექტრონული მტკიცებულებებს მოპოვების წესთან და მათ დასაშვებობასთან დაკავშირებულმა არაერთგვაროვანმა პრაქტიკამ.

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2016 წლის 30 მარტის №1გ/548-16 განჩინებაში მოსამართლემ იმსჯელა, რომ „მიკროსაფინანსო ორგანიზაცია „თ.-ს“ კამეხით აღბეჭდილი ვიდეორჩანაწერები, უდავოა, რომ წახმოადგენს კომპიუტერულ სისტემაში დაცულ კომპიუტერულ მონაცემს, ხოლო გამოძიებისთვის წახდენილი დისკი აჩის კომპიუტერულ მონაცემთა შესანახი საშუალება, რომელშიც საქმისათვის მნიშვნელოვანი ინფორმაცია აღბეჭდილია ვიდეორჩანაწერის სახით. შესაბამისად, იმის გამო, რომ ვიდეორჩანაწერები გამოთხოვილი იქნა მხოლოდ მიმართვის წეხილების საფუძველზე, საგამოძიებო კოდეგის მიაჩნია, რომ აღნიშნულით ახ იქნა დაცული შესაბამისი სტანდარტი. კეხძოდ, ის, რომ დაუშვებელია მიმართვის საფუძველზე საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 136-ე მუხლით განსაზღვრული ინფორმაციის გამოთხოვა. საქმეში ახ აჩის უფლებამოსილი პიხის შესაბამისი მოქმედე-

ბის ამსახვედი საპროცესო დოკუმენტი და ყველა მონაცემი მიუთითებს იმის შესახებ, რომ კომპიუტერულ მონაცემთა შესანახი საშუალებაში დაცული მონაცემები იქნა გამოთხოვილი გამომძიებლის მიერ წეხილის საშუალებით, ხაც თავისთავად დაუშვებელია და დათვარიეხების ოქმი და ვიდეოდისკები კანონის დახლვევით დაუშვებელ მტკიცებულებად უნდა იქნას დაცოვებუდი“<sup>18</sup>

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 19 ივლისის №1გ/960-17 განჩინებით სასამართლომ დაადგინა, რომ „ბიადეობის მხახის მიეხ მოთხოვნილია კომპიუტერულ სისტემაში დაცული ინფორმაციის, მობილუხ ტედეფონში ახსებუდი ინფორმაციის ამოღება. კეხძოდ, გამოძიების ინტეხეხშია ა. ხ.-ს კუთვნილ „აიფონი“-ს ფიხმის მობილუხ ტედეფონში ნანახი საქმისათვის მნიშვნელოვანი ინფორმაციის ამოღება და ახა კონკეხეტუდად მხოლოდ მობილუხი ტედეფონის, ხოგოხც ნივთის ამოღება, ხამეთუ მობილუხი ტედეფონი ცადკე აღებუდი მასში ახსებუდი ინფორმაციის გახეშე საქმისათვის მნიშვნელოვანი ახ აჩის. ამ შემთხვევაში ხსენებუდი მობილუხი ტედეფონი წახმოადგენს სწოხედ კომპიუტერულ სისტემას, ხომელშიც შენახუდი ინფორმაცია. მობილუხი ტედეფონი ცადკე ნივთის სახით ამოღების ობიექტი შეიძლება იყოს მხოლოდ მაშინ, თუ იგი დანაშაუდის იახალი ან საგანია ან თავად ტედეფონი აჩის მტკიცებუდების მატახებელი, ხოლო ხოდესაც მობილუხი ტედეფონის ამოღების მოთხოვნა მიმახთუდი ხეადუხად მასში ახსებუდი ინფორმაციის შემდგომი გამოყენებისათვის, ასეთ ვითახებაში დაცული უნდა იქნეს სასამართლოსთვის მიმახთვის კანონით დადგენილი ფოხმა და წესი. ხსენებუდი ინფორმაციის მოპოვების სპეციადუხი წესი კი იმპეხატიუდად აჩის დადგენილი საქახთვედოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 136-ე მუხლით“<sup>19</sup>

18 №1გ/548-16 განჩინება (2016). “საჩივრის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის შესახებ“. თბილისის სააპელაციო სასამართლო. <<http://library.court.ge/judgements/92352016-04-04.pdf>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022].

19 №1გ/960-17 განჩინება (2017). “საჩივრის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის შესახებ“. თბილისის სააპელაციო სასამართლო. <<http://library.court.ge/judgements/5582017-07-25.pdf>> [ბოლო წვდომა: 9 სექტემბერი, 2022].



სასამართლოს აღნიშნული გადაწყვეტილების შეფასებისას მნიშვნელოვან გარემოებას წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ ბრალდების მხარე ითხოვდა, გადაუდებელი აუცილებლობიდან გამომდინარე, ამოღებული მობილური ტელეფონის ამოღების კანონიერად ცნობას, ვინაიდან მასში დაცული მონაცემები წარმოადგენდა გამოძიებისთვის მნიშვნელოვან ინფორმაციას. სასამართლომ იმსჯელა, რომ გამოძიების ინტერესის საგანი იყო არა თავად ობიექტი (მობილური ტელეფონი), არამედ მასში არსებული ინფორმაცია, შესაბამისად, უნდა მომხდარიყო ინფორმაციის გამოთხოვა. ამ დროს უნდა გავითვალისწინოთ, რომ ინფორმაციის გამოთხოვის თაობაზე სასამართლოსთვის მიმართვის შემთხვევაში არ არსებობს ინფორმაციის მატარებელი ობიექტის გამოძიების ფარგლებში დატოვების შესაძლებლობა, რაც, თავის მხრივ, ზრდის მასში არსებული ელექტრონული მტკიცებულების შესაძლო გამოცვლის ან დაკარგვის რისკს. საქართველოს კანონმდებლობა, ასევე, არ შეიცავს განსხვავებულ წესს საჯაროდ ხელმისაწვდომი ელექტრონული მტკიცებულების სისხლის სამართლის საქმეზე დამაგრების თვალსაზრისითაც. აღნიშნულ შემთხვევაშიც სასამართლო მხარეებისგან ითხოვს, რომ ზედმინევიან დაიცვან საქართველოს სსსკ-ის 136-ე მუხლით განსაზღვრული ზოგადი წესი და მომსახურების მომწოდებლებისგან (რომელთა სათაო ოფისიც ძირითად შემთხვევაში საზღვარგარეთ მდებარეობს) გამოითხოვონ საჯაროდ ხელმისაწვდომი ინფორმაცია. გამონაკლისს არ წარმოადგენს გარემოება, როდესაც გამოძიების ინტერესის საგანს წარმოადგენს არა თავად მოსაპოვებელი მტკიცებულების კომპიუტერული ელემენტი, არამედ ზოგადად ვიზუალურად ასახული ინფორმაცია (ფოტო, ვიდეო, ტექსტი და ა.შ.).

## დასკვნა

საქართველოს კანონმდებლობაში ელექტრონული მტკიცებულებების კატეგორიზაციის არარსებობა და ინფორმაციის გამოთხოვის მიმართ არაერთგვაროვანი პრაქტიკა

წარმოშობს გარკვეულ პროცესუალურ ბარიერებს, განსაკუთრებით, კიბერდანაშაულის გამოძიების მიმართულებით.

საკანონმდებლო ცვლილებების მიღებისას და კომპიუტერული დანაშაულის შესახებ ბუდაპეშტის კონვენციით გათვალისწინებული დებულებების სწორი იმპლემენტაციის მიზნით, აუცილებელია სწორად იქნას გაგებული კანონმდებლის მიზანი. კერძოდ, კონვენციის მე-18 მუხლით გათვალისწინებული დოკუმენტის/ინფორმაციის გამოთხოვის ბრძანების ძირითად მიზანს წარმოადგენდა ჩხრეკა-ამოღების ალტერნატიული, ნაკლებად რეპრესიული მექანიზმის შემუშავება იმ შემთხვევებში, როდესაც სუბიექტი, საიდანაც ხდება ინფორმაციის გამოთხოვა, არის სანდო და სახეზე არ არის ელექტრონული მტკიცებულების შესაძლო დაკარგვის ან გამოცვლის რისკი. ნაცვლად იმისა, რომ კანონმდებლობის დონეზე მომხდარიყო კომპიუტერული მონაცემების დიფერენცირება, რომელთა გამოთხოვაც შესაძლებელი იქნებოდა გამომძიებლის ან პროკურორის წერილობითი მოთხოვნით (როგორც ეს მიღებულია ევროპის ბევრ ქვეყანაში), ჩამოყალიბდა პრაქტიკა, რომლის მიხედვითაც სასამართლოები დასაშვებად მიიჩნევენ კომპიუტერული სისტემის, როგორც ფიზიკური ობიექტის ამოღებას, თუმცა, ამოღების შემდეგ კომპიუტერულ სისტემაში არსებულ ინფორმაციაზე წვდომისთვის აუცილებელია დამატებით მოსამართლის განჩინების აღება კომპიუტერულ სისტემაში არსებული მონაცემების გამოთხოვის შესახებ. ამგვარად, კომპიუტერული მონაცემებზე წვდომის მიზნით, საგამომძიებო ორგანოს ფაქტობრივად ესაჭიროება მოსამართლის ორი განჩინების მოპოვება – კომპიუტერული სისტემის ამოღებაზე და ამოღებული კომპიუტერული სისტემიდან ინფორმაციის გამოთხოვაზე, რასაც არ გააჩნია ანალოგი მსოფლიო პრაქტიკაში. ამასთან, გაუგებარია, თუ ვისგან უნდა გამოითხოვონ ინფორმაცია, რომელიც ისედაც საგამომძიებო ორგანოს ხელშია.

უნდა აღინიშნოს, რომ მომსახურების მომწოდებლებსა და სამართალდამცავ ორგანოებს შორის მჭიდრო თანამშრომლობაზე დიდწილად არის დამოკიდებული კიბერდა-



ნაშაულის გამოძიების ეფექტიანობის ხარისხი. ამდენად, მიზანშეწონილია, გაზიარებულ იქნას რიგი ქვეყნების გამოცდილება და მოხდეს დანაშაულთა და კიბერდანაშაულთა კატეგორიზაცია, რომელთა მიხედვითაც შემუშავდება მომსახურების მომწოდებლებისგან ინფორმაციის გამოთხოვისა და რეზერვაციის განსხვავებული მიდგომები. კერძოდ, იმ შემთხვევაში, როდესაც საკითხი დაკავშირებულია მძიმე ან განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულთან ან ეხება ქვეყნის უსაფრთხო-

ების ინტერესებს, მომსახურების მომწოდებლებისგან ინფორმაციის რეზერვაცია უნდა განხორციელდეს დაუყოვნებლივ, ხოლო გარკვეული სახის არაშინაარსობრივი ინფორმაციის მოპოვება სასამართლოს განჩინების გარეშე გახდეს ნებადართული. ხსენებული მიდგომის იმპლემენტირებისთვის საჭიროა როგორც საკანონმდებლო ცვლილებები, ასევე თანამშრომლობის თაობაზე მემორანდუმის გაფორმება საგამოძიებო უწყებებსა და მომსახურების მომწოდებლებს შორის.

Irakli Nadareishvili, Shota Kakulia

# ANALYSIS OF PROCEDURAL PROBLEMS IN CYBERCRIME INVESTIGATIONS

**Irakli Nadareishvili**

*Doctor of Law, Affiliated Associated professor of Caucasus International University Head of The Department to Investigate Offenses Committed in the Course of Legal Proceedings The Office of The General Prosecutor of Georgia*

**Shota Kakulia**

*Master of Law, Prosecutor of The Department to Investigate Offenses Committed in the Course of Legal Proceedings*

KEYWORDS: Budapest Convention, Preservation of Computer Data, Requesting Information, Digital Evidence, Cybercrime

## ABSTRACT

The approach used to investigate cybercrime in developed nations is examined in this article, along with the innovations that might be implemented in Georgia to ensure successful investigations. Detailing the procedures outlined under the Budapest Convention on Computer Crimes, attention is given to the procedural issues that crop up while gathering and presenting electronic evidence in criminal investigations. The convention's individual articles are examined, including those that

deal with information requests, and a comparison between the convention's legal provisions and the standards incorporated into Georgian law is made. The article examines the practice of collaboration between developed country law enforcement bodies and Internet service providers. The absence of computer data classification in Georgian law is highlighted, which results in the existence of a single, all-encompassing rule for all forms of electronic information. The paper

also covers court rulings on the admissibility of electronic evidence and offers advice on whether it would be wise to clarify or improve the criminal procedure laws. The article explains the need for varied time limits and tactics for getting and maintaining information from internet service providers based on the classification of cyber-crimes into distinct crime categories, such as serious, particularly serious, and crimes against national security.

## ბიბლიოგრაფია:

### საკანონმდებლო აქტები:

1. კონვენცია „კომპიუტერული დანაშაულის შესახებ“ (2001). მუხლები: 2 – 5 და 16 – 21, ევროპის საბჭო. <<https://rm.coe.int/1680081561>>
2. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (2009). მუხლი 136 (13.04.2022 წლის რედაქცია). საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/90034?publication=143>>
3. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (2009). მუხლი 136 (21.06.2022 წლის რედაქცია). საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=146>>

### სასამართლო გადაწყვეტილებები:

1. №18/548-16 განჩინება (2016). „საჩივრის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის შესახებ“. თბილისის სააპელაციო სასამართლო. <<http://library.court.ge/judgements/92352016-04-04.pdf>>
2. №18/960-17 განჩინება (2017). „საჩივრის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის შესახებ“. თბილისის სააპელაციო სასამართლო. <<http://library.court.ge/judgements/5582017-07-25.pdf>>

### უცხოენოვანი ლიტერატურა:

1. Council of Europe (2001). “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/16800cce5b>>

## BIBLIOGRAPHY:

### Legal Acts:

1. “Convention on Cybercrime” (2001). Articles 2 – 5 and 16 – 21, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> (In English)
2. Criminal Procedure Code of Georgia (2009). Article 136, Paragraph I, (13.04.2022 Edition). Legislative Herald of Georgia. <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/90034?publication=143>> (In Georgian)
3. Criminal Procedure Code of Georgia (2009). Article 136, Paragraph I, (21.06.2022 Edition). Legislative Herald of Georgia. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=146>> (In Georgian)

### Court Orders:

1. Tbilisi Court of Appeals order №18/548-16 (2016). “Order on inadmissibility of evidence”. Tbilisi Court of Appeals. <<http://library.court.ge/judgements/92352016-04-04.pdf>> (In Georgian)
2. Tbilisi Court of Appeals order №18/960-17 (2017). “Order on inadmissibility of evidence”. Tbilisi Court of Appeals. <<http://library.court.ge/judgements/5582017-07-25.pdf>> (In Georgian)

### Used Literature:

1. Council of Europe (2001). “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> (In English)
2. Kunappu.M.,Jurich.M.(2017).Report on Georgia, “Draft legislation supplementing and amend-

2. Kunappu.M.,Jurich.M.(2017).ReportonGeorgia, “Draft legislation supplementing and amending various issues related to cybercrime and electronic evidence”. Cybercrime Convention Committee bureau and Council of Europe. <<https://rm.coe.int/3608-20-georgia-cybercrime-law-reform-review-final-19-april-2017/168076be28>>
  3. Cybercrime Convention Committee (2014). “Rules on obtaining subscriber information”. Report adopted by the T-CY at its plenary, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/16802e7ad1>>
  4. Council of Europe (2008). “Cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime”, Common guidelines. Cybercrime Programme Office of the Council of Europe (C-PROC), Council of Europe. <<https://rm.coe.int/2088-33-law-enforcement-isp-guidelines-2020/1680a091a7>>
  5. Georgian National Communications Commission, Ministry of Internal Affairs and Internet Service Providers, (2010). “Memorandum of Understanding between Georgian law enforcement and Internet providers based on the principles of cooperation in the field of cybercrime”. <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fe136>>
- ing various issues related to cybercrime and electronic evidence”. Cybercrime Convention Committee bureau and Council of Europe. <<https://rm.coe.int/3608-20-georgia-cybercrime-law-reform-review-final-19-april-2017/168076be28>> (In English)
  3. Cybercrime Convention Committee (2014). “Rules on obtaining subscriber information”. Report adopted by the T-CY at its plenary, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/16802e7ad1>> (In English)
  4. Council of Europe (2008). “Cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime”, Common guidelines. Cybercrime Programme Office of the Council of Europe (C-PROC), Council of Europe. <<https://rm.coe.int/2088-33-law-enforcement-isp-guidelines-2020/1680a091a7>> (In English)
  5. Georgian National Communications Commission, Ministry of Internal Affairs and Internet Service Providers, (2010). “Memorandum of Understanding between Georgian law enforcement and Internet providers based on the principles of cooperation in the field of cybercrime”. <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fe136>> (In English)

### NOTES:

1. Council of Europe (2001). “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, Council of Europe. p. 1. <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> [Last access: 9 September, 2022]
2. “Convention on Cybercrime” (2001). Articles 2 – 5 and 16 – 21, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [Last access: 9 September, 2022]
3. “Convention on Cybercrime” (2001). Article 18, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [Last access: 9 September, 2022]
4. Council of Europe (2001). “Explanatory Report to the Convention on Cybercrime”, Council of Europe. P. 29. <<https://rm.coe.int/16800cce5b>> [Last access: 9 September, 2022]
5. Legislative Herald of Georgia, Criminal Procedure Code of Georgia (Date of Issuing: 09.10.2009, Article 136, Paragraph I, 13.04.2022 Edition (Last Accessed 09.09.2022) <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/90034?publication=143>> [Last access: 9 September, 2022]
6. Legislative Herald of Georgia, Criminal Procedure Code of Georgia (Date of Issuing: 09.10.2009, Article 136, Paragraph I, 21.06.2022 Edition (Last Accessed 09.09.2022) <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=146>> [Last access: 9 September, 2022]

7. "Convention on Cybercrime" (2001). Article 18, Paragraph 3, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [Last access: 9 September, 2022]
8. Kunappu. M., Jurich. M. (2017). Report on Georgia, "Draft legislation supplementing and amending various issues related to cybercrime and electronic evidence". Cybercrime Convention Committee bureau and Council of Europe. p. 7. <<https://rm.coe.int/3608-20-georgia-cybercrime-law-reform-review-final-19-april-2017/168076be28>> [Last access: 9 September, 2022]
9. Cybercrime Convention Committee (2014). "Rules on obtaining subscriber information". Report adopted by the T-CY at its plenary, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Council of Europe. pp. 17-20. <<https://rm.coe.int/16802e7ad1>> [Last access: 9 September, 2022]
10. Council of Europe (2001). "Explanatory Report to the Convention on Cybercrime", Council of Europe. p. 29. <<https://rm.coe.int/16800ce5b>> [Last access: 9 September, 2022]
11. "Convention on Cybercrime" (2001). Article 16, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [Last access: 9 September, 2022]
12. "Convention on Cybercrime" (2001). Article 29, Council of Europe. <<https://rm.coe.int/1680081561>> [Last access: 9 September, 2022]
13. Council of Europe (2001). "Explanatory Report to the Convention on Cybercrime", Council of Europe. pp. 25-26. <<https://rm.coe.int/16800ce5b>> [Last access: 9 September, 2022]
14. Council of Europe (2008). "Cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime", Common guidelines. Cybercrime Programme Office of the Council of Europe (C-PROC), Council of Europe. p. 17. <<https://rm.coe.int/2088-33-law-enforcement-isp-guidelines-2020/1680a091a7>> [Last access: 9 September, 2022]
15. Council of Europe (2008). "Cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime", Common guidelines. Cybercrime Programme Office of the Council of Europe (C-PROC), Council of Europe. p. 18. <<https://rm.coe.int/2088-33-law-enforcement-isp-guidelines-2020/1680a091a7>> [Last access: 9 September, 2022]
16. Georgian National Communications Commission, Ministry of Internal Affairs and Internet Service Providers, (2010). "Memorandum of Understanding between Georgian law enforcement and Internet providers based on the principles of cooperation in the field of cybercrime". pp. 2-3. <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fe136>> [Last access: 9 September, 2022]
17. Council of Europe (2008). "Cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime", Common guidelines. Cybercrime Programme Office of the Council of Europe (C-PROC), Council of Europe. pp. 17 – 19. <<https://rm.coe.int/2088-33-law-enforcement-isp-guidelines-2020/1680a091a7>> [Last access: 9 September, 2022]
18. Tbilisi Court of Appeals order №13/548-16 (2016). "Order on inadmissibility of evidence". Tbilisi Court of Appeals. <<http://library.court.ge/judgements/92352016-04-04.pdf>> [Last access: 9 September, 2022]
19. Tbilisi Court of Appeals order №13/960-17 (2017). "Order on inadmissibility of evidence". Tbilisi Court of Appeals. <<http://library.court.ge/judgements/5582017-07-25.pdf>> [Last access: 9 September, 2022]



# სმარტ კონტრაქტის დადება

## სალომე თებელაშვილი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის დოქტორანტი, შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული სამეცნიერო ფონდის სპეციალისტი

საკვანძო სიტყვები: ქვიანი კონტრაქტი, კრიპტოვალუტა, ალგორითმი

### აბსტრაქტი

როდესაც ვსაუბრობთ ბლოქჩეინსა და გონიერ კონტრაქტებზე, აუცილებელია განვიხილოთ მათში მონაწილე მხარეები, მათი უფლება-ვალდებულებანი, ასევე, სმარტ კონტრაქტის დადების წინაპირობები, კერძოდ, ოფერტი და აქცეპტი. აგრეთვე გავიგოთ, როგორ გამოიყენება ის სამართლის სხვადასხვა დარგში.

როგორც ჩვენთვის ცნობილია, ბლოქჩეინი მეოთხე თაობის ინდუსტრიულ რევოლუციად ითვლება. მის შექმნას მიაწერენ ვინმე საბოს, რომლის ვინაობაც დღემდე უცნობია. არც იმის შესახებ არსებობს დაზუსტებული ინფორმაცია – ეს ერთი პიროვნება იყო თუ პირთა ჯგუფი.

განვმართოთ ზოგადად კონტრაქტის მნიშვნელობა, ხელშეკრულების (კონტრაქტის) განმარტება შეგვიძლია ჩამოვაყალიბოთ შემდეგნაირად, ხელშეკრულება (კონტრაქტი) არის ორი პირის მიერ დადებული გარიგება, რომელსაც უნდა მოჰყვეს სამართლებრივი შედეგი, ანუ მასში მონაწილე მხარეებს წარმოეშობათ უფლებები და მოვალეობები. უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ ათასობით წელი გავიდა პირველი კონტრაქტების გაფორმებიდან თუმცა, ყველაზე მნიშვნელოვანი ცვლილება კონტრაქტების განვითარების პროცესში გასული საუკუნის განმავლობაში მოხდა.

სტატიაში დეტალურად იქნება განხილული ყველა ის საკითხი და პრობლემა, რომლებიც ფრიად მნიშვნელოვანია აღნიშნულთან მიმართებაში. აღწერილი იქნება, ბლოქჩეინსა და სმარტ კონტრაქტებში რა როლი აქვს ოფერტსა და აქცეპტს, რითი განსხვავდება ისინი ჩვეულებრივი სტანდარტული კონტრაქტისაგან, ასევე, ვისაუბრებთ სმარტ კონტრაქტის მხარეებზე და იმაზეც, თუ როგორ შეგვიძლია სამართლის სხვადასხვა დარგში მისი გამოყენება.

## სმარტ კონტრაქტის მხარეთა უფლება-ვალდებულებანი

ათასობით წელი გავიდა პირველი კონტრაქტების გაფორმებიდან, თუმცა ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი ცვლილება კონტრაქტების განვითარების პროცესში გასული საუკუნის განმავლობაში მოხდა. ტრადიციულად, კონტრაქტები უმეტესწილად სამართლიანი მოლაპარაკების პროცესის შედეგი იყო, თანაბარი გარიგების მქონე დოკუმენტები მხარეებს შორის. ბოლო ათწლეულების განმავლობაში შესაძლებელი გახდა სტანდარტული კონტრაქტების მიმართ რეგულაციების უმეტესი ნაწილის ევოლუცია. იქნება ეს ზოგადი პირობების გამოყენების წესები თუ მომხმარებელთა დაცვის რეგულაციები. საერთო მიზანი იყო სტანდარტიზაციით დარღვეული თანაბარი მოლაპარაკებების ძალის აღდგენა. მიუხედავად დიდი რაოდენობით მიღებული რეგულაციებისა, ბევრი არაფერი დარჩა სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპთან დაკავშირებით, ყოველ შემთხვევაში, სამომხმარებლო კონტრაქტებთან მიმართებაში.<sup>1</sup> როგორც ჩვენთვის ცნობილია, ხელშეკრულების მხარეები გონიერი კონტრაქტებისა და სტანდარტული ხელშეკრულებების შემთხვევაში ერთი და იგივე პირები არიან, თუმცა ხელშეკრულება აბსოლუტურად განსხვავებული მეთოდით იდება. იგულისხმება, რომ სტანდარტული ხელშეკრულება იდება, ჩვეულებრივ, წერილობითი ფორმით, ხოლო გონიერი კონტრაქტის შემთხვევაში ეს ხორციელდება ელექტრონულად სპეციალური ჰემ კოდის დახმარებით, რომელიც ნებისმიერი განხორციელებული ოპერაციის დროს იცვლება და შეუძლებელია მისი განმეორება, აღნიშნულის საწყისად კითხვება ბლოქჩეინ ტექნოლოგია. ამავდროულად, როგორც წესი, ტრადიციული ხელშეკრულება გამოხატულია ბუნებრივი ენით ყოველგვარი ავტომატიზებული ასპექტების ან ელემენტების გარეშე (ე.ი. ხელშეკრულება, რომელიც არანაირად არ მოიცავს, არ და-

დებულა და არ სრულდება ან აღსრულდება კომპიუტერული პროგრამის მეშვეობით) ვერ ჩაითვლება „გონიერად“; მეორე მხრივ, სამართლებრივი პერსპექტივიდან, მხოლოდ კომპიუტერული პროგრამა ან კომპიუტერული კოდი, მხარეთა შეთანხმების გარეშე, რომელიც იყენებს ამ კომპიუტერულ პროგრამას ან კოდს, ვერ ჩაითვლება „კონტრაქტად“ დღევანდელ სამართლებრივ ჭრილში, იმის მიუხედავად, თუ რამდენად ეფექტიანი თუ გონივრულია კომპიუტერული პროგრამა ან კოდი წინასწარ დაპროგრამებული ნაბიჯების შესრულებაში. სინამდვილეში, ტერმინი „გონიერი“ ამ კონტექსტში ეხება ავტომატიზებულობის თვისებას – ე.ი. კომპიუტერული პროგრამის შესაძლებლობას, განახორციელოს გარკვეული ქმედებები ავტომატიზებული პროცესის შედეგად ამ დოკუმენტის მიზნებისთვის, ტერმინი „კონტრაქტი“ აღნიშნავს შეთანხმებას, რომელიც მიღწეულ იქნა მხარეთა შორის სამართლებრივად აღსრულებადი უფლებებისა და ვალდებულებების შედეგად.<sup>2</sup> ასეთი ტიპის ხელშეკრულების უნიკალურობა დადების პროცესში კიდევ იმითაა განპირობებული, რომ, სტანდარტული ხელშეკრულებისგან განსხვავებით, მასში მონაწილე პირების ვინაობა ანონიმური რჩება, ამავდროულად, გარდა ფიზიკური პირებისა, მხარეებში შეიძლება მოაზრებოდეს სმარტ კონტრაქტის მომსახურე კომპანია (პირობითად, აიტი კომპანია), რომელიც უზრუნველყოფს ამ გარიგების ნამდვილობას. ჭკვიანი კონტრაქტები შეიძლება იყოს უფრო მეტად „ჭკვიანური“, ვიდრე ქალაქის კონტრაქტები, რადგან მათ შეუძლიათ ავტომატურად შეასრულონ გარკვეული წინასწარ დაპროგრამებული ნაბიჯები, მაგრამ ისინი არ უნდა ჩაითვალოს როგორც ინტელექტუალური ინსტრუმენტები, რომლებსაც შეუძლიათ გაანალიზონ ხელშეკრულების უფრო სუბიექტური მოთხოვნები.<sup>3</sup>

1 Treichl, L., Fritz, G. (February 5 2018). *What's in a Smart Contract?* Lexology. <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bac0889f-b321-444b-8227-7d3a904a83d2>> [ბოლო წვდომა: 10 მარტი, 2022]

2 Clifford chance, (ოქტომბერი 2018). გონიერი კონტრაქტები: სამართლებრივი ჩარჩო და სახელმძღვანელო მითითებები კანონმდებლებისთვის, გვ. 9 <<http://lawlibrary.info/ge/books/2019GIZ-GE-Smart-Contracts.pdf>> [ბოლო წვდომა: 20 მარტი, 2022]

3 Newell, C. K., Stern, A. W., (February 13, 2022). Delaware Supreme Court Affirms Termination of \$5.8 Billion Transaction. *Harvard Law School Forum on*

სმარტ კონტრაქტის მხარეები და მათი ფუნქცია-ვალდებულებანი უფრო დანვრითობით რომ განვიხილოთ, ამისათვის საჭიროა ვისაუბროთ – რა ტიპის ხელშეკრულება შეიძლება დავდოთ ელექტრონულად და როგორ. როგორც ვიცით, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი ითვალისწინებს უამრავი სახის ხელშეკრულებას, ეს შეიძლება იყოს ნასყიდობა, ქირავნობა, სასესხო ხელშეკრულება და სხვა უამრავი. პირობითად ვნახოთ, როგორ ხდება სასესხო ხელშეკრულების დადება და ვინ არიან ამ შემთხვევაში მხარეები. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში განწერილია სესხთან დაკავშირებული საკითხები, რომლის მიხედვითაც მხარეებად გვევლინებიან გამსესხებელი და მსესხებელი. ორივე მხარეს ეკისრება ვალდებულება, რომლის შესრულებაც სავალდებულოა, ისინი თანხმდებიან სესხის გადახდის თარიღზე და სხვა დეტალებზე, სტანდარტული სესხის ხელშეკრულება იდება როგორც ზეპირად, ასევე, წერილობითი ფორმით, ხოლო რაც შეეხება სმარტ კონტრაქტებს, მხარეები აქაც იგივე პირობები რჩებიან – მსესხებელი და გამსესხებელი, უბრალოდ, იცვლება ხელშეკრულების დადების ფორმა.

პირობითად, მხარეები A და B დებენ გონიერი სესხის ხელშეკრულებას. გონიერი კონტრაქტის პროგრამა კოდირებულია, მიიღოს შეტყობინებები სანდო მონაცემთა წყაროსგან „ორაკლის“ მეშვეობით და ავტომატურად გასცეს გადახდის ინსტრუქციები ამ შეტყობინებების საფუძველზე, გონიერი კონტრაქტის პირობების შესაბამისად. როდესაც გონიერი კონტრაქტი მიიღებს შეტყობინებას, რომ ეს კალენდარული თვის ბოლო დღეა, ის გამოიყენებს საპროცენტო განაკვეთის შესახებ შეტყობინებას, რათა სწორად დაიანგარიშოს, გონიერი კონტრაქტიდან გამომდინარე, ყოველთვიური გადახდის ოდენობა. ამის შემდგომ, კომპიუტერული პროგრამა ავტომატურად აგზავნის ელექტრონულ ინსტრუქციას A მხარის ბანკში, რომ გადახდილ იქნეს ეს თანხა B-ს საბანკო ანგარიშზე. A მხარის ბანკი მოქმედებს ავტომატურად გენერირებულ

ინსტრუქციაზე და რიცხავს გადასახდელ თანხას B-ს საბანკო ანგარიშზე.<sup>4</sup>

როგორც ვხედავთ, სმარტ კონტრაქტებში მხარეებად გვევლინება კონკრეტული კონტრაქტის შესაბამისი პირები, რაშიც იგულისხმება, რომ თუ იდება გირავნობის ხელშეკრულება, მხარე იქნება გამქირავებელი და დამქირავებელი, სესხის ხელშეკრულებაში გამსესხებელი და მსესხებელი და ასე შემდეგ. შესაბამისად შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ჭკვიანი კონტრაქტი არის თვითშესრულებადი ხელშეკრულება მყიდველსა და გამყიდველს შორის ხელშეკრულების პირობების პირდაპირ ჩანერილი კოდის ხაზებში. კოდი და მასში შემავალი შეთანხმებები არსებობს განაწილებულ, დეცენტრალიზებულ ბლოკჩეინის ქსელში. კოდი აკონტროლებს მის შესრულებას. ჭკვიანი კონტრაქტები იძლევა სანდო ტრანზაქციებისა და შეთანხმებების განხორციელების საშუალებას განსხვავებულ, ანონიმურ მხარეებს შორის ცენტრალური ხელისუფლების, სამართლებრივი სისტემის ან გარე აღსრულების მექანიზმის გარეშე. ამასთანავე უნდა აღინიშნოს ის ფაქტიც, რომ ვინაიდან ინოვაცია სწრაფად ვითარდება, ბევრი გაუგებრობაა მის მიზნებსა და შედეგებთან დაკავშირებით. იგულისხმება თვითდამონშება – ციფრული პროტოკოლი ავტომატურად შეამონშებს, ასრულებს თუ არა ორივე მხარე სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობებს; ხელშეკრულების ხელყოფის საშუალება არ არის – მონაცემები, რომლებიც თავდაპირველად იყო შეთანხმებული ხელშეკრულების გაფორმების დროს, რადგან შეუძლებელია მისი შეიცვლა; მიუხედავად იმისა, რომ გონიერი კონტრაქტების მათემატიკა რთულია, ლოგიკა, რომლითაც ისინი მუშაობენ, შედარებით მარტივია. არსებითად, აღსრულების პროცესი მოიცავს სამ ნაბიჯს: ხელშეკრულება გაფორმებულია კომპიუტერული კოდით. შეთანხმება კოდიფიცირებულია ბლოკჩეინში – გავითვალისწინოთ, რომ კონტრაქტის მხარეები ანონიმურები არიან, თუ-

4 Clifford chance, (ოქტომბერი 2018). გონიერი კონტრაქტები: სასმართლებრივი ჩარჩო და სახელმძღვანელო მითითებები კანონმდებლებისთვის, გვ. 15-16 <<http://lawlibrary.info/ge/books/2019GIZ-GE-Smart-Contracts.pdf>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

Corporate Governance. <<https://corpgov.law.harvard.edu/2022/02/13/delaware-supreme-court-affirms-termination-of-5-8-billion-transaction/>> [ბოლო წვდომა: 25 ივლისი, 2022]



მცა ხელშეკრულება ინახება საჯარო წიგნის სახით. ჭკვიანი კონტრაქტი ავტომატურად სრულდება როგორც კი მითითებული თარიღი მიიღწევა ან პირობა დაემთხვევა, შეთანხმება გაფორმდება ადამიანთა ზედამხედველობის გარეშე ისე, როგორც ეს მითითებულია სანყის პირობებში.<sup>5</sup> შესაბამისად, შეგვიძლია ვთქვათ, რომ მიუხედავად კონტრაქტის არც თუ ისე მარტივი აგებულებისა, რადგან იგი დამოკიდებულია მათემატიკურ ალგორითმზე და საკმაოდ რთულია, მაინც ერთ-ერთ ყველაზე უსაფრთხო და განვითარებად სისტემად ითვლება, რადგან საუკუნეების განმავლობაში განვითარებულმა მოვლენებმა აჩვენა, თუ რამდენად მარტივია ელექტრონულად მუშაობა, თანაც ისეთი ჰაკერული თავდასხმების ეპოქაში, როგორც დღევანდელ რეალობაში არსებობს.

**სმარტ კონტრაქტის დადების წინაპირობები ოფერტი და აქცეპტი.** ისტორიულად ცნობილია, რომ განსხვავებები ხელშეკრულებების ინტერპრეტაციაში და კონტრაქტების შედგენისას სამართლებრივი დავების მთავარი მიზეზი ხდება. დავების გადაწყვეტა და კონტრაქტები იდენტიფიცირებულია, როგორც ორგანიზაციების წინაშე მდგარი ყველაზე მნიშვნელოვანი სამართლებრივი რისკები და, მიუხედავად მტკიცებულებებისა, პროფესიული ხელშეკრულების პროცესები და შედგენის ტექნიკა არსებითად უცვლელი რჩება.<sup>6</sup> სსკ 50-ე მუხლის მიხედვით გარიგება არის ცალმხრივი, ორმხრივი ან მრავალმხრივი ნების გამოვლენა, რომელიც მიმართულია სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის შეცვლის ან შეწყვეტისაკენ.<sup>7</sup> გარიგება

სამოქალაქო სამართლის ცენტრალურ ინსტიტუტს წარმოადგენს. იგი კერძო ავტონომიისა და ხელშეკრულების თავისუფლების განხორციელების მნიშვნელოვანი სამართლებრივი ინსტრუმენტია. გარიგება, როგორც კერძო სამართლის უზოგადესი ცნება, გამოიყენება არა მხოლოდ სამოქალაქო სამართალში, არამედ კერძო სამართლის სხვა ნაწილებში, მაგალითად, საკორპორაციო ან საავტორო სამართალში. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, 50-ე მუხლი შეიცავს გარიგების ლეგალურ დეფინიციას, რომლის თანახმად გარიგება არის სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის, შეცვლის ან შეწყვეტისაკენ მიმართული ნების გამოვლენა.<sup>8</sup> შესაბამისად გარიგებას აქვს სახეები, რასიც იგულისხმება ცალმხრივი, ორმხრივი და მრავალმხრივი გარიგებები, განვიხილოთ თითვეული მათგანი ცალ-ცალკე.

**ცალმხრივი გარიგება.** ცალმხრივია გარიგება, რომლის ნამდვილობისათვის საკმარისია ერთი ნების გამოვლენის არსებობა, მაგალითად, ანდერძი ან ხელშეკრულების შეწყვეტა (მოშლა). რადგან სამართლებრივი შედეგის დადგომა მხოლოდ ერთი პირის ნებაზეა დამოკიდებული, რამაც სამართლებრივ სტაბილურობას შეიძლება საფრთხე შეუქმნას, კანონი დეტალურად აწესრიგებს ცალმხრივ გარიგებებსა და მათი გამოყენების წინაპირობებს. ცალმხრივი ნების გამოვლენით გამოწვეული სამართლებრივი შედეგი შეიძლება ეხებოდეს მხოლოდ ნების გამომვლენს ან მესამე პირს. რაც შეეხება ორმხრივს, ორმხრივია გარიგება, რომლით გათვალისწინებული სამართლებრივი შედეგის დადგომისათვის აუცილებელია, სულ ცოტა, ორი ერთმანეთის თანმხვედრი ნების გამოვლენა.

ორმხრივი გარიგების კლასიკური მაგალითია ხელშეკრულება. ამ გაგებით ხელშეკრულება ყოველთვის ორმხრივი ან მრავალმხრივი გარიგებაა.<sup>9</sup> ხელშეკრულების

5 KOVALCHUK, D. (2020). *BENEFITS OF SMART CONTRACT ADOPTION*. Blaize.tech <<https://blaize.tech/article-type/smart-contracts-with-blockchain-how-it-can-help-startups-be-more-cost-efficient/#What-is-a-Smart-Contract>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

6 Solarte-Vásquez, M. C., Metcalf. K. N., (2017). Smart Contracting: A Multidisciplinary and Proactive Approach for the EU Digital Single Market, *Journal of European Studies* Vol. 7, No. 2 (23). <[https://www.researchgate.net/publication/320243095\\_Smart\\_Contracting\\_A\\_Multidisciplinary\\_and\\_Proactive\\_Approach\\_for\\_the\\_EU\\_Digital\\_Single\\_Market](https://www.researchgate.net/publication/320243095_Smart_Contracting_A_Multidisciplinary_and_Proactive_Approach_for_the_EU_Digital_Single_Market)> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

7 საქართველოს საკონომდებლო მაცნე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, მუხლი 50. [26.06.1997]. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/>

<[document/view/31702?publication=115](https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=115)> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

8 ჭანტურია, ლ., (2015). შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში. თბილისი, „სამართალი“. გვ. 312

9 ჭანტურია, ლ., (2015). შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში. თბილისი, „სამართალი“. გვ. 315-316



დასადებად აუცილებელია ორი თანამთხვევადი ნების გამოვლენის ოფერტისა და აქცეპტის არსებობა. ოფერტისა და აქცეპტის მეშვეობით ხელშეკრულების დადება არის სახელშეკრულებო ურთიერთობის წარმოშობის ჩვეულებრივი მოდელი. ხელშეკრულების დადების თაობაზე წინადადების შეთავაზება არის ოფერტი. პირი, რომელიც აკეთებს ასეთ წინადადებას, იწოდება ოფერენტად. ოფერტის ადრესატის თანხმობა, მიიღოს ეს წინადადება და დადოს ხელშეკრულება, არის აქცეპტი, ხოლო თანხმობის გამომხატველი პირი იწოდება აქცეპტანტად.

ოფერტი არის ცალმხრივი მიღება, სავალდებულო ნების გამოვლენა, რაშიც იგულისხმება, რომ ნების გამოვლენა ნამდვილია მაშინ, როდესაც ის მიდის მის ადრესატთან. ამავდროულად ორმხრივი ხელშეკრულების დროს მხარეებს ერთმანეთის მიმართ აქვთ როგორც უფლებები, ისე მოვალეობებიც, მაგალითად, ნასყიდობის ხელშეკრულების შემთხვევაში. ხოლო **მრავალმხრივ გარიგებების შემთხვევაში კი**, მრავალმხრივი გარიგების გავრცელებული ფორმაა გადაწყვეტილება, რომელიც მიიღება არა გამოვლენილ ნებათა კონსენსუსის საფუძველზე, არამედ გამოვლენილ ნებათა უმრავლესობის მიერ.

გადაწყვეტილებათა მიღების პირობები და პროცედურა ჩვეულებრივ კანონით განისაზღვრება, გადაწყვეტილებების, როგორც მრავალმხრივი გარიგებების, თავისებურება შეიძლება იმაშიც გამოიხატოს, რომ ისინი შეიძლება მხოლოდ და სავალდებულო გახდეს იმ პირთათვისაც, რომლებიც არ მონაწილეობდნენ ამ გადაწყვეტილების მიღებაში.<sup>10</sup> როგორც უკვე აღვნიშნეთ, სტანდარტულ ხელშეკრულებაში ოფერტი არის შეთავაზება, ხოლო აქცეპტი თანხმობა, შესაბამისად ჯერ ხდება შეთავაზება და შემდეგ უნდა მოხდეს თანხმობა, თუმცა სმარტ კონტრაქტების შემთხვევაში ოფერტი და აქცეპტი ერთმანეთს ემთხვევა, რადგანაც სხვანაირად ვერ მოხდება ალგორითმული სისტემის აწყობა, რაც

იმას ნიშნავს, რომ მხარეებს შორის უნდა მოხდეს შეთანხმება, ხოლო ოფერტი და აქცეპტი უნდა იყოს თანამთხვევადი, შესაბამისად, ხელშეკრულება დადებულად ჩაითვლება, თუ ორივე მხარე მიიღებს ბლოკჩეინ ვალდებულებას.

შეიძლება ითქვას, რომ სმარტ კონტრაქტების უმრავლესობა შეიცავდა შეთავაზებას ერთი მხარიდან მეორის მიმართ, მართლაც, მხარეები ჩვეულებრივ დებენ სტანდარტულ სმარტ კონტრაქტებს, რომლებიც უკვე წინასწარ იყო ჩაწერილი პროგრამის კოდში. შეგვიძლია ვთქვათ, რომ როდესაც მხარე სხვა მხარეს სთავაზობს ხელშეკრულების დადებას, ოფერენტის განზრახვა არის შეთავაზება სტანდარტული სმარტ კონტრაქტში მითითებული ფორმით. ამრიგად, ის ფაქტი, რომ სმარტ კონტრაქტი გამოქვეყნდა ბლოკჩეინზე, თავისთავად შეიძლება იყოს მტკიცებულება იმისა, რომ შეთავაზება და მიღება მოხდა. გამოქვეყნება ბლოკჩეინზე ნიშნავს, რომ გონიერი კონტრაქტი შეთანხმებულია და ჩაწერილია კომპიუტერულ კოდში და შემდეგ „ატვირთული“ იქნება ქსელში/ბლოკჩეინში. ბლოკჩეინის ბუნება შეიძლება გულისხმობდეს, რომ მხოლოდ სმარტ კონტრაქტები, რომლებიც დამტკიცებული და შეთანხმებული იქნება ყველა მხარის მიერ, გამოქვეყნდება ბლოკჩეინზე. ასევე, მხარეებს შორის არსებობს შეთანხმება გამოქვეყნებულ სმარტ კონტრაქტებში, რაც ნიშნავს, რომ არის შეთავაზება და მიღება, ანუ სხვაგვარად სმარტკონტრაქტი არ გამოქვეყნდებოდა ბლოკჩეინზე.

თამამად შეგვიძლია ვთქვათ, რომ შეთავაზებისა და მიღების ტრადიციული წესები პოტენციურად თავსებადია სმარტ კონტრაქტებთან, რადგან, სავარაუდოდ, გამოქვეყნებულ სმარტ კონტრაქტებში იქნება მხარეებს შორის<sup>11</sup>. რაც შეეხება გონიერი კონტრაქტების შეცვლას და შეწყვეტას, ამჟამად არ არსებობს მარტივი გზა ჭკვიანი ხელშეკრულების შესაცვლელად, რაც გარკვეულ გამონაკვეთებს უქმნის ხელშემკვრელ მხარეებს. მაგალითად,

10 ჭანტურია, ლ., (2019). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი მესამე), ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი. გვ. 108-109 <[http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019-ge-civil-code-comm-III\\_book.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019-ge-civil-code-comm-III_book.pdf)> [ბოლო წვდომა: 30 აგვისტო, 2022]

11 Egorov, R. How Do Smart Contracts Affect Offer and Acceptance? <<https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

ტრადიციულ ტექსტურ კონტრაქტში, თუ მხარეები ორმხრივად შეთანხმდნენ თავიანთი საქმიანი გარიგების პარამეტრების შეცვლაზე, ან თუ კანონში მოხდა ცვლილება, მხარეებს შეუძლიათ სწრაფად შეიტანონ ცვლილება ამ ცვლილების შესასრულებლად, ან უბრალოდ შეცვალონ მათი ქცევის კურსი. სმარტ კონტრაქტები ამჟამად არ გვთავაზობენ ასეთ მოქნილობას. მართლაც, იმის გათვალისწინებით, რომ ბლოკჩეინები უცვლელია, ქვკვიანი კონტრაქტის შეცვლა ბევრად უფრო რთულია, ვიდრე სტანდარტული პროგრამული კოდის შეცვლა, რომელიც დამოკიდებული არ არის ბლოკჩეინზე. შედეგი არის ის, რომ ქვკვიანი კონტრაქტის ცვლილებამ შეიძლება გამოიწვიოს უფრო მაღალი ტრანზაქციული ხარჯები, ვიდრე ტექსტურ კონტრაქტში შესწორება და გაზრდის ცდომილების ზღვარს, რომლის მხარეები ზუსტად არ ასახავენ იმ ცვლილებებს, რომელთა განხორციელებაც მათ სურთ. მსგავსი გამოწვევები არსებობს ქვკვიანი კონტრაქტის შეწყვეტასთან დაკავშირებით. ვივარაუდოთ, რომ მხარე აღმოაჩენს შეცდომას ხელშეკრულებაში, რომელიც აძლევს კონტრაგენტს უფრო მეტ უფლებას, ვიდრე ის იყო განსაზღვრული, ან ასკვნის, რომ მისი ნაკისრი ვალდებულებების შესრულება გაცილებით ძვირი დაჯდება, ვიდრე ელოდა. ტექსტზე დაფუძნებულ კონტრაქტში მხარეებს შეუძლიათ ჩაერთონ ან აცნობონ ხელშეკრულების დარღვევის თაობაზე, ეგრეთ წოდებულ „ეფექტურ დარღვევას“, ანუ შეგნებულად დაარღვიონ ხელშეკრულება და გადაიხადონ შედეგად მიყენებული ზიანი, თუ დაადგენს, რომ შესრულების ღირებულება უფრო დიდია ვიდრე ზიანი ვალში უფრო მეტიც, შესრულების შეწყვეტით, ან ამ ნაბიჯის გადადგმით გაფრთხილებით, მხარემ შეიძლება დააბრუნოს კონტრარგუმენტი მაგიდასთან მეგობრული გადაწყვეტის შესახებ მოლაპარაკებებისათვის. ბევრი ვისაუბრეთ სმარტ კონტრაქტების დადებით მხარეებსა და უპირატესობაზე თუმცა აუცილებელია კიდეც ერთხელ ხაზგასმით ვთქვათ, რომ ქვკვიანი კონტრაქტებს, რა თქმა უნდა, აქვთ ბლოკჩეინის ცნობილი უარყოფითი მხარეები. ისინი, როგორც ასეთი, უცვლელი არიან. ეს განასხვავებს მათ სამოქალაქო სამართლის ზოგადი წესისგან, რომ

ხელშეკრულებები უნდა ექვემდებარებოდეს შეფასების განხილვას. არსებობს უამრავი მიზეზი, რის გამოც ხელშეკრულება ან საქმიანი ქმედება სახელშეკრულებო ვალდებულების შესასრულებლად შეიძლება იყოს ბათილი, შეჩერებული ან სადავო. მნიშვნელოვანია შეფასდეს, უნდა დაბრუნდეს თუ არა რეალურად გაცვლილი მატერიალური ან ფულადი ღირებულებები. როგორც წესი, ამის მიღწევა შეუძლებელია ავტომატური პროგრამული კოდით. უბრალოდ შეუძლებელია წინასწარ განიხილოს და დაპროგრამდეს ყველა შემთხვევა. ამისთვის „ხელოვნური ინტელექტი“ (AI) იქნება საჭირო. მაშინაც კი, თუ ქვკვიანი კონტრაქტების შემუშავება ამ მიმართულებით მიდის – როგორც უნდა – უნდა მივიღოთ ის ფაქტი, რომ ქვკვიანი კონტრაქტებს ამჟამად არ გააჩნიათ ეს ინტელექტი. იურიდიული თვალსაზრისით განსაკუთრებით საინტერესოა დისკუსია ე.წ. „ჰარდ-ფორკების“ გამოყენების შესახებ. მყარი ჩანგლები არის რეტროსპექტული ჩარევები ბლოკჩეინის არსებულ პროტოკოლში. ამრიგად, უცვლელია პრინციპი ირღვევა. ეს, ერთის მხრივ, ნიშნავს გადახვევას თითოეული ბლოკჩეინის ძირითადი პრინციპიდან, მაგრამ, მეორე მხრივ, ის იძლევა კანონიერად გამოწვეულ დარღვევის წარმოდგენას შესრულების ურთიერთობაში. თუ აქ განვითარდება ქვკვიანი გადაწყვეტილებები, ქვკვიანი კონტრაქტების აპლიკაციების სპექტრი აუცილებლად გაფართოვდება.<sup>12</sup> ამჟამად მიმდინარეობს პროექტები ქვკვიანი კონტრაქტების შესაქმნელად, რომლებიც ნებისმიერ დროს წყდება და უფრო ადვილად შეიცვლება. მიუხედავად იმისა, რომ ეს გარკვეულწილად ეწინააღმდეგება ქვკვიანი კონტრაქტების უცვლელ და ავტომატიზირებულ ბუნებას, ის ასახავს იმ ფაქტს, რომ ქვკვიანი კონტრაქტები მიიღებენ მხოლოდ კომერციულ აღიარებას, თუ ისინი ასახავენ ბიზნეს რეალობას, თუ როგორ მოქმედებენ ხელშეკრული მხარეები.<sup>13</sup> ქვკვიანი კონტრაქტე-

12 Engage – Legal insight and analysis, (24 October 2017). Hogan Lovells Europe: Blockchain – How “smart” are Smart Contracts? <<https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/europe-blockchain-how-smart-are-smart-contracts>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

13 Maren K. Woebeking\* The Impact of Smart Contracts

ბის შეცვლა ბევრად უფრო რთულია, ვიდრე ტრადიციული ხელშეკრულების და ისინი შემოიფარგლება იმით, რომ კონტრაქტების კოდირება მოითხოვს სახელშეკრულებო პირობების გაზრდას. მეორე მხრივ, ქვვიანი კონტრაქტების ტექნიკური არქიტექტურა გთავაზობთ შესაძლებლობებს, ავტომატური თვითდახმარებიდან დაწყებული იურიდიულად განუხორციელებელი ხელშეკრულებების აღსრულებამდე. სწორედ ეს არის ქვვიანური კონტრაქტების ავტონომია არსებული საკონტრაქტო სამართლიდან, რაც საბოლოოდ ბადებს კითხვას: გახდება თუ არა აუცილებელი საკონტრაქტო სამართლის ადაპტაცია და რა სირთულეების წინაშე აღმოჩნდება ეს ადაპტაცია?

ასევე, რამდენიმე სიტყვით ვისაუბროთ რესტიტუციაზე. გარდა საკონტრაქტო ცვლილებებისა, რომელთა განხორციელებაც ორივე მხარეს სურს, არის შემთხვევები, როდესაც კანონი ითვალისწინებს სახელშეკრულებო კორექტირებას. კერძოდ, თუ ხელშეკრულება, რომელზედაც დაფუძნებულია ქვვიანი კონტრაქტი, შეწყდება, შესაძლოა საჭირო გახდეს ქვვიანური კონტრაქტების ეფექტის შემობრუნება.<sup>14</sup> ბუნებრივია, რომ ტექნოლოგია განვითარდა და უფრო მეტი ორგანიზაცია იღებს ბლოკჩეინის ქვვიანი კონტრაქტების კონცეფციას. ქვვიანი კონტრაქტები არ მოითხოვს მხარეებს შუამავლების დაქირავებას მოლაპარაკებებისთვის. მათი შენახვა უფრო ადვილია, არ საჭიროებს ბეჭდვას, არ იკავებს ფიზიკურ ადგილს. რაც შეეხება გამჭვირვალობას ქვვიანი კონტრაქტის შემუშავებისას, ორივე მხარე აზუსტებს უმცირეს დეტალებს. აქედან გამომდინარე, არ არსებობს მნიშვნელოვანი პუნქტების გამოტოვების ან ერთმანეთის გაუგებრობის რისკი. ხელშემშლელი წინააღმდეგობის წყალობით, ქვვიანი კონტრაქტი იწვევს მასზე ხელმომწერი ორივე მხარის ნდობას. მიუხედავად იმისა, რომ

ქვვიანი კონტრაქტების დანერგვის კონცეფცია სულ რამდენიმე წლის წინ იქნა შემოღებული, კომპანიებმა უკვე დაიწყეს მისი დანერგვის პროცესი.<sup>15</sup>

### ბლოკჩეინისა და გონიერი კონტრაქტების გამოყენება სამართლის სხვადასხვა დარგებში

ბოლო პერიოდში ბლოკჩეინისა და გონიერი კონტრაქტების გამოყენება ძალზე აქტუალური გახდა მსოფიოს სხვადასხვა ქვეყანაში და სხვადასხვა დარგში. მიუხედავად იმისა, რომ ბლოკჩეინზე როცა ვსაუბრობთ, ძირითადად მივდივართ ტექნიკური მიმართულებით, ეს სულაც არ არის ასე, რადგან ამ უნიკალური ტექნოლოგიის გამოყენება სხვადასხვა დარგის სპეციალისტებმა დაიწყეს და საკმაოდ წარმატებულად გამოდგა. შესაბამისად. ამ ტექნოლოგიას იყენებს არა მხოლოდ ბიზნეს სექტორი, არამედ კერძო ორგანიზაციებიც აქტიურად ჩაერთვნენ ამ საქმიანობაში. ამის ერთ-ერთ მიზეზად შეგვიძლია დავასახელოთ ბლოკჩეინისა და სმარტ კონტრაქტების ბუნება, მათი მუშაობის პრინციპები, სიმარტივე და სისხარტე. რა თქმა უნდა, წლების გამოცდილებამ აჩვენა, რომ ეს ტექნოლოგია მართლაც წარმატებულია ეკონომიკურ საქმიანობასთან მიმართებაში, მაგრამ ისიც ფაქტია, რომ ბოლო პერიოდში ამ სისტემას ბევრი სხვადასხვა სექტორი იყენებს. ამგვარი კონტრაქტების საშვალეებით იდება სხვადასხვა ტიპის სამართლებრივი ხელშეკრულებები, მაგალითად, მისი გამოყენება ძალზე აქტუალურია დაზღვევის სფეროში. რადგან დაზღვევა მეტ-ნაკლებად მაინც ბიზნესს სფეროს წარმოადგენს.

როგორც ვიცით, ქვვიანი კონტრაქტები ბლოკჩეინ ტექნოლოგიის გარეშე პრაქტიკულად წარმოუდგენელია. ქვვიანი კონტრაქტი არის ციფრულად ხელმონერილი, გამოთვლითი ხელშეკრულება ორ ან მეტ მხარეს

on Traditional Concepts of Contract Law <[https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-1-2019/4880/JIPITEC\\_10\\_1\\_2019\\_106\\_Woebbeking](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-1-2019/4880/JIPITEC_10_1_2019_106_Woebbeking)> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

14 Treichl, L., & Fritz, G. (February 5, 2018). What's in a Smart Contract? <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bac0889f-b321-444b-8227-7d3a904a83d2>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

15 KOVALCHUK, D. (2020). BENEFITS OF SMART CONTRACT ADOPTION. Blaize.tech <<https://blaize.tech/article-type/smart-contracts-with-blockchain-how-it-can-help-startups-be-more-cost-efficient/#What-Is-a-Smart-Contract>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]



შორის. ვირტუალურ მესამე მხარეს, ამ შემთხვევაში პროგრამულ აგენტს, შეუძლია შეასრულოს და აღასრულოს ასეთი ხელშეკრულებების ზოგიერთი პირობა. ქვკვიანი კონტრაქტი საშუალებას იძლევა ინფორმაციის გაზიარება და შესრულება მოხდეს უსაფრთხო გზით. მაგალითად, როგორც თუ/მაშინ პროგრამა: თუ დაზღვეული მანქანა ავარიაში მოყვა, მაშინ სადაზღვევო მოთხოვნა გადახდილია. სმარტ კონტრაქტის გამოყენება ბლოკჩეინში საშუალებას იძლევა ამ ტიპის გადახდის კონტრაქტი დასრულდეს ადამიანური ურთიერთქმედების გარეშე, რადგან ინფორმაცია უსაფრთხო და ავტომატიზირებულია. კონტრაქტის ავტომატიზაციით, ჩვენ შეგვიძლია დავინახოთ, თუ როგორ შეუძლია ამ მძლავრ ტექნოლოგიას დაეხმაროს დიდ ორგანიზაციებს.<sup>16</sup>

ბევრი კვლევის შედეგად მეცნიერების ნაწილი ასახელებს ექვსს წესს, რომლის მიხედვითაც ისინი ამბობენ, რომ სიცოცხლის დაზღვევა ბევრად მარტივი და ფინანსურად მომგებიანი იქნება დაზღვეული პირისათვის და სამართლებრივადაც მარტივი, რადგან სმარტ კონტრაქტი ბლოკჩეინ ტექნოლოგიის დახმარებით თვითონ აგვარებს ყველა იმ დოკუმენტთან დაკავშირებულ პრობლემას, რასაც აქამდე ადამიანები აკეთებდნენ.

განვიხილოთ მისი გამოყენების შემთხვევების მიზანშეწონილობა და თუ როგორ შეუძლია ბლოკჩეინმა პირდაპირ და ირიბად გააუმჯობესოს მზღვეველის ძირითადი პროცესები და ბიზნეს მოდელები. გამოყენების შემთხვევები ეხება სადაზღვევო კომპანიის საოპერაციო ფუნქციების გაუმჯობესებას, ასევე, პროვაიდერებთან, შუამავლებთან და დაზღვეულებთან ურთიერთობას, რითაც უმჯობესდება მომხმარებლის გამოცდილება, იზრდება პროდუქტის ღირებულება და იქმნება საფუძველი ბაზარზე მომხმარებლის უფრო დიდი არჩევანისთვის. საბოლოო მიზანი არის ხარჯების შემცირება, ოპერატიული ეფექტურობის გაუმჯობესება და დაზღვეულთან ურთიერთობის გაძლიერება.<sup>17</sup>

16 Lounds, M., (July, 2020) *Blockchain and its Implications for the Insurance Industry*. Munich RE. <<https://www.munichre.com/us-life/en/perspectives/underwriting/blockchain-implications-insurance-industry.html>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

17 Chang, C. D., Friedman, S. (2016). *Blockchain in health*

როგორც უკვე აღვნიშნეთ, ტრადიციულად, სადაზღვევო ინდუსტრია ეყრდნობა სანდო შუამავალს ტრანზაქციის შესასრულებლად მესამე მხარის ჩართვას, რაც პროცესს ანელებს და აძვირებს. ქვკვიანი კონტრაქტით არ არის საჭირო ადამიანის ჩარევა. პირველ რიგში, ეს ხელს უწყობს შუამავლის მიერ მანიპულირების რისკის შემცირებას და გამჭვირვალობის გაზრდას. იმის გათვალისწინებით, რომ ქვკვიანი კონტრაქტები ინახება ბლოკჩეინზე, ორივე მხარეს შეუძლია დაინახოს შესული ტრანზაქციები; მეორეც, ის მკვეთრად აჩქარებს საჩივრის დამუშავებას; მესამე, ეს ამცირებს მზღვეველს ადმინისტრაციულ ხარჯებს. შედეგად, კომპანიებს შეუძლიათ შეამცირონ პრემიები, გაზარდონ ბაზრის წილი; მეოთხე, არც მზღვეველს და არც მომხმარებელს არ შეუძლია „დაკარგოს“ ხელშეკრულების ინფორმაცია, რადგან პოლისები უსაფრთხოდ ინახება ბლოკჩეინზე.<sup>18</sup>

შესაბამისად ბლოკჩეინი არის მონაცემთა სტრუქტურა, რომელიც საშუალებას გვაძლევს შევქმნათ ტრანზაქციების ციფრული წიგნი და გავაზიაროთ ისინი კომპიუტერების განაწილებულ ქსელში.<sup>19</sup> ბლოკჩეინის მთავარი სარგებელი არის ის, რომ ის აყალიბებს ნდობას მხარეებს შორის, რომლებიც აზიარებენ ინფორმაციას. გაზიარებული ინფორმაცია დაშიფრულია, როგორც ჩანაწერების ან ბლოკების ელექტრონული სია. მისი წაშლა შეუძლებელია, რაც ეხმარება მომხმარებლებს შორის ნდობის უზრუნველყოფას. ინფორმაციის ჩანერის შემდეგ, მისი შეცვლა შეუძლებელია ყველა ჩანაწერის შეცვლის გარეშე, რაც, ასევე, უზრუნველყოფს უსაფრთხო ტრანზაქციებს მომხმარებლებს შორის.

and life insurance. Deloitte. <<https://www2.deloitte.com/us/en/pages/life-sciences-and-health-care/articles/blockchain-in-insurance.html>> [ბოლო წვდომა: 22 იანვარი, 2022]

18 Kot, I., (1 December, 2020). *Smart Contracts in Insurance*. Insurance Thought Leadership. <<https://www.insurancethoughtleadership.com/smart-contracts-in-insurance/>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]

19 Lounds, M., (July 2020). *Blockchain and its Implications for the Insurance Industry*, Munich RE. <<https://www.munichre.com/us-life/en/perspectives/underwriting/blockchain-implications-insurance-industry.html>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]



ყველაფრის გათვალისწინებით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ სმარტ კონტრაქტები დაზღვევაში საკმაოდ წარმატებული ნაბიჯია, რაც ამცირებს დაზღვეულის ხარჯებსა და დროს, ხოლო რაც შეეხება კომპანიას ისიც ბევრად დაცულია სხვადასხვა სახის დაპირისპირებისაგან, გამომდინარე იქიდან, რომ საქმეში ჩართულია არა უშვალოდ სადაზღვეო კომპანიის თანამშრომელი, არამედ პროგრამა – კომპიუტერული ალგორითმი, რომლის მეშვეობითაც ხორციელდება ყველანაირი მოქმედება. ასევე, ამ ტექნოლოგიის გამოყენება ძალიან საჭიროა განათლების სისტემაშიც, კერძოდ დიპლომებთან მიმართებაში, იმის გათვალისწინებით, რომ ბლოკჩეინი აღრიცხავს ტრანზაქციებს შემონმებადი და მუდმივი გზით, ამიტომ ძალიან შესაფერისია სერტიფიკატების ან სხვა საგანმანათლებლო ნივთების თითის ანაბეჭდების შესანახად. ბლოკჩეინი ავლენს სერტიფიკატების გაყალბებას და მხარს უჭერს სწავლის ისტორიების შენახვას.<sup>20</sup> ბლოკჩეინზე დაფუძნებული ledger ტექნოლოგიების მრავალი პროგრამა და სარგებელი არსებობს განათლებისთვის, კერძოდ, მოსწავლის ჩანაწერები. აკადემიური ჩანაწერები დღესდღეობით აკადემიურ დაწესებულებებში ერთ-ერთი ყველაზე შრომატევადი და ამოცანაა. სტუდენტის ქულების დამონმებული ჩანაწერის გაცემამდე, თითოეული ჩანაწერი ხელით უნდა გადამონმდეს სიზუსტის უზრუნველსაყოფად.

შემდეგი, რისთვისაც ძალზედ საინტერესოა ეს სისტემა, არის დიპლომები და სერტიფიკატები. ისევე, როგორც შეფასებები, სტუდენტის დიპლომები და რწმუნებათა სიგელები შეიძლება გაიცეს და შეინახოს ბლოკჩეინზე. იმის ნაცვლად, რომ სთხოვონ დიპლომის გამცემი დაწესებულებას ქალაქის ასლის დამონმება, დამსაქმებლებს მხოლოდ ციფრული დიპლომის ბმული უნდა მიეწოდოს. ეს უკვე კეთდება. 2017 წელს MIT-მა დაიწყო კურსდამთავრებულებისთვის ციფრული,

ბლოკჩეინში შენახული დიპლომების გაცემა. ეს ხელს უშლის ადამიანებს, წარუდგინონ ყალბი დიპლომები პოტენციურ დამსაქმებლებს, სიტუაცია, რომელიც, სამწუხაროდ, ძალიან ხშირია. აგრეთვე, საზღვარგარეთ საუბრობენ ბლოკჩეინის იმ კატეგორიაზე, რომელიც მასწავლებელს დაეხმარება დავალებების მიცემაში. კერძოდ, ამაში იგულისხმება, რომ ქვეყანი კონტრაქტის დახმარებით გაკვეთილები და კურსები დაპროგრამდეს ბლოკჩეინში და შესრულდეს ავტომატურად, როდესაც გარკვეული პირობები დაკმაყოფილებულია. მაგალითად, მასწავლებელს შეუძლია მოსწავლეებისთვის ამოცანების შედგენა. თითოეული დავალების დასრულება შეიძლება ავტომატურად დადასტურდეს ბლოკჩეინის ქვეყანი კონტრაქტებით. ყველა დავალების შესრულების შემდეგ, მასწავლებლებს შეეძლოთ გადახდა კრიპტო ტოკენებით და სტუდენტებს მიენიჭებათ კრედიტები. ამ გზით შეიძლება მთელი კურსების მოწყობა.<sup>21</sup>

### დასკვნა

დასკვნის სახით შეგვიძლია ვისაუბროთ ბლოკჩეინისა და გონიერი კონტრაქტების შესაძლებლობებზე, მათ აუცილებლობასა და სიმარტივეზე. სტატიამ უკვე ვისაუბრეთ – თუ არის არის ბლოკჩეინი და გონიერი კონტრაქტები, რატომ არის ასეთი უნიკალური და რატომ უწოდებენ მას მეოთხე ინდუსტრიული რევოლუციის ნაწილს. იგი მართლაც რომ ძალზედ უნიკალურია თავისი შესაძლებლობებით, იმის გათვალისწინებით, რომ მას აქვს 32-ციფრისანი ჰეშ კოდი, რომელიც პრაქტიკულად გამორიცხავს რაიმე სახის ჰაკერულ თავდასხმას, რაც, თავისთავად, მეტ უსაფრთხოებას სთავაზობს მომხმარებელს, თუმცა აუცილებელია იმის ხაზგასმა, რომ რადგანაც ის კომპიუტერული ალგორითმია, მაინც არსებობს იმის შანსი, რომ მოხდეს არევა, ესეც მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ პროგრამას არასწორად მივეცით დავალება.

20 Gräther, W., Kolvenbach, S., Ruland, R., Schütte, J., Torres, C., & Wendland, F. (2018). Blockchain for Education: Lifelong Learning Passport. *Reports of the European Society for Socially Embedded Technologies*: vol. 2, no. 10. <<https://dl.eusset.eu/handle/20.500.12015/3163>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]

21 Cedeño, J., (23 February, 2020). *How Blockchain Could Impact Education in 2020 and Beyond*. Getting Smart. <<https://www.gettingsmart.com/2020/02/23/how-blockchain-could-impact-education-in-2020-and-beyond/>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]

სტატიაში განხილულ მაქვს სმარტ კონტრაქტის მხარეთა უფლება ვალდებულებანი, სმარტ კონტრაქტის დადების წინაპირობები – ოფერტი და აქცეპტი, სადაც საუბარია სტანდარტულ ხელშეკრულებასთან მიმართებაში თუ როგორ ვიყენებთ გონიერ კონტრაქტს და ვხედავთ, რომ მათი დადება განსხვავდება ერთმანეთისაგან, რადგან სტანდარტულად ხელშეკრულება იდება ზეპირი ან წერილობითი ფორმით, ხოლო სმარტ კონტრაქტების შემთხვევაში ეს ხდება ელექტრონულად.

ხელშეკრულების დადების წინაპირობები იგივეა, რაც სტანდარტულ ხელშეკრულებაში, თუმცა მაინც აქვს რაღაც განსხვავებები, რადგან გონიერი კონტრაქტები და ბლოქჩეინი ჯერ მაინც არ არის ისეთი დახვეწილი როგორც ჩვეულებრივი სტანდარტული ხელშეკრულება, თუმცა, რასაკვირველია, მხარეები აქაც საჭიროა იმ განსხვავებებით, რომ მათ არ სჭირდებათ შუამავალი. რაც ჩვეულებრივი ხელშეკრულების დროს, ასევე, როგორც ვიცით, ოფერტი არის შეთავაზება და აქცეპტი თანხმობა, სტანდარტული ხელშეკრულების შემთხვევაში აუცილებელია ოფერტის გაკეთება, რასაც მოჰყვება აქცეპტი. სმარტ კონტრაქტების დროს კი ოფერტი და აქცეპტი ერთმანეთის თანხვედრია, რადგან სხვა შემთხვევაში ვერ მოხდება ხელშეკრულების დადება.

ასევე, უნდა აღინიშნოს ის ფაქტიც, რომ თითქმის ყველა ტიპის ხელშეკრულების დადებაა შესაძლებელი ბლოქჩეინის მეშვეობით – ეს იქნება სესხის, ნასყიდობის თუ სხვა ნებისმიერი ტიპის ხელშეკრულება, და დაიდება ისე, რომ მას არ დასჭირდება შუამავლის ჩარევა, ანუ ნებისმიერი ტრანზაქციის განხორციელება მოხდება შუამავლის გარეშე, რაც დამატებით კომფორტს უქმნის მხარეს. ასევე, იზოგება დრო და ფინანსები, ამავდროულად, ევროპაში, ასეა თუ ისე, მაინც მეტი პოპულარობით სარგებლობს ეს ტექნოლოგია სხვადასხვა დარგში, მაგალითად, მისი გამოყენება ხდება როგორც ბრალდებულთან მიმართებაში, ასევე განათლებასა და სხვადასხვა მსგავსი ტიპის საქმეებთან მიმართებაში. შესაბამისად შეგვიძლია ვთქვათ, რომ მისი მოხმარება არის ძალიან ეფექტური როგორც სასამართლო, ასევე განათლების სისტემებში.

ჩემი აზრით, ძალიან კარგი იქნება, საქართველომაც რომ დანერგოს ზოგიერთ სისტემაში მაინც აღნიშნული ტექნოლოგია. საქართველოში ძალიან მართებული იქნება განათლებასთან მიმართებაში, რადგან როდესაც სტუდენტი სწავლობს უცხოეთში და ჩამოაქვს იქაური დიპლომი. ჩვენი ქვეყანა ითხოვს მის აღიარებას, რაც დამატებით დროსა და ხარჯებთანაა დაკავშირებული, ხოლო თუ მოხდება ბლოქჩეინისა და სმარტ კონტრაქტების მეშვეობით ამის დარეგულირება. მაშინ სისტემა ყველანაირ ინფორმაციას ავტომატურად მოაწვდის. ამავდროულად, ბლოქჩეინთან მიმართებაში აუცილებელია ვახსენოთ ეთერიუმი, რომელიც ყველაზე ცნობილ კრიპტოვალუტისათელშია. შედარებით მარტივად რომ ავხსნათ, ეთერიუმი ეს არის ღია პროგრამული პლატფორმა, რომელის გაჩენაც უკავშირდება ბლოქჩეინ ტექნოლოგიებს, რომელიც საშუალებას აძლევს დეველოპერებს შექმნან და განავითარონ დეცენტრალიზებული აპლიკაციები.

გამომდინარე აქედან, ვფიქრობ, რომ შესაძლოა სრულიად იდეალური არ იყოს ეს ახალი ტექნოლოგია, რადგან მაინც პროგრამა და მათემატიკურ ალგორითმზე დამოკიდებული, რაც არ გამორიცხავს რაიმე ტიპის შეცდომას, თუმცა ყველანაირი რისკი სტანდარტულ ხელშეკრულებასთან შედარებით მაინც შემცირებულია.

# SIGNING A SMART CONTRACT

**Salome Tezelashvili**

*PhD student of the faculty of law at the Caucasus International University, Specialist of the Department of Law and Administration at the Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia*

KEYWORDS: Smart contract, Cryptocurrency, Algorithm

## ABSTRACT

When we talk about blockchain and smart contracts, it is necessary to consider the parties participating in them, their rights and obligations, as well as the prerequisites for concluding a smart contract, namely, offer and acceptance. We also have to understand how it is used in different fields of law.

As we are aware, blockchain is considered as the fourth generation industrial revolution. Its creation is related to a person named Sabo, it is still unknown who he was – it means that we do not have exact information, whether it was one person who created blockchain – part of the fourth industrial revolution or a group of people. At the same time, let's define the meaning of the contract in general, we can formulate the definition of the agreement (contract) as follows, the agreement (contract) is a deal concluded by two parties, which must have legal consequences, i.e. the parties participating in it have rights and obligations. It should also be noted, that thousands of years have passed since the first contracts were signed, however, the most significant change in the development of contracts occurred during the last century.

The article will discuss all the issues and problems that are very important in relation to this topic. The role of offer and acceptance in blockchain and smart contracts and how it differs from the usual standard contract will be described, we will also talk about the parties of the smart contract and how we can use it in different fields of law.

**ბიბლიოგრაფია:****ქართულენოვანი ლიტერატურა:**

1. Clifford chance, (ოქტომბერი 2018). გონიერი კონტრაქტები: სამართლებრივი ჩარჩო და სახელმძღვანელო მითითებები კანონმდებლებისთვის. <<http://lawlibrary.info/ge/books/2019GIZ-GE-Smart-Contracts.pdf>> [ბოლო წვდომა: 20 მარტი, 2022]
2. ჭანტურია, ლ. (2015). შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში. თბილისი, „სამართალი“;
3. ჭანტურია, ლ. (2019). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი მესამე), ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი. <[http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019gecivil\\_code\\_comm\\_III\\_book.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019gecivil_code_comm_III_book.pdf)> [ბოლო წვდომა: 30 აგვისტო, 2022]
4. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, მუხლი 50. [26.06.1997] <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=115>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

**უცხოენოვანი ლიტერატურა:**

1. Treichl, L., Fritz, G. (February 5 2018). What's in a Smart Contract? Lexology. <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bac0889f-b321-444b-8227-7d3a904a83d2>> [ბოლო წვდომა: 10 მარტი, 2022]
2. KOVALCHUK, D. (2020). BENEFITS OF SMART CONTRACT ADOPTION. Blaize.tech. <<https://blaize.tech/article-type/smart-contracts-with-blockchain-how-it-can-help-startups-be-more-cost-efficient/#What-Is-a-Smart-Contract>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]
3. Solarte-Vásquez, M. C., Metcalf. K. N., (2017). Smart Contracting: A Multidisciplinary and Proactive Approach for the EU Digital Single Market, Journal of European Studies Vol. 7, No. 2 (23). <[https://www.researchgate.net/publication/320243095\\_Smart\\_Contracting\\_A\\_Multidisciplinary\\_and\\_Proactive\\_Approach\\_for\\_the\\_EU\\_Digital\\_Single\\_Market](https://www.researchgate.net/publication/320243095_Smart_Contracting_A_Multidisciplinary_and_Proactive_Approach_for_the_EU_Digital_Single_Market)> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]
4. Egorov, R How Do Smart Contracts Affect Offer and Acceptance? <<https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]

**BIBLIOGRAPHY:****Georgian language literature:**

1. Clifford chance, (October 2018). Wise Contracts: Legal Framework and Guidelines for Legislators. <<http://lawlibrary.info/ge/books/2019GIZ-GE-Smart-Contracts.pdf>> (in Georgian)
2. Chanturia, L. (2015). Introduction to the General Part of Civil Law. Tbilisi “Samartali”. (in Georgian)
3. Chanturia, L. (2019). Commentary on the Civil Code (book three), general part of the law of obligations. Tbilisi. <[http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019gecivil\\_code\\_comm\\_III\\_book.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019gecivil_code_comm_III_book.pdf)> (in Georgian)
4. Legislative Herald of Georgia, Civil Code of Georgia, Article 50. [26.06.1997] <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=115>> (in Georgian)

**Foreign language literature:**

1. Treichl, L., Fritz, G. (February 5 2018). What's in a Smart Contract? Lexology. <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bac0889f-b321-444b-8227-7d3a904a83d2>> [Last seen: 10 March, 2022]. (In English)
2. KOVALCHUK, D. (2020). BENEFITS OF SMART CONTRACT ADOPTION. Blaize.tech <<https://blaize.tech/article-type/smart-contracts-with-blockchain-how-it-can-help-startups-be-more-cost-efficient/#What-Is-a-Smart-Contract>> [Last seen: 25 March, 2022]. (In English)
3. Solarte-Vásquez, M. C., Metcalf. K. N., (2017). Smart Contracting: A Multidisciplinary and Proactive Approach for the EU Digital Single Market, Journal of European Studies Vol. 7, No. 2 (23). <[https://www.researchgate.net/publication/320243095\\_Smart\\_Contracting\\_A\\_Multidisciplinary\\_and\\_Proactive\\_Approach\\_for\\_the\\_EU\\_Digital\\_Single\\_Market](https://www.researchgate.net/publication/320243095_Smart_Contracting_A_Multidisciplinary_and_Proactive_Approach_for_the_EU_Digital_Single_Market)> [Last seen: 25 March, 2022]. (In English)
4. Egorov, R How Do Smart Contracts Affect Offer and Acceptance? <<https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>> (In English)
5. Engage – Legal insight and analysis, (24 October 2017). Hogan Lovells Europe: Blockchain – How “smart” are Smart Contracts? <<https://www.engage.hoganlovells.com/knowledg->



5. Engage – Legal insight and analysis, (24 October 2017). Hogan Lovells Europe: Blockchain – How “smart” are Smart Contracts? <<https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/europe-blockchain-how-smart-are-smart-contracts>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]
6. Maren, K. Woebeking. The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law. <[https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-1-2019/4880/JIPITEC\\_10\\_1\\_2019\\_106\\_Woebeking](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-1-2019/4880/JIPITEC_10_1_2019_106_Woebeking)> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]
7. Treichl, L., Fritz, G. (February 5 2018). What’s in a Smart Contract? <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bac0889f-b321-444b-8227-7d3a904a83d2>> [ბოლო წვდომა: 10 მარტი, 2022]
8. Lounds, M., (July 2020). Blockchain and its Implications for the Insurance Industry. Munich RE. <<https://www.munichre.com/us-life/en/perspectives/underwriting/blockchain-implications-insurance-industry.html>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]
9. Chang, C. D., Friedman, S. (2016). Blockchain in health and life insurance. Deloitte. <<https://www2.deloitte.com/us/en/pages/life-sciences-and-health-care/articles/blockchain-in-insurance.html>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]
10. Kot, I., (1 December, 2020). Smart Contracts in Insurance. Insurance ThoughtLeadership. <<https://www.insurancethoughtleadership.com/smart-contracts-in-insurance/>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]
11. Gräther, W., Kolvenbach, S., Ruland, R., Schütte, J., Torres, C., & Wendland, F. (2018). Blockchain for Education: Lifelong Learning Passport. Reports of the European Society for Socially Embedded Technologies: vol. 2, no. 10. <<https://dl.eusset.eu/handle/20.500.12015/3163>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]
12. Cedeño, J., (23 February, 2020). How Blockchain Could Impact Education in 2020 and Beyond? Getting Smart. <<https://www.gettingsmart.com/2020/02/23/how-blockchain-could-impact-education-in-2020-and-beyond/>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]
13. Newell, C. K., Stern, A. W., (February 13, 2022). Delaware Supreme Court Affirms Termination of \$5.8 Billion Transaction. Harvard Law School Forum on Corporate Governance. <<https://corpgov.law.harvard.edu/2022/02/13/delaware-supreme-court-affirms-termination-of-5-8-billion-transaction/>> [ბოლო წვდომა: 29 აპრილი, 2022]
14. Solarte-Vásquez, M. C., Metcalf, K. N., (2017). Smart Contracting: A Multidisciplinary and Proactive Approach for the EU Digital Single Market, Journal of European Studies Vol. 7, No. 2 (23). <[https://www.researchgate.net/publication/320243095\\_Smart\\_Contracting](https://www.researchgate.net/publication/320243095_Smart_Contracting)> (In English)
6. Maren, K. Woebeking\* The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law. <[https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-1-2019/4880/JIPITEC\\_10\\_1\\_2019\\_106\\_Woebeking](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-1-2019/4880/JIPITEC_10_1_2019_106_Woebeking)> (In English)
7. Treichl, L., & Fritz, G. (February 5 2018). What’s in a Smart Contract? <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bac0889f-b321-444b-8227-7d3a904a83d2>> (In English)
8. Lounds, M., (July 2020). Blockchain and its Implications for the Insurance Industry. Munich RE. <<https://www.munichre.com/us-life/en/perspectives/underwriting/blockchain-implications-insurance-industry.html>> (In English)
9. Chang, C. D., Friedman, S. (2016). Blockchain in health and life insurance. Deloitte. <<https://www2.deloitte.com/us/en/pages/life-sciences-and-health-care/articles/blockchain-in-insurance.html>> (In English)
10. Kot, I., (1 December, 2020). Smart Contracts in Insurance. Insurance ThoughtLeadership. <<https://www.insurancethoughtleadership.com/smart-contracts-in-insurance/>> (In English)
11. Gräther, W., Kolvenbach, S., Ruland, R., Schütte, J., Torres, C., & Wendland, F. (2018). Blockchain for Education: Lifelong Learning Passport. Reports of the European Society for Socially Embedded Technologies: vol. 2, no. 10. <<https://dl.eusset.eu/handle/20.500.12015/3163>> (In English)
12. Cedeño, J., (23 February, 2020). How Blockchain Could Impact Education in 2020 and Beyond? Getting Smart. <<https://www.gettingsmart.com/2020/02/23/how-blockchain-could-impact-education-in-2020-and-beyond/>> (In English)
13. Newell, C. K., Stern, A. W., (February 13, 2022). Delaware Supreme Court Affirms Termination of \$5.8 Billion Transaction. Harvard Law School Forum on Corporate Governance. <<https://corpgov.law.harvard.edu/2022/02/13/delaware-supreme-court-affirms-termination-of-5-8-billion-transaction/>> (In English)
14. Solarte-Vásquez, M. C., Metcalf, K. N., (2017). Smart Contracting: A Multidisciplinary and Proactive Approach for the EU Digital Single Market, Journal of European Studies Vol. 7, No. 2 (23). <[https://www.researchgate.net/publication/320243095\\_Smart\\_Contracting](https://www.researchgate.net/publication/320243095_Smart_Contracting)> (In English)

- წვდომა: 25 ივლისი, 2022]
14. Solarte-Vásquez, M. C., Metcalf. K. N., (2017). Smart Contracting: A Multidisciplinary and Proactive Approach for the EU Digital Single Market, *Journal of European Studies* Vol. 7, No. 2 (23). <[https://www.researchgate.net/publication/320243095\\_Smart\\_Contracting\\_A\\_Multidisciplinary\\_and\\_Proactive\\_Approach\\_for\\_the\\_EU\\_Digital\\_Single\\_Market](https://www.researchgate.net/publication/320243095_Smart_Contracting_A_Multidisciplinary_and_Proactive_Approach_for_the_EU_Digital_Single_Market)> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]
  15. Hogan Lovells Europe: Blockchain – How “smart” are Smart Contracts? (24 October, 2017) <<https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/europe-blockchain-how-smart-are-smart-contracts>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]
  16. Shaw, G. Blockchain in health and life insurance <<https://www2.deloitte.com/us/en/pages/life-sciences-and-health-care/articles/blockchain-in-insurance.html>> [ბოლო წვდომა: 25 მარტი, 2022]
  17. [ing A Multidisciplinary and Proactive Approach for the EU Digital Single Market>](#) (In English)
  15. Hogan Lovells Europe: Blockchain – How “smart” are Smart Contracts? (24 October, 2017) <<https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/europe-blockchain-how-smart-are-smart-contracts>> (In English)
  16. Shaw, G. Blockchain in health and life insurance <<https://www2.deloitte.com/us/en/pages/life-sciences-and-health-care/articles/blockchain-in-insurance.html>> (In English)

## NOTES:

1. Treichl, L., Fritz, G. (February 5 2018). What’s in a Smart Contract? Lexology. <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bac0889f-b321-444b-8227-7d3a904a83d2>> [Last seen: 10 March, 2022]
2. Clifford chance, (October 2018). Wise Contracts: Legal Framework and Guidelines for Legislators, p. 9 <<http://lawlibrary.info/ge/books/2019GIZ-GE-Smart-Contracts.pdf>> [Last seen: 20 March, 2022]
3. Newell, C. K., Stern, A. W., (February 13, 2022). Delaware Supreme Court Affirms Termination of \$5.8 Billion Transaction. Harvard Law School Forum on Corporate Governance. <<https://corpgov.law.harvard.edu/2022/02/13/delaware-supreme-court-affirms-termination-of-5-8-billion-transaction/>> [Last seen: 25 July, 2022]
4. Clifford chance, (October 2018). Wise Contracts: Legal Framework and Guidelines for Legislators, pp. 15-16 <<http://lawlibrary.info/ge/books/2019GIZ-GE-Smart-Contracts.pdf>> [Last seen: 25 March, 2022]
5. KOVALCHUK, D. (2020). BENEFITS OF SMART CONTRACT ADOPTION. Blaize.tech <<https://blaize.tech/article-type/smart-contracts-with-blockchain-how-it-can-help-startups-be-more-cost-efficient/#What-Is-a-Smart-Contract>> [Last seen: 25 March, 2022]
6. Solarte-Vásquez, M. C., Metcalf. K. N., (2017). Smart Contracting: A Multidisciplinary and Proactive Approach for the EU Digital Single Market, *Journal of European Studies* Vol. 7, No. 2 (23). <[https://www.researchgate.net/publication/320243095\\_Smart\\_Contracting\\_A\\_Multidisciplinary\\_and\\_Proactive\\_Approach\\_for\\_the\\_EU\\_Digital\\_Single\\_Market](https://www.researchgate.net/publication/320243095_Smart_Contracting_A_Multidisciplinary_and_Proactive_Approach_for_the_EU_Digital_Single_Market)> [Last seen: 25 March, 2022]
7. Legislative Herald of Georgia, Civil Code of Georgia, Article 50. [26.06.1997]. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=115>> [Last seen: 25 March, 2022]

8. Chanturia, L. (2015). Introduction to the General Part of Civil Law. Tbilisi "Samartali". p. 312.
9. Chanturia, L. (2015). Introduction to the General Part of Civil Law. Tbilisi "Samartali". pp. 315-316.
10. Chanturia, L. (2019). Commentary on the Civil Code (book three), general part of the law of obligations. Tbilisi. pp. 108-109 [http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019-ge-civil\\_code\\_comm\\_III\\_book.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019-ge-civil_code_comm_III_book.pdf) [Last seen: 30 August, 2022]
11. Egorov, R. How Do Smart Contracts Affect Offer and Acceptance? <<https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>> [Last seen: 25 March, 2022]
12. Engage – Legal insight and analysis, (24 October 2017). Hogan Lovells Europe: Blockchain – How “smart” are Smart Contracts? <<https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/europe-blockchain-how-smart-are-smart-contracts>> [Last seen: 25 March, 2022]
13. Maren K. Woebbeking\* The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law <[https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-1-2019/4880/JIPITEC\\_10\\_1\\_2019\\_106\\_Woebbeking](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-1-2019/4880/JIPITEC_10_1_2019_106_Woebbeking)> [Last seen: 25 March, 2022]
14. Treichl, L., & Fritz, G. (February 5 2018). What’s in a Smart Contract? <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bac0889f-b321-444b-8227-7d3a904a83d2>> [Last seen: 25 March, 2022]
15. KOVALCHUK, D. (2020). BENEFITS OF SMART CONTRACT ADOPTION. Blaize.tech <<https://blaize.tech/article-type/smart-contracts-with-blockchain-how-it-can-help-startups-be-more-cost-efficient/#What-Is-a-Smart-Contract>> [Last seen: 25 March, 2022]
16. Lounds, M., (July, 2020) Blockchain and its Implications for the Insurance Industry. Munich RE. <<https://www.munichre.com/us-life/en/perspectives/underwriting/blockchain-implications-insurance-industry.html>> [Last seen: 25 March, 2022]
17. Chang, C. D., Friedman, S. (2016). Blockchain in health and life insurance. Deloitte. <<https://www2.deloitte.com/us/en/pages/life-sciences-and-health-care/articles/blockchain-in-insurance.html>> [Last seen: 22 January, 2022]
18. Kot, I., (1 December, 2020). Smart Contracts in Insurance. Insurance Thought Leadership. <<https://www.insurancethoughtleadership.com/smart-contracts-in-insurance/>> [Last seen: 29 April, 2022]
19. Lounds, M., (July 2020). Blockchain and its Implications for the Insurance Industry, Munich RE. <<https://www.munichre.com/us-life/en/perspectives/underwriting/blockchain-implications-insurance-industry.html>> [Last seen: 29 April, 2022]
20. Gräther, W., Kolvenbach, S., Ruland, R., Schütte, J., Torres, C., & Wendland, F. (2018). Blockchain for Education: Lifelong Learning Passport. Reports of the European Society for Socially Embedded Technologies: vol. 2, no. 10. <<https://dl.eusset.eu/handle/20.500.12015/3163>> [Last seen: 29 April, 2022]
21. Cedeño, J., (23 February, 2020). How Blockchain Could Impact Education in 2020 and Beyond. Getting Smart. <<https://www.gettingsmart.com/2020/02/23/how-blockchain-could-impact-education-in-2020-and-beyond/>> [Last seen: 29 April, 2022]

## საქმე *The Dead Sea Scrolls*:

ინდიველუენტური საკუთრების დავის

თავისებურებანი სამართაშორისო

კერძოსამართლებრივ ჭრილში

### თამარ მსხვილიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის  
სამეცნიერო კვლევითი ინსტიტუტის მეცნიერ-თანამშრომელი

საკვანძო სიტყვები: იდენტიფიკაცია, პრეზუმფცია, საავტორო  
უფლებები, მორალური უფლებები

### აბსტრაქტი

მეოცე საუკუნის ერთ-ერთი უდიდესი არქეოლოგიური აღმოჩენა, რომელმაც არა მხოლოდ მსოფლიოს აკადემიური წრეებისა და საინფორმაციო საშუალებათა ყურადღება მიიპყრო, არამედ ხანგრძლივი სამართლებრივი დავის საგანი გახდა, „მკვდარი ზღვის გრაფილების“ სახელწოდებით არის ცნობილი. გრაფილების შესახებ არაფერი იყო ცნობილი, მათი შექმნის დროიდან მეოცე საუკუნის შუა ხანებამდე, მათ აღმოჩენამდე. გრაფილები უნიკალურია ენით, სტილითა და შინაარსით. ებრაული საავტორო უფლებათა კანონმდებლობა საერთო სამართალს ეფუძნება, დროთა განმავლობაში მას დაემატა კონტინენტური სამართლის ელემენტებიც. მორალური უფლებები საავტორო კანონში შევიდა 1981 წელს. წლების განმავლობაში, ისრაელის საავტორო უფლებების კანონი გარკვეულწილად განსხვავდებოდა ინგლისური ანალოგისაგან. ისრაელის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებამ დიდი გავლენა მოახდინა საავტორო უფლებათა კანონმდებლობაზე, ხაზგასმით გამოკვეთა ორიგინალობის კონცეფცია და მორალური უფლებები, კოლიზიური ნორმის არჩევანი და იდენტიფიკაცია. სასამართლომ გადაწყვეტილება მიიღო იმ მეცნიერის სასარგებლოდ, რომელმაც მრავალი წელი დახარჯა ერთ-ერთი გრაფილის



ტექსტის გაშიფვრაში და დაეთანხმა ქვემდგომ ინსტანციას, რომელმაც ტექსტებზე საავტორო უფლებები პროფესორ ქიმრონს მიაკუთვნა. ნაშრომი ასახავდა 2000 წელზე მეტი ხნის წინ დაწერილ ორიგინალ ტექსტს, გამო-

რჩეულად მნიშვნელოვან გრაგნილს გამოგნებელი შინაარსით. მოგვიანებით, უზენაესმა სასამართლომ ქიმრონის შრომის შედეგს „გაშიფრული ტექსტი“ უწოდა.

*პიროვნებას ყოველთვის აქვს რაღაც უნიკალური, იგი თავის ორიგინალურობას ხელნერიტაც კი გამოხატავს. ხელოვნების ძალიან მოკრძალებული ხარისხი მინიმალურად მაინც არის მასში. სწორედ ამის დაცვა შეუძლია თითოეულ ადამიანს, თუ საავტორო უფლებების კანონმდებლობით ეს დაშვებულია.\**

*საავტორო უფლების 90% ფულთან არის დაკავშირებული, დარჩენილი 10% ასევე შეიძლება იყოს მნიშვნელოვანი. აღნიშნული 10% არის droit moral. ავტორი სარგებლობს უფლებით პატივი სცენ მის სახელს, ავტორობასა და ნაწარმოებს. უფლება თან სდევს სუბიექტს. ის არის მუდმივი, განუყოფელი და განუსაზღვრელი.\*\**

### შესავალი

მკვდარი ზღვის გრაგნილები ძველი ებრაული მანუსკრიპტებია, რომელიც ნაპოვნია კუმრანის გამოქვაბულებში, იუდეის უდაბნოში. გრაგნილები პირველად 1950-იან წლებში აღმოაჩინეს კუმრანის „გამოქვაბულ N4-ში“, რომელშიც სხვადასხვა გრაგნილის 15000 ფრაგმენტი იქნა ნაპოვნი.<sup>1</sup>

გრაგნილების შესახებ არაფერი იყო ცნობილი, მათი შექმნის დროიდან მეოცე საუკუ-

ნის შუა ხანებამდე, მათ აღმოჩენამდე. ათასობით ფრაგმენტს აღმოსავლეთ იერუსალიმში (იმხანად იორდანის იურისდიქციას ექვემდებარებოდა) იორდანიელების გადაწყვეტილებით სწავლობდა მკვლევართა მცირე საერთაშორისო ჯგუფი, რომელთაც ექსკლუზიური წვდომა ჰქონდათ არქეოლოგიურ მასალებზე. მომდევნო წელს, ექვსდღიანი ომის დროს, ისრაელმა აღმოსავლეთ იერუსალიმი აიღო, მუზეუმი მათი კონტროლის ქვეშ გადავიდა და დაიბრუნა ძველი, როკფელერის სახელწოდება. 1967 წლიდან გრაგნილთა კვლევის ასეთი პოლიტიკა ისრაელის სიძველეთა სამსახურმაც განაგრძო. ჯგუფს გადაწყვეტილი ჰქონდა, არავისთვის მიეცა გრაგნილების ნახვის უფლება, სანამ კვლევის ოფიციალურ შედეგებს არ გამოაქვეყნებდნენ.<sup>2</sup>

გრაგნილთა რეკონსტრუქციის ხელმძღვანელად დაინიშნა ჰარვარდის უნივერსიტეტის პროფესორი ჯონ სტრუგენელი, პირველი მკვლევარი, რომელიც ჩაერთო ფრაგმენტების ერთ გრაგნილად შეკვრაში.<sup>3</sup> იუდეის გამოქვა-

\* Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 7.

\*\* STEWART, S. M., (1989). INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS, Butterworths 2d ed. 58.

1 იუდეის უდაბნოს ფერდობებზე, მკვდარი ზღვის მახლობლად 1947-1956 წლებში, 800-ზე მეტი უძველესი მანუსკრიპტი აღმოაჩინეს გამოქვაბულებში. ისინი შეიცავდნენ ტექსტებს ბიბლიის ყველა წიგნიდან, გარდა ერთისა (ესთერის წიგნი); დანარჩენი მანუსკრიპტები წარმოადგენდნენ ძველ, არაბიბლიურ ებრაულ ტექსტებს: აპოკრიფებსა და ფსევდოპიგრაფებს. ზედმეტია იმის თქმა, რომ გრაგნილები იძლევა პირდაპირ მტკიცებულებას იუდაიზმის კონსოლიდაციისა და ქრისტიანობის გაჩენის პერიოდის შესახებ და გასაკვირი არ არის, რომ ისინი მეოცე საუკუნის ერთ-ერთ ყველაზე მნიშვნელოვან არქეოლოგიურ აღმოჩენად ითვლება. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case: Who is an Author, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 1. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 3.

2 Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 54, 55, 56.

3 ჰარვარდის უნივერსიტეტის პროფესორი სტრუგენელი აღნიშნავდა: „ეს გრაგნილები უნიკალურია ენით, სტილითა და შინაარსით. ენობრივი და თეოლოგიური ანალიზის გამოყენებით, ორიგინალი ტექსტი დათარიღებულია, როგორც კუმრანის სექტის ერთ-ერთი ადრეული ნაშრომი. ექვსი ფრაგმენტი ერთად იძლევა დაახლოებით 130 სტრიქონის კომპოზიტიურ ტექსტს, რომელიც სა-

ბულში გატარებული 2000 წლის შემდეგ, ისინი საჭიროებდნენ ფრთხილ და რთულ აღდგენას. მასალა შეიცავდა გრაგნილის ექვსი ეგზემპლარის ასზე მეტ ფრაგმენტს – ზოგიერთ პანანინა ნაფლეთზე ერთ ასობზე ნაკლები იყო დაწერილი. სტრუგნელმა მოახერხა გრაგნილის ასამდე ნაფლეთის ამოცნობა, ფორმის მიხედვით შეერთება და სამოცდაათამდე ცალკეული ფრაგმენტის ჩამოყალიბება. ფიზიკური რეკონსტრუქციის შემდეგ ტექსტს დაახლოებით მესამედი აკლდა. გაშიფვრის ამოცანა მოითხოვდა დაკარგული ნაწილების შევსებას ენობრივი და ჰალახის ცოდნით, რაც მას არ გააჩნდა.<sup>4</sup> 1981 წელს ჯგუფის ხელმძღვანელმა დაიქირავა მკვლევარი ელიშა ქიმრონი, ებრაული ენისა და ფილოლოგიის პროფესორი ბერშევას ბენ-გურიონის უნივერსიტეტში. მომდევნო 11 წლის განმავლობაში ქიმრონმა თავისი საქმიანობა მიუძღვნა ამ რთულ საქმეს. მან შეძლო სამოცდაათი ფრაგმენტიდან 121-სტრიქონიანი ტექსტის აღდგენა, რომელთაგან 40% ავსებდა იმ ხარვეზს, რაც არ იქნა ნაპოვნი ფრაგმენტთა შინაარსში. სამუშაოს უმეტესი ნაწილის შესრულების შემდეგ, სწორედ მან უწოდა გრაგნილს „თორას კანონები“.<sup>5</sup>

მასალაზე მუშაობისას, ქიმრონმა და სტრუგნელმა ტექსტის პროექტის რამდენიმე ასლი კომენტარების გასაკეთებლად სხვადასხვა მკვლევარს გადასცეს. 1991 წელს, გაშიფვრის დასრულების შემდეგ, ქიმრონს, სტრუგნელსა და ინგლისურ „ოქსფორდ პრესს“ შორის მიღწეულ იქნა შეთანხმება გრაგნილის ფრაგმენტების ფოტოებითა და ქიმრონის კომენტარებით გაშიფრული ტექსტის გამოქვეყნების

შესახებ. თუმცა, პოლონელმა მკვლევარმა კაპერამ, ნებართვის გარეშე გამოაქვეყნა ის *The Qumran Chronicles*-ში. ისრაელის სიძველეთა ორგანოს ჩარევის შედეგად, მან შეაჩერა შემდგომი ტირაჟირება და ბოდიში მოიხადა.<sup>6</sup>

1990-იან წლებამდე გრაგნილების 50 პროცენტზე ნაკლები გამოქვეყნდა. გამოუქვეყნებელი „თორას კანონების“ გრაგნილი განთავსებული იყო აღმოსავლეთ იერუსალიმის როკფელერის მუზეუმში, მისი ფოტოები უსაფრთხოების მიზნით ინახებოდა მსოფლიოს სხვადასხვა ადგილას, მათ შორის, კალიფორნიის ჰანტინგტონის ბიბლიოთეკაში. 1991 წელს ბიბლიოთეკამ განაცხადა, რომ აკადემიური წრეებისათვის ხელმისაწვდომი უნდა გამხდარიყო ფოტოასლები. ოთხი ათეული წლის განმავლობაში, მასალებზე მონოპოლიური წვდომა აღაშფოთებდა იმ მეცნიერებს, რომელთაც არქეოლოგიურ საგანძურზე დაშვება არ ქონდათ. ჰერშელ შენქსმა, ბიბლიური არქეოლოგიის მიმოხილვის რედაქტორმა<sup>7</sup> და მონოპოლიური წვდომის გამორჩეულმა მოწინააღმდეგემ, გამოსცა წიგნი „მკვდარი ზღვის გრაგნილები – ფაქსიმილეს სახით“, ეიზენმანისა და რობინსონის რედაქტორობით. გამოცემა შეიცავდა გრაგნილთა ასობით ფრაგმენტის ფოტოს, წიგნს ჰქონდა შენქსის დაწერილი „შესავალი გამომცემლის მიერ“, რამდენიმე დანართი, მათ შორის ერთი გაშიფრული ტექსტის ასლი, ქიმრონის ნებართვისა და მისი სახელის მითითების გარეშე.<sup>8</sup>

6 Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 68.

7 ბიბლიური არქეოლოგიის საზოგადოება („BAS“) დაფუძნებული შეერთებულ შტატებში, რომელიც გამოცემდა ბიბლიური არქეოლოგიის მიმოხილვას („BAR“). ის ნახევარ მილიონზე მეტ მკითხველს აერთიანებდა მსოფლიოს ბევრ ქვეყანაში, მათ შორის ისრაელში. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 2, 4.

8 1980-იანი წლების ბოლოდან, არც ერთი დაპირისპირება არ ყოფილა უფრო მწვავე, ვიდრე გრაგნილთა ხელმისაწვდომობისა და მათი გამოცემის დაჩქარების მოძრაობა. 1988 წელს გრაგნილების კვლევის ადმინისტრაციამ, ისრაელის სიძველეთა ორგანომ დაიწყო შემსწავლელ მკვლევართა რაოდენობის გაზრდა. 1992 წლისათვის ჯგუფში ორმოცდაათზე მეტი მეცნიერი შედიოდა. 1991 წელს ბიბლიური არქეოლოგიის საზოგადოების მიერ გამოქვეყნდა კომპიუტერული გენერირებული ვერსია და

ვარაუდოდ მოიცავს ორიგინალის დაახლოებით ორ მესამედს. ტექსტს საწყისი ნაწილი სრულიად აკლია.“ Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 58.

4 Strugnell's report: Elisha Qimron and John Strugnell, "Qumran Cave 4", Miqsat Ma'ase Ha-Torah, in X Discoveries in the Judaeen Desert 1994, Birnhack, D. M. (2001). THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 3.

5 Birnhack, D. M. (2001). THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 3.

1992 წლის იანვარში ქიმრონმა შეიტანა სარჩელი იერუსალიმის საქალაქო სასამართლოში, მოითხოვა შენქსისა და რედაქტორებისათვის გაშიფრული გრაგნილის ტექსტის შემცველი წიგნის გავრცელების აკრძალვა და საავტორო უფლებების დარღვევით მიყენებული ზიანის ანაზღაურება.<sup>9</sup> მან იშუამდგომლა შუალედური ღონისძიების გამოყენების თაობაზე საბოლოო გადაწყვეტილების მიღებამდე. 1992 წლის თებერვალში მოსამართლის შუალედური გადაწყვეტილებით მოპასუხეებს აეკრძალათ წიგნის გამოცემა ან გავრცელება ისრაელში და მის ფარგლებს გარეთ. დროებითი აკრძალვის გამოყენებამდე, წიგნის დაახლოებით 200-300 ეგზემპლარი იყიდებოდა უმეტესად შერთებულ შტატებში, სამი ეგზემპლარი გაიყიდა ისრაელში.

სასამართლომ 1993 წლის მარტში დაადგინა, რომ დაირღვა პროფესორ ქიმრონის კანონით გათვალისწინებული საავტორო უფლებები და მოთხოვნის შესაბამისად აკრძალა წიგნის ამ ფორმით გამოცემა. მოპასუხეებს დაევალებათ მოსარჩელისათვის 100,000 NIS (ისრაელის ეროვნული ვალუტა-ახალი შეკელი) გადახდა: აქედან 20,000 კანონით დადგენილი ზარალის ანაზღაურების სახით, 80,000 მიყენებული მორალური ზიანისთვის.\* ამასთან, მათ დაეკისრათ პროფესორის ადვოკატთა მომსახურების საფასურის გადახდა 50,000 NIS-ის ოდენობით. სასამართლომ აღიარა ერთი მხრივ, ქიმრონის საავტორო უფლება გაშიფრულ ტექსტზე, მეორე მხრივ, სახელის მითითების გარეშე ტექსტის გამოქვეყნებით მორალური უფლების დარღვევა.<sup>10</sup>

### იდენტურობის პრეზუმფცია: არის ისრაელის კანონმდებლობა ამერიკული სამართლის მსგავსი?

სასამართლომ დაადგინა, რომ სამართალდარღვევა მოხდა ამერიკის შეერთებულ შტატებში, თუმცა გადაწყვეტილება ისრაელის კანონმდებლობის საფუძველზე მიიღო, რადგან გამოიყენა იდენტურობის პრეზუმფცია (*The presumption of identity of the laws*) „საპირისპირო მტკიცებულების არარსებობის შემთხვევაში, კანონი უცხოურ იურისდიქციაში იგივეა, რაც სასამართლო ქვეყნის კანონი“.<sup>11</sup> უცხოური სამართლის გამოყენება არ არის ტრივიალური საქმე. ისრაელის საერთაშორისო კერძო სამართალი, ანგლო-ამერიკული სამართლის გავლენით, უცხო კანონმდებლობას განიხილავს ფაქტად და არა როგორც სამართლის საკითხს. ივარაუდება, რომ ადგილობრივი მოსამართლე არ იცნობს უცხოურ სამართალს, ამიტომ მისი შინაარსი მტკიცდება მხარეთა მიერ. როცა უცხო კანონი რაიმე მიზეზით რჩება აუხსნელი (დაუმტკიცებელი), სასამართლო მიმართავს იურიდიულ ფიქციას, რომ ის ადგილობრივი კანონმდებლობის იდენტურია.<sup>12</sup> მოსამართლე დორნერს არ წარუდგინეს არანაირი მტკიცებულება აშშ-ს სამართლის შესახებ, კანონთა ეკვივალენტობის პრინციპზე დაყრდნობით გამოიყენა ისრაე-

გრაგნილთა ფოტოების ორტომიანი გამოცემა. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 66,67.

9 ეს, რა თქმა უნდა, პირდაპირი თარგმანია. თუმცა, ისრაელის კანონმდებლობაში „copyright“ ითარგმნება ევროპულ სტილში, როგორც „author’s right“. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 4.

\* 1993 წლის მარტში ეს იყო დაახლოებით 36,000 აშშ დოლარი. \$1=2.764 NIS.

10 Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 5.

11 სასამართლომ აღნიშნა: „ყველა თანხმდება დავა უნდა მოწესრიგდეს დარღვევის ადგილის, ანუ შეერთებული შტატების კანონის მიხედვით. უდავოა, ეს კანონი არ არის დადასტურებული.“ სასამართლო დაეყდრო ფაქტს, რომ წიგნები გაიგზავნა ისრაელში. ამდენად, გაყიდვების ნაწილი ამ ქვეყანაშიც განხორციელდა. შენქსის ჩვენებისა და წარმოდგენილი მტკიცებულებებიდან გამომდინარე გაირკვა, რომ წიგნის სამი ეგზემპლარი BAS-მა გაუგზავნა მკითხველებს ისრაელში. მართალია შეკვეთა გაკეთდა და გადახდა მოხდა შეერთებულ შტატებში, თუმცა სასამართლომ BAS-ის მიერ გაშიფრული ტექსტის ისრაელში გაგზავნა, საკმარისად ჩათვალა რათა ქიმრონის საავტორო უფლების ისრაელში დარღვევა დაედგინა. შესაბამისად, ეს მიიჩნია ისრაელის კანონის გამოყენების საფუძვლად. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 6.

12 Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 8.



ლის კანონმდებლობა. მან აღნიშნა, რომ იდენტურობის პრეზუმფციის გამოყენება არ იყო ფიქცია, რადგან ორივე კანონი (ამერიკული და ებრაული) ინგლისური სამართლიდან იღებდა სათავეს. მიუხედავად იმისა, რომ ისრაელის საავტორო უფლებების კანონი იმ დროისათვის მართლაც ეფუძნებოდა ბრიტანეთის 1911 წლის საავტორო უფლებათა აქტს, ამერიკული სამართალი დაახლოებით 200 წლის განმავლობაში მისი გავლენის ქვეშ არ მოქცეულა.<sup>13</sup>

ებრაელი მოსამართლეები ზოგადად იცნობენ უცხოურ კანონს, ძირითადად ინგლისურ და ამერიკულ კანონმდებლობას. მოსამართლეთათვის ხელმისაწვდომია ბიბლიოთეკები მდიდარი უცხოური მასალითა და სასამართლო პრაქტიკით. მოსამართლე დორნერმა დავის გადაწყვეტისას გამოიყენა სამი ამერიკული საქმე.<sup>14</sup> იგი ასევე ციტირებდა აშშ-

ის ტრაქტატს Nimmer საავტორო უფლებების შესახებ, ინგლისურ საავტორო უფლებების ტრაქტატს Copinger. მოყვანილი მაგალითები, მოსამართლის ცოდნის დამატებითი წყაროს დემონსტრირება უფრო იყო, ვიდრე უცხოური სამართლის გამოყენება.<sup>15</sup>

მოპასუხეები ეწინააღმდეგებოდნენ საქმეში იდენტურობის პრეზუმფციისა და ისრაელის კანონის გამოყენებას, ამტკიცებდნენ, რომ ქიმრონმა არ დაადგინა სამართალდარღვევის ადგილის კანონი, „ამგვაჩად, მან ახ დაამტკიცა ფაქტები, რომლებიც წაჩმოაგვინდა საჩჩედის საფუძველს.“ შენქსმა, ბიბლიური არქეოლოგიის საზოგადოებამ და რედაქტორებმა გაასაჩივრეს გადაწყვეტილება. ისინი აღნიშნავდნენ, რომ ქიმრონის უფლებების შელახვა არ მომხდარა ისრაელში. შესაბამისად, მას არ ქონდა სარჩელის აღძვრის საფუძველი ისრაელის კანონმდებლობის მიხედვით, არ არსებობდა გარემოებები ებრაული კანონის გამოსაყენებლად. მათი მოსაზრებით, გრაგნილის გაშიფვრა სხვა არაფერი იყო თუ არა, არსებული ნაწარმოების რეკონსტრუქცია. ტექსტის რეკონსტრუქციის დაცვა ზიანს აყენებდა მეცნიერულ კვლევებს, ანიჭებდა ერთ ადამიანს საკუთრების უფლებას „ებრაელი ხალხის

13 გასათვალისწინებელია ისრაელის საავტორო უფლებების კანონმდებლობის უნიკალური განვითარება. ებრაული სამართლებრივი სისტემა ეფუძნება საერთო სამართალს, წლების განმავლობაში მას დაემატა კონტინენტური სამართლის ელემენტებიც. ისრაელის საავტორო უფლებების კანონმდებლობა დაეფუძნა დიდი ბრიტანეთის 1911 წლის საავტორო უფლებების კანონსა და საავტორო უფლებათა შესახებ განკარგულებას, რომლებიც გამოიყენებოდა პალესტინაში 1924 წელს, 1948 წლიდან კი ისრაელის კანონის ნაწილი გახდა. მორალური უფლებები აქტს დაემატა 1981 წელს. 1999 წელს რამდენიმე მნიშვნელოვანი ცვლილება განხორციელდა კანონში TRIPS-ის (შეთანხმება ინტელექტუალური საკუთრების უფლებების ვაჭრობასთან დაკავშირებული ასპექტების შესახებ) მოთხოვნათა შესასრულებლად. საავტორო უფლებების შესახებ ისრაელის განკარგულების 4 a(1) ნაწილი ადგენს, „ავტორს უფლება აქვს გამოიყენოს თავისი სახელი მის ნამუშევარზე, მიღებული წესითა და ფორმით.“ წლების განმავლობაში, ისრაელის საავტორო უფლებების კანონი გარკვეულწილად განსხვავდებოდა ინგლისური ანალოგისაგან. Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 7. Wilkof, N., (2001). COPYRIGHT, MORAL RIGHTS AND THE CHOICE OF LAW: WHERE DID THE DEAD SEA SCROLLS COURT GO WRONG? HOUSTON LAW REVIEW, 465.

14 მათ შორის 1991 წლის საქმე Feist Publications v. Rural Telephone Service Co, სადაც სასამართლომ სახელების ანბანური მეთოდით შედგენის ინტელექტუალური წვლილი ძალიან მინიმალურად მიიჩნია, იმისათვის, რომ საავტორო უფლების დაცვით უსარგებლა. ადგილობრივი სატელეფონ-

ნო კომპანიის აღმასრულებელი ხელმძღვანელი გადაწყვეტს შექმნას საუკეთესო მონაცემთა ბაზების სატელეფონო ცნობარი. დეტალურად შემუშავებული გამოკითხვების შემდეგ, იგი ახლებური და ინოვაციური გზით ანაწილებს საზოგადოებებს, რომლებიც კომპანიის წარმოებულ ცნობარში უნდა იქნას შეყვანილი. დიდ დროს უთმობს კვლევას გვარების ანბანიზაციის მიზნით, დეტალურ ყურადღებას აქცევს პატრონიმიკას, დეფისით დაწერილ გვარებსა და სხვა არაორდინალურ კომბინაციებს, რასაც მისი წინამორბედები არასოდეს აკეთებდნენ. შედეგად, შექმნილი სატელეფონო წიგნი, მისივე შეფასებით, „ხელოვნების ნაწარმოებია“. იმსახურებს თუ არა ის საავტორო უფლებებით დაცვას? მოსამართლის გადაწყვეტილებით, მიუხედავად იმისა, რომ სატელეფონო წიგნი შესაძლოა შეიცავდეს საავტორო უფლებებით დაცულ მასალას (მაგ, წინასიტყვაობასა და ყვითელ ფურცლებს), როცა საქმე ეხება ანბანურ თეთრ გვერდებს, მასზე საავტორო უფლებები არ გავრცელდება. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 20.

15 Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 9.



კულტურული მემკვიდრეობის ნაწილზე.“ მათ მიერ ტექსტის გამოქვეყნება შეესაბამებოდა „მეცნიერულ კონვენციას“ და სარგებლობდა დაცვით, როგორც პუბლიკაცია, შესრულებული ქიმრონის ნაგულისხმევი თანხმობით. გაშიფრული მასალა თავად ქიმრონის მიერ იყო გავრცელებული მკვლევართა შორის. ასე რომ, სახელის გარეშე გამოქვეყნებით მისი მორალური უფლების დარღვევა არ მომხდარა. საჩივარში ამტკიცებდნენ, რომ მათ არ მიუყენებიათ კომპენსაციის მოთხოვნის შესაბამისი მატერიალური ზიანი, ადვოკატის მომსახურებისა და მორალური ზიანისთვის დაკისრებული თანხა კი გადაჭარბებულად მიაჩნდათ.<sup>16</sup>

მოპასუხეებს გააჩნდათ მკაფიო პრეტენზია მკვლევართა საერთაშორისო ჯგუფისათვის მინიჭებული „მონოპოლიის“ გამო, რაც ბევრ მეცნიერს უშლიდა ხელს შეესწავლათ გრაგნილები. წიგნის გამოცემამ კი „დიდი წვლილი შეიტანა გრაგნილთა კვლევაში და მხოლოდ ამ გზით დაასრულა არსებული მონოპოლია.“<sup>17</sup>

## ანგლო-ამერიკული სამართალი საავტორო უფლებების შესახებ

ბიბლიის ყველა ძირითადი ინგლისური თარგმანი, გარდა ავტორიზებული ვერსიისა, საავტორო უფლებებით არის დაცული.<sup>18</sup> საავტორო უფლებით დაცვას ექვემდებარება ძველი ბიბლიური მანუსკრიპტების ზოგიერთი სტანდარტული გამოცემა, რომელთაგან თარგმანებია შესრულებული. ამ უფლებათა დარღვევა, ინვესს სარჩელების აღძვრას მათ წინააღმდეგ, ვინც ახორციელებს ბიბლიის რეპროდუცირებას ქრისტიანული მსახურებისათვის, საავტორო უფლების მფლობელთა ნებართვის გარეშე. ბუნებრივია, ჩნდება თეოლოგიური კითხვა: მოკვდავი ადამიანები, რომელთაც ბიბლია ღვთის სიტყვად მიაჩნიათ, უნდა სარგებლობდნენ მასზე საავტორო უფლებებით?<sup>19</sup>

ზოგიერთი მეცნიერი ნუხს, რომ საავტორო უფლებები ღვთის სიტყვის მიმართ ვრცელდება, ზოგს მიაჩნია, რომ ამ გზით ბიბლია დაცულია ფალსიფიცირებისაგან<sup>20</sup> და არის ფინა-

16 Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 5, 6.

17 სასამართლომ განაცხადა: „შენქსი წლების განმავლობაში BAR-ის ფურცლებზე აწარმოებდა დაქინებულ და პოლემიკურ კამპანიას, რათა გაეხსნა ფარული გრაგნილებისადმი წვდომა ნებისმიერი დაინტერესებული მკვლევარისათვის. მან აღნიშნა, რომ იგი აქტუერებდა ყველა იმ ადამიანის სათქმელს, ვინც დარჩა "კვლევითი კარტელის" მიღმა. შენქსმა ასეთი რამ დაწერა წიგნის შესავალში: „რა თქმა უნდა, ჩვენ აღფრთოვანებული უნდა ვიყოთ თავდადებული ადამიანებით, რომლებმაც თავიანთი პროფესიული ცხოვრება მიუძღვნეს ჩვენი საერთო წარსულის ამ ერთი შეხედვით, შეუღწევადი ნაწილების აღდგენასა და გაშიფვრას. ეს ადამიანები, არა მხოლოდ თავდადებულნი, არამედ დარგის ბრწყინვალე ექსპერტებიც არიან. კეთილსინდისიერად ეკიდებიან საქმის თითოეულ ნიუანსს. ამისათვის პატივი უნდა ვცეთ მათ. თუმცა, სიამაყისა და სიხარბის გამო – მათი ურყევი გადაწყვეტილება შეინარჩუნონ ექსკლუზიური კონტროლი ამ საგანძურზე, სამარცხვინოა.“ Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 7.

18 თარგმანები, ადაპტაციები, მუსიკალური არანჟირებები და ლიტერატურისა ან ხელოვნების ნაწარმოებების სხვა სახეცვლილებები დაცულია როგორც ორიგინალური ნაწარმოებები, ორიგინალურ ნაწარმოებებზე საავტორო უფლების შელახვის გარეშე. 1886 წლის 9 სექტემბრის ლიტერატურისა და ხელოვნების ნაწარმოებების დაცვის ბერნის კონვენცია, მუხლი 2(3).

19 ტერმინი „ავტორიზებული ვერსია“ გულისხმობს არა მხოლოდ 1611 წლის მეფე ჯეიმსის გამოცემულ ვერსიას, არამედ მოიცავს ინგლისის ეკლესიის მიერ ნებადართულ ადრინდელ თარგმანებსაც.

1875 წელს ნიუ-იორკში Lesser v. Sklarz-ში, მოპასუხე ამტკიცებდა, რომ ბიბლია არსებობდა ადამიანთა მეხსიერების მიღმა. ასეთი წიგნები არ უნდა ყოფილიყო საავტორო უფლებების კანონმდებლობით გათვალისწინებული დაცვის საგანი. მოსამართლემ მოთმინებით მოისმინა ხანგრძლივი დისკუსია და დააკმაყოფილა მოსარჩელის მოთხოვნა. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14, Number 1, HeinOnline,1,2,12,13.

20 ქონებრივი უფლებები უზრუნველყოფს ბიბლიის გაყიდვიდან ფინანსური სარგებლის მიღებას, მორალური უფლებები კი არაკონომიკურია, იცავს გაყალბებისა და პლაგიატისგან. მაგ; 1972 წლის საქმეში Robert Stigwood Group v. O'Reilly მღვდლებ-

ნსური სარგებლის მომტანი, რაც ხმარდება მის თარგმნას, ბეჭდვასა და სუბსიდირებას მესამე სამყაროს ქვეყნებში. როგორც ცნობილია, საავტორო უფლება დაკავშირებულია საკუთრებასთან, ღვთაებრივი წარმოშობის გათვალისწინებით უნდა იყოს თუ არა ბიბლია ან მისი თარგმანი ინტელექტუალური საკუთრების ობიექტი?<sup>21</sup>

ინგლისში, პირველი საავტორო კანონმდებლობა იყო დეფოფალ ანას 1709 წლის სტატუტი, რომელიც ითვალისწინებდა, რომ „ავტორს აქვს ნებართვა თოთხმეტი წლის ვადით დაბეჭდოს და გადაბეჭდოს წიგნები.“ 1774 წელს, ლორდთა პალატამ განიხილა ცნობილი საქმე *Donaldson v. Beckett*,<sup>22</sup> სადაც რამდენიმე ლექსზე საავტორო უფლებას ვადა გაუვიდა, გამომცემელი კი ითხოვდა გამოქვეყნების აკრძალვას. თავის მხრივ, გადამწერი დონალდსონი ამტკიცებდა, რომ საავტორო უფლებები არ იყო საერთო სამართლის ნაწილი, რადგან უხსოვარი დროიდან რეპროდუცირება არასოდეს ყოფილა უკანონო ქმედება.

მა სარჩელი აღძრეს ოპერის „იესო ქრისტე სუპერვარსკვლავის“ მოდიფიცირებისთვის, რადგან სჯეროდათ, ის ჭეშმარიტი სახარების პაროდიას წარმოადგენდა. შეცვლილი ვერსია წარმოაჩენდა იესოს, როგორც ძლიერ, მამაკაცურ ინდივიდს, რომელიც მკვდრეთით კი არ აღმდგარა, უბრალოდ მოკვდა. მათი აზრით, ქრისტიანობა ცარიელი და ამაოა, თუ იესო მკვდრეთით არ აღმდგარა. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14, Number 1, 14.

21 ეს ფინანსური მოგება ბიბლიის მონოპოლიზირების შედეგია. ამდენად, ბენეფიტებით სარგებლობის მიუხედავად, საკითხავია რა უფრო მნიშვნელოვანია მიღებული ჰონორარები თუ ბიბლიის უფასოდ გავრცელება? ბიბლია ყველა დროის ბესტსელერია, ყოველწლიურად ყველაზე გაყიდვადი წიგნის სტატუსს ინარჩუნებს. ქრისტიანული საგამომცემლო ინდუსტრია წელიწადში რამდენიმე მილიარდ დოლარს გამოიმუშავებს გაყიდვებში. ამგვარად, საავტორო უფლებაზე უარის თქმას მნიშვნელოვანი ფასი აქვს. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14, Number 1, 2.

22 Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, Roger Syn, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14, Number 1, 5.

მან განაცხადა: „კანონი საერთო სამაჩთადში უნდა ეფუძნებოდეს ზნეობისა და ბუნებითი სამაჩთის პრინციპებს. წიგნების ეგზემპლარები ყველა დროში ახსებობდა და ასდები ყოველთვის კეთებოდა. და მაინც, მხოლოდ ერთ ადამიანს ჰქონოდა ასდების გამჟავების ექსკლუზიური პრივილეგია, ახასოდეს ყოფილა ნაკაჩნახევი ბუნებითი სამაჩთისაგან აჩც ერთ ეპოქასა თუ ქვეყანაში. ანტიკუხოზიდან მოყოლებული წიგნის გიანსკიბიბება ან გადაწეხა ყოველი ინდივიდის უფდება, აჩც ერთი ავგოჩი აჩ საჩგებდობს შესადებდობით, მხოლოდ მას ჰქონდეს ასდების წაჩმობის მუდმივი უფდება. ბეჭდვა, ჩომედიც ასდთა გამჟავების უფხო დაჩქაჩებული მეთო-ღია, ვეჩ შეცვლის სამაჩთიანობისა და უკანონობის პრინციპებს. ჩოგოჩც აჩ უნდა წახადის-დნენ ავგოჩები, საერთო სამაჩთაღს აჩ შეუძღია, საუკუნეთა ღუმირის შემდეგ, დაუყოვნებლივ გამოთქვას უფდების ამ ახადი სახეობის შესახებ, ჩომედიც საკუთებასთან აჩის დაკავშირებული. ანას ახადი საავგოჩო კანონმდებლობა საერთო სამაჩთის დეკლარაციური ნაწიდი აჩ აჩის, ის შემოლებუდ იქნა ჩათა სწავლუდმა ადამიანებმა შენიძინონ საკუთება, ჩომედიც ადეჩ აჩ ჰქონდათ“. გამომცემელი ბეკეტი ამტკიცებდა, რომ საავტორო უფლებები ნამდვილად იყო საერთო სამართლის ნაწილი, რადგან ავტორის მიერ შემოსავლის მიღება სამართლიანად მიაჩნდა. მან განაცხადა: „ავგოჩთა პეგენზია საკუთაჩი ნაწაჩმობების დაბეჭდვისა და გამოქვეყნების ერთპიხოვნუდ და ექსკლუზიუჩ უფდებაზე, ეფუძნება გონიეჩებისა და ბუნებითი სამაჩთის პრინციპებს. სამაჩთიანი და კანონიეჩია, მათ, ვინც საკუთაჩ იღებებს წეჩიღობითი კომპოზიციებით აწვდის საზოგადოებას, ჰქონდეთ ანაზღაუეება. ავგოჩები, თავიანთი ნამუშევეჩების გამოქვეყნებისას, საჩგებდის მიღების მიზნით ინაჩრუნებენ ნაბეჭდი ასდების გამჟავების უფდებას. აჩსებობს ნაგუდისხმევი შეთანხმება, ჩომ კონკეეგური ეგზემპლარის გაყიდვისას, მყიდვედი აჩ უნდა შეიეჩას ასდთა გამჟავების ავგოჩისუდ უფდებაში. ინგდისში, ბეჭდვის ხეღოვნების შემოლების პიხოვედივე დღიდან, საკუთებაის ეს თავისებუჩი სახეობა საავგოჩო უფდების სახეღით აჩის ცნობიდი“.<sup>23</sup>

23 ლორდთა პალატის გადაწყვეტილებით, დონალდსონს ლექსების კოპირების უფლება მისცეს. ეს იყო გარდამტეხი მომენტი საეტაპო საქმეთა სერიამში, რომლითაც დადასტურდა, რომ საავტო-

ყველა ქვეყანა არ აღიარებს მორალურ უფლებებს საავტორო კანონმდებლობაში. მიუხედავად ამისა, საავტორო უფლება მოიცავს მორალურ უფლებებსაც, რომლებიც ნაწარმოების ხელყოფის შემთხვევაში, ჰონორარის მიღების შესაძლებლობას იძლევა. „დახვეწილი საავტორო უფლებათა კანონმდებლობის ერთ-ერთი კომპონენტი იმის აღიარებაა, რომ ქონებრივი უფლებების დაცვის გახდა, საავტორო უფლება ასევე მოქმედებს მოხალეუნი უფლებების სფეროშიც“.<sup>24</sup>

თანამედროვე საავტორო უფლებების კანონმდებლობა ითვალისწინებს ქონებრივ და მორალურ უფლებებს. მორალური უფლებები მოიცავს:

1. ავტორის უფლებას, აღიარებულ იქნას ნაწარმოების ავტორად;
2. ავტორის უფლებას, არ დაუშვას ცვლილებების შეტანა ნაწარმოებში და დაცვას ის დამახინჯების ან სხვაგვარად ხელყოფისაგან;
3. ავტორის უფლებას გამოიხმოს ნაწარმოები და შეაჩეროს მისი გამოქვეყნება;
4. პირის უფლებას არ იყოს აღიარებული სხვისი ნაწარმოების ავტორად.<sup>25</sup> თუკი ქონებრივი უფლებები გადაცემადია, მორალური უფლებები უნარჩუნდება ავტორს.<sup>26</sup>

რო უფლებები გამოქვეყნებულ წიგნებს იცავდა მხოლოდ კანონით დადგენილი ვადით, რის შემდეგაც ისინი საზოგადოებრივი საკუთრებად გარდაიქმნებოდნენ. Syn, R., (2001-2002). ©COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14 Number 1, 5.6.

24 Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 231. მორალური უფლებების დარღვევას შეიძლება ჰქონდეს არაპირდაპირი ეკონომიკური შედეგები, რომელიც გამოწვეულია ავტორის ან ნაწარმოების იდენტობის შელახვით, მაშინ, როცა ქონებრივი უფლებები გულისხმობს ჰონორარის მოთხოვნის პირდაპირ შესაძლებლობას. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, 13.

25 Syn, R., (2001-2002). ©COPYRIGHT GOD:ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, 13.

26 ავტორის ქონებრივი უფლებებისგან დამოუკიდებლად და აღნიშნული უფლებების გადაცემის შემდეგაც კი, ავტორს აქვს უფლება მოითხოვოს

1789 წელს ამერიკის კონსტიტუციას საავტორო უფლებათა დებულებები დაემატა. აშშ-ის საავტორო უფლებების დოქტრინა, ყოველგვარი თეორიის გავლენისაგან, თავისუფლად განვითარდა. 1884 წელს უზენაესმა სასამართლომ განიხილა საქმე, რომელიც ეხებოდა ნაპოლეონ სარონის მიერ გადაღებულ ოსკარ უაილდის ჩაფიქრებულ პოზას. განხილვისას, გაჩნდა კითხვა შესაძლებელია თუ არა ფოტოგრაფს კონსტიტუციით გათვალისწინებული „ავტორის“ კვალიფიკაცია მიეცეს? სასამართლომ განაცხადა: „ავტორი აჩის ის, ვინც შექმნაში მიიღო მონაწილეობა. გამოგონებები, მწახმოებები, ვინც ქმნის სამეცნიერო ან ღიგეხატუხუდ ნაწახმოებს“.<sup>27</sup> სულაც არაა გასაკვირი, რომ უზენაესმა სასამართლომ დააფასა უაილდის სარონისეული პორტრეტის სილამაზე და განაცხადა, რომ ნაწარმოები აშკარად ავტორის შემოქმედება იყო და არა მოწყობილობის. ეს ნამუშევარი არ გახლდათ ფოტოსურათის ნარმოების „ჩვეულებრივი“ ნიმუში. სასამართლოს მოუწია ეთარგმნა კამერის უსულო შრომა მხატვრის შემოქმედებით გამოხატულებად. ამდენად, რჩებოდა კითხვა ვინ იყო მხატვრული ფოტოს შემქმნელი: ფოტოგრაფი თუ კამერა.<sup>28</sup> შეიძლებოდა თუ არა

ნაწარმოების ავტორად აღიარება და წინ აღუდგეს ამ ნაწარმოების ნებისმიერ გაუკუღმართებას, დამახინჯებას, ან სხვაგვარ ცვლილებას, ასევე ამ ნაწარმოების ნებისმიერ სხვა შელახვას, რომელმაც შესაძლოა ზიანი მიაყენოს ავტორის ღირსებას ან რეპუტაციას. 1886 წლის 9 სექტემბრის ლიტერატურისა და ხელოვნების ნაწარმოების დაცვის ბერნის კონვენცია, მუხლი 6 (1).

27 2000 წლის საქმეში Aalmuhammed v. Lee, უზენაესი სასამართლო ფოტოსურათი იყო „ოსტატის გონებაზე“ და არა პოზიორზე. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 11.

28 განხილვის პროცესში გაჩნდა კითხვა: როგორ შეიძლებოდა ჩამკეტის დაწკაპუნების მკვეთრი ქესტი შედარებოდა ფუნჯის მოსმას? სასამართლომ დაინახა ავტორის ხედავა პოზირების, კოსტიუმებისა და აქსესუარების შერჩევა-მოწყობაში. ამ ქმედებებში, სასამართლოს მტკიცებით, მან აღმოაჩინა ავტორის ხელწერა. მოსამართლე არ საუბრობდა იმ მეთოდებზე, რომლითაც ფოტოგრაფს შეუძლია გამოსახულებით მანიპულირება. გასაკვირია, რომ არ არის განხილული რეტუშირების, გადამუშავების, ჭრის, ჩარჩოების, ხელახალი განვითარების, შეღებვის და ა.შ. შესაძლებლობები. მეტიც, ე.წ. „ხელოვნების ფო-



ფოტოსურათის, როგორც საავტორო ნაწარმოების დაცვა? სასამართლომ აღნიშნა: „ფოტოგრაფია თვადსაჩინო ფოტო მისცა კამერის წინ ხსენებული ოსკარ უაიდის პოზიციას კოსტიუმის, ფაჩების, სხვადასხვა აქსესუარების შეჩვევითა და განთავსებით. მოაწყო საგანი ისე, რომ წახმოეჩინა მოხდენილი კონტრუქციები, გაანაწილა შექმნილი, გამოძეხა სასუქვედი გამოხატულება, ასეთი განწყობისა და განდაგების შედეგად, მან შექმნა ფოტოსურათი. ეს აღმოჩენები წახმოაჩინეს, რომ ფოტო ხედვების ორიგინალური ნიმუშია, მოსაჩივრის ინტელექტუალური შემოქმედების პირობები, რომლის ავტორიც ის არის“.<sup>29</sup>

ორი ათეული წლის შემდეგ უზენაესმა სასამართლომ იმსჯელა – იყო თუ არა საცირკო ნაწარმოებების სარეკლამო პოსტერი საავტორო უფლებით დაცვის ობიექტი. მოსამართლე პოლმსმა განაცხადა: „სახიფათო წამოწყება იქნებოდა მხოლოდ სამაჩთაღში კვადრიფიციებზე პიხებს რომ შეეფასებინათ ფეხჩეხური იდუსტრაციების ყველაზე ვიწხო და საზღვრებს მიღმა ახსებული ღიხებულებები. ზოგჯერ, გენიალური ნამუშევრები სათანადოდ არ არის შეფასებული. მათში ახსებული სიახლე მიუღებელია, სანამ საზოგადოება არ ისწავდის ახად ენას, რომეღზე მათი ავტორი მეტყველებს. საეჭვოა, მაგადითად, გოიას ან მანეს ნახატებს საავტორო დაცვით ესაჩებდათ, მათი პიხვედად ხიღვის შემდეგ. თუ სუჩათები გამოხატავენ რომედიმე საზოგადოების ინტეჩესს, მათ გააჩნიათ კომეჩიური და აჩა ესთეტიური, საგანმანათლებლო ღიხებულება. ამ სუჩათების ღიხებულება კი, მათი ჩეპიოღეციხების სუჩვიღით აიხსნება“.<sup>30</sup>

ტოგრაფები“ სწორედ ამ ტექნიკას იყენებდნენ. სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა მხოლოდ წინა ჩამკეტის ქმეღებზე და არა პროცესებზე. თუმცა, ავტორის ნამუშევარი სრულიად განცალკეულ კამერის მუშაობისაგან. Farley, C. H. (2004). THE LINGERING EFFECTS OF COPYRIGHT'S RESPONSE TO THE INVENTION OF PHOTOGRAPHY UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW, vol 65, 389,390,391.

29 Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY,12.

30 Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. (1903). Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY,12.

## აქვს თუ არა პროფესორ ქიმრონს საავტორო უფლებები?

აქვს თუ არა ქიმრონს საავტორო უფლება გაშიფრულ ტექსტზე? უპირველესად, განვსაზღვროთ რა არის ის ნაწარმი, რომელზეც იგი თერთმეტი წლის განმავლობაში მუშაობდა. უნდა განვასხვავოთ გაშიფრული გრაფიკის ორი ძირითადი კომპონენტი. ერთი – ფიზიკური, ხელშესახები „ნედლეული“, ანუ ფრაგმენტები, შექმნილი დაახლოებით 2000 წლის წინ და აღმოჩენილი კუმრანში. მეორე კომპონენტი არის ის, რამაც გრაფიკის ფრაგმენტთა კოლექცია აღდგენით, თანმიმდევრული დალაგებითა და ხარვეზების შევსებით აქცია გაშიფრულ ტექსტად. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ფრაგმენტებისათვის სულის შთაბერვით, მათი მნიშვნელოვან და ცოცხალ ტექსტად ქცევა.<sup>31</sup>

ისრაელის საავტორო უფლებების კანონის 35 (1) მუხლის თანახმად, „ლიტერატურული ნაწარმოები“, რომელიც შეიძლება დაექვემდებაროს საავტორო უფლებებს, მოიცავს *inter alia*, კომპილაციებსაც. ამ განმარტების მიხედვით, „სავტორო უფლება შეიძლება არსებობდეს უნიკალურ რედაქტირებაში ან დიზაინში“, სანამ ის მიიჩნევა „ორიგინალ ნამუშევრად, მასში ასახული აზროვნების, ჩადებული შრომისა და უნარების გამო“.<sup>32</sup> ამრიგად, „ლიტერატურული ნაწარმოები“, როგორც ეს ტერმინი გამოიყენება აქტში, ისარგებლებს საავტორო უფლებების დაცვით მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ნამუშევარი ორიგინალურია. ორიგინალობის მოთხოვნა რატომღაც გამოტოვებულია აქტის ოფიციალურ ებრაულ თარგმანში, თუმცა ის გადმოცემულია ინგლისური კანონის პირველ ნაწილში: „ყოველი ორიგინალური ლიტერატურული, დრამატული, მუსიკალური და მხატვრული ნაწარმოები.“ ინგლისური ნო-

31 ქიმრონმა კომბინირებული სამუშაოები განახორციელა: ფრაგმენტების ფიზიკური აგრეგაცია, მათი განლაგება, ტექსტის გაშიფვრა და სიცარიელების შევსება. გრაფიკითა ფრაგმენტებში, მან მოათავსა „სული“ თავისი ცოდნისა და ნიჭის დამსახურებით. მისმა მოქმედებებმა აქცია გაშიფრული ტექსტი დაცულ ნაწარმოებად? Birnhack, M. (2007), The Dead Sea Scrolls Case – Translation, Faculty of Law, Tel-Aviv University, 8, 9.

32 Birnhack, M. (2007), The Dead Sea Scrolls Case – Translation, Faculty of Law, Tel-Aviv University, 9.



რმის შესაბამისად, საავტორო უფლებების დაცვა გათვალისწინებულია არა აბსტრაქტული იდეისათვის, არამედ იდეის ხელშესახები გამოხატვისთვის. საჭიროა ნაწარმოები მომდინარეობდეს მისი შემქმნელისგან, ავტორისაგან და არ იყოს კოპირებული სხვა ნაშრომიდან. მიუხედავად იმისა, რომ ავტორმა გამოიყენა უკვე არსებული მასალა, თუმცა მასში საკმარისად ასახა დამოუკიდებელი ძალისხმევა და საკუთარი ნიჭი, ნამუშევარი დაექვემდებარება დაცვას.<sup>33</sup>

### ორიგინალობის კონსეფცია საავტორო სამართალში

შეერთებულ შტატებში საავტორო უფლებების კანონის მთავარი მიზანი „მეცნიერებისა და ხელოვნების პროგრესის ხელშეწყობაა. ამ მიზანს ემსახურება ავტორთა მოტივაცია შექმნან სამეცნიერო და მხატვრული ნაწარმოებები“. ამდენად, ნაშრომი რომელიც არის „საავტორო ორიგინალური ნაწარმოები ექვემდებარება დაცვას, ხათა მომავალში წახადისდეს მეტი მსგავსი ავტორობა, ხამაც საბოლოოდ უნდა მოიგანოს სასუხვედი პროგრესი ინტელექტუალური წარმოებაში“. საავტორო უფლებებით დაცულია „ავტორის ორიგინალური ნაწარმოებები“, ანუ ნამუშევრები შექმნილი იმ პირთა მიერ, რომლებიც მოითხოვენ დაცვას.<sup>34</sup>

„ავტორობა“ გულისხმობს აუცილებელ კავშირს შემქმნელსა და ნაწარმოებს შორის. ნამუშევარი სათავეს უნდა იღებდეს ავტორისაგან, მინიმალური საჭირო ხარისხით. „ეს ახ შეიძლება იყოს კოპიება“. ვერ იარსებებს ავტორობა, ორიგინალობა და დაცულობა, თუ

მოსარჩელე მოქმედებს, როგორც უბრალოდ გამტარი – როცა ნაშრომის (გადამონებადი ფაქტები ან ადრინდელი ტექსტური ფრაგმენტები) საწყისი მხოლოდ სხვა წყაროა. ამდენად, დაცულია ნამუშევრები, რომლებიც „ეფუძნება გონების შემოქმედებით უნარებს, არის ინტელექტუალური შრომის ნაყოფი, ხორცშესხმულია წიგნების, ნაბეჭდების, გრაფიკურების და სხვათა სახით. კანონი პირდაპირ მოითხოვს ორიგინალობის მხოლოდ მინიმალურ დოზას, საავტორო უფლებებით დაცულობის შესანარჩუნებლად: „საკმაჩისია, თუ ნაწარმოები ავტორის საკუთებაა“.<sup>35</sup>

### უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება

უზენაეს სასამართლოში საქმის განხილვის მიმდინარეობისას, ქიმრონმა გამოაქვეყნა თავისი ნაშრომი, შენქსმა წიგნის მეორე გამოცემა გაშიფრული ტექსტის გარეშე.<sup>36</sup>

2000 წლის 30 აგვისტოს უზენაესი სასამართლოს კოლეგია დაეთანხმა ქვემდგომი ინსტანციის გადაწყვეტილებას და დაამატა, რომ შენქსს უნდა გადაეცა ქიმრონისათვის წიგნის ნებისმიერი ასლი, რომელიც ჯერ კიდევ რჩებოდა მის მფლობელობაში. სასამართლომ დაადგინა, რომ საქმის მიმართ გამოყენებას ექვემდებარებოდა ისრაელის კანონი. გაშიფვრა შეიცავდა საკმარის ორიგინალობასა და კრეატიულობას საავტორო უფლებების მისაღებად. ამდენად, პროფესორი ქიმრონი მიჩნეულ იქნა საავტორო უფლებების მფლობელად. განხილვისას, სასამართლომ გააუღერა საავტორო უფლებების ზოგიერთი ძირითადი პრინციპი: ნედლი მასალის კომპილაციები შეიძლება დაექვემდებაროს საავტორო უფლებებით და-

33 Birnhack, M. (2007), The Dead Sea Scrolls Case – Translation, Faculty of Law, Tel-Aviv University, 9.

34 U.S. CONST. art I, §8, cl. 8 კონგრესს შესაძლებლობა აქვს მეცნიერებისა და ხელოვნების პროგრესის ხელშეწყობის მიზნით, უზრუნველყოს ავტორები და გამომგონებლები შეზღუდული დროით ექსკლუზიური უფლებით სარგებლობდნენ თავიანთ ნაწარმოებსა და აღმოჩენებზე. Tempka, U., (2002). "Originality" After the Dead Sea Scrolls Decision: Implications for the American Law of Copyright, Intellectual Property Law Review, Volume 6, Issue 1, Article 5, 121,122. <<http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol6/iss1/5>> [ბოლო ნახვის თარიღი: 26 სექტემბერი, 2022]

35 Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., U.S. 1879; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc., 2d Cir. 1951. Urzula Tempka, U., (2002). "Originality" After the Dead Sea Scrolls Decision: Implications for the American Law of Copyright, Intellectual Property Law Review, Volume 6, Issue 1, Article 5, 121,122.

36 1994 წელს ოქსფორდის უნივერსიტეტის პრესამ გამოაქვეყნა გამოცემა, ქიმრონისა და სტრუგენელის რედაქტორობით, რომელიც შეიცავდა აღნიშვნას: © Elisha Qimron 1994. MacQueen, H., (30 August 2008). The Scrolls and the Legal Definition of Authorship Edinburgh University, 2,3.

ცვას; გამოთქმა იმსახურებს დაცვას და არა საფუძვლიანი იდეა; ორიგინალობის მოთხოვნა ეხება ავტორს და არა სხვა წყაროს.<sup>37</sup>

სასამართლომ განიხილა აპელანტთა პრეტენზიები, რომ საჯარო წესრიგის გამოყენებას უნდა გამოენივია საავტორო უფლებების უარყოფა გაშიფრული ტექსტის მიმართ. შენქსი რედაქტორებთან ერთად ამტკიცებდა, რომ გაშიფრული ტექსტის საავტორო უფლებებით დაცვა დააბრკოლებდა სხვა მეცნიერებს ქიმრონის ნაშრომის მიმართ კრიტიკის გამოთქმაში, ზოგადად, ეს ხელს შეუშლიდა საზოგადოებრივი ინტერესის დაკმაყოფილებას გრაგნილთა კვლევის საქმეში. სასამართლომ განმარტა, რომ ქიმრონის საავტორო უფლება არავის აბრკოლებდა შეესწავლათ, გაეშიფრათ, დაელაგებინათ ფრაგმენტები და ამოევისოთ ხარვეზები. შესაბამისად, ნებისმიერს შეეძლო ეს გაეკეთებია ქიმრონისგან განსხვავებული მეთოდებით, და ესარგებლა საავტორო უფლებების დაცვით. გარკვეული თვალსაზრისით, ეს იყო „მრავალფაქტორიანი“ განტოლება, რომლის ამოხსნა ნებისმიერს შეეძლო ეცადა, რათა თავის ადგილას მოეთავსებია სხვადასხვა „მნიშვნელობები“.<sup>38</sup> სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ შენქსმა დაარღვია ქიმრონის საავტორო უფლებები. იგი ამტკიცებდა, რომ პირველად პოლონელმა მკვლევარმა გამოაქვეყნა გაშიფრული ტექსტი. მეცნიერთა კონვენციის თანახმად, ერთხელ გამოქვეყნების შემდეგ არსებობდა ავტორის ნაგულისხმევი თანხმობა, რათა დაეშვა ტექსტის შემდგომი გამოყენება მისგან ნებართვის მიღების გარეშე.<sup>39</sup>

ისრაელის უზენაესმა სასამართლომ არ განმარტა სათანადოდ იყო თუ არა იდენტიფიკაციის პრეზუმფცია გამოყენებული. მეტიც, საერთოდ არ გამოიყენა პრეზუმფცია და პირდა-

პირ მიმართა ისრაელის კანონმდებლობას, იმ საფუძვლით რომ გამოცემის სამი ეგზემპლარი გაიყიდა ისრაელში, აქედან გამომდინარე საავტორო უფლებების დარღვევა მოხდა ამ ქვეყანაში. ამით, სასამართლომ დაადასტურა ისრაელის საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმების არჩევანი საავტორო და მორალური უფლებების საკითხებთან დაკავშირებით.<sup>40</sup> როგორ გადაწყდებოდა დავა სასამართლოს აშშ-ის კანონმდებლობა რომ გამოეყენებინა? იძლევა ამერიკული კანონმდებლობა მკაფიო პასუხს? ამ კითხვაზე პასუხი საავტორო უფლებების კანონის მთავარი პრინციპია – ორიგინალობის მოთხოვნა.<sup>41</sup>

## დასკვნა

უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ შეერთებულ შტატებში გამოცემული და შეკვეთილი წიგნის სამი ეგზემპლარის ისრაელში გაგზავნით, სწორედ ისრაელში მოხდა კონსოლიდირებული ტექსტის უნებართვო გამოქვეყნება. საავტორო უფლება მოითხოვს, რომ ნაწარმოებზე ჩვეული წესით მიეთითოს ავტორის სახელი.<sup>42</sup>

37 Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 5.

38 Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 5,6.

39 Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 6.

40 Wilkof, N., (2001). COPYRIGHT, MORAL RIGHTS AND THE CHOICE OF LAW: WHERE DID THE DEAD SEA SCROLLS COURT GO WRONG? HOUSTON LAW REVIEW, 464.

41 Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors 9,10,11. ორიგინალობა ნიშნავს, რომ ნამუშევარი სათავეს იღებს ავტორისაგან და არა სხვა წყაროდან. ამასთან, საჭიროა უნარებისა და შრომის (მინიმალური) ინვესტიცია. აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ ცნობილ საქმეში Feist გადაჭრა ეს რთული ამოცანა და განაცხადა, რომ სატელეფონო წიგნის შედგენა არ ანიჭებს საავტორო უფლებას კომპილაციასზე, თუ ფაქტების შერჩევა და განლაგება ორიგინალური არ არის. ინგლისში ორიგინალობის მოთხოვნა გულისხმობს, რომ ნამუშევარი დამოუკიდებლად იქმნება ავტორის მიერ, შრომისა და უნარების მინიმალური ხარისხით. MacQueen, H., (30 August 2008). The Scrolls and the Legal Definition of Authorship Edinburgh University, 3,4,5.

42 Wilkof, N., (2001). COPYRIGHT, MORAL RIGHTS AND THE CHOICE OF LAW: WHERE DID THE DEAD SEA SCROLLS COURT GO WRONG? HOUSTON LAW REVIEW, 464, 465,466.

გრაგნილის ავტორი დიდი ხანია გარდაცვლილია. სინამდვილეში, რა გააკეთა ქიმრონმა? მან აღადგინა გრაგნილი, გაშიფრა ფრაგმენტთა ტექსტი, შეავსო მათში არსებული სიცარიელები. წლების განმავლობაში თავდაუზოგავი შრომა, შთამბეჭდავი ნიჭი და ღრმა ცოდნა ერთმანეთს ერწყმოდა ტექსტის გაშიფრის პროცესში. ქიმრონს არ გამოუთქვამს პრეტენზია, რომ რამე საკუთარი დაწერა, მას თავად არ შეუქმნია ტექსტი, ფრაგმენტები შემთხვევით არ დაულაგებია. იგი ამტკიცებდა, რომ აღადგინა ქრისტიანობის წარმოშობის

დროს დაწერილი ორიგინალი ტექსტი. სასამართლოს აზრით, ნაწარმოების, როგორც ერთი მთლიანის შესწავლა სხვადასხვა ფაზებით, უდავოდ ცხადყოფს ორიგინალურობასა და შემოქმედებითობას. ქიმრონის ნამუშევარი არ იყო ტექნიკური, „მექანიკური“, მარტივი შრომის შედეგი.<sup>43</sup>

43 Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, *European Intellectual Property Review Case Comment*, Sweet and Maxwell Limited and Contributors 12,15.

## The *Dead Sea Scrolls* Case: Features of Intellectual Property Disputes in Private International Law

Tamar Mskhvildze

*Doctor of Law, Scientist at Scientific Research Institute of Law of European University*

KEYWORDS: Presumption of identity, Copyright, Moral rights

### ABSTRACT

The case is known around the world as a drama steeped in mystery, international intrigue, professional jealousy, political tension and conspiracy, which raised the issue of copyright in biblical manuscripts. This legal saga has sparked debate not only in the academic community studying the scrolls, but also among copyright lawyers around the world. The decision of the Supreme Court raises a fundamental question about the choice made of the rule of private international law in the context of copyright and moral rights. The issues to be discussed essentially related to academic freedom, access to unpublished sources, exchange of knowledge and information before publication, possibility of free use of material after publication. More than 2,000 years after it was written and half a century after its discovery, one of the Dead Sea Scrolls finally has a "legitimate" author, according to an Israeli court.

**ბიბლიოგრაფია:**

1. ბერნჰეკ, დ. მ. (2001). მკვდარი ზღვის გრაგნილების საქმე: ვინ არის ავტორი, ევროპული ინტელექტუალური საკუთრების მიმოხილვის საქმეთა კომენტარები.
2. ბერნჰეკ, დ. მ. (2001). მკვდარი ზღვის გრაგნილების საქმე – თარგმანი.
3. ფარლი, ს. ჩ. (2004). ფოტოგრაფიის გამოგონებაზე საავტორო უფლებათა რეაგირების ხანგრძლივი ეფექტი, პიტსბურგის უნივერსიტეტის სამართლის მიმოხილვა, ტომი 65.
4. მაქქუინი, ჩ., (2008 წლის 30 აგვისტო). გრაგნილები და ავტორობის ლეგალური განმარტება, ედინბურგის უნივერსიტეტი.
5. ნიმერი, დ., (2001). საავტორო უფლებები მკვდარი ზღვის გრაგნილთა საქმეში, ავტორობა და ორიგინალობა, ჰიუსტონის სამართლის მიმოხილვა.
6. სტიუარტ, ს. მ., (1989). საერთაშორისო საავტორო და მომიჯნავე უფლებები, მეორე გამოცემა.
7. სინ, რ., (2001-2002). © საავტორო უფლებების მოქმედება ბიბლიასა და რელიგიურ ნაწარმოებებში, რეგენტის უნივერსიტეტის სამართლის მიმოხილვა, ტომი 14, ნომერი 1.
8. ტემპსკა, უ., (2002). „ორიგინალობა“ მკვდარი ზღვის გრაგნილების საქმის შემდეგ: ამერიკის საავტორო უფლებათა კანონმდებლობაზე გავლენა, ინტელექტუალური საკუთრების სამართლის მიმოხილვა, ტომი 6, ნომერი 1.
9. ვილკოფ, ნ., (2001). საავტორო უფლებები, მორალური უფლებები და სამართლის არჩევანი: სად დაუშვა შეცდომა მკვდარი ზღვის გრაგნილების საქმის განხილველმა სასამართლომ? ჰიუსტონის სამართლის მიმოხილვა.
10. ლიტერატურისა და ხელოვნების ნაწარმოებების დაცვის ბერნის კონვენცია, 1886.

**BIBLIOGRAPHY:**

1. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case: Who is an Author, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors. (In English)
2. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation. (In English)
3. Farley, C. H. (2004). THE LINGERING EFFECTS OF COPYRIGHT'S RESPONSE TO THE INVENTION OF PHOTOGRAPHY, UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW, vol 65. (In English)
4. MacQueen, H., (30 August 2008). The Scrolls and the Legal Definition of Authorship Edinburgh University. (In English)
5. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS, AUTHORSHIP AND ORIGINALITY. (In English)
6. STEWART, S. M., (1989). INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS, Butterworths 2d ed. (In English)
7. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14, Number 1, HeinOnline. (In English)
8. Tempska, U., (2002). "Originality" After the Dead Sea Scrolls Decision: Implications for the American Law of Copyright, Intellectual Property Law Review, Volume 6, Issue 1, Article 5. <<http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol6/iss1/5>> (In English)
9. Wilkof, N., (2001). COPYRIGHT, MORAL RIGHTS AND THE CHOICE OF LAW: WHERE DID THE DEAD SEA SCROLLS COURT GO WRONG? HOUSTON LAW REVIEW. (In English)
10. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1986, <<https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne>> (In English)



**NOTES:**

1. On the slopes of the Judean desert near the Dead Sea between 1947 and 1956, more than 800 ancient manuscripts were discovered in caves. They contained texts from all but one book of the Bible (the book of Esther). The rest of the manuscripts were ancient, non-biblical Hebrew texts: apocrypha and pseudo-epigraphs. Needless to say, the scrolls provide direct evidence of the period of consolidation of Judaism and the rise of Christianity, and it is no wonder that they are considered one of the most important archaeological discoveries of the twentieth century. Birnhack, D. M. (2001). THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 1. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 3. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 54, 55, 56.
2. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 58.
3. Professor Strugnell noted: is unique in language, style, and content. Using linguistic and theological analysis, the original text has been dated as one of the earliest works of the Qumran sect. Together the six fragments provide a composite text of about 130 lines, which probably cover about two-thirds of the original. The initial part of the text is completely missing. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 58.
4. Strugnell's report: Elisha Qimron and John Strugnell, "Qumran Cave 4", Miqsat Ma'ase Ha-Torah, in X Discoveries in the Judean Desert 1994, Birnhack, D. M. (2001). THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 3.
5. Birnhack, D. M. (2001). THE DEAD SEA SCROLLS CASE:WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment,Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 3.
6. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY,68.
7. The Society for Biblical Archeology ("BAS"), based in the United States, published the Biblical Archeology Review ("BAR"). Birnhack, D. M. (2001).THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 3.
8. Since the late 1980s, no controversy has been more heated than that surrounding access to the scrolls and the movement to accelerate their publication. The push by scholars to gain what the "Biblical Archaeology Review" characterized as "intellectual freedom and the right to scholarly access" has had significant results. In 1988, the administration for scroll research, the Israel Antiquities Authority, began to expand the number of scroll assignments. By 1992, they included more than fifty scholars. In 1991, a computer-generated version as well as a two-volume edition of the scroll photographs were published by the Biblical Archaeology Society. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 66,67.
9. This is, of course, a literal translation. However, in Israeli law "copyright" is translated in European style as "author's right". Birnhack, D. M., (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 4.
10. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 5.
11. The court noted: "Everyone agrees that the dispute must be governed by the law of the place of delict, that is, the law of the United States. The court found that three copies were sent by BAS to readers in Is-

- rael. The court found BAS's sending of the decrypted text to Israel sufficient to establish an infringement of Kimron's copyright in Israel. Accordingly, the court considered this as a basis for the application of Israeli law. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, Faculty of Law, Tel-Aviv University,6.
12. Birnhack, D. M., (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, Faculty of Law, Tel-Aviv University, 8.
  13. The unique development of Israeli copyright law should be considered. The Jewish legal system is based on common law, with elements of civil law added over the years. Israeli copyright law was based on the UK Copyright Act 1911 and the Copyright Ordinance, which was used in Palestine in 1924, and became part of Israeli law from 1948. The Moral Rights Act was added in 1981. Over the years, Israeli copyright law has differed somewhat from its English counterpart. Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 7. Wilkof, N., (2001). COPYRIGHT, MORAL RIGHTS AND THE CHOICE OF LAW: WHERE DID THE DEAD SEA SCROLLS COURT GO WRONG? HOUSTON LAW REVIEW, 465.
  14. In the case of Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. Justice O'Connor held there that although a telephone book could contain copyrightable material (in its preface and yellow pages, for example), insofar as the alphabetized white pages are concerned, no copyright protection lies. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 20.
  15. Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 9.
  16. Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation, 5, 6.
  17. The District Court responded, saying that “Shanks conducted for years, on the pages of the BAR, a persistent and polemic campaign to open the access and research of the concealed scrolls to all interested. He testified that he has been a voice to all those who remained outside the “research cartel”. Shanks wrote similar things in the Introduction of the book: “Surely we must admire the dedicated people who have devoted their professional lives to arranging and deciphering these seemingly impenetrable pieces of our common past. For the most part, the people who do this are not only dedicated but brilliant experts in what they are doing, conscientious to the nuances of their work. For this, all honor to them. But for their pride and greed – their unbending determination to keep exclusive control of these treasures for themselves, their heirs and their students – they must bear the shame.” Birnhack, D. M. (2001). The Dead Sea Scrolls Case – Translation,7.
  18. Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works without prejudice to the copyright in the original work. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886.
  19. The term “Authorized Version” refers not only to the King James Version published in 1611, but also includes earlier translations authorized by the Church of England. In 1875 in New York, Lesser v. In Sklarz, the defendant argued that the Bible existed outside of human memory. Such books should not have been subject to copyright protection. The judge patiently listened to the long discussion and granted the plaintiff's request. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14, Number 1, HeinOnline,1,2,12,13.
  20. In 1972 Robert Stigwood Group v. O'Reilly, Priests were sued for modifying the opera Jesus Christ Superstar because they believed it paro-

- died the true gospel. The modified version portrayed Jesus as a strong masculine individual who rose from the dead rather than merely dying, since Christianity is empty and futile if Jesus did not rise from the dead. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14, Number 1,14.
21. These profits, however, come from subjecting the Bible to monopolies and royalties. Irrespective of the benefits, is there a dilemma in withholding the Bible and its free message if royalties are unpaid? Copyright involves ownership, so in view of its purported divine origin, should the Bible, or even a Bible translation, be owned as private intellectual property? Syn,R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14, Number 1, 2.
  22. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, Roger Syn, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW,Volume 14, Number 1, 5.
  23. The House of Lords decided, twenty-two to eleven to allow Donaldson to copy the poems, which confirmed that copyright protected published books only for the statutory term, after which they entered the public domain. Syn, R., (2001-2002). ©COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, REGENT UNIVERSITY LAW REVIEW, Volume 14 Number 1, 5.6.
  24. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 231. Violation of moral rights may have indirect economic consequences caused by damage to the identity of the author or work, whereas economic rights involve the direct ability to require royalties. Syn, R., (2001-2002). © COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, 13.
  25. Syn, R., (2001-2002). ©COPYRIGHT GOD: ENFORCEMENT OF COPYRIGHT IN THE BIBLE AND RELIGIOUS WORKS, 13.
  26. Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886.
  27. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY, 11.
  28. The court saw the author's vision in the selection and arrangement of poses, costumes and accessories. In these actions, according to the judge, he/she discovered the author's handwriting. The judge did not discuss the methods by which the photographer can manipulate the image. The work of the author was completely separated from the work of the camera. Farley, C. H. (2004). THE LINGERING EFFECTS OF COPYRIGHT'S RESPONSE TO THE INVENTION OF PHOTOGRAPHY UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW, vol 65, 389,390,391.
  29. Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY,12.
  30. Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. (1903). Nimmer, D., (2001). HOUSTON LAW REVIEW, COPYRIGHT IN THE DEAD SEA SCROLLS AUTHORSHIP AND ORIGINALITY,12.
  31. Qimron has copyright in the deciphered text as a result of one or more of the things he did: the physical aggregating of the fragments, their arrangement, deciphering what is written on them, and supplementing the lacuna between them. Does that "spirit", that "soul", that he placed in the fragments of the scroll, with the power of his knowledge

- and talent, make the deciphered text in its entirety a work protected by the Act? Birnhack, M. (2007), The Dead Sea Scrolls Case – Translation, Faculty of Law, Tel-Aviv University, 8, 9.
32. Birnhack, M. (2007), The Dead Sea Scrolls Case – Translation, Faculty of Law, Tel-Aviv University, 9.
  33. Birnhack, M. (2007), The Dead Sea Scrolls Case – Translation, Faculty of Law, Tel-Aviv University, 9.
  34. Tempska, U., (2002). “Originality” After the Dead Sea Scrolls Decision: Implications for the American Law of Copyright, Intellectual Property Law Review, Volume 6, Issue 1, Article 5, 121,122.
  35. Feist Publ’ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., U.S. 1879; Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc., 2d Cir. 1951. Urzula Tempska, U., (2002). “Originality” After the Dead Sea Scrolls Decision: Implications for the American Law of Copyright, Intellectual Property Law Review, Volume 6, Issue 1, Article 5, 121,122.
  36. In 1994, Oxford University Press published an edition, edited by Qimron and Strugnell, which contained the remark: © Elisha Qimron 1994. MacQueen, H., (30 August 2008). The Scrolls and the Legal Definition of Authorship Edinburgh University, 2,3.
  37. Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 5.
  38. Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 5,6.
  39. Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors, 6.
  40. Wilkof, N., (2001). COPYRIGHT, MORAL RIGHTS AND THE CHOICE OF LAW: WHERE DID THE DEAD SEA SCROLLS COURT GO WRONG? HOUSTON LAW REVIEW, 464.
  41. Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors 9,10,11. Originality means that the work originates from the author and not from another source. However, a (minimal) investment of skills and labor is required. MacQueen, H., (30 August 2008). The Scrolls and the Legal Definition of Authorship Edinburgh University, 3,4,5.
  42. Wilkof, N., (2001). COPYRIGHT, MORAL RIGHTS AND THE CHOICE OF LAW: WHERE DID THE DEAD SEA SCROLLS COURT GO WRONG? HOUSTON LAW REVIEW, 464, 465,466,
  43. Birnhack, D. M. (2001), THE DEAD SEA SCROLLS CASE: WHO IS AN AUTHOR, European Intellectual Property Review Case Comment, Sweet and Maxwell Limited and Contributors 12,15.



# გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენების პრობლემა სისხლის სამართლის პროცესში

## დოდო ჯუღელი

*სამართლის მაგისტრი, სსიპ შრომის ინსპექციის სამსახური,  
საქართველოს ადვოკატთა ასოციაცია, ქ.ქუთაისი,  
საქართველო*

**საკვანძო სიტყვები:** გირაო, პატიმრობა, პრინციპი, შეზღუდვა, ჰარმონიზაცია

## აბსტრაქტი

სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაში არსებობს დანაწესი, რომელიც ადამიანის ძირითადი უფლების – თავისუფლების შეფარულად ხელყოფის საშიშროებას ქმნის. ეს საფრთხე დაკავებული ბრალდებულის მიმართ პირველი წარდგენის სხდომაზე წარმოიქმნება, როდესაც სასამართლო ბრალდებულს პატიმრობის ნაცვლად სხვა, უფრო მსუბუქ, აღკვეთის ღონისძიებას უფარდებს. სასამართლოს მიერ აღნიშნული გადაწყვეტილების მიღების მიუხედავად, ბრალდებულის სხდომის დარბაზიდან დაუყოვნებლივ გათავისუფლება არ ხდება. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის თანახმად, ამ დროს ადგილი აქვს გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის, ანუ „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენებას. სასამართლოს მიერ გირაოს გადახდის სანაცვლოდ გათავისუფლების შესახებ მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულება ხდება მოგვიანებით, კანონში განწერილი დანაწესის შესრულების შემდგომ. კერძოდ, დაკავებული ბრალდებული ვალდებულია გირაოს სახით გადაიხადოს განსაზღვრული ოდენობის თანხა, რათა მის მიმართ გამოტანილი გადაწყვეტილება აღსრულდეს. შედეგად, ბრალდებულის გათავისუფლების განმსაზღვრელ გარემოებას არა

სასამართლო გადაწყვეტილება, არამედ მისი გადახდისუნარიანობა წარმოადგენს. თანხის გადაუხდელობის შემთხვევაში კი იგი კვლავ რჩება პატიმრობაში, რასაც თავისუფლების პრეზუმფციის გაუმართლებელ დარღვევამდე მივყავართ. სასამართლოს მიერ გათავისუფლების თაობაზე გადაწყვეტილების მიღება ფორმალურ ხასიათს ატარებს, რითაც ადამიანის თავისუფლების დაცვის დაბალი, საერთაშორისო სტანდარტებთან შეუსაბამო პრაქტიკა ყალიბდება. ამგვარი მიდგომის შედეგად გირაოშეფარდებული ბრალდებული დაუსაბუთებლად იმყოფება გახანგრძლივებულ პატიმრობაში და ამასთან, იგი მოკლებულია შესაძლებლობას გაასაჩივროს აღნიშნული მოპყრობა.

## შესავალი

**თემის აქტუალობა.** საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობა პატიმრობას გირაოს უზრუნველყოფის მიზნითაც იყენებს. შესაბამისად, იმისათვის რათა სასამართლოს მიერ აღნიშნული სახის აღკვეთის ღონისძიების გამოყენებისას დაცული იქნას ადამიანის ძირითადი უფლებები და არ მოხდეს ზედმეტად ჩარევა პირის თავისუფლებაში, საჭიროა საკითხის სიღრმისეული კვლევა განხორციელდეს.

**კვლევის საგანი.** კვლევის საგანია გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენების სამართლებრივი პრობლემები. „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენების წესს სასამართლო და პრაქტიკოსი იურისტები არაერთგვაროვნად განმარტავენ. არსებობს აზრთა სხვადასხვაობა აღნიშნული ნორმის კონსტიტუციასთან შესაბამისობის თაობაზე, რის გამოც იმატებს საზოგადოების ინტერესი სამართლის შესაბამისი ნორმების მოქმედებასთან დაკავშირებით. ამგვარად, იკვეთება აღნიშნული საკითხის სამართლებრივი საფუძვლებისა და პრაქტიკის შესწავლის საჭიროება.

**კვლევის მიზანი და ამოცანები.** კვლევის მიზანს გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენების სამართლებრივი პრობლემების გამოკვეთა და ანალიზი წარმოადგენს. მოხდება იმის წარმოჩენა, თუ რა

საფრთხეები შეიძლება არსებობდეს „საპატიმრო გირაოს“ მოქმედი რედაქციით გამოყენების პირობებში. კვლევის ამოცანაა თემასთან დაკავშირებით არსებული საკანონმდებლო რეგულაციების შესწავლისა და პრობლემების გამოკვეთის შედეგად მოხდეს მისი გადაჭრის გზების მოძიება. აღნიშნული ამოცანის მიღწევა მოხდება როგორც ისტორიული წინამძღვრებისა და კონსტიტუციურსამართლებრივ ქრილში საკითხის წარმოდგენით, ასევე, ადამიანის უფლებათა ევროპული სამართლის ნორმებისა და პრაქტიკის მოშველიებით.

**კვლევის ეტაპები.** წინამდებარე სტატიის შესავალში წარმოდგენილია სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 200.6 მუხლით ჩამოყალიბებული ნორმის შინაარსი და მისი ადგილი სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში.

ძირითადი ნაწილი ეთმობა ქვეთავებს, რომლებიც ეხება ყველა იმ საფრთხეების ჩამონათვალსა და განმარტებას, რაც გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენების მოქმედი რედაქციის პირობებში იქმნება. კერძოდ, ავტომატური უარი გირაოს ნაცვლად გათავისუფლებაზე, განგრძობადი პატიმრობის საფრთხე, სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილების დასაბუთებულობის ხარისხი, გირაოს თანხის გადაუხდელობის გავლენა ბრალდებულის თავისუფლებაზე, პატიმრობის გადასინჯვის საკითხი და ერთდროულად ორი სახის აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების სამართლებრივი შედეგები. თითოეული თემა განხილულია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ ჩამოყალიბებულ პრაქტიკასთან შესაბამისობის კუთხით.

დასკვნაში წარმოდგენილია შეჯამება და ავტორისეული მიდგომა, წამოჭრილი პრობლემის გადაწყვეტის მიზნით.

## ძირითადი ნაწილი

საერთაშორისო თანამეგობრობის ერთობლივმა ძალისხმევამ ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის სფეროში არაერთი ქვეყანა გამონვევის წინაშე დააყენა. განსაკუთრებით აღსანიშნავია სა-

ხელმწიფოთა მისწრაფება შეიქმნას მაღალი სტანდარტი პირთა თავისუფლებისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფის კუთხით. ამ მხრივ დღემდე აქტუალობას არ კარგავს პატიმრობის გამოყენების საკითხი, რომელიც ადამიანისთვის მრავალი სხვა, მათ შორის, სოციალური უფლებების, რეალიზების ხელისშემშლელ ფაქტორს წარმოადგენს. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობა პატიმრობას გირაოს უზრუნველყოფის მიზნითაც იყენებს. ამგვარად, სასამართლოს მიერ გირაოთი გათავისუფლებული პირი კვლავ რჩება პატიმრობაში მანამ, სანამ არ მოხდება გირაოს შეტანა შესაბამის ანგარიშზე.

„საპატიმრო გირაოს“ გამოყენების წესს სასამართლო და პრაქტიკოსი იურისტები არაერთგვაროვნად განმარტავენ. არსებობს აზრთა სხვადასხვაობა ნორმის მოქმედი რედაქციის კონსტიტუციასთან შესაბამისობის თაობაზე, რაც გახდა კიდევაც საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის მიმართვის საფუძველი. 2018 წლიდან დღემდე საკონსტიტუციო სასამართლო მსჯელობს პრაქტიკაში ჩამოყალიბებული მიდგომის ადამიანის უფლებებთან შესაბამისობის საკითხზე. შესაბამისად, დღემდე განხილვის საგნადაა ქცეული აღნიშნული თემის სამართლებრივი საფუძვლებისა და პრაქტიკის შესწავლის საჭიროება.

**საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 200.6 მუხლის თანახმად:** „სასამართლო პროკურორის შუამდგომლობით ან საკუთარი ინიციატივით გირაოს გამოყენების უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობას უფარდებს ბრალდებულს, რომლის მიმართაც გამოყენებულია დაკავება სისხლის საპროცესო სამართლებრივი იძულების ღონისძიების სახით, მის მიერ საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში შემავალი საჯარო სამართლის იურიდიული პირის – აღსრულების ეროვნული ბიუროს სადეპოზიტო ანგარიშზე გირაოს სრულად ან ნაწილობრივ (მაგრამ არა ნაკლებ 50% - ისა) შეტანამდე“.

აღნიშნული, ე.წ. „საპატიმრო გირაო“ არ წარმოადგენს აღკვეთი ღონისძიების ცალკე, დამოუკიდებელ სახეს, ვინაიდან ამგვარ მითითებას სსს კოდექსი არ აკეთებს და ამასთან იგი გირაოს გამოყენების წესის განმსაზღვრელ

მუხლშია მოცემული. თუმცა, ე.წ. „არასაპატიმრო გირაოსგან“ განსხვავებით, მისი გამოყენებით შესაძლოა ბრალდებულთა უფლებები იქნეს დარღვეული.

წინამდებარე სტატიაში წარმოდგენილია დასაბუთება იმისა, თუ რა სამართლებრივ საფრთხეს შეიძლება ატარებდეს გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენების დამკვიდრებული პრაქტიკა სისხლის სამართლის პროცესში.

### ავტორმატური უარი გირაოს სანაცვლოდ ბათავისუფლებაზე

მოქმედი კანონმდებლობა პირის პატიმრობაში დატოვების საკითხს განიხილავს როგორც ღონისძიებას, რომელიც უკიდურეს შემთხვევაში უნდა იქნას გამოყენებული. თუმცა ასეთი მიდგომის მიუხედავად საპროცესო კოდექსი ითვალისწინებს სასამართლოს ვალდებულებას დატოვოს გირაოთი გათავისუფლებული ბრალდებული პირები პატიმრობაში სსსკ მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილით დადგენილ შემთხვევებში. აღნიშნული ნორმა გამორიცხავს მოსამართლის მიერ საკითხის გადასინჯვის, შეფასების შესაძლებლობას. ამგვარად, სასამართლო ვალდებულია ავტომატურად უარი უთხრას დაკავებულ ბრალდებულებს გათავისუფლებაზე, რასაც სასამართლო პრაქტიკაც ადასტურებს.

სასამართლო განჩინებებში ვკითხულობთ, რომ ვინაიდან ბრალდებულთა მიმართ დაკავება იქნა გამოყენებული, პირი გირაოს შეტანამდე პატიმრობაში უნდა იქნეს დატოვებული. მეტიც, ერთ-ერთ შესწავლილ განჩინებაში საგამოძიებო კოლეგია პირდაპირ განმარტავს, რომ სსსკ მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილი იმპერატიული შინაარსისაა.<sup>1</sup> სასამართლო პროკურორის შუამდგომლობის არარსებობის პირობებშიცაა ვალდებული დაკავებულ ბრალდებულს გირაოს უზრუნველსაყოფად პატიმრობა შეუფარდოს, რითაც ბრალმდებლის ფუნქციას ითვისებს.<sup>2</sup>

1 იხ., თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 29 ივნისის განჩინება, საქმე №-1გ/895-17, გვ. 6.  
2 იხ., თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017

ამავე განჩინებაში კოლეგია უარყოფითად აფასებს პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ დაკავებული ბრალდებულის მიმართ გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენებაზე უარის თქმას და აღნიშნავს, რომ მოსამართლე არ იყო უფლებამოსილი უარი ეთქვა ნორმის გამოყენებაზე და არასწორად განემარტა იგი.<sup>3</sup> ვინაიდან გირაოს უზრუნველყოფად პატიმრობის შეფარდების გადაწყვეტილებას სასამართლო მხოლოდ ფორმალურად იღებს, გამოდის, რომ არა სასამართლო, არამედ ბრალდების მხარე წყვეტს „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენების საკითხს.<sup>4</sup>

საყურადღებოა ისიც, რომ თუ ბრალდებულის მიმართ მოსამართლე სხვა აღკვეთის ღონისძიებას, მაგალითად, პირად თავდებობას, გამოიყენებს მაშინ იგი დაუყოვნებლივ, სხდომის დარბაზიდანვე უნდა იქნეს გათავისუფლებული.<sup>5</sup> არ არსებობს საფუძვლიანი არგუმენტი იმისა, თუ რა განაპირობებს ამგვარ განსხვავებულ მიდგომას „საპატიმრო გირაო“ შეფარდებულ ბრალდებულთა მიმართ.

ავტომატური პატიმრობის საკითხთან დაკავშირებით საქართველოს კანონმდებლობის ადამიანის უფლებათა ევროპული სამართლის პრეცედენტებთან შედარებისას აღმოვაჩინეთ მსგავსებას საქმესთან: „კაბალერო გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ“. ორივე შემთხვევაში საქმე ეხება პირის თავისუფლებისა და უსაფრთხოების უფლებაში ჩარევის საფუძვლებს, რომელიც კანონშია გაწერილი. აღნიშნულ საქმეში ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაკავების ავტომატურად გამოყენების საკითხი კონვენციის მიზნების სანინააღმდეგოდ შეაფასა.<sup>6</sup>

ამგვარად ცალსახაა, რომ სსსკ 200.6 მუხლის ჩანაწერი დაკავებულ ბრალდებუ-

ლებთან მიმართებით პატიმრობის ავტომატურად გამოყენებას ახდენს. შედეგად, მოსამართლეს თავად კანონი არ აძლევს დისკრეციულ უფლებამოსილებას, სხდომის დარბაზიდან გაათავისუფლოს გირაოშეფარდებული ბრალდებული.

## სასამართლო მიერ „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენების დასაბუთების საკითხი

სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილების დასაბუთება წარმოადგენს მნიშვნელოვან გარანტიას, რომელიც საზოგადოების მხრიდან ხელისუფლების ამ შტოსადმი ნდობას განამტკიცებს. უფრო ვიწროდ თუ განვიმარტავთ, სასამართლო გადაწყვეტილების დასაბუთებულობით საზოგადოებას უჩნდება რწმენა, რომ „მხარის არგუმენტები მართლა იქნა მოსმენილი და გაგებული“<sup>7</sup>. ხოლო ვინაიდან საქმე ეხება აღკვეთის ღონისძიების ისეთ სახეს, რომელიც ბრალდებულებისთვის თავისუფლების თუნდაც მცირე ხნის შეზღუდვას ითვალისწინებს, მითუმეტეს უნდა მოხდეს სასამართლოს მიერ მიღებული ამგვარი გადაწყვეტილების დასაბუთება.

თუკი სსსკ 200.6 ნაწილის დებულებას დასაბუთების ქრილში გავნიხილავთ, სადაო არ იქნება ის გარემოება, რომ „დამსაბუთებლის როლს“ კანონმდებლის მიერ შექმნილი ნორმა ასრულებს. მისი გამოყენების წინაპირობა მხოლოდ ბრალდებულის დაკავების ფაქტის არსებობაა. ვინაიდან მოსამართლეს არ გააჩნია დისკრეცია თავად გადაწყვიტოს „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენების საკითხი, მას დასაბუთებელიც არაფერი აქვს, იგი მხოლოდ ამ ნორმის ამსრულებლად გვევლინება. თუკი სასამართლო პრაქტიკას გადავხედავთ, განჩინებათა უმრავლესობაში მხოლოდ შაბლონურად ხდება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებების მოხსენიება კონვენციის მე-5 მუხლით გათვალისწინებული თავისუფლების პრეზუმციის დაცვაზე და წარმოდგენილია მსჯელობა მხოლოდ

წლის 29 ივნისის განჩინება, საქმე №-1გ/895-17, გვ. 4.

3 იხ., თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 29 ივნისის განჩინება, საქმე №-1გ/895-17, გვ. 6.

4 იხ., ჯორბენაძე ო., (2018). „გირაოს გამოყენების უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენება“, იხ. სამართლის ჟურნალი: „მართლმსაჯულება და კანონი“, 1'18, გვ. 105-110.

5 იხ., იქვე.

6 იხ., ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2000 წლის 8 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე *Caballero v. the United Kingdom*.

7 ტრეუსელი მ. (2009). ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში, თბილისი, გვ 129.



გირაოს გამოყენების მიზნაშეწონილობაზე.<sup>8</sup> მიუხედავად იმისა, რომ განჩინებებში სასამართლო ევროპული პრაქტიკის საფუძველზე გამორიცხავს პატიმრობის გამოყენების საჭიროებას, ეროვნულ კანონზე დაყრდნობით იგი მაინც იყენებს პატიმრობას ბრალდებულის მიმართ მანამ, სანამ გირაო იქნება შეტანილი. სწორედ კანონის საფუძველზე მიღებული, მაგრამ დაუსაბუთებელი გადაწყვეტილება მიიჩნია ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 ნაწილის საწინააღმდეგოდ ბოიჩენკოს საქმეში.<sup>9</sup>

„საპატიმრო გირაოს“ ავტომატურად გამოყენების შედეგია პრაქტიკაში სასამართლო გადაწყვეტილების დასაბუთებულობის დაბალი ხარისხი პატიმრობის გამოყენების ნაწილში, რა დროსაც მოსამართლე მხოლოდ კანონის ჩანაწერზე მითითებით შემოიფარგლება.

### განგრძობადი პატიმრობის საფრთხე დაკავების კანონიერების შემოწმებისას

მოქმედი სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობა ითვალისწინებს პირის დაკავების ორ საფუძველს: სასამართლოს მიერ გაცემული განჩინების საფუძველზე, ან მის გარეშე, გადაუდებელი აუცილებლობისას.

სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაში არ არსებობს ჩანაწერი, რომელიც განამტკიცებდა ბრალდებულის უფლებას – მიემართა ზემდგომი ინსტანციის სასამართლოსათვის დაკავების კანონიერების შესახებ მიღებული გადაწყვეტილების გადასინჯვის თაობაზე. განსაკუთრებით საყურადღებოა სასამართლოს განჩინების საფუძველზე დაკავების საკითხი, რადგან ასეთი გაჩინება შესაძლებელია არასწორად იქნეს გაცემული. ამ შემთხვევაში, ვინაიდან, სასამართლო მოკლებულია შესაძლებლობას გადასინჯოს იგი, ბრალდებული

შესაძლებელია განგრძობად პატიმრობას დაექვემდებაროს.<sup>10</sup>

განგრძობადი პატიმრობის საფრთხე არა მხოლოდ აღკვეთი ღონისძიების სახით პატიმრობის გამოყენებისას, არამედ „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენების დროსაც არსებობს. გირაოს შეფარდებისას მისი პატიმრობით უზრუნველყოფის ერთადერთი განმაპირობებელი გარემოება – დაკავების ფაქტის არსებობაა. დავუშვათ ისეთი შემთხვევა, როდესაც სასამართლოს მიერ არასწორად მოხდა დაკავების განჩინების გაცემა, ხოლო დაკავებული ბრალდებულის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების სახით „საპატიმრო გირაო“ იქნა გამოყენებული. ვინაიდან, ასეთი დაკავების გასაჩივრება შეუძლებელია, ბრალდებული ხანგრძლივად, უკანონოდ დარჩება პატიმრობაში მანამ, სანამ კანონით განსაზღვრული პირობა არ იქნება შესრულებული. ამასთან, დაკავების კანონიერების გასაჩივრების ექვანიზმის არარსებობა იმ არგუმენტით, რომ იგი თავისუფლების მხოლოდ ხანმოკლე აღკვეთას ითვალისწინებს, გაუმართლებელია, ვინაიდან, მოსამართლის თუნდაც ერთ, არასწორად გაცემულ განჩინებას ბრალდებულის მიმართ, ავტომატურად, განგრძობადი, ცხრათვემდე პატიმრობის გამოყენება შეიძლება მოჰყვეს. სწორედ აღნიშნულიდან გამომდინარე განმარტავს სასამართლო, რომ პატიმრობის გაგრძელებაში იგულისხმება აღკვეთის ღონისძიების სახით პირველადი პატიმრობის შეფარდებაც.<sup>11</sup>

დაკავების პროცესის წარმართვასა და მის გასაჩივრებასთან დაკავშირებით, საინტერესოა ევროპული ქვეყნების მიერ შემუშავებული პროცედურის განხილვა. ამ მხრივ გაერთიანებული სამეფო გამორჩეულია, ვინაიდან დაკავების კანონიერების შემოწმება ორჯერ, ექვსი საათისა და ცხრა საათის გასვლის შემდეგ ხდება. ნიდერლანდები კი აღნიშნული პროცედურა 6-დან 15 საათამდე ვადაში ხორციელდება. პოლიციელთა მხრიდან შესაძლო თვითნებობის შესამცირებლად სპეციალურად დანიშნული პირის ამოწმებს დაკავების კანონ-

8 იხ., საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2020 წლის 14 თებერვლის №3/3/1341 საოქმო ჩანაწერი, I-7.

9 იხ. მაკბრაიდი ჯ., ადამიანის უფლებები და სისხლის სამართლის პროცესი, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი, სტრასბურგი, 2011 წ., გვ. 61.

10 იხ., საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2020 წლის 14 თებერვლის №3/3/1341 საოქმო ჩანაწერი, I-8.

11 იხ., თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 29 ივნისის განჩინება, საქმე №-1გ/895-17, გვ. 4.

ნიერებას და დაკავების ვადის გაგრძელების შესახებ გადაწყვეტილებას იღებს.<sup>12</sup> რაც შეეხება საქართველოს, სსსკ 174-ე მუხლის მე-5 ნაწილის თანახმად პირის დაკავება დაუშვებელია 72 საათზე მეტი ვადით, ხოლო ბრალდების შესახებ დადგენილება დაკავებულს უნდა გადაეცეს არა უმეტეს 48 საათისა. წინააღმდეგ შემთხვევაში პირი უნდა იქნეს გათავისუფლებული. ჩამოყალიბებული პრაქტიკის შედეგად კი სამართალდამცავთა მიერ აღნიშნული გადაწყვეტილების მიღება უმეტესად 48 საათის მინუტულს ხდება.<sup>13</sup> ამგვარად, საქართველოში საკანონმდებლო დონეზე განერილი დეტალური პროცედურის არსებობის მიუხედავად კვლავაც არსებობს საფრთხე უფლებამოსილი თანამდებობის პირთა მხრიდან თავიანთი ვალდებულებების არასრულყოფილად შესრულებისა. აღნიშნულ ვარაუდს კიდევ უფრო ამყარებს ის გარემოება, რომ დაკავების ვადა ზემოთხეხებულ ქვეყნებთან შედარებით საგრძნობლად განსხვავებულია.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, დაკავების პროცედურული წესების სისწრაფე და ეფექტურობა მნიშვნელოვან გავლენას ახდენს შემდგომში ბრალდებულთა თავისუფლებაზე. პირთა თავისუფლებაში ჩარევის შემთხვევაში მათი უფლებრივი მდგომარეობა ყოველთვის უნდა ითვალისწინებდეს ასეთი ჩარევის კანონიერების შემოწმების შესაძლებლობას. სტრასბურგის სასამართლოს მიდგომა, ამ კუთხით ცალსახაა – დაკავებულს უნდა ჰქონდეს უფლება მოითხოვოს პროცედურული და არსებითი პირობების გადასინჯვა.<sup>14</sup> ამ უფლების არსებობის დადებითი შედეგი აისახება არა მხოლოდ პატიმრობა შეფარდებულ ბრალდებულებზე, არამედ იმ პირებზეც, ვის მიმართაც გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით ატიმრობა იქნება გამოყენებული. დაკავების გასაჩივრების მექანიზმის შემოღება მინიმუმამდე დაიყვანს ბრალდებულთა მიმართ განგრძობადი პატიმრობის გამოყენების შესაძლებლობას.

12 იხ. ბოხაშვილი ბ., მშვენიერაძე გ., ყანდაშვილი ი. (2016). ეჭვმიტანილთა საპროცესო უფლებები საქართველოში The Procedural Rights of Suspects in Georgia, გვ. 22.

13 იხ., იქვე.

14 იხ., ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 1988 წლის 28 ნოემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე Brogan and Others v. the United Kingdoms, §65.

## გირაოს თანხის ბადაუნდებლობის გავლენა ბრალდებულის თავისუფლებაზე

სასამართლოს მიერ აღკვეთის ღონისძიების სახით გირაოს შეფარდებისას მხარეთა პოზიციების მოსმენის შემდეგ მოსამართლე ვალდებულია ბრალდებულს გირაოს სათანადო ოდენობა განუსაზღვროს. „საპატიმრო გირაოს“ დროს სწორედ გირაოს ოდენობაზე დამოკიდებული ბრალდებულის თავისუფლებაში ყოფნა. იმ შემთხვევაში, თუკი გირაოს თანხის განსაზღვრისას მხოლოდ დანაშაულის სიმძიმე და მოსალოდნელი სასჯელის ზომა იქნება გათვალისწინებული, ბრალდებულის პიროვნული მახასიათებლების, ქონებრივი მდგომარეობის, ბრალად შერაცხული ქმედების ხასიათისა<sup>15</sup> და სხვა გარემოებების დადგენის გარეშე, მოსამართლის მიერ შეუსაბამოდ მაღალი ოდენობის გირაოს გამოყენების საფრთხე შეიძლება შეიქმნას. თუკი თითოეული ბრალდებულის ინდივიდუალური მახასიათებლების გამოკვლევა არ ხდება, რთულია დადგინდეს თუ რა თანხის გადახდა შეუძლია ბრალდებულს. სასამართლოს მიერ გამოყენებული არასათანადო ოდენობის გირაოს გადაუხდელობის შედეგად კი პირი შესაძლოა გახანგრძლივებულ პატიმრობას დაექვემდებაროს. ერთი შეხედვით, აღნიშნული მოცემულობა თეორიულად ნაკლებ პრობლემურია ჩანს. რაც შეეხება პრაქტიკას, გირაოს გადაუხდელობისას განგრძობადი პატიმრობის საფრთხე განსაკუთრებით მაშინ იჩენს თავს, როდესაც არ ხდება დადგენა გადაუხდელობის მიზეზისა: ბრალდებულს არ აქვს გადასახდელი თანხა, თუ იგი შეგნებულად ამბობს უარს მის გადახდაზე.<sup>16</sup> თუკი იარსებებს მიდგომა, რომელიც გირაოს გადაუხდელობის მიზეზის გამოკვლევის გარეშე პატიმრობის ავტომატურად გამოყენების თუნდაც ერთ პრეცედენტს შექმნის, საქმე გვექნება ე.წ. „შეფარულ პატიმრობასთან“<sup>17</sup>

15 იხ., თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2014 წლის 9 დეკემბრის განჩინება, საქმე №-1გ/1244-14, გვ. 6.

16 იხ., თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2015 წლის 8 იანვრის განჩინება, საქმე №-1გ/19, გვ. 2.

17 იხ., იქვე.

სსსკ მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილი, როგორც ზემოთ უკვე იქნა განხილული, იმპერატიული შინაარსისაა. შესაბამისად, უფრო საფრთხილოა გამოსაყენებელი გირაოს ოდენობის განსაზღვრის საკითხი, ვინაიდან ამ შემთხვევაშიც, მოსამართლის მიერ გამოყენებული გირაოს არაპროპორციული ზომა ბრალდებულის პატიმრობაში დატოვების საფუძველი შესაძლოა გახდეს. შედეგად, მიუხედავად სასამართლოს მიერ პატიმრობაზე უფრო მსუბუქი ღონისძიების – გირაოს – გამოყენების მიზანშეწონილად მიჩნევისა, ბრალდებული ფაქტობრივად პატიმრობაში დარჩება. ამის ერთადერთი მიზეზი, კი შეუსაბამოდ მაღალი ოდენობის გირაოს დადგენილ ვადაში შეუტანლობა იქნება, ხოლო საბოლოო შედეგი – განგრძობადი პატიმრობა. საყურადღებოა ამ საკითხზე ეროვნული სასამართლოს განმარტება, რომლის თანახმადაც ევროსასამართლო კონვენციის საწინააღმდეგოდ მიიჩნევა არა „საპატიმრო გირაოს“, არამედ განგრძობადი პატიმრობა.<sup>18</sup> მართალია, ევროპული კონვენცია გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენებას არ კრძალავს, თუმცა მაშინ, როდესაც „საპატიმრო გირაო“ გახანგრძლივებული პატიმრობის საფრთხეს ქმნის, საქმე გვაქვს ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლით დაცული უფლების დარღვევასთან.

### პატიმრობის გადასინჯვა

საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი აღკვეთის ღონისძიების სახით გამოყენებული პატიმრობის გადასინჯვის წესს ითვალისწინებს. სსსკ 206-ე მუხლის მე-8 ნაწილი ორიენტირებულია რა ბრალდებულის თავისუფლებისათვის უპირატესობის მინიჭებაზე, აღკვეთის ღონისძიების შეცვლისა და გაუქმების წესს ადგენს. ამ მუხლის თანახმად, შუამდგომლობის დასაშვებად მიღების შემთხვევაში, „ახალი, არსებითი მნიშვნელობის მქონე“ გარემოებების განსახილველად სასამართლო ზეპირ მოსმენას ატარებს. კანონ-

მდებელი ხაზს უსვამს აღნიშნული სხდომის მნიშვნელობას და მოსამართლეს შესაბამისი გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობას მხარეთა პოზიციების მოსმენის შემდგომ აძლევს. სასამართლოს გადაწყვეტილებით შესაძლოა ბრალდებული პატიმრობიდან იქნეს გათავისუფლებული და შეეფარდოს სხვა აღკვეთის ღონისძიება, მაგალითად გირაო. სასამართლოს ხელში გათავისუფლების დისკრეციული მექანიზმის არსებობის მიზეზი კი არის ის, რომ პატიმრობის, როგორც უკიდურესი ღონისძიების გამოყენების საჭიროება შესაძლოა აღარ არსებობდეს. აღნიშნული დანაწესი განპირობებულია თავისუფლების პრეზუმფციის არსებობით, რომელიც სსსკ მე-5 მუხლის მე-4 ნაწილის თანახმად, დაპატიმრების აუცილებლობის გარდა ყველა სხვა შემთხვევაში ბრალდებულის გათავისუფლებას ითვალისწინებს.

თუკი აღკვეთის ღონისძიების სახით გამოყენებული პატიმრობის გადასინჯვის წესს გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენების პროცედურას შევადარებთ, არსებით სხვაობას დავინახავთ. კერძოდ, პატიმრობის (ანუ დაკავებაზე მძიმე ღონისძიების) გადასინჯვისას სასამართლო გათავისუფლების უფლებამოსილებითაა აღჭურვილი, ხოლო დაკავება – სავალდებულოს ხდის გირაოს უზრუნველსაყოფად პატიმრობის გამოყენებას<sup>19</sup>.

მიუხედავად იმისა, თუ რა ახსნა შეიძლება მოეძებნოს „საპატიმრო გირაო“ შეფარდებული პირების მიმართ კანონმდებლის მხრიდან ასეთ განსხვავებულ და იმპერატიულ მიდგომას, სასამართლო პრაქტიკა ცხადყოფს, რომ შედეგი მაინც ასეთ ბრალდებულთა ფაქტობრივი პატიმრობაა. ვითარება არ შეიცვლება არც იმ შემთხვევაში, თუკი სსსკ მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილით პატიმრობის ავტომატურად გამოყენების წესის არსებობას პრაქტიკოს იურისტთა მხრიდან ნორმის არასწორი განმარტებით ავხსნით, ვინაიდან, საბოლოოდ, მაინც გირაოთი ფორმალურად გათავისუფლებას ექნება ადგილი.

18 იხ., თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 29 ივნისის განჩინება, საქმე №-1გ/895-17, გვ. 8.

19 იხ., ჯორბენაძე ო., (2018). „გირაოს გამოყენების უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენება“, იხ. სამართლის ჟურნალი: „მართლმსაჯულება და კანონი“, 1'18, გვ. 107.



## გირაოსა და პატიმრობის ერთდროულად გამოყენება

გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენება, როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, ფორმალურად გირაოს, ფაქტობრივად კი პატიმრობის (გირაოს შეტანამდე) გამოყენებას გულისხმობს. თუმცა, ამგვარი რეგულაციის არსებობის პირობებში, ჩნდება კითხვა, ხომ არ ხდება სასამართლოს ერთი განჩინებით აღკვეთის ღონისძიების ორი სახის (გირაოსა და პატიმრობის) ერთდროულად გამოყენება?!

ამ მოსაზრების საპირისპიროდ, გამოთქმულია შეხედულება, რომლის მიხედვითაც გირაოს გადახდამდე პატიმრობა, ხოლო მისი შეტანის შემდეგ გირაოა გამოყენებული.<sup>20</sup>

საკითხის ამ კუთხით უკეთ წარმოდგენის მიზნით, საინტერესო იქნება სასამართლო პრაქტიკის წარმოდგენა. გირაოს უზრუნველსაყოფად პატიმრობის გამოყენებისას, მოსამართლეები განჩინებებში ახდენენ გირაოს გამოყენების მიზანშეწონილობის დასაბუთებას. ხოლო რაც შეეხება ბრალდებულთა ფაქტობრივ პატიმრობას, მისი გამოყენების „დასაბუთებას“ ერთადერთი საფუძვლით – დაკავების ფაქტის არსებობით ხსნიან. იმ შემთხვევაში, თუკი ჯერ ერთის (პატიმრობის), ხოლო შემდეგ მეორე სახის აღკვეთის ღონისძიების (გირაოს) გამოყენებას ექნებოდა ადგილი, სასამართლო უპირობოდ ვალდებული იქნებოდა, ორივე სახის ღონისძიების გამოყენება ცალ-ცალკე დაესაბუთებინა. სასამართლოთა განჩინებებში ამგვარი განმარტება არ არის წარმოდგენილი. აღნიშნული დასაბუთებულობის სტანდარტის არარსებობის პირობებში უფრო მეტად გასაზიარებელი შეიძლება იყოს ის მოსაზრება, რომ ადგილი აქვს ერთდროულად ორი აღკვეთის ღონისძიების გამოყენებას, რომელთაგანაც პრაქტიკაში მხოლოდ ერთის (გირაოს) გამოყენების დასაბუთება ხორციელდება. თუმცა აქვე ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენება სასამართლოს არ უნდა ათავისუფლებდეს პატიმრობის მიზანშეწონილობის დასაბუთებისაგან. საპროცესო კოდექსში არ-

20 იხ., ლომსაძე მ. (2015). სისხლის სამართლის პროცესი, მე-5 გადამუშავებული და შევსებული გამოცემა, თბილისი, გვ. 254.

სებული ამ ჩანაწერით შეიძლება ითქვას, რომ ყველა ასეთი განსახილველი საქმის (ინდივიდუალური მახასიათებლების) დასაბუთება მოსამართლის ნაცვლად კანონმდებელმა თავიდანვე მოახდინა.

შესაბამისად, ცალსახად იკვეთება საჭიროება, მოხდეს აღნიშნული საკითხის გადამწყვეტა იმგვარად, რომ კანონის ჩანაწერმა ბრალდებულის გარანტირებული უფლებების საწინააღმდეგოდ არ იმოქმედოს. ზემოთ მოყვანილ მოსაზრებათა განსხვავებული აზრის მქონენიც კი თანხმდებიან, რომ ამ პრობლემის გადაჭრა ორი გზითაა შესაძლებელი: ნორმის განმარტების ცვლილებით, ან კანონში ცვლილების შეტანით.<sup>21</sup> კანონის სტაბილურობის პრინციპიდან გამომდინარე, ისინი უპირატესობას ნორმის განმარტების ცვლილებას ანიჭებენ.<sup>22</sup> თუმცა, ადამიანის უფლებების ხელყოფის საფრთხის მატარებელი ყველა ნორმის ახლებული განმარტების ჩამოყალიბების გზით გამოსწორება ყოველთვის არ არის ეფექტური. ამდენად, ამგვარი გადამწყვეტილების მიღებამდე საჭიროა თავად ნორმის შინაარსში გარკვევა და სხვადასხვა არსებითი მნიშვნელობის მქონე გარემოებების დადგენის გზით მისი კონსტიტუციასთან შესაბამისობის შემოწმება. შედეგად, კანონმდებლობის ყველა ანტიკონსტიტუციური ჩანაწერის გაუქმება და ადამიანთა უფლებების დაცვის გარანტიების არა მარტო პრაქტიკის, არამედ საკანონმდებლო დონეზე შენარჩუნებაც იქნება შესაძლებელი.

## დასკვნა

შეჯამების სახით შეიძლება ითქვას, რომ დღეისათვის მოქმედი ზოგადი, არაკონკრეტული საკანონმდებლო ნორმა – გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენების არსებული რეგულაცია – არაერთგვაროვნადაა განმარტებული თავად მოსამართლეთა მიერაც, რაც დაკავებულ ბრალდებულთა მიმართ განსხვავებულ მოპყრობას აყალიბებს. აზრთა

21 იხ., ჯორბენაძე ო., (2018). „გირაოს გამოყენების უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენება“, იხ. სამართლის ჟურნალი: „მართლმსაჯულება და კანონი“, 1'18, გვ. 108.

22 იხ., იქვე.



სხვადასხვაობის აღმოფხვრის ერთადერთი გზა ისეთი განჭვრეტადი ნორმის შექმნაა, რომელიც კანონის ერთგვაროვანი გამოყენების პრაქტიკას დაამკვიდრებს. რაც შეეხება თავად ნორმის შინაარსს: იმ შემთხვევაში თუკი სასამართლოს ექნება დისკრეციული უფლებამოსილება, საქმეთა ინდივიდუალური შეფასების საფუძველზე თავად მიიღოს გადაწყვეტილება „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენების თაობაზე, დაკავებულ ბრალდებულთა უფლებების დაცვის მაღალი სტანდარტი შეიქმნება. შედეგად, სასამართლო გადაწყვეტილებათა

დასაბუთებულობის ხარისხი ევროპული კონვენციით დადგენილ მოთხოვნებთან იქნება შესაბამისობაში, არ მოხდება თავისუფლების პრეზუმფციის დარღვევა და აღმოიფხვრება განგრძობადი პატიმრობის საფრთხე დაკავებულ ბრალდებულთა მიმართ. საბოლოოდ, კანონმდებლის მიერ ნორმის ამგვარი შინაარსით ჩამოყალიბების შემთხვევაში, დაცული იქნება როგორც კონვენციით (მე-5 მუხლით), ასევე საქართველოს კონსტიტუციით (მე-13 მუხლით) გარანტირებული ადამიანის ერთ-ერთი ფუნდამენტური უფლება – თავისუფლება.

## THE PROBLEM OF USING IMPRISONMENT TO SECURE BAIL IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Dodo Jugheli

*Master of law, Labour Inspection Office, Georgian Bar Association, Kutaisi, Georgia*

KEYWORDS: Bail, Jail, Principle, Restriction, Harmonization

### ABSTRACT

There is a provision in the criminal procedural legislation that creates a danger of covert violation of the basic human right – freedom. This threat arises at the first presentation session against the detained accused, when the court assigns the accused another, lighter, restraining measure instead of imprisonment. Despite the court's decision, the defendant is not immediately released from the courtroom. According to the Code of Criminal Procedure, at this time there is the use of imprisonment for the purpose of providing bail, i.e. "custodial bail".

The court's decision to release the person on bail is enforced later, after the provision of the law has been fulfilled. In particular, the arrested accused is obliged to pay a certain amount of money as bail, in order to enforce the decision against him. As a result, the determining factor for the accused's release is not the court decision, but his solvency. In case of non-payment of the amount, he remains in prison, which leads to an unjustified violation of the presumption of freedom. Making a decision on release by the court is of a formal nature, thus creating a practice of low protection of human freedom, incompatible with international standards. As a result of such an approach, the accused on bail is unjustifiably kept in prolonged detention and, moreover, he is deprived of the opportunity to appeal the said treatment.

**ბიბლიოგრაფია:****გამოყენებული ლიტერატურა:**

1. ბოხაშვილი ბ., მშენიერაძე გ., ყანდაშვილი ი. (2016). ეჭვმიტანილთა საპროცესო უფლებები საქართველოში The Procedural Rights of Suspects in Georgia;
2. ლომსაძე მ. (2015). სისხლის სამართლის პროცესი, მე-5 გადაამუშავებული და შევსებული გამოცემა, თბილისი;
3. ტრექსელი შ. (2009). ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში, თბილისი.

**აქტუალური გამოცემები**

1. ჯორბენაძე ო., (2018). „გირაოს გამოყენების უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობის გამოყენება“, იხ. სამართლის ჟურნალი: „მართლმსაჯულება და კანონი“, 1'18.

**სამართლებრივი აქტები**

1. ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია (04.11.1950); <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1208370?publication=0>> [ბოლო ნახვის თარიღი: 9 სექტემბერი, 2022]
2. საქართველოს კონსტიტუცია (24.08.1995); <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=36>> [ბოლო ნახვის თარიღი: 9 სექტემბერი, 2022]
3. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (09.10.2009); <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=146>> [ბოლო ნახვის თარიღი: 9 სექტემბერი, 2022]

**სასამართლო გადაწყვეტილებები/ განჩინებები**

1. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2000 წლის 8 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე Caballero v. the United Kingdom;
2. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 1988 წლის 28 ნოემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე Brogan and Others v. the United Kingdoms;
3. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2020 წლის 14 თებერვლის №3/3/1341 საოქმო ჩანაწერი;
4. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს

**BIBLIOGRAPHY:****References:**

1. Bokhashvili B., Mshvenieradze G., Kandashvili I. (2016). Procedural Rights of Suspects in Georgia The Procedural Rights of Suspects in Georgia;
2. Lomsadze M. (2015). Criminal Procedure, 5th Revised and Completed Edition, Tbilisi;
3. Trexel Sh. (2009). Human rights in the criminal justice process, Tbilisi.

**Current Editions:**

1. Zorbenadze O., (2018). "Use of imprisonment to ensure the use of bail", see Journal of Law: "Justice and Law", 1'18.

**Legal Acts:**

1. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (04.11.1950); <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1208370?publication=0>> [last view date: 9 September, 2022]
2. Constitution of Georgia (24.08.1995); <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=36>> [last view date: 9 September, 2022]
3. Criminal Procedure Code of Georgia (09.10.2009); <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=146>> [last view date: 9 September, 2022]

**Court decisions/judgments:**

1. The decision of the European Court of Human Rights of February 8, 2000 in the case of Caballero v. the United Kingdom;
2. The decision of the European Court of Human Rights of November 28, 1988 in the case of Brogan and Others v. the United Kingdom;
3. Minutes of the Constitutional Court of Georgia dated February 14, 2020 No. 3/3/1341;
4. Judgment of Tbilisi Court of Appeal of June 29, 2017, case No.-1g/895-17;
5. Judgment of the Tbilisi Court of Appeal of December 9, 2014, case No.-1g/1244-14;
6. Judgment of Tbilisi Court of Appeal of January 8, 2015, case No.-1g/19.

- 2017 წლის 29 ივნისის განჩინება, საქმე №-1გ/895-17;
5. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2014 წლის 9 დეკემბრის განჩინება, საქმე №-1გ/1244-14;
  6. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2015 წლის 8 იანვრის განჩინება, საქმე №-1გ/19.

**NOTES:**

1. See, judgment of the Tbilisi Court of Appeal of June 29, 2017, case No.-1g/895-17, p. 6. (In Georgian)
2. See, judgment of the Tbilisi Court of Appeal of June 29, 2017, case No.-1g/895-17, p. 4. (In Georgian)
3. See, judgment of the Tbilisi Court of Appeal of June 29, 2017, case No.-1g/895-17, p. 6. (In Georgian)
4. See, Zorbenadze O., (2018). "Use of imprisonment to ensure the use of bail", see Journal of Law: "Justice and Law", 1'18, p. 105-110. (In Georgian)
5. See, *ibid.*
6. See the decision of the European Court of Human Rights of February 8, 2000 in the case of Caballero v. the United Kingdom (In English)
7. Trexel Sh. (2009). Human rights in the criminal justice process, Tbilisi, p. 129 (In Georgian)
8. See, Minutes of the Constitutional Court of Georgia No. 3/3/1341 of February 14, 2020, I-7. (In Georgian)
9. See McBride J., Human Rights and Criminal Procedure, Case Law of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 2011, p. 61. (In English)
10. See, Minutes of the Constitutional Court of Georgia No. 3/3/1341 of February 14, 2020, I-8. (In Georgian)
11. See, judgment of the Tbilisi Court of Appeal of June 29, 2017, case No.-1g/895-17, p. 4. (In Georgian)
12. See Bokhashvili B., Mshvenieradze G., Kandashvili I. (2016). Procedural Rights of Suspects in Georgia The Procedural Rights of Suspects in Georgia, p. 22. (In Georgian)
13. See, *ibid.*
14. See the decision of the European Court of Human Rights of 28 November 1988 in the case of Brogan and Others v. the United Kingdoms, §65. (In English)
15. See, judgment of the Tbilisi Court of Appeal of December 9, 2014, case No.-1g/1244-14, p.6. (In Georgian)
16. See, judgment of the Tbilisi Court of Appeal of January 8, 2015, case No.-1g/19, p. 2. (In Georgian)
17. See, *ibid.*
18. See, judgment of the Tbilisi Court of Appeal of June 29, 2017, case No.-1g/895-17, p. 8. (In Georgian)
19. See, Zorbenadze O., (2018). "Use of imprisonment to ensure the use of bail", see Journal of Law: "Justice and Law", 1'18, p. 107. (In Georgian)
20. See, Lomsadze M. (2015). Criminal procedure, 5th revised and updated edition, Tbilisi, p. 254. (In Georgian)
21. See, Zorbenadze O., (2018). "Use of imprisonment to ensure the use of bail", see Journal of Law: "Justice and Law", 1'18, p. 108. (In Georgian)
22. See, *ibid.*

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ  
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: [www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)  
ელ. ფოსტა: [info@lawandworld.ge](mailto:info@lawandworld.ge)  
მისამართი: გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141  
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 598) 12 25 24

---

The online version of the journal is available on the website:  
[www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)  
E-mail: [info@lawandworld.ge](mailto:info@lawandworld.ge)  
Address: 76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141  
Phone: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 598) 12 25 24