

№ 28 2023 დეკემბერი
DECEMBER

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 გამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND WORLD – Your Guide in Legal World

თბილისი
Tbilisi
www.lawandworld.ge



ჟურნალის საერთაშორისო აღიარება
International Recognition of Journal



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

ჟურნალი ფლობს საერთაშორისო ლიცენზიას CC BY-SA.

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

The journal holds International license: CC BY-SA.

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

იოსებ კელენჯერიძე
სესილი შუთელია
კახა გოშაძე
თამარ ქავჭარაძე

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

IOSEB KELENJERIDZE
SESILI KUTELIA
KAKHA GOSHADZE
TAMAR QAVZHARADZE

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

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



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

მთავარი ჰედაქტოხი

იოსებ კვლენჯერიძე – საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

წევრები:

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

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

თამარ ლალიაშვილი – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

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

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

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

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

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

ბაკურ ლილუაშვილი – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

თათული დოლიძე – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

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

ეკატერინე ლაფაჩი – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

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

კახა გოშაძე – სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

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

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

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

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

უცხოელი წევრები

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

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

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

მარკ სპეისერი – ფლორიდის შტატის საოლქო სასამართლოს მოსამართლე (აშშ)

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

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

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

ფრანჩესკო ლონგობუკო – კერძო სამართლის ასოცირებული პროფესორი

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief

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

Members:

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

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

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

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

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

ANNA CHIGITASHVILI – Doctor of Law, Professor of European University

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FOREIGNER MEMBERS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 7** BUSINESS ACTIVITIES AS A MECHANISM TO ACTIVATE THE LEGAL PRESENCE OF WOMEN – A STUDY IN ALGERIAN LAW
Benazza Amal
- 15** THE SIGNIFICANCE OF DAMAGE – A CRIMINAL ACT AS PART OF THE ILLEGAL LOGGING OF TREES AND SHRUBS
Khvicha Begiashvili
- 22** ზიანის მნიშვნელობა – დანაშაულებრივი ქმედება ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვის შემადგენლობაში
ხვიჩა ბეგიაშვილი
- 31** THE HISTORICAL ROLE OF RELIGION AND NATIONALISM IN THE CONSTITUTIONS AND LAWS OF SYRIA, LEBANON AND TUNISIA
Mahmoud Tofan
- 40** THE ROLE OF INTERNATIONAL ORGANISATIONS IN THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW: AN ANALYTICAL ASSESSMENT OF THE UNITED NATIONS
Rawa Almakky
- 67** THE CONCEPT OF MEDICAL LAW AND ITS PLACE IN THE SYSTEM OF BRANCHES OF LAW
Mikheil Bichia
- 82** სამედიცინო სამართლის ცნება და ადგილი სამართლის სისტემაში
მიხეილ ბიჩია

- 101** THE EFFECTIVENESS AND VALUE OF USING ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS TO PREVENT OR RESOLVE LABOR DISPUTES AT AN EARLY STAGE
Nini Kepuladze
- 108** CAN CRIMES OF ECOCIDE COMMITTED DURING THE CONFLICT IN UKRAINE BE LEGALLY PUNISHED?
Sophie Joubert
- 120** PAROLE AS A SPECIAL MECHANISM OF RELEASE FROM PUNISHMENT IN MODERN GEORGIAN LAW
Mariam Gelashvili
- 132** კირობით ვადავდე ბათავისუფლება, როგორც სასჯელისაგან ბათავისუფლების სპეციალური მექანიზმი თანამედროვე ქართულ სამართალში
მარიამ გელაშვილი
- 148** THE ISSUE OF SECURING COMPENSATION FOR ANTICIPATED LOSSES AS A COUNTERBALANCING TOOL OF PROVISIONAL REMEDY
Khatuna Skhirtladze
- 161** მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის პრობლემა, როგორც სარჩელის უზრუნველყოფის საკირწონე ინსტრუმენტი
ხათუნა სხირტლაძე
- 177** IMPOSING A SENTENCE IN CASE OF CUMULATIVE CRIMES (LEGISLATIVE TENDENCIES IN GEORGIA)
Papuna Guruli

BUSINESS ACTIVITIES AS A MECHANISM TO ACTIVATE THE LEGAL PRESENCE OF WOMEN – A STUDY IN ALGERIAN LAW

Benazza Amal

*Doctor of law, Lecturer Professor A,
Faculty of law, University of Ain Temouchent, Algeria*

ABSTRACT

Equality is the basic principle that all rights and freedoms are based on at present. It prevents every discrimination of any kind, which is sought by national and international trade laws alike, and this is to create opportunities to enable women to establish their legal presence in the labor market by Providing a work environment that preserves women's rights and is supportive and stimulating for them while being keen to demonstrate the difficulties faced by this on the one hand, and facilitating the exercise of their business and commercial activities on the other hand. This is what the Algerian constitution expressly calls for by devoting the principle of freedom of trade and competition, in addition to opening the way for the time being to commercial investments, which do not differentiate between a man and a woman.

KEYWORDS: Women, Trade, Rights, Investment, Freedom

INTRODUCTION

The principle of equality is the most important constitutional and humanitarian principle, which people are keen to uphold and support. Societies should not be based on human discrimination, whether in terms of origin, sex or religion, which is why various international conventions and treaties affirm this right.¹

On this basis, legal equality between men and women emerged, i.e., equality in treatment, which depends on fulfilling the conditions prescribed in constitutions and laws to ensure the effectiveness of their application to all holders of similar and similar legal positions.²

In line with the economic reforms undertaken by the Algerian legislator through the constitutional amendment of 2016, he adopted a policy of economic freedom more clearly with an expansion of the scope of transactions by recognizing freedom of trade, investment and competition, with guarantees by the state to provide a favorable climate for business³ through public and private commercial laws.

To establish their legal status as an active position in society, women must participate in all areas of life and extend their practical influence in parallel with men.

Therefore, at the beginning of the twentieth century, women became engaged in trade like other professions and even expanded their field of activity beyond the borders of the State through the conclusion of international commercial operations, thus competing with men in the activity that was believed to be exclusive to them.

However, for economic democracy to be achieved between both sexes, women must also be subject to all the dictates of the State, which are the basis for transparency and fairness in

business practice. Most fields of economic activity have been the subject of attention by the legislators, so many legislative and regulatory texts related to the Algerian Business Code have been enacted, which have witnessed great development at all levels. Therefore, this topic poses the following problem: What are the manifestations of women's legal rights in trade systems?

To answer this problem, we will divide this study into two parts, dealing in the first section with the dedication of constitutional principles to create a commercial presence for women, and in the second section, we will address the requirements of the work environment that preserves the rights of women traders.

1. THE DEDICATION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES TO CREATE A LEGAL PRESENCE FOR WOMEN

After Algeria adopted a policy of economic openness, amendments were made to legalize the issue. The most important of these amendments was enshrined in the Algerian Constitution through its principles to establish a commercial legal base that seeks to create equal opportunities for all in the commercial field. This leads women to be able to delve into this field without hesitation.

The most important constitutional principles addressed in the constitution were the principle of freedom of trade and industry, freedom of investment (the second requirement), and freedom of competition, which we will elaborate on successively.

1.1. The Principle of Freedom of Trade and Industry

The legislator has not only devoted the legal presence of women in the commercial field through the issuance of a scattered set of legal texts but it has also been constitutionally enshrined by including the principle of freedom of

1 Al-Ferjani, S.A. (2015). The Principle of Equality before the Law and its Applications in Libyan Law, *Journal of Legal and Sharia Sciences*. (6). p. 227.

2 Hassan, A. (N.P.D). Human Rights. Publications Agency. Kuwait. p. 66.

3 Haddad, Z. (2016). Freedom in the Market Economy and Algerian Legislation. *Journal of Human Sciences*. 46 (A). p. 330.

trade and industry for the first time in Algeria with the text of the Constitution of November 16, 1996, where the content of article 37 of it states that: "Freedom of trade and industry is guaranteed and exercised within the framework of the law".

With this provision, the Constitution has given sufficient protection to women in the commercial field against all forms of infringement that may occur against them, whether issued by the State or privately. The legislator has excluded all barriers and obstacles that prevent them from participating in the development process after they were previously the preserve of the merchant man.

The principle of freedom of trade and industry is the most fundamental principle in the field of trade and is a clear reflection of the economic ideas adopted by the State.

Article 37 states that it is absolute without specification, as it does not discriminate between Algerian men and women or foreigners with regard to the benefit of this freedom.

The legislator also took this principle with several guarantees, including guaranteeing the legality of expropriation,⁴ guaranteeing the integrity of state institutions in dealing with investments,⁵ guaranteeing freedom of intellectual, artistic, and scientific innovation,⁶ and guaranteeing the right to private property.⁷

Thus, this principle of freedom of trade and industry is no longer confined to legal and legislative texts but has gone further by establishing a constitutional framework for it. However, freedom of trade and industry does not mean unconditionally exercised or even a repudiation of applicable legal obligations but is intended to be exercised in a regulated, clear and non-exclusive framework for a particular group or person. Economic activities must be subject to the text of the law to be binding on all and exclude only those expressly excluded by law.⁸

4 Article 22 of the Algerian Constitution (2020). <<https://www.joradp.dz/TRV/AConsti.pdf>> [20 June 2023].

5 Article 23 of the Algerian Constitution.

6 Article 44 of the Algerian Constitution.

7 Article 64 of the Algerian Constitution.

8 Ajabi, I. (2014). Consecration of the principle of freedom of trade and industry in Algeria. Al-Researcher

One of the principles contained in this principle is to prevent the public authority from embarking on the regulation of the economy, as it is synonymous with free competition, which is difficult to distinguish between them, as both define the stage of comprehensive economic liberalism.⁹

It is a set of freedoms that vary according to the role they play in confronting the public basket, but this freedom is limited by considerations of public interest and the need to maintain public order, which allows the public authority to intervene to achieve the goal of this principle.¹⁰

1.2. The principle of freedom of investment

This principle was first enshrined in Law No. 90/10 of April 14, 1990, on currency and loans, where article 183 states: "Non-residents are authorized to transfer capital to Algeria to finance any economic activities not expressly allocated to the State, its subsidiary institutions or any legal person..." Article IV of Ordinance No. 01/03 of August 20, 2001, on Amended and Supplemented Investment, stipulates: "Investments shall be made in complete freedom, subject to the legislation and regulations relating to regulated activities..."

Article 43 of the Constitution explicitly stipulates this principle: "Freedom of investment and trade is recognized and exercised within the framework of the law.

The State shall endeavor to improve the business climate and encourage the prosperity of enterprises without discrimination in the service of national economic development.

The State shall guarantee market regulation, and consumers shall be protected by law.

The law prohibits monopoly and unfair competition".

Journal for Academic Studies, (4). p. 263.

9 Ahmed, M. (1980). Algerian Commercial Law 2(1). p. 13.

10 Ajabi, I. previous reference. p. 268.

1.3. The principle of freedom of competition

It represents the mechanism by which it operates in the market, emphasizing the free dealing between all parties involved in the commercial field.

Through its legal texts, the legislator has adopted this principle by regulating the competitive course of economic activities, explicitly recognizing the freedom to compete and set prices, and limiting practices that may violate them.

The legislator subjected all persons engaged in economic activities to the controls of competition rules, regardless of their nature or sex, as confirmed by Article 2 of Law No. 10/05,¹¹ which emphasizes the equality of all market players in the face of the provisions regulating the competitive process, including equal opportunities, and making them available to all and at the same time protecting competition and competitors.¹²

To ensure the protection of competition, restrictive practices of competition have been prohibited under article VI of the aforementioned Competition Act, which is confirmed by the last paragraph of article 43 of the Constitution by recognizing the need for competition to be fair.

2. THE REQUIREMENTS OF THE WORK ENVIRONMENT TO PRESERVE THE RIGHTS OF WOMEN TRADERS

For women to do business and acquire the legal status of merchants, there must be a legal environment that preserves their rights vis-à-vis third parties. Therefore, reference must be made to the provisions of the first article of the Commercial Code, which states: “Any natural or legal person who carries out a commercial

business and takes it as a habitual profession shall be considered a merchant unless the law provides otherwise”.¹³

Among the conditions required by the Algerian legislature are that women be professional in carrying out business, be independent in the exercise of such business, and have the legal capacity to enable them to carry out legal acts.

2.1. Business professionalism

A merchant is a person whose profession is to do business professionally; to achieve this, you must do business. In carrying out commercial business, the legislator intends to carry out the substantive acts mentioned in article II of the Commercial Code and not to ancillary businesses since the latter requires the capacity of a merchant in the person who performs them.

Professionalism¹⁴ is the practice of business regularly and in some form of acquisition and subsistence, and therefore must:

2.1.1. Carrying out work in a consistent manner

That is, on a regular basis, and therefore not to practice business casually or sporadically.

2.1.2. Carrying out work on an ongoing basis

That is, the repetition of doing the business, and the problem is whether the caretaker of the

11 Algerian Competition Law (2010). n° 46. <<https://www.commerce.gov.dz/reglementation/loi-n-deg-10-05-du-15-08-2010>> [Last accessed: 21.06.2023].

12 Haddad, Z. previous reference. p. 334.

13 This article was amended by Ordinance. (1996). No. 96-27 after replacing the phrase “everybody” with “any natural or legal person”, and changed the word “craft” to “profession” and added the phrase “unless otherwise required by law”, which means that the fulfillment of the conditions mentioned in the article does not directly confer commercial character, as some laws may add their own conditions.

14 Professionalism differs from hobby in that there is no intention to make a profit or earn, because the amateur wants to spend time and have fun; Jajan, A.R., Burghul, A.Q., Fares, O. (2008), Introduction to Commercial Law – Business, Merchant, and Shop-. Directorate of Books and University Publications. p. 127.

business, according to the individual subject, acquires the status of a merchant. The answer to this question is no because repeating the business is required for its owner to acquire the status of a merchant.

2.1.3. Means of Livelihood

Business must be a person's usual profession for his livelihood, and not a side job, i.e. an essential work under which a person acquires the status of a merchant.¹⁵

2.1.4. The rules of practicing commercial professions should be fulfilled

According to the principle of freedom of trade and industry, a person is free to practice any work of any kind, but this freedom is not absolute but is limited by public order on the one hand and a set of general rules on the other hand, which is mainly represented in the rule of non-prevention of practising the activity as one of the prohibited commercial activities such as the sale of weapons and drugs. The rule of non-incompatibility, in which the profession of practising trade is incompatible with other professions, and therefore it is not permissible to acquire the status of a merchant, such as practising the profession of judiciary and accounting. In addition to the rule of non-lapse, which the legislator prohibited some persons who have been subjected to criminal penalties or who have been declared bankrupt from practising trade.¹⁶

Consequently, the business of women traders must be professional, so that it can be said that the first conditions for acquiring a commercial status have been met.

2.2. Independence in the exercise of trade

That is, a person carries out substantive business in his name and for his account and in the form of independence, such as starting a commercial enterprise and personally bearing the risks resulting from it.¹⁷

It should be noted that Ordinance 75/59 did not stipulate this requirement, but the Law on the Commercial Register provided that any natural person enjoying his civil rights could expressly express his desire to engage in business in his name and on his account.¹⁸ That is, there should be a direct relationship between the merchant and the business he is responsible for. A worker in a commercial shop is not considered a merchant because he does not carry out business for his account, but for others.

Therefore, women who want to engage in trade must do this work for their account and in their name to acquire commercial status.

2.3. Commercial Eligibility

By extrapolating the Commercial Code, we find that it did not include a special provision for commercial capacity, which must refer to the general rules. While we find him referring to the actions of the minor merchant and the married merchant woman.

2.3.1. General Eligibility Conditions

Article 40 BC states: "Every person who has attained the age of majority and enjoys his mental faculties and has not been interdicted shall have full capacity to exer-

15 Professionalism differs from habituality, the latter being the repetition of an action from time to time without reaching the point of continuity and regularity.

16 See Article 381 of the CCP.

17 Salah, F.Z. (2003). *Al-Kamil fi commercial law – Business – Merchant – Artisan – Organized Commercial Activities – Commercial Register-*. published and distributed by Ibn Khaldun. p. 167.

18 This is stated in the first paragraph of Article II Algerian Commercial Register Law. (1990). No. 90/22. <<https://www.commerce.gov.dz/reglementation/loi-n-90-22>> [Last accessed: 21.06.2023].

cise his civil rights. The age of majority is 19 full years”.

Under this article, which has no counterpart in commercial law, a person becomes eligible to engage in legal acts, including the practice of trade, unless there is a legal impediment. A legal impediment may be an impediment to capacity or an impediment to the exercise of trade. With regard to symptoms of eligibility, such as dementia, insanity, foolishness and inattention, each of their actions is either null and void, they cannot engage in business, and they do not have any penalty if they do so, and they can annul contracts concluded at that time.

2.3.2. Actions of the minor

Under Articles V and VI of the Commercial Code, the legislator has clarified the conditions a minor must meet to engage in trade and the resulting effects.

2.3.2.1. Conditions for qualifying a minor to practice trade

Under Article V of the Commercial Code¹⁹ a minor must meet three conditions to be eligible to conduct business:

1. The minor has completed the age of 18 years.
2. The minor obtains permission to engage in trade from her father or mother or a decision of the family council approved by the court whether her father is deceased or absent, or his parental authority has been revoked or impossible for him

¹⁹ It states: “A minor guide, male or female, who is eighteen years of full age and who wishes to engage in trade may not commence commercial operations, nor shall he be considered an adult in respect of undertakings entered into in connection with a business: if he has not previously obtained the permission of his father or mother or a decision of the family council certified by the court, whether his father is deceased or absent, or his parental authority has been forfeited or impossible for him to exercise it, or in the absence of the father and mother. This written permission must be provided in support of the application for registration in the Commercial Register”.

to exercise it, or in the absence of a father or mother.

3. The permission to engage in trade must be in writing and may also be a general or specific permission for certain operations.
4. Registration of the permission in the commercial register to inform third parties dealing with the minor guide.

2.3.2.2. Effects of qualifying a minor to engage in trade

If the conditions above are met, a minor, male or female, can practice business. He may carry out all actions, including arranging a mortgage or any obligation on his real estate, provided that the disposition of the latter can only be done by following the procedures related to the sale of the property of minors or incapacitated, and this is in accordance with article VI of the Commercial Code, which states: “Minor traders licensed in accordance with the provisions of article 5 may arrange an obligation or mortgage on their real estate.

However, the disposal of such funds, whether voluntary or forced, can only be effected by following the forms of procedure relating to the sale of the property of minors or incapacitated persons”.

2.3.3. Married women who are merchants

Article 7 of the Commercial Code states: “A merchant’s husband shall not be considered a merchant if he carries on a commercial activity subordinate to that of his spouse.

He shall not be considered a merchant unless he carries on a separate business”.

The legislator has stipulated that a separate commercial activity be exercised for both the wife and husband and that no subordinate activity should be practised.

It is also inferred from the term “wife” that it accrues to the husband or wife. If a man is a merchant, his wife cannot engage in business activity unless her activity is separated from that of her husband and vice versa.

However, the legislator did not clarify what the phrase “separate business” meant in the text. Does this mean legal or practical separation? The Algerian legislature should have intervened to clarify the ambiguity.

Thus, it can be said that women are subject to the same conditions as men without restriction or conditions, as confirmed by the text of Article VIII of the Commercial Code.²⁰

In addition, and through all legal texts, and to acquire this status vis-à-vis everyone and invoke it, it must be registered in the commercial register.

Thus, the Algerian legislature has provided women with a legal environment that enables them to obtain their commercial rights in addition to the constitutional principles and, in return, imposed on them a set of obligations. However, he did not differentiate between male and female or assign additional conditions to her.

CONCLUSION

Through economic reforms, the Algerian legislature has tried to enshrine certain commercial principles constitutionally to guarantee

20 For more details, see: Salah, F.Z. previous reference. p. 355.

women’s rights to trade in parallel with men. This depends on the outcome of the following stages of openness and the entry into the era of globalisation.

This issue raises many questions, most of which revolve around the fate of women’s economic activities in the country, the maximum limits for practising these activities, and the restrictions that must be applied in light of the fierce competition, especially if we look at the two opposing phrases contained in Article 37 of the Constitution, which states: “Freedom of trade and industry is guaranteed and exercised within the framework of the law”.

Therefore, we have concluded from this subject two conclusions:

The first concerns considering equality as one of the fundamental constitutional principles on which all commercial rights and freedoms are based.

The second is that equality in trade practice must be actual and real, not just a textual paper.

Therefore, we recommend emphasising women’s role in activating constitutional principles on the ground through their economic activities, in which they sometimes surpassed the male trader through the sweep of “businesswomen” into the world of commerce.

BIBLIOGRAPHY:

Books:

1. Ahmed, M. (1980). Algerian Commercial Law 2(1).
2. Hassan, A. (N.P.D). Human Rights. Publications Agency Kuwait.
3. Jajan, A.R., Burghul, A.Q., Fares, O. (2008), Introduction to Commercial Law – Business, Merchant, and Shop-. Directorate of Books and University Publications.
4. Salah, F.Z. (2003). Al-Kamil fi commercial law – Business – Merchant – Artisan – Organized Commercial Activities – Commercial Register-. published and distributed by Ibn Khaldun.

Articles:

1. Haddad, Z. (2016). Freedom in the Market Economy and Algerian Legislation. Journal of Human Sciences. 46 (A).

2. Al-Ferjani, S.A. (2015). The Principle of Equality before the Law and its Applications in Libyan Law, Journal of Legal and Sharia Sciences. (6).
3. Ajabi, I. (2014). Consecration of the principle of freedom of trade and industry in Algeria. Al-Researcher Journal for Academic Studies, (4).

Legal Act:

1. Algerian Competition Law (2010). n° 46 <<https://www.commerce.gov.dz/reglementation/loi-n-deg-10-05-du-15-08-2010>> [Last accessed: 21.06. 2023].
2. Algerian Commercial Register Law. (1990). No. 90/22. <<https://www.commerce.gov.dz/reglementation/loi-n-90-22>> [Last accessed: 21.06.2023].

The study (grant #PHDF-22-541) was supported by the Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia

THE SIGNIFICANCE OF DAMAGE – A CRIMINAL ACT AS PART OF THE ILLEGAL LOGGING OF TREES AND SHRUBS

Khvicha Begiashvili

Doctoral Candidate of Law, Davit Aghmashenebeli University of Georgia, instructor of the State Security Service Training Center, Georgia

ABSTRACT

The paper deals with the criminal act provided for in Article 303 of the Criminal Code of Georgia for unlawful felling of trees and bushes, the amount of damage caused to the environment, the procedure for its calculation and the significance of the damage. It will be discussed what constitutes and how the essential component of the disposition of the Article – substantial damage is calculated. Where is the line drawn between criminal and administrative responsibility? What kind of damage can be caused by the illegal cutting of trees and shrubs, and what are their implications for investigations, prosecutions, and courts?

The paper is novel since other scientific works do not identify the subject of our study, and there are few studies of damage in textbooks or comments to the private part of the Criminal Code. The damage caused to the environment differs from the damage imposed for crimes with other material components provided by the criminal law code; its amount decides the basis of administrative or criminal law in a specific case. Therefore, the scientific study of the issue has practical significance.

The scientific paper aims to clarify the essential component for the composition of Article 303 of the Civil Code – the study of the issue of compensation for damage and to create a correct understanding of the problematic issues raised around it.

KEYWORDS: Environment, Damage, Illegal Logging, Trees and Shrubs

INTRODUCTION

Among the world's most important tasks, special priority is given to environmental protection. Human impact on nature is increasing daily, especially today, in the context of continuous hostilities in the region, causing dire ecological consequences. The intensive human impact on nature manifests in the irrational consumption of natural resources and their illegal extraction and destruction. The explosion of the "Kakhovka HPP" dam in Ukraine, which was accompanied by irreversible processes, namely the destruction of water, soil, vegetation, and animals, can be considered as a face of large-scale destruction of nature, which was assessed as ecocide.¹

States and their leaders should assume more responsibility as soon as possible to preserve land, vegetation, and water in their natural state because this is the only way left, shortly, to maintain a sustainable climate and, therefore, to avoid the ecological disasters that threaten the world in the form of global warming. To this end, the researchers have developed both a short-term and a long-term action plan, which includes a number of preventive, protective, and restoration measures.²

Harmonization of environmental protection and rational use of nature with ecological, economic, and social interests of the state and society is a priority for each state. However, the problem of environmental protection has long gone beyond the borders of a particular country, and today, it is presented as an international challenge. All democratic states aspire to engage in international legal protection of the environment and preserve nature, thereby maintaining a decent quality of life in the world.

In this regard, Georgia pays special attention to synchronising criminal and other legislation with international legal norms. In the Criminal Code of Georgia, a separate Title is given to a crime against the rules of environmental protection and use of natural resources.³ The Title consists of one chapter and 26 Articles.⁴ We agree with the opinion of the authors that the subject of the crime against the rules of environmental protection and use of natural resources are objects of natural origin and existing in the environment, which were created naturally and, accordingly, no human or material resources were spent. For example, they are air, land, water, plants, animals, and others.⁵ At the same time, we note that in addition to natural resources, the subject of crimes against the rules of environmental protection and the use of natural resources can be such resources on the territory of municipalities in planting, growing, developing, cultivating of which human and material resources were expended (e.g., parks, windbreaks, gardens, etc.).⁶

The scientific work discusses a specific criminal act from the part of crimes against the rule of environmental protection, a mandatory component of the disposition on the illegal felling⁷ of trees and shrubs: the essence, amount, method of calculation and significance of causing substantial damage.

This Article has undergone many changes over the years. Especially noteworthy is the cascade of changes implemented since 2018, which was caused, on the one hand, by the upward trend in crimes against the environment in 2017,⁸ and, on the other hand, by considering the

1 Hallam J, and others, Collapse of critical Ukrainian dam sparks region-wide evacuations. Here's what we know, 2023, <<https://edition.cnn.com/2023/06/06/europe/ukraine-nova-kakhovka-dam-breach-intl-hnk/index.html>> [Last accessed: 15.06.2023].

2 Dinerstein E. and others, A Global Deal for Nature: Guiding principles, milestones, and targets, SCIENCE ADVANCES, 2019, Vol 5, Issue 4, <<https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aaw2869>> [Last accessed: 12.06.23].

3 The Criminal Code of Georgia, 1999, Part Ten.

4 *Ibid.*, Chapter XXXVI, Offenses against the Environmental Protection Act.

5 Lekveishvili M., Todua N., Mamulashvili G., Private Part of Criminal Law, fifth edn., Tb. 2017, pp. 171-172.

6 Resolution No. 54 of 2014 of the Government of Georgia on Methodology for Determining (Calculating) Damage to Environment, Art. 6.

7 Criminal Code of Georgia, 1999, Art. 303.

8 Statistics of registered crimes in 2017, column 68 of the table, <<https://www.geostat.ge/media/16776/danaSauli-2017.pdf>> [Last accessed: 06/12/23].

amount of damage caused to the environment.⁹

The work also considers whether the legislative changes made in the Article had positive and negative consequences. Have the new rules ensured a reduction in environmental damage, have they contributed to the process of sustainable forest development, and have they reduced cases of illegal forest use? In the study, special attention is paid to the rules for calculating damage, the type, amount of damage and its compensation, as well as its significance in the criminal case.

LEGISLATIVE CHANGES RELATED TO THE ARTICLE

In the current Criminal Law Code, the Article of a criminal act for illegal cutting down of trees and bushes has undergone four legislative changes. Initially, the illegal felling of trees and shrubs was punishable under criminal law in case of causing significant damage through negligence;¹⁰ after the amendment, the word “negligence” was removed from the disposition of the Article, and accordingly, the subjective side of the crime under consideration was defined as an intentional crime. Moreover, a number of authors partially criticize this change and believe that with this change, it will no longer be possible to initiate criminal prosecution under Article 303 of the Civil Code against those who illegally cut down trees and shrubs and caused significant damage through negligence.¹¹ It should be noted

that logging is an active and intentional action, when the person(s) by prior intention, with the appropriate tools or equipment, arbitrarily goes to cut down a tree or bush. They know in advance that they do not have the proper permission/license to cut down trees and that logging any tree or bush entails some kind of damage, which we will discuss in more detail in the next part of the paper. Accordingly, we believe that the subjective side of the *corpus delicti* (composition of the crime), which is expressed in the premeditation, does not allow for the possibility of damage due to negligence. We agree with the opinion of the authors that this change was justified and necessary since the original version of the disposition meant criminal liability in case of causing significant damage through negligence as a result of illegal felling of trees and shrubs, and accordingly, excluded the implementation of the norm in the conditions of damage caused by an intentional act.¹²

In connection with the amendments to the legislation in 2018, the disposition and structure of the Article have been substantially changed. In particular, for the qualification of the action, the amount of damage caused as a result of unlawful logging of trees and shrubs did not matter in cases where the illegal felling will be committed by a person held administratively liable for: illegal cutting and damage to woody plants within the borders of protected areas and their territorial-functional zones,¹³ re-manufacturing of timber in the territory of the state forest without the relevant documents stipulated by the legislation of Georgia,¹⁴ re-damage, arbitrary cutting and destruction of green plants in the territory within administrative borders of the municipality (except the privately owned territory)¹⁵ and re-damage, unauthorized felling and/or removal of green plants within administrative borders of Tbilisi Municipality (including damage or arbi-

9 In December 2017, Giorgi Kvirikashvili, speaking before the parliament as a candidate for the position of prime minister, declared war on illegal logging. According to official data, the damage caused to the environment of Georgia amounted to 8.5 million GEL in 2017, and more than 1.7 thousand cases of violation of forestry legislation were detected (It is meant as a set of facts of criminal law as well as administrative violations. Author's note). <<https://sputnik-georgia.com/20180202/xe-tyis-ukanono-gacexva-mTavro-bis-praqtikuli-nabijebi-239164563.html>> [Last accessed: 12.06.23].

10 Criminal Code of Georgia, 1999, Art. 303. (edition valid until June 30, 2000).

11 Lekveishvili M., Mamulashvili G., Todua N., Mumladze D., Private Part of Criminal Law, first edn., (book II),

Tb., 2005, p. 43.

12 Dvaladze I., Tumanishvili G., Gvenetadze N., Case Study Method in Criminal Law, Tb., 2015, p. 85.

13 Code of Administrative Offenses of Georgia, 1984, Art. 64¹, Part.1.

14 *Ibid.*, Art. 66, Part 2.

15 *Ibid.*, Art. 151, Part 2.

trarily felling of green spaces in such a way that it is impossible to determine the type of damaged or arbitrarily cut green plants), on the facts of violation of the rules of maintenance and restoration of green plants.¹⁶ With the same change, Parts Three and Four were added to the Article, according to which illegal felling of trees and shrubs listed in the Red Book of Georgia, on the lands of the state forest fund or protected areas,¹⁷ has been regulated as a criminal offense toward a person who is an administratively charged with the fact of illegal felling and damage to woody plants within the established boundaries of specially protected areas and who has repeatedly committed the specified action.¹⁸ It should be noted that the sanction imposed under Part 4 of the Article classified it as a serious crime.¹⁹

In 2020, the third Part of the Article was changed, and in the disposition, the phrase “on the lands of the State forest fund or protected areas” was replaced by the sentence “in the forest or protected area of Georgia”.²⁰

In 2021, the first Part of the Article was amended,²¹ and the fact of repeated illegal felling of trees and shrubs in the windbreak (field protection) strip was added to the list of administrative violations.²²

Over the years, the main goal of the changes implemented in the Article was to strengthen the fight against the facts of illegal logging and to minimize the mentioned criminal actions. But the statistics show that the legislative changes implemented to achieve this goal have not been effective, and crime has been declining over the years, although the indicator remains noteworthy.²³

16 *Ibid.*, Art. 151¹, Part 2.

17 Criminal Code of Georgia, 1999, Art. 303, Parts 3-4.

18 Code of Administrative Offenses of Georgia, 1984, Art. 64¹, Part 2.

19 Criminal Code of Georgia, 1999, Art. 12, Part 3.

20 Law of Georgia on Amendments to the Criminal Code of Georgia, 2020, No 5963-ss.

21 Law of Georgia on Amendments to the Criminal Code of Georgia, 2021, No. 971-VIms-Xmp.

22 Code of Administrative Offenses of Georgia, 1984, Art. 64², Part 3.

23 Statistics of registered crimes, 2018-2022, columns 68-69 of tables, <<https://www.geostat.ge/ka/mod->

THE ESSENCE AND SIGNIFICANCE OF DAMAGE IN THE DISPOSITION OF THE ARTICLE

Up to 40% of the territory of Georgia is covered with forest,²⁴ therefore, it should be said that it is more accessible than other natural resources spread in Georgia, and due to its scale, it is a less protected good. Considering that wood can be used for many purposes, and it is more profitable to obtain it with lower costs, unfortunately, unlawful logging of trees and shrubs in Georgia has become a widespread crime.

Illegal felling of trees and bushes is a criminal act with a material component, which implies the necessity of a material result at the time of its commission, and this means harming the legal good (for the given Article, for the environment).²⁵ The subject of the crime is a person who has reached the age of 14, the subjective side of the crime is expressed in the intention, and the commission of this crime through negligence is excluded since the Article does not have a proper clause.²⁶ The object of the crime is any tree or shrub for which a special license or permit is required to be cut, while the objective side implies an active action aimed at cutting a tree or bush, and it does not matter how it will be carried out (e.g., with axe, pickaxe, electric saw or other). A prerequisite for the qualification of the action is the confirmation of the fact of damage and the calculation of the amount of this damage. In the Criminal Code of Georgia, for the purposes of a particular chapter, the amounts of damages are regulated in the notes of the Article itself. For example, for an economic criminal Chapter, significant damage is considered when the value of an item exceeds 150 GEL and a large amount –

[ules/categories/679/siskhlis-samartlis-statistikis-ertiani-angarishi](https://www.geostat.ge/ka/mod-ules/categories/679/siskhlis-samartlis-statistikis-ertiani-angarishi) [Last accessed: 13.06.23].

24 Urushadze T., Loria V., Ecological Law, Tb., 1999, p. 214.

25 Turava M., Criminal Law. Overview of the General Section. With Attached Test Samples and Case Study Method, eighth edn., Tb., 2010, p. 76.

26 Criminal Code of Georgia, 1999, Art. 10, Part 4.

over 10,000 GEL.²⁷ For money laundering, an income from thirty thousand to fifty thousand GEL is considered a large amount, and income over fifty thousand GEL is considered a particularly large amount.²⁸ For tax evasion, a large amount is considered when the amount of tax to be paid exceeds one hundred thousand GEL, and especially a large amount when the amount exceeds one hundred and fifty thousand GEL.²⁹ There is no similar legal clause for the criminal Chapter against the environment. It should be noted that in 2011, with the amendments made to the Criminal Code, for Chapter purposes, the amount of significant damage is determined in accordance with the subordinate normative act of the Government of Georgia.³⁰ Moreover, in the event of a crime stipulated by Part One of Article 303 of the Civil Code, a person would not be held criminally liable. If, within 45 calendar days from the date of receipt of the claim for compensation for environmental damage, he would pay the amount due or within the same period, an agreement regarding the damage to the environment would be signed with him.³¹ This entry of the law was cancelled in 2013.³² Accordingly, the Criminal Code, for this Article, did not clarify what amount would be considered significant damage. Unauthorized felling of even one tree or bush will certainly cause some damage, but how should we determine and distinguish whether the specified damage is significant or not, that is, whether it constitutes the basis for criminal liability, and whether it is insignificant, that is, whether it represents the basis of administrative responsibility. Some authors believed that the court should decide the issue of significant damage.³³ We cannot agree with this opinion since, before the court's decision, to

initiate criminal prosecution against a person for the composition of the crime and, accordingly, for the prosecutor to issue a decision to charge the person as an accused, a document on determining/confirming the damage is decisive evidence. The burden of proof is on the accuser, as well as the duty to substantiate the admissibility of evidence of the accused's side and the inadmissibility of evidence of the defense.³⁴ Logically, the question arises: based on which document the damage caused by the illegal felling of trees and shrubs was and is being carried out today in Georgia. The mentioned subordinate normative act has been changed many times over the years.³⁵ The amount and significance of substantial environmental damage was determined by the current normative act. The value of the damage is determined by the illegal felling of woody plants and/or shrubs, which leads to the cessation of their growth and vital function. In addition, the specified action, which is manifested in the illegal cutting, uprooting, or destruction of the plant, should cause damage to the environment for 1000 GEL or more.³⁶ To determine the amount of damage, the amount of illegally felled trees and shrubs, the type of wood, its location and others are important.³⁷ If, as a result of the calculation, the amount of damage is found to be less than 1000 GEL, in such a case, the person will bear only administrative responsibility.

27 *Ibid.*, Note to Article 177.

28 *Ibid.*, Note to Article 194.

29 *Ibid.*, Note to Article 218.

30 *Ibid.*, Note to Article 291, Part 1 (edition valid until May 15, 2013).

31 *Ibid.*, Note to Article 291, Part 2 (edition valid until May 15, 2013).

32 Law of Georgia on Amendments to the Criminal Code of Georgia, 2013, No. 472-rs.

33 Lekveishvili M., Mamulashvili G., Todua N., Mumladze D., Private Part of Criminal Law, first edn., (book II), Tb., 2005, p. 42.

34 Criminal Procedure Code of Georgia, 2009, Art. 5, Part 2; Art. 33, Part 1; Art. 72, Part 3.

35 For example: in 2002-2006, there was a resolution No. 99 of the Minister of Environmental and Natural Resources Protection of Georgia on Calculation and Compensation of Damage Caused to the State Forest Fund as a Result of Illegal Forest Use; in 2006-2011 – a resolution No. 538 of the Minister of Environmental and Natural Resources Protection of Georgia on Methodology for Calculating Damage to Environment; in 2011-2014 – a resolution No. 2 of the Minister of Environmental and Natural Resources Protection of Georgia on Methodology for Determining (Calculating) Damage to Environment, and from 2014 to the present technical regulation No. 54 of Government of Georgia on Methodology for Determining (Calculating) Damage to Environment.

36 Resolution No. 54 of 2014 of the Government of Georgia on Methodology for Determining (Calculating) Damage to Environment, Art. 5, Part 6.

37 *Ibid.*, Appendix 10.

As we mentioned above, the amount of damage does not matter in cases where the person under administrative penalty commits the illegal cutting of trees and bushes again. Although the damage may not amount to 1000 GEL, a criminal case will be initiated against the person since such a legal clause exists in the disposition of the Article.

The crime under Article 303 of the Criminal Code of Georgia falls under the investigative jurisdiction of an investigator of the Ministry of Internal Affairs of Georgia.³⁸ The calculation of environmental damage is not within the investigator's competence. In a fact of illegal felling of trees and shrubs is discovered, appropriate calculations are made by the State Sub-Agency Department of the Ministry of Environmental Protection and Agriculture of Georgia – Department of Environmental Supervision and/or employees of the National Forestry Agency of the same ministry. A written document on the calculation of damages is attached to the criminal case as evidence and represents an important act for a specific case, which confirms the amount of damage and that this damage is significant.

The issue of compensation for damage to the environment, of course, does not change the criminal qualification of the action, but, as a rule, it is considered by the court when making the final decision on the case.

38 Order No.3 of the General Prosecutor of Georgia on Determining of the Investigative and Territorial Investigative Jurisdiction of Criminal Cases, 2019, Appendix, Paragraph No.1.

CONCLUSION

Summing up, it should be noted that the necessary circumstance of the offense of illegal felling of trees and shrubs – the calculation of damage, is carried out by a subordinate normative act approved by the government decree. Damages are calculated by an authorized person of the Ministry of Environmental Protection and Agriculture of Georgia within the scope of his/her competence and in the case of referral by investigative bodies. The amount of significant environmental damage is defined as 1000 GEL or more. Accordingly, if the amount of damage is only 999 GEL or less, the criminal case and/or criminal prosecution are not initiated and/or terminated against the person. In addition, an administrative fine will be imposed on the said person. In contrast to the clauses imposed on other categories of crimes, the Criminal Code does not impose a specific amount of damage in the event of illegal felling of trees and shrubs, which often creates uncertainty among those concerned. We believe that to avoid uncertainty, the amount of damage should be clearly regulated in the Criminal Code for the Chapter and/or specific Articles of the crime against the environment.

In addition to the above, to effectively combat illegal logging and to prevent violations, it is advisable at the legislative level to impose such additional obligations for those convicted under the mentioned Article, along with the main type of punishment, such as, for example, the planting and taking care of trees in proportion to the damage caused to the environment.

BIBLIOGRAPHY:

1. Dvaladze I., Tumanishvili G., Gvenetadze N., Case Study Method in Criminal Law, Tb., 2015.
2. Urushadze T., Loria V., Ecological Law, Tb., 1999.
3. Lekveishvili M., Mamulashvili G., Todua N., Mumladze D., Private Part of Criminal Law, first edition, (book II), Tb., 2005.
4. Lekveishvili M., Todua N., Mamulashvili G., Private Part of Criminal

- Law, fifth edition, Tb., 2017.
5. Turava M., Criminal Law. Overview of the General Section. With Attached Test Samples and Case Study Method, eighth edition, Tb., 2010.
 6. Hallam J, and others, Collapse of critical Ukrainian dam sparks region-wide evacuations. Here's what we know, 2023, <<https://edition.cnn.com/2023/06/06/europe/ukraine-nova-kakhovka-dam-breach-intl-hnk/index.html>> [Last accessed: 15.06.2023].;
 7. Dinerstein E. and others, A Global Deal for Nature: Guiding principles, milestones, and targets, SCIENCE ADVANCES, 2019, Vol 5, Issue 4, <<https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aaw2869>> [Last accessed: 12.06.23].;

Legislative Acts:

1. The Criminal Code of Georgia, 1999.
2. Code of Administrative Offenses of Georgia, 1984.
3. Law of Georgia on Amendments to the Criminal Code of Georgia, 2020, No 5963-ss.
4. Law of Georgia on Amendments to the Criminal Code of Georgia, 2021, No. 971-Vlms-Xmp.
5. Law of Georgia on Amendments to the Criminal Code of Georgia, 2013, No. 472-rs.
6. Criminal Procedure Code of Georgia, 2009
7. Calculation and Compensation of Damages Caused to the State Forest Fund as a Result of Illegal Forest Use. Approved by the Order No. 99 of 2002 of the Minister of Environmental and Natural Resources Protection of Georgia.
8. Methodology for Calculating Damage to Environment. Approved by the Order No. 538 of 2006 of the Minister of Environmental and Natural Resources Protection of Georgia.
9. Methodology for Determination (Calculation) Damage to Environment. Approved by the Order No. 2 of 2011 of the Minister of Environmental Protection and Natural Resources of Georgia.
10. Methodology for Determination (Calculation) Damage to Environment. Approved by the Order No. 54 of 2014 of Georgian Government.
11. On Determining Investigative and Territorial Investigative Jurisdiction of Criminal Cases, Order No. 3 of 2019 of the General Prosecutor of Georgia, Appendix, Paragraph No.1.

Electronic Resources:

1. Statistics of registered crimes in 2017, column 68 of the table, link: <<https://www.geostat.ge/media/16776/danaSauli-2017.pdf>>, [Last accessed: 06/12/23].
2. In December 2017, for the Prime Ministerial Candidate's report to Parliament, <<https://sputnik-georgia.com/20180202/xo-ty-is-ukanono-gacexva-mTavrobis-praqtikuli-nabijebi-239164563.html>> [Last accessed: 12.06.23].
3. Statistics of registered crimes, 2018-2022, columns 68-69 of tables, <https://www.geostat.ge/ka/modules/categories/679/siskhlis-sa-martlis-statistikis-ertiani-angarishi> [Last accessed: 13.06.23].

კვლევა (გრანტის #PHDF-22-541) განხორციელდა შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული სამეცნიერო ფონდის მხარდაჭერით

ზიანის მნიშვნელობა – დანაშაულებრივი ქმედება ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გარეხვის შემადგენლობაში

ხვიჩა ბეგიაშვილი

სამართლის დოქტორანტი, საქართველოს დავით აღმაშენებლის სახელობის უნივერსიტეტი,
სახელმწიფო უსაფრთხოების სამსახურის სასწავლო ცენტრის ინსტრუქტორი, საქართველო

აბსტრაქტი

სტატიაში განხილულია საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 303-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულებრივი ქმედება, ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გარეხვის შემადგენლობისთვის, აუცილებელი კომპონენტის გარემოზე მიყენებული ზიანის ოდენობის, მისი დაანგარიშების წესის და ზიანის მნიშვნელობის საკითხი. განხილული იქნება, თუ რას შეადგენს და როგორ გამოითვლება მუხლის დისპოზიციის აუცილებელი შემადგენელი - მნიშვნელოვანი ზიანი; სად გადის ზღვარი სისხლის სამართლის და ადმინისტრაციულ პასუხისმგებლობას შორის; რა სახის ზიანის გამოწვევა შეუძლია ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გარეხვას და რა მნიშვნელობა აქვს მათ გამოძიებისთვის, სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელებისთვის და სასამართლოსთვის.

სტატია წარმოადგენს სიახლეს, ვინაიდან სხვა სამეცნიერო ნაშრომები არ ახდენს ჩვენ მიერ დამუშავებულ კვლევის საგნის იდენტიფიცირებას და სახელმძღვანელოებში თუ სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის კომენტარებში, ზიანთან დაკავშირებით საკმაოდ მწირი კვლევა მოიპოვება. გარემოზე მიყენებული ზიანი, თავისი სპეციფიკით განსხვავდება სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული სხვა მატერიალური შემადგენლობის მქონე დანაშაულებისთვის დაწე-

სებული ზიანის გაანგარიშების კლასიკური გაგებისგან. გარემოზე მიყენებული ზიანის ოდენობაზე დამოკიდებულია კონკრეტულ საქმეზე ადმინისტრაციულ დარღვევასთან გვაქვს საქმე თუ სისხლის სამართლის დანაშაულთან, შესაბამისად საკითხის მეცნიერულად შესწავლას გააჩნია პრაქტიკული მნიშვნელობაც.

სამეცნიერო ნაშრომის მიზანია, ნათელი გახდეს სსკ-ის 303-ე მუხლის შემადგენლობისთვის აუცილებელი კომპონენტის - ზიანის საკითხის შესწავლა და მის ირგვლივ წამოჭრილ პრობლემატურ საკითხებზე სწორი წარმოდგენის შექმნა.

საკვანძო სიტყვები: გარემო, ზიანი, უკანონოდ გარეხვა, ხე-ბუჩქნარი

შესავალი

მსოფლიოს წინაშე მდგარ უმთავრეს ამოცანათაგან განსაკუთრებული პრიორიტეტი ენიჭება გარემოს დაცვას. ადამიანის ზემოქმედება ბუნებაზე ყოველდღიურად იზრდება, განსაკუთრებით დღეს, რეგიონში მიმდინარე საომარი მოქმედებების ფონზე, რაც იწვევს ეკოლოგიურად სავალალო შედეგებს. ადამიანის ინტენსიური ზემოქმედება ბუნებაზე გამოიხატება როგორც ბუნებრივი რესურსების არარაციონალური ხარჯვით, ასევე, მისი უკანონოდ მოპოვებით და განადგურებით. ბუნების მასშტაბური განადგურების სახედ შესაძლებელია მივიჩნიოთ უკრაინაში „კახოვკის ჰესის“ დამბის აფეთქება, რომელსაც თან სდევდა შეუქცევადი პროცესები, კერძოდ, განადგურდა წყლის, ნიადაგის, მცენარეული საფარის და ცხოველების ადგილსამყოფელი, რაც საერთო ჯამში შეფასდა ეკოციდად.¹

1 Hallam J, and others, Collapse of critical Ukrainian dam sparks region-wide evacuations. Here’s what we know, 2023, ელ. მის: <https://edition.cnn.com/2023/06/06/europe/ukraine-nova-kakhovka-dam-breach-intl-hnk/index.html>, (ბოლო ნახვა: 15.06.2023).

სახელმწიფოებმა და მათმა ლიდერებმა რაც შეიძლება სწრაფად უნდა აიღონ მეტი ვალდებულება მიწის, მცენარეული საფარის და წყლის ბუნებრივ მდგომარეობაში შესანარჩუნებლად, რადგან ეს ერთადერთი გზა დარჩა, ახლო მომავალში, მდგრადი კლიმატის შესანარჩუნებლად და, შესაბამისად, იმ ეკოლოგიური კატასტროფების თავიდან ასაცილებლად, რომელიც მსოფლიოს ემუქრება გლობალური დათბობის სახით. ამ მიზნით, მკვლევართა მიერ შემუშავებულია როგორც მოკლევადიანი, აგრეთვე გრძელვადიანი სამოქმედო გეგმა, რაც თავის თავში გულისხმობს მთელ რიგ პრევენციულ, დაცვით თუ აღდგენით ღონისძიებას.²

გარემოს დაცვის და რაციონალური ბუნებათსარგებლობის საკითხის ჰარმონიზაცია სახელმწიფოს და საზოგადოების ეკოლოგიურ ეკონომიკურ და სოციალურ ინტერესებთან, თითოეული სახელმწიფოს პრიორიტეტულ მიმართულებას წარმოადგენს. ამასთან, გარემოს დაცვის პრობლემა, დიდი ხანია, გაცდა ამა თუ იმ ქვეყნის საზღვრებს და დღეისათვის იგი წარმოდგენილია, როგორც საერთაშორისო გამოწვევა. ყველა დემოკრატიული სახელმწიფო მიისწრაფვის, ჩაერთოს გარემოს საერთაშორისო-სამართლებრივი დაცვის საქმეში და გადაარჩინოს ბუნება და, მაშასადამე, შეინარჩუნოს მსოფლიოში ცხოვრების სათანადო ხარისხი.

ამ მხრივ, საქართველოში, განსაკუთრებული ყურადღება ექცევა სისხლის თუ სხვა კანონმდებლობის სინქრონიზაციას საერთაშორისო-სამართლებრივ ნორმებთან. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ცალკე კარი ეთმობა გარემოს დაცვისა და ბუნებრივი რესურსებით სარგებლობის წესის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულს.³ კარი შედგება ერთი თავისგან და 26 მუხლისგან⁴.

2 Dinerstein E. and others, A Global Deal For Nature: Guiding principles, milestones, and targets, SCIENCE ADVANCES, 2019, Vol 5, Issue 4, ელ. მის: <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aaw2869>. (ბოლო ნახვა: 12.06.23).

3 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 1999, კარი მეათე.

4 იხ. იქვე, თავი XXXVI, დანაშაული გარემოს დაცვის წესის წინააღმდეგ.

ვეთანხმებით ავტორთა მოსაზრებას, რომ გარემოს დაცვისა და ბუნებრივი რესურსებით სარგებლობის წესის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის საგანი არის ბუნებრივი წარმოშობის და გარემოში არსებული ისეთი ობიექტები, რომელიც შექმნილია ბუნებრივად და შესაბამისად, მათზე არ დახარჯულა ადამიანური თუ მატერიალური რესურსი, მაგალითად: ჰაერი, მიწა, წყალი, მცენარეები, ცხოველები და სხვა.⁵ ამასთან, აღვნიშნავთ, რომ გარდა ბუნებრივი რესურსებისა, გარემოს დაცვისა და ბუნებრივი რესურსებით სარგებლობის წესის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის საგანი შეიძლება იყოს მუნიციპალიტეტების ტერიტორიაზე არსებული ისეთი რესურსებიც, რომლის მოყვანაში, გახარებაში, კულტივაციაში, გაშენებაში და ა. შ. დაიხარჯა ადამიანური და მატერიალური რესურსი (მაგ. პარკები, ქარსაცავი ზოლები, ბალები და ა. შ.).⁶

სამეცნიერო სტატიაში განხილულია, კონკრეტული დანაშაულებრივი ქმედება, ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვის⁷ დისპოზიციის სავალდებულო შემადგენლის, მნიშვნელოვანი ზიანის არსის, ოდენობის, გაანგარიშების წესის და მნიშვნელობის შესახებ პრობლემატური საკითხები.

აღნიშნულმა მუხლმა, ბოლო წლების განმავლობაში, არაერთი ცვლილება განიცადა. განსაკუთრებით საყურადღებო არის 2018 წლიდან განხორციელებული ცვლილებათა კასკადი, რაც, ერთი მხრივ, გამომწვეული იყო 2017 წელში, გარემოს წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის ზრდის ტენდენციით⁸ და, მეორე მხრივ, გარემოზე მიყენებული ზიანის ოდენობის გათვალისწინებით.⁹

სტატიაში ასევე განხილულია, თუ რა პოზიტიური და ნეგატიური შედეგები ჰქონდა მუხლში განხორციელებულ საკანონმდებლო ცვლილებებს. უზრუნველყო თუ არა ახალმა წესებმა გარემოზე მიყენებული ზიანის შემცირება; შეუწყო თუ არა ხელი ტყის მდგრადი განვითარების პროცესს და შეამცირა თუ არა ტყით უკანონო სარგებლობის შემთხვევები. კვლევაში განსაკუთრებული ყურადღება ეთმობა ზიანის დაანგარიშების, ზიანის სახეობის და ოდენობის და ანაზღაურების წესებს და მის მნიშვნელობას სისხლის სამართლის საქმეზე.

მუხლთან დაკავშირებული საკანონმდებლო ცვლილებები

მოქმედ სისხლის სამართლის კოდექსში, დანაშაულებრივი ქმედება ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვის მუხლმა განიცადა ოთხი საკანონმდებლო ცვლილება. თავდაპირველად, ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვა, სისხლისსამართლებრივი წესით, ისჯებოდა იმ შემთხვევაში, თუ გაუფრთხილებლობით გამოიწვევდა მნიშვნელოვანი ზიანი,¹⁰ ცვლილების შემდეგ, მუხლის დისპოზიციიდან ამოღებული იქნა სიტყვა „გაუფრთხილებლობით“ და შესაბამისად განსახილველი დანაშაულის სუბიექტური მხარე განისაზღვრა, როგორც განზრახ ჩადენილი დანაშაული. ამასთან, რიგი ავტორები აღნიშნულ ცვლილებას ნაწილობრივ აკრიტიკებენ და

პრემიერ-მინისტრობის კანდიდატის რანგში გამოსვლისას გიორგი კვიციანიშვილმა ხე-ტყის უკანონო გაჩეხვას ომი გამოუცხადა. ოფიციალური მონაცემებით, საქართველოს გარემოსთვის მიყენებულმა ზარალმა 2017 წელს 8,5 მილიონი ლარი შეადგინა, ამასთან სატყეო კანონმდებლობის დარღვევის 1,7 ათასზე მეტი შემთხვევა გამოვლინდა (როგორც სისხლის აგრეთვე ადმინისტრაციული დარღვევის ფაქტების ნაკრები ნაგულისხმევი ავტ. შენ.) იხ. ელ. მის: <https://sputnik-georgia.com/20180202/xe-tyis-ukanonogacexva-mTavrobis-praqtikuli-nabijebi-239164563.html>, (ბოლო ნახვა: 12.06.23).

10 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 1999, მუხ. 303. (2000 წლის 30 ივნისამდე მოქმედი რედაქცია).

5 ლეკვიშვილი მ, თოდუა ნ, მამულაშვილი გ, „სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი“, მეხუთე გამოცემა, თბ. 2017წ, გვ. 171-172.

6 საქართველოს მთავრობის დადგენილება № 54, ტექნიკური რეგლამენტის – „გარემოსთვის მიყენებული ზიანის განსაზღვრის (გამოანგარიშების) მეთოდოლოგია“ დამტკიცების შესახებ, 2014, მუხ. 6.

7 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 1999, მუხ. 303.

8 2017 წლის რეგისტრირებულ დანაშაულთა სტატისტიკა, ცხრილის 68-ე გრაფა, ელ. მის: <https://www.geostat.ge/media/16776/danaSauli-2017.pdf>, (ბოლო ნახვა: 12.06.23).

9 2017 წლის დეკემბერში პარლამენტის წინაშე

მიაჩნიათ, რომ მოცემული ცვლილებით, ვე-
ლარ იქნება შესაძლებელი სსკ-ის 303-ე მუ-
ხლით სისხლისსამართლებრივი დევნის
დაწყება იმ პირობაში, ვინც უკანონოდ
გაჩეხა ხე-ბუჩქნარი, რამაც გაუფრთხილებ-
ლობით გამოიწვია მნიშვნელოვანი ზიანი.¹¹
უნდა აღინიშნოს, რომ ხე-ბუჩქნარის გაჩეხვა
გამოიხატება აქტიურ და განზრახ მოქმედე-
ბაში, როდესაც პირ(ებ)ი წინასწარი განზრ-
ხვით, სათანადო ხელსაწყობით, ტექნიკით
ან ინსტრუმენტებით, უნებართვოდ მიდიან
ხის ან ბუჩქის მოსაჭრელად. მათთვის წინა-
სწარ არის ცნობილი, რომ არ აქვთ ხის მოჭ-
რის სათანადო ნებართვა/ლიცენზია და ის
ფაქტიც, რომ ნებისმიერი ხის ან ბუჩქის მოჭ-
რას მოყვება გარკვეული სახის ზიანი, რაზეც
დანვრილებით სტატიის შემდეგ ნაწილში
ვისაუბრებთ. შესაბამისად, მიგვაჩნია, რომ
დანაშაულის შემადგენლობის სუბიექტური
მხარე, რაც გამოიხატება წინასწარ განზრ-
ხვაში, არ იძლევა გაუფრთხილებლობით ზი-
ანის დადგომის შესაძლებლობას. ვეთანხმე-
ბით ავტორთა მოსაზრებას, რომ აღნიშნული
ცვლილება იყო დასაბუთებული და აუცილე-
ბელი, ვინაიდან დისპოზიციის პირვანდელი
რედაქცია გულისხმობდა ხე-ბუჩქნარის უკა-
ნონოდ გაჩეხვის შედეგად გაუფრთხილებ-
ლობით დამდგარი მნიშვნელოვანი ზიანის
არსებობის შემთხვევაში სისხლისსამარ-
თლებრივ პასუხისმგებლობას და შესაბა-
მისად, გამორიცხავდა განზრახ ჩადენილი
ქმედებით გამოწვეული ზიანის პირობებში
ნორმის ამოქმედებას¹².

2018 წელს განხორციელებული საკანონ-
მდებლო ცვლილებით, არსებითად შეიცვალა
მუხლის დისპოზიცია და სტრუქტურა. კერძოდ,
ქმედების კვალიფიკაციისთვის ხე-ბუჩქნარის
უკანონოდ გაჩეხვის შედეგად გამოწვეული
ზიანის ოდენობას არ ჰქონდა მნიშვნელობა
ისეთ შემთხვევებში, როდესაც ხე-ბუჩქნარის
უკანონოდ გაჩეხვა ჩადენილი იქნება პირის
მიერ, რომელიც ადმინისტრაციულსახდე-

ლდადებულია: დაცული ტერიტორიებისა და
მათი ტერიტორიულ-ფუნქციონალური ზონე-
ბის საზღვრების ფარგლებში მერქნიან მცე-
ნარეთა უკანონო გაჩეხვისა და დაზიანების,¹³
სახელმწიფო ტყის ტერიტორიაზე, საქართვე-
ლოს კანონმდებლობით გათვალისწინებული
შესაბამისი დოკუმენტების გარეშე ხეტყის გა-
ნმეორებით დამზადების,¹⁴ მუნიციპალიტეტის
ადმინისტრაციულ საზღვრებში არსებულ ტე-
რიტორიაზე (გარდა კერძო საკუთრებაში არ-
სებული ტერიტორიისა) მწვანე ნარგავების გა-
ნმეორებით დაზიანების, თვითნებური მოჭრის
და განადგურების¹⁵ და ქალაქ თბილისის მუნი-
ციპალიტეტის ადმინისტრაციულ საზღვრებში
მწვანე ნარგავების განმეორებით დაზიანე-
ბის, თვითნებური გაჩეხვის ან/და გადატანის
(მათ შორის, მწვანე ნარგავის ისე დაზიანება
ან თვითნებურად გაჩეხვა, რომ ვერ დგინდე-
ბა დაზიანებული ან თვითნებურად გაჩეხილი
მწვანე ნარგავის სახეობა), მწვანე ნარგავე-
ბის მოვლა-აღდგენის წესების დარღვევის
ფაქტებზე.¹⁶ ამავე ცვლილებით, მუხლს დაემა-
ტა მესამე და მეოთხე ნაწილები, რომლის მი-
ხედვით, დანაშაულებრივ ქმედებად იქნა რეგ-
ლამენტირებული, სახელმწიფო ტყის ფონდის
მიწებზე ან დაცულ ტერიტორიებზე საქართვე-
ლოს „წითელ ნუსხაში“ შეტანილი ხე-ბუჩქ-
ნარის უკანონოდ გაჩეხვა¹⁷, იმ პირის მიერ,
რომელიც არის ადმინისტრაციულსახდე-
დებული დაცული ტერიტორიების დადგენილი
საზღვრების ფარგლებში მერქნიან მცენარე-
თა უკანონო გაჩეხვის და დაზიანების ფაქტზე
და ვინც განმეორებით ჩაიდინა აღნიშნული
ქმედება.¹⁸ აღსანიშნავია, რომ მუხლის მეოთხე
ნაწილისთვის დაწესებულმა სანქციამ, იგი მი-
აკუთვნა მძიმე დანაშაულთა კატეგორიას.¹⁹

2020 წელს, მუხლის მესამე ნაწილი შეი-
ცვალა და დისპოზიციაში წინადადება „სა-

11 ლეკვეიშვილი მ, მამულაშვილი გ, თოდუა ნ, მუმ-
ლაძე დ, „სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი“,
პირველი გამოცემა, (წიგნი II), თბ. 2005, გვ. 43.
12 დვალაძე ი, თუმანიშვილი გ, გვენტაძე ნ, „კაზუ-
სის ამოხსნის მეთოდოლოგია სისხლის სამართალში“,
თბ. 2015წ, გვ. 85.

13 საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდა-
რღვევათა კოდექსი, 1984, მუხ. 64¹, ნაწ. 1.
14 იხ. იქვე, მუხ. 66, ნაწ. 2.
15 იხ. იქვე, მუხ. 151, ნაწ. 2.
16 იხ. იქვე, მუხ. 151¹, ნაწ. 2.
17 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი,
1999, მუხ. 303, ნაწ. 3-4.
18 საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდა-
რღვევათა კოდექსი, 1984, მუხ. 64¹, ნაწ. 2.
19 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი,
1999, მუხ. მუხ. 12, ნაწ. 3.

ხელმწიფო ტყის ფონდის მიწებზე ან დაცულ ტერიტორიებზე“ შეიცვალა ჩანაწერით „საქართველოს ტყეში ან დაცულ ტერიტორიაზე“.²⁰

2021 წელს, მუხლის პირველ ნაწილში შევიდა ცვლილება²¹ და ადმინისტრაციული დარღვევების ჩამონათვალს დაემატა ქარსაფარ (მინდორდაცვით) ზოლში ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვის განმეორებითი ჩადენის ფაქტი.²²

წლების მანძილზე, მუხლში განხორციელებული ცვლილებების უმთავრესი მიზანი იყო ხე-ტყის უკანონოდ გაჩეხვის ფაქტების წინაშე ბრძოლის გაძლიერება და აღნიშნული დანაშაულებრივი ქმედებების მინიმუმადე დაყვანა. მაგრამ სტატისტიკა ცხადყოფს, რომ აღნიშნული მიზნის მისაღწევად განხორციელებული საკანონმდებლო ცვლილებები, სათანადოდ ეფექტიანი ვერ აღმოჩნდა, წლების მანძილზე შეინიშნება დანაშაულის კლება, თუმცა მაჩვენებელი კვლავ საყურადღებო რჩება.²³

ზიანის არსი და მნიშვნელობა მუხლის დისკოფიციაში

საქართველოს ტერიტორიის 40%-მდე ტყით არის დაფარული,²⁴ შესაბამისად, უნდა ითქვას, რომ იგი, საქართველოში გავრცელებულ სხვა ბუნებრივ რესურსებზე შედარებით, მეტად ხელმისაწვდომი და, თავისი მასშტაბებიდან გამომდინარე, ნაკლებად დაცული სიკეთე არის. იმის გათვალისწინებით, რომ

ხის მერქნის გამოყენება შესაძლებელია მრავალი დანიშნულებით, ხოლო, მისი ნაკლები დანახარჯებით მოპოვება უფრო მომგებიანია, სამწუხაროდ, საქართველოში ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვამ გავრცელებული დანაშაულის სახე მიიღო.

ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვა მატერიალური შემადგენლობის მქონე დანაშაულებრივი ქმედებაა, რაც გულისხმობს მისი ჩადენის დროს მატერიალური შედეგის დადგომის აუცილებლობას, აღნიშნული კი გულისხმობს სამართლებრივი სიკეთისთვის (მოცემული მუხლისთვის გარემოსთვის) ზიანის მიყენებას.²⁵ დანაშაულის სუბიექტს წარმოადგენს 14 წელს მიღწეული შერაცხადი პირი, დანაშაულის სუბიექტური მხარე გამოიხატება განზრახვაში, ხოლო გაუფრთხილებლობით აღნიშნული დანაშაულის ჩადენა არის გამორიცხული, ვინაიდან მუხლს არ გააჩნია სათანადო დათქმა.²⁶ დანაშაულის ობიექტს წარმოადგენს ნებისმიერი ხე და ბუჩქი, რომლის მოსაჭრელად საჭიროა სპეციალური ლიცენზიის ან ნებართვის გაცემა, ხოლო, ობიექტური მხარე გულისხმობს აქტიურ მოქმედებას, მიმართულს ხის ან ბუჩქის მოჭრისკენ, ამასთან, მნიშვნელობა არ აქვს, თუ რა ხერხით იქნება იგი განხორციელებული (მაგ.: ცული, ბირდაბირი, ელექტრო ხერხი თუ სხვა). ქმედების კვალიფიკაციისთვის აუცილებელი წინაპირობა არის ზიანის ფაქტის დადასტურება და აღნიშნული ზიანის ოდენობის გამოთვლა. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში, ამა თუ იმ თავის მიზნებისთვის, ზიანის ოდენობები რეგლამენტირებულია თავად მუხლის შენიშვნებში. მაგალითად, ეკონომიკური დანაშაულის თავისთვის მნიშვნელოვან ზიანად ითვლება, როდესაც ნივთის ღირებულება აღემატება 150 ლარს, ხოლო დიდ ოდენობად – 10 000 ლარს ზემოთ ოდენობა.²⁷ ფულის გათეთრებისთვის დიდ ოდენობად ითვლე-

20 საქართველოს კანონი „საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2020, #5963-სს.

21 საქართველოს კანონი „საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2021, #971-VIმს-Xმპ.

22 საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსი, 1984, მუხ. 64², ნაწ. 3.

23 რეგისტრირებულ დანაშაულთა სტატისტიკა, 2018-2022 წლები, ცხრილების 68-69-ე გრაფა, ელ. მის: <https://www.geostat.ge/ka/modules/categories/679/siskhlis-samartlis-statistikis-ertian-angarishi>, (ბოლო ნახვა: 13.06.23).

24 ურუშაძე თ, ლორია ვ, „ეკოლოგიური სამართალი“, თბ 1999, გვ.214.

25 ტურავა მ, „სისხლის სამართალი. ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა. თანდართული ტესტების ნიმუშებითა და კაზუსის ამოხსნის მეთოდის გამოყენებით.“, მერვე გამოცემა, თბ. 2010 წ, გვ. 76.

26 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 1999, მუხ. 10, ნაწ. 4.

27 იხ. იქვე, მუხ. 177-ის შენიშვნა.

ბა შემოსავალი 30 000 ლარიდან 50 000 ლარამდე, ხოლო, განსაკუთრებით დიდ ოდენობად – შემოსავალი 50 000 ლარს ზევით.²⁸ გადასახადისთვის თავის არიდებისთვის – დიდ ოდენობად ითვლება, როდესაც გადასახადელი გადასახადის თანხა აღემატება 100 000 ლარს, ხოლო, განსაკუთრებით დიდ ოდენობად – როდესაც თანხა აღემატება 150 000 ლარს.²⁹ ანალოგიური საკანონმდებლო დათქმა გარემოს წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულთა თავს არ აქვს. აღსანიშნავია, რომ 2011 წელს, სისხლის სამართლის კოდექსში განხორციელებული ცვლილებით, თავის მიზნებისათვის, მნიშვნელოვანი ზიანის ოდენობა განისაზღვრება საქართველოს მთავრობის კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტის შესაბამისად.³⁰ ამასთან, სსკ-ის 303-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა არ დაეკისრებოდა პირს, თუ გარემოსთვის მიყენებული ზიანის მოთხოვნის მიღებიდან 45 კალენდარული დღის ვადაში იგი გადაიხდიდა დაკისრებულ თანხას, ან ამავე ვადაში მასთან დაიდებოდა გარემოსთვის მიყენებული ზიანის თაობაზე შეთანხმება.³¹ კანონის აღნიშნული ჩანაწერი გაუქმებული იქნა 2013 წელს.³² შესაბამისად, სისხლის სამართლის კოდექსი მოცემული მუხლისთვის არ განმარტავდა, თუ რა ოდენობა ჩაითვლებოდა მნიშვნელოვან ზიანად. თუნდაც ერთი ხის ან ბუჩქის უნებართვოდ მოჭრა, რა თქმა უნდა, გამოიწვევს გარკვეულ ზიანს, მაგრამ როგორ უნდა დავადგინოთ და გავმიჯნოთ, აღნიშნული ზიანი არის თუ არა მნიშვნელოვანი, ანუ, წარმოადგენს თუ არა სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის საფუძველს და არის თუ არა უმნიშვნელო, ანუ, წარმოადგენს თუ არა ადმინისტრაციული პასუხისმგებლობის

საფუძველს. ავტორთა ნაწილი მიიჩნევდა, რომ მნიშვნელოვანი ზიანის საკითხი სასამართლომ უნდა შეაფასოს.³³ აღნიშნულ მოსაზრებას ვერ დავეთანხმებით, ვინაიდან, სასამართლოს გადაწყვეტილებამდე, პირის მიმართ სისხლისსამართლებრივი დევნის დასაწყებად, დანაშაულის შემადგენლობისთვის და, შესაბამისად, პროკურორისთვის პირის ბრალდებულის სახით პასუხისგებაში მიცემის დადგენილების გამოსატანად, გამომწყვეტი მნიშვნელობის მქონე მტკიცებულებას წარმოადგენს ზიანის განმსაზღვრელი/ დამადასტურებელი დოკუმენტი. მტკიცების ტვირთი აკისრია ბრალმდებელს, ისევე როგორც ბრალდების მხარის მტკიცებულებათა დასაშვებობის და დაცვის მხარის მტკიცებულებათა დაუშვებლობის დასაბუთების მოვალეობა.³⁴ ლოგიკურად ჩნდება კითხვა: რა დოკუმენტზე დაყრდნობით ხორციელდებოდა და ხორციელდება დღეს საქართველოში ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვის შედეგად გამონვეული ზიანის დაანგარიშება. აღნიშნული კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტი წლების მანძილზე არაერთხელ შეიცვალა.³⁵ მოქმედი ნორმატიული აქტით განისაზღვრა გარემოზე მიყენებული მნიშვნელოვანი ზიან-

28 იხ. იქვე, მუხ. 194-ის შენიშვნა.
 29 იხ. იქვე, მუხ. 218-ის შენიშვნა.
 30 იხ. იქვე, მუხ. 291-ის შენიშვნა, ნაწ. 1 (2013 წლის 15 მაისამდე მოქმედი რედაქცია).
 31 იხ. იქვე, მუხ. 291-ის შენიშვნა, ნაწ. 2 (2013 წლის 15 მაისამდე მოქმედი რედაქცია).
 32 საქართველოს კანონი „საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2013, #472-რს.

33 ლეკვიშვილი მ, მამულაშვილი გ, თოდუა ნ, მუმლაძე დ, „სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი“, პირველი გამოცემა, (წიგნი II), თბ. 2005, გვ. 42.
 34 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009, მუხ. 5, ნაწ. 2; მუხ. 33, ნაწ.1; მუხ. 72, ნაწ. 3.
 35 მაგალითად: 2002-2006 წლებში მოქმედებდა „უკანონო ტყითსარგებლობის შედეგად სახელმწიფო ტყის ფონდისათვის მიყენებული ზიანის გაანგარიშებისა და ანაზღაურების წესის შესახებ“ დებულების დამტკიცების თაობაზე, საქართველოს გარემოსა და ბუნებრივი რესურსების დაცვის მინისტრის ბრძანება №99, 2006-2011 წლებში – “გარემოსათვის მიყენებული ზიანის გაანგარიშების მეთოდის დამტკიცების შესახებ”, საქართველოს გარემოს დაცვისა და ბუნებრივი რესურსების მინისტრის ბრძანება №538, 2011-2014 წლებში – „გარემოსთვის მიყენებული ზიანის განსაზღვრის (გამოანგარიშების) მეთოდის დამტკიცების შესახებ“, საქართველოს გარემოს დაცვისა და ბუნებრივი რესურსების მინისტრის ბრძანება №2, ხოლო 2014 წლიდან დღემდე – ტექნიკური რეგლამენტის – „გარემოსთვის მიყენებული ზიანის განსაზღვრის (გამოანგარიშების) მეთოდის“ დამტკიცების შესახებ, საქართველოს მთავრობის დადგენილება № 54.

ნის ოდენობა და მნიშვნელობა. ზიანის მნიშვნელობას განსაზღვრავს მერქნიანი მცენარეების ან/და ბუჩქების უკანონოდ გაჩეხვა, რასაც ინვესტორს მათი ზრდის და სასიცოცხლო ფუნქციის შეწყვეტას. ამასთან, აღნიშნული ქმედება, რაც გამოიხატება მცენარის უკანონოდ მოჭრაში, ამოძირკვაში ან განადგურებაში შედეგად გარემოს უნდა აყენებდეს ზიანს 1000 ლარის ოდენობით ან მეტს.³⁶ ზიანის ოდენობის განსაზღვრისთვის მნიშვნელობა აქვს უკანონოდ გაჩეხილი ხე-ბუჩქნარის ოდენობას, მერქნის ჯიშს, მის ადგილმდებარეობას და სხვა.³⁷ გაანგარიშების შედეგად ზიანის ოდენობა თუ აღმოჩნდება 1000 ლარზე ნაკლები, ასეთ შემთხვევაში, პირს დაეკისრება მხოლოდ ადმინისტრაციული პასუხისმგებლობა.

როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, ზიანის ოდენობას მნიშვნელობა არ აქვს ისეთ შემთხვევებში, როდესაც ადმინისტრაციულ-სახდელდადებული პირი, კვლავ ჩაიდენს ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვას. მიუხედავად იმისა, რომ ზიანმა შესაძლებელია ვერ შეადგინოს 1000 ლარი, პირის მიმართ დაინიშნება სისხლისსამართლებრივი დევნა, რადგან ასეთი საკანონმდებლო დათქმა არსებობს მუხლის დისპოზიციის მიხედვით.

საქართველოს სსკ-ის 303-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაული განეკუთვნება საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს გამომძიებლის საგამოძიებო ქვემდებარეობას.³⁸ გარემოზე მიყენებული ზიანის გაანგარიშება სცდება გამომძიებლის სპეციალური ცოდნის ფარგლებს. ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვის ფაქტის გამოვლენის შემთხვევაში, სათანადო გაანგარიშებას აკეთებს საქართველოს გარემოს დაცვისა და სოფლის მეურნეობის სამინისტროს სა-

ხელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულება – გარემოსდაცვითი ზედამხედველობის დეპარტამენტის ან/და ამავე სამინისტროს ეროვნული სატყეო სააგენტოს თანამშრომლები. ზიანის გაანგარიშების წერილობითი დოკუმენტი, მტკიცებულების სახით ერთვის სისხლის სამართლის საქმეს და წარმოადგენს კონკრეტული საქმისთვის მნიშვნელოვან აქტს, რომლის მიხედვით დასტურდება ზიანის ოდენობა და რომ ეს ზიანი არის მნიშვნელოვანი.

გარემოზე მიყენებული ზიანის ანაზღაურების საკითხი, რა თქმა უნდა, არ ცვლის ქმედების სისხლისსამართლებრივ კვალიფიკაციას, მაგრამ როგორც წესი, სასამართლოს მიერ ხდება მისი გათვალისწინება საქმეზე შემაჯამებელი გადაწყვეტილების მიღების დროს.

დასკვნა

შეჯამებისთვის უნდა აღინიშნოს, რომ დანაშაულებრივი ქმედება ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვის შემადგენლობისთვის, აუცილებელი გარემოება – ზიანის დაანგარიშება, ხორციელდება მთავრობის დადგენილებით დამტკიცებული კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით. ზიანის დაანგარიშებას ახდენს საქართველოს გარემოს დაცვისა და სოფლის მეურნეობის სამინისტროს უფლებამოსილი პირი, თავის კომპეტენციის ფარგლებში, აგრეთვე, საგამოძიებო ორგანოების მიმართვის შემთხვევაში. გარემოზე მიყენებული მნიშვნელოვანი ზიანის ოდენობა განსაზღვრულია 1000 ლარით, ან მეტი თანხით. შესაბამისად, თუ ზიანის ოდენობა შეადგენს მხოლოდ 999 ლარს, ან ნაკლებს, ასეთ შემთხვევაში, პირის მიმართ არ ინიშნება ან/და წყდება სისხლის სამართლის საქმე და სისხლისსამართლებრივი დევნა. ამასთან, აღნიშნულ პირს დაეკისრება ადმინისტრაციული სახდელი. სისხლის სამართლის კოდექსი, განსხვავებით სხვა კატეგორიის დანაშაულებზე დაწესებული დათქმებისა, ხე-ბუჩქნარის უკანონოდ გაჩეხვის ფაქტზე ზიანის კონკრეტულ ოდენობას არ

36 საქართველოს მთავრობის დადგენილება № 54, ტექნიკური რეგლამენტის – „გარემოსთვის მიყენებული ზიანის განსაზღვრის (გამოანგარიშების) მეთოდისა“ დამტკიცების შესახებ, 2014, მუხ. 5, ნაწ. 6.

37 იხ. იქვე, დანართი 10.

38 საქართველოს გენერალური პროკურორის ბრძანება #3 „სისხლის სამართლის საქმეთა საგამოძიებო და ტერიტორიული საგამოძიებო ქვემდებარეობის განსაზღვრის შესახებ“, 2019, დანართი, პუნქტი #1.

ანებს, რაც ხშირად ქმნის გაურკვევლობას საკითხით დაინტერესებულ პირთა წრეში. მიგვაჩნია, რომ გაურკვევლობის თავიდან აცილების მიზნით, გარემოს წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის თავისთვის ან/და კონკრეტული მუხლებისთვის, სისხლის სამართლის კოდექსში, ნათლად მოხდეს ზიანის ოდენობის რეგლამენტაცია.

გარდა აღნიშნულისა, ხე-ტყის უკანონოდ გაჩეხვის ფაქტებთან ეფექტიანი ბრძოლის

და დანაშაულის პრევენციის მიზნით, მიზანშეწონილია საკანონმდებლო დონეზე მოხდეს, აღნიშნული მუხლით მსჯავრდებულებისთვის, სასჯელის ძირითად სახესთან ერთად, ისეთი დამატებითი ვალდებულებების დანესება, როგორც შეიძლება იყოს, მაგალითად გარემოზე მიყენებული ზიანის პროპორციულად ხე-ბუჩქნარის გაშენება და მათი მოვლა.

ბიბლიოგრაფია:

1. დვალაძე ი, თუმანიშვილი გ, გვენეტაძე ნ, „კაზუსის ამოხსნის მეთოდთა სისხლის სამართალში“, თბ. 2015 წ.;
2. ურუშაძე თ, ლორია ვ, „ეკოლოგიური სამართალი“, თბ 1999;
3. ლეკვეიშვილი მ, მამულაშვილი გ, თოდუა ნ, მუმლაძე დ, „სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი“, პირველი გამოცემა, (წიგნი II), თბ. 2005 წ.;
4. ლეკვეიშვილი მ, თოდუა ნ, მამულაშვილი გ, „სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი“, მეხუთე გამოცემა, თბ. 2017 წ.;
5. ტურავა მ, „სისხლის სამართალი. ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა. თანდართული ტესტების ნიმუშებითა და კაზუსის ამოხსნის მეთოდის გამოყენებით.“, მერვე გამოცემა, თბ. 2010 წ;
6. Hallam J, and others, Collapse of critical Ukrainian dam sparks region-wide evacuations. Here’s what we know, 2023, ელ. მის: <https://edition.cnn.com/2023/06/06/europe/ukraine-nova-kakhovka-dam-breach-intl-hnk/index.html>, (ბოლო ნახვა: 15.06.2023);
7. Dinerstein E. and others, A Global Deal For Nature: Guiding principles, milestones, and targets, SCIENCE ADVANCES, 2019, Vol 5, Issue 4, ელ. მის: <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aaw2869> , (ბოლო ნახვა: 12.06.23 წ).

საკანონმდებლო აქტები:

1. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 1999;
2. საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსი, 1984;
3. საქართველოს კანონი „საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2020, #5963-სს;
4. საქართველოს კანონი „საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2021, #971-VIმს-Xმპ;
5. საქართველოს კანონი „საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2013, #472-რს;
6. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009;
7. „უკანონო ტყითსარგებლობის შედეგად სახელმწიფო ტყის ფონდისათვის მიყენებული ზიანის გაანგარიშებისა და ანაზღაურების წესის შესახებ“ დებულების დამტკიცების თაობაზე, საქართველოს გარემოსა და ბუნებრივი რესურსების დაცვის მინისტრის ბრძანება №99, 2002;

8. „გარემოსათვის მიყენებული ზიანის გაანგარიშების მეთოდის დამტკიცების შესახებ“, საქართველოს გარემოს დაცვისა და ბუნებრივი რესურსების მინისტრის ბრძანება №538, 2006;
9. „გარემოსათვის მიყენებული ზიანის განსაზღვრის (გამოანგარიშების) მეთოდის დამტკიცების შესახებ“, საქართველოს გარემოს დაცვისა და ბუნებრივი რესურსების მინისტრის ბრძანება №2, 2011;
10. საქართველოს მთავრობის დადგენილება № 54, ტექნიკური რეგლამენტის – „გარემოსათვის მიყენებული ზიანის განსაზღვრის (გამოანგარიშების) მეთოდიკა“ დამტკიცების შესახებ, 2014;
11. საქართველოს გენერალური პროკურორის ბრძანება #3 „სისხლის სამართლის საქმეთა საგამოძიებო და ტერიტორიული საგამოძიებო ქვემდებარეობის განსაზღვრის შესახებ“, 2019.

ელექტრონული რესურსები:

1. 2017 წლის რეგისტრირებულ დანაშაულთა სტატისტიკა, ელ. მის: <https://www.geostat.ge/media/16776/danaSauli-2017.pdf>, (ბოლო ნახვა 15.06.2023).
2. 2017 წლის დეკემბერში კარლამენტის წინაშე პრემიერ-მინისტრობის კანდიდატის მოხსენების შესახებ, იხ. ელ. მის: <https://sputnik-georgia.com/20180202/xe-tyis-ukanono-gacexvamTavrobis-praqtikuli-nabijebi-239164563.html> (ბოლო ნახვა: 12.06.23).
3. რეგისტრირებულ დანაშაულთა სტატისტიკა, 2018-2022 წლები, ცხრილების 68-69-ე გრაფა, ელ. მის: <https://www.geostat.ge/ka/modules/categories/679/siskhlis-samartlis-statistikis-ertiani-angarishi> (ბოლო ნახვა: 13.06.23).

THE HISTORICAL ROLE OF RELIGION AND NATIONALISM IN THE CONSTITUTIONS AND LAWS OF SYRIA, LEBANON AND TUNISIA

Mahmoud Tofan

*Doctoral Candidate of Law, Lecturer, Belgorod National
Research University, Belgorod, Russia Federation*

ABSTRACT

People knew the laws and provisions with the arrival of the first human gathering to the stage of civilized society, which requires the formulation of provisions and laws to regulate various aspects of life and the formulation of rights, duties and penalties when committing violations and crimes. One of these laws is the Law of Eshnunna, which preceded the Code of Hammurabi over the years. The latter regulated various aspects of life and included provisions and laws developed by the rulers at that time and considered them to represent the will of the gods and obligated the people to implement them, making this law the first positive law.¹ Religion has had a great and important place since the formulation of the first legal status by the rulers of ancient Iraq, and from here, we find the strength and historical relationship between law, religion, and nationalism, which has continued to this day.

KEYWORDS: Religion, Sharia, Islam, Christianity, Legislation, History

1 Al-Rubai'e, P. D. R. M. M. (2014). Eshnunna law – The first Sami law before Hammurabi law – (The legal study). *Journal of Juridical and Political Science*, 3(1). p. 8. <https://doi.org/10.55716/jjps.2014.3.1.2>

INTRODUCTION

Based on time and historical factors, we find that societies continued to develop and witnessed new canons other than positivism by the rulers, which are known as “the high canons”. Constitutions and laws of many countries became closely associated with religion, and the “canons of the heavenly religions”, and the provisions they contain became the basis of legislation and jurisprudence. The status of religion and its relationship with the law is not new. Yet, it is an old relationship based on harmony in content and principles, and this is what we find today in many constitutions of Arab and non-Arab countries, which stipulate the status of religion and take Sharia as the basis for legislation in several areas. The relationship between religion, nationalism and law is clearly manifested in the countries of the Near East, specifically the Arab countries. This relationship is embedded in several areas, for example, but not limited to marriage, divorce, determining the state religion, the religion of the president of the Republic, the source of legislation and many others. Moreover, the historical factor is considered important in making the status of religion strong and prominent in several Arab and Middle Eastern countries, and there has always been a reason for the strength and status of religion in drafting the laws and repealing them.

MAIN PART

The history of the role of religion and nationalism in the Syrian legal and constitutional models

Greater Syria was subjected to Ottoman rule for many decades. During this time, many laws and provisions were introduced, and religion played a pivotal role in forming the Sultanate and legislation. The relationship between religion and legislation was confirmed that the Ottoman sovereigns represent the sovereignty of the Islamic creativity. Article (4) of the same Constitution also emphasized that the Sultan pro-

pects the Islamic religion.² Furthermore, Article (8) stipulates that all subjects of the Sultanate are Ottomans. In the same vein, Article (11) stipulates that Islam is the religion of the state, emphasizing the freedom of other religions to practice their rituals.³ It is worth noting that in the Levant, many ethnic groups also exist in Turkey due to geography and proximity. For instance, we find Syriacs, Assyrians, Kurds, Circassians and other groups who were, in fact, Ottomans, hence applying Article (8) of the Ottoman Constitution of 1876.⁴ The Ottomans’ exit from the Levant in 1919 marked the beginning of a new stage. Arab nationalism and religion became strongly present in politics, as a provisional government was formed in Damascus, and King Faisal bin Hussein, the leader of the Arab Revolution, announced on October 5, 1918, the formation of an independent constitutional Arab government for all of Syria (Syria, Lebanon, Palestine, Jordan).⁵ The first Constitution of Syria was ratified on July 13, 1920, when Syria was a kingdom under the rule of King Faisal bin Hussein. This Constitution stipulated that Islam is the religion of the king in Article (1) and that the Arabic language is the official language in Article (3).⁶

In 1922, the League of Nations officially approved the French Mandate over Syria and Lebanon, and a new era began when France deliberately divided Syria into states on a sectarian

- 2 The Ottoman Constitution (23 December 1876). (n.d.). <https://iow.eui.eu/wpcontent/uploads/sites/18/2014/05/Brown-01-Ottoman-Constitution.pdf> [Last accessed: 29.03.2023].
- 3 Yavuz, M. A. (2021). Evolutionary secularization of the Ottoman law in the nineteenth century: Roots and implications. *Eskiyeni*, (44), p. 398.
- 4 Zhantiev, D. R. (2021). Religious policy of Sultan Abdul-Hamid II in the Syrian vilayets of the Ottoman Empire (1876-1909): methods and symbols. *RUDN Journal of World History*, 13(4), p. 349.
- 5 Watenpaugh, K. D. (2006). *Being modern in the Middle East: revolution, nationalism, colonialism, and the Arab middle class*. Princeton University Press, pp. 125-129.
- 6 Thompson, E. F. (2015). Rashid Rida and the 1920 Syrian-Arab Constitution: How the French Mandate Undermined Islamic Liberalism. In *The Routledge Handbook of the History of the Middle East Mandates* (p. 249).

basis, namely the state of Damascus, the state of Aleppo, the state of Alawites, and the Druze state. The French language was also imposed in schools, and special educational curricula were adopted in teaching, in addition to the activity of the missionary movement and systematically working to bring about changes in Syria and turn it into a French colony. France has also made changes in the judiciary, introduced non-religious legislation, and subjected the Islamic endowments to its direct authority and management.⁷

As for the Constitution of 1930, which was drafted under the French Mandate over Syria, we find that Syria has become known as the Syrian Republic and that the religion of the president is Islam and Arabic is the official language, and we find the transformation of Syria from a kingdom to a republic and the recognition of other languages besides Arabic, such as Kurdish in the North, Turkish, Syriac, Armenian and also French, in addition to guaranteeing the rights of religious and ethnic minorities.⁸

In comparing the Constitution of Syria of 1920 and 1930, we find several differences, not only pertaining to the transformation of Syria from a kingdom to a republic but also regarding religion and Arab nationalism. The Islamic religion was mentioned only three times when talking about the religion of the president of the Republic and the Islamic endowments, and the focus on the Syrian identity is more than the Arab identity, and this is clear from the term of the Syrian Republic without mentioning the character of Arabism.⁹

The policy of the mandate played a role in the emergence of differences between the Constitution of 1930 and the Constitution of 1920, and

this is what we noticed in the absence of Islamic jurisprudence as a source of legislation and the recognition of other languages besides Arabic as the official language.

The issue of language and its connection with religion is also very important. The Islamic religion is an Arab religion, and the Holy Quran is an Arabic book. The topic of Arab nationalism and the Arabic language and its connection with the Islamic religion cannot be separated. Therefore, we note the absence of mention of Arabism and Arab Nationalism in the Constitution of 1930 because of the French mandate policy, which divided Syria into sectarian states, rejected the Syrian constitution, and emphasized the unity of the Syrian territory.¹⁰ The French mandate ended with the exit of its forces from Syria and gained independence. Later in 1950, the new Syrian constitution was ratified, and defined the features of the state and its goals. This period of Syria's political history witnessed a conflict of ideas and trends between Syrian parties in Parliament, such as the People's Party, the Communist Party, the National Party, and the Muslim Brotherhood party. The inclusion of the Syrian constitution of clear, detailed Articles has given importance and status to Arab nationalism, the Islamic religion and respect for other religions and beliefs, in contrast to the Constitution of 1930, which witnessed a decline in the issue of nationalism and religion. Although the Republic is referred to simply as the "Syrian Republic", the following articles explicitly state the Arab – Islamic identity of Syria. The first article stated the following: 1) Syria is a fully sovereign representative democratic Arab Republic, 2) it is an indivisible political unit and part of its territory may not be given up, 3) the Syrian people are part of the Arab nation. With regard to the role of religion, the third article stipulated the following: 1) the religion of the president of the Republic is Islam, 2) Islamic jurisprudence is the main source of legislation, 3)

7 Zawijah, W. (2021). The development of the Syrian national movement under the mandate the Frenchman1919-1947. University-Adrar. Faculty of Humanities, Social Sciences and Islamic sciences. p. 108.

8 Al-Zoabi,Z. National identity in Syrian Constitutions-the circumstances of the emergence and its reflections in the Syrian Constitutions. Qalamoun: Syrian Journal of Humanities, V29. p. 701.

9 The Syrian Constitution of 1930 (Proposed by the Constituent assembly in 1928) chs 2, Section 1,2,3,4; The Syrian Constitution of 1950 Art 1, 3, 114 <<https://picryl.com/media/constitution-of-the-syrian-republic-14-may-1930-88546b>> [Last accessed: 29.03.2023].

10 Akseneno, A. Prospects of Post-War Syria: Constitution and Governance <<https://russiancouncil.ru/en/analytics-and-comments/analytics/prospects-of-post-war-syria-constitution-and-governance/>> [Last accessed: 29.03.2023].

Freedom of belief is inviolable, and the State respects all monotheistic religions and guarantees freedom to perform all their rituals provided that this does not disturb public order, 4) the personal status of religious communities is inviolable and respected. Finally, the fourth article stated that: "Arabic is the official language".¹¹ In 1958, Syria entered a union with Egypt, and Syria and Egypt became known as the United Arab Republic. The Union collapsed in 1961. The Baath Party, with an Arab and nationalist orientation, came to power in 1964. During this time, Syria witnessed the issuance of the Constitution of unity with Egypt and several other constitutions after the Baath Party came to power.¹² This is also included in the Constitution of Syria of 1973, where Article (1) it emphasizes the Arabism of Syria and that it is part of the Arab nation, and in Article (8) on the leadership of the Baath Party for the State and society, in addition to mentioning the religion of the head of State, which is Islam in Article (3).¹³ The Constitution of Syria of 2012 also emphasized in the preamble of the Constitution the Arabism of Syria and that it is part of the Arab nation, while Article (8) was amended, which states that the political system is based on the principle of pluralism and power is exercised democratically through voting. Article (3), prescribed that the religion of the president of the Republic is Islam and that Islamic jurisprudence is a source of legislation and affirmation of respect for all religions and beliefs.¹⁴

LEBANON AND THE ROLE OF RELIGION AND NATIONALISM IN ITS LAWS AND LEGISLATION

With the subjection of Greater Syria to Ottoman rule, Ottoman regulations and constitutions were applied in Lebanon and Syria. Later, Lebanon and Syria were subjected to the French mandate. During this period, Lebanon was part of Syria up until General Henri Gouraud proclaimed the creation and independence of the state of Greater Lebanon in September 1920.¹⁵ The Lebanese constitution was issued on May 23, 1926, and stated that Lebanon is an Arab country and emphasized the freedom of belief and respect for all religions, but the religion of the president of the Republic was not mentioned.¹⁶ Lebanon has a unique religious and ethnic composition, and this is due to its geographical location, in addition to many nationalities that settled in the Levant and found refuge in the region from wars and persecution, such as Kurds, Armenians and Circassians. The Lebanese constitution recognizes 18 different sects in Lebanon, and religion plays a significant role in constitutional and political life. These sects include Christians, Maronites, Orthodox, evangelicals and Protestants, Sunni Muslims, Shiites, Alawites, as well as monotheistic Druze.¹⁷ When Lebanon gained its independence in 1943, it agreed to manage government affairs according to the national charter formula, an unwritten agreement between Christians and Muslims in Lebanon. While the representative of Christians in this agreement was Bishara Al-Khoury, Muslims were represented by Riad al-Solh, the first head of government following independence. The charter stipulates

11 Ghadhban, N. (2019). the constitutional issue in Syria: a political approach. Omran Center for Scientific Studies. Istanbul, p. 17 <<http://www.omrandirasat.org/A9.htm>> [Last accessed: 10.05.2023].

12 Adamczyk, A., & Jomma, F. (2023). Arab Nationalism in Syria. Polish Political Science Yearbook, (1(52)), 10.15804/ppsy202251, pp. 62-63.

13 Constitution [Syrian Arab Republic], 13 March 1973, available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/44d8a4e84.html>> [Last accessed: 10.05.2023].

14 Porras-Gómez, A. (2022). The Syrian Constitution at the end of the civil war: Is there a constitutional way to democratization? Italian Political Science Review / Rivista Italiana Di Scienza Politica, 52(3), pp. 362-377. doi:10.1017/ipo.2021.53.

15 Bahout, J. (2016). The unraveling of Lebanon's Taif Agreement: Limits of sect-based power sharing (Vol. 16). Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace, p. 4.

16 The Lebanese Constitution. 23 May 1926 <<http://www.presidency.gov.lb/English/LebaneseSystem/Documents/Lebanese%20Constitution.pdf>> [Last accessed: 01.05.2023].

17 Gadzhimuradova, G., & Rabat, L. (2020). Influence of Religious Identity on Lebanon's Political System. Vostok. Afro-Aziatskie obshchestva: istoriia i sovremenost, (5), pp. 132-134.

that Lebanon should be considered an independent country if Muslims renounce the demand for return and unity with Syria, in return, Christians renounce the claim to French protection and Lebanon should be considered an independent country, and the president should be a Maronite Christian, the prime minister a Sunni Muslim, and the speaker of Parliament a Shiite Muslim.¹⁸ There are Lebanese Christian parties such as the Lebanese Phalange Party and the Lebanese Forces Party, Muslim parties such as the Shiite Hezbollah and the Sunni Future Movement, Druze parties such as the Progressive Socialist Party and many others¹⁹. On April 13, 1975, Lebanon witnessed the most violent civil war in its history, and the country is still suffering from the effects of this war up until today. With the signing of the Taif agreement, the Lebanese civil war ended. The agreement affirmed the Arabism of Lebanon and defined the powers and tasks of the president of the Republic, the House of Representatives and the ministers, stressed the Lebanese state's sovereignty on all its territories, and worked to restore the Lebanese territories occupied by Israel. The agreement also stressed Lebanon and Syria's distinctive and historical relationship, which calls for permanent cooperation for the region's stability.²⁰ We can say that the role of religion and nationalism is clearly shown in Lebanese life, both at the political and educational levels. Moreover, today, there are discussions within Lebanese society on the origins of the Lebanese people and the Arabization of Lebanon.

THE ROLE OF RELIGION AND SECULARISM IN TUNISIAN CONSTITUTIONS AND REGIMES

Throughout the history of Tunisia, there are similarities with the history of Syria and Lebanon. Tunisia came under the Ottoman rule in 1590, and the Ottoman Sultan appointed a governor named Pasha in addition to assistants from officers and military.²¹ After the revolution of 1951 in Tunisia against the Ottomans, Tunisian figures came to power, and the position of the Ottoman "Pasha" became an honorary position without any powers, but the manifestations of Ottoman dependence on Tunisia remained during the rule of the Tunisian leaders and these manifestations were present through several conditions, such as the legitimacy of the rule in Tunisia after the issuance of a decree from the Ottoman Sultan that the country was governed according to Islamic law and the flag associated with the Ottoman state was retained and the minting of money as well.²² There is religious and sectarian diversity in Tunisia, as is the case in Syria and Lebanon. Islam is the majority religion in Tunisia, which 97% of the population follows. A significant part of the Muslim population follows the Maliki ash'ari madhhab. In addition, there are adherents of other Muslim sects, including Shia, Ibadi, Hanafi, Hanbali, and Ahmadiyya. As for the other religions, it is estimated that there are about 1,500 Tunisian Jews, most of whom live on the island of Djerba, and there are about 5,000 Tunisian Christians in the country, most of whom belong to evangelical churches. Moreover, there are hun-

- 18 Zawad.H, & Shlouk, F. (2016) The Taif Agreement of 1989 and the end of the Lebanese Civil War (Doctoral dissertation). Faculty of Human and Social Sciences (FSHS). p. 20 <<http://archives.univ-biskra.dz/handle/123456789/8876>> [Last accessed: 1 May 2023].
- 19 Zawad. H, & Shlouk,F.(2016) The Taif Agreement of 1989 and the end of the Lebanese Civil War (Doctoral dissertation). Faculty of Human and Social Sciences (FSHS). pp. 21-23 <<http://archives.univ-biskra.dz/handle/123456789/8876>> [Last accessed: 01.05.2023].
- 20 The Taif Agreement, <https://www.un.int/lebanon/sites/www.un.int/files/Lebanon/the_taif_agreement_english_version_.pdf> [Last accessed: 22.05.2023].

- 21 Muhammad Al-Saeed A. & Muhammad Al-Eid Q. (2019). The Tunisian province and the Ottoman Sultanate... manifestations of dependency and manifestations of separation. *Al Maaref Journal for Historical Research and Studies*, 5(1), p. 164. <<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/134727>> [Last accessed: 02.08.2023].
- 22 Muhammad Al-Saeed A., & Muhammad Al-Eid Q. (2019). The Tunisian province and the Ottoman Sultanate... manifestations of dependency and manifestations of separation. *Al Maaref Journal for Historical Research and Studies*, 5(1), p. 164-167 <<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/134727>> [Last accessed: 02.08.2023].

dreds of adherents of the Baha'i religion.²³ The Tunisian society brings together a mixture of ethnicities, including Arabs and Amazigh, in addition to Jews and European and African immigrants. The Amazigh, whose number is estimated at 500 thousand in Tunisia, while we find a larger concentration of them in Tunisia and Algeria.²⁴ In the midst of the ongoing conflict over the nationalism of Tunisia, we find from the first Constitution issued in Tunisia in 1875 until the last Constitution in 2022, which emphasized in the fifth and sixth chapters on the freedom of Tunisia and the work to achieve the purposes of the Islamic religion and the affirmation that the Arabic language is the official language of the country.²⁵ Following the collapse of the Ottoman Empire, French troops entered Tunisia in 1881 pursuant to the terms of the Berlin agreement, which granted France the occupation of Tunisia with British approval and the French forces led by the French foreign minister Jules Ferry arrived and presented to the Tunisian governor "Bey" two copies of a French-Tunisian treaty prepared in advance and given five hours to approve or reject was finally signed and included several items, the temporary presence of French troops in the Sajjal and border areas until the Tunisian administration could maintain security and order, in addition to the inability of the Tunisian ruler "Bey" to sign any agreement or custom with a foreign country without the consent of France in exchange for protecting him and his family and this treaty was called the Bardo treaty.²⁶

Later, a second treaty was signed that granted France absolute protection over Tunisia, and this treaty was known as the Marsa agreement in 1883, which granted France the exercise of financial and administrative competencies that it deems beneficial to Tunisia, the treaty was signed despite the opposition of the French parliament, which contradicts the Bardo treaty, which provides for the retention of the Tunisian entity and unity.²⁷ The authority to enact Tunisian laws and legislations was subordinated to the French courts, and the French penetrated into all administrative, military and educational functions.²⁸ With regard to the issue of nationalism and language, France has tried to spread the French language and culture by establishing French schools and formulating educational curricula in French, but these measures were met with great popular rejection, and Tunisians stressed the need for education in Arabic in Tunisian schools.²⁹ In 1959, Tunisia achieved independence from France, and a new constitution was drafted for the country and the Constitution of 1959 in the first chapter, provided for the independence of Tunisia as an independent free State and declared Islam as the official religion of the state, and Arabic as the official language. This has also been included in the 2014 constitution issued after the outbreak of the Tunisian revolution on December 17 of the same year.³⁰

Tunisia has taken a step ahead of Syria and Lebanon in the field of personal status. Comparing the three countries, we find that they are Arab countries, and religion has a great place in legisla-

- 23 Hafnaoui. R. M, (2022). Implications of the Role of Religion in Tunisia's New Constitution for Non-Muslims. Washington. Religious Freedom Institute. N323. p. 3. <<https://www.religiousfreedominstitute.org>> [Last accessed: 2 August 2023].
- 24 Ghanemi. M. Tunisian Amazigh engage in politics despite obstacles <<https://www.alarabiya.net/north-africa/2019/05/07/>> [Last accessed: 02.08.2023].
- 25 la legislation du secteur de la securite en tunisie //efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj. <https://menarights.org/sites/default/files/2016-11/TUN_Constitution2014_FR.pdf/> [Last accessed: 02.08.2023].
- 26 Farhan Al-Khafaji A. C. A., & Hadi Akkar Azim M. (2020). French policy towards Tunisia (1881-1914). Al-Ustaz Journal for Humanities and Social Sciences, 214(1). p. 256 <<https://doi.org/10.36473/ujhss.v214i1.1453>>

- [Last accessed: 02.08.2023].
- 27 El Houssi L. (2017) The History and Evolution of Independence Movements in Tunisia. Oriente Moderno. Mar 30;97(1) pp. 67-88.
- 28 Ikeda, R. (2006). French policy towards Tunisia and Morocco: The international dimensions of decolonisation, 1950-1956. London School of Economics and Political Science (United Kingdom). pp. 19-25.
- 29 Hamawi, B, Ablawi,M,& Muhammad,M. (2020). The impact of the French protectorate system on education in Tunisia 1881-1956 (Doctoral dissertation, Ahmed Draya University – Adrar). pp. 45-50.
- 30 Constitution, 1959 (as of 2004) <<https://ihl-databases.icrc.org/en/national-practice/constitution-1959-2004>> [Last accessed: 4 August 2023].

tion and personal status issues; however, after Tunisia's independence from France in 1959, Tunisian President Habib Bourekiba carried out reforms in matters of personal status, adopting the civil marriage law and prohibiting polygamy, and the Tunisian constitution in 1959 included in Article (2) that a civil state should be forgotten and in Article (21) that citizens are equal in rights and duties before the law and an adult woman has the right to marry herself without a guardian.³¹

By comparing and studying the status of religion and nationalism among three Arab countries, we can say that Tunisia has achieved an advanced step in the field of personal status, which is the separation of religion from the state, while many Arab countries still take religion as a key element in their constitutions and laws.

CONCLUSION

This study allowed drawing the following conclusions:

- Religion and nationalism are two contributing elements in the drafting of constitutions and laws in the Middle Eastern countries in general and the Arab countries in particular, and this appears in the constitutions of all Arab countries, not only in Syria but in Lebanon and Tunisia.
- The place of religion in legislation dates to the origin of the Islamic religion in the Arabian Peninsula and the association of Islam with Arab nationalism since the emergence of the Islamic religion, which explains the place of the Islamic religion and Islamic jurisprudence in legislation.
- The political conditions experienced by each country have an important role in legislation, and this is shown in Lebanon, where the Constitution is a special case in terms of the distribution of powers in the country on a religious and sectarian basis. The Lebanese Constitution, which was

issued after France declared the establishment of the state of Greater Lebanon in 1926, made the president a Maronite Christian, the prime minister a Sunni Muslim and the speaker of Parliament a Shiite Muslim, This also applies to Syria in its 1930 Constitution, where Arab nationalism had a weak influence as Syria was under the French mandate. The situation continued in the 1950 Constitution, which was drafted as the constitutions of European countries are drafted, but the large number of political parties in that period, including the Muslim Brotherhood party and other parties with a national and religious orientation, contributed to emphasizing the place of Arab nationalism and the Islamic religion in the legislation. Then, the prominent role of nationalism appeared when the Arab Baath Party reached the country's leadership in 1963.

- The arrival of Tunisia as an Arab and Muslim country to the separation of religion from the state greatly puts the role of the historical factor and the political conditions of each country in the drafting of the Constitution and legislation. The French protection of Tunisia continued with the existence of the Bardo Treaty of 1881 for 75 years, and Tunisia was influenced by French culture in the field of legislation and education. We can see this influence in all aspects of life in Tunisia up until today.
- The change in the system of government of a particular state needs a long time of amendment in legislation and laws, slowly and thoughtfully, because every country has a historical context, its customs and traditions embodied in the form of laws and provisions that express the culture of this country. For instance, a Muslim religious country that uses Islamic law as a source of legislation and law-making cannot become a secular country within a month or two without entering civil war and bloodshed.

31 Civil marriage law in the Arab world. Between rejection and acceptance <https://al-vefagh.net/56834/> [Last accessed: 04.08.2023].

BIBLIOGRAPHY:

1. Al-Rubai'e, P. D. R. M. M. (2014). Eshnunna law – The first Sami law before Hammurabi law – (The legal study). *Journal of Juridical and Political Science*, 3(1). p. 8. <https://doi.org/10.55716/jjps.2014.3.1.2>
2. The Ottoman Constitution (23 December 1876).(n.d.). <https://iow.eui.eu/wpcontent/uploads/sites/18/2014/05/Brown-01-Ottoman-Constitution.pdf> [Last accessed: 29.03.2023].
3. Yavuz, M. A. (2021). Evolutionary secularisation of the Ottoman law in the nineteenth century: Roots and implications. *Eskiyeni*, (44), p. 398.
4. Zhantiev, D. R. (2021). Religious policy of Sultan Abdul-Hamid II in the Syrian vilayets of the Ottoman Empire (1876-1909): methods and symbols. *RUDN Journal of World History*, 13(4), p. 349.
5. Watenpaugh, K. D. (2006). Being modern in the Middle East: revolution, nationalism, colonialism, and the Arab middle class. Princeton University Press, p. 125-129.
6. Thompson, E. F. (2015). Rashid Rida and the 1920 Syrian-Arab Constitution: How the French Mandate Undermined Islamic Liberalism. In *The Routledge Handbook of the History of the Middle East Mandates* (p. 249).
7. Zawijah, W. (2021). The development of the Syrian national movement under the mandate the Frenchman 1919-1947. University-Adrar. Faculty of Humanities, Social Sciences and Islamic sciences. p. 108.
8. Al-Zoabi, Z. National identity in Syrian constitutions-the circumstances of the emergence and its reflections in the Syrian constitutions. *Qalamoun: Syrian Journal of Humanities*, V29. p. 701.
9. The Syrian Constitution of 1930 (Proposed by the Constituent assembly in 1928) chs. 2, Section 1,2,3,4; The Syrian Constitution of 1950 Art 1, 3, 114 <https://picryl.com/media/constitution-of-the-syrian-republic-14-may-1930-88546b> [Last accessed: 29.03.2023].
10. Akseneno, A. Prospects of Post-War Syria: Constitution and Governance <https://russiancouncil.ru/en/analytics-and-comments/analytics/prospects-of-post-war-syria-constitution-and-governance/> [Last accessed: 29 March 2023].
11. Ghadhban, N. (2019). the constitutional issue in Syria: a political approach. Omran Center for Scientific Studies. Istanbul, p.17. <http://www.omrandirasat.org/A9.htm> [Last accessed: 10 May 2023].
12. Adamczyk, A., & Jomma, F. (2023). Arab Nationalism in Syria. *Polish Political Science Yearbook*, (1(52)), 10.15804/ppsy202251, pp. 62-63.
13. Constitution [Syrian Arab Republic], 13 March 1973, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/44d8a4e84.html> [Last accessed: 10.05.2023].
14. Porras-Gómez, A. (2022). The Syrian Constitution at the end of the civil war: Is there a constitutional way to democratization? *Italian Political Science Review / Rivista Italiana Di Scienza Politica*, 52(3), pp. 362-377. [doi:10.1017/ipo.2021.53](https://doi.org/10.1017/ipo.2021.53).
15. Bahout, J. (2016). The unraveling of Lebanon's Taif Agreement: Limits of sect-based power sharing (Vol. 16). Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace p. 4.
16. The Lebanese constitution .23 May 1926 <http://www.presidency.gov.lb/English/LebaneseSystem/Documents/Lebanese%20Constitution.pdf> [Last accessed: 01.05.2023].
17. Gadzhimuradova, G., & Rabat, L. (2020). Influence of Religious Identifi-

- ty on Lebanon's Political System. Vostok. Afro-Aziatskie obshchestva: istoriia i sovremennost, (5), pp. 132-134.
18. Zawad.H, & Shlouk, F. (2016) The Taif Agreement of 1989 and the end of the Lebanese Civil War (Doctoral dissertation). Faculty of Human and Social Sciences (FSHS). p.20 <http://archives.univ_biskra.dz/handle/123456789/8876> [Last accessed: 01.05.2023].
 19. Zawad. H, & Shlouk, F. (2016) The Taif Agreement of 1989 and the end of the Lebanese Civil War (Doctoral dissertation). Faculty of Human and Social Sciences (FSHS). pp. 21-23 <http://archives.univ_biskra.dz/handle/123456789/8876> [Last accessed: 01.05.2023].
 20. The Taif Agreement, <https://www.un.int/lebanon/sites/www.un.int/files/Lebanon/the_tauf_agreement_english_version_.pdf> [Last accessed: 22.05.2023].
 21. Muhammad Al-Saeed A. & Muhammad Al-Eid Q. (2019). The Tunisian province and the Ottoman Sultanate... manifestations of dependency and manifestations of separation. Al Maaref Journal for Historical Research and Studies, 5(1), p. 164. <<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/134727>> [Last accessed: 02.08.2023].
 22. Muhammad Al-Saeed A. & Muhammad Al-Eid Q. (2019). The Tunisian province and the Ottoman Sultanate... manifestations of dependency and manifestations of separation. Al Maaref Journal for Historical Research and Studies, 5(1), pp. 164-167 <<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/134727>> [Last accessed: 02.08.2023].
 23. Hafnaoui. R. M, (2022). Implications of the Role of Religion in Tunisia's New Constitution for Non-Muslims. Washington. Religious Freedom Institute. N323. p. 3. <<https://www.religiousfreedominstitute.org>> [Last accessed: 02.08.2023].
 24. Ghanemi.M. Tunisian Amazigh engage in politics despite obstacles <<https://www.alarabiya.net/north-africa/2019/05/07/>> [Last accessed: 02.08.2023].
 25. la legislation du secteur de la securite entunisie//efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj. <https://menarights.org/sites/default/files/201611/TUN_Constitution2014_FR.pdf/> [Last accessed: 2 August 2023].
 26. Farhan Al-Khafaji A. C. A., & Hadi Akkar Azim M. (2020). French policy towards Tunisia (1881-1914). Al-Ustaz Journal for Humanities and Social Sciences, 214(1). p256 <<https://doi.org/10.36473/ujhss.v214i1.1453>> [Last accessed: 02.08.2023].
 27. El Houssi L.(2017) The History and Evolution of Independence Movements in Tunisia. Oriente Moderno. Mar 30;97(1) pp. 67-88.
 28. Ikeda, R. (2006). French policy towards Tunisia and Morocco: The international dimensions of decolonisation, 1950-1956. London School of Economics and Political Science (United Kingdom). pp. 19-25.
 29. Hamawi, B, Ablawi,M,& Muhammad,M. (2020). The impact of the French protectorate system on education in Tunisia 1881-1956 (Doctoral dissertation, Ahmed Draya University – Adrar). pp. 4 5-50.
 30. Constitution, 1959 (as of 2004) <<https://ihl.databases.icrc.org/en/national-practice/constitution-1959-2004>> [Last accessed: 04.08.2023].
 31. Civil marriage law in the Arab world. Between rejection and acceptance <<https://al-vefagh.net/56834/>> [Last accessed: 04.08.2023].

THE ROLE OF INTERNATIONAL ORGANISATIONS IN THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW: AN ANALYTICAL ASSESSMENT OF THE UNITED NATIONS

Rawa Almakky

Doctor of International law, Brunel University London, Assistant professor, department of public law, King Abdulaziz University, Saudi Arabia

ABSTRACT

International organisations play a vital role in shaping and implementing international norms and standards, contributing to the development of international law. This paper focuses on the United Nations (UN) as a prominent international organisation and examines its role in developing and implementing international law. Specialized entities within the UN, such as the International Court of Justice (ICJ), the United Nations General Assembly (UNGA), and the International Law Commission (ILC), have played significant roles in the development, codification, and implementation of international law. The UN serves as a platform for ongoing dialogue, identifies emerging challenges, formulates international legal and policy instruments, provides mechanisms for peaceful settlement of disputes, and collaborates with other international and regional organisations. However, this paper also acknowledges the inherent challenges and shortcomings of the UN and explores proposals for UN reform to address these issues, enhance its influence, and better fulfil its overarch-

ing purpose. Through an analytical assessment of the UN's role and influence on international law, this paper aims to provide insights into the functioning of international organisations and their impact on shaping global legal norms.

KEYWORDS: International Law, International Organisations, United Nations, United Nations General Assembly, International Law Commission, international Norms and Standards

INTRODUCTION

International organisations play an important role in shaping international norms and standards,¹ addressing issues that transcend national boundaries and promoting collective solutions on the global stage.² These organisations are established by states through multi-lateral treaties, acquire distinct wills separate from their member states,³ and derive their competence from the treaties that establish them.⁴ While subject to domestic laws, they also possess legal personality within the jurisdictions they are headquartered.⁵

The increasing number of international or-

ganisations reflects states' recognition of the importance of interdependence and collaboration in addressing global challenges through the establishment of international standards.⁶ There are approximately 250 to 350 international organisations exercising public authority through legislative and regulatory actions,⁷ adopting various decisions.⁸ International organisations can be universal or regional in scope, representing groups of countries or institutions that share similar values, cultures or objectives. They may also be members of other international organisations.⁹

This paper provides a concise analysis of the historical development of international organisations and their impact on the development and implementation of international law. It explores the functioning of these organisations in the realm of public international law, which encompasses the regulation of state relations as well as the behaviour of individuals, corpo-

1 OECD, The Contribution of International Organisations to a Rule-Based International System: Key Results from the partnership of international organisations for effective rulemaking, 1 (10 April 2019). <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/IO-Rule-Based%20System.pdf>> [Last accessed: 12.09.2023].

2 *Ibid.*

3 Klabbbers, J. (2015). Advanced Introduction to the Law of International Organizations, Edward Elgar, p. 7. See also p. 8-9.

* Dr. Rawa G. Almakky, Assistant Prof., Dept. of Public Law, Faculty of Law, King Abdulaziz University, Jeddah, Saudi Arabia

4 Chiu, H. (1965). Succession in International Organisations. *The International and Comparative Law Quarterly*, 14 (1), 91.

5 Amerasinghe, C.F. (2005). Principles of the Institutional Law of International Organizations. (2nd edition). (Cambridge University Press) 69-77.

6 For more information on statistics, see the latest issue of the Yearbook of International Organizations, which has been tracking the proliferation of IOs since the early 20th century. <<https://uia.org/ybio/>> [Last accessed: 12.07.2023]. See Davies & Woodward, 2014, cited in Fomerand, J. Evolution of International Organization as Institutional Forms and Historical Processes Since 1945: "Quis Custodiet ipsos custodiet?". Oxford Research Encyclopedia of International Studies, 2. <<https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-87>> [Last accessed: 12.09.2023].

7 Mańko, R., EPRS, European Parliamentary Research Service, *Suspension and expulsion of states from international organisations Analysis of the Vienna Convention on the Law of Treaties and of the practice at the United Nations and the Council of Europe*, BRIEFING, European Parliament, PE 751.410 – July 2023,1 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/751410/EPRS_BRI\(2023\)751410_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/751410/EPRS_BRI(2023)751410_EN.pdf)> [Last accessed: 12.07.2023].

8 Bernstor, J. von. (2008) Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations, *German Law Journal*, 9 1939.

9 See Mańko (n 7). Additionally, in the 9th edition of Brownlie's Principles of Public International Law by James Crawford (published on July 9, 2019, at 16), Crawford argues that there is no requirement for all international organizations to possess legal personality, contrary to the stance taken by the International Law Commission (ILC).

rations, and non-governmental organisations (NGOs). The primary focus is on the United Nations (UN) and its pivotal role within the international legal framework. The paper critically evaluates the contributions of specialized UN bodies, the UN General Assembly (UNGA), the International Law Commission (ILC), the International Court of Justice (ICJ), and the UN Security Council (UNSC) to the development, codification and implementation of international law. The paper also addresses the challenges faced by these bodies and proposes reforms for the UN to effectively address these challenges and enhance its functioning in promoting and upholding international law.

1. THE EVOLUTION OF INTERNATIONAL ORGANISATIONS: A BRIEF OVERVIEW

International organisations have been a longstanding presence in the field of international law. Although states have historically held primary responsibility within the realm of international law, governments are increasingly recognizing the potential benefits of ceding certain aspects of their sovereign authority to international Organisations committed to addressing global issues.¹⁰ Since the mid-20th century, international organisations have gained international legal personalities and become significant subjects of international law, albeit with fewer rights and responsibilities than states.¹¹ This section will present an overview of the historical evolution of international organisations, tracing their development from temporary assemblies or conferences to permanent international organisations with enduring international legal frameworks.

10 Klabbers, J. (2002). The rise of international organizations. In *An Introduction to International Institutional Law*, 18. Cambridge: Cambridge University Press.

11 Grant, J. P. (2010) Subjects of International Law cited in *International Law Essentials*, Edinburgh University Press, 35.

In the late eighteenth and nineteenth centuries, several powers started to establish forms of cooperation that went beyond bilateral treaties and diplomatic efforts.¹² According to Klabbers, while traces of international organisations can be found in different historical periods, such as the ancient Greek “amphictyonic councils”, the late-medieval Hanseatic League, and early examples like the Swiss Confederation, it was not until the nineteenth century that international organisations resembling those we see today were formally established.¹³ Klabbers also argues that the Congress of Vienna (1814-1815) holds significant importance in the realm of international relations. It marked the creation of a modern political and legal framework for Europe following a period of instability characterized by upheaval and conflict after the French Revolution.¹⁴ During this time, states began to recognize the inadequacy of the existing system in effectively addressing the emerging conflicts between them.¹⁵

Initially, the mandates of these organisations were limited and narrow in scope. The establishment of river commissions, like the European Commission of the Danube in 1856, indicates that the primary area requiring international cooperation was transportation and communication¹⁶ During this time, private individuals also took the initiative to create organisations with the goal of addressing global issues.¹⁷ In the year 1840, the establishment of

12 See Klabbers (n 10) at 16. For more information on the development of the law of international organizations, see Klabbers, J. (2001). The Life and Times of the Law of International Organizations, *70 Nordic Journal of International Law*, 287-317.

13 See Klabbers (n 10) at 16.

14 Lesaffer, R. C. H. (2015). *The Congress of Vienna (1814-1815)*. Oxford University Press.

15 Reinalda, B. *From the Congress of Vienna to Present-Day International Organizations*, UN, <<https://www.un.org/en/chronicle/article/congress-vienna-present-day-international-organizations>> [Last accessed: 12.08.2023].

16 Later, there would also be an International Commission for the Danube, established by the 1919 Peace Treaties. See Klabbers, (n 10) at 16. See Reinalda (n 15).

17 See Klabbers, (n 10) at 18.

the World Anti-Slavery Convention took place,¹⁸ while in 1863 the International Committee of the Red Cross¹⁹ was established.²⁰

International organisations also experienced significant growth in various domains beyond transportation and communications. For example, the establishment of the International Office of Public Health in 1903 focused on addressing health-related issues. Additionally, early precursors to contemporary international organisations in the field of economics emerged during this period, such as the Metric Union (1875), the International Copyright Union (1886), the International Sugar Union (1902), and the International Institute for Agriculture (1905).²¹ Some of these institutions, albeit with altered names and based on distinct constituent agreements, continue to operate today. For instance, the International Institute for Agriculture now operates under the name FAO (Food and Agriculture Organization).²²

According to Klabbers, public international law has undergone a gradual shift from being a “law of co-existence” to a “law of cooperation”, as demonstrated by the growing prevalence of in-

ternational organisations.²³ This suggests that international organisations are evolving into mechanisms that foster cooperation among states, rather than solely defining and limiting their respective spheres of influence.²⁴ Max Huber, a renowned Swiss international lawyer, wrote in 1910 that states entered into treaties for two primary motives: the pursuit of self-interest and the pursuit of common or shared interests.²⁵

However, the significant growth of international organisations occurred following the conclusion of the First World War.²⁶ The Treaty of Versailles was signed on June 28, 1919, marking the formal conclusion of World War I.²⁷ The League of Nations, established under the Treaty of Versailles on January 10, 1920, was the first international governmental organization with broad authority. Its primary purpose was to provide a platform for resolving conflicts between states. However, despite its establishment, the League of Nations did not gain widespread popularity, attracting only 63 member states.²⁸ Ultimately, the organization was officially dissolved after the outbreak of World War II.

2. THE GROWTH AND INFLUENCE OF INTERNATIONAL ORGANISATIONS

Traditionally, international law has primarily focused on governing the relationships between states.²⁹ Oppenheim, who is considered

18 The English Quaker, Joseph Sturge was initially responsible for establishing the convention, “but in its origin, as well as in several other respects, this meeting represented a joint English and American undertaking”. According to Maynard, the convention initiated the movement toward international organisation, however it has been criticized for its exclusion of women. See Maynard, D. H. (1960). *The World’s Anti-Slavery Convention of 1840. The Mississippi Valley Historical Review*, 47(3), 452.

19 Established by a Swiss national Henry Dunant. The Committee had brought together government representatives “to agree on Dunant’s proposal for national relief societies, to help military medical services”. In 1864 the Committee persuaded governments to adopt the first Geneva Convention. See International Committee of the Red Cross (ICRC) “History” <<https://www.icrc.org/en/who-we-are/history>> [Last accessed: 12 September 2023].

20 Known as the International Committee of the Red Cross, See ICRC, *Founding and early years of the ICRC (1863-1914)* <<https://www.icrc.org/en/document/founding-and-early-years-icrc-1863-1914>> [Last accessed: 12.09.2023].

21 See Klabbers (n 10) at 18.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*, at 19.

26 Some have argued that the League of Nations originated in 1815 Concert, which foresaw regular meetings of government representatives to discuss issues of conflict and peace. See Langhorne, R. (1990). *Establishing International Organisations: The Concert and the League*, 1 *Diplomacy & Statecraft*, 1-18. See Klabbers (n 10) at 19.

27 See Library of Congress, *Introduction – Treaty of Versailles: Primary Documents in American History – Research Guides*. <<https://guides.loc.gov/treaty-of-versailles>> [Last accessed: 12.09.2023].

28 See Grant, J. P. (2010). *International Law Essentials*. Edinburgh University Press. 36.

29 Klabbers, J. (2021). *An Accidental Revolution: The*

the founder of modern international law, defined international law as “the body of customary and convention rules which are considered legally binding by civilized States in their intercourse with each other”.³⁰ He further noted that “international offices” are established to implement treaties that establish international unions.³¹ Therefore, the priority of states extends over international organisations, as these organisations are “derivative creatures” that derive their existence and powers from the states that established them.³² As correctly pointed out by Klabbers, “only states can go to war. Only states can conclude treaties. Only states can proclaim territorial waters”.³³

In fact, it has been argued that international organisations were not intended to exert influence on the global community. When these organisations were first established, they were not granted international legal personality, as it was not deemed important or necessary.³⁴ International organisations were only intended to interact directly with member states “not with third states, not with other international organisations, and not with the citizens of their member states either”.³⁵ Prior to the intervention of the ICJ in 1949, International organisations lacked international legal personality.³⁶ Within

a decade of the 1949 ICJ advisory ruling there has been a complete change in the position.³⁷ For example, the charters of international organisations now contain clauses conferring legal personality or some measure thereof,³⁸ and various regional instruments, contain general provisions recognising the legal personality of international organisations.³⁹

According to Alvares, the expansion and influence of international organisations on international law and policymaking has for example, aided in the formulation, promotion of treaties and conventions and their implementation by states.⁴⁰ They play a dual role in the process of shaping global norms and rules: they participate as unique actors in decision-making and provide the essential structures of authority for other participants.⁴¹ As subjects of international law, international organisations are also governed by *Jus cogens* norms, customary international law, and general principles of law.⁴² As we progress through this section, it will become clear that international organisations, particularly the UN, have significantly influenced the sources of international obligations, and the key actors involved in international law-making.

International organisations have had a sig-

ILO and the Opening Up of International Law. In: Halonen, T., Liukkunen, U. (eds) *International Labour Organization and Global Social Governance*. Springer, Cham., 125.

30 Oppenheim L. (1912) *International law: a treatise*, (2nd edition). Longmans, Green, London, 3.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 See Klabbers J. (2015). The EJIL foreword: the transformation of international organizations law. 26(1), *The European Journal of International Law*, 9–82, 126, cited in (Klabbers n 29).

34 Cited in Klabbers, (n 29) 126.

35 International Court of Justice, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11 April 1949. In International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 1949. Cited in Klabbers, (n 29) 126.

36 See, for example, the uncertainties of the position in 1945. See Jenks, C. W. (1945). The Legal Personality of International Organisations, *British Yearbook of International Law*. Vol. XXII, pp. 267-275. International Court of Justice, *Reparation for Injuries Suffered in the*

Service of the United Nations, Advisory Opinion, 11 April 1949. In International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 1949. Cited in Klabbers (n 29) at 126.

37 Jenks, C. W., Bentwich, N., Keen, F. N., Pollard, R. S. W., Lloyd, P. C., Stark, B., Chatterjee, Lady, Adamkiewicz, W., Elkin, A. B., Zaslowski, E., & Piercy, A. (1951). The Impact of International Organisations on Public and Private International Law. *Transactions of the Grotius Society*, 37, 47.

38 See, for example, UNGA, Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 21 November 1947. and UNGA, Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, New York, 13 February 1946.

39 See Alvarez, J. E. (2006). International Organizations: Then and Now. *The American Journal of International Law*, 100(2), 326.

40 For more information on this, see Alvarez (n 39).

41 Chen, L. (2015) An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective 3rd Ed. *Books*, 61.

42 Daugirdas, K. (2016). How and Why International Law Binds International Organizations. *Harvard International Law Journal*. J. 57, no. 2, 381.

nificant impact on the development of international law,⁴³ effectively contributing to the establishment of a global constitutional system.⁴⁴ According to Henkin, international organisations “represent new laws at its birth, for it is itself a child of law”.⁴⁵ For instance, the Charter of the United Nations (UN) and its specialized agencies and other international organisations have played a crucial role in shaping international law. The World Health Organization (WHO), the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), and the International Labour Organization (ILO) are among the organisations that have contributed to the significant transformation of international law’s sources, actors, and processes over the past century.⁴⁶

3. THE UNITED NATIONS AND THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

On June 26, 1945, the United Nations (UN) Charter was adopted at the conclusion of the United Nations Conference on International Organizations in San Francisco. The Charter serves as a codification of major principles governing international relations, ranging from “sovereign equality of States to the prohibition of the use of force in international relations”.⁴⁷ The primary missions of the UN is to maintain peace and security, promote economic and social development,

uphold human rights, and provide platforms for state dialogue.⁴⁸ The UN Charter, comprising 111 articles including the preamble, outlines the rights and responsibilities of member states. It also delineates the roles and responsibilities of the UN’s six principal bodies.⁴⁹ The Charter emphasizes the importance of peaceful settlement of international disputes and grants authority to the Security Council (UNSC) to uphold international peace and security.⁵⁰

Since its establishment with an initial membership of fifty-one states,⁵¹ the UN has undergone significant development, becoming a diverse and multidimensional global institution with a current membership of 193 nations.⁵² The UN has positioned itself as a global constitutional organisation, striving to safeguard and uphold an optimal world order.⁵³ Article 103 of the UN Charter exemplifies this aim by stipulat-

43 Henkin, L. (1969). International Organization and the Rule of Law. *International Organization*, 23(3), 657.

44 Weller, M. (2009) “The struggle for an international constitutional order”, in David Armstrong, Routledge Handbook of International Law (London and New York: Routledge), pp. 179-94, cited in Armstrong, D. (2011). Evolving conceptions of justice in international law. *Review of International Studies*, 37(5), 2133.

45 See Henkin (n 43).

46 Alvarez, J. E. (2018). The Legitimacy of IO Rule-Making. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 112, 275.

47 UN Charter, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter#:~:text=The%20UN%20Charter%20codifies%20the,of%20force%20in%20international%20relations> [Last accessed: 12.09.2023].

48 Ferreira-Snyman, A. (2011). Regionalism and the restructuring of the United Nations with specific reference to the African Union. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 44(3), 360.

49 These are the General Assembly, the Security Council, the Economic and Social Council, Trusteeship Council, International Court of Justice and the Secretariat.

50 Art. 23, stipulates that there are only five permanent members of the Security Council (P5 members of the SC): The Republic of China (now the People’s Republic of China), France, USSR (now Russia), the United Kingdom, and the United States), this listing of only five states with Veto powers prevents the Security council from taking effective measures to end many current international conflicts. Klabbers, J. (2002). The Rise of International Organizations. In *An Introduction to International Institutional Law*, 21. Cambridge: Cambridge University Press.

51 Saudi Arabia was admitted to the UN as a core member of the UN on October 24, 1945. See UN, Member States <https://www.un.org/en/about-us/member-states#gotoS> [Last accessed: 12.09.2023].

52 Ferreira-Snyman, A. (2011). Regionalism and the restructuring of the United Nations with specific reference to the African Union. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 44(3), 360.

53 See Chen, L. (2015) An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective 3rd Ed. *Books*, 61. See also Macdonald, Ronald St. J. The Charter of the United Nations as a world constitution. In: International law across the spectrum of conflict: essays in honour of Professor L. C. Green on the occasion of his eightieth birthday (Newport, R.I.: Naval War College, 2000), 263-293.

ing that in case of a conflict between member states' obligations under the Charter and any other international agreement, the obligations under the Charter "shall prevail".⁵⁴ Numerous experts in international law recognize the UN as a crucial international organisation for the maintenance of peace and security.⁵⁵

The UN Charter's fundamental principles and its evolution, including amendments made in 1963, 1965, and 1973,⁵⁶ have had a profound impact on the codification and progressive development of international law. The ICJ plays a crucial role in providing a platform for peaceful dispute settlement, interpreting treaties, and offering advisory opinions. The UNSC is also instrumental in the maintenance of international peace and security. The opinions of qualified commentators and the work of the International Law Commission (ILC) further contribute significantly to the ongoing development of international law. In addition to the work of the United Nations General Assembly (UNGA), which we will examine further in the following section. These various components collectively shape and promote the principles and regulations governing the international community.

Research indicates that the current composition of the UNSC, which bears the primary responsibility for upholding international peace and security, is considered anarchic and presents an inadequate representation of the global community.⁵⁷ Additionally, the Council's ability to take

decisive legal action during crises is often hindered by political agendas and national priorities among the five permanent member states (P5), thereby impeding the adoption of legally binding resolutions to address international conflicts. For example, one study highlights the Council's inability to effectively respond or intervene in ongoing global conflicts and crises, such as the Russian annexation of Crimea and war with Ukraine.⁵⁸ It has been demonstrated that the UNSC's ambiguous and discretionary powers are prone to abuse, resulting in violations of fundamental rights of individuals and states.⁵⁹

As a result, some scholars oppose the UN Charter's recognition as a global constitution.⁶⁰ Rao, for instance, emphasizes that "the United Nations has not been conceived as a world government, nor could transform itself into one".⁶¹ The inability of UN bodies to effectively impose their decisions on members and the absence of any judicial review mechanism for their unlawful actions are almost universally regarded as significant constitutional issues.⁶² In a similar stand, Tomuschat argues that "the Charter is nothing more than the constitution of the international community [...]. unrivalled by any other international instrument".⁶³

Furthermore, the UN Charter is often described as a "rigid" constitution, which has led to a limited number of amendments since its

54 UNGA, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

55 Quizhi, He. (1995) The Crucial Role of the United Nations in Maintaining International Peace and Security, in Tomuschat, C (ed.), *The United Nations at Age Fifty, A Legal Perspective* (The Hague: Kluwer Law International), 77. See Macdonald (n 53) at 290-91.

56 Macdonald (n 53) 291.

57 For more information on the roles and responsibilities of the Security Council, see Chapters VI, VII, VIII, and XII of the UN Charter. See also a list of UN SC resolutions, See UN, *Resolutions* <<https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-0>> for example, Malik, J. M. (2005). Security Council Reform: China Signals Its Veto. *World Policy Journal*, 22(1), 19-29; Council on Foreign Relations, *The UN Security Council*, February 28, 2023. <<https://www.cfr.org/backgrounder/un-security-council>> [Last accessed: 12

July 2023].

58 Council on Foreign Relations, *The UN Security Council*, February 28, 2023. <<https://www.cfr.org/backgrounder/un-security-council>> [Last accessed: 12.09.2023].

59 Lamb, S. (1999). Legal Limits to United Nations Security Council Powers, in Guy S. Goodwin-Gill, and Stefan Talmon (eds), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), 361.

60 See Macdonald (n 53) 292.

61 Pemmaraju, S Rao, (1995). The United Nations and International Peace and Security: An Indian Perspective: in Tomuschat, C. (1995) *The United Nations at Age Fifty – A Legal Perspective* (Kluwer Law International) The Hague, 182, cited Macdonald (n 53) at 292.

62 *Ibid.*

63 Tomuschat, C. (1995). *The United Nations at Age Fifty, A Legal Perspective* (The Hague: Kluwer Law International 1 United Nations Security Council) ix.

establishment. The only amendments to date were the expansion of the UNSC in 1965 and the expansions of the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) in 1970⁶⁴ and 1971.⁶⁵ The complexity of the procedure is detailed in Article 108, which requires a “a vote of two-thirds of the members of the General Assembly and ratified in accordance with their respective constitutional processes by two-thirds of the Members of the United Nations, including all the permanent members of the Security Council”.⁶⁶ This provision contributes to the difficulty of amending the UN Charter. As such, when a single permanent member exercises its veto power, the amendment procedure is effectively impeded or blocked.⁶⁷

However, there have been calls for the reform of the UNSC, suggesting a need for its amendment.⁶⁸ Proposals to amend the UN Charter, particularly those related to expanding the UNSC permanent state membership, encounter significant obstacles due to the absence of unanimous agreement among the P5 member states. Notably, the United States, the Russian Federation, and China have yet to reach a consensus on this issue.⁶⁹ These nations express reservations about

the potential risks associated with both expanding the Council's membership and maintaining the current state, as they believe it could impact the stability of the UN.⁷⁰ Nevertheless, it is vital to reform the UNSC to enhance its legitimacy and effectiveness. It is also the entity responsible for upholding international peace and security. Broadening the Council's composition could contribute to strengthening its authority, particularly considering that it has remained unaltered since 1965, despite substantial changes in the international landscape.⁷¹

Notwithstanding its limitations, the UN Charter has garnered support from numerous experts in the field of international law. Macdonald, for instance, described it the “the most comprehensive framework of cooperation in the history of international relations”.⁷² The Charter's primary objective is to establish a permanent platform for peaceful resolutions and multilateral diplomacy, making it the only comprehensive international Charter.⁷³ Furthermore, the UN has played a significant role in setting international human rights norms and standards. This is evident through the inclusion of human rights references in the UN Charter,⁷⁴ as well as the adoption of resolutions, declarations, multilateral human rights treaties, and monitoring mechanisms aimed at promoting and monitoring human rights situations in member states. Additionally, the UN Charter supports the development of regional organisations to complement the work of the UN. Chapter VIII of the Charter, specifically Articles 52-54, provides the constitutional basis for the participation of regional organisations, alongside the Security Council, in maintaining international peace and security.⁷⁵

64 GA Res. 1991A (XVIII) (Dec. 17, 1963) (Security Council enlargement); GA Res. 1991B (XVIII) (Dec. 17, 1963) (first enlargement of Economic and Social Council).

65 GA Res. 2847 (XXVI) (Dec. 20, 1971). See Robinson, J. Metamorphosis of the United Nations Charter, in 94 *Recueil Des Cours* 493, 547(1958 II), cited in Blum, Y. Z. (2005). Proposals for UN Security Council Reform. *The American Journal of International Law*, 99(3), 648.

66 See UN Charter, Article 108.

67 Blum, Y. Z. (2005). Proposals for UN Security Council Reform. *The American Journal of International Law*, 99(3), 648.

68 Lamb, S. (1999). Legal Limits to United Nations Security Council Powers, in Guy S. Goodwin-Gill, and Stefan Talmon (eds), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie* (Oxford, 1999; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), 361; Blum, Y. Z. (2005). Proposals for UN Security Council Reform. *The American Journal of International Law*, 99(3), 632-649; Malik, J. M. (2005). Security Council Reform: China Signals Its Veto. *World Policy Journal*, 22(1), 19-29.

69 Martini, E. (2009). UN Security Council reform. Current developments, Working Paper No. 0926, Istituto Affari Internazionali, 9. See also Sarwar, N. (2011). Expansion of the United Nations Security Council. *Strategic Studies*, 31(3), 257-279.

70 *Ibid.*

71 Sarwar, N. (2011). Expansion of the United Nations Security Council. *Strategic Studies*, 31(3), 257.

72 See Macdonald (n 53) at 293.

73 Jenks, C W, (1962). *The Proper Law of International Organizations* (London: Stevens), 257.

74 In fact, the term “human rights” was mentioned seven times, see UN Preamble and Arts. 1, 13, 55, 62, 68, 76 of the UN Charter.

75 UN SC, *Regional Arrangements* (Chapter VIII of UN Charter) [<https://www.un.org/securitycouncil/>](https://www.un.org/securitycouncil/)

3. 1. The Role of UN Specialized Bodies

As this study indicates, the UN possesses specialized technical bodies that play a crucial role in the negotiation and adoption of legally binding instruments, such as treaties, conventions, agreements, and directives.⁷⁶ The majority of international treaties and conventions established by the UN incorporate monitoring mechanisms to ensure the implementation of the respective legal instruments. These mechanisms often include reporting requirements for the parties involved and generate conclusions and/or recommendations from the monitoring bodies.⁷⁷

For example, within the framework of the Universal Periodic Review (UPR), the UN Human Rights Council (HRC), an intergovernmental organisation established by the UN General Assembly (UNGA) through resolution 60/251⁷⁸ on March 15, 2006, examines the human rights records of all 193 UN Member States.⁷⁹ These processes possess investigative or quasi-judicial characteristics, such as the HRC's special procedures for addressing human rights situations or violations, as well as the communications procedures of UN human rights treaty bodies.⁸⁰ The HRC holds significant importance

as an intergovernmental organisation as it has created a public platform for the discussion of contentious human rights issues, involving the participation of States and human rights non-governmental organisations (NGOs).⁸¹ While the conclusions and recommendations of the HRC and other international human rights treaty bodies are not legally binding, they exert a substantial influence on shaping and promoting international human rights norms and standards.⁸²

As such, according to Higgins the HRC “has championed the protection of human rights defenders and tackled human rights situations at the national level”.⁸³ By actively promoting international human rights standards, the HRC can be seen as a critical element of the international legal system. Its efforts contribute to the development, enforcement, and promotion of human rights principles globally.⁸⁴

In the following section, we will explore how the ICJ, as the primary judicial organ of the UN, interprets international law. This includes its recognition of the legal validity of United Nations declarations and treaties. We will also discuss some of the challenges that the ICJ encounters in its work.

3.2. The Role of International Adjudications

O’Connell and VanderZee assert that courts and tribunals have played a significant role in international law since the mid-seventeenth century, coinciding with the emergence of

[content/regional-arrangements-chapter-viii-un-charter#:~:text=Chapter%20VIII%20of%20the%20Charter,Security%20Council%20is%20primarily%20responsible>](#) [Last accessed: 12.09.2023].

76 Prieto Ramos, F. (2014) International and supranational law in translation: from multilingual lawmaking to adjudication, *The Translator*, 20:3,315.

77 *Ibid.*

78 Membership to the council includes only 47 Member States elected by the majority of members of the UNGA by a secret ballot. See OHCHR, *Membership of the Human Rights Council* <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/membership>> [Last accessed: 12.09.2023]., Replacing the Commission on Human Rights, see OHCHR, *The Human Rights Council*, <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/about-council>> [Last accessed: 12.09.2023].

79 See UN. *UPR*. <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/upr-home>> [Last accessed: 12.09.2023].

80 See, for example, OHCHR. *The role of the High Commissioner for Human Rights* <<https://www.ohchr.org/en/about-us/high-commissioner>> and OHCHR,

Universal Periodic Review, <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/upr-home>> [Last accessed: 12.09.2023].

81 Higgins, R. (2016). *The United Nations At 70 Years: The Impact Upon International Law*, *The International and Comparative Law Quarterly* 65, no. 1, 10.

82 *Ibid.*

83 *Ibid.*

84 Saudi Arabia has been a prominent member of the HRC since its establishment from 2006 to 2019. See OHCHR, *List of past members of the Human Rights Council* <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/past-members>> [Last accessed: 12.09.2023].

modern international law and the establishment of the state system.⁸⁵ During this period, these judicial bodies were primarily immersed in theoretical debates concerning the nature of international law. While arbitration held initial prominence, there was a gradual rise in support for the creation of courts endowed with general compulsory jurisdiction.⁸⁶

As the late twentieth century approached, there was a noticeable shift towards the emergence of courts specializing in specific subject matters such as human rights, trade, the law of the sea, and international criminal justice. Diverging from the International Court of Justice (ICJ), these specialized courts have proliferated, resulting in a broad and mandatory jurisdiction within their respective specialized domains.⁸⁷ Nevertheless, as this section aims to demonstrate, the ICJ has not succeeded in evolving into a hierarchical judicial system and this could potentially contribute to fragmentation, ultimately weakening the perception of international law as a unified system.⁸⁸ However, as this section unfolds, it will reveal that despite its institutional shortcomings, the ICJ has exerted a significant influence on the development of international law.

Alford argues that the influence of international courts and tribunals as a source of international law is a crucial aspect to consider when examining the expansion of these mechanisms.⁸⁹ These courts and tribunals regularly issue rulings that serve as foundations for international law⁹⁰ and are well-equipped to handle disputes that may arise due to the expanding scope of international law.⁹¹ According to Alvarez, the most substantial body of emerg-

ing “soft law” consists of a growing volume of rulings rendered by permanent international courts and tribunals.⁹² The UNSC, for example, has established interim criminal tribunals such as: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)⁹³ and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)⁹⁴ to prosecute those involved in war crimes and serious violations of international humanitarian law. The UN has also collaborated with the Special Court for Sierra Leone (SCSL), the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC), and others, such as regional human rights courts and the International Criminal Court (ICC) employing diverse approaches and strategies.⁹⁵

At this juncture, it is crucial to emphasize the significance of the ICJ and its influence on the development of international law. In 1922, the League of Nations was instrumental in the formation of the first world court, the predecessor of the ICJ, the Permanent Court of International Justice (PCIJ).⁹⁶ It played an important part in interpreting international treaties and solving disputes between states. During its brief existence, the court adjudicated 66 cases between 1922 and 1940, including 39 contentious cases and 27 advisory opinions.⁹⁷ In addition to re-

85 O’Connell, M. E., & VanderZee, L. (2014). The History of International Adjudication. *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 41.

86 *Ibid.*

87 *Ibid.*

88 *Ibid.*

89 Alford, R. (2000). The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance. 94, *American Society of International Law Proceedings*, 160.

90 *Ibid.*

91 See Higgins (n 81).

92 See Alvarez (n 39) at 329.

93 UN Security Council, Security Council resolution 827 (1993) [International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)]., 25 May 1993, S/RES/827 (1993); See UN, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, <<https://www.icty.org/>> [Last accessed: 12.09.2023].

94 UN Security Council, Security Council resolution 955 (1994) [Establishment of the International Criminal Tribunal for Rwanda]., 8 November 1994, S/RES/955 (1994); See UN, International Criminal Tribunal for Rwanda, <<https://unictr.irmct.org/>> [Last accessed: 12.09.2023].

95 UN Library, *UN International Law Documentation* <<https://research.un.org/en/docs/law/courts>> [Last accessed: 12 September 2023]. See Higgins (n 81) at 16. See Alford (n 89) at 160.

96 Article 14 of the Covenant of the League of Nations gave the Council of the League responsibility for formulating plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice (PCIJ). See ICJ, History, <<https://www.icj-cij.org/history>> [Last accessed: 12 September 2023].

97 General Statistics, *Permanent Court of International*

solving specific disputes, the PCIJ established a respected corpus of law.⁹⁸ Its successor, the ICJ and other courts continue to cite a number of its decisions.⁹⁹

Kelsen, a leading Western scholar of jurisprudence, expressed his criticism towards the institutional structure of the LoN.¹⁰⁰ He argued that the PCIJ should have held a central position within the organisation, rather than the League Council or Assembly. According to Kelsen, this court should have possessed compulsory jurisdiction and been composed of expert and impartial judges.¹⁰¹ The aim was to establish a centralized court that would compel the council to implement the court's decisions.¹⁰² However, as we will observe, both the PCIJ and its successor, the ICJ, fell short of realizing this vision.

The ICJ was established in June 1945 by the UN Charter and began its operations in April 1946. Article 92 of the UN Charter recognizes the ICJ as “the principal judicial organ of the United Nations”.¹⁰³ Where its duties will be governed by the ICJ Statute, which is annexed to the Charter.¹⁰⁴ The Court has a dual purpose: to settle international disputes submitted by states in accordance with international law, and to provide advisory opinions on legal issues referred

to it by authorized UN organs and specialized agencies, such as the Security Council, the General Assembly, and other UN bodies.¹⁰⁵

According to Higgins, the ICJ played a central role in resolving international law disputes before 1966.¹⁰⁶ Since its establishment, the Court has issued more than 110 decisions on a wide range of issues, including land frontiers, maritime boundaries, territorial sovereignty, the non-use of force, diplomatic relations, the right to asylum, rights of passage, and economic and social rights.¹⁰⁷ During this period, the ICJ has also provided 27 advisory opinions on matters such as the compliance with international law of Kosovo's unilateral declaration of independence, the legal consequences of constructing a wall in occupied Palestinian territory, and compensation for injuries sustained while serving the United Nations.¹⁰⁸

Judge Peter Tomka, the former president of the ICJ, emphasized the Court's crucial role in upholding and promoting the rule of law, he emphasises “the Court—through its activities—is an important agent for upholding and promoting the rule of law at the international level, in relations between States” and has the important and “noble role of determining existing law and

Justice, World Courts Database, <www.worldcourts.com/pcij/en/statistics.htm> [Last accessed: 12.09.2023]. See O'Connell, & VanderZee (n 85) 55.

See also ICJ, *Permanent Court of International Justice* <<https://www.icj-cij.org/pcij#:~:text=The%20establishment%20of%20the%20Permanent,and%20was%20dissolved%20in%201946>> [Last accessed: 12.09.2023].

98 Allain, J. A. (2000). *Century of International Adjudication: The Rule of Law and Its Limits* (The Hague Netherlands: T.M.C. Asser Press) pp. 44-5, cited in O'Connell and VanderZee (n 85) at 56.

99 O'Connell, & VanderZee (n 85) 56.

100 Kelsen, H. *Law and Peace in International Relations* (first published 1942, Buffalo, NY: William S. Hein & Co., Inc. 1997) 151-2. See O'Connell and VanderZee, (n 85) at 56.

101 O'Connell and VanderZee (n 85) 57.

102 *Ibid.*

103 The UN mentions the ICJ in Article 7, paragraph 1, Article 36, paragraph 3, and Articles 92-96 of the UN Charter.

104 See art. 92 of the UN Charter. See Arts 34-38 of the ICJ Statute.

105 See UN Charter, Art. 92-96 of the UN Charter. See also UN, *The Court*, <<https://www.icj-cij.org/court#:~:text=The%20Court's%20role%20is%20to,Nations%20organs%20and%20specialized%20agencies>> [Last accessed: 12.09.2023].

106 See Higgins (n 81). Since its inception, according to Judge Stephen Schwebel, ICJ has been “busier than ever before”. See Alford (n 89) at 160.

107 Between 22 May, 1947 and 4 July, 2023, 190 cases were entered in the General List of the ICJ. See ICJ, *Cases*, <<https://www.icj-cij.org/cases#:~:text=Between%2022%20May%201947%20and,entered%20in%20the%20General%20List>> [accessed 12 July 2023]. See also a list of multilateral conventions that were referred to by the ICJ, <<https://www.icj-cij.org/treaties>> [Last accessed: 01.10.2023].

108 Philippe Couvreur (Registrar of the International Court of Justice), *Upholding the Rule of Law at the International Level: The Role of the International Court of Justice*, December 2012, No. 4 Vol. XLIX, *Delivering Justice*, <<https://www.un.org/en/chronicle/article/upholding-rule-law-international-level-role-international-court-justice>> [Last accessed: 1.09.2023].

rendering justice between States".¹⁰⁹ The ICJ has also demonstrated a progressive approach in dealing with new cases and developing international law. For instance, in the 1970 Barcelona Traction case (*Belgium v. Spain*),¹¹⁰ the Court introduced the concept of *erga omnes* obligations,¹¹¹ which are obligations applying to the international community as a whole. The Court explicitly referred to "the principles and rules pertaining to the fundamental rights of the human person" in defining these obligations.¹¹² Similarly, in its 1995 Case Concerning East Timor (*Portugal v. Australia*), the ICJ recognized the right to self-determination as an *erga omnes* obligation.¹¹³

Therefore, the ICJ plays a significant role in shaping the evolution of international law. While courts typically apply the law rather than actively contribute to its development, Higgins argues that the ICJ's activities in interpreting legal instruments and applying international law to new situations, as shown above, and as per Article 38 of the ICJ's Statute, contribute to the development of legal principles.¹¹⁴ In support of her argument, Higgins highlights the case of *Qatar v. Bahrain*,¹¹⁵ where a question arose regarding the appropriation of low-tide elevations by the coastal State in the context of delimitation.¹¹⁶ Given the absence of a clear answer

in the UNCLOS texts, the Court, considering the policy implications, ultimately ruled that low-tide elevations could not be appropriated.¹¹⁷ This ruling exemplifies the Court's influence in shaping the direction of international law.

Kelsen further argues that compulsory jurisdiction is the fundamental component of a legal system, playing a crucial role in preventing the escalation of conflicts between states.¹¹⁸ However, the ICJ does not currently have compulsory jurisdiction. Article 36, paragraph 2 of the ICJ Statute states that States parties to the Statute of the Court may "at any time declare that they recognize as obligatory ipso facto and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court".¹¹⁹ Currently, only 74 of the UN's 193 member states have acknowledged the Court's compulsory jurisdiction.¹²⁰ O'Connell and VanderZee contend that the United States withdrew from the court's optional compulsory jurisdiction as soon as it became aware that Nicaragua intended to submit a case with the ICJ.¹²¹ Nicaragua's use of the ICJ as a "political tool" was cited as justification for the United States' withdrawal from the court.¹²²

Despite its non-binding jurisdiction and lack of enforcement mechanisms to ensure compliance, states often comply with ICJ rulings out of "fear of losing their reputation for non-compliance".¹²³ In addition, states are increasingly turning to the courts to settle interstate disputes peacefully. As emphasised by Mr. Mi-

109 *Ibid.*

110 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain); Second Phase*, International Court of Justice (ICJ), 5 February 1970.

111 Jorgenson, N. *The Responsibility of States for International Crimes* (Oxford: Oxford University Press, 2000) 94, cited in Armstrong, D. (2011). *Evolving conceptions of justice in international law. Review of International Studies*, 37(5), 2127.

112 *Ibid.*

113 Okawa, P. *Issues of admissibility and the law on international responsibility*, in Malcolm D. Evans (ed.) *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006)497, cited in ARMSTRONG, David. (2011). *Evolving conceptions of justice in international law. Review of International Studies*, 37(5), 2127.

114 See Higgins (n 81) at 16.

115 *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar v Bahrain*, [1994]. ICJ Rep 112, ICGJ 81 (ICJ 1994), 1st July 1994, United Nations [UN].; International Court of Justice [ICJ].

116 For more information on the case, see Mendelson,

M. (2001). *The Curious Case of Qatar v. Bahrain in the International Court of Justice, British Yearbook of International Law*, Volume 72, Issue 1, Pages 183-211.

117 See Higgins (n 81).

118 See O'Connell and Vanderezee (n 85) at 57.

119 Statute of the International Court of Justice, 18th April 1946 (33 UNTS 993, UKTS 67 (1946) Cmd 7015, 3 Bevans 1179, 59 Stat 1055, 145 BSP 832, TS No 993), OXIO 95.

120 See ICJ, "Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory" <<https://www.icj-cij.org/declarations>> [Last accessed: 13.09.2023].

121 See O'Connell and Vanderezee (n 85) at 59. See A Chayes, "Nicaragua, the United States and the World Court" (1985) *Columbia Law Review*, Rev. 1445.

122 See O'Connell and Vanderezee (n 85) at 59.

123 See Alford (n 89) at 163.

guel de Serpa Soares, Under-Secretary-General for Legal Affairs and the United Nations Legal Counsel:

“More and more States are having recourse to the Court, since it offers convenient and effective means for the peaceful resolution of their differences. Its unique mandate, which comprises all cases which the Parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force, coupled with its universal character, as well as the authoritative value of its decisions and consent-based nature of its jurisdiction, make the Court the preferred mechanism for the adjudication of legal disputes between States.”¹²⁴

However, similar to the UNSC, the ICJ faces a number of challenges, including compromised legitimacy and impartiality, non-compulsory jurisdiction¹²⁵ and an increasing caseload.¹²⁶ It has encountered difficulties in resolving significant ongoing issues such as human trafficking, environmental protection, and conflicts occurring in many parts of the world, which raises concerns about its effectiveness. The structural bases of institutional autonomy has also been called into question, with a study suggesting that “judges are consciously biased.”¹²⁷ To establish

the ICJ as an effective mechanism for promoting international norm compliance and resolving international disputes,¹²⁸ it is crucial for stakeholders to review the Statute of the ICJ and the institutional framework of the court to uphold the rule of law at the international level.¹²⁹ Additionally, it is imperative for states to cooperate with the ICJ and accept the optional clause to compulsory judications to the ICJ, to ensure full compliance with its rulings to enhance its effectiveness.

As observed in various international courts, including the WTO,¹³⁰ the European Court of Human Rights (EctHR), and the European Court of Justice (ECJ), as well as other specialized and regional international courts, they all possess compulsory jurisdiction in certain subject matters or regions, and their decisions are binding on the parties involved.¹³¹

4. THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION AND THE CODIFICATION AND DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW

Throughout its deliberations, the United Nations General Assembly (UNGA) has made significant advances in codifying and developing numerous aspects of customary international law by means of international treaties and conventions.¹³² Subsidiary bodies created by UNGA resolutions consider particular areas of international

124 Cited in Swiss Federal Department of Foreign Affairs, Handbook on accepting the jurisdiction of the International Court of Justice Model clauses and templates, (New York, July 2014) 4. <https://legal.un.org/avl/pdf/rs/other_resources/Manual%20sobre%20la%20aceptacion%20jurisdiccion%20CIJ-ingles.pdf> [Last accessed: 12.09.2023].

125 See Giorgetti, C. *The Challenge and Recusal of Judges of the International Court of Justice*, in Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals 3 (Chiara Giorgetti ed., 2015). See also Ogbodo, S. Gozie (2012) “An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century”, *Annual Survey of International & Comparative Law*. Vol. 18: Iss. 1, Article 7, Bahiru B.A. (2022). Challenges of Dispute Settlement through International Court of Justice (ICJ): the Case of Ukraine v. Russian Federation the Decision on Provisional Measures on Alleged Violation of Genocide Convention. *European Scientific Journal*, 18 (29).

126 See Ogbodo (n 125) at 4.

127 Bahiru, B.A. (2022). Challenges of Dispute Settlement through International Court of Justice (ICJ): the Case of Ukraine v. Russian Federation the Decision on

Provisional Measures on Alleged Violation of Genocide Convention. *European Scientific Journal*, ESJ, 18 (29), 66.

128 See Ogbodo (n 125) at 17.

129 *Ibid.*

130 See RZ Lawrence, *The United States and the WTO Dispute Settlement System*, Council on Foreign Relations CSR No. 25, March 2007, <www.cfr.org/content/publications/attachments/Wto_CSR25.pdf> cited in O’Connell and VanderZee (n 85) at 59.

131 See O’Connell and VanderZee (n 85) at 60.

132 Anderson, DH. (1998). Law-Making Processes in the UN System: Some Impressions. 2 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 23.

law and report to the plenary.¹³³ The International Law Commission (ILC) is one of the most important bodies created by the UNGA resolution in 1947 with the mission to “promotion of the progressive development of international law and codification”.¹³⁴ Article 15 of the ILC Statute provides a definition of the terms “progressive development” and “codification of international law”. Progressive development is defined as “the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States”.¹³⁵ Whereas codification of international law, is the more “precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine”.¹³⁶

As such as part of its mandate, the ILC addresses a wide range of legal topics and issues of international significance. Some of the topics the ILC addresses are chosen by the Commission, while others are referred to it by the UNGA.¹³⁷ Usually, when the Commission completes its work on a topic, the UNGA frequently convenes a conference to incorporate its draft articles into a treaty or convention. The convention is then open for signatures by UN member States and when adopted most of these conventions form important bases of law that govern state relations.¹³⁸ The ILC also frequently consults with other important organisations such as the International Committee of the Red Cross (IRC) and other UN specialized agencies.¹³⁹

Since its establishment in 1949, the ILC has produced a significant volume of draft articles, guidelines, and studies,¹⁴⁰ that serve as a foundation of the international legal framework. According to Bordin, the ILC has undertaken notable initiatives, including the creation of draft articles that formed the basis for four law of the sea conventions and a protocol resulting from the first United Nations Conference on the Law of the Sea, which took place in Geneva from February 24 to April 27, 1958.¹⁴¹ The ILC has also presented draft articles that were subsequently adopted as the Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations in 1961 and 1963.¹⁴² Furthermore, the Commission’s draft ar-

133 UN, Research Guide, <<https://libraryresources.unog.ch/legal>>

134 UNGA Res 74 (II) 21 NN 1947.

135 UNGA, Statute of the International Law Commission, adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November, 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December, 1950, 984 (X) of 3 December, 1955, 985 (X) of 3 December, 1955 and 36/39 of 18 November, 1981.

136 *Ibid.*

137 See UN (n 133).

138 *Ibid.*

139 UN. International Law and Justice <<https://www.un.org/en/global-issues/international-law-and-justice>>

140 Bordin, F. L. (2014). Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 63(3), 539.

141 See for example, ILC, Convention on the Continental Shelf, 29 April 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 499, p. 311). The Conference was convened pursuant to resolution 1105 (XI) adopted the four Conventions and the Optional Protocol. Namely: Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Geneva, 29 April 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 516, p. 205; Convention on the High Seas, Geneva, 29 April, 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 450, p. 11; The Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, Geneva, April 29, 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 559, p. 285; Convention on the Continental Shelf, Geneva, 29 April, 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 499, p. 311; And Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes, Geneva, 29 April, 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 450, p. 169. See also Tullio Treves, Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea, 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea, Geneva, 29 April, 1958, <<https://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html#:~:text=Four%20separate%20conventions%20were%20adopted,to%20become%20party%3A%20the%20Convention>> [Last accessed: 02.07.2023].

142 See, for example, UN, Vienna Convention on Consular Relations, 24 April, 1963, 596 UNTS 261, 21 UST 77, TIAS 6820. Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April, 1961, 500 UNTS 95, 23 UST 3227, 55 AJIL 1064 (1961). For more information on these treaties see G. E. do Nascimento e Silva. (1964). The Vienna Conference on Consular Relations. *The International and Comparative Law Quarterly*, 13(4), 1214–1254; Epps, V. (2004). Violations of the Vienna Convention on Consular Relations: Time for Remedies. *Willamette Journal of*

ticles have served as a foundation for the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) and the Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, which received recognition from the UNGA in 2001.¹⁴³ Additionally, the Commission has made significant contributions to the codification and progressive development of various other fields of international law, including international criminal law,¹⁴⁴ jurisdictional immunities of states,¹⁴⁵ and diplomatic protection.¹⁴⁶

As stated in many studies, the ILC has faced substantial criticism.¹⁴⁷ Particularly due to the Commission's composition, working and its sometimes problematic relationship with the Sixth Committee of the UNGA.¹⁴⁸ Despite encountering numerous challenges, the ILC has played a pivotal role in shaping the landscape of international law.¹⁴⁹ The Commission has achieved success in the adoption of many treaties by the UNGA, as highlighted by Higgins.¹⁵⁰ However, such instances are infre-

quent, and not all of the Commission's work has influenced the adoption of treaties or conventions.¹⁵¹ According to Bordin, "in its early stages, the ambition of the so-called 'codification movement' was to produce conventions that would be eventually ratified by all States thus replacing customary international law with binding codes".¹⁵² Since its establishment, there has been a strong preference among the members of the ILC and states for convening diplomatic conferences "to consider and adopt sets of draft articles in treaty form".¹⁵³ This preference aligns with Article 23 of the ILC Statute.¹⁵⁴ Nevertheless, the shortcomings of treaties as a means of international legislation became evident early on.¹⁵⁵ For example, Bordin argues even the "most celebrated codification conventions" fell short of achieving universal adherence.¹⁵⁶ For instance, the VCLT,¹⁵⁷ often regarded as the pinnacle of the "codification movement",¹⁵⁸ took more than a decade to enter into force and, to this day, has not achieved universal ratification.¹⁵⁹

International Law and Dispute Resolution, 11(1), 1–37. Langhorne, R. (1992). The Regulation of Diplomatic Practice: The Beginnings to the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961. *Review of International Studies*, 18(1), 3-17. Higgins, R. (1985). The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience. *The American Journal of International Law*, 79(3), 641-651.

143 See Bordin (n 155).

144 See, for example, the Draft Statute for an International Criminal Court in ILC Yearbook 1994, vol II, pt 2, at 9 Iff. On the topic, see O'Keefe, R. (2007). The ILC's Contribution to International Criminal Law, 49, *German Yearbook of International Law*, 201, cited in Bordin (n 155).

145 See the 1991 Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property, ILC Yearbook 1991, vol II, pt 2, at 28f.

146 Draft Articles on Diplomatic Protection, ILC Yearbook 2006, vol II, pt 2, at 24, ch IV.

147 See Bordin (n 155). See, for example, Higgins (n 81) at 2.

148 *Ibid.*

149 *Ibid.*, at (n 155).

150 See Higgins (n 81) at 1. The effectiveness of the Commission's efforts can be observed through the support it has garnered from numerous states, exemplified by the significant number of ratifications for the 1961 and 1963 Conventions on diplomatic and consular relations, which currently stand at over 187 and 173, respectively. See Bordin (n 155).

151 See Bordin (n 155) at 539.

152 *Ibid.*

153 *Ibid.*

154 Statute of the International Law Commission, adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981.

155 See e.g. K. Zemanek, 'Codification of International Law: Salvation or Dead End?' in International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago (A Giuffrè 1987) Bordin, F. L. (2014). Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 63(3) at 540.

156 See Bordin (n 155) at 140.

157 The VCLT was adopted on May 22, 1969, with a vote of 79 in favour, 1 against, and 19 abstentions. See United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. See also Friedmann, W. (1970). The United Nations and the Development of International Law. *International Journal*, 25(2), 275.

158 See Bordin (n 155) at 140. See also Friedmann, W. (1970). The United Nations and the Development of International Law. *International Journal*, 25(2), 275.

159 See Bordin (n 155) at 540.

As interest for the adoption of codification conventions began to wane, the notion that the results of the ILC's work should take the form of non-binding "restatements" began to re-surface.¹⁶⁰ Early commentators held this view, believing that attempts to codify through treaties could be problematic due to the inherent limitations of treaties as a source of general international law and their potential impact on customary law.¹⁶¹ Higgins argues that a portion of the Commission's work has been neglected or has "disappeared".¹⁶² In some instances, negative responses from UN Member States prevented ILC reports from being presented to the UNGA as proposed articles or recommendations for international conferences to adopt as treaties or conventions.¹⁶³

According to Bordin, "ILC members appear to be conscious of the risks involved in the adoption of unsuccessful conventions, and States no longer appear to be interested in convening conferences to discuss matters of general international law".¹⁶⁴ In recent ILC practices, alternative options outlined in Article 23 of the ILC Statute, specifically the recommendation that the UNGA "take note of or adopt the report [of the Commission]. by resolution," have acquired favour.¹⁶⁵ In 1999, when the Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States¹⁶⁶ were adopted, this shift in

perspective became evident. The ILC suggested adopting the proposed draft article as a declaration, and the UNGA decided to "take note of or adopt the report [of the Commission]. by resolution".¹⁶⁷

As per Friedman's analysis, the process of concluding multilateral conventions for law-making encounters substantive and procedural challenges.¹⁶⁸ However, the accomplishments of the UN and, specifically, the ILC should not be overlooked.¹⁶⁹ By the end of 1969, six multilateral conventions were successfully concluded under the auspices of the United Nations, based on draft articles submitted by the ILC commission.¹⁷⁰ Therefore, despite the obstacles they face, it seems that the ILC will persist in its efforts to promote the codification and progressive development of international law.¹⁷¹ However, the support of states and the UNGA is crucial to accomplish the main goals of the Commission.

5. THE ROLE OF THE UN GENERAL ASSEMBLY IN THE DEVELOPMENT OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

International organisations have not gone so far as to create customary international law, but through their resolutions and declarations, they have altered the past formation of customary international law.¹⁷² Since 1945, the UN has

The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in Yearbook of the International Law Commission, 1999, vol. II, Part Two.

160 *Ibid.*

161 *Ibid.*, at 541.

162 See Higgins (n 81) at 1.

163 See ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001 Text adopted by the Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in the Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two). The text reproduced as it appears in the annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49(Vol. I)/Corr.4. cited in See Higgins (n 81) at 2.

164 See Bordin (n 155) at 541.

165 *Ibid.*

166 Text adopted by the International Law Commission at its fifty-first session, in 1999, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (at para. 48).

167 See Bordin (n 155) at 541.

168 Friedmann, W. (1970). The United Nations and the Development of International Law. *International Journal*, 25(2), 275.

169 *Ibid.*

170 *Ibid.*, four of these treaties were concerned with different aspects of the "Law of The Sea". The other two treaties deal with the law of diplomatic and consular relations.

171 For more information on the ILC's past and present activities, see ILC <<https://legal.un.org/ilc/>> [last access: 02.09.2023].

172 Zheng, Y. (2022). Analysis on the Impact of

grown dramatically, and the UN General Assembly (UNGA) has emerged as a forum for international dialogue for all 193 member states and as a vital organ of the UN has influenced the development customary international law.¹⁷³

Article 38 of the ICJ Statute does not include UNGA resolutions as one of the traditional sources of international law, in fact, the drafters of the Statute rejected a proposal that “the Assembly be vested with legislative authority to enact rules of international law”.¹⁷⁴ However, UNGA resolutions, although non-binding on member states, have had an impact on the development of international law. These resolutions have often led to international treaty-making conferences on specific issues and have influenced the evolution of international norms.¹⁷⁵ They represent the collective stance of the international community on normative issues and can have a legitimizing or delegitimizing effect on state actions.¹⁷⁶ They can also contribute to adjustments in state behaviour by shaping state practice and influencing the development of customary international law.¹⁷⁷

UNGA resolutions provide international legal norms and principles that cover a wide variety of subjects such as women’s rights,¹⁷⁸ the right

to be free from torture,¹⁷⁹ the right of all people to self-determination,¹⁸⁰ the rights and duties of nations who expropriate foreign-owned assets¹⁸¹ and other important issues.¹⁸² Resolutions thus address many new and sensitive areas in which customary international law, treaties, and other formal sources provide limited guidance.¹⁸³

As such UNGA can play a crucial role in the formulation and identification of international customary law.¹⁸⁴ Although not legislative in nature, according to Alvarez, UNGA resolutions “provide evidence of existing or emerging new law and may sometimes have normative value”.¹⁸⁵ They offer evidence of existing and new customary rules, for example, UNGA resolutions may be used as a premise for validating the conduct of states, and they are crucial for “measuring state practice and developing customary international law when conflicts arise over issues of customary rules”.¹⁸⁶ State recognition of a new customary rule can be strengthened through UNGA resolutions.¹⁸⁷ Furthermore,

International Organizations on International Law. In *2022 8th International Conference on Humanities and Social Science Research (ICHSSR)* 1718 Atlantis Press.]

173 Kerwin, G. J. (1983). The Role of United Nations General Assembly Resolutions in Determining Principles of International Law in United States Courts. *Duke Law Journal*, 4, 879.

174 The Philippines proposed such a role for the General Assembly at the San Francisco Conference in 1945, but the parties to the conference voted it down by an overwhelming margin, granting the Assembly only the power to recommend and advise, see UN Charter, art. 10-14. Cited in Kerwin (n 173) at 879.

175 Panke, D., Lang, S. & Wiedemann, A. (2019). Regional organisations in the UNGA: Who is most active and why? *Journal of International Relations and Development*, 22, 745.

176 *Ibid.*

177 *Ibid.*

178 See, for example, Declaration on Elimination of Discrimination Against Women, G.A. Res. 2263, 22 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 35, U.N. Doc. A/6716 (1967).

179 See, for example, UN, Universal Declaration of Human Rights, GA. Res. 217, 3 U.N. GAOR, U.N. Doc. A/777 (1948).

180 See, for example, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, G.A. Res. 1514,15 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 66, U.N. Doc. A/4684 (1960).

181 See for Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, GA. Res. 3201, Sixth Spec. Sess. U.N. GAOR Supp. (No. 1) at 3, U.N. Doc. A/9559 (1974).

182 See, for example, Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625,25 U.N. GAOR Supp. (No. 28) at 121, U.N. Doc. A/8028 (1970); Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermo-nuclear weapons, G.A Res. 1653, 16 U.N. GAOR Supp. (No. 17) at 4, U.N. Doc. A/5100, (1961).

183 See Kerwin (n 173) at 879.

184 See Zheng (n 172) at 1718. See also Alvarez, (n 55) at 275.

185 *Ibid.*, at Zheng, 1718.

186 Alvarez, J. (2017). The Impact of International Organizations on International Law. Leiden, 479. Cited in Zheng (n 172) at 1718.

187 Zagel, GM. (2018). International Organisations and Human Rights: The Role of the UN Covenants in Overcoming the Accountability Gap. *Nordic Journal of*

under certain circumstances, a resolution can acquire customary status if it meets certain criteria, receives the support of a majority of states, and contains normative elements. This has been exemplified in the context of international human rights standards.¹⁸⁸ Throughout its activities, the UNGA has endorsed a diverse array of international human rights treaties and conventions.

Additionally, UNGA resolutions aim to foster a consensus among states, encouraging them to adopt a unified position and exert international influence or initiate action.¹⁸⁹ For example, the UDHR as stated above and the Stockholm Declaration (1972) provide international norms and standards that have acquired widespread support in state practice and are regarded by states as legally binding, allowing them to be incorporated “into the framework of customary international law”.¹⁹⁰

There are, however arguments that UNGA resolutions are too “unreliable” to be regarded as authoritative sources.¹⁹¹ It appears to be a political organisation endowed with the advantages of open discussions on political issues. In addition, as mentioned above, UNGA resolutions are non-binding. In fact, it is submitted that if member nations knew their votes would be binding, many resolutions would never be adopted.¹⁹² Overall, according to Kerwin, the principles of customary international law are dependent on the variables of state practice and the international community’s acceptance of a given principle as law. Accordingly, UNGA resolutions can play a role in influencing customary practices, if they are supported by a majority of member states.¹⁹³

CONCLUSION

In conclusion, international organisations, particularly intergovernmental organisations like the UN, play a crucial role in the development and codification of international law. They are essential in formulating and promoting international treaties and conventions, shaping global norms and standards, and addressing global challenges.¹⁹⁴

Since the mid-20th century, the number of international organisations has significantly increased, reflecting the growing recognition of the need for global cooperation.¹⁹⁵ These organisations, whether global entities like the UN or regional organisations, such as the League of Arab States, serve as important platforms for addressing emerging challenges to peace, security, and socio-economic development. They also facilitate cooperation among states and oversee the behaviour of various entities, contributing to the maintenance of international order.¹⁹⁶

International organisations can exhibit different degrees of institutionalisation and legal authority; however, their common objective is to establish a rules-based international system and ensure global participation.¹⁹⁷ They recognize the social nature of humanity and uphold the rights of individuals as subjects of international law.¹⁹⁸ The UN has adopted numerous human rights treaties to establish international standards and hold states accountable for their obligations.

As discussed in this paper, the ICJ has con-

Human Rights, 74-90., cited in Zheng (n 172).

188 *Ibid.*

189 See Zheng (n 172) at 1718.¹

190 *Ibid.*¹

191 Kerwin (n 173) at 89.

192 *Ibid.*

193 *Ibid.*

194 See Kolb, R. (2022). *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 208. See also Alvarez (n 39) at 326.

195 See, for example, Grant, J. P. (2010) *Subjects of International Law* cited in *International Law Essentials*, Edinburgh University Press, 35.

196 See, for example, Fomerand, J. *Evolution of International Organization as Institutional Forms and Historical Processes Since 1945: “Quis Custodiet ipsos custodiet?”*. Oxford Research Encyclopedia of International Studies. 2

197 See Alvarez (n 46) at 326.

198 See Lauterpacht, H. (1946). *The Grotian Tradition in International Law*, *The British Yearbook of International Law*, 19-51. See Alvarez, (n 46) at 326.

tributed to the development and interpretations of international law by adjudicating disputes between states and providing authoritative interpretations of international legal principles. However, the ICJ encounters various challenges, including limitations on its jurisdiction and the absence of effective enforcement mechanisms for its rulings. Despite the expectation that states will adhere to the court's decisions, there are no mechanisms in place to ensure state compliance with ICJ rulings.

As this paper highlights, the UN encounters inherent challenges and institutional deficiencies that necessitate acknowledgement. Member states of the UN need to acknowledge these shortcomings and proactively improve the effectiveness of the UN. Key areas for reform encompass strengthening the decision-making authority of the UNGA, increased acceptance of ICJ compulsory jurisdiction and establishing a compliance-making mechanism to oversee implementation of ICJ rulings, enhancing the UNGA's relationship with UNSC, ensuring equitable representation of states within the UNSC. These reforms aim to rectify existing deficiencies and foster a more inclusive and efficient UN system.

Overall, it is argued that the effective im-

plementation of international law is contingent upon the political will of states. The UN recognizes in Article 2(2) that it is founded on the principle of "the sovereign equality of its members". Sovereignty has consistently maintained its position as a fundamental aspect of international law and inter-state relations.¹⁹⁹ Consequently, enforcing international rules on states proves challenging, as recent events have illustrated, with the UNSC often experiencing stagnation and encounters challenges in achieving effectiveness even in cases involving humanitarian concerns. The political will of states is crucial in determining the UN's ability to reform and effectively ensure the implementation of international law.

As such, it is imperative for the UN to enhance its purpose and effectiveness. This requires the active engagement and commitment of all stakeholders within the UN and member states. By collectively working towards these goals, the UN can strengthen its overall effectiveness, significance and contribute to the achievement of a more just and peaceful world.

199 Loewenstein, K. (1954). Sovereignty and International Cooperation. *The American Journal of International Law*, 48 (2), 222.

BIBLIOGRAPHY:

1. African [Banjul]. Charter on Human and Peoples' Rights, adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entered into force Oct. 21, 1986.
2. Alford, R. (2000). The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance, 94 *American Society of International Law Proceedings*, 160.
3. Allain, J. A. (2000). Century of International Adjudication: The Rule of Law and Its Limits (The Hague Netherlands: T.M.C. Asser Press) pp. 44-5,
4. Alvarez, J. (2017). The Impact of International Organizations on International Law. Leiden, 479.
5. Alvarez, J. E. (2006). International Organizations: Then and Now. *The American Journal of International Law*, 100(2), 326.
6. Alvarez, J. E. (2018). The Legitimacy of IO Rule-Making. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 112, 275.
7. Amerasinghe, C. (2005). Principles of the Institutional Law of Inter-

- national Organizations (2nd ed., Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press.
8. Anderson, DH. Law-Making Processes in the UN System: Some Impressions (1998) 2 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 23.
 9. Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, OEA/Ser.L/V/11.50 doc.13 rev. 1 at 10 (1980), reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 (1992).
 10. Armstrong, D. (2011). Evolving conceptions of justice in international law. *Review of International Studies*, 37(5), 2133.
 11. Bahiru, B.A. (2022). Challenges of Dispute Settlement through International Court of Justice (ICJ): the Case of Ukraine v. Russian Federation the Decision on Provisional Measures on Alleged Violation of Genocide Convention. *European Scientific Journal*, ESJ, 18 (29), 66.
 12. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain); Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 5 February 1970.
 13. Bernstor, J. Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations, *German Law Journal*, 9 (2008) 1939.
 14. Blum, Y. Z. (2005). Proposals for UN Security Council Reform. *The American Journal of International Law*, 99(3), 632–649.
 15. Bordin, F. L. (2014). Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 63(3), 540.
 16. C.F. Amerasinghe, (2005). Principles of the Institutional Law of International Organizations, Cambridge University Press 2nd edn, 69-77.
 17. Caron, D. (2002). The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority, 96, *The American Journal of International Law*. 857, 861.
 18. Chiu, H. (1965). Succession in International Organisations. *The International and Comparative Law Quarterly*, 14 (1), 91.
 19. CoE, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.
 20. Convention on the Continental Shelf, Geneva, 29 April 1958, United Nations, Treaty Series , vol. 499, p. 311.
 21. Convention on the High Seas, Geneva, 29 April 1958, United Nations, Treaty Series , vol. 450, p. 11.
 22. Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Geneva, 29 April 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 516, p. 205.
 23. Council on Foreign Relations, *The UN Security Council* (February 28, 2023) <<https://www.cfr.org/background/un-security-council>> [Last accessed: 12 July 2023].
 24. Cram, L., Dinan, D., & Nugent, N. (1999). Reconciling theory and practice: Developments in the European Union. In N. Nugent (Ed.), *Developments in the European Union* (pp. 3-22). Macmillan.
 25. Crawford, J. (2019). *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 9th Ed, 872 pp.
 26. Daugirdas, K. (2016). How and Why International Law Binds International Organizations. *Harvard International Law Journal*, 57, no. 2, 381.
 27. Declaration on Elimination of Discrimination Against Women, G.A. Res. 2263, 22 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 35, U.N. Doc. A/6716 (1967).
 28. Declaration on Principles of International Law Concerning Friend-

- ly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625,25 U.N. GAOR Supp. (No. 28) at 121, U.N. Doc. A/8028 (1970).
29. Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, GA. Res. 3201, Sixth Spec. Sess. U.N. GAOR Supp. (No. 1) at 3, U.N. Doc. A/9559 (1974).
 30. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, G.A. Res. 1514,15 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 66, U.N. Doc. A/4684 (1960).
 31. Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermo-nuclear weapons, G.A. Res. 1653, 16 U.N. GAOR Supp. (No. 17) at 4, U.N. Doc. A/5100, (1961).
 32. Draft Articles on Diplomatic Protection, ILC Yearbook 2006, vol II, pt 2, at 24, ch IV.
 33. Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, ILC Yearbook 1991, vol II, pt 2, at 28f.
 34. Epps, V. (2004). Violations Of The Vienna Convention On Consular Relations: Time For Remedies. *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 11(1), 1–37.
 35. Ferreira-Snyman, A. (2009). Regional Organizations and their Members: The Question of Authority, 42 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 183.
 36. Fomerand, J. Evolution of International Organization as Institutional Forms and Historical Processes Since 1945: “Quis Custodiet ipsos custodies?”. Oxford Research Encyclopedia of International Studies, 2. <https://oxfordre.com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-87> [Last accessed: 12 July 2023].
 37. Friedmann, W. (1970). The United Nations and the Development of International Law. *International Journal*, 25(2), 276.
 38. G. E. do Nascimento e Silva. (1964). The Vienna Conference on Consular Relations. *The International and Comparative Law Quarterly*, 13(4), 1214-1254.
 39. GA Res. 1991A (XVIII) (Dec. 17, 1963) (Security Council enlargement); GA Res. 1991B (XVIII) (Dec. 17, 1963) (first enlargement of Economic and Social Council).
 40. GA Res. 2847 (XXVI) (Dec. 20, 1971).
 41. General Statistics, Permanent Court of International Justice, World Courts Database, www.worldcourts.com/pcij/en/statistics.htm
 42. Giegerich, T. (2012). Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary, Springer, 1022.
 43. Giorgetti, C. (2015). Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff.
 44. Goodrich, L. M. (1947). From League of Nations to United Nations. *International Organization*, 1(1), 3–21.
 45. Grant, J. P. (2010). Subjects of International Law. In *International Law Essentials*, Dundee University Press, 36.
 46. Helfer, L. R. (2006). Understanding change in international organizations: globalization and innovation in the ILO, *Vanderbilt Law Review*, 59(3), 649-726.
 47. Henkin, L. (1969). International Organization and the Rule of Law. *International Organization*, 23(3), 657.
 48. Higgins, R. (1985). The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience. *The American Journal of Interna-*

- tional Law*, 79(3), 641–651.
49. Higgins, R. (2016). The United Nations At 70 Years: The Impact Upon International Law. *The International and Comparative Law Quarterly* 65, no. 1 (2016) 10.
 50. Hofstadter, R. and Hofstadter B K. (1982). *Great Issues in American History, Vol. III: From Reconstruction to the Present Day, 1864–1981* (rev. edn, New York), pp. 215–19.
 51. ICJ, *Cases*, <<https://www.icj-cij.org/cases#:~:text=Between%2022%20May%201947%20and,entered%20in%20the%20General%20List>> [Last accessed: 12 July 2023].
 52. ICJ, *History*, <<https://www.icj-cij.org/history>> [Last accessed: 01.10.2023].
 53. ICJ, *Permanent Court of International Justice*, <<https://www.icj-cij.org/pcij#:~:text=The%20establishment%20of%20the%20Permanent,and%20was%20dissolved%20in%201946>> [Last accessed: 12.09.2023].
 54. ICJ, *Treaties*, <<https://www.icj-cij.org/treaties>> [Last accessed: 1.10. 2023].
 55. ICRC, *Founding and early years of the ICRC (1863-1914)* <<https://www.icrc.org/en/document/founding-and-early-years-icrc-1863-1914>> [Last accessed: 12.09.2023].
 56. ICRC, *History*, <<https://www.icrc.org/en/who-we-are/history>> [Last accessed: 12.09.2023].
 57. ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1.
 58. ILC, Responsibility of International Organizations: Comments and Observations Received from International Organizations, Addendum, paras. 1-6, UN Doc. A/CN.4/637/Add. 1.
 59. ILO. History of the ILO. <<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm#:~:text=Going%20global,%2C%20United%20Nations%20Secretary%2DGeneral.>> [Last accessed: 1.09.2023].
 60. ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11 April 1949. In *International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders 1949*.
 61. International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S.
 62. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N.GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S.
 63. Jenks, C. W., Bentwich, N., Keen, F. N., Pollard, R. S. W., Lloyd, P. C., Stark, B., Chatterjee, Lady, Adamkiewicz, W., Elkin, A. B., Zaslowski, E., & Piercy, A. (1951). The Impact of International Organisations on Public and Private International Law. *Transactions of the Grotius Society*, 37, 47.
 64. Jenks, CW. (1945). The Legal Personality of International Organisations, *British Yearbook of International Law*, Vol. XXII, pp. 267-275.
 65. Jennings, R. Y., (1964). Recent Developments in the International Law Commission: Its Region to the Sources of International Law, 13 *The International & Comparative Law Quarterly*, 385, 386.
 66. Kerwin, G. J. (1983). The Role of United Nations General Assembly Resolutions in Determining Principles of International Law in United States Courts. *Duke Law Journal*, 1983(4), 879.

67. Klabbers J. (2015) The EJIL foreword: the transformation of international organizations law. *European Journal of International Law*, 26(1):9–82.
68. Klabbers, J. (2001). The Life and Times of the Law of International Organizations' (2001) 70 *Nordic Journal of International Law*, 287–317.
69. Klabbers, J. (2002). The rise of international organizations. In *An Introduction to International Institutional Law*, 21. Cambridge: Cambridge University Press.
70. Klabbers, J. (2015). *Advanced Introduction to the Law of International Organizations*, Edward Elgar.7.
71. Klabbers, J. (2021). An Accidental Revolution: The ILO and the Opening Up of International Law. In: Halonen, T., Liukkunen, U. (eds) *International Labour Organization and Global Social Governance*. Springer, Cham., 125.
72. Kolb, R. (2022). *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 208.
73. Lamb, S. Legal Limits to United Nations Security Council Powers, in Guy S. Goodwin-Gill, and Stefan Talmon (eds), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie* (Oxford, 1999; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), 361.
74. Langhorne, R. (1990) Establishing International Organisations: The Concert and the League, 1 *Diplomacy & Statecraft*, 1–18.
75. Langhorne, R. (1992). The Regulation of Diplomatic Practice: The Beginnings to the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961. *Review of International Studies*, 18(1), 3–17.
76. Lauterpacht, H. (1946). The Grotian Tradition in International Law, *The British Yearbook of International Law*, 19–51.
77. Lawrence, RZ, *The United States and the WTO Dispute Settlement System*, Council on Foreign Relations CSR No. 25 (March 2007). <www.cfr.org/content/publications/attachments/Wto_CSR25.pdf>
78. League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, May 22, 2004, reprinted in 12 *International Human Rights Report* 893 (2005), entered into force March 15, 2008.
79. Lesaffer, R. C. H. (2015). *The Congress of Vienna (1814-1815)*. Oxford University Press.
80. Lesaffer, R. *The Congress of Vienna (1814–1815)*, Oxford Public International Law <<https://opil.ouplaw.com/page/477>> [Last accessed: 12.08.2023].
81. Library of Congress, *Introduction – Treaty of Versailles: Primary Documents in American History – Research Guides*. <<https://guides.loc.gov/treaty-of-versailles>> [Last accessed: 12.09.2023].
82. Loewenstein, K. (1954). Sovereignty and International Co-operation. *The American Journal of International Law*, 48 (2), 222.
83. Luder, S. (2008). Responsibility of States and International Organisations in Respect to United Nations Peace-Keeping Missions. *International Peacekeeping*, 12, 83–92.
84. Lung-chu, C. (2015). *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective* 3rd Ed. Books, 61.
85. Macdonald, R. (2000). The Charter of the United Nations as a world constitution. In: *International law across the spectrum of conflict: essays in honour of Professor L. C. Green on the occasion of his eightieth birthday*, Newport, R.I.: Naval War College, 263–293.
86. MacFarlane, S. & Weiss, T. (1994). The United Nations, regional organisations and human security: Building theory in Central America,

- Third World Quarterly*, 15:2, 277-295.
87. Maksoud, C. (1995). Diminished Sovereignty, Enhanced Sovereignty: United Nations-Arab League Relations at 50. *Middle East Journal*, 49(4), 583.
 88. Malik, J. M. (2005). Security Council Reform: China Signals Its Veto. *World Policy Journal*, 22(1), 19-29.
 89. Maňko, R. EPRS, European Parliamentary Research Service, "Suspension and expulsion of states from international organisations Analysis of the Vienna Convention on the Law of Treaties and of the practice at the United Nations and the Council of Europe", Briefing, European Parliament, PE 751.410 – July 2023, 10.
 90. Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar v Bahrain, [1994]. ICJ Rep 112, ICGJ 81 (ICJ 1994), 1st July 1994, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ].
 91. Martini, E. (2009). *UN Security Council reform. Current developments*, Working Paper No. 0926 Istituto Affari Internazionali <<https://www.iai.it/en/pubblicazioni/un-security-council-reform-current-developments>> [Last accessed: 1 October 2023].
 92. Maynard, D. H. (1960). The World's Anti-Slavery Convention of 1840. *The Mississippi Valley Historical Review*, 47(3), 452.
 93. Mendelson, M. (2001). The Curious Case of Qatar v. Bahrain in the International Court of Justice, *British Yearbook of International Law*, Volume 72, Issue 1, 183-211.
 94. O'Connell, M. E., & VanderZee, L. (2014). The History of International Adjudication. *The Oxford Handbook of International Adjudication*, 55.
 95. OECD, *The Contribution of International Organisations to a Rule-Based International System: Key Results from the partnership of international organisations for effective rulemaking*, 1 (10 April 2019). <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/IO-Rule-Based%20System.pdf>> accessed 24 July 2023.
 96. Ogbodo, S. Gozie (2012) An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century, *Annual Survey of International & Comparative Law*. Vol. 18: Iss. 1.
 97. OHCHR, *Membership of the Human Rights Council*, <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/membership>> [Last accessed: 01.10.2023].
 98. OHCHR, *The Human Rights Council*, <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/about-council>> [Last accessed: 1 October 2023].
 99. OHCHR, *The Role of the High Commissioner for Human Rights*, <<https://www.ohchr.org/en/about-us/high-commissioner>> [Last accessed: 20.09.2023].
 100. OHCHR, *Universal Periodic Review*, <<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/upr-home>> [Last accessed: 12.09.2023].
 101. Oppenheim L. (1912) International law: a treatise, 2nd edn. Longmans, Green, London, 3.
 102. Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes, Geneva, 29 April 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 450, p. 169.
 103. Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women, G.A. res. 54/4, annex, 54 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 5, U.N. Doc. A/54/49 (Vol. I) (2000).
 104. Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter"), 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

105. Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969.
106. Padelford, N. J. (1954). Regional Organization and the United Nations. *International Organization*, 8(2), 205.
107. Panke, D., Lang, S. & Wiedemann, A. Regional organisations in the UNGA: who is most active and why?. *Journal of International Relations and Development* 22, 745 (2019).
108. Philippe Couvreur (Registrar of the International Court of Justice), Upholding the Rule of Law at the International Level: The Role of the International Court of Justice, December 2012, No. 4 Vol. XLIX, Delivering Justice, <<https://www.un.org/en/chronicle/article/upholding-rule-law-international-level-role-international-court-justice>> [Last accessed: 12.07.2023].
109. Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF.32/41, 3.
110. Protocol to the African Charter on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights, OAU Doc. OAU/LEG/AFCHPR/PROT (III), entered into force Jan. 25, 2004.
111. Ramos, F P. (2014) International and Supranational Law in Translation: From Multilingual Lawmaking to Adjudication, *The Translator*, 20:3, 313-331, 316.
112. Reinalda, B. *From the Congress of Vienna to Present-Day International Organizations* UN, <<https://www.un.org/en/chronicle/article/congress-vienna-present-day-international-organizations>> [Last accessed: 12.08.2023].
113. Robinson, J. (1958) Metamorphosis of the United Nations Charter, in 94 *Recueil Des Cours* 493, 547.
114. Sarwar, N. (2011). Expansion of the United Nations Security Council. *Strategic Studies*, 31(3), 257-279.
115. Schreuer, C. (1995). Regionalism v. Universalism, *European Journal of International Law*, Volume 6, Issue 3, 478.
116. Sinclair, I. (1984). The Vienna Convention on the Law of Treaties: The Consequences of Participation and Nonparticipation. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 78, 271-275.
117. Stanford, J. S. (1970). The Vienna Convention on the Law of Treaties. *The University of Toronto Law Journal*, 20(1), 18-47.
118. Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, O.A.S. Res. 447 (IX-0/79), O.A.S. Off. Rec. OEA/Ser.P/IX.0.2/80, Vol. 1 at 88.
119. Statute of the International Law Commission, adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981.
120. Swiss Federal Department of Foreign Affairs, *Handbook on accepting the jurisdiction of the International Court of Justice Model clauses and templates*, (New York, July 2014) 4 <https://legal.un.org/avl/pdf/rs/other_resources/Manual%20sobre%20la%20acceptacion%20jurisdiccion%20CIJ-ingles.pdf> [Last accessed: 01.10.2023].
121. Thakur, R., & Van Langenhove, L. (2006). Enhancing global governance through regional integration. *Global Governance*, 12(3), 235-237.
122. The Draft Statute for an International Criminal Court in ILC Yearbook 1994, vol II, pt 2, at 9 Iff. On the topic, see R O'Keefe, 'The ILC's Contribution to International Criminal Law' (2007) 49 *GYIL* 201.
123. The Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living

- Resources of the High Seas, Geneva, April 29, 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 559, p. 285.
124. The League of Nations (no date) UN Geneva. Available at: <https://www.ungeneva.org/en/about/league-of-nations/overview> [Last accessed: 11.08.2023].
 125. Tomuschat, C. (1995). *The United Nations at Age Fifty, A Legal Perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 77.
 126. Tomuschat, C. (2006) *The International Law Commission: An Outdated Institution?* 49 *German Yearbook of International Law*, 77, 80.
 127. Tullio Treves, Judge of the International Tribunal for the Law of the Sea, 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea, Geneva, 29 April 1958, <https://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html#:~:text=Four%20separate%20conventions%20were%20adopted,to%20become%20party%3A%20the%20Convention> [Last accessed: 02.07.2023].
 128. UN Charter, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter#:~:text=The%20UN%20Charter%20codifies%20the,of%20force%20in%20international%20relations> [Last accessed: 12.09.2023].
 129. UN General Assembly, *Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies*, 21 November 1947.
 130. UN General Assembly, *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, New York, 13 February 1946.
 131. UN Library, *UN International Law Documentation* <https://research.un.org/en/docs/law/courts> [Last accessed: 12.09.2023].
 132. UN SC, *Regional Arrangements (Chapter VIII of UN Charter)* <https://www.un.org/securitycouncil/content/regional-arrangements-chapter-viii-un-charter#:~:text=Chapter%20VIII%20of%20the%20Charter,Security%20Council%20is%20primarily%20responsible> [Last accessed: 01.10. 2023].
 133. UN, “Member States” <https://www.un.org/en/about-us/member-states#gotoS> [Last accessed: 12.09.2023].
 134. UN, *In Times of Global Crises, Collaboration between Regional Organizations, United Nations Has ‘Grown Exponentially’, Secretary-General Tells Security Council*, SC/14498, 19 APRIL 2021 <https://press.un.org/en/2021/sc14498.doc.htm> [Last accessed: 1 October 2023].
 135. UN, *International Criminal Tribunal for Rwanda* <https://unictr.irmct.org/> [Last accessed: 01.10.2023].
 136. UN, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* <https://www.icty.org/> [Last accessed: 01.10.2023].
 137. UN, *International Law and Justice* <https://www.un.org/en/global-issues/international-law-and-justice> [Last accessed: 11.08. 2023].
 138. UN, *Predecessor: The League of Nations* (no date). <https://www.un.org/en/about-us/history-of-the-un/predecessor> [Last accessed: 11.08.2023].
 139. UN, *Research Guide*, <https://libraryresources.unog.ch/legal> [Last accessed: 01.09.2023].
 140. UN, *Resolutions* <https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-0> [Last accessed: 12.09.2023].
 141. UN, *The Court*, <https://www.icj-cij.org/court#:~:text=The%20Court's%20role%20is%20to,Nations%20organs%20and%20specialized%20agencies?> [Last accessed: 12.09.2023].
 142. UN, *UPR* <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/upr/upr-home> [Last accessed: 01.10.2023].
 143. UN, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

144. UNGA 174 (II) Establishment of an International Law Commission (with annex), 21st November 1947 (A/RES/174 (II)), OXIO 34.
145. UNGA, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI.
146. Universal Declaration of Human Rights, GA. Res. 217, 3 U.N. GAOR, U.N. Doc. A/777 (1948).
147. UNSC, *Regional Arrangements (Chapter VIII of UN Charter)*, <<https://www.un.org/securitycouncil/content/regional-arrangements-chapter-viii-un-charter>> [Last accessed: 1 October 2023].
148. UNCT, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXI-II-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=en#:~:text=The%20Convention%20was%20adopted%20on,XXII\)%20of%206%20December%201967](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXI-II-1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=en#:~:text=The%20Convention%20was%20adopted%20on,XXII)%20of%206%20December%201967)> [Last accessed: 01.10.2023].
149. Vienna Convention on Consular Relations, 24 April 1963, 596 UNTS 261, 21 UST 77, TIAS 6820.
150. Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961, 500 UNTS 95, 23 UST 3227, 55 AJIL 1064 (1961).
151. Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights (UN Doc A/CONF. 157/23 (12 July 1993)).
152. Villes, S. The path to unity in RJ Guttman. (2001) Europe in the new century: visions of an emerging superpower, Delegation of the European Commission, (2001) 24.
153. Weller, M. (2009) The struggle for an international constitutional order, in David Armstrong, Routledge Handbook of International Law, London and New York: Routledge, 179-94.
154. White, N. (2017). The Law of International Organisations, Manchester University Press, 9.
155. Wilfrid Jenks, C. (1962). The Proper Law of International Organizations, London: Stevens, 257.
156. Yearbook of International Organizations, which has been tracking the IO phenomenon since the early 20th century. <<https://uia.org/ybio/>> [Last accessed: 12.07.2023].
157. Zagel, G. Monika. International Organisations and Human Rights: The Role of the UN Covenants in Overcoming the Accountability Gap. Nordic Journal of Human Rights, 2018: 74 – 90.
158. Zannier, L. (2014). The OSCE and Chapter VIII of the United Nations Charter – Contributing to Global Peace and Security, cited in: IFSH (ed.), OSCE Yearbook, Baden-Baden 2015, 97.
159. Zemanek, K. (1987). “Codification of International Law: Salvation or Dead End?”, in Le Droit international à l’heure de sa codification – Études en l’honneur de Roberto Ago, vol. I, Milano, Giuffrè, 581.
160. Zheng, Y. (2022, June). Analysis on the Impact of International Organizations on International Law. In 2022 8th International Conference on Humanities and Social Science Research (ICHSSR 2022) 1718 Atlantis Press.]

THE CONCEPT OF MEDICAL LAW AND ITS PLACE IN THE SYSTEM OF BRANCHES OF LAW

Mikheil Bichia

Doctor of Law, Affiliated Professor at European University, Visiting Lecturer at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Professor at Tbilisi Free Academy, Expert of Accreditation of Higher Education Programs, Mediator, Lawyer, Georgia

ABSTRACT

The scientific work is devoted to the legal nature and regulation of medical law as a branch of law. There is little scientific literature and judicial practice on medical disputes in Georgian realities. Therefore, the study aims to intensify discussion in this direction. The problem becomes even more relevant in the context of technological development in the medical field.

The purpose of the research is to determine the object of regulation of medical law, the place of medical law in the legal system, and the relationship between medical law and medical ethics. To achieve this goal, it is necessary to answer the following questions: What relations are included in the scope of regulation of medical law? What is its method of regulation? Where is the place of medical law – is it included in civil law, is it part of criminal and administrative law, or does it represent a certain unity of all three areas? From this point of view, the subject and method of regulating medical law should be studied. Also of interest is a brief analysis of documents reflecting the international context in the medical field, especially in the area of protecting the personal autonomy of the patient.

Research confirms that medical law is an interdisciplinary field. It includes law and other branches of science, such as bioethics, medicine, and psychology. Thus, there is a close relationship between medical law and medical ethics. It is also possible that a violation of

medical ethics entails a violation of the law and corresponding liability. In addition, it appears that medical law includes parts of public (administrative) law, criminal law, contract law and tort law. The role of contract and tort law in effectively protecting the interests of the patient is special.

KEYWORDS: Medical Law, Medical Ethics, Interdisciplinary Sphere, Administrative Liability, Private legal Responsibility

INTRODUCTION

Medical law is considered a new branch of law for Georgian reality. Over the years, it has been integrated into other fields, so medical law as an independent field in Georgia has not received much attention until now. Perhaps one of the reasons for this was the lack of research and judicial practice on various issues of medical law in Georgian reality. However, this situation is slowly improving in our country, and medical law is becoming increasingly widespread as an independent branch of law. It is impossible to do otherwise since medical law is in no way inferior in importance to other branches of law.

In addition, in the context of technological development in the medical field, the need to pay more attention to protecting human rights has become on the agenda. This concerned the use of assisted reproductive technologies and taking into account the specifics of surrogacy in the medical field. Accordingly, the study aims to determine the place of medical law in the legal system. To achieve this goal, the following tasks are set: first, it is necessary to determine the subject of regulation of medical law and then clarify the method of regulating medical law. With their help, it is determined which relations are included in the scope of regulation of medical law and how medical law regulates these relations. This is a necessary condition for determining the legal nature of medical law – medical law is included in civil law, is part of criminal law and

administrative law, or represents a specific unity of all three branches. In this way, it is possible to determine the features and principles of medical law and its place in the legal system.

Moreover, medical law is often discussed in close connection with medical ethics. It is sometimes equated with medical ethics, although experience today has shown that medical law has acquired a completely different meaning. Therefore, it is necessary to determine both the subject of regulation of medical law and the connection between medical law and medical ethics. In this context, it remains to be seen whether there have been any fundamental changes in patient advocacy that have highlighted the distinctive nature of medical law as a field. Therefore, conducting a brief analysis of sources at the national level and international contextual documents in the medical field will be interesting. It is also worth noting the approaches and postulates of the European Court of Human Rights regarding protecting the patient's personal autonomy in the medical field.

Considering the specifics of research, normative-dogmatic, comparative, analysis and synthesis, and historical methods are used. With their help, various aspects of the problem, which have not yet received due attention, were highlighted.

1. MEDICAL LAW AND MEDICAL ETHICS

1.1. Area of regulation of medical law

From a semantic point of view, **“medical law” includes two terms: “medicine” and “law”**. Therefore, if they are briefly discussed, the essence of “medical law” can be easily established.

Medicine is a science. Science can be viewed as an organized body of knowledge. The **method of science is descriptive**. He investigates facts, processes natural phenomena and, therefore, tries to bring the facts into a system. Like ethics, **law is prescriptive (evaluative)** in nature. It sets the rules for human behavior.¹ Accordingly, the

1 Bakshi, P. M., (1993). Law and Medicine, Lucknow, p. 2.

law determines what a person's behavior should be. The term "medicine", or more precisely "human medicine", broadly includes all activities used to identify, treat and, if possible, cure and prevent human diseases. Scientific medicine is based on a wide range of other sciences, such as chemistry, physics, biology, psychology, sociology and others.² The main task of medicine is to care for health. Health is always related to a person's ability to function well physically and mentally, and to reach their full potential.³

Thus, **medical law is an independent branch of law that regulates** the activities of a doctor, his professional functions, the relationship between doctor and patient and its derived consequences. This is a special branch of law that provides the human judicial protection in the field of medical practice and methods of human treatment, establishing the basic principles of the right to health care.⁴ In addition, **medical law is a set of norms that define the organizational, structural, and general legal relations of people carrying out sanitary and anti-epidemic** measures, as well as other actions related to preventive and therapeutic care. The object of medical law is legal relations that arise during the implementation of preventive, therapeutic, sanitary and regulatory acts that determine the legal status of the participants in these relations.⁵

Medical law is a young and rapidly developing industry that combines legal norms governing relations in healthcare and other related issues.⁶ However, expressing cases in medical practice in medical categories is problematic. The law may not separate these categories and there is a need to convey them in legal language, after which their use by law enforcement officer will be permitted. For example, a surgery per-

formed without error according to medical standards may subject the physician/clinic to liability if a court finds that the physician or clinic is liable without fault. However, it is first necessary to establish whether the transplant is a thing in private law or a blood product stored in a blood bank, according to Article 1009 of the Civil Code. Without clarifying this issue, it is impossible to determine the degree of its deficiency, etc. In Georgia, **this problem is clearly visible, which harms all parties in this relationship and highlights the vicious aspects:** clinics and doctors resort to different methods of protection, for example, using unacceptable standard conditions to exclude liability as much as possible. However, the court then declares such conditions invalid due to inadmissibility. In addition, patients are unaware of when they can seek compensation from a doctor or clinic, which increases the number of frivolous claims and waste of time and financial resources for both parties.⁷ However, the subjects of medical law are interdependent: the medical institution, healthcare workers and patients. A medical organization is an entity that provides medical services to patients. The health care professional has professional knowledge, and the patient is subject to treatment.⁸ Therefore, it is critical that each branch of medical law work properly to protect the primary beneficiary of health care services — the patient.

The legal literature notes that next **to the concept of "medical law" the broader term "health law" is used.** Health care law regulates not only medical activities but also the procedures that must be carried out, the necessity of the procedure and the requirements for the specialists performing it. **Health law covers a wide range of rules relating to health care,** procedural issues and the organization of public health systems.⁹

2 Bock, K. D., (1993). Was ist Medizin? In: Wissenschaftliche und alternative Medizin, Heidelberg, p. 7, https://doi.org/10.1007/978-3-642-78170-4_2.

3 Bakshi, P. M., (1993). Law and Medicine, Lucknow, p. 6.

4 Varsi Rospigliosi, E., (2003). Medical Law: Perú, International Encyclopedia of Laws, Netherlands, p. 43.

5 Alekseeva, I. M., Alekseev, A.G., Anischenko, M. A., (2016). Medical Law, Zaporozhye, p. 6.

6 Gordeladze, D., Chachibaya, T., (2005). Bioethics and Medical Law, Tbilisi, p. 32.

7 Kvantaliani, N., Rusiashvili, G., (2022). General systematics of the doctor's civil liability and the meaning of the doctor's fault, "Georgian-German Journal of Comparative Law", No. 1, p. 1-2.

8 Alekseeva, I. M., Alekseev, A.G., Anischenko, M. A., (2016). Medical Law, Zaporozhye, p. 6.

9 Todorovski, N., (2018). Medical Law and health law – is it the same? Acta Media Mediane, Vol. 57(2), p. 34. <https://doi.org/10.5633/amm.2018.0206>.

Thus, **medical law is a branch of law that regulates the rights of representatives of the medical industry, providers and consumers of medical services, patients and doctors.** Compared to medical law, health law covers a broader area of rules relating to human health. Health law governs human health procedures that involve fundamental human rights and legal claims. Thus, there are differences between medical law and health law. Indeed, medical law and health law are often considered separately, but they should not be strictly separated since both disciplines contribute to the humanization of law.¹⁰

Therefore, the principles of medical law are social justice, humanism, equality, legality and unity of rights and responsibilities.¹¹

1.2. The essence of medical ethics

Medical ethics is a medical deontology that includes moral principles for determining values and making appropriate decisions in medical practice. It includes a set of ethical standards and rules of conduct for medical personnel. Deontology is the principles of performance of professional duties, professional ethics and behavior by medical personnel, aimed at obtaining maximum benefit from treatment. Such attitudes promote a sense of respect and dignity.¹²

Medical ethics is closely related to law, but law and ethics are not identical. In many cases, ethics provide higher standards of behavior than laws. However, laws vary from country to country, and ethics extend beyond national borders. To meet patients' expectations, healthcare professionals need to possess medical knowledge and practice the core values of the field, as well as

demonstrate special concern for the patient, his capabilities and autonomy. Thus, there are many similarities between medicine and law, and they often overlap. Medicine cares about people's lives and health in a different way, and law – in a different way. Lawyers and doctors study the general doctrines of forensic and legal medicine during their studies.¹³

Ethical approaches may involve deciding the ideal course of human behavior, while law sets minimum acceptable standards. Likewise, something can attract legal sanctions without being unethical. For example, if a physician acts on behalf of a private patient, he may be in breach of contract by choosing not to treat that patient. There may be an ethical reason for this. For example, if another patient needed urgent care, this may not always justify a breach of contract from a legal perspective.¹⁴ However, when it comes to a tragic collision, equal interests collide, and the decision must be made in favor of one of them at the expense of an unlawful attack on the benefit of the other.¹⁵

2. THE RELATIONSHIP OF MEDICAL ETHICS WITH MEDICAL LAW

There is a clear **connection between medical law and medical ethics.**¹⁶ Medical law is a legal discipline, the subject of regulation of which is a narrow range of relations, in particular, it extends to the relationship between the patient and medical personnel or medical activities.¹⁷ The legal basis of medical law was created in the

10 Todorovski, N., (2018). Medical Law and health law – is it the same? Acta Media Mediane, Vol. 57(2), p. 38. <https://doi.org/10.5633/amm.2018.0206>.

11 Alekseeva, I. M., Alekseev, A.G., Anischenko, M. A., (2016). Medical Law, Zaporozhye, p. 6.

12 Gabunia, L., Khetsuriani, Sh., Gamkrelidze, N., Gumberidze, L., Varazi, E., (2019). Medical deontology and prevention of iatrogenic diseases, Tbilisi State Medical University, collection of scientific papers, N53, p. 29.

13 Ivanovic, S., Stanojevic, C., Jajic, S., Vila, A., Nikolic, S., (2013). Medical Law and Ethics, Acta Medica Mediana, Vol. 52(3), p. 67-68.

14 Herring, J., (2012). Medical law and ethics, 5th edition, Oxford, p. 3.

15 Turava, M., (2010). Criminal law, review of the general part, 8th edition, Tb., p. 243.

16 Herring, J., (2012). Medical law and ethics, 5th edition, Oxford, p. 3.

17 Radišić, J., (2007). Medicinsko pravo. Beograd: Nomos, p. 24; Ivanovic, S., Stanojevic, C., Jajic, S., Vila, A., Nikolic, S., (2013). Medical Law and Ethics, Acta Medica Mediana, Vol. 52(3), p. 67.

period after the Nuremberg trials, which gave impetus to its development. Articles of the Nuremberg Code restricted experiments on humans that could harm their psychosomatic state or lead to death.¹⁸

Medical ethics and medical law are complementary; The legal force of the rules of medical ethics is recognized by the courts, and failure by medical professionals to comply with these rules entails sanctions. Therefore, it is indisputable that medical ethics is considered a source of medical law. When the principles of ethics and rules of conduct in the medical field are illuminated by legal norms, these two areas intersect, that is, to a certain extent, a symbiosis of bioethics and medical law arises.¹⁹

Violation of medical ethics rules can also trigger legal liability. The fact is that by violating any principle of medical ethics, the violator can be held accountable. For example, this action may be the basis for administrative/disciplinary liability and private legal liability for violation of the patient’s personal independence (Article 1007 of the Civil Code, Law “On Health Protection”).

In addition, the doctor may be found guilty as a result of violating the duty to comply with medical standards.²⁰ Georgian case law explains this: by acting in accordance with medical standards, the doctor does not violate any obligations and is not accused. **A doctor is liable for breach of duty only if the harm caused to the patient is caused by an error in treatment.** If a doctor does not know a matter individually or shows professional weakness, this does not excuse him. This is due to the fact that a doctor violates mandatory medical care even when the doctor violates his duty to improve his education and qualifications and, therefore, does not have modern knowledge of medical science.²¹ Thus, the cause of a medical

error can be objective and subjective. Objectively, let’s say, there is a lack of scientific knowledge about the disease. The subjective cause of a medical error may be a consequence of the lack of experience of a particular doctor.²²

Thus, there may be inconsistencies and similarities between a physician’s legal responsibilities and ethical responsibilities, but a physician is required to follow both the law and the guidelines of professional ethics. Even if a physician finds it difficult to comply with the law because it conflicts with his ethical beliefs, the physician is obligated to comply with the law.²³ Thus, the mentioned position overlaps with the principle: *Fiat lex, pereat mundus*, because “even if the whole country falls, the law must be observed!”²⁴

3, PRINCIPLES OF MEDICAL LAW AND MEDICAL ETHICS

There are four **principles of ethics: Beneficence, nonmaleficence, autonomy and justice.** The first two can be traced back to the time of Hippocrates “to help and do no harm”, while the last two arose later. Percival’s book on ethics, published in the early 1800s, emphasized the importance of the goal of protecting the interests of the patient, while autonomy and justice were not discussed at the time. Over time, however, both autonomy and justice were recognized as important ethical principles. In modern times, Beauchamp and Childress’s book *Principles of Biomedical Ethics* is considered a classic, providing insight into the application of these four principles and alternative approaches.²⁵

18 Gordeladze, D., Chachibaya, T., (2005). *Bioethics and Medical Law*, Tb., p. 33.
 19 Ivanovic, S., Stanojevic, C., Jajic, S., Vila, A., Nikolic, S., (2013). *Medical Law and Ethics*, *Acta Medica Mediana*, Vol. 52(3), pp. 67-68.
 20 Deutch, E., Spickhoff, A., (2014). *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 7. Auflage, Heidelberg, S. 191.
 21 Decision of the Civil Affairs Chamber of the Supreme Court

of Georgia dated May 25, 2010 (No-1268-1526-09).
 22 See Sibilla, B., (2011). *Medical Error in Ukraine*, *Med. & L*, Vol. 30, Issue 1, p. 43. (in English); Bichia, M., (2021). *Specifics of Compensation for Damages Caused by a Medical Institution: Theoretical and Practical Aspects*, “Justice and Law”, №2, p. 90.
 23 Jackson, E., (2015). *The relationship between medical law and good medical ethics*, *Journal of medical ethics*, 41 (1), p. 97.
 24 See Poscher, R., (2014). *Human Dignity as a taboo*, translated by Bichia, M., *Journal “Justice and Law”*, №2(41), p. 61.
 25 Varkey, B., (2021). *Principles of Clinical Ethics and*

During the Enlightenment, there was still an opinion that it was necessary to lie to a patient so that it would be easier for the doctor to care for the patient. In the 1800s, medical professionals were divided over whether a patient should be informed of a poor prognosis. Most doctors at that time were against informing patients about their condition.²⁶

Later, the situation changes, and today, telling the **truth is the most important component of the relationship between doctor and patient**. Without this element, the doctor loses the patient's trust. An autonomous patient not only has the right to know his or her diagnosis and prognosis but also has the opportunity to refuse disclosing this information. However, the doctor must know which of these options the patient prefers. In the United States, it is now the norm to provide patients with complete information regardless of the severity of the disease, but this was not the case previously. For example, 88% of doctors surveyed in 1961 indicated that they preferred to disclose their diagnosis.²⁷ This changed in 1979 when 98% of doctors surveyed supported disclosing the diagnosis to patients.²⁸

The paternalistic approach to medical practice requires critical analysis in connection with technological and economic progress. This is due to the fact that the educational and socio-economic status of the population has improved, signs of globalization have appeared, and special attention has been paid to the patient as an individual, not as a group member. Accordingly, respect for the principle of autonomy imposes a duty on the physician to disclose to the patient medical information and treatment options necessary for the patient's self-determination. In

doing so, protecting autonomy serves to ensure informed consent, fairness, and confidentiality.²⁹

Each of the four **principles of ethics is considered a duty that must be fulfilled, unless, in a particular case, it conflicts with another principle**. In such a conflict, the physician must determine the actual duty to the patient since the weight of the competing obligations will be assessed in light of their content and context. For example, a patient is in shock and is receiving emergency fluid resuscitation. Insertion of an indwelling intravenous catheter caused pain and swelling. Here, the **principle of “do good” prevails over the principle of “do no harm”**. However, we are often dealing with a more complex case. For example, this happens when a competent patient refuses medical intervention necessary to save life (for example, installing a ventilator) or asks to be brought to death (withdrawal of artificial ventilation). Ethical dilemmas are best seen when the principles of beneficence and autonomy collide. Good deeds have played a historical role in traditional medical practice. However, if this approach were to prioritize patient autonomy, it would be paternalistic, making the doctor-patient relationship similar to a father/mother relationship with a child. The father/mother can deny the child fulfilment of his wishes and can also influence the child in various ways – non-disclosure, manipulation, lies, coercion, etc. Accordingly, the parent determines what is best for the child. This is the essence of paternalism. Paternalism can be mild or severe. In soft paternalism, the doctor acts based on the principle of “doing good” (sometimes also “doing no harm”) if the patient is not autonomous or essentially non-autonomous. For example, a person has cognitive dysfunction due to a serious illness, depression, or drug addiction.³⁰

Soft paternalism is associated with difficulties since it is difficult to determine whether the patient was not autonomous in deciding and

Their Application to Practice, *Med Princ Pract*, Vol. 30, p. 18, <https://doi.org/10.1159/000509119>.

26 Murray, P. M., (1990). The History of Informed Consent, *The Iowa Orthopaedic Journal*, Vol. 10, p. 104.

27 Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, *Med Princ Pract*, Vol. 30, p. 20, <https://doi.org/10.1159/000509119>.

28 Novack, D. H., Plumer, R., Smith, R.L., Ochitill, H., Morrow, G. R., Bennett, J. M., (1979). Changes in physicians' attitudes toward telling the cancer patient, *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 241, No. 9, p. 898.

29 Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, *Med Princ Pract*, Vol. 30, p. 19, <https://doi.org/10.1159/000509119>.

30 Tonelli, M. R., Misak, C. J., (2010). Compromised Autonomy and the Seriously Ill Patient, *CHEST*, 137, 4, p. 926, DOI: [10.1378/chest.09-1574](https://doi.org/10.1378/chest.09-1574).

also whether the action was ethically justified, corresponding to what the doctor considered valuable for the patient. In strict paternalism, the physician's actions for the patient's benefit are opposed to the voluntary decision of the autonomous patient, who is fully informed and competent. Therefore, this action is unjustified from an ethical point of view. At the other end of the scale of hard paternalism is consumerism, a rare and extreme form of patient autonomy in **which the doctor's role is limited to providing medical information**, all possible options and treatments, while the fully informed patient chooses one of the available options. In this model, the role of the physician is limited; This approach does not allow the full use of the doctor's knowledge and skills for the benefit of the patient, is tantamount to abandonment of the patient and is therefore ethically unjustified.³¹

4. INTERDISCIPLINARY NATURE OF MEDICAL LAW

Medical law is an interdisciplinary (interdisciplinary) area of law. Medical law is at the crossroads of areas of law. It includes aspects of public law as well as civil and criminal law and cannot avoid the influence of European law.³²

It is believed that medical law is an area in which the law particularly encourages good behavior. Medical law has largely developed by borrowing principles from other areas of law, such as torts and criminal law. The term "medical law" is used to refer to a wide range of legal relationships. **Medical law governs tort liability, sometimes contract liability, as well as tort and criminal liability for treatment without appropriate consent, criminal liability for manslaughter and medical manslaughter – euthanasia (which is considered murder in England) and assisted suicide.** In addition, medical laws criminalize

breach of confidentiality, abortion, use of body parts, including organ donation, and death. Also, criminal law applies even in cases of cessation of treatment and refusal of treatment to a patient who cannot make a decision. In short, medical law applies to a person's entire life, from birth to death. Many of the issues discussed by medical lawyers have serious ethical implications. It is, therefore important to distinguish between legal and ethical issues.³³

In addition, **medical law is considered a complex legal interdisciplinary field because it integrates bioethics, health law, criminal and civil codes**, health care and quality of life; He also perceives health as a medical, social and legal category.³⁴ Medical law is a comprehensively developed branch of law, which includes legal norms governing public relations in the field of medical activity. Accordingly, the subject of medical law is social relations arising in the process of carrying out medical activities. Medical activities are those that include the provision and organization of medical services, ensuring the sanitary and epidemiological well-being of people, and conducting medical examinations.³⁵

Medical law has certain features that distinguish it from other branches of law. The following features of medical law are noteworthy:

A. **It is mixed because it contains public and private law forms, rules of substantive and procedural law** (law of evidence, civil procedural and criminal procedural law);

b. **Medical law is dynamic**, since the rules governing medical professionals must always be able to adapt to the necessary new diagnostic, treatment and diagnostic procedures;

V. **However, it is objective in the sense that the law determines its sequence;**

d. **Medical law is largely imperative.** The legal norms included in it are of an ethical, moral and fundamentalist nature, although they cannot be

31 Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, Med Princ Pract, Vol. 30, p. 21, <https://doi.org/10.1159/000509119>.

32 Janda, C., (2019). Medizinrecht, 4. Auflage, München, S. 27; Janda, C., (2022). Medizinrecht, 5. Auflage, S. 27..

33 Foster, C., Herring, J., (2021). The Law as a Moral Agent: Making People Good, Springer, p. 63.

34 Gordeladze, D., Chachibaya, T., (2005). Bioethics and Medical Law, Tb., p. 32.

35 Agievets, S.V. et al., (2022). Medical law: textbook, ed. Agievets, S.V., Vasilevich, G.A., Minsk, p. 8. (in Russian).

excluded by special agreements of the parties, especially when it comes to public order and health.³⁶ In the case of mandatory rules, the parties do not have the opportunity to deviate from this rule and arrange relations differently.³⁷

The role of international acts in regulating these relations is special. The International Covenant on “Economic, Social and Cultural Rights” should be noted among the important international legal acts. The first paragraph of Article 12 of this pact recognizes the contracting states as “the right of everyone to the highest quality of physical and mental health.” Such a right would not be realized if it depended on chance and unforeseen processes in the human body. The right to health, enshrined in the International Covenant, allows individuals to freely make decisions regarding their bodies and health. This relates to the provision of consent for medical procedures.³⁸

In addition, it is worth noting the European Convention on Human Rights, which protects the **personal autonomy of the patient** under Article 8. Even if the patient’s refusal of a particular medical intervention leads to death, carrying out a medical procedure without the consent of a mentally healthy and adult patient entails a violation of his rights to physical integrity, which violates Article 8 of the European Convention on Human Rights.³⁹

Patient autonomy is a form of autonomous rights associated with informed consent. When giving informed consent, several rules must be **observed simultaneously: voluntariness, capacity to make decisions, disclosure of information about the patient’s health status, the patient must have the ability to understand, and he must be able to make decisions.**⁴⁰

The patient must be provided with appropriate conditions and sufficient time to analyze the information provided by the clinic since voluntary consent excludes the manifestation of will through the influence of unreasonable pressure or other circumstances. The fact is that if a patient is given information between medically uncomfortable (medicated) sleep sessions while in a state of severe stress and fatigue, he is unlikely to make an informed decision.⁴¹ The patient can ask for advice from relatives, whose opinion will influence his choice. However, if these prompts for the patient are not orders but additional information for making a decision, then his final decision (choice) will be autonomous. Also, the patient may or may not agree with the proposal to accept the doctor’s opinion. If the patient expresses his consent, he accepts the doctor’s proposal as his own decision, therefore, the decision made by the patient will be independent.⁴²

In addition, the **influence of European law can be observed in the field of medical law.** European law includes rules related to health protection, which relate to improving the living and working conditions of the contracting states. European law sets the policies of member states towards improving the quality of public health, disease control, health education and other issues.⁴³ Therefore, this guideline guides Member States in the healthcare field.

Medical law belongs to the category of complex industries, so the legal regulation methods will differ depending on the nature of social relations. For example, since most relations de-

36 Varsi Rospigliosi, E., (2003). Medical Law: Perú, International Encyclopedia of Laws, Netherlands, p. 43.

37 об. Bydlinski, P., (2007). Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis, 7., wesentlich überarbeitete Auflage, Wien, S. 13..

38 Janda, C., (2019). Medizinrecht, 4. Auflage, München, S. 28..

39 Jehovah’s Witnesses of Moscow and Others v. Russia, no. 302/02, 10 June, 2010.

40 Carmen, M. G. Del, Joffe, S., (2005). Informed Consent for Medical Treatment and Research: A Review, The

Oncologist, №10 (8), p. 637. (in English); Bichia, M., (2022). Golden Rules for Informed Consent in line with the practice of the European Court of Human Rights, Collection of articles: "Protection of human rights: international and national experience", ed. Korkelia K., Tb., p. 180.

41 Konovalova v. Russia, no. 37873/04, 9 September, 2014; Also, see A.S. v. Hungary, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August, 2006.

42 Bichia, M., (2019). Features of Protecting the Patient’s Personal Autonomy and of Giving Informed Consent (Georgian and European Approaches), “Law and World”, №12, p. 52.

43 Janda, C., (2022). Medizinrecht, 5. Auflage, München, S. 28..

veloping in the healthcare sector are civil, the method of legal regulation, in this case, is based on licensing norms. If medical law deals with criminal relations, then the methods of their regulation are focused on prohibitions and in the case of administrative legal relations – on mandatory rules.⁴⁴

The existence of **mandatory norms in medical law should be natural** since medical law is, first of all, an area of public law in a broad sense. For many health law mandates, be it hospital sector, medical contract law, professional law, medicines, medical devices and pharmaceutical law, it is necessary to understand both the public law structure and the public law regulations. It is more acceptable if this part of medical law is considered commercial administrative law.⁴⁵

For example, the **use of medical services and the procedure for reimbursement by the state are based on strict adherence to mandatory rules**. This involves providing the authority with real information about the correct execution of medical documentation and services provided by the medical institution and the emergence of an obligation for compensation from the administrative body within the framework of the state program when such information is submitted. The discovery of a significant discrepancy in the information provided may be a prerequisite for the clinic to refuse a refund or demand a refund of money already paid. In Georgia, the “State Agency for the Regulation of Medical Activities” is responsible for verifying medical records. In particular, his competence includes confirming the discrepancy between the patient’s medical records and the diagnosis and intervention communicated in the alert system. One case established that the discussion of these issues is the subject of the study of administrative law.⁴⁶

Additionally, careful medical record-keeping

is vital to improving a patient’s health status. This is especially true when the participation of one medical institution is not enough to treat the patient, and the additional involvement of another medical institution is necessary. In this case, to improve the patient’s health status in the shortest possible time, it is important to convey as much information as possible from one medical institution to another. This problem is due to the fact that the timely exchange of information is followed by the effective conduct of primary medical examinations in a short time and the timely determination of necessary further medical measures. This also applies to an unspecified diagnosis, the provision of information about which allows the second medical institution to narrow the scope of possible medical diagnoses as much as possible and make an accurate diagnosis in a much shorter time by conducting the necessary examinations. If the exchange of information between medical institutions does not occur in full, this creates a risk that the necessary medical measures will not be carried out in a timely manner for a patient transferred to a second medical clinic. This is because the medical institution is forced to go through the same path that the first medical institution has already gone through when examining a patient admitted to it to establish a diagnosis. The **patient’s health status is reflected in the medical record, which is the basis for issuing a health certificate**. This report is then sent to the medical facility where the patient is transferred. Thus, the Cassation Chamber of Georgia noted that the reflection of any type of diagnosis (specified or unspecified) in the medical record is of decisive importance in the patient’s recovery process, and violation of this rule for preparing a medical record creates a real danger of a serious end to the medical case. Based on the above, in one of the cases, it was established that both the failure to issue a notification about the patient’s health status at the time of discharge and the failure to take into account the therapist’s diagnosis (unstable angina or acute pneumonia) and the cardiologist’s diagnoses (unstable angina) in the final clinical diagnosis, depending on their significance, cre-

44 Agievets, S.V. et al. (2022). Medical law: textbook, ed. Agievets S.V., Vasilevich G.A., Minsk, pp. 8-9. (in Russian).

45 Ratzel, R., Luxenburger, B., (2008). Handbuch Medizinrecht, Saarbrücken, S. 3-4..

46 Decision No. BS-9(K-23) of the Administrative Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated May 1, 2023.

ate professional misconduct on the part of an administrative body. Grounds for applying a fine. In this case, the person's state certification was suspended for several months, and he was ordered to undergo a two-month vocational rehabilitation course in emergency medicine. In these circumstances, the Professional Development Council of the Ministry of Health is considering the possibility of using Articles 207 and 208 of the General Administrative Code of Georgia to pay compensation to the victim. According to part one of Article 208 of the said Code, the state is responsible for damage caused by a government body, as well as by its official or other civil servant or civil servant of this body (except a civil servant defined in part 2 of this article) in the performance of their official duties.⁴⁷

One question is interesting here: some medical institutions cannot provide several services because the institution does not have a specific tool equipment or there is no specialist. However, it is with their help that a final diagnosis should be made. Perhaps a specific test or examination of a medical device was carried out in one medical institution, a second medical operation was necessary in another medical institution, and the final diagnosis was made by a doctor at a third medical institution based on the research of two other medical institutions. If tests performed at other medical institutions led to an incorrect diagnosis by a doctor at a third medical institution, would all three be held responsible for the result if the doctor at the third medical institution correctly assessed the tests available to him, but made an incorrect diagnosis because of incorrect earlier tests?

The fact is that an error made in one medical institution can directly lead to an incorrect result in another institution – an incorrect diagnosis. **Accordingly, a logical chain is established between studies in different medical institutions, which in many cases is associated with deviations or inaccuracy of the practitioner.** In this case, it is better for a medical institution not to carry out

such activities for which it does not have the appropriate professional equipment and does not have a specialist in the relevant field. In addition, if there is no other decision, another medical institution can take on the role of “assistant” and provide medical services, but under these conditions, it is necessary to ensure both the conduct of qualified research and the provision of complete and reliable information to the doctor of the medical institution making the diagnosis. Otherwise, the risks of avoiding responsibility and medical negligence are high. According to Article 1007 of the Civil Code, harm caused to human health during treatment in a medical institution (due to surgery, incorrect diagnosis, etc.) is compensated on a general basis. However, the person who caused the damage may be released from liability if he proves that he is not responsible for the damage caused. Accordingly, the above example gives rise to the following difficulties: the doctor of a third medical institution must prove the absence of his guilt to exclude his liability. In addition, it will be difficult for the victim to determine the person responsible.

The **imperative method is a method of power instructions, which is characterized primarily by power relations.** Regarding medical activities, these legal relations relate to healthcare institutions, their individual (structural) divisions, entrepreneurs, etc., compliance with government regulations (for example, licensing, standardization, and certification). The dispositional method assumes the legal equality of participants in legal relations. Thus, the patient has the right to make decisions in many cases involving medical interventions. In this situation, a specific method of legal regulation of the relationship between the patient and the doctor, inherent only in medical law, can be established; this is the method of prioritizing the opinion of the patient or his representative regarding medical intervention.⁴⁸

Healthcare law as a part of administrative law has been little studied in the legal space of Georgia. Healthcare legislation performs the most important function of maintaining order in

47 Decision No. BS-853(K-20) of the Administrative Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia of July 1, 2021.

48 Agievets, S.V. et al. (2022). Medical law: textbook, ed. Agievets S.V., Vasilevich G.A., Minsk, p. 9. (in Russian).

the health care system. There is no unified codification of healthcare law in Georgia. Accordingly, here are presented, on the one hand, numerous legislative or by-laws in force in this area, and on the other hand, various sectoral laws that contain many health protection standards and/or regulations related to health care law. According to Article 1 of the Law of Georgia “On Health Protection”, this law regulates relations between government bodies and individuals and legal entities in the field of protecting the health of citizens.⁴⁹

The Law of Georgia “On Health Protection” is the most important legal document, according to which the general postulates of the principles of state policy in the field of health care, the rights of citizens, management, organization and financing of the health care system, medical activities and establishes the organizational and legal regulation of medical institutions and other issues. Health policy is directly related to health care management. This law provides for health policy objectives related to the legal regulation of health care. When implementing the law by the executive branch of the country, the law is aimed at implementing many strategic plans and achieving corresponding results.⁵⁰

The Ministry of Labour, Health and Social Protection of Georgia is an administrative body with the authority to ensure the management of the entire healthcare management system and the implementation of related policies through public administration mechanisms. In addition, the law “On Medical Activities” was separately adopted, which regulates the legal relationship between the subject of independent medical activity, a paramedic and government bodies, individuals and legal entities (Article 2). This law establishes the right to independent medical practice, continuing medical professional development, state certification, professional responsibility and other issues. Also, the Law of Georgia

“On Public Health” aims to promote public health and establish a healthy lifestyle; Providing a safe environment for the health of humans and others. This law also clearly defines public health principles and government responsibilities. These laws, among other laws, relate to medical law as part of administrative law.⁵¹

The judicial practice of Georgia has shown that the issue of issuing a certificate is the subject of consideration by the Chamber of Administrative Cases. The right to independent medical practice is granted to a person by the Professional Development Council by issuing a state certificate. To issue a certificate, it is necessary to comply with the conditions established by the Law of Georgia “On Medical Activities”. A medical institution may use dismissal from a medical institution as the maximum disciplinary sanction against a subject of medical activity, and the most severe measure of liability determined by the Council is the revocation of a state certificate, in particular, a ban on the right to independent medical practice.⁵²

In addition, **to qualify harm caused by an illegal, guilty action on the part of an administrative body**, it is necessary to clarify the functional load of the concept of “execution of official duty”, which means the process of exercising public law powers.⁵³ As can be seen from the above, medical law is not limited to administrative law. Medical law deals with a wide range of different areas of law: criminal law, human rights law, tort law, contract law, public law, civil law and family law.⁵⁴

The role of contract law in protecting the interests of the victim in medical disputes is special. The rules of contract law governing contractual obligations are specific, taking into account their characteristics. However, Article 326 of the Civil Code provides for another possibility, ac-

49 Makaradze, D., Khazaradze, G., (2014). Responsibility of the administrative body in health protection law, Tb., pp. 72-73.

50 Talakvadze, A., Gotsadze, T., Bokeria, I., Bakakuri, N., Skhvitaridze, Z., Gzirishvili, D., (2011). Overview and legal analysis of healthcare legislation, Tb., p. 76.

51 Makaradze, D., Khazaradze, G., (2014). Responsibility of the administrative body in health protection law, Tb., pp. 74-75.

52 Decision No. BS-257-257(K-18) of the Administrative Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated October 18, 2018.

53 Turava, P., Tskepladze, N., (2010). Handbook of General Administrative Law, Tb., p. 146.

54 Herring, J., (2012). Medical law and ethics, 5.th edition, Oxford, p. 2; Herring, J., (2022). Medical law and ethics, 9.th edition, Oxford, 2022, p. 2.

According to which the rules on contractual obligations apply to other non-contractual obligations unless otherwise follows from the essence of the obligation.⁵⁵ This norm is successfully used in judicial practice in qualifying disputes arising from harm to the life and health of a patient by medical personnel and medical institutions. This obligation arises due to a violation of the absolute right of the victim, is of a non-contractual nature and is aimed at compensation for property or moral damage. Accordingly, contractual damages statutes are used in the recovery of injurious damages.⁵⁶

The **fact is that the conclusion of an agreement does not exclude the occurrence of tort liability**. To determine the legal nature of the obligation, it is crucial to clarify what legal fact is the basis for the occurrence of damage – violation of the terms of the contract or infringement of absolute property and non-property rights by illegal actions.⁵⁷ The purpose of Article 1007 of the Civil Code is to expand tortious liability for compensation for harm arising from contractual obligations between a medical institution and a patient. The general basis for regulating tort liability is Article 992 of the Civil Code. That is why Article 1007 of the Civil Code is considered an exception to tortious obligations.⁵⁸

CONCLUSION

It seems that **medical law is an interdisciplinary field** since it includes law and other fields of science, such as bioethics, medicine, and psychology. As for the place of medical law

in the system of branches of law, medical law cannot be linearly attributed to only one branch of law. This branch of law includes parts of public (administrative) law, criminal law, contract law and tort law. It can be said that medical law, in a general sense, is a hybrid version of public and private law. Therefore, medical law should be considered as a complex branch of law.

Research **confirms that medical law includes both permissive and prohibitive** and mandatory norms. The dispositional part of medical law is related to civil law, and imperative and prohibitory norms are related to public law (administrative law and criminal law). The administrative-legal part of medical law includes rules for certification, revocation of a certificate, proper documentation of health status, pharmaceutical activities, and other rules. The private law part of medical law extends to the governing rules of contract law or tort liability.

However, **medical law is closely related to, but not limited to, medical ethics**. In addition to medical ethics, medical law includes other components. Violating the law may result in sanctions on the violator, although it cannot be considered unethical. In addition, it is possible that an unethical action will lead to a violation of the law and, accordingly, legal liability (whether administrative or civil liability). Accordingly, which method of legal regulation (dispositional or imperative) will be used in medical law directly depends on the nature of social relations.

It should be **noted here that private law's role in medical law is special**. The fact is that in the medical field, both contract and tort law can be applied. This becomes even clearer if we consider that, according to Article 326 of the Civil Code, the rules on contractual obligations also apply to other non-contractual obligations unless otherwise follows from the essence of the obligation. Thus, the protection of the patient's private law claims is ensured by contract and tort law rules.

55 Bichia, M., (2020). Legal Obligational Relations, Handbook, 3rd ed., p. 41.

56 Decision No. As-1169-2022 of the Civil Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated November 17, 2022.

57 Kvantaliani N., Patient rights and the basics of civil liability of medical personnel, Tb., 2014, 55.

58 Sukhitashvili, T., Sukhitashvili, D., (2011). Competition of contractual and tort liability claims, "Justice and Law", N3(30), pp. 71-72; Bichia, M., (2021). Specifics of Compensation for Damages Caused by a Medical Institution: Theoretical and Practical Aspects, "Justice and Law", №2, p. 96.

BIBLIOGRAPHY:**Normative material:**

1. Civil Code of Georgia, 1997 June 26, N786-II.
2. Law of Georgia "On Health Protection", 1997 December 10, N1139-I.
3. Law of Georgia "On Medical Activity", 2001 June 8, N904-II.
4. Law of Georgia "On Public Health", 2007 June 27, N5069.

Scientific literature:

1. Bichia, M., (2022). Golden Rules for Informed Consent in line with the practice of the European Court of Human Rights, Collection of articles: "Protection of human rights: international and national experience", ed. Korkelia K., Tb., p. 180. (in Georgian).
2. Bichia, M., (2021). Specifics of Compensation for Damages Caused by a Medical Institution: Theoretical and Practical Aspects, "Justice and Law", №2, pp. 90, 96. (in Georgian).
3. Bichia, M., (2020). Legal Obligational Relations, Handbook, 3rd ed., p. 41. (in Georgian).
4. Bichia, M., (2019). Features of Protecting the Patient's Personal Autonomy and of Giving Informed Consent (Georgian and European Approaches), Journal "Law and World", №12, p. 52. (in Georgian).
5. Gabunia, L., Khetsuriani, Sh., Gamkrelidze, N., Gumbaridze, L., Varazi, E., (2019). Medical deontology and prevention of iatrogenic diseases, Tbilisi State Medical University, collection of scientific papers, N53, p. 29. (in Georgian).
6. Gordeladze, D., Chachibaya, T., (2005). Bioethics and Medical Law, Tb., pp. 32-33. (in Georgian).
7. Talakvadze, A., Gotsadze, T., Bokeria, I., Bakakuri, N., Skhvitaridze, Z., Gzirishvili, D., (2011). Overview and legal analysis of healthcare legislation, Tb., p. 76. (in Georgian).
8. Kvantaliani, N., (2014). Patient's rights and foundations of civil liability of health care personnel, Tb., p. 55. (in Georgian).
9. Kvantaliani, N., Rusiashvili, G., (2022). General systematics of the doctor's civil liability and the meaning of the doctor's fault, "Georgian-German Journal of Comparative Law", No. 1, pp. 1-2. (in Georgian).
10. Makaradze, D., Khazaradze, G., (2014). Responsibility of the administrative body in health protection law, Tb., pp. 72-75. (in Georgian).
11. Sukhitashvili, T., Sukhitashvili, D., (2011). Competition of contractual and tort liability claims, "Justice and Law" magazine, N3(30), pp. 71-72. (in Georgian).
12. Turava, P., Tskepladze, N., (2010). Handbook of General Administrative Law, Tb., p. 146. (in Georgian).
13. Turava, M., (2010). Criminal law, overview of the general part, 8th edition, Tb., p. 243. (in Georgian).
14. Alekseeva, I. M., Alekseev, A. G., Anischenko, M. A., (2016). Medical Law, Zaporozhye, p. 6. (in English)
15. Bakshi, PM. (1993). Law and Medicine, Lucknow, p. 2, 6. (in English).
16. Bydlinski, P., (2007). Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis, 7., wesentlich überarbeitete Auflage, Wien, S. 13. (in German).
17. Bock, K. D., (1993). Was ist Medizin? In: Wissenschaftliche und alternative Medizin, Heidelberg, S. 7, https://doi.org/10.1007/978-3-642-78170-4_2 (in German).
18. Carmen, M. G. Del, Joffe, S., (2005). Informed Consent for Medical

- Treatment and Research: A Review, *The Oncologist*, No. 10 (8), p. 637. (in English).
19. Deutch, E., Spickhoff, A., (2014). *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 7. Auflage, Heidelberg, p. 191. (in German).
 20. Ivanovic, S., Stanojevic, C., Jajic, S., Vila, A., Nikolic, S., (2013). *Medical Law and Ethics*, *Acta Medica Medianae*, Vol. 52(3), pp. 67-68. (in English).
 21. Foster, C., Herring, J., (2021). *The Law as a Moral Agent: Making People Good*, Springer, p. 63. (in English).
 22. Jackson, E., (2015). The relationship between medical law and good medical ethics, *Journal of medical ethics*, 41 (1), p. 97. (in English).
 23. Janda, C., (2022). *Medizinrecht*, 5. Auflage, München, pp. 27-28. (in German).
 24. Janda, C., (2019). *Medizinrecht*, 4. Auflage, München, pp. 27-28. (in German).
 25. Herring, J., (2022). *Medical law and ethics*, 9th edition, Oxford, p. 2. (in English).
 26. Herring, J., (2012). *Medical law and ethics*, 5th edition, Oxford, pp. 2-3. (in English).
 27. Murray, P. M., (1990). The History of Informed Consent, *The Iowa Orthopedic Journal*, Vol. 10, p. 104. (in English).
 28. Novack, D.H., Plumer, R., Smith, R.L., Ochitill, H., Morrow, G. R., Bennett, J. M., (1979). Changes in physicians' attitudes toward telling the cancer patient, *The Journal of the American Medical Association*, Vol. 241, no. 9, p. 898. (in English).
 29. Poscher, R., (2014). Human Dignity as a taboo, translated by Bichia, M., *Journal "Justice and Law"*, №2(41), p. 61. (in Georgian).
 30. Radišić, J., (2007). *Medicinsko pravo*. Belgrade: Nomos, p. 24. (in English).
 31. Ratzel, R., Luxenburger, B., (2008). *Handbuch Medizinrecht*, Saarbrücken, S. 3-4. (in German).
 32. Varsi Rospigliosi, E., (2003). *Medical Law: Perú*, *International Encyclopedia of Laws*, Netherlands, p. 43. (in English).
 33. Sibilla, B., (2011). Medical Error in Ukraine, *Med. & L*, Vol. 30, Issue 1, p. 43. (in English).
 34. Todorovski, N., (2018). Medical Law and health law – is it the same? *Acta Medica Mediane*, Vol. 57(2), pp. 34, 38. <https://doi.org/10.5633/amm.2018.0206> (in English).
 35. Tonelli, M. R., Misak, C. J., (2010). Compromised Autonomy and the Seriously Ill Patient, *CHEST*, 137, 4, p. 926, DOI: 10.1378/chest.09-1574 (in English).
 36. Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, *Med Princ Pract*, Vol. 30, p. 18-21 <https://doi.org/10.1159/000509119> (in English).
 37. Agievets, S.V. et al. (2022). *Medical law: textbook*, ed. Agievets S.V., Vasilevich G.A., Minsk, p. 8-9. (in Russian).

Court practice:

1. Decision No. BS-9(K-23) of the Administrative Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated May 1, 2023. (in Georgian).
2. Decision No. As-1169-2022 of the Civil Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated November 17, 2022. (in Georgian).

3. Decision No. BS-853(K-20) of the Administrative Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia of July 1, 2021. (in Georgian).
4. Decision No. BS-257-257(K-18) of the Administrative Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia of October 18, 2018. (in Georgian).
5. Decision of the Civil Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated May 25, 2010 (No. 1268-1526-09). (in Georgian).
6. Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, no. 302/02, June 10, 2010. (in English).
7. Konovalova v. Russia, no. 37873/04, September 9, 2014. (in English).
8. A.S. v. Hungary, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August, 2006. (in English).

Mikheil Bichia

სამედიცინო სამართლის ცნება და ადგილი სამართლის სისტემაში

მიხეილ ბიჭია

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის მონწეული ლექტორი, თბილისის თავისუფალი აკადემიის პროფესორი, უმაღლესი საგანმანათლებლო პროგრამების აკრედიტაციის ექსპერტი, მედიატორი, ადვოკატი, საქართველო

აბსტრაქტი

სამეცნიერო ნაშრომი ეძღვნება სამედიცინო სამართლის, როგორც სამართლის დარგის, სამართლებრივ ბუნებასა და რეგულირების საგანს. ქართულ რეალობაში მწირია სამედიცინო დავებზე როგორც სამეცნიერო ლიტერატურა, ისე სასამართლო პრაქტიკა. ამიტომ კვლევის მიზანია ამ მიმართულებით დისკუსიის გააქტიურება. პრობლემა კიდევ უფრო აქტუალურია სამედიცინო სფეროში ტექნოლოგიური განვითარების პირობებში.

კვლევის მიზანია, დადგინდეს სამედიცინო სამართლის რეგულირების საგანი და სამედიცინო სამართლის ადგილი სამართლის სისტემაში, ასევე, სამედიცინო სამართალსა და სამედიცინო ეთიკას შორის კავშირი. ამ მიზნის მისაღწევად უნდა გაეცეს პასუხი შემდეგ შეკითხვებს: რომელ ურთიერთობებზე ვრცელდება სამედიცინო სამართლის რეგულირების სფერო? როგორია მისი რეგულირების მეთოდი? სადაა სამედიცინო სამართლის ადგილი – ის შედის სამოქალაქო სამართალში, არის სისხლის სამართლისა და ადმინისტრაციული სამართლის ნაწილი თუ სამივე სფეროს სპეციფიკური ერთობა? ამ თვალსაზრისით, შესასწავლია სამედიცინო სამართლის რეგულირების საგანი და მეთოდი. ასევე, საინტერესოა სამედიცინო სფეროში საერთაშორისო კონტექსტის ამსახველი დოკუმენტების მოკლე

ანალიზი, განსაკუთრებით, პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვის მიმართულებით.

კვლევა ადასტურებს, რომ სამედიცინო სამართალი ინტერდისციპლინური დარგია. ის მოიცავს არა მხოლოდ სამართლის, არამედ მეცნიერების სხვა დარგებსაც, როგორცაა ბიოეთიკა, მედიცინა, ფსიქოლოგია. შესაბამისად, მჭიდრო კავშირია სამედიცინო სამართალსა და სამედიცინო ეთიკას შორის. ასევე, არაა გამორიცხული, სამედიცინო ეთიკის ნორმების ხელყოფით დაირღვეს სამართლის წესები და დადგეს შესაბამისი პასუხისმგებლობა. ამასთან, ირკვევა, რომ სამედიცინო სამართალი მოიცავს როგორც საჯარო (ადმინისტრაციული) სამართლის, ისე სისხლის სამართლის, სახელშეკრულებო და დელიქტური სამართლის ნაწილებს. განსაკუთრებულია სახელშეკრულებო და დელიქტური სამართლის ნორმების როლი პაციენტის ინტერესების ეფექტიანად დაცვაში.

საკვანძო სიტყვები: სამედიცინო სამართალი, სამედიცინო ეთიკა, ინტერდისციპლინური სფერო, ადმინისტრაციული პასუხისმგებლობა, კერძოსამართლებრივი პასუხისმგებლობა

შესავალი

სამედიცინო სამართალი ქართულ რეალობაში შეიძლება ჩაითვალოს სამართლის ახალ დარგად. ის წლების განმავლობაში სხვა დარგებში იყო ინტეგრირებული, რის გამოც საქართველოში სამედიცინო სამართალს, როგორც დამოუკიდებელ დარგს, აქამდე განსაკუთრებული ყურადღება არ ექცეოდა. შესაძლოა, ამის ერთ-ერთი მიზეზი იყო ქართულ რეალობაში სამედიცინო სამართლის სხვადასხვა საკითხზე კვლევებისა და სასამართლო პრაქტიკის სიმწირე. თუმცა დღესდღეობით ეს ვითარება გარკვეულწილად ჩვენთან ნელ-ნელა სწორდება და ფებს იკიდებს სამედიცინო სამართალი, როგორც სამართლის დამოუკიდებელი დარგი.

სხვანაირად შეუძლებელიცაა, რადგან სამედიცინო სამართალი თავისი მნიშვნელობით არაფრით ჩამოუვარდება სამართლის სხვა დარგებს.

ამასთან, სამედიცინო სფეროში ტექნოლოგიურმა განვითარების პირობებში დღის წესრიგში დადგა ადამიანთა უფლებების დაცვაზე უფრო მეტად ზრუნვის აუცილებლობა. ეს შეეხო დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების გამოყენებასა და სუროგაციის სპეციფიკის გათვალისწინებას სამედიცინო სფეროში. შესაბამისად, კვლევის მიზანია, დადგინდეს სამედიცინო სამართლის ადგილი სამართლის სისტემაში. ამ მიზნის მისაღწევად დასახულია შემდეგი ამოცანები: თავდაპირველად აუცილებელია სამედიცინო სამართლის რეგულირების საგნის დადგენა, შემდეგ კი სამედიცინო სამართლის რეგულირების მეთოდის გარკვევა. მათი დახმარებით განისაზღვრება, რომელ ურთიერთობებზე ვრცელდება სამედიცინო სამართლის რეგულირების სფერო და რომელი ხერხებით აწესრიგებს სამედიცინო სამართალი ამ ურთიერთობებს. ესაა წინაპირობა იმისა, რომ დადგინდეს, როგორია სამედიცინო სამართლის სამართლებრივი ბუნება — სამედიცინო სამართალი შედის სამოქალაქო სამართალში, არის სისხლის სამართლისა და ადმინისტრაციულ სამართლის ნაწილი თუ სამივე სფეროს სპეციფიკური ერთობა. ამ გზით შესაძლებელია სამედიცინო სამართლის როგორც სპეციფიკური თავისებურებებისა და პრინციპების, ისე სამართლის სისტემაში მისი ადგილის განსაზღვრა.

გარდა ამისა, სამედიცინო სამართალს ხშირად განიხილავენ სამედიცინო ეთიკასთან მჭიდრო კავშირში, ზოგჯერ კი მას სამედიცინო ეთიკასთან აიგივებენ, თუმცა დღესდღეობით არსებულმა გამოცდილებამ აჩვენა, რომ სამედიცინო სამართალმა სულ სხვა დატვირთვა შეიძინა. ამიტომ დასადგენია როგორც სამედიცინო სამართლის რეგულირების საგანი, ისე სამედიცინო სამართალსა და სამედიცინო ეთიკას შორის კავშირი. ამ კონტექსტში გასარკვევია, რაიმე ძირეული ცვლილება იყო თუ არა პაციენტთა უფლებების დაცვის სფეროში, რამაც სამედიცინო

სამართლის, როგორც დარგის, განსაკუთრებულობას გაუსვა ხაზი. შესაბამისად, საინტერესო იქნება სამედიცინო სფეროში არა მხოლოდ ეროვნულ დონეზე წყაროების, არამედ საერთაშორისო კონტექსტის ამსახველი დოკუმენტების მოკლე ანალიზი. ასევე, საყურადღებო უნდა იყოს სამედიცინო სფეროში პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვის შესახებ ადამიანის უფლებათა ევროპული სამართლოს მიდგომები და პოსტულატები.

კვლევის სპეციფიკის გათვალისწინებით, გამოყენებულია ნორმატიულ-დოგმატური, შედარებითი, ანალიზისა და სინთეზის, ასევე, ისტორიული მეთოდები. მათი დახმარებით გამოკვეთილია პრობლემის სხვადასხვა საყურადღებო ასპექტი, რომლებსაც ამ დრომდე სათანადო შეფასება არ მისცემია.

1. სამედიცინო სამართალი და სამედიცინო ეთიკა

1.1. სამედიცინო სამართლის რეგულირების სფერო

სემანტიკური თვალსაზრისით „სამედიცინო სამართალი“ მოიცავს ორ ტერმინს: „მედიცინასა“ და „სამართალს“. შესაბამისად, თუ ისინი იქნება მოკლედ განხილული, ადვილად დადგინდება „სამედიცინო სამართლის“ არსი.

მედიცინა მეცნიერებაა. მეცნიერება შეიძლება განიხილებოდეს ცოდნის ორგანიზებულ ერთობად. **მეცნიერების მეთოდი დესკრიფციულია (აღწერილობითი)**. ის იკვლევს ფაქტებს, ამუშავებს ბუნებრივ მოვლენებს და, შესაბამისად, ცდილობს, სისტემაში მოიყვანოს ფაქტები. ეთიკის მსგავსად, **სამართალი პრესკრიფციულია (შეფასებითი)**. ის ადამიანის ქცევას უდგენს წესებს. შესაბამისად, სამართალი განსაზღვრავს, თუ როგორი უნდა იყოს ადამიანის ქცევა.¹ ტერმინი „მედიცინა“, უფრო ზუსტად კი „ადამიანის მედიცინა“, ფართო გაგებით, მოიცავს ყველა ქმედებას, რომელიც გამოიყენება ადამიანის დაავადებების იდენტიფიცირების, მკურნალობის, ხოლო თუ ეს შესაძლებელია,

განკურნებისა და პროფილაქტიკისთვის. სამეცნიერო მედიცინა დაფუძნებულია სხვა მეცნიერებათა ფართო სპექტრზე, როგორცაა: ქიმია, ფიზიკა, ბიოლოგია, ფსიქოლოგია, სოციოლოგია და სხვა.² **მედიცინის უძირითადესი ამოცანაა ჯანმრთელობაზე ზრუნვა**. ჯანმრთელად ყოფნა ყოველთვის უკავშირდება იმას, რომ ფიზიკურ პირს შეეძლოს ფიზიკურად და გონებრივად კარგად ფუნქციონირება, ასევე, საკუთარი შესაძლებლობების სრულად გამოვლენა.³

ამდენად, **სამედიცინო სამართალი არის სამართლის დამოუკიდებელი დარგი**, რომელიც არეგულირებს ექიმის საქმიანობას, მის პროფესიულ ფუნქციებს, ექიმსა და პაციენტს შორის ურთიერთობას და, აქედან გამომდინარე, მის შედეგებს. თავისი არსით, ესაა სამართლის სპეციალური დარგი, რომელიც სთავაზობს ადამიანს სასამართლო დაცვას სამედიცინო პრაქტიკისა და ტექნიკის სფეროში, აწესებს რა ჯანმრთელობის დაცვის უფლების ძირითად პრინციპებს.⁴ ამასთან, **სამედიცინო სამართალი არის ნორმების ერთობლიობა**, რომლებიც განსაზღვრავს **ორგანიზაციულ, სტრუქტურულ, ზოგადსამართლებრივ ურთიერთობას** იმ ადამიანებისთვის, რომლებიც ახორციელებენ სანიტარულ და ანტიეპიდემიურ ზომებს, ასევე, პრევენციულ და სამკურნალო ზრუნვასთან დაკავშირებულ სხვა ქმედებებს. სამედიცინო სამართლის საგანია პროფილაქტიკურ-სამკურნალო, სანიტარული და რეგულაციების რეალიზებისას წარმოშობილი სამართლებრივი ურთიერთობები, რომლებიც განსაზღვრავს ამ ურთიერთობების მონაწილეთა სამართლებრივ სტატუსს.⁵

სამედიცინო სამართალი ახალგაზრდა და სწრაფად მზარდი დარგია, აერთიანებს სამართლებრივ ნორმებს, რომლებიც ჯანდაცვის სფეროსა და სხვა მასთან დაკავშირებულ

1 Bakshi, P. M., (1993). Law and Medicine, Lucknow, p. 2.

2 Bock, K. D., (1993). Was ist Medizin? In: Wissenschaftliche und alternative Medizin, Heidelberg, S. 7, https://doi.org/10.1007/978-3-642-78170-4_2

3 Bakshi, P. M., (1993). Law and Medicine, Lucknow, p. 6.

4 Varsi Rospigliosi, E., (2003). Medical Law: Perú, International Encyclopedia of Laws, Netherlands, p. 43.

5 Alekseeva, I. M., Alekseev, A.G., Anischenko, M. A., (2016). Medical Law, Zaporozhye, p. 6.

ურთიერთობებს არეგულირებს.⁶ თუმცა პრობლემურია **სამედიცინო პრაქტიკის ფარგლებში არსებული შემთხვევების გამოხატვა სამედიცინო კატეგორიებში**. სამართალმა შეიძლება არ გაიზიაროს ეს კატეგორიები და აუცილებელი გახდეს მათი გადმოცემა იურიდიულ ენაზე, რის შემდეგაც იყენებს მათ სამართალშემფარდებელი. მაგალითად, სამედიცინო სტანდარტების დაცვით უშეცდომოდ გაკეთებულმა ოპერაციამაც კი შეიძლება გამოიწვიოს ექიმის/კლინიკის პასუხისმგებლობა, თუ სასამართლო ჩათვლის, რომ ექიმი ან კლინიკა ამ შემთხვევაში ბრალის გარეშე აგებს პასუხს. თუმცა ჯერ უნდა დადგინდეს, ტრანსპლანტი არის თუ არა კერძო სამართლებრივი გაგებით ნივთი ან სისხლის ბანკში შენახული სისხლი – პროდუქტი, სსკ-ის 1009-ე მუხლის მიხედვით. ამ საკითხის გარკვევის გარეშე შეუძლებელია იმის განსაზღვრა, თუ რა მასშტაბისაა მისი ნაკლოვანება და სხვ. საქართველოში ნათლად ჩანს ეს პრობლემა, რაც აზიანებს მოცემული ურთიერთობის ყველა მხარეს და გამოკვეთს მანკიერ ასპექტებს: კლინიკები და ექიმები თავდაცვის მიზნით სხვადასხვა გზას მიმართავენ, მაგალითად, იყენებენ **დაუშვებელ სტანდარტულ პირობებს, რათა მაქსიმალურად გამორიცხონ პასუხისმგებლობა**. თუმცა შემდეგ სასამართლო აბათილებს ასეთ პირობებს დაუშვებლობის გამო. ამასთან, პაციენტებს არ აქვთ ინფორმაცია, როდის შეუძლიათ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა ექიმისგან თუ კლინიკისგან, რაც ზრდის დაუსაბუთებელ სარჩელთა რაოდენობას, ასევე, მოიზრებს ორივე მხარის დროითი და ფინანსური რესურსის დაკარგვას.⁷ არადა სამედიცინო სამართლის სუბიექტები ურთიერთდამოკიდებული არიან: სამედიცინო დაწესებულება, ჯანდაცვის თანამშრომლები და პაციენტები. სამედიცინო ორგანიზაცია არის სუბიექტი, რომელიც სამედიცინო მო-

მსახურებას უწევს პაციენტს; სამედიცინო დახმარების მუშაკს აქვს პროფესიული ცოდნა; პაციენტი კი ექვემდებარება სამედიცინო მკურნალობას.⁸ შესაბამისად, უმნიშვნელოვანესია სამედიცინო სამართლის თითოეულმა რგოლმა სათანადოდ იმუშავოს, რათა დაიცვას სამედიცინო მომსახურების უმთავრესი ბენეფიციარი – პაციენტი.

იურიდიულ ლიტერატურაში აღინიშნა, რომ **„სამედიცინო სამართლის“ ცნების გვერდით გამოიყენება უფრო ფართო ტერმინი – „ჯანდაცვის სამართალი“**. ჯანდაცვის სამართალი არეგულირებს არა მხოლოდ სამედიცინო საქმიანობას, არამედ განსახორციელებელ პროცედურებს, პროცედურის საჭიროებას და მისი განმახორციელებელი პროფესიონალების მიმართ წაყენებულ მოთხოვნებს. ჯანდაცვის სამართალი მოიცავს რეგულაციების ფართო სპექტრს, რომელიც ვრცელდება ჯანმრთელობის, პროცედურული საკითხებისა და საზოგადოებრივი ჯანდაცვის სისტემის ორგანიზაციის მიმართ.⁹

ამდენად, სამედიცინო სამართალი არის სამართლის დარგი, რომელიც მოქმედებს სამედიცინო ინდუსტრიის წარმომადგენელთა, სამედიცინო მომსახურების მიმწოდებლებისა და მომხმარებლების, პაციენტთა და ექიმთა უფლებების მიმართ. სამედიცინო სამართალთან შედარებით, **ჯანდაცვის სამართალი მოიცავს ადამიანის ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული წესების უფრო ფართო არეალს**. ჯანდაცვის სამართალი არეგულირებს ადამიანის ჯანმრთელობასთან დაკავშირებულ პროცედურებს, რომლებიც ეხება ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებსა და სამართლებრივ ქმედებებს. ამდენად, არსებობს განსხვავებები სამედიცინო სამართალსა და ჯანდაცვის სამართალს შორის. მართალია, სამედიცინო სამართალი და ჯანდაცვის სამართალი ხშირად ცალ-ცალკე აღიქმება, თუმცა ისინი არ უნდა იყოს მკაცრად გამიჯნული, რადგან ორივე დისციპლინა

6 გორდელაძე, დ., ჩაჩიბაია, თ., (2005). ბიოეთიკა და სამედიცინო სამართალი, თბ., 32.

7 კვანტალიანი, ნ., რუსიაშვილი, გ., (2022). ექიმის სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის ზოგადი სისტემატიკა და ექიმის ბრალის მნიშვნელობა, „შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი“, №1, 1-2.

8 Alekseeva, I. M., Alekseev, A.G., Anischenko, M. A., (2016). Medical Law, Zaporozhye, p. 6.

9 Todorovski, N., (2018). Medical Law and health law – is it the same? Acta Media Mediane, Vol. 57(2), p. 34. <https://doi.org/10.5633/amm.2018.0206>

ხელს უწყობს სამართლის ჰუმანიზაციას.¹⁰

აქედან გამომდინარე, **სამედიცინო სამართლის პრინციპები**: სოციალური სამართლიანობა, ჰუმანიზმი, თანასწორობა, კანონის უზენაესობა და უფლება-მოვალეობის ერთიანობა.¹¹

1.2. სამედიცინო ეთიკის არსი

სამედიცინო ეთიკა სამედიცინო დენტოლოგიაა, რომელიც მოიცავს მორალურ პრინციპებს სამედიცინო პრაქტიკაში ღირებულებების განსაზღვრისა და შესაბამისი გადაწყვეტილებების მიღებისთვის. მასში მოიაზრება სამედიცინო პერსონალის ეთიკური სტანდარტებისა და ქცევის წესების ერთობლიობა. დენტოლოგია სამედიცინო პერსონალის მიერ პროფესიული მოვალეობების შესრულების, პროფესიული ეთიკისა და ქცევის პრინციპებია, რომლებიც მიმართულია მკურნალობისას მაქსიმალური სარგებლის მიღებაზე. ასეთი შეხედულებები ხელს უწყობს პაციენტისთვის და ღირსების შეგრძნების განვითარებას.¹²

სამედიცინო ეთიკა მჭიდროდ უკავშირდება სამართალს, მაგრამ სამართალი და ეთიკა არაა იდენტური. ბევრ შემთხვევაში ეთიკა უზრუნველყოფს ქცევის უფრო მაღალ სტანდარტს, ვიდრე კანონები. ამასთან, კანონები განსხვავდება ქვეყნების მიხედვით, ხოლო ეთიკა გამოიყენება ნაციონალური საზღვრების მიუხედავად. პაციენტთა მოლოდინების დასაკმაყოფილებლად აუცილებელია, მედიცინის მუშაკებს ჰქონდეთ სამედიცინო ცოდნა და გამოიყენონ სფეროში მოქმედი ძირითადი ღირებულებები პრაქტიკაში, ასევე, განსაკუთრებით იზრუნონ პაციენტზე, მათ შესაძლებ-

ლობასა და ავტონომიაზე. ამდენად, **მედიცინასა და სამართალს შორის არის მრავალი საერთო, ისინი ხშირად გადაიკვეთებიან** კიდევ. მედიცინა ზრუნავს ადამიანების ცხოვრებასა და ჯანმრთელობაზე ერთი გზით, ხოლო სამართალი – სხვა საშუალებით. იურისტები და ექიმები სწავლის პროცესში სწავლობენ ზოგად დოქტრინას სასამართლო და იურიდიული მედიცინის შესახებ.¹³

ეთიკური მიდგომები შეიძლება მოიცავდეს იმის გადაწყვეტას, თუ რა იქნება ადამიანის ქცევის იდეალური გზა, ხოლო **სამართალი აწესებს მინიმალურად მისაღებ სტანდარტებს**. ანალოგიურად, რაღაცამ შეიძლება გამოიწვიოს სამართლებრივი სანქცია, მაგრამ არ იყოს არაეთიკური. მაგალითად, თუ ექიმი მოქმედებს კერძო პაციენტისთვის, ამით შეიძლება დაარღვიოს ხელშეკრულება, ვინაიდან გადაწყვიტოს, არ უმკურნალოს ამ პაციენტს. შესაძლოა, ამის ეთიკური მიზეზიც არსებობდეს. მაგალითად, თუ სხვა პაციენტი იყო გადაუდებელ აუცილებლობაში, სამართლებრივი თვალსაზრისით ეს ყოველთვის შეიძლება არ ამართლებდეს ხელშეკრულების დარღვევას.¹⁴ თუმცა როცა საქმე ეხება ტრაგიკულ კოლიზიას, ერთმანეთს ეჭახება თანაბარმნიშვნელოვანი ინტერესები და გადაწყვეტილებაც უნდა იყოს მიღებული ერთი მათგანის სასარგებლოდ მეორე სიკეთის მართლსაწინააღმდეგო ხელყოფის ხარჯზე.¹⁵

1. სამედიცინო ეთიკის კავშირი სამედიცინო სამართალთან

სამედიცინო სამართალსა და სამედიცინო ეთიკას შორის აშკარა კავშირია.¹⁶ **სამედიცინო სამართალი იურიდიული დისციპ-**

10 Todorovski, N., (2018). Medical Law and health law – is it the same? Acta Media Mediane, Vol. 57(2), p. 38. <https://doi.org/10.5633/amm.2018.0206>

11 Alekseeva, I. M., Alekseev, A.G., Anischenko, M. A., (2016). Medical Law, Zaporozhye, p. 6.

12 გაბუნია, ლ., ხევერიანი, შ., გამყრელიძე, ნ., გუმბარიძე, ლ., ვარაზი ე., (2019). სამედიცინო დენტოლოგია და იატროგენული დაავადებების პრევენცია, თბილისის სახელმწიფო სამედიცინო უნივერსიტეტი, სამეცნიერო შრომათა კრებული, N53, 29.

13 Ivanovic, S., Stanojevic, C., Jajic, S., Vila, A., Nikolic, S., (2013). Medical Law and Ethics, Acta Medica Mediana, Vol. 52(3), pp. 67-68.

14 Herring, J., (2012). Medical law and ethics, 5.th edition, Oxford, 3.

15 ტურავა, მ., (2010). სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-8 გამოცემა, თბ., 243.

16 Herring, J., (2012). Medical law and ethics, 5.th edition, Oxford, 3.

ლინაა, რომლის რეგულირების საგანი ურთიერთობების ვიწრო სპექტრია, კერძოდ, ვრცელდება პაციენტსა და სამედიცინო პერსონალს შორის ურთიერთობებსა თუ სამედიცინო საქმიანობაზე.¹⁷ სამედიცინო სამართლის საკანონმდებლო საფუძველი შეიქმნა ნიურნბერგის პროცესის შემდგომ პერიოდში, რომელმაც ბიძგი მისცა მის განვითარებას. ნიურნბერგის კოდექსის მუხლები ზღუდავდა ექსპერიმენტებს ადამიანებზე, რომლებსაც შეუძლიათ ზიანი მიიყენონ მათ ფსიქოსომატურ მდგომარეობას ან გამოიწვიოს სიკვდილი.¹⁸

სამედიცინო ეთიკა და სამედიცინო სამართალი ერთმანეთს ავსებენ; სამედიცინო ეთიკის წესების იურიდიულ ძალას აღიარებენ სასამართლოები და ჯანდაცვის თანამშრომელთა ნებისმიერი წარუმატებლობა, რომელიც არ შეესაბამება ამ წესებს, ექვემდებარება სანქციას. ამიტომ უდავოა, რომ სამედიცინო ეთიკა განიხილება სამედიცინო სამართლის წყაროდ. როდესაც სამედიცინო სფეროში მოქმედი ეთიკის პრინციპებსა და ქცევის წესებს მოიცავს სამართლის ნორმები, **ეს ორი სფერო ურთიერთგადაიკვეთება, ანუ გარკვეულწილად წარმოიშობა ბიოეთიკისა და სამედიცინო სამართლის სიმბიოზი.**¹⁹

სამედიცინო ეთიკის წესების დარღვევა შეიძლება იყოს იურიდიული პასუხისმგებლობის მაპროვოცირებელიც. საქმე ისაა, რომ რომელიმე სამედიცინო ეთიკის პრინციპის ხელყოფით შეიძლება დადგეს დამრღვევის პასუხისმგებლობა. მაგალითად, ეს ქმედება შეიძლება იყოს ადმინისტრაციული/დისციპლინური პასუხისმგებლობის, პაციენტის პირადი ავტონომიის შელახვისას კერძოსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველი (სსკ-ის 1007-ე მუხლი, „ჯანმრთე-

ლობის დაცვის შესახებ“ კანონი).

ამასთან, ექიმს შეიძლება დაეკისროს დელიქტური პასუხისმგებლობა სამედიცინო ნორმების დაცვის მოვალეობის დარღვევის შედეგად.²⁰ საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაში განმარტებულია: სამედიცინო სტანდარტების შესაბამისად მოქმედების დროს ექიმი არ არღვევს არც ვალდებულებას და მას არც ბრალი მიუძღვის. **ექიმი მხოლოდ მაშინ არის ვალდებულების დარღვევის გამო პასუხისმგებელი, როცა პაციენტისთვის მიყენებული ზიანი გამოიწვია მკურნალობისას დაშვებულმა შეცდომამ.** თუ ექიმმა რაიმე საკითხი ინდივიდუალურად არ იცის ან აღინიშნება პროფესიული სისუსტე, ეს მას არ ამართლებს, ვინაიდან ექიმი ხელყოფს სავალდებულო გულისხმიერებას მაშინაც, როდესაც ექიმი თავისი განათლებისა და კვალიფიკაციის ამალგების მოვალეობას არღვევს და, შესაბამისად, სამედიცინო მეცნიერების თანამედროვე ცოდნაც არ აქვს.²¹ ამდენად, საექიმო შეცდომის მიზეზი შეიძლება ატარებდეს ობიექტურ და სუბიექტურ ხასიათს. ობიექტურია, ვთქვათ ავადმყოფობის შესახებ მეცნიერებული ცოდნის არარსებობა. საექიმო შეცდომის სუბიექტური მიზეზი შეიძლება იყოს კონკრეტული ექიმის არასაკმარისი გამოცდილების შედეგი.²²

ამდენად, ექიმის სამართლებრივ მოვალეობებსა და ეთიკურ პასუხისმგებლობას შორის შეიძლება იყოს შეუსაბამობები და მსგავსებები, მაგრამ ექიმს ევალება როგორც კანონის, ისე პროფესიული ეთიკის სახელმძღვანელო დებულებების დაცვა. თუნდაც ექიმს მიაჩნდეს, რომ რთულია კანონის მოთხოვნების დაცვა, ვინაიდან ის ეწინააღმდეგება მის ეთიკურ შეხედულებებს, ექიმს

17 Radišić, J., (2007). Medicinsko pravo. Beograd: Nomos, p. 24; Ivanovic, S., Stanojevic, C., Jajic, S., Vila, A., Nikolic, S., (2013). Medical Law and Ethics, Acta Medica Medianae, Vol. 52(3), p. 67.
 18 გორდელაძე, დ., ჩაჩიბაია, თ., (2005). ბიოეთიკა და სამედიცინო სამართალი, თბ., 33.
 19 Ivanovic, S., Stanojevic, C., Jajic, S., Vila, A., Nikolic, S., (2013). Medical Law and Ethics, Acta Medica Medianae, Vol. 52(3), pp. 67-68.

20 Deutch, E., Spickhoff, A., (2014). Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Heidelberg, S. 191.
 21 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2010 წლის 25 მაისის გადაწყვეტილება (Nას-1268-1526-09).
 22 იბ. Sibilla, B., (2011). Medical Error in Ukraine, Med. & L, Vol. 30, Issue 1, p. 43; ბიჭია, მ., (2021). სამედიცინო დაწესებულების მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურების სპეციფიკა: თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, №2, 90.

ევალეა კანონის დაცვა.²³ ამდენად, აღნიშნული დანაწესი ეხმიანება პრინციპს: Fiat lex, pereat mundus, რადგან „თუნდაც მთელი ქვეყანა დაიქცეს, კანონი უნდა აღსრულდეს!“²⁴

3. სამედიცინო სამართლისა და სამედიცინო ეთიკის პრინციპები

არსებობს ეთიკის ოთხი პრინციპი: „აკეთე სიკეთე“, „არ ავნო“, ავტონომია და სამართლიანობა. პირველი ორი ჰიპოკრატეს დროის „დაეხმარო და არ დააზიანო“-ს წესიდან წარმოსდგება, ხოლო ბოლო ორი მოგვიანებით წარმოიშვა. პერსივალის წიგნში ეთიკაზე 1800-იანი წლების დასაწყისში გამოკვეთილი იყო პაციენტის საუკეთესო ინტერესების დაცვის მიზნის მნიშვნელობა, ხოლო ავტონომია და სამართლიანობა მაშინ არ განიხილებოდა. თუმცა დროთა განმავლობაში როგორც ავტონომია, ისე სამართლიანობა აღიარეს მნიშვნელოვან ეთიკურ პრინციპად. ჩვენს დროში ბოშაშპისა და ჩილდრესის წიგნი „ბიოსამედიცინო ეთიკის პრინციპები“ ითვლება კლასიკად, რომელიც ამ ოთხი პრინციპის გამოყენებისა და ალტერნატიული მიდგომების შესახებ წარმოდგენას იძლევა.²⁵

განმანათლებლობის დროს გაჩნდა ახალი მოსაზრება, რომ პაციენტს შეუძლია ექიმის მოსმენა, თუმცა პაციენტის მოტყუება მაინც აუცილებელი იყო, რათა ექიმს პაციენტის მოვლა გაადვილებოდა. 1800-იანი წლებში მედიცინის მუშაკთა მოსაზრებები გაიყო იმაზე, უნდა აცნობონ თუ არა პაციენტს მისთვის არასასურველი პროგნოზი. იმდროინდელ ექიმთა უმეტესობა პაციენტისთვის მათი მდგომარეობის შეტყობინების წინააღმდეგი იყო.²⁶

მოგვიანებით იცვლება სიტუაცია, დღეს კი **სიმართლის თქმა ექიმსა და პაციენტს შორის ურთიერთობის სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი კომპონენტია**; ამ ელემენტის გარეშე ექიმი კარგავს პაციენტის ნდობას. ავტონომიურ პაციენტს არა მხოლოდ აქვს უფლება, გაიგოს თავისი დიაგნოზი და პროგნოზი, არამედ გააჩნია შესაძლებლობა, უარი თქვას ამ ინფორმაციის გამჟღავნებაზე. თუმცა ექიმმა უნდა იცოდეს, ამ ორი ვარიანტიდან რომელს ანიჭებს უპირატესობას პაციენტი. აშშ-ში ამჟამად **ნორმაა პაციენტისთვის სრული ინფორმაციის მიწოდება, მიუხედავად დაავადების სიმძიმისა**, თუმცა წარსულში ასე არ იყო. მაგალითად, 1961 წელს გამოკითხული ექიმების 88%-მა მიუთითა, რომ უპირატესობას ანიჭებდნენ დიაგნოზის გამჟღავნებას.²⁷ ეს შეიცვალა 1979 წელს, როცა გამოკითხული ექიმების 98%-მა მხარი დაუჭირა პაციენტისთვის დიაგნოზის გამხელას.²⁸

საქმე ისაა, რომ სამედიცინო პრაქტიკის პატერნალისტული მიდგომა კრიტიკულად უნდა გაანალიზდეს ტექნოლოგიური და ეკონომიკური პროგრესის გამო. ეს იმითაა განპირობებული, რომ გაუმჯობესდა მოსახლეობის საგანმანათლებლო და სოციალურ-ეკონომიკური სტატუსი, შემოვიდა გლობალიზაციის ნიშნები და **განსაკუთრებული ყურადღება მიექცა პაციენტს, როგორც ინდივიდს** და არა როგორც ჯგუფის წევრს. შესაბამისად, ავტონომიის პრინციპის დაცვამ ექიმს დააკისრა მოვალეობა, გაუმჟღავნოს პაციენტს **სამედიცინო ინფორმაცია და შესთავაზოს მკურნალობის ვარიანტები, რომლებიც აუცილებელია პაციენტის თვითგამორკვევისთვის**. ამით ავტონომიის დაცვა ემსახურება ინფორმირებული თანხმობის, სამართლიანობისა და კონფიდენციალობის უზრუნველყოფას.²⁹

23 Jackson, E., (2015). The relationship between medical law and good medical ethics, Journal of medical ethics, 41 (1), p. 97.

24 იბ. პოშერი, რ. (2014). ადამიანის ღირსება, როგორც ტაბუ. მთარგმნელი: ბიჭია, მ., ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, №2(41), 61.

25 Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, Med Princ Pract, Vol. 30, p. 18, <https://doi.org/10.1159/000509119>

26 Murray, P. M., (1990). The History of Informed Consent, The Iowa Orthopaedic Journal, Vol. 10, p. 104.

27 Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, Med Princ Pract, Vol. 30, p. 20, <https://doi.org/10.1159/000509119>

28 Novack, D. H., Plumer, R., Smith, R.L., Ochitill, H., Morrow, G. R., Bennett, J. M., (1979). Changes in physicians' attitudes toward telling the cancer patient, The Journal of the American Medical Association, Vol. 241, No. 9, p. 898.

29 Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, Med Princ Pract, Vol. 30, p. 19, <https://doi.org/10.1159/000509119>

ფაქტობრივად, ეთიკის ოთხი პრინციპიდან თითოეული განიხილება მოვალეობად, რომელიც უნდა შესრულდეს, თუ კონკრეტულ შემთხვევაში ის არ ეწინააღმდეგება სხვა პრინციპს. ამგვარ კონფლიქტთან დაკავშირებით ექიმმა უნდა განსაზღვროს ფაქტობრივი მოვალეობა პაციენტის წინაშე, რადგან შესწავლილი იქნება კონკურირებადი ვალდებულებების წონა მათი შინაარსისა და კონტექსტის გათვალისწინებით. მაგალითად, პაციენტი შოკურ მდგომარეობაშია და მას გაუწიეს სასწრაფო ინფუზიური თერაპია. მუდმივი ინტრავენური კათეტერის მოთავსებამ გამოიწვია ტკივილი და შეშუპება. აქ პრინციპი „აკეთე სიკეთე“ აჭარბებს „ზიანი არ მიაყენო“-ს პრინციპს. თუმცა ხშირად უფრო რთულ შემთხვევასთან გვაქვს საქმე. მაგალითად, ასეთია შემთხვევა, როცა ქმედუნარიანი პაციენტი უარს ამბობს სიცოცხლის გადარჩენისთვის აუცილებელ სამედიცინო ჩარევებზე (მაგალითად, მექანიკური ვენტილაციის აპარატის დაყენებაზე) ან სთხოვს გარდაცვალებამდე მიყვანას (ბელოვნური ვენტილაციის შეწყვეტა). ეთიკური დილემები ყველაზე კარგად ჩანს მაშინ, როცა სიკეთის კეთებისა და ავტონომიის პრინციპები ერთმანეთს ეჯახება. სიკეთის კეთებამ ითამაშა ისტორიული როლი ტრადიციულ სამედიცინო პრაქტიკაში. თუმცა მას რომ მიენიჭოს უპირატესობა პაციენტის ავტონომიასთან შედარებით, ეს იქნება პატერნალისტული მიდგომა, რაც ექიმსა და პაციენტს შორის ურთიერთობას ამსგავსებს მამის/დედის ურთიერთობას ბავშვთან. მამას/დედას შეუძლია უარი უთხრას ბავშვს თავისი სურვილის შესრულებაზე, ასევე, შეუძლია ზემოქმედება მოახდინოს ბავშვზე სხვადასხვა ხერხით – გაუმჟღავნებლობით, მანიპულირებით, ტყუილით, იძულებით და ა.შ. შესაბამისად, მშობელი განსაზღვრავს იმას, თუ რაა ბავშვისთვის უკეთესი. ესაა პატერნალიზმის ძირითადი არსი. პატერნალიზმი შეიძლება იყოს რბილი და მძიმე. რბილი პატერნალიზმის ფარგლებში ექიმი მოქმედებს სიკეთის კეთების (ზოგჯერ კი „არ მიაყენო ზიანის“) საფუძველზე, თუ პაციენტი არაა ავტონომიური ან მეტწილად არაა დამოუკი-

დებელი (მაგალითად, კოგნიტური დისფუნქცია აქვს მძიმე ავადმყოფობის, დეპრესიის ან ნარკომანიის გამო).³⁰

რბილი პატერნალიზმი შეიცავს სირთულეებს, რადგან რთულია იმის დადგენა, იყო თუ არა პაციენტი არაავტონომიური გადანყვეტილების მიღებისას, ასევე, იყო თუ არა ეთიკურად გამართლებული ქმედება, რომელიც შეესაბამება ექიმის გადმოსახედიდან პაციენტისთვის ღირებული ჩანდა. მკაცრი პატერნალიზმის დროს ექიმის ქმედება, რომელიც პაციენტისთვის სარგებლის მოტანას ისახავს მიზნად, ეწინააღმდეგება იმ ავტონომიური პაციენტის ნებაყოფლობით გადანყვეტილებას, რომელიც სრულად ინფორმირებული და ქმედუნარიანია. ამიტომ ეს ქმედება გაუმართლებელია ეთიკური თვალსაზრისით. მძიმე პატერნალიზმის მასშტაბის მეორე მხარეს მომხმარებლობაა, პაციენტის ავტონომიის იშვიათი და უკიდურესი ფორმა, რომლის მიხედვითაც, ექიმის როლი შემოიფარგლება სამედიცინო ინფორმაციის, მკურნალობის დასაშვები ინტერვენციის ყველა ვარიანტისა და მეთოდის მიწოდებით მაშინ, როცა სრულად ინფორმირებული პაციენტი ირჩევს დასაშვები ვარიანტებიდან ერთ-ერთს. ამ მოდელში ექიმის როლი შეზღუდულია; ეს მიდგომა არ იძლევა პაციენტის სასარგებლოდ ექიმის ცოდნისა და უნარების სრულად გამოყენების შესაძლებლობას, უტოლდება პაციენტისგან უარის თქმას და, შესაბამისად, ეთიკურად გაუმართლებელია.³¹

4. სამედიცინო სამართლის ინტერდისციპლინური ხასიათი

სამედიცინო სამართალი სამართლის ინტერსექტორული (ინტერდისციპლინური) დარგია. ფაქტობრივად, სამედიცინო სამართალი არის სამართლის სფეროებს შორის გზაჯ-

30 Tonelli, M. R., Misak, C. J., (2010). Compromised Autonomy and the Seriously Ill Patient, CHEST, 137, 4, p. 926, DOI: [10.1378/chest.09-1574](https://doi.org/10.1378/chest.09-1574)

31 Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, Med Princ Pract, Vol. 30, p. 21, <https://doi.org/10.1159/000509119>

ვარედინზე. ის მოიცავს საჯარო სამართლის, ასევე, სამოქალაქო და სისხლის სამართლის ასპექტებს და არ შეუძლია თავი დააღწიოს ევროპული სამართლის გავლენას.³²

არსებობს მოსაზრება, რომ სამედიცინო სამართალი ეხება სფეროს, რომელშიც კანონი განსაკუთრებით ხელს უწყობს კარგ ქცევას. სინამდვილეში სამედიცინო სამართალი დიდწილად განვითარდა სამართლის სხვა სფეროების, როგორცაა დელიქტური სამართალი და სისხლის სამართალი, პრინციპების გადმოღებით. ფაქტობრივად, ტერმინი „**სამედიცინო სამართალი**“ გამოიყენება **სამართლებრივი ურთიერთობების ფართო სპექტრის მიმართ**. სამედიცინო სამართალი არეგულირებს დელიქტურ პასუხისმგებლობას, ზოგჯერ კი სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობას, ასევე, დელიქტურ და სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას შესაბამისი თანხმობის გარეშე მკურნალობის განწესების, **ანესებს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას გაუფრთხილებლობითი მკვლელობისა და სამედიცინო მკვლელობისთვის – ევთანაზიისთვის** (რაც ინგლისში მკვლელობად განიხილება), თვითმკვლელობაში დახმარებისთვის. ამასთან, სამედიცინო სამართალი შეეხება სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას კონფიდენციალობის დაცვის მოვალეობის დარღვევისთვის, აბორტისთვის, სხეულის ნაწილების გამოყენებისთვის, მათ შორის ორგანოების დონორობისა და გარდაცვალების დადგენისთვის. ასევე, სისხლის სამართლის ნორმები მოქმედებს იმ შემთხვევაშიც, როდესაც მკურნალობას შეუწყვეტენ და უარს ეტყვიან პაციენტს, რომელსაც გადაწყვეტილების მიღება არ შეუძლია. ერთი სიტყვით რომ ითქვას, **სამედიცინო სამართალი ვრცელდება ადამიანის მთელ ცხოვრებაზე დაბადებიდან გარდაცვალებამდე**. ბევრ საკითხს, რომელსაც იურისტ-მედიკოსები განიხილავენ, აქვს ძლიერი ეთიკური გავლენა. ამიტომ მნიშვნელოვანია სამართლებრივი და ეთიკური საკითხების ერთმანეთისგან გამიჯვნა.³³

32 Janda, C., (2019). Medizinrecht, 4. Auflage, München, S. 27; Janda, C., (2022). Medizinrecht, 5. Auflage, S. 27.

33 Foster, C., Herring, J., (2021). The Law as a Moral Agent: Making People Good, Springer, p. 63.

ამასთან, **სამედიცინო სამართალი განიხილება კომპლექსურ სამართლებრივ ინტერდისციპლინურ დარგად**, რადგან ის აერთიანებს ბიოეთიკას, ჯანდაცვის კანონმდებლობას, სისხლის სამართლისა და სამოქალაქო კოდექსებს, ჯანმრთელობისა და სიცოცხლის ხარისხზე ზრუნვას; ასევე, ჯანმრთელობას აღიქვამს მედიკო-სოციალურ და იურიდიულ კატეგორიად.³⁴ სამედიცინო სამართალი არის სამართლის კომპლექსურად განვითარებული დარგი, რომელიც მოიცავს სამედიცინო საქმიანობის სფეროში საზოგადოებრივი ურთიერთობების მომწესრიგებელ სამართლის ნორმებს. შესაბამისად, სამედიცინო სამართლის საგანი ის საზოგადოებრივი ურთიერთობებია, რომლებიც სამედიცინო საქმიანობის განხორციელების პროცესში წარმოიშობა. სამედიცინოდ განიხილება საქმიანობა, რომელიც აერთიანებს სამედიცინო მომსახურების გაწევასა და ორგანიზებას, ადამიანთა სანიტარულ-ეპიდემიოლოგიური კეთილდღეობის უზრუნველყოფას, სამედიცინო გამოკვლევების ჩატარებას.³⁵

სამედიცინო სამართალს აქვს გარკვეული ნიშნები, რომლებითაც ის განსხვავდება სამართლის სხვა დარგებისგან. საყურადღებოა სამედიცინო სამართლის შემდეგი თავისებურებები:

ა. ისაა შერეული, რადგან **შეიცავს საჯარო და კერძოსამართლებრივ ფორმებს, მატერიალური და საპროცესო სამართლის** (მტკიცებითი სამართლის, სამოქალაქო საპროცესო და სისხლის საპროცესო სამართლის) ნორმებს;

ბ. **სამედიცინო სამართალი დინამიკური ხასიათისაა**, რადგან მედიცინის თანამშრომელთა საქმიანობის მომწესრიგებელ წესებს ყოველთვის უნდა შეეძლოს ადაპტაცია აუცილებელ ახალ დიაგნოსტიკურ, თერაპიულ და გამოკვლევის პროცედურებთან;

34 გორდელაძე, დ., ჩაჩიბაია, თ., (2015). ბიოეთიკა და სამედიცინო სამართალი, თბ., 32.

35 Агиевец, С. В. и др., (2022). Медицинское право: учебник, под ред. Агиевец С. В., Василевича Г. А., Минск, 8.

გ. ამასთან, ის ობიექტურია იმით, რომ კანონი განსაზღვრავს მის თანმიმდევრულობას;

დ. სამედიცინო სამართალი მეტწილად იმპერატიულ ხასიათს ატარებს. მასში შემავალი იურიდიული ნორმები ატარებს ეთიკურ, მორალურ და ფუნდამენტალისტურ ხასიათს, თუმცა არ შეიძლება გამოირიცხოს მხარეთა სპეციალური შეთანხმებები, განსაკუთრებით მაშინ, როცა საქმე ეხება საზოგადოებრივ წესრიგსა და ჯანმრთელობას.³⁶ იმპერატიული ნორმების დროს მხარეებს არ აქვთ ამ წესისგან გადახვევისა და ურთიერთობის სხვაგვარად მოწესრიგების შესაძლებლობა.³⁷

განსაკუთრებულია აღნიშნული ურთიერთობების მოწესრიგებაში საერთაშორისო აქტების როლი. მნიშვნელოვანი საერთაშორისო სამართლებრივი აქტებიდან საყურადღებოა „ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ“ საერთაშორისო პაქტი. ამ პაქტის მე-12 მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით, ხელშემკვრელი სახელმწიფოები აღიარებენ „ყველა ადამიანის უფლებას უმაღლესი ხარისხის ფიზიკურ და ფსიქიკურ ჯანმრთელობაზე.“ რა თქმა უნდა, ეს არ აისახება ნეგატიურ განზომილებაში, როგორც ავადმყოფობისგან თავისუფლებაზე უფლება. ასეთი უფლება არ შესრულდებოდა, თუ ეს დამოკიდებული იქნებოდა ადამიანის ორგანიზმში შემთხვევითობებსა და გაუთვლელ პროცესებზე. საერთაშორისო პაქტში განმტკიცებული უფლება ჯანმრთელობაზე იძლევა შესაძლებლობას, პირმა თავისუფლად მიიღოს გადაწყვეტილება საკუთარ სხეულსა და ჯანმრთელობაზე. ეს უკავშირდება სამედიცინო მოქმედებების ჩატარებისთვის თანხმობის გაცემას.³⁸

ამასთან, აღნიშვნის ღირსია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, რომელიც მე-8 მუხლის ფარგლებში იცავს პაციენტის

პირად ავტონომიას. თუნდაც პაციენტის უარი კონკრეტულ სამედიცინო ჩარევაზე ინვევდეს ფატალურ შედეგს, სამედიცინო პროცედურის ჩატარება გონებრივად ჯანმრთელი და სრულწლოვანი პაციენტის თანხმობის გარეშე გულისხმობს მისი ფიზიკური ხელშეუხებლობის უფლების დარღვევას, რაც ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლს ხელყოფს.³⁹

პაციენტის ავტონომია ავტონომიურ უფლებათა გამოვლენის ერთ-ერთი ფორმაა, რომელიც უკავშირდება ინფორმირებულ თანხმობას. ინფორმირებული თანხმობის გაცემისას ერთდროულად უნდა იყოს დაცული რამდენიმე წესი: ნებაყოფლობითობა, გადანყვეტილების მიღების შესაძლებლობა, პაციენტისთვის საკუთარი სამედიცინო მდგომარეობის შესახებ ინფორმაციის გამჟღავნება, პაციენტს უნდა ჰქონდეს გაცნობიერების უნარი და მას უნდა შეეძლოს გადაწყვეტილების მიღება.⁴⁰

პაციენტს უნდა ჰქონდეს სათანადო პირობები და საკმარისი დრო, გააანალიზოს კლინიკის მიერ მიწოდებული ცნობები, ვინაიდან თანხმობის ნებაყოფლობით გაცემა გამორიცხავს გაუმართლებელი ზეწოლის ან სხვა გარემოებების ზეგავლენის გზით ნების გამოვლენას. საქმე ისაა, რომ თუ პაციენტს მიაწოდეს ინფორმაცია სამედიცინო აჩაკომფოჩული (მედიკამენტოზური) ძილის სესიებს შორის მაშინ, როცა ის იმყოფებოდა ძლიერი სტრესისა და დაღლილობის მდგომარეობაში, ნაკლებად სავაჩაუდოა, რომ მან ინფორმირებული გადაწყვეტილება მიიღოს.⁴¹ პაციენტმა შეიძლება რჩევა სთხოვოს ახლობლებს, რო-

36 Varsi Rospigliosi, E., (2003). Medical Law: Perú, International Encyclopedia of Laws, Netherlands, p. 43.
37 იბ. Bydlinski P., (2007). Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis, 7., wesentlich überarbeitete Auflage, Wien, S. 13.
38 Janda, C., (2019). Medizinrecht, 4. Auflage, München, S. 28.

39 Jehovah’s Witnesses of Moscow and Others v. Russia, no. 302/02, 10 June, 2010.
40 Carmen, M. G. Del, Joffe, S., (2005). Informed Consent for Medical Treatment and Research: A Review, The Oncologist, №10 (8), p. 637; ბიჭია, მ., (2022). ინფორმირებული თანხმობის გაცემის ოქროს წესები ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, სტატიათა კრებული „ადამიანის უფლებათა დაცვა: საერთაშორისო და ეროვნული გამოცდილება“, რედ. კორკელია კ., თბ., 180.
41 Konovalova v. Russia, no. 37873/04, 9 September, 2014; ასევე, A.S. v. Hungary, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August, 2006.

მელთა აზრიც, ცხადია, მის არჩევანზე გავლენას მოახდენს. თუმცა, თუ პაციენტისთვის ეს რჩევები არის არა ბრძანება, არამედ გადაწყვეტილების მისაღებად დამატებითი ინფორმაცია, მაშინ მისი საბოლოო გადაწყვეტილება (არჩევანი) იქნება ავტონომიური. ასევე, შესაძლოა, პაციენტი დაეთანხმოს ან არ დაეთანხმოს წინადადებას, მიიღოს ექიმის ჩანაფიქრი. პაციენტმა რომ გამოხატოს თანხმობა, ის ექიმის შეთავაზებას საკუთარ გადაწყვეტილებად აქცევს, შესაბამისად, პაციენტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილებაც იქნება ავტონომიური.⁴²

ამასთან, სამედიცინო სამართლის სფეროზე შეინიშნება ევროპული სამართლის გავლენაც. საქმე ისაა, რომ ევროპული სამართალი მოიცავს ჯანმრთელობის დაცვასთან დაკავშირებულ წესებს, რომლებიც ეხება ხელშემკვრელი სახელმწიფოებისთვის ცხოვრებისა და შრომის პირობების გაუმჯობესებას. **ევროპული სამართალი ნევრი სახელმწიფოებისთვის ადგენს პოლიტიკას მოსახლეობის ჯანმრთელობის ხარისხის ამაღლების, ავადმყოფობების წინააღმდეგ ბრძოლის, ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში განათლების მიღებისა და სხვა საკითხების მიმართულებით.**⁴³ შესაბამისად, ესაა გარკვეული ორიენტირი, რომლითაც ხელმძღვანელობენ ჯანდაცვის სფეროში ნევრი სახელმწიფოები.

სამედიცინო სამართალი განეკუთვნება რთულ (კომპლექსურ) დარგთა კატეგორიას, რის გამოც სამართლებრივი რეგულირების მეთოდები განსხვავებული იქნება, საზოგადოებრივი ურთიერთობის ხასიათიდან გამომდინარე. მაგალითად, ვინაიდან ჯანდაცვის სფეროში განვითარებული ურთიერთობების უმეტესობა სამოქალაქო სამართლებრივი ხასიათისაა, სამართლებრივი რეგულირების მეთოდი ამ შემთხვევაში ეფუძნება ნებართვით წესებს. თუ სამედიცინო სამართა-

ლში განიხილება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობები, მაშინ მათი რეგულირების მეთოდები ორიენტირებულია აკრძალვებზე, ხოლო ადმინისტრაციული სამართლებრივი ურთიერთობების დროს – მავალდებულებელ წესებზე.⁴⁴

სამედიცინო სამართალში იმპერატიული ნორმების არსებობაც ბუნებრივი უნდა იყოს, რადგან სამედიცინო სამართალი, უპირველეს ყოვლისა, საჯარო სამართლის დარგია ფართო გაგებით. სამედიცინო სამართლის მრავალი მანდატისთვის, იქნება ეს ჰოსპიტალური სექტორი, საექიმო კონტრაქტების სამართალი, პროფესიული სამართალი, ნარკოტიკების, სამედიცინო მოწყობილობებისა (პროდუქტების) და ფარმაცევტული სამართალი, აუცილებელია როგორც საჯარო სამართლის ნორმების სტრუქტურის, ისე საჯარო სამართლის მომწესრიგებელი ინსტრუმენტების გაგება. ეს უფრო მეტად მისაღებია, როცა სამედიცინო სამართლის ეს ნაწილი განიხილება კომერციულ ადმინისტრაციულ სამართლად.⁴⁵

მაგალითად, სამედიცინო მომსახურებით სარგებლობა და სახელმწიფოს მხრიდან ამ მომსახურების **ანაზღაურების პროცედურა ეფუძნება იმპერატიულად დადგენილ წესთა მკაცრ დაცვას.** ეს გულისხმობს როგორც სამედიცინო დაწესებულების მიერ სამედიცინო დოკუმენტაციის სწორად წარმოებასა და განუვლ მომსახურებაზე სააგენტოსთვის რეალური ინფორმაციის მიწოდებას, ისე ასეთი ინფორმაციის წარდგენისას სახელმწიფო პროგრამის ფარგლებში ადმინისტრაციული ორგანოს მხრიდან ანაზღაურების მოვალეობის წარმოშობას. წარდგენილ ინფორმაციაში არსებითი შეუსაბამობის გამოვლენა შეიძლება გახდეს კლინიკისთვის თანხის ანაზღაურებაზე უარის თქმის ან უკვე ანაზღაურებული თანხის დაბრუნების დავალების წინაპირობა. საქართველოში სსიპ „სამედიცინო საქმიანობის სახელმწიფო

42 ბიჭია, მ., (2019). პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვისა და ინფორმირებული თანხმობის გაცემის თავისებურებები (ქართული და ევროპული მიდგომები), ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, №12, 52.

43 Janda, C., (2022). Medizinrecht, 5. Auflage, München, S. 28.

44 Агиевец, С. В. и др., (2022). Медицинское право: учебник, под ред. Агиевец С. В., Василевича Г. А., Минск, 8-9.

45 Ratzel, R., (2008). Luxenburger B., Handbuch Medizinrecht, Saarbrücken, S. 3-4.

რეგულირების სააგენტოს“ ევალუება სამედიცინო დოკუმენტაციის რევიზია. კერძოდ, მის კომპეტენციაში შედის, დაადასტუროს პაციენტის სამედიცინო დოკუმენტაციაში არსებული მონაცემების შეუსაბამობა შეტყობინების სისტემაში გადაცემულ დიაგნოზსა და ჩარევასთან. ერთ-ერთ საქმეზე დადგინდა, რომ ამ საკითხების განხილვა ადმინისტრაციული სამართლის შესწავლის საგანია.⁴⁶

გარდა ამისა, **სამედიცინო ბარათის ზედმინვენით წარმოებას აქვს სასიცოცხლო მნიშვნელობა პაციენტის ჯანმრთელობის მდგომარეობის გაუმჯობესების კუთხით**, განსაკუთრებით ისეთ პირობებში, როდესაც პაციენტის მკურნალობისთვის ერთი სამედიცინო დაწესებულების მონაწილეობა საკმარისი არაა და დამატებით საჭირო ხდება სხვა სამედიცინო დაწესებულების ჩართულობა. ამ შემთხვევაში პაციენტის ჯანმრთელობის მდგომარეობის მინიმალურ დროში გაუმჯობესებისთვის არსებითია, ერთი სამედიცინო დაწესებულებიდან მეორე სამედიცინო დაწესებულებამდე მაქსიმალურად მეტი ინფორმაცია აღწევდეს. აღნიშნული საკითხი იმითაა განპირობებული, რომ ინფორმაციის დროულ გაცვლას მოჰყვება დროის მცირე მონაკვეთში პირველადი სამედიცინო გამოკვლევების ეფექტურად ჩატარება და საჭირო სამომავლო სამედიცინო ღონისძიებების დროული განსაზღვრა. ეს მიემართება დაუზუსტებელ დიაგნოზსაც, რომლის შესახებაც ინფორმაციის მიწოდება მეორე სამედიცინო დაწესებულებას აძლევს საშუალებას, **მაქსიმალურად დაავიწროვოს შესაძლო სამედიცინო დიაგნოზების არეალი და აუცილებელი გამოკვლევების** გზით დროის გაცილებით მცირე მონაკვეთში დასვას **დაზუსტებული დიაგნოზი**. თუ სამედიცინო დაწესებულებებს შორის ინფორმაცია არასრულყოფილადაა გაცვლილი, აღნიშნული ქმნის მეორე სამედიცინო კლინიკაში გადაყვანილი პაციენტის მიმართ საჭირო სამედიცინო ღონისძიებების დაგვიანებით განხორციელების რისკს. ფაქტობრივად, ეს

გამოწვეულია იმით, რომ სამედიცინო დაწესებულება იძულებულია, დიაგნოზის დასადგენად ხელმეორედ გაიაროს ის გზა, რაც პირველმა სამედიცინო დაწესებულებამ მასთან მოთავსებული პაციენტის შემოწმებისას უკვე გაიარა. **სამედიცინო ბარათში აისახება პაციენტის ჯანმრთელობის მდგომარეობა**, რაც საფუძვლად ედება ჯანმრთელობის მდგომარეობის შესახებ ცნობის გაცემას. ეს ცნობა შემდგომში წარედგინება იმ სამედიცინო დაწესებულებას, სადაც გადაჰყავთ პაციენტი. ამიტომ საქართველოს საკასაციო პალატამ აღნიშნა, რომ **სამედიცინო ბარათში ნებისმიერი სახის დიაგნოზის (დაზუსტებული თუ დაუზუსტებელი) ასახვას აქვს გადამწყვეტი მნიშვნელობა პაციენტის გამოჯანმრთელების პროცესში და სამედიცინო ბარათის წარმოების ამ ნების დარღვევა ქმნის სამედიცინო შემთხვევის მიძიმედ დასრულების რეალურ საფრთხეს**. აღნიშნულიდან გამომდინარე, ერთ-ერთ საქმეზე დადგინდა, რომ როგორც პაციენტის განერისას ჯანმრთელობის **მდგომარეობის შესახებ ცნობის გაუცემლობა**, ისე დასკვნით **კლინიკურ დიაგნოზში თერაპევტის დიაგნოზისა** (არასტაბილურ სტენოკარდია თუ მწვავე პნევმონია) და კარდიოლოგის დიაგნოზის (არასტაბილური სტენოკარდია) **გაუთვალისწინებლობა**, მათი მნიშვნელობიდან გამომდინარე, **ქმნის ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ პროფესიული სახდელის გამოყენების** საფუძველს. მოცემულ შემთხვევაში პირს შეუჩერდა რამდენიმე თვით სახელმწიფო სერტიფიკატის მოქმედება და დაევალა „გადაუდებელ მედიცინაში“ 2-თვიანი პროფესიული რეაბილიტაციის კურსის გავლა. ამ პირობებში ჯანდაცვის სამინისტროს პროფესიული განვითარების საბჭოსთვის დაზარალებულის სასარგებლოდ ზიანის ანაზღაურება მოიაზრებს საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 207-ე და 208-ე მუხლების გამოყენებას. აღნიშნული კოდექსის 208-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, სახელმწიფო ადმინისტრაციული ორგანოს, ასევე, მისი თანამდებობის პირის ან ამ ორგანოს სხვა სახელმწიფო მოსამსახურის ან საჯარო მოსამსახურის (გარდა

46 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2023 წლის 1 მაისის №ბს-9(კ-23) განჩინება.

ამ მუხლის მე-2 ნაწილით განსაზღვრული საჯარო მოსამსახურისა) მიერ თავისი სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას მიყენებული ზიანისათვის პასუხისმგებელია სახელმწიფო.⁴⁷

აქვე საინტერესოა ერთი საკითხი: ზოგიერთ სამედიცინო დაწესებულებას არ აქვს რამდენიმე მომსახურების განხორციელების შესაძლებლობა, რადგან დაწესებულება არ ფლობს კონკრეტულ ხელსაწყოს, დანადგარს ან არ ჰყავს სპეციალისტს. არადა სწორედ მათი დახმარებით უნდა დაისვას საბოლოო დიაგნოზი. შესაძლოა, ერთ სამედიცინო დაწესებულებაში ჩატარდა კონკრეტული კვლევა ან სამედიცინო აპარატით შემონშება, მეორე სამედიცინო მოქმედების განხორციელება საჭირო გახდა სხვა სამედიცინო დაწესებულებაში და საბოლოო დიაგნოზი დასვა მესამე სამედიცინო დაწესებულების ექიმმა, რომელიც დანარჩენი ორი სამედიცინო დაწესებულების კვლევებს დაეფუძნა. როდესაც სხვა სამედიცინო დაწესებულებებში განხორციელებულმა კვლევებმა განაპირობა მესამე სამედიცინო დაწესებულების ექიმის მიერ არასწორი დიაგნოზის დასმა, სამივე იქნება პასუხისმგებელი შედეგისთვის იმ შემთხვევაში, თუ მესამე დაწესებულების ექიმმა სწორად შეაფასა მის ხელთ არსებული კვლევები, მაგრამ არასწორი დიაგნოზი დასვა მანამდე ჩატარებული არასწორი კვლევების გამო?

საქმე ისაა, რომ ერთ სამედიცინო დაწესებულებაში დაშვებულმა შეცდომამ შეიძლება პირდაპირპროპორციულად განსაზღვროს სხვა დაწესებულებაში საბოლოოდ არასწორი შედეგი – არასწორი დიაგნოზი. შესაბამისად, სხვადასხვა სამედიცინო დაწესებულებაში არსებულ კვლევებს შორის დგინდება ლოგიკური ჯაჭვი, რომელიც ხშირ შემთხვევაში ხელმყოფი პირის პასუხისმგებლობისგან არიდებასა თუ დაუზუსტებლობასთან ასოცირდება. უმჯობესია, მსგავს შემთხვევაში სამედიცინო დაწესებულებამ არ აწარმოოს ისეთი საქმიანობა, რომლის განსახორციელებლად მას არ აქვს შესაბა-

მისი პროფესიული ინვენტარი და არ ჰყავს სათანადო სფეროს სპეციალისტი. ამასთან, თუ სხვა გამოსავალი არაა, შესაძლოა, სხვა სამედიცინო დაწესებულებამ იტვირთოს „დამხმარეს“ როლი და განახორციელოს სამედიცინო მომსახურება, მაგრამ ამ პირობებში უნდა იყოს უზრუნველყოფილი როგორც კვალიფიციურად კვლევების წარმოება, ისე დიაგნოზის დამსმელი სამედიცინო დაწესებულების ექიმთან სრული და ზუსტი ინფორმაციის მიწოდება. სხვა შემთხვევაში დიდია პასუხისმგებლობისგან თავის არიდებისა და სამედიცინო გადაცდომების საფრთხეები. სსკ-ის 1007-ე მუხლის მიხედვით, სამედიცინო დაწესებულებაში მკურნალობისას (ქირურგიული ოპერაციის ან არასწორი დიაგნოზით დამდგარი შედეგი და სხვ.) პირის ჯანმრთელობისათვის მიყენებული ზიანი ანაზღაურდება საერთო საფუძვლებით. თუმცა ზიანის მიმყენებელი შეიძლება განთავისუფლდეს პასუხისმგებლობისაგან, თუ დაამტკიცებს, რომ ზიანის დადგომაში მას ბრალი არ მიუძღვის. შესაბამისად, ზემოთ მოცემული მაგალითი წარმოშობს შემდეგ სირთულეებს: მესამე სამედიცინო დაწესებულების ექიმმა უნდა დაამტკიცოს საკუთარი ბრალის არარსებობა, რომ თავისი პასუხისმგებლობა გამორიცხოს. ამასთან, დაზარალებულს გაუჭირდება პასუხისმგებელი სუბიექტის დადგენა.

იმპერატიული მეთოდი ძალაუფლების შემცველი ინსტრუქციების მეთოდი, რომელიც ახასიათებს უპირველესად ძალაუფლებით ურთიერთობებს. სამედიცინო საქმიანობიდან გამომდინარე ეს სამართლებრივი ურთიერთობები შეეხება ჯანდაცვის დაწესებულებების, მათი ცალკეული (სტრუქტურული) განყოფილებების, მენარმეების და ა.შ. სახელმწიფო რეგულაციების შესრულებას (მაგალითად, ლიცენზირება, სტანდარტიზაცია, სერტიფიცირება). **დისპოზიციური მეთოდი გულისხმობს სამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეთა იურიდიულ თანასწორობას**. ამდენად, სამედიცინო ჩარევის გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილება, ძირითადად, აქვს პაციენტს. ამ ვითარებაში შეიძლება ჩამოყალიბდეს

47 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2021 წლის 1 ივლისის №ბს-853(კ-20) განჩინება.

პაციენტისა და ექიმის ურთიერთობის სამართლებრივი რეგულირების კონკრეტული მეთოდი, რომელიც თან ახლავს მხოლოდ სამედიცინო სამართალს, ესაა სამედიცინო ჩარევასთან დაკავშირებით პაციენტის ან მისი წარმომადგენლის აზრის პრიორიტეტულობის მეთოდი.⁴⁸

ქართულ სამართლებრივ სივრცეში ნაკლებადაა შესწავლილი ჯანდაცვის **სამართალი, როგორც ადმინისტრაციული სამართლის ნაწილი**. ჯანმრთელობის დაცვის კანონმდებლობას უმნიშვნელოვანესი ფუნქცია აკისრია – ჯანდაცვის სისტემაში წესრიგის დაცვა. საქართველოში ჯანმრთელობის დაცვის სამართლის ნორმების ერთიანი კოდიფიკაცია არ არსებობს. შესაბამისად, აქ წარმოდგენილია, ერთი მხრივ, ის უამრავი საკანონმდებლო თუ კანონქვემდებარე აქტი, რომელიც ამ სფეროში მოქმედებს და, მეორე მხრივ, სხვადასხვა დარგობრივი კანონი, რომელშიც უხვადაა ჯანმრთელობის დაცვის ნორმების ან/და ჯანდაცვის სამართალთან დაკავშირებული ნორმები. „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის 1-ლი მუხლის მიხედვით, ეს კანონი აწესრიგებს ურთიერთობებს სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოებსა და პირებს შორის მოქალაქეთა ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში.⁴⁹

„ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი არის უმნიშვნელოვანესი სამართლებრივი დოკუმენტი, რომლის მიხედვითაც **დადგენილია ზოგადი პოსტულატები ჯანდაცვის სფეროში სახელმწიფო პოლიტიკის პრინციპების**, მოქალაქეთა უფლებების, ჯანმრთელობის სისტემის მართვის, ორგანიზაციისა და დაფინანსების, სამედიცინო საქმიანობისა და სამედიცინო დაწესებულების ორგანიზაციულ-სამართლებრივი მოწესრიგებისა და სხვა საკითხების შესახებ. ჯანდაცვის პოლიტიკა უშუალოდ დაკავშირებულია ჯანდაცვის ად-

მინისტრირებასთან. მოცემული კანონით გათვალისწინებულია ჯანდაცვის პოლიტიკის ამოცანები, რომლებიც ჯანდაცვის სამართლებრივ მოწესრიგებას ეხება. ქვეყნის აღმასრულებელი ხელისუფლების მიერ კანონის შესრულებისას კანონი მიმართულია მრავალი სტრატეგიული გეგმის დანერგვისა და შესაბამისი შედეგების მიღწევისკენ.⁵⁰

საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის სამინისტრო ის ადმინისტრაციული ორგანოა, რომელსაც აქვს უფლებამოსილება, სახელმწიფო მართვის მექანიზმებით უზრუნველყოს ჯანმრთელობის მართვის სრული სისტემის მართვა და შესაბამისი პოლიტიკის გატარება. ამასთან, ცალკე მიღებულია კანონი „საექიმო საქმიანობის შესახებ“, რომელიც აწესრიგებს სამართლებრივ ურთიერთობებს დამოუკიდებელი საექიმო საქმიანობის სუბიექტს, პარამედიკოსსა და სახელმწიფო ორგანოებს, ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს შორის (მე-2 მუხლი). ეს კანონი ადგენს დამოუკიდებელი საექიმო საქმიანობის უფლების, სამედიცინო უწყვეტი პროფესიული განვითარების, სახელმწიფო სერტიფიცირების, პროფესიული პასუხისმგებლობისა და სხვა საკითხებს. ასევე, „საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის შესახებ“ საქართველოს კანონის **მიზანია მოსახლეობის ჯანმრთელობისა და ცხოვრების ჯანსაღი წესის დამკვიდრების ხელშეწყობა**; ადამიანის ჯანმრთელობისთვის უსაფრთხო გარემოს უზრუნველყოფა და სხვა. ეს კანონიც მკაფიოდ განსაზღვრავს საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის პრინციპებსა და სახელმწიფოს ვალდებულებებს. დასახელებული კანონები, სხვა კანონებთან ერთად, დაკავშირებულია ჯანდაცვის სამართალთან, როგორც ადმინისტრაციული სამართლის ნაწილთან.⁵¹

საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაში გამოიკვეთა, რომ **სერტიფიკატის გაცემის**

48 Агиевец, С. В. и др., (2022). Медицинское право: учебник, под ред. Агиевец С. В., Василевича Г. А., Минск, 9.

49 მაკარაძე, დ., ხაზარაძე, გ., (2014). ადმინისტრაციული ორგანოს პასუხისმგებლობა ჯანმრთელობის დაცვის სამართალში, თბ., 72-73.

50 თალაკვაძე, ა., გოცაძე, თ., ბოკერია, ი., ბაქაქური, ნ., სხვიტარიძე, ზ., გზირიშვილი, დ., (2011). ჯანდაცვის კანონმდებლობის მიმოხილვა და სამართლებრივი ანალიზი, თბ., 76.

51 მაკარაძე, დ., ხაზარაძე, გ., (2014). ადმინისტრაციული ორგანოს პასუხისმგებლობა ჯანმრთელობის დაცვის სამართალში, თბ., 74-75.

საკითხი არის ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის განხილვის საგანი. დამოუკიდებელი საექიმო საქმიანობის უფლებას პირს ანიჭებს პროფესიული განვითარების საბჭო სახელმწიფო სერტიფიკატის გაცემის გზით. სერტიფიკატის გაცემისთვის აუცილებელია „საექიმო საქმიანობის შესახებ“ საქართველოს კანონით დადგენილი პირობების დაცვა. სამედიცინო დაწესებულებამ შეიძლება მაქსიმალური დისციპლინური სახდელის სახით გამოიყენოს საექიმო საქმიანობის სუბიექტის მიმართ სამედიცინო დაწესებულებიდან გათავისუფლება, ხოლო საბჭოს მიერ განსაზღვრული უმკაცრესი პასუხისმგებლობის ზომას სახელმწიფო სერტიფიკატის გაუქმება, შესაბამისად, დამოუკიდებელი საექიმო საქმიანობის უფლების აკრძალვა.⁵²

ამასთან, ადმინისტრაციული ორგანოს მხრიდან კანონსაწინააღმდეგო, ბრალული ქმედებით მიყენებული ზიანის კვალიფიკაციისთვის უნდა გაირკვეს „სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების“ ცნების ფუნქციური დატვირთვა, რაც საჯარო სამართლებრივი უფლებამოსილებების განხორციელების პროცესს გულისხმობს.⁵³ როგორც ზემოთ განხილულიდან ჩანს, სამედიცინო სამართალი არ შემოიფარგლება ადმინისტრაციული სამართალით. სამედიცინო სამართალი უკავშირდება სამართლის სხვადასხვა სფეროს ფართო წრეს: სისხლის სამართალს, ადამიანის უფლებების სამართალს, დელიქტურ სამართალს, სახელშეკრულებო სამართალს, საჯარო სამართალს, სანივთო სამართალსა და საოჯახო სამართალს.⁵⁴

განსაკუთრებულია სამედიცინო დავებზე დაზარალებულის ინტერესების დაცვის საქმეში სახელშეკრულებო სამართლის როლი. სპეციფიკურია სახელშეკრულებო სამართალის ნორმები, რომლებიც არეგუ-

ლირებს სახელშეკრულებო ვალდებულებებს, მათი თავისებურებების გათვალისწინებით. თუმცა განსხვავებულ შესაძლებლობას იძლევა სსკ-ის 326-ე მუხლი, რომლის მიხედვითაც, სახელშეკრულებო ვალდებულების შესახებ წესები გამოიყენება ასევე სხვა არასახელშეკრულებო ვალდებულებათა მიმართ, თუ ვალდებულების ხასიათიდან სხვა რამ არ გამომდინარეობს.⁵⁵ ეს ნორმა წარმატებით გამოიყენება სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო პერსონალისა და სამედიცინო დაწესებულების მიერ პაციენტის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის მიყენებული ზიანის შედეგად წარმოშობილი დავების კვალიფიკაციისას. მოცემული ვალდებულება წარმოიშობა დაზარალებულის აბსოლუტური უფლების დარღვევის შედეგად, ატარებს არასახელშეკრულებო ხასიათს და მიმართულია ქონებრივი ან მორალური ზიანის ანაზღაურებისკენ. შესაბამისად, დელიქტური ზიანის ანაზღაურების დაკისრების დროს გამოიყენება სახელშეკრულებო ზიანის კომპენსირების მომწესრიგებელი ნორმები.⁵⁶

საქმე ისაა, რომ ხელშეკრულების დადება არ გამორიცხავს დელიქტური ვალდებულების წარმოშობას. ვალდებულების სამართლებრივი ბუნების დასადგენად განმსაზღვრელია იმის გარკვევა, რა იურიდიული ფაქტი უდევს საფუძვლად ზიანის წარმოშობას – სახელშეკრულებო პირობების დარღვევა თუ მართლსაწინააღმდეგო ქმედებით აბსოლუტური ქონებრივი და არაქონებრივი უფლებების ხელყოფა.⁵⁷ სსკ-ის 1007-ე მუხლის მიზანია, რომ სამედიცინო დაწესებულებასა და პაციენტს შორის სახელშეკრულებო ვალდებულებიდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურებაზე გავრცელდეს დელიქტური პასუხისმგებლობა. დელიქტური პასუხის-

52 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2018 წლის 18 ოქტომბრის №ბს-257-257(კ-18) განჩინება.

53 ტურავა, პ., წიკვლაძე, ნ., (2010). ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბ., 146.

54 Herring, J., (2012). Medical law and ethics, 5.th edition, Oxford, p. 2; Herring, J., (2022). Medical law and ethics, 9.th edition, Oxford, p. 2.

55 ბიჭია, მ., (2020). კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, მე-3 გამოცემა, თბ., 41.

56 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 17 ნოემბრის №ას-1169-2022 გადაწყვეტილება.

57 კვანტალიანი, ნ., (2014). პაციენტის უფლებები და ჯანმრთელობის დაცვის პერსონალის სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძვლები, თბ., 55.

მგებლობის მოწესრიგების ზოგადი საფუძველია სსკ-ის 992-ე მუხლი. ამიტომაც სსკ-ის 1007-ე მუხლი განიხილება დელიქტურ ვალდებულებებში გამონაკლისად.⁵⁸

დასკვნა

როგორც ჩანს, სამედიცინო სამართალი ინტერდისციპლინური დარგია, რადგან მოიცავს არა მხოლოდ სამართლის, არამედ მეცნიერების სხვა დარგებსაც, როგორცაა ბიოეთიკა, მედიცინა, ფსიქოლოგია. რაც შეეხება სამართლის დარგთა სისტემაში სამედიცინო სამართლის ადგილს, სამედიცინო სამართალი არ შეიძლება სწორხაზოვნად სამართლის მხოლოდ ერთ დარგს განვაკუთვნოთ. ესაა სამართლის დარგი, რომელიც მოიცავს როგორც საჯარო (ადმინისტრაციული) სამართლის, ისე სისხლის სამართლის, სახელშეკრულებო და დელიქტური სამართლის ნაწილებს. ფაქტობრივად, შეიძლება ითქვას, რომ სამედიცინო სამართალი ზოგადი გაგებით საჯარო და კერძო სამართლის ჰიბრიდული ვარიანტია. ამიტომ სამედიცინო სამართალი უნდა ჩაითვალოს სამართლის კომპლექსურ დარგად.

კვლევა ადასტურებს, რომ სამედიცინო სამართალი მოიცავს როგორც ნებადართვით და აკრძალვით, ისე მავალდებულებელ წესებს. **სამედიცინო სამართლის დისპოზიციური ნაწილი ასოცირდება** სამოქალაქო სამართალთან, მავალდებულებული და აკრძალვითი წესები – საჯარო სამართალთან (ადმინისტრაციული სამართალი და სისხლის სამართალი). **სამედიცინო სამართლის ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი ნაწილი მოიცავს სერტიფიცირების, სერტიფიკატის გაუქმების, ჯანმრთელობის მდგომარეობის შესახებ დოკუმენტაციის სა-**

თანადოდ წარმოების, ფარმაცევტული საქმიანობისა და სხვა წესებს. სამედიცინო სამართლის კერძოსამართლებრივი ნაწილი, ძირითადად, ეხება სახელშეკრულებო სამართლის თუ დელიქტური ვალდებულებების მომწესრიგებელ ნორმებს.

ამასთან, სამედიცინო სამართალს აქვს მჭიდრო კავშირი სამედიცინო ეთიკასთან, მაგრამ ამით არ შემოიფარგლება. **გარდა სამედიცინო ეთიკისა, სამედიცინო სამართალი მოიცავს სხვა კომპონენტებს. სამართლის ნორმების დარღვევამ შეიძლება განაპირობოს ხელმყოფის მიმართ სანქციის დაკისრება, თუმცა არ განიხილებოდეს არაეთიკურად. ამასთან, არაა გამორიცხული არაეთიკურმა მოქმედებამ განაპირობოს სამართლის წესების დარღვევა და, შესაბამისად, სამართლებრივი პასუხისმგებლობა (ეს იქნება ადმინისტრაციული თუ სამოქალაქო პასუხისმგებლობა). შესაბამისად, სამედიცინო სამართლის სფეროში რომელი სამართლებრივი რეგულირების მეთოდი (დისპოზიციური თუ იმპერატიული) იქნება გამოყენებული, დამოკიდებულია უშუალოდ საზოგადოებრივი ურთიერთობების ხასიათზე.**

აქვე აღსანიშნავია, რომ სამედიცინო სამართლის სფეროში განსაკუთრებულია კერძო სამართლის როლი. საქმე ისაა, რომ სამედიცინო სფეროში შეიძლება გამოყენებულ იქნეს როგორც სახელშეკრულებო, ისე დელიქტური სამართლის ნორმები. ეს კიდევ უფრო ცხადია, თუ გავითვალისწინებთ, რომ, სსკ-ის 326-ე მუხლის მიხედვით, სახელშეკრულებო ვალდებულების შესახებ წესები გამოიყენება ასევე სხვა არასახელშეკრულებო ვალდებულებათა მიმართ, თუ ვალდებულების ხასიათიდან სხვა რამ არ გამომდინარეობს. ამდენად, პაციენტის კერძოსამართლებრივი მოთხოვნების დაცვას უზრუნველყოფს სახელშეკრულებო და დელიქტური სამართლის ნორმები.

58 სუხიტაშვილი, თ., სუხიტაშვილი, დ., (2011). სახელშეკრულებო და დელიქტური პასუხისმგებლობის სარჩელების კონკურენცია, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, N3(30), 71-72; ბიჭია, მ., (2021). სამედიცინო დაწესებულების მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურების სპეციფიკა: თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, №2, 96.

ბიბლიოგრაფია:**ნორმატიული მასალა:**

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 1997 წ. 26 ივნისი, N786-IIIს.
2. „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი, 1997 წ. 10 დეკემბერი, N1139-IXს.
3. „საექიმო საქმიანობის შესახებ“ საქართველოს კანონი, 2001 წ. 8 ივნისი, N904-IIIს.
4. „საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის შესახებ“ საქართველოს კანონი, 2007 წ. 27 ივნისი, N5069-რს.

სამეცნიერო ლიტერატურა:

1. ბიჭია, მ., (2022). ინფორმირებული თანხმობის გაცემის ოქროს წესები ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, სტატიათა კრებული „ადამიანის უფლებათა დაცვა: საერთაშორისო და ეროვნული გამოცდილება“, რედ. კორკელია კ., თბ., 180.
2. ბიჭია, მ., (2021). სამედიცინო დაწესებულების მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურების სპეციფიკა: თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, №2, 90, 96.
3. ბიჭია, მ., (2020). კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, მე-3 გამოცემა, თბ., 41.
4. ბიჭია, მ., (2019). პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვისა და ინფორმირებული თანხმობის გაცემის თავისებურებები (ქართული და ევროპული მიდგომები), ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, №12, 52.
5. გაბუნია, ლ., ხეცურიანი, შ., გამყრელიძე, ნ., გუმბარიძე, ლ., ვარაზი, ე., (2019). სამედიცინო დეონტოლოგია და იატროგენული დაავადებების პრევენცია, თბილისის სახელმწიფო სამედიცინო უნივერსიტეტი, სამეცნიერო შრომათა კრებული, N53, 29.
6. გორდელაძე, დ., ჩაჩიბაია, თ., (2005). ბიოეთიკა და სამედიცინო სამართალი, თბ., 32-33.
7. თალაკვაძე, ა., გოცაძე, თ., ბოკერია, ი., ბაქაქური, ნ., სხვიტარიძე, ზ., გზირიშვილი, დ., (2011). ჯანდაცვის კანონმდებლობის მიმოხილვა და სამართლებრივი ანალიზი, თბ., 76.
8. კვანტალიანი, ნ., (2014). პაციენტის უფლებები და ჯანმრთელობის დაცვის პერსონალის სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძვლები, თბ., 55.
9. კვანტალიანი, ნ., რუსიაშვილი, გ., (2022). ექიმის სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის ზოგადი სისტემატიკა და ექიმის ბრალის მნიშვნელობა, „შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი“, №1, 1-2.
10. მაკარაძე, დ., ხაზარაძე, გ., (2014). ადმინისტრაციული ორგანოს პასუხისმგებლობა ჯანმრთელობის დაცვის სამართალში, თბ., 72-75.
11. პოშერი, რ., (2014). ადამიანის ღირსება, როგორც ტაბუ. მთარგმნელი: ბიჭია, მ., ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, №2(41), 61.
12. სუხიტაშვილი, თ., სუხიტაშვილი, დ., (2011). სახელშეკრულებო და დელიქტური პასუხისმგებლობის სარჩელების კონკურენცია, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, N3(30), 2011, 71-72.

13. ტურავა, პ., წკეპლაძე, ნ., (2010). ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბ., 146.
14. ტურავა, მ., (2010). სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-8 გამოცემა, თბ., 243.
15. Alekseeva, I. M., Alekseev, A.G., Anischenko, M. A., (2016). Medical Law, Zaporozhye, 2016, p. 6.
16. Bakshi, P. M., (1993). Law and Medicine, Lucknow, pp. 2, 6.
17. Bydlinski, P., (2007). Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis, 7., wesentlich überarbeitete Auflage, Wien, 2007, 13.
18. Bock, K. D., (1993). Was ist Medizin? In: Wissenschaftliche und alternative Medizin, Heidelberg, 7, https://doi.org/10.1007/978-3-642-78170-4_2
19. Carmen, M. G. Del, Joffe, S., (2005). Informed Consent for Medical Treatment and Research: A Review, The Oncologist, №10 (8), 637.
20. Deutch, E., Spickhoff, A., (2014). Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Heidelberg, S. 191.
21. Ivanovic, S., Stanojevic, C., Jajic, S., Vila, A., Nikolic, S., (2013). Medical Law and Ethics, Acta Medica Mediana, Vol. 52(3), pp. 67-68.
22. Foster, C., Herring, J., (2021). The Law as a Moral Agent: Making People Good, Springer, p. 63.
23. Jackson, E., (2015). The relationship between medical law and good medical ethics, Journal of medical ethics, 41 (1), p. 97.
24. Janda, C., (2019). Medizinrecht, 4. Auflage, München, S. 27-28.
25. Janda, C., (2022). Medizinrecht, 5. Auflage, München, S. 27-28.
26. Herring, J., (2012). Medical law and ethics, 5.th edition, Oxford, pp. 2-3.
27. Herring, J., (2022). Medical law and ethics, 9.th edition, Oxford, p. 2.
28. Murray, P. M., (1990). The History of Informed Consent, The Iowa Orthopaedic Journal, Vol. 10, p. 104.
29. Novack, D. H., Plumer, R., Smith, R.L., Ochitill, H., Morrow, G. R., Bennett, J. M., (1979). Changes in physicians' attitudes toward telling the cancer patient, The Journal of the American Medical Association, Vol. 241, No. 9, p. 898.
30. Radišić, J., (2007). Medicinsko pravo. Beograd: Nomos, p. 24.
31. Ratzel, R., Luxenburger, B., (2008). Handbuch Medizinrecht, Saarbrücken, S. 3-4.
32. Varsi Rospigliosi, E., (2003). Medical Law: Perú, International Encyclopedia of Laws, Netherlands, p. 43.
33. Sibilla, B., (2011). Medical Error in Ukraine, Med. & L, Vol. 30, Issue 1, p. 43.
34. Todorovski, N., (2018). Medical Law and health law – is it the same? Acta Media Mediane, Vol. 57(2), pp. 34, 38. <https://Doi:10.5633/amm.2018.0206>
35. Tonelli, M. R., Misak, C. J., (2010). Compromised Autonomy and the Seriously Ill Patient, CHEST, 137, 4, p. 926, DOI: [10.1378/chest.09-1574](https://doi.org/10.1378/chest.09-1574)
36. Varkey, B., (2021). Principles of Clinical Ethics and Their Application to Practice, Med Princ Pract, Vol. 30, p. 18-21 <https://doi.org/10.1159/000509119>
37. Агиевец, С. В. и др., (2022). Медицинское право: учебник, под ред. Агиевец С. В., Василевича Г. А., Минск, 8-9.

სასამართლო პრაქტიკა:

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2023 წლის 1 მაისის Nძბს-9(კ-23) განჩინება.
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 17 ნოემბრის Nძას-1169-2022 გადაწყვეტილება.
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2021 წლის 1 ივლისის Nძბს-853(კ-20) განჩინება.
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2018 წლის 18 ოქტომბრის Nძბს-257-257(კ-18) განჩინება.
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2010 წლის 25 მაისის გადაწყვეტილება (Nას-1268-1526-09).
6. Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia, no. 302/02, 10 June, 2010.
7. Konovalova v. Russia, no. 37873/04, 9 September, 2014.
8. A.S. v. Hungary, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August, 2006.

This research N PHDF-22-2858 has been supported by Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia (SRNSFG)

THE EFFECTIVENESS AND VALUE OF USING ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS TO PREVENT OR RESOLVE LABOR DISPUTES AT AN EARLY STAGE

Nini Kepuladze

Doctoral Candidate of Law, New Vision University, Tbilisi, Georgia

ABSTRACT

The development of effective mechanisms for the prevention and/or alternative resolution of labor disputes is one of the challenges of the Labor Code of Georgia. It should be noted that in 2020, in order to bring the legislation closer to the recommendations and standards of the International Labor Organization (ILO), as well as to the directives of the European Union, a number of changes were made to the Labor Code of Georgia, including regarding the prevention and/or alternative resolution of labor disputes.

Despite the changes, the issue of the effective use of labor dispute prevention and/or alternative resolution mechanisms in practice is still questionable.

The article discusses the mechanisms of prevention and/or alternative resolution of labor disputes provided by the Labor Code of Georgia. The existing legislative gap in this direction is highlighted. Based on the review of international legislation, effective mechanisms for the prevention and/or alternative resolution of labor disputes are proposed.

KEYWORDS: ADR, Labor law, Individual labor disputes

INTRODUCTION

Disputes are part of human nature. It can be manifest everywhere, including the employment arena.¹ Conflict is inherent in any organization and if not managed properly, such conflict will become a more formal grievance, like a dispute.²

Employment disputes can be stressful and lengthy, no matter what the reason behind them is. They can be the result of dismissal, discrimination, and a range of other factors. In most cases, employees are willing the dispute to be resolved easily and without a long, drawn-out process.³ Alternative dispute resolution (ADR), is often regarded as a better option than the more conventional mechanisms for the settlement of labor disputes, because of the lower cost and greater speed involved.⁴ Nowadays, solving and/or preventing any kind of conflict at the workplace is one of the main prerequisites for the proper functioning of the modern labor market.⁵

The research conducted under the auspices of the European Union (EU) and the United Nations Development Program (UNDP) showed that the citizens of Georgia most often complain about the violation of labor rights.⁶ Con-

sequently, effective alternative mechanisms for avoiding and/or resolving labor disputes has the most importance for the labor market of Georgia. Despite the legislative arrangement in the Labor Code of Georgia, there is still a question mark about its effective use in practice.

The aim of the paper is to present ways of effective use of labor dispute prevention and/or alternative resolution mechanisms, by using the method of comparative research analysis.

1. THE VALUE OF ADR IN LABOR DISPUTES

The European Union has deliberately tried to promote alternative dispute resolution mechanisms.⁷ International institutions like the UN and ILO are promoting the use of ADR in labor disputes, because of the various benefits and characteristics of it.⁸ Several directives and regulations were adopted by the European Parliament and the Council of Europe to create a common legal framework for alternative dispute resolution mechanisms across Europe.⁹

The process of establishing alternative mechanisms for resolving labor disputes in Georgia began in 2011. The need to make changes to the Labor Code was greatly accelerated by the strained relations between the Geor-

1 Rwodzi NT., The use of alternative dispute resolution mechanisms in labor relations in the workplace in South Africa, UNIVERSITY OF FORT HARE, p. vii.

2 Alternative Dispute Resolution (ADR) in the Workplace, The South African Experience, June 15, 2007, p.9, <<https://www.accord.org.za/thematic-area/mediation/>> [Last accessed: 26.09.2023].

3 <<https://www.giambrone.com/site/advice/dispute-resolution/employment-law/employee-alternative-dispute-resolution/>> [Last accessed: 26.09.2023].

4 Alternative Dispute Resolution (ADR) in the Workplace, the South African Experience, June 15, 2007, p.1 Accessible at: <<https://www.accord.org.za/thematic-area/mediation/>> [Last accessed: 26.09.2023].

5 Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives Nicosia, Cyprus, 2007, 2.

6 On the draft of the Organic Law of Georgia "On Amendments to the Organic Law of Georgia "Labor Code of Georgia", ACT (2017). See Human rights and justice in Georgia: public attitude and awareness, GG.42-45. <https://myrights.gov.ge/uploads/files/docs/7951UNDP_GE_DG_Human_Rights_Survey_2017_geo.pdf>

7 G. De Palo; L. Constable, Promotion of International Commercial Arbitration and Other Alternative Dispute Resolution Techniques in Ten Southern Mediterranean Countries, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2006, 303-304.

8 DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters; DIRECTIVE 2013/11/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR); REGULATION (EU) No 524/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR).

9 *Ibid.*

gian government and the labor movements.¹⁰ In 2020, the latest amendments were made to the Labor Code of Georgia, regarding the prevention and/or resolving labor disputes in an alternative way.¹¹ According to the latest edition of the Labor Code of Georgia, consideration and resolving mechanisms for individual and collective labor disputes are different from each. Depending on the type of dispute, in the Labor Code of Georgia, we also consider the mechanisms of both dispute prevention and its alternative resolution.

1. 1. Dispute prevention mechanisms in labor code of Georgia

Conciliation, information and consultations at the workplace, as well as the function of the labor inspection service to check compliance with the law of the situation at the workplace on the basis of a complaint or on its own initiative – are the mechanisms for prevention of individual labor disputes.

Article 62 (1) of the Labor Code of Georgia defines that, an individual dispute must be resolved by amicable procedures between the parties, which implies holding direct negotiations between the employee and the employer. Need to mention that this is not a mandatory provision, as Article 61 (5) defines that dispute arising during an individual labor relationship must be resolved by following the conciliation procedures provided for in Article 62 of this law and/or by referring to court or arbitration. It seems that, conciliation is an alternative means of dispute resolution and as the legislator

makes it clear with the given “and/or” connection that, absence of conciliation procedures does not exclude the right of the party to apply to the court and/or arbitration. The Supreme Court of Georgia made an explanation regarding this issue and said that dispute resolution mechanisms are alternative, and which one will be used by the parties to the agreement, depends on the parties themselves.¹² Such wording of the regulation on conciliation may be considered as an obstacle to the effectiveness of alternative dispute mechanisms to avoid individual labor disputes.

As a result of the changes implemented in the Labor Code of Georgia, the regulation on providing information and holding consultations at the workplace was added to the Labor Code with Chapter 15. According to the Article 70 (1) an enterprise where at least 50 employees work regularly, the employer is obliged to provide information and hold consultations in accordance with the procedure established by this chapter. The right of employees to information and consultation can be exercised through an employee representative.¹³ But the labor code of Georgia does not suggest effective measures for the protection of employee’s representative. So, there can be a risk for the employee’s representative to fulfil its obligation with respect to the labor code of Georgia.

According to the Labor Code of Georgia, the state supervises the labor legislation through the Labor Inspection Service.¹⁴ Article 5 of the Law of Georgia on Labor Inspection defines the role of the Labor Inspection Service in the prevention of labor disputes clearly. According to Article 5, the purpose of the Labor Inspection Service is to ensure the effective application of labor standards. To achieve that purpose labor inspection, a) in case of request, providing consultation and/or providing information regarding the fulfilment of labor norms; b) providing

10 Zhorzholiani L., “Resolving collective labor disputes through mediation in Georgian legislation”, Tbilisi, Georgia, 2019, p. 16.

11 On the draft of the Organic Law of Georgia “On Amendments to the Organic Law of Georgia “Labor Code of Georgia”, ACT (2017). See Human rights and justice in Georgia: public attitude and awareness, GG.42-45. <https://myrights.gov.ge/uploads/files/docs/7951UNDP_GE_DG_Human_Rights_Survey_2017_geo.pdf>

12 Authors, Commentaries on the Labour Code of Georgia, New Vision University, 2023, see Supreme court decision AS-873-1183-07 June 4, 2008.

13 Labor Code of Georgia, Article 70 (2).

14 Labor Code of Georgia, Article 75.

the society with information promoting the observance of labor norms and taking care of raising its awareness by implementing information campaigns and other effective measures.

1.2. Dispute resolution mechanisms in labor code of Georgia

As the mechanisms for alternative resolution of labor disputes, there are various arrangements in the Labor Code, in the Law of Georgia on Labor Inspection and in the Law of Georgia on the Public Defender.

Depending on whether the dispute is individual or collective, the use of alternative dispute resolution mechanisms is regulated differently. According to Article 63 of the Labor Code of Georgia, a collective dispute (a dispute between an employer and a group of employees (at least 20 employees) or between an employer and a union of employees) must be resolved by an amicable procedure between the parties, which implies holding direct negotiations between the employer and a group of employees or between the employer and a union of employees or mediation. In the event that one party sends the relevant written notice to the Minister.

According to the mentioned arrangement, the use of conciliation procedures and/or mediation in collective labor disputes is the only way to resolve the dispute. The regulation does not provide for judicial review of collective labor disputes. It should be noted that mediation, as an alternative method of collective labor dispute resolution, was established in Georgian legislation in 2013 and was aimed at solving the growing collective disputes in labor relations in a short time without court costs.¹⁵ According to statistical data, a total of 32 labor mediation processes were observed. Out of 32 cases, 15 processes ended with an agreement, and in 9 cases the agreement could not be reached. The

rest of the labor mediation processes ended with a partial agreement, or were terminated or postponed.¹⁶

According to the previous years' statistics of labor mediation cases in Georgia, 47% of the mediations ended with an agreement, and in 28% of the cases the agreement could not be reached. Given the short period of implementation of the mechanism and other challenges, the current results, at first glance, may be considered a positive indicator.¹⁷

We can also consider the labor inspection service as an alternative mechanism for solving individual labor disputes. Since, according to the Law of Georgia on Labor Inspection, the labor inspector has the right to carry out state supervision c) receiving and reviewing complaints related to possible violations of labor norms; d) inspection.

We can also consider the public defender as an alternative mechanism for solving individual labor disputes. Law of Georgia on Public Defender and Article 8 of the Law of Georgia "On Elimination of All Forms of Discrimination" regulates the consideration of the case by the Public Defender of Georgia, according to paragraph 3 of which: *"If the Public Defender of Georgia deems it necessary, he is entitled to schedule an oral hearing and invite the parties to settle the case. In case of settlement of the case, the Public Defender of Georgia monitors the fulfillment of the obligations defined by the settlement act."*¹⁸

However, despite this possibility, the effectiveness of the Public Defender's office in dealing with labor disputes needs to be assessed, to the extent that, according to the new regulations, there is an intersection between the functions of the Labor Inspection Service and the Public Defender's office. Because of this, the Public Defender appealed to the Parliament several times.¹⁹ However, Labor Inspection still has jurisdiction over discrimination disputes.

15 Legal and sociological research of labor mediation, experience, theory and practice, Human Rights Education and Monitoring Center (EMC), Tbilisi, 2019, p. 8.

16 *Ibid*, p. 69.

17 *Ibid*, p. 91.

18 Law of Georgia on Elimination of All Forms of Discrimination.

19 *Ibid*.

2. CUMPULSORY ADR AS AN EFFECTIVE WAY FOR PREVENTION OF LABOR DISPUTE

ADR in respect to individual labor disputes is a voluntary mechanism for resolving or preventing disputes in an alternative way before court.²⁰ For instance, the possibility of using mediation in individual disputes is not regulated according to the Labor Code of Georgia. Disputing parties can use mediation only after applying to the court.²¹

In order to prevent individual labor disputes and/or solve them effectively in an alternative way, like collective disputes, isn't it better to make the use of alternative dispute resolution mechanisms a compulsory prerequisite before applying to court?!

There is a difference of opinion regarding the compulsory nature of alternative dispute resolution mechanisms. Alternative Dispute Resolution mechanisms all over the world aim at a Restorative Justice Approach.²²

The decision of the Constitutional Court of Georgia regarding the appeal to the court on labor disputes is worth noting. The Article 213 of the Code of Labor Laws was (Decision No. 2/3/13, 05.12.1996) recognized as unconstitutional, because certain categories of managerial workers, judges, prosecutors and investigators were actually deprived of the constitutionally granted right to appeal to the court; They were prohibited from filing lawsuits to protect their labor rights.²³ It can be said that the purpose of the

decision was to make the legal regulation compatible with the right to a fair trial.

In this case, it is important to assess whether the compulsory use of dispute resolution and/or prevention mechanisms before going to court is contrary to Fair trial. It is also important to assess whether it is better for public order purposes to add alternative dispute resolution mechanisms as a mandatory prerequisite before referring an individual labor dispute to court.

Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR)²⁴ is about the Right to a fair trial. Critics question whether compulsory mediation is a legitimate process in light of these provisions. In this respect, the CJEU has confirmed that compulsory mediation is not a breach of Art. 6(1) of the European Convention of Human Rights on the right to a fair trial, because the mandatory mediation procedures cannot result in a binding decision, cannot cause substantial delay in bringing proceedings, cannot expend any time-bar period; and cannot give rise to more than minimal costs.²⁵

3. INTERNATION PRACTICE REVIEW

In this chapter, the existing practice in several European countries regarding the prevention and/or resolution of labor disputes through alternative dispute resolution is discussed. Research made by international labor organization made a comparative view regarding the Individual and collective labor disputes settlement systems in different European Countries.²⁶

20 Labor Code of Georgia, Article 61.

21 Article 187¹ of the Code of Civil Procedure: "after filing a lawsuit in court, a case subject to judicial mediation may be referred to a mediator for the purpose of ending the dispute by agreement of the parties".

22 Mukuki A., THE VARIOUS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) MECHANISMS AND ACCESS TO JUSTICE IN KENYA p. 1, see: A Handbook for Community Justice Committees in the NWT, 2001;

23 Collective of authors, "Commentary on the Constitution of Georgia", chapter two, Georgian citizenship. Basic human rights and freedoms, Tbilisi, "Petit" publishing house, 2013, 378-379; Decisions of the Constitutional Court of Georgia (2006-2007), 2009, p. 249.

24 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 6, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221 [hereinafter ECHR]. ("[E]veryone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law".);

25 <https://hsfnotes.com/adr/2017/07/04/cjeu-holds-that-mandatory-mediation-is-not-inherently-precluded-by-eu-law/> [Last accessed: 26.09.2023].

26 Individual and collective labor disputes settlement systems – A Comparative review, July 2020, ILO, Fund-

According to this research, in Spain, there are two kinds of conciliation procedure: Pre-court and in court conciliation. Pre-court administrative conciliation is mandatory for individual labor disputes in the private sector, with some exceptions for certain jurisdictions. Non-attendance of either party incurs a fine. If the conciliation ends without agreement, the way will be open for the parties to take the judicial route. The value of the conciliation procedure for the disputing parties can be seeable, as in Spain in the course of the judicial process, they will not be able to use facts different from those presented during the conciliation proceedings.²⁷

In-court conciliation is pursued first by court secretaries, and if this fails, by judges. If a conciliation agreement is reached before the court secretary, it will have the same legal force as a judicial conciliation.²⁸

In the UK, early conciliation was deemed as a necessary, pre-filing process that would avoid the 'far too costly, time-consuming, and complex employment tribunal processes.'²⁹

In Australia and Belgium, a specialized tribunal is charged with individual disputes. In Belgium, the main institution for the resolution of labor disputes is the labor tribunal. Sweden's system differs significantly from the other countries: the labor courts are given exclusive jurisdiction over all labor disputes in the unionized context, but non-unionized cases are handled first by the local district courts. All appeals from the district courts go to the labor courts, which are the final instance in all cases.³⁰

In the case of Australia, there is a practice of free-of-charge telephone conciliation in the area of its competence (i.e., dismissal rights). It needs to be mentioned that, Conciliation over the phone (rather than face-to-face meetings) was a controversial initiative. However, research evidence suggests that telephone conciliation has been generally prompt and effective, achiev-

ing a settlement in around four-fifths of unfair dismissal cases.³¹ Employee's representatives institute is in very common use in France. The rights of the employee's representatives are defended in a way that they have the right to intervene in a range of areas during the grievance procedure. Their role seems very important in France labor market.³²

CONCLUSION

In this paper, the value of alternative dispute resolution mechanisms in labor disputes was demonstrated. As a result of the legislative review of Georgia, the gaps that could prevent its effective use were identified. Adding ADR as a mandatory component in individual labor disputes is one of the main challenges in this direction. As an example of a review of international practice, in order to prevent and/or resolve labor disputes in an alternative way, conciliation in individual disputes is the main prerequisite for transferring the dispute to court. Therefore, it would be good to evaluate the effectiveness of the presence of conciliation and mediation procedures as a compulsory prerequisite for considering the dispute before the court.

The role of employee representatives should be notified with regard to prevention of labor disputes. It is better that the representative of the employees should have such a high standard of protection that they can freely protect the interests of the employees.

It is also important not to lose the role of the ombudsman, as an alternative dispute resolution mechanism and to increase its effectiveness by separating its functions from the Labor Inspection Service.

ed by the European Union.

27 *Ibid*, p.51.

28 *Ibid*, p.51.

29 *Ibid*, p.51.

30 *Ibid*, p.57.

31 *Ibid*, p.57.

32 *Ibid*, p. 42.

BIBLIOGRAPHY:

1. Rwodzi NT., The use of alternative dispute resolution mechanisms in labor relations in the workplace in South Africa, UNIVERSITY OF FORT HARE
2. Alternative Dispute Resolution (ADR) in the Workplace, The South African Experience, June 15, 2007, <<https://www.accord.org.za/thematic-area/mediation/;>>
3. Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, Nicosia, Cyprus, 2007;
4. On the draft of the Organic Law of Georgia "On Amendments to the Organic Law of Georgia "Labor Code of Georgia", ACT (2017). <https://myrights.gov.ge/uploads/files/docs/7951UNDP_GE_DG_Human_Rights_Survey_2017_geo.pdf>
5. G. De Palo; L. Constable, Promotion of International Commercial Arbitration and Other Alternative Dispute Resolution Techniques in Ten Southern Mediterranean Countries, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2006.
6. DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.
7. DIRECTIVE 2013/11/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR).
8. REGULATION (EU) No 524/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR).
9. Zhorzholiani L., Resolving collective labor disputes through mediation in Georgian legislation, Tbilisi, Georgia, 2019, p. 16.
10. Authors, Commentaries on the Labour Code of Georgia, New Vision University, 2023; See: Supreme court decision AS-873-1183-07 June 4, 2008.
11. Labor code of Georgia.
12. Legal and sociological research of labor mediation, experience, theory and practice, Human Rights Education and Monitoring Center (EMC), Tbilisi, 2019.
13. Law of Georgia on Elimination of All Forms of Discrimination.
14. Code of Civil Procedure of Georgia.
15. Mukuki A., THE VARIOUS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) MECHANISMS AND ACCESS TO JUSTICE IN KENYA.
16. Collective of authors, "Commentary on the Constitution of Georgia", chapter two, Georgian citizenship.
17. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 6, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.
18. Individual and collective labor disputes settlement systems – A Comparative review, July 2020, ILO, Funded by the European Union.
19. <<https://hsfnotes.com/adr/2017/07/04/cjeu-holds-that-mandatory-mediation-is-not-inherently-precluded-by-eu-law/>> [Last accessed: 26.09.2023].
20. <<https://www.giambrone.com/site/advice/dispute-resolution/employment-law/employee-alternative-dispute-resolution/>> [Last accessed: 26.09.2023].

CAN CRIMES OF ECOCIDE COMMITTED DURING THE CONFLICT IN UKRAINE BE LEGALLY PUNISHED?

Sophie Joubert

*A Professor invited, European University,
Master of Law of Jean Moulin University, France*

ABSTRACT

The conflict in Ukraine is not only taking a heavy toll on human lives but also significantly impacting the environment and wildlife. Many natural areas have suffered extensive damage, and numerous animal species face even greater threats. It is concerning that many ecosystems may never recover their former biodiversity. This environmental disaster, culminating in the destruction of the Kakhovka dam, prompts questions about whether such actions can be denounced as acts of ecocide. This article aims to provide an overview of the ecological and legal landscape regarding allegations of ecocidal acts committed during the Ukrainian War. To this end, the first section of the paper will outline a non-exhaustive list of potential ecocidal crimes that occurred during the conflict in Ukraine. Subsequently, we will examine the opportunities and limitations associated with applying the concept of ecocide as a crime during the war in Ukraine. Finally, we emphasize the necessity for reforming environmental law to incorporate the concept of ecocide as a crime.

KEYWORDS: Ecocide, Environment, War in Ukraine

INTRODUCTION

“Today, the Russian occupiers have committed the greatest crime of ecocide on Ukrainian territory, not only during this war, but for decades”; Volodymyr Zelensky, following the destruction of the Kakhovka dam.

The war in Ukraine has certainly highlighted the fragility of the environment and its lack of protection in times of war by national and international law. The notion of ecocide, which has been debated for many years, has never been so much at the forefront of international law as it has been since the war in Ukraine.

The term “ecocide” originated in the context of armed conflict during the Vietnam War. During this conflict, the American army used Agent Orange, a defoliant that destroyed the forest, preventing the Vietnamese insurgents from taking refuge there. The massive use of Agent Orange led to the destruction of 20% of the Vietnamese forest, with disastrous health consequences, including cases of cancer and serious malformations in exposed individuals.² The term “ecocide” was first used by American biologist Arthur Galston in 1970.³ He believes that ecocide constitutes a crime against humanity and advocates the establishment of a new international treaty to prohibit ecocide, which he defines as *“the deliberate and permanent act of destroying the environment in which a people can exercise its chosen way of life”*.⁴

A semantic analysis of this concept confirms Arthur Galston’s definition. Indeed, the term “ecocide” is composed of the prefix “eco-”, referring to the house, the habitat (oikos in Greek), and the suffix “-cide”, meaning “to kill” (caedo in Latin). It thus designates the most serious environmental damage resulting in irreversible destruction.

Currently, there is no universally recognized legal definition of ecocide.

According to the proposal for a Directive by the European Parliament and the Council concerning environmental protection through criminal law, which seeks to replace Directive 2008/99/EC, any action that results in *“severe and widespread, or severe and long-term, or severe and irreversible damage to the quality of air, the quality of soil or the quality of water, or to biodiversity, to ecosystem services and functions, or to animals or plants”*⁵ would qualify as ecocide.

According to the proposal put forth by Stop Ecocide International (SEI) to introduce a fifth crime within the Rome Statute, ecocide can be described as *“unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts”*.⁶

To establish a comprehensive definition for the crime of ecocide, it is feasible to reference the definition of crimes against humanity outlined in Article 7 of the Rome Statute. Accordingly, ecocide could be defined as *“any widespread or systematic action included in a list of*

ment de destruction de l’environnement dans lequel un peuple peut exercer son mode de vie choisi.», Meyer, C. (2022, November 16). Agent orange : l’histoire cachée d’un écocide. *Combat*. <<https://combatlemedia.com/2022/11/16/agent-orange-lhistoire-cachee-dun-ecocide/>> [Last accessed: 31.08.2023].

- 1 Personal translation from : *«Aujourd’hui, les occupants russes ont commis le plus grand crime d’écocide sur le territoire ukrainien, non seulement au cours de cette guerre, mais aussi depuis des décennies»*, De Thier, V. & Brems, S. (2023). *Guerre en Ukraine : Zelensky accuse la Russie d’écocide, à raison ? RTBF*. <<https://www.rtb.be/article/guerre-en-ukraine-zelensky-accuse-la-russie-decocide-a-raison-11210126>> [Last accessed: 31.08.2023].
- 2 Agent Orange and Cancer Risk. *American Cancer Society*. <<https://www.cancer.org/cancer/risk-prevention/chemicals/agent-orange-and-cancer.html>> [Last accessed: 31.08.2023].; Agent Orange and birth defects. *Birth Defect Research for Children*. <<https://birthdefects.org/agent-orange/>> [Last accessed: 31.08.2023].
- 3 Zierler, D. (2011). The invention of ecocide. *University of Georgia Press*, p. 15.
- 4 Personal translation from: *«l’acte délibéré et perma-*

- 5 Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC. (2023, March 28). <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_EN.html> [Last accessed: 31.08.2023].
- 6 Stop Ecocide International (SEI). <<https://www.stopecocide.earth/#>> (consulted on October 31, 2023).

*offences which causes widespread, long-term, and severe damage to the natural environment, committed intentionally and with knowledge of such action”.*⁷

The war in Ukraine has the potential to serve as a pivotal moment in the global acceptance of this concept, representing a significant advancement for environmental protection. Indeed, numerous environmental crimes have occurred, impacting not only Ukrainian territory but also the Black Sea region.

Therefore, it is essential to examine the legal mechanisms available for holding those accountable for acts of ecocide committed during the Ukrainian conflict.

To accomplish this, we will initially compile a non-exhaustive list of potential ecocidal crimes committed during the war in Ukraine (Section I). We will subsequently assess the legal opportunities and challenges associated with prosecuting such crimes (Section II), and ultimately, concentrate on the legal prospects concerning the crime of ecocide resulting from the war in Ukraine (Section III).

I – A PARTIAL OVERVIEW OF POTENTIAL ECOCIDAL ACTS COMMITTED DURING THE UKRAINIAN CONFLICT

The conflict in Ukraine is causing severe environmental repercussions, with many of the environmental assaults falling within the scope of ecocide. This article examines specific instances illustrating potential ecocidal crimes during the Ukrainian war.

To begin, from a global perspective, as per data from the Ministry of Environmental Protection and Natural Resources of Ukraine in February 2023, nearly 500,000 hectares are under occupation or located in a war-affected area, and 2.4

million hectares of forest have been extensively cleared and require restoration.⁸ Furthermore, ten national parks, eight nature reserves, and two biosphere reserves have also fallen under occupation.⁹ Approximately 600 animal species and 750 plant species face the risk of extinction, including those listed on the Red List.¹⁰

More specifically, between February and July 2022, a distressing 5,000 dolphins perished in the Black Sea.¹¹ It is worth noting that the International Union for Conservation of Nature (IUCN) categorizes bottlenose dolphins and common dolphins inhabiting these waters as endangered. Noise pollution is believed to be a significant factor contributing to these fatalities. The presence of military vessels and submarines employing sonar for navigation, as well as missile launches and explosions can disrupt the cetaceans' ability to navigate, locate food, and communicate with each other.

This comprehensive list of the environmental impacts stemming from the war in Ukraine underscores the pressing need for a more environmentally conscious approach in executing military operations, challenging the practices observed in past conflicts. It is crucial to contemplate the inclusion of combat operations carried out within conservation areas, like national parks, in the category of condemnable acts falling under ecocide, given their potential to inflict significant and enduring harm to the ecosystem.

Additionally, even though the intent of the conflict parties may not be to deliberately

7 Neyret, L. (2014). Pour la reconnaissance du crime d'écocide. *Revue juridique de l'environnement*, 39, 177-193. <<https://www.cairn.info/revue-juridique-de-l-environnement-2014-HS01-page-177.html>> [Last accessed: on October 31.08.2023].

8 Ministry of Environmental Protection and Natural Resources of Ukraine. (2023, February 22), *Рік повномасштабного вторгнення рф: серед жертв і українське довкілля. Державні сайти України.* <<https://www.kmu.gov.ua/news/rik-povnomasshtabnoho-vtorhnennia-rf-sered-zhertv-i-ukrainske-dovkil-lia>> [Last accessed: 31.08.2023].

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 Ripert, L., (2023, July 26), *Guerre en Ukraine. Des milliers de dauphins tués en mer Noire, les opérations navales dans le viseur, Ouest France,* <<https://www.ouest-france.fr/monde/guerre-en-ukraine/guerre-en-ukraine-des-milliers-de-dauphins-tues-en-mer-noire-bf591dac-08d5-11ed-809f-9e7ceb27185e>> [Last accessed: 31.08.2023].

cause environmental damage within national parks, they are undeniably aware of the adverse consequences their actions have on nature. On the other hand, understanding the severe repercussions for marine wildlife, such as dolphin mortality resulting from submarine sonar, remains less clear. These distinctions warrant further examination in the context of potentially establishing ecocidal crimes.

Historically, international law conventions and norms did not safeguard civilians during wartime. However, the contemporary consensus acknowledges that these safeguards have evolved into an established norm, enforced through legal penalties for attacks on civilians. It is essential that a similar consideration be applied to the realm of environmental protection.

While this perspective may appear idealistic at present, much like the protection of civilians in the past, it is foreseeable that this approach will gradually gain widespread acceptance.

Secondly, the demolition of the Kakhovka hydroelectric dam on June 6, 2023, stands as the most conspicuous instance of ecocidal actions during the war in Ukraine. This destruction will lead to catastrophic and irreversible environmental repercussions, to the extent that Ostap Semerak, the former Ukrainian Minister of Ecology, has likened the situation to the most severe ecological catastrophe since Chernobyl.¹² The dam's breach inundated farms, infrastructure, and land, carrying pesticides, chemicals, oil, sewage, deceased animals, and fish, along with debris from cemeteries.¹³ Additionally, toxic materials from at least two animal burial sites potentially contaminated with anthrax may be in motion.¹⁴ This disaster resulted in the

demise of numerous animals, the disappearance of many individuals, and the potential displacement of over 100,000 residents.¹⁵

After the submersion of the Kakhovka hydroelectric turbines, approximately 150 tons of oil intended for the dam's motors were carried away,¹⁶ leading to water contamination. About 300 tons of lubricants¹⁷ remain within the facility, potentially causing severe harm to the Black Sea's flora and fauna, which, as described by Ukrainian authorities, is rapidly becoming a "garbage dump and animal cemetery".¹⁸

This contamination of the sea, which was already one of the most polluted in Europe, will impact neighboring countries such as Romania, Bulgaria, Turkey, and Georgia, which are both economically and ecologically reliant on the Black Sea.

Reconstruction will require several years, and some damage may be irreversible. The flooded farmland may never regain its former productivity, and the recovery of affected plant and animal populations will also be time-consuming, with

says. *The Guardian*. <<https://www.theguardian.com/world/2023/jun/08/dam-collapse-global-problem-waters-may-poison-black-sea-zelenskiy>> [Last accessed: 31.08.2023].

- 12 Watts, J. (2023, June 7). Dam breach could be Ukraine's 'worst ecological disaster since Chernobyl'. *The Guardian*. <<https://www.theguardian.com/world/2023/jun/06/dam-breach-could-be-ukraines-worst-ecological-disaster-since-chnobyl>> [Last accessed: 31.08.2023].
- 13 Kramer, A. E., Varenikova, M., & Lima, M. (2023, June 7). Ukraine flood deepens misery in war zone. *The New York Times*. <<https://www.nytimes.com/2023/06/07/world/europe/ukraine-kherson-flooding.html>> [Last accessed: 31.08.2023].
- 14 Borger, J. (2023, June 9). Dam collapse a global problem as waters may poison the Black Sea, Zelenskiy

- 15 Pahwa, N. (2023, June 16). La destruction du barrage de Kakhovka est une catastrophe pour le monde entier. *Slate.fr*. <<https://www.slate.fr/story/248393/destruction-barrage-kakhovka-catastrophe-ecologique-mondiale-environnement-ukraine-guerre-russie#:~:text=Un%20d%C3%A9sastre%20environnemental%2C-%20%C3%A9conomique%20et%20agricole&text=Volodymyr%20Zelensky%20a%20annonc%C3%A9%20la,qu%27elles%20ne%20traversent%20Kherson>> [Last accessed: 31.08.2023].
- 16 AFP. (2023, June 6). 150 tonnes d'huile à moteur déversées dans le fleuve Dniepr, selon Kyiv. *Le Journal De Montréal*. <<https://www.journaldemontreal.com/2023/06/06/150-tonnes-dhuile-moteur-deversees-dans-le-fleuve-selon-kyiv>> [Last accessed: 31.08.2023].
- 17 Pahwa, N. (2023, June 16). La destruction du barrage de Kakhovka est une catastrophe pour le monde entier, *Slate.fr*. *op.cit.*
- 18 Knight, M. (2023, June 11). Kakhovka dam collapse has made Black Sea a 'garbage dump and animal cemetery', Ukraine warns. *CNN*. <<https://edition.cnn.com/2023/06/11/europe/kakhovka-dam-collapse-swimming-banned-intl-hnk/index.html>> [Last accessed: 31.08.2023].

certain species facing potential extinction.

Furthermore, the destruction of the Kakhovka hydroelectric dam has amplified the nuclear threat in Ukraine. While Ukraine's Zaporijia nuclear power plant has kept its six reactors offline for months, it is crucial to maintain continuous cooling to prevent a potential accident. However, following the Kakhovka dam's destruction, the primary cooling basin, supplied by the Kakhovka reservoir, has fallen below the required 12.7 meters (11.27 meters in June 2023).¹⁹ Although there are backup basins with sufficient reserves for several months, the risk of an accident looms if Russian-Ukrainian cooperation on water supply to the site were to cease.²⁰

This concise and non-comprehensive report illustrates the scale of environmental harm resulting from the conflict in Ukraine and the numerous instances of ecocidal acts being committed. Additional damage is anticipated in the foreseeable future. These transgressions necessitate an adequate legal response.

II – EXAMINING THE LEGAL OPPORTUNITIES AND CHALLENGES IN IMPLEMENTING THE CONCEPT OF ECOCIDAL CRIMES

Several impediments hinder the efficiency of the justice system in addressing ecocidal crimes, thereby limiting a comprehensive approach to their adjudication. Both domestic law (A) and international law (B) have inherent constraints when combating ecocidal crimes.

19 Update 165 – IAEA Director General Statement on Situation in Ukraine. IAEA. (2023, June 2023) <<https://www.iaea.org/newscenter/pressreleases/update-165-iaea-director-general-statement-on-situation-in-ukraine>> [Last accessed: 31.08.2023].

20 For more on the science behind this threat, see: Mayer, N. (2023, July 7) La centrale nucléaire de Zaporijia pourrait-elle «exploser» et quelles seraient les conséquences? *Futura*. <<https://www.futura-sciences.com/planete/actualites/environnement-centrale-nucleaire-zaporijia-pourrait-elle-exploser-seraient-consequences-97124/>> [Last accessed: 31.08.2023].

A. The challenge lies in harnessing the existing domestic legal framework comprehensively to address ecocidal crimes

The concept of ecocide has not yet achieved global acceptance. However, certain nations have incorporated it into their legal systems. Vietnam, in 1990, became the first country to incorporate this concept into its criminal code, providing the following definition: “Those who, in peace time or war time, commit [...] acts of ecocide or destroying the natural environment, shall be sentenced to between ten years and twenty years of imprisonment, life imprisonment or capital punishment”.²¹ Since that time, approximately a dozen states have embraced this concept, particularly countries in the former USSR, including Armenia,²² Georgia,²³ Belarus,²⁴ and notably Russia

21 Penal Code of Vietnam, Article 342. – Crimes against mankind. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=56207> [Last accessed: 31.08.2023].

22 Penal Code of Armenia, Article 394: “Ecocide. Mass destruction of flora or fauna, poisoning the environment, the soils or water resources, as well as implementation of other actions causing an ecological catastrophe, is punished with imprisonment for the term of 10 to 15 years.” <<http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=eng>> [Last accessed: 31.08.2023].

23 Penal Code of Georgia, Article 409: “Ecocide. 1. Ecocide i.e. contamination of the atmosphere, soil, water resources, mass destruction of fauna or flora, or any other act that could have led to an ecological disaster, – shall be punished by imprisonment for a term of twelve to twenty years.
2. The same act committed during armed conflicts, – shall be punished by imprisonment for a term of fourteen to twenty years or by life imprisonment.” <<https://matsne.gov.ge/en/document/view/16426?-publication=253>> [Last accessed: 31.08.2023].

24 Criminal Code of the Republic of Belarus, Article 131: “Экоцид Умышленнае масовае уничтожэнне расцельнага або жывотнага свету, або атравленне атмасфернага воздуча або водных рэсурсаў, або совершэнне іншых умышленых дзействаў, здольных выклікаць экалагічную катастрофу (экоцид), наказваюцца лішэннем свабоды на срок ад дзесяці да пятнаціці лет”. Personnel translation: “Ecocide. Intentional mass destruction of flora or fauna, or poisoning of atmospher-

and Ukraine, whose definitions of ecocide closely resemble one another. According to Article 358 of the Russian Criminal Code, ecocide involves: “Massive destruction of the animal or plant kingdoms, contamination of the atmosphere or water resources, and also commission of other actions capable of causing an ecological catastrophe, [-]. shall be punishable by deprivation of liberty for a term of 12 to 20 years”.²⁵ In accordance with Article 441 of the Criminal Code of Ukraine, ecocide encompasses the following: “Mass destruction of flora and fauna, poisoning of air or water resources, and also any other actions that may cause an environmental disaster, – shall be punishable by imprisonment for a term of eight to fifteen years”.²⁶

However, it is essential to recognize that this crime is not acknowledged in European Union member states. While the European Parliament has recently put forth a proposal to incorporate ecocide as a crime in European legislation,²⁷ this proposal is anticipated to encounter various challenges when presented before the Council of the European Union, as some member states are reluctant to acknowledge such a crime.²⁸ A

notable example is France, which has declined to recognize ecocide as a crime, downgrading it to a mere ecological offense lacking substantial legal standing.²⁹

However, the mere inclusion of the concept of ecocide within a country’s legal framework does not automatically guarantee its comprehensive application.

Even though Article 441 of the Ukrainian Criminal Code categorizes ecocidal acts as crimes against peace and global security, the international aspect of the conflict and the challenges associated with collecting on-site evidence introduce complexity into legal proceedings within national courts.

The same holds true for the nations neighboring the conflict, especially those along the Black Sea, which could face unparalleled environmental and economic harm due to the Kakhovka dam’s destruction. Therefore, even if Georgia acknowledges ecocide as a crime during times of peace or war,³⁰ there is a lack of evidence to pinpoint the culprits, as both sides accuse each other.

Hence, turning to international criminal justice appears to be an essential and indispensable course of action.

B – International Law provides only partial avenues for adjudicating ecocidal crimes

While there exist multiple options for prosecuting Russia or Ukraine by applying specific

ic air or water resources, or committing other intentional acts capable of causing an ecological disaster (ecocide) shall be punishable by imprisonment for a term of ten to fifteen years.» <https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=54631> [Last accessed: 31.08.2023].

25 Criminal Code of the Russian Federation, Article 358. <chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.imolin.org/doc/amlid/Russian_Federation_Criminal_Code.pdf> (consulted on October 31, 2023).

26 Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 441. <chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ukr/2001/criminal-code-of-the-republic-of-ukraine-en_html/Ukraine_Criminal_Code_as_of_2010_EN.pdf> [Last accessed: 31.08.2023].

27 For further information: Le Parlement européen reconnaît l’écocide. (2023, April 6). *Éditions Législatives*. <<https://www.editions-legislatives.fr/actualite/le-parlement-europeen-reconnait-le-cocide/#:~:text=Le%2029%20mars%202023%2C%20dans,%C3%A9cocide%20dans%20le%20droit%20europ%C3%A9en>> [Last accessed: 31.08.2023].

28 Radisson, L. (2023, March 30). Le Parlement européen se positionne en faveur du crime d’écocide. *Actu-Environnement*. <<https://www.actu-environnement.com/ae/news/ecocide-crime-resolution-parlement-prop->

[osition-directive-droit-penal-environnement-41477.php4](https://www.actu-environnement.com/ae/news/ecocide-crime-resolution-parlement-prop-osition-directive-droit-penal-environnement-41477.php4)> [Last accessed: 31.08.2023].

29 *Ibid*.

30 Criminal Code of Georgia, Article 409 – “*Ecocide*. 1. *Ecocide i.e. contamination of the atmosphere, soil, water resources, mass destruction of fauna or flora, or any other act that could have led to an ecological disaster, – shall be punished by imprisonment for a term of twelve to twenty years*. 2. *The same act committed during armed conflicts, – shall be punished by imprisonment for a term of fourteen to twenty years or by life imprisonment*”. <<https://matsne.gov.ge/en/document/view/16426?publication=253>> [Last accessed: 31.08.2023].

provisions of International Law, the absence of global acknowledgement of the crime of ecocide presents a hindrance to the comprehensive prosecution of such crimes.

First and foremost, within the realm of international criminal law, there is a possibility to prosecute Russia or Ukraine for war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC). It is worth noting that Russia and Ukraine have never ratified the Rome Statute, thus barring the ICC from prosecuting individuals within Russia or Ukraine. Nevertheless, these individuals may face arrest if they are present on the territory of a state recognizing the ICC's jurisdiction. However, Ukraine has submitted a declaration acknowledging the ICC's jurisdiction, as per Article 12, paragraph 3 of the Rome Statute, for an indefinite period. This declaration pertains to punishing crimes that have been ongoing across its territory since February 20, 2014.³¹ Consequently, Russian nationals within Ukrainian territory could potentially face arrest and conviction.

According to the Rome Statute of the International Criminal Court, article 8, 2. (b) (iv), it constitutes a war crime to: *“Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause [...]. widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated”*.

The requirement of *“clearly excessive”* damage inherently demands a subjective evaluation of the resulting harm. Applying this article to most instances of environmental destruction in Ukraine may prove challenging, with the notable exception being the destruction of the Kakhovka dam. This dam was constructed with the ability to withstand missile strikes. Consequently, the explosion likely occurred within

the Russian-occupied Kakhovka power plant³², implicating Russia in this act of destruction. Thus, if Russia is found responsible for the Kakhovka dam's demolition, it could be argued that the environmental damage is conspicuously excessive, considering the extent of the damage in comparison to the anticipated military advantage – namely, obstructing the Ukrainian army's progress on Ukrainian territory by creating extensive marshland across tens of thousands of hectares.

Consequently, if substantial evidence is presented to establish Russian culpability in the Kakhovka dam's destruction, Article 8, 2(b)(iv) of the Rome Statute may be invoked before the ICC. However, it should be noted that if the investigation reveals Ukraine's responsibility instead of Russia's, the same article will apply similarly.

Another potential approach that could be considered involves incorporating environmental damage in Ukraine as a factor contributing to the definition of the broader crimes outlined in the Rome Statute.³³

From this perspective, environmental harm could serve as a basis for prosecuting war crimes, which encompass various actions, including attacks on civilian populations, assaults on civilian infrastructure, extensive property destruction, and the intentional initiation of attacks with the awareness that they will result in harm or casualties among civilians.

Additionally, environmental damage could be utilized for the prosecution of crimes against humanity, encompassing inhumane actions carried out as part of a widespread or systematic assault on any civilian population. It is worth noting that in 2010, the Pre-Trial Chamber of

31 Ministry for foreign affairs of Ukraine. (2015, September 8). Declaration on the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court. chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.iccpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf [Last accessed: 31.08.2023].

32 Enderlin, S. (2023, August 15). Qui a détruit le barrage de Kakhovka? Petite leçon de journalisme par un grand historien. *Heidi.news*. <<https://www.heidi.news/monde/qui-a-detruit-le-barrage-de-kakhovka-petite-lecon-de-journalisme-par-un-grand-historien>> [Last accessed: 31.08.2023].

33 R. Killean. (2022, March 7). Legal accountability for environmental destruction in Ukraine. *Conflict and Environment Observatory*. <<https://ceobs.org/legal-accountability-for-environmental-destruction-in-ukraine>> [Last accessed: 31.08.2023].

the International Criminal Court determined that the destruction, pollution, and contamination of wells by Sudanese government forces aligned with a genocidal policy targeting civilian populations in the Darfur region.³⁴ This ruling warranted the issuance of an arrest warrant for President Omar Al-Bashir.

Nonetheless, this human-centered approach fails to acknowledge the right to environmental protection, as sanctions are imposed not based on the harm inflicted on the environment but rather on exploiting the environment to harm human beings. Hence, it appears imperative that the conflict in Ukraine should serve as a catalyst for the international adoption of the crime of ecocide to provide effective environmental protection.

III – THE NECESSITY FOR ENVIRONMENTAL LAW REFORM TO ENCOMPASS THE CRIME OF ECOCIDE

To establish a robust legal framework for prosecuting ecocidal crimes, there is a requirement for legislative enhancements on three fronts.

First and foremost, at the national level, the objective is to advocate for integrating the concept of the “crime of ecocide” into the domestic laws of states, all the while embracing the principle of universal jurisdiction.³⁵ This shift would

assign the national judicial system the duty of addressing the international crime of ecocide, consequently limiting the avenues for individuals accountable for this crime to seek shelter in other countries, a situation already applicable to crimes against humanity.

Secondly, on the European level, the scope of the European Public Prosecutor’s Office should be expanded by establishing a “European Green Public Prosecutor’s Office” to address severe environmental infractions. This would necessitate enacting a European directive that precisely enumerates the crimes in question. The realization of this “European Green Prosecutor’s Office” might be achieved by revising the November 19, 2008, directive on environmental crime,³⁶ in which the European Union Parliament endorsed the incorporation of ecocide into European legislation. However, as mentioned at the outset of this article, the process of adopting this concept is still beset by challenges and could be protracted.

Finally, from a global perspective, establishing an international criminal entity tasked with addressing cases of ecocidal crimes would complement national judicial systems, particularly in cases where these systems are reluctant or unable to conduct trials independently. This responsibility could be entrusted to the International Criminal Court or an independent judiciary.

The Rome Statute of the International Criminal Court currently encompasses four crimes: genocide, crimes against humanity, war crimes, and the crime of aggression.³⁷ Numerous legal experts and environmental organizations are actively working towards securing recognition of ecocide as the fifth crime subject to prosecution by the ICC.

34 Al Bashir Case. The Prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09. <<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>> [Last accessed: 31.08.2023].

35 Résolution sur la responsabilité des entreprises dans les dommages causés à l’environnement, point 33. (2021, May 20). *Journal officiel de l’Union européenne*. <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0259&from=ET>> [Last accessed: 31.08.2023]. Molins, F. (2022, Décembre). Le traitement pénal du contentieux de l’environnement. *Rapport du groupe de travail relatif au droit pénal de l’environnement*. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.courdecassation.fr/files/files/Parquet%20g%C3%A9n%C3%A9ral/Rapport_PG_envir.pdf> [Last accessed: 31.08.2023].

36 Directive 2008/99/CE, relative à la protection de l’environnement par le droit pénal. (2008, November 19th). European Parliament and of the Council. OJ L 328, 6.12.2008, p. 28–37 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32008L0099>> [Last accessed: 31.08.2023].

37 Rome Statute of the International Criminal Court, Article 5. <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> [Last accessed: 31.08.2023].

For ecocide to attain recognition as an international crime, four distinct conditions must be met.³⁸ Firstly, one of the 123 States that have ratified the Rome Statute must initiate a proposal for such an amendment. Second, a majority at the annual assembly of the International Criminal Court must endorse the consideration of the amendment. Subsequently, for the amendment to be adopted, a two-thirds majority of ICC States Parties must vote in favor of it. Lastly, each country must ratify the modified statute. Consequently, ecocide would become a crime in those nations where it has been ratified, along with the principle of universal jurisdiction, enabling any ratifying nation to apprehend a foreign national who has committed an ecocidal crime abroad on its territory. This mechanism would facilitate the prosecution of those responsible for ecocidal crimes during the war in Ukraine.

CONCLUSION

The crimes of ecocide committed during the war in Ukraine are numerous and have result-

ed in significant and irreversible environmental harm. Existing domestic and international legal provisions are insufficient to offer a comprehensive legal response to all instances of ecocide committed within the context of this conflict. Challenges in evidence collection and the international nature of the conflict make the enforcement of ecocide laws that are already in place in certain local legislations difficult.

A substantial overhaul of the body of international legal norms is necessary to provide genuine environmental protection. Only the addition of a fifth crime to the Rome Statute can lay the groundwork for effectively addressing ecocidal acts on a global scale. This would grant the capacity to prosecute individuals responsible for such actions committed within the Ukrainian conflict, thereby deterring future beligerent conduct that harms the environment.

Just as the Nuremberg Tribunal established the concept of “crimes against humanity” seven decades ago to adjudicate the atrocities committed by Nazi Germany, the war in Ukraine has the potential to pave the way for the legal recognition of the crime of ecocide on an international level.

38 Rome Statute of the International Criminal Court, Article 121. <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> [Last accessed: 31.08.2023].

BIBLIOGRAPHY:

Doctrine

1. Zierler, D. (2011). The invention of ecocide. *University of Georgia Press*, p. 15.
2. Neyret, L. (2014). For recognition of the crime of ecocide. *Revue juridique de l'environnement*, 39, 177-193. <<https://www.cairn.info/revue-juridique-de-l-environnement-2014-HS01-page-177.html>> [Last accessed: 31.08.2023].

Normative Acts

1. Penal Code of Vietnam, Article 342. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=56207> [Last accessed: 31.08.2023].
2. Penal Code of Armenia, Article 394. <<http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1349&lang=eng>> [Last accessed: 31.08.2023].

3. Penal Code of Georgia, Article 409. <<https://matsne.gov.ge/en/document/view/16426?publication=253>> [Last accessed: 31.08.2023].
4. Criminal Code of the Republic of Belarus, Article 131. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=54631> [Last accessed: 31.08.2023].
5. Criminal Code of the Russian Federation, Article 358. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.imolin.org/doc/amlid/Russian_Federation_Criminal_Code.pdf> [Last accessed: 31.08.2023].
6. Criminal Code of the Republic of Ukraine, Article 441. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/ukr/2001/criminal-code-of-the-republic-of-ukraine-en_html/Ukraine_Criminal_Code_as_of_2010_EN.pdf> [Last accessed: 31.08.2023].
7. Directive 2008/99/EC, on the protection of the environment through criminal law.(2008, November 19th). European Parliament and of the Council. *OJ L 328*, 6.12.2008, p. 28–37. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32008L0099>> [Last accessed: 31.08.2023].
8. Rome Statute of the International Criminal Court, Articles 5 et 121 <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>> [Last accessed: 31.08.2023].

Courts decisions; Resolutions; Official statements

1. Update 165 – IAEA Director General Statement on Situation in Ukraine. IAEA. (2023, June 2023) <<https://www.iaea.org/newscenter/pressreleases/update-165-iaea-director-general-statement-on-situation-in-ukraine>> [Last accessed: 31.08.2023].
2. Ministry for foreign affairs of Ukraine. (2015, September 8th). Declaration on the recognition of the jurisdiction of the International Criminal Court. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf> [Last accessed: 31.08.2023].
3. Al Bashir Case. The Prosecutor c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09. <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir> [Last accessed: 31.08.2023].
4. Resolution on corporate liability for environmental damage, point 33 (2021, May 20). *Official Journal of the European Union*. <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0259&from=ET>> [Last accessed: 31.08.2023].

Officials reports

1. Agent Orange and Cancer Risk. *American Cancer Society*.
2. <<https://www.cancer.org/cancer/risk-prevention/chemicals/agent-orange-and-cancer.html>> [Last accessed: 31.08.2023].
3. Agent Orange and birth defects. *Birth Defect Research for Children*. <<https://birthdefects.org/agent-orange/>> [Last accessed: 31.08.2023].

4. Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC. (2023, March 28). <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_EN.html> [Last accessed: 31.08.2023].
5. Ministry of Environmental Protection and Natural Resources of Ukraine. (2023, February 22nd), Рік повномасштабного вторгнення рф: серед жертв і українське довкілля. *Державні сайти України*. <<https://www.kmu.gov.ua/news/rik-povnomasshtabnoho-vto-rhnennia-rf-sered-zhertv-i-ukrainske-dovkillia>> [Last accessed: 31.08.2023].
6. Molins, F. (2022, December). The criminal treatment of environmental litigation. *Report of the working group on environmental criminal law*. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.courdecassation.fr/files/files/Parquet%20g%C3%A9n%C3%A9ral/Rapport_PG_envir.pdf> [Last accessed: 31.08.2023].

Press articles and releases:

1. De Thier, V. & Brems, S. (2023). War in Ukraine: Zelensky accuses Russia of ecocide, rightly so? RTBF. <<https://www.rtb.be/article/guerre-en-ukraine-zelensky-accuse-la-russie-decocide-a-raison-11210126>> [Last accessed: 31.08.2023].
2. Meyer, C. (2022, November 16). Agent Orange: The Hidden History of an Ecocide. *Combat*. <<https://combatlemedia.com/2022/11/16/agent-orange-lhistoire-cachee-dun-ecocide/>> [Last accessed: 31.08.2023].
3. Stop Ecocide International (SEI). <<https://www.stopecocide.earth/#>> [Last accessed: 31.08.2023].
4. Ripert, L. (2023, July 26). War in Ukraine. Des milliers de dauphins tués en mer Noire, les opérations navales dans le viseur. *Ouest France*. <<https://www.ouest-france.fr/monde/guerre-en-ukraine/guerre-en-ukraine-des-milliers-de-dauphins-tues-en-mer-noire-bf-591dac-08d5-11ed-809f-9e7ceb27185e>> [Last accessed: 31.08.2023].
5. Watts, J. (2023, June 7). Dam breach could be Ukraine's 'worst ecological disaster since Chernobyl'. *The Guardian*. <<https://www.theguardian.com/world/2023/jun/06/dam-breach-could-be-ukraines-worst-ecological-disaster-since-chernobyl>> [Last accessed: 31.08.2023].
6. Kramer, A. E., Varenikova, M., & Lima, M. (2023, June 7). Ukraine flood deepens misery in war zone. *The New York Times*. <<https://www.nytimes.com/2023/06/07/world/europe/ukraine-kherson-flooding.html>> [Last accessed: 31.08.2023].
7. Borger, J. (2023, June 9). Dam collapse a global problem as waters may poison Black Sea, Zelenskiy says. *The Guardian*. <<https://www.theguardian.com/world/2023/jun/08/dam-collapse-global-problem-waters-may-poison-black-sea-zelenskiy>> [Last accessed: 31.08.2023].
8. Pahwa, N. (2023, June 16). The destruction of the Kakhovka dam is a disaster for the whole world, *Slate.fr*. <<https://www.slate.fr/story/248393/destruction-barrage-kakhovka-catastrophe-ecologique-mondiale-environnement-ukraine-guerre-russie#:~:text=Un%20d%C3%A9sastre%20environmental%2C%20%C3%A9conomic%20and%20agricultural&text=Volodymyr%20Zelensky%20a%20annonc%C3%A9%20la,that%20they%20don't%20cross%20Kherson>> [Last

- accessed: 31.08.2023].
9. AFP. (2023, June 6). 150 tons of motor oil spilled into the Dnieper River, according to Kyiv. *Le Journal De Montréal*. <<https://www.journaldemontreal.com/2023/06/06/150-tonnes-dhuile-moteur-devertees-dans-le-fleuve-selon-kyiv>> [Last accessed: 31.08.2023].
 10. Knight, M. (2023, June 11). Kakhovka dam collapse has made Black Sea a 'garbage dump and animal cemetery', Ukraine warns. *CNN*. <<https://edition.cnn.com/2023/06/11/europe/kakhovka-dam-collapse-swimming-banned-intl-hnk/index.html>> [Last accessed: 31.08.2023].
 11. Mayer, N. (2023, July 7). Could the Zaporijia nuclear power plant "explode" and what would be the consequences? *Futura*. <<https://www.futura-sciences.com/planete/actualites/environnement-centrale-nucleaire-zaporijia-pourrait-elle-exploser-seraient-consequences-97124/>> [Last accessed: 31.08.2023].
 12. European Parliament recognizes ecocide (2023, April 6). *Éditions Légilstaives*. <<https://www.editions-legislatives.fr/actualite/le-parlement-europeen-reconnait-lecocide/#:~:text=Le%2029%20mars%202023%2C%20dans,%C3%A9cocide%20dans%20le%20droit%20europ%C3%A9en>> [Last accessed: 31.08.2023].
 13. Radisson, L. (2023, March 30). The European Parliament supports the crime of ecocide. *Actu-Environnement*. <<https://www.actu-environnement.com/ae/news/ecocide-crime-resolution-parlement-proposition-directive-droit-penal-environnement-41477.php4>> [Last accessed: 31.08.2023].
 14. Enderlin, S. (2023, August 15). Who destroyed the Kakhovka dam? A lesson in journalism from a great historian. *Heidi.news*. <<https://www.heidi.news/monde/qui-a-detruit-le-barrage-de-kakhovka-petite-lecon-de-journalisme-par-un-grand-historien>> [Last accessed: 31.08.2023].
 15. R. Killian. (2022, March 7). Legal accountability for environmental destruction in Ukraine. *Conflict and Environment Observatory*. <<https://ceobs.org/legal-accountability-for-environmental-destruction-in-ukraine>>. [Last accessed: 31.08.2023].
 16. D'Alançon, F. (2021, June 23). "Ecocide": towards recognition of an international crime. *La Croix*. <<https://www.la-croix.com/Ecocide-vers-reconnaissance-dun-crime-international-2021-06-23-1201162781>> [Last accessed: 31.08.2023].

PAROLE AS A SPECIAL MECHANISM OF RELEASE FROM PUNISHMENT IN MODERN GEORGIAN LAW

Mariam Gelashvili

Doctoral Candidate of Law, Assistant in the field of Criminal Law and Penitentiary Law, Caucasus International University, Georgia

ABSTRACT

The presented article is dedicated to one of the special mechanisms of release from punishment in modern Georgian law – parole, it discusses the legal problems of using the benefit provided by this law, which is based on a deep analysis of practice and a small amount of scientific research, since the issue has not been thoroughly researched and has rarely been the subject of scientific research interest.

The debate on the conditional release mechanism as an essential and necessary tool was initiated by the unfavourable state of the regulatory legislation, the existence of a heterogeneous practice on the part of the court, and the scarcity of modern Georgian juridical literature regarding the mentioned concept.

This article aims to understand the parole mechanism in Georgia and in the example of some foreign countries, which will make the scientific research process even more interesting and diverse. It also aims to compare, evaluate and synthesize the results obtained from further research, including the mistakes of their usage in practice and the development of scientifically based recommendations to eliminate the mistakes in the parole regulations.

Formal-logical, historical, formal-legal, dogmatic, comparative-legal, descriptive and systematic methods are used in researching the problem posed in a separate chapter of the article.

The conclusions, provisions, and recommendations mentioned in the article can be used to improve the qualifications of the people interested in this topic and to find practical aid for the employees working in the field.

KEYWORDS: Parole, Judicial practice, Alternative to prison sentence, Standard of decision justification

INTRODUCTION

In the wake of the liberalization of state policy, based on which man was considered the highest value, the purpose of punishment was determined not to inflict pain but to resocialize, restore justice and prevent new crimes. A person should be a “goal” and not a means of achieving the goal.¹ Accordingly, executing the punishment should not cause suffering. Alternatives to the punishment should be sought to reduce the pain. In some cases, it is possible to stop reacting to the crime altogether.² In the case of imprisonment, parole can be considered one of the best means of reducing the pain caused by the punishment in modern Georgian law, which is an essential legal opportunity for the beneficiary to be motivated, in the post-sentence period, to be entirely focused on the resocialization process and as a result to hope to use this mechanism effectively. Even though the special mechanism of release from this sentence does not have a very long history in Georgia, a considerable period has passed since its introduction, and the changes made during this period have raised many question marks, especially regarding the proper functioning of the parole institution.

The current reality in Georgia – the unfavourable state of domestic legislation and the presence of non-uniform court practices – clear-

ly emphasizes the problem’s urgency. Based on this, it is of great interest to find out the nature and extent of conditional release, not only in the example of Georgia but also in the example of some foreign countries, as well as the analysis of mistakes made in practice in scientific research. To achieve the goal of the research, the following tasks have been formulated: to study the opinions of scientists and to achieve the goal of the research by answering the questions, at the same time, to examine the experience of foreign countries and make recommendations in terms of adjusting/improving the current legislation.

When talking about the scientific novelty of the topic, the following should be emphasized:

- This article is the first attempt at a complex study of the research topic and represents the first monographic study;
- The article will formulate a position on the following issue: to what extent it is possible to consider the issue of conditional release of a convicted person based on a petition filed by a legal representative;
- The article will analyze the point of view regarding the exceptional rule of consideration of parole issue;
- A position will be proposed regarding the introduction of a legal norm regarding the rule of grace period calculation;
- It will be assessed how appropriate it is for the local Council to release the person who has already benefited from the benefits provided by the law;
- It will be analyzed whether only the excess/quantity of positively or negatively assessed criteria constitutes a basis for making a positive or negative decision on unconditional and automatic parole;
- It is analyzed to what extent an incentive measure against the convict is a special circumstance after the refusal of parole, which will allow the Council to consider the mentioned issue without the 6-month term, etc.

1 Commentary on the Constitution of Georgia. Collective of authors., (2013). Chapter two. Georgian citizenship. Basic human rights and freedoms, T. Bilis, “Petit”, p. 109.

2 Christy N., (2017). The Limits of Pain, The Role of Punishment in Penitentiary Policy, First Georgian Edition, Tbilisi, “Sezani”, p:20.

A brief historical overview of the origin and development of parole as a special mechanism for release from punishment

Imprisonment, prison overcrowding and prison population growth are significant problems for the criminal justice system, especially for the institution's administration in terms of both human rights protection and effective management of penal institutions.³ This problem prompts the state to consider effective release policies to limit or reduce incarceration rates. Such initiatives are based on the “front door” or “back door” strategy, which involves reducing the number of convictions caused by the increase in the use of alternative punishments (“front door” strategy) and increasing the number of parolees (“back door” strategy).⁴ The institution of parole is one of the most effective and constructive measures to prevent reoffending, which provides for the planned, supervised reintegration of the offender.⁵

In addition to the above, it can also be said that parole is one of the types of non-custodial punishment, but also a form of incentive for the convict, which allows the beneficiary to leave the penitentiary a few months or years before the end of the sentence, and the release motivation helps the convict in rehabilitation programs during the sentence. To be resocialized through inclusion and to refrain from illegal activities after leaving the penitentiary.

A previously unknown legal model – parole was established in 1847 by the French A. Bonne-

ville de Marchangie, which originally meant releasing a convict after serving a certain period of his sentence, subject to satisfactory behaviour in the future. The mentioned definition is in the criminal legislation of almost all countries with some minor changes. In this respect, Georgia is not an exceptional case. Four parole systems have been changed in Georgia. Until 2006, the director of the penitentiary institution presented the personal case of the convicts to the court. Since 2006, this function was taken away from the directors of the institution and transferred to a commission created in the Department of Corrections, which performed a kind of “filter” function, reviewed the case of all convicts who served the minimum sentence required for parole and made a decision on which case was presented to the court for final consideration and decision. In this case too, the court had the final say. In 2009, the issue of parole was considered by the Permanent Commission. As for local councils, since 2010, they have dealt with the issue of conditional release of convicts. In addition, a permanent commission acted as a controlling link for the Council. In particular, he imposed an obligation to submit a report on the activities performed to the permanent commission once every three months and to supervise their activities. The function of the permanent commission was particularly noteworthy: to consider the cases of those convicts who were refused parole during the consideration of the local councils and to make a different decision from the local councils, which was a superior legal force, and the person was subject to immediate release. Since 2014, the permanent commission has been canceled, and the Council has become an administrative body.⁶ Based on this, four stages of changes can be distinguished as follows:

1. Until 2006, the director of the penitentiary institution presented the case of the convicts to the court according to the territorial conviction;

3 Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (99)22, on Prison Overcrowding and Prison Population Growth, Preamble. <<https://rm.coe.int/compendium-prison-overcrowding-georgian/16806ab9a8>> [Last accessed: 11.10.2023].

4 Dunkel F., (2010). Kommentierung §57 StGB, in U. Kindhauser, U. Neumann and H. Paeffgen (eds.) Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Vol. 1 (3rd ed.), S: 41.

5 Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec (2003) 22, Regarding parole, preamble. <<https://rm.coe.int/compendium-prison-overcrowding-georgian/16806ab9a8>> [Last accessed: 15.10.2023].

6 Mikanadze G., (2012). The right to parole of a prisoner, European experience and the reality of Georgia, in the book: K. Korkelia, Protection of human rights, achievements and challenges, collection of articles, Tbilisi, pp. 130-131.

2. Since 2006, the directors of the penitentiary institution have been deprived of the right to submit petitions. A permanent commission was established in the Penitentiary Department as an intermediary link between the court and the convict. Based on Article 68 of the Prison Code, convicts had the right to petition the Permanent Commission. The latter assessed certain circumstances and decided to submit to the court for parole;
3. In September 2009, this parole model was also abolished and replaced by the Permanent Commission of the Ministry of Penitentiary, Probation and Legal Assistance of Georgia. In this case, the competence to consider the issue was shifted from the department to the ministry level, with the difference that the issue was discussed and the final decision was made by the standing commission, not the court;
4. From October 1, 2010, a new prison code came into force, which radically changed the system in force in the country and created local councils, which were tasked with reviewing and deciding on the cases of convicts. i.e. The judicial circle dropped out of the given process, it retained only the appellate function.

Since 2018, convicts have been divided according to the risk of danger, and an important change has been made in the Prison Code. Under current law, local councils will no longer consider parole for high-risk offenders.⁷ This circumstance is a “filter” that allows local councils to be more efficient and focused on public safety.

The parole system in our legislation is not automatic, as the legislation mixes automaticity with discretionary parole.⁸ The prerequisite for considering the issue of parole is that the convicted person has served the grace period stipulated by the law, which depends on the category

of the crime, the age of the convicted person, the crime committed during the probationary period, and others. This is confirmed by the relevant legislative norms, in particular, Article 72 of the Criminal Code⁹ and Article 95 of the Juvenile Justice Code¹⁰ stipulate the minimum terms of the sentence to be served, at which time the convicted person will have the opportunity to use conditional release, and not the guarantee that he will be released without parole. No such legal reservation in nature would oblige the local council, the authority dealing with the specified issue,¹¹ to replace the unpaid part of the sentence with parole after serving the grace period and automatically release the beneficiary. In practice, there are often such cases when, together with the convicts and the defenders of their interests, they think that if the person deprived of liberty has served the mentioned term, the authorized administrative body is obliged to take further action in terms of release, which, as mentioned, is completely inconsistent with the content of the provisions of the applicable legal norms.

There is a logical parallel to this topic, the question of how the concession period is determined and whether there is a legal record that directly determines the relevant rules for calculating the period. If we take a look at the legislation, we will see that this issue is not regulated at all, and this often causes problems in practice, especially in cases where there are deductions according to the sentence, in particular, when the time of arrest and imprisonment and the counting of the sentence started from the moment of actual arrest, the calculation in relation to this matter is carried out by the employees of the special accounting department of the penitentiary institution in two ways, one part first subtracts

7 Part 1 of Article 42 of the Prison Code. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=41>> [Last accessed: 17.10.2023]

8 Collective of authors., (2007). General part of criminal law, ed. c. Nachkibia, Tbilisi, p: 412.

9 Article 72 of the Criminal Code. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=257>> [Last accessed: 17.10.2023].

10 Article 95 of the Juvenile Justice Code. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=22>> [Last accessed: 18.10.2023]

11 Article 41 of the Prison Code. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=41>> [Last accessed: 17.10.2023].

the sentence to be served from the calculation and then determines the actual term of service, and the other part subtracts the calculation after determining the actual term, and this creates a different situation, since The time is different and these two methods determine completely different periods. For there to be no place for the claims of persons deprived of their freedom in relation to the calculation, non-uniform practice and, to some extent, confusion, it is advisable to write a corresponding legal norm which will regulate the mentioned problems.

The extent to which a person with the right to appeal to local councils in case of conditional release can be the legal representative of the convict has often become a subject of dispute from the side of scientists and practitioners. If we carefully read and analyze Article 42 of the Prison Code¹² We will see that only the convicted person can enjoy this right. Neither based on a warrant nor a power of attorney, a petition should be requested from the penitentiary institution to consider the above-mentioned issue by presenting a document confirming the representation so that it is possible to discuss the conditional release of the convicted person. The rule of consideration of the issue would be a direct reference to the circle of authorized persons in the relevant norm.

When considering the issue of parole, the local councils are in charge “On approving the procedure for consideration and decision-making of the issue of parole from serving a sentence by the local councils of the state sub-departmental institution – Special Penitentiary Service included in the system of the Ministry of Justice of Georgia” approved by order of the Minister of Justice of Georgia dated August 7, 2018 N320 In accordance with the criteria established by Article 13 of the Rule:

a) Nature of the crime – when evaluating the mentioned criterion, attention should be paid to the severity of the crime committed by the person, under what circumstances the crime was

committed, as well as whether the crime was committed during the period of probation;

b) The behaviour of the convicted person during the serving of the sentence – when evaluating the mentioned criterion, attention should be paid to how many and what kind of disciplinary, administrative and incentive measures were applied to the convicted person during the serving of the sentence, as well as, specifically, for what kind of action such a decision was made; Attention should also be paid to the information about the institution of imprisonment, the daily schedule of the institution, the fulfilment of the duties stipulated by the legislation of Georgia and the observance of the legal regime of the institution during the period of serving a sentence by the convict;

c) The fact of the convicted person committing a crime in the past, conviction – when evaluating the mentioned criterion, attention should be paid to the number of times, the severity and the type of crime committed. Also, what kind of crime, what severity, and how many times he was convicted;

d) Family conditions – when evaluating the mentioned criterion, attention should be paid to the relationship of the convicted person with his family members, whether he has minor children, other family members who are unable to work, the material condition of close relatives, etc.;

e) The personality of the convicted person – when evaluating the mentioned criterion, attention should be paid to the attitude of the convicted person to the crime committed, to the employees of the institution and other convicts, information about the participation in social activities during the period of serving a sentence, whether it requires special supervision by the management of the institution and other important issues that provide an opportunity to evaluate the personality.¹³ The assessment of

12 Article 42 of the Prison Code. < <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=41> > [Last accessed: 17.10.2023].

13 Order N320 of August 7, 2018, of the Minister of Justice of Georgia “On the review and decision-making process of the issue of parole from serving a sentence by the local councils of the special penitentiary service, a state sub-departmental institution included in the system of the Ministry of Justice of Georgia”. < <https://matsne.gov.ge/ka/document/>

convicted people is carried out for each criterion separately, and a reasoned decision is made based on the analysis and reconciliation of already assessed criteria. The given criteria make it possible to analyze the risk factors, which will determine the extent to which society is at risk of committing a repeated crime from the person who will be released on parole. Here, the fact cannot be left out of attention that, on August 7, 2018, the Minister of Justice of Georgia on the review and decision-making process of the issue of conditional release from serving a sentence by the local councils of the special penitentiary service, a state sub-departmental institution included in the system of the Ministry of Justice of Georgia. Article 13 of Order N320 does not explain each assessment mark in detail in terms of content or defines a circumstance relevant to the relevant criterion. When evaluating the behaviour of the convict, a relevant circumstance may be – the number, severity, nature and content of disciplinary punishments – why the said measure was used, including whether a new disciplinary violation was committed during the period of serving another punishment; Incentive measures and all the information related to the behaviour of the convict during his stay in the penitentiary institution and others. This kind of reference on the part of the decision-making body largely determines the observance of the standard of justice.

The subject of interest in the research process was the analysis of such a case in relation to the evaluation criteria, how the council should assess the legal status of the convicted person when the established factual circumstance is the lack of conviction of the convicted person and the existence of facts of committing a crime in the past by this person. The guiding criterion for a local council is not only a current conviction but also a past offence, which means that the council is empowered to assess the fact that a crime has been committed in the past, even when the conviction has been overturned. According to Article 79, Part 6 of the Criminal Law Code, an

overturned or cancelled conviction is not taken into account when deciding the issue of a criminal impact measure. When making a decision on the issue of conditional release from serving the sentence. Dismissal or removal of conviction does not change the fact of committing a crime in the past, therefore, this circumstance should not cause the board to take into account the said factual circumstance in combination with other factual circumstances.

It's crucial to address the exception to the 6 – month grace period after parole denial. According to Article 42, Part 7 of the Prison Code, if the board decides to refuse parole from serving the sentence, the petition on the same issue can be reconsidered only after 6 months unless the term of the sentence to be served does not exceed 6 months or /and there is a special circumstance. Consideration of the conditional release of a convicted person from serving his sentence is mandatory once every 6 months. If the term of the sentence to be paid does not exceed 6 months, the council will consider the issue of conditional release of the convicted person from serving the sentence based on the written application of the convicted person.¹⁴ It is acceptable to consider what the specified record means – “special circumstance”. Not a single legal act, like the Prison Code, contains a list of special circumstances or any kind of definition which would allow the local council to consider the petition of the convicted person in violation of the established term. That is, the concept mentioned in the 7th part of Article 42 of the Prison Code – “special circumstance” is only an evaluative category. I think it is necessary to make appropriate changes in the Prison Code and to explain the “dead record” of the given norm, which will contribute to the development of practice in this direction. One of the special circumstances can be considered the case when the court invalidates the decision made by the local council and after investigating and evaluating the circumstances relevant to the

[view/4289728?publication=0](https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0)> [Last accessed: 09.10.2023].

14 Section 7 of Article 42 of the Prison Code. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=41>> [Last accessed: 09.10.2023].

case, issues a new individual administrative-legal act regarding the conditional release of the convict. In this case, the local council should no longer wait for the 6 months established by the law to pass after the refusal and is obliged to execute the court's decision. In relation to the special circumstance, it is also important to consider whether the incentive measures applied to the convicted person after his request was not met constitute a legal basis that would allow the local council to consider the petition of the beneficiary in violation of the requirements of Article 42, Section 7 of the Prison Code. Of course, the dynamics of the development of positive behaviour of the convicted person after the refusal of parole is welcome by the local council, although the circumstance that the convicted person was encouraged does not represent such a special case that can be considered in its content, firstly because such a case will have many times place both for this person deprived of liberty and in the case of another convicted person, and the second is because it is less possible for the convicted person to carry out such a rare case that distinguishes him from other convicted persons due to individual circumstances. In such a case, it is expected that there will be a purposeful and not thought-out manifestation of positive behaviour, therefore, in relation to the given issue, the members of the Council should base their decision on a qualified assessment of objective and subjective circumstances. I think that the discussion will help those interested in the above-mentioned concept to develop the process of scientific research further and expand the list of special circumstances.

Court analysis of practice in relation to the issue of parole

In the present chapter, the issue of parole will be discussed only based on judicial practice, only a part of the cases where small flaws are identified is selected, this does not serve to criticize or reprimand the court, but rather to avoid violations in the future, to avoid non-uniform

practice, to reduce the number of errors, because it is established objective truth about the case.

The non-uniformity of the existing judicial practice in relation to the decisions made by the local council is evidenced by the decisions of the Administrative Affairs Board of the Tbilisi City Court of October 20, 2021¹⁵ and June 30, 2022,¹⁶ which were issued against the same person, based on identical factual circumstances, in one case the judge partially satisfied the claim of the beneficiary, and in the second case, it was not satisfied, part of the reasoning is so well-argued that an objectively thinking person will not even notice the special difference when reading them. The argumentation that the inner conviction of the judge dictated this is not sufficient justification in this case. In the presence of similar circumstances, it is expedient to develop the judicial practice in such a way that some common standard is formed, and there is no place for non-uniform decisions to be made. As an illustration, we present the following situation: N.C. was convicted under subsection "e" of part 2 of Article 109 of the Criminal Code of Georgia, which was expressed as follows: i. Q. What did L. intend for his mother? Q. To inflict special pain and kill him, to fulfil his intention, he asked his friends for help: B.S. Minor N. Ch. and together with them planned L. Q. kill. On October 19, 2016, in the "Smart" supermarket on Rustaveli Avenue in Tbilisi, B. Sh., I. Q. and N.C. They met each other according to the agreement, at which time they specified L. Q. Details of the murder, in addition, to place and hide the body parts of the crime victim, they bought polyethylene bags, then they went by car to the apartment located at N5/41 Beri Gabriel Salosi Street, Tbilisi, where L. Q. He was alone. Upon arriving at the apartment, L. Q. He opened the door and let them into the house. After that B. Sh., according to agreement, L. Q. He held his hand firmly in the mouth and nose area and tried to hug her. At the same time i. Q. and N. Ch. L. K.'s hands and feet were

15 Administrative Affairs Board of Tbilisi City Court of October 20, 2021 Decision N3/1134-21.

16 Tbilisi City Court Administrative Affairs Board of June 30, 2022 Decision N3/3128-22.

held and he was not allowed to move. After that B. Sh. He was stabbed several times in the temple area with a knife, as a result of which L. Q. fell. To an unconscious person b. Sh., I. Q. and N. Ch. They tied their hands and feet with adhesive tape, put them in a bag and took them by car to St. B. located in Tbilisi, Vedzesi 4th exit N4. Sh. in the apartment rented by N. Ch. and I. Q. L. Q. The body was dismembered using a saw. In particular, first, they cut off the head, the fingers of the upper limbs, the upper and lower limbs, and B. Sh. Cut out the heart and liver. They placed the dismembered body parts in a polythene bag and transported them by car to St. On the 13th kilometre of the Tbilisi bypass road, in the territory of the former landfill, where they were thrown into an existing pit, poured gasoline and burned. On December 3, 2020, the local council refused to replace the unpaid part of the sentence with house arrest. The said decision was appealed by the convict in the Tbilisi City Court, however, by the decision of October 20, 2021, the said claim was rejected. In the decision, it was indicated that the local council, while considering the issue, took into account the attitude of the convicted person towards the administration of the institution and other personal characteristics, the fact that the convicted person was encouraged during the period of serving the sentence, however, it focused on the nature of the crime, it was a violent crime, in particular, with particular cruelty, intentional murder committed in a group under aggravating circumstances. Based on the above, the nature of the committed crime, the way the action was carried out, and the result of the crime had a particularly negative impact when considering the issue of the convicted person. Accordingly, at this stage, the Council considered that the negative considerations accompanying this criterion could not be invalidated and could not be outweighed by other positive context criteria. Accordingly, the Tbilisi City Court considered that the respondent administrative body did not exceed the scope of exercising its discretionary powers. Taking into account the factual circumstances of the case, the review council's assessment, in this case, was fully consistent with the

decision-making procedure of the special penitentiary service of the state sub-departmental institution included in the system of the Ministry of Justice of Georgia" on August 7, 2018, by the order No. 320 of the Minister of Justice of Georgia the requirements established in the approved manner and the appealed decision were issued in compliance with the requirements of the law, therefore there was no reason to invalidate the contested act. Also, by the decision of April 1, 2022, the convict was denied parole. The negative decision was based on the nature of the crime, the motive, the method and the result of the crime. In addition, the circumstance that the position of the victim's successor was not presented was taken into account. The mentioned legal act was appealed, and by the decision of the Tbilisi City Court on June 30, 2022, the claimant's claim was partially satisfied, and the reviewing local council was ordered to issue a new administrative-legal act against the convicted person. On the one hand, the court shared the Council's explanation regarding the nature and gravity of the crime committed; however, it explained that when assessing the issue, it is first of all important to assess the personal characteristics of the convicted person properly. Also, the achievability of the goal of punishment and issues of resocialization of the convict.

In the research process, there were also cases where completely unsubstantiated decisions were taken from the justice implementing body in relation to the results of the local council, which are directly related to the conditional release of convicts. As an illustration, we present the decision of the Administrative Affairs Board of the Tbilisi City Court dated April 27, 2023, by which D.K. The claim was partially settled. D.K. While considering the issue of parole, the council got acquainted with the victim's position regarding the use of the benefit provided by the law towards the convict, taking into account the convict's behaviour during the period of serving the sentence, which is encouraged by the circumstances. However, he focused on the nature of the crime. The convict has committed a crime against human rights and freedoms – illegal deprivation

of liberty, which is confirmed by the manner of the committed crime, in particular, the fact that the act was committed in a group, using the so-called “khamutes” to bind the hands and feet of the victim. A particularly aggravating circumstance of the crime is that a pre-agreed group committed the act. Also, the fact that the crime was carried out with the threat of taking life. According to the form of the charge, the crime was committed with direct intent, which means that D.K. He was aware that he was entering into illegal imprisonment. The purpose and motive accompanying the illegal deprivation of liberty, which was manifested in the extortion of a large amount of money. Accordingly, at that moment, the Council considered that the negative opinions accompanying the criteria determined by order of the Minister of Justice N 320 could not be canceled and could not be outweighed by other positive context criteria. Against the background of these factual circumstances, the judge D. St. The claim was partially satisfied on the grounds that the victim D.K. He forgives the illegal act committed against him and has no complaints with him.¹⁷ Here, the judge rejected the criteria defined by the Council’s guideline standard and brought forward the notarized consent of the victim in the case in the previous year, in the background that the position of the victim is not at all an evaluation mark established by the mentioned act, of course, this position should not be understood as if it does not matter if the victim To understand the point, however, partial satisfaction of the claim on this basis alone is completely groundless, besides, there is not a single legal norm, which represents the mentioned additional type of material as an unconditional reason for the release of the convicted person. “The use of punishment should be based on individual circumstances, the complexity of the case, the dangers arising from the act, the prerequisites for committing the act, motives, consequences, the characteristics of the offender’s personality, the impact of the punishment on the offender’s

17 Tbilisi City Court Administrative Affairs Board of April 27, 2023 Decision N3/831-23.

future life”¹⁸ Based on this, the decision of the council and the court should be aimed only at achieving the goals of punishment.

As for the practice in the higher instance, the situation is as follows: the appellate court rarely changes the decisions made by the court of the first instance, in the legal assessment of leaving them unchanged, it is mainly noted that the factual circumstances have been correctly assessed by the city court and the legal validity of the decision does not raise doubts. The amendment of decision No. 3/6450-19 of the Tbilisi City Court of November 21, 2018, by which the lawsuit of the convicted person was fully satisfied, is included in the exceptional circle. Based on the factual circumstances of the case, the Tbilisi Court of Appeal partially satisfied the appeal of the local council and ordered the administrative body to re-examine the case based on the investigation of the circumstances essential to the case.¹⁹

In the case of the Court of Cassation, the practice of appealing the decision of the Court of Appeal has been introduced in the penitentiary system for several months, at this stage, the majority of the Supreme Court’s administrative chamber’s ruling concerns the dismissal of the Casator’s complaint at the Court of Appeal, even if the Supreme Court is judged. The cassation appeal of E. was left unconsidered by the court of cassation, and the judgment was issued using the first article of the Administrative Procedure Code, Articles 60, 396, 399 of the Civil Procedure Code.²⁰

Compared to parole – legal description

This chapter will discuss the peculiarities of the use of parole in light of the legal traditions and experiences of foreign countries.

18 Decision of the Constitutional Court of Georgia on July 11, 2017 in the case “Georgian citizen Imeda Khakhutaishvili vs. Parliament of Georgia”, paragraph II-10.

19 Tbilisi appeal Decision of the court No. 3 b / 295-19 of September 11, 2019.

20 Judgment of the Supreme Court of May 30, 2023, Nbs-283(K-23).

There are different legal mechanisms of parole in different European countries. Although the attitude towards the active use of parole is changing day by day, the power of the head of state to pardon convicts remains the most effective means of parole in many European countries. Mass pardons are still a reality. Their use is particularly marked both during periods of great political change (such as the period of post-communist changes in Eastern Europe) and as a common mechanism for commuting or at least exoneration of convicted persons (for example, in France).²¹

“As mentioned in the recommendation of the Council of Europe on parole (the recommendation was received and approved by the Committee of Ministers of the Council of Europe on September 24, 2003), three systems of parole are common in the member states of the Council of Europe: Discretionary release system, Mandatory release system) and mixed (Mixed release system). A discretionary parole system operates in most European countries, with a classical form operating in France. Mandatory system is developed in Sweden and mixed – in England and Wales. According to the mandatory system, a convicted person in Sweden is automatically released after serving 2/3 of the sentence if he has spent at least one month in prison. In the mixed system, automatic release applies to persons sentenced to short terms of imprisonment, while those sentenced to long terms are subject to discretionary parole requirements.

In Germany, the criminal code provides for the conditional release of a prisoner after serving 2/3 of the sentence. The decision on parole is made by the Criminal Court (Strafvollstreckungsgericht), the prosecutor is also present at the process, but he does not have the right to participate in the decision. In the case of life imprisonment, the court may allow the prisoner to be released early after serving at least 15 years of the sentence. The criminal law judge of the Land-

gericht makes the decision.

In England, people serving sentences of less than four years are eligible for parole after serving half of their sentence. Parole is limited to convicts serving a sentence of more than four years. In case of early release, they are assigned probation service supervision until 75% of the sentence is served. Some sex offenders are placed under supervision until the end of their sentence.

In France, prisoners can apply for parole to the Penalty Application Commission. If the term of the sentence exceeds one year, three months are subtracted from each year (i.e., in the case of 2 years of imprisonment, six months will be subtracted from the term of the sentence); if the term of the sentence is less than one year, seven days will be subtracted from each month (i.e., in the case of 4 months of imprisonment, one will be subtracted from the term of the sentence month). A sentence of life imprisonment may also be commuted, but the reduction of the sentence shall not exceed 20 days or one month after one year of the sentence. The decision on parole is made by the judge of penal affairs (Juge de l'application des peines); if the sentence does not exceed 10 years or three years remain, in other cases, the regional parole court (Juridiction regionale de liberation conditionnelle), the case is reviewed before parole in the national cassation court of liberation (Cour de cassation la jurisdiction nationale de la liberation conditionnelle). In all cases, a court hearing is scheduled at the request of the applicant's lawyer, and the decision can be appealed.²²

Parole is a common occurrence in Georgia and is not used only in cases where negative prognoses related to the convict are evident. We encounter such practices in Belgium, Denmark, and Switzerland. For example, in Sweden, a convicted person is released on parole after serving two-thirds of the sentence unless there are a number of contradictory circumstances. As of January 1, 2007, one of these grounds is the vio-

21 Levy R., (2007). Pardons and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France (From Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective) Michael Tonry, ed. – See NCJ-241880, 551-590.

22 Khmaladze M., (2017). The issue of conditional release of the convict in foreign countries, information magazine for the project of the Prison Code of Georgia, Tbilisi, pp. 2-3.

lation of a suspended sentence, which will result in its cancellation.²³

The comparative analysis reveals that the basis for differentiation is, first of all, the existing model in Georgia, and then the actual terms of service according to the category of the crime, as well as the authorized bodies accepting parole, which in general intersects with different approaches to the use of parole as a special release mechanism from serving a sentence.

CONCLUSION

As we can see, parole is an alternative type of imprisonment. It is not alien to Georgian legislation and judicial practice. The past period clearly showed its advantages and disadvantages, which were discussed in the present article with a general legal description.

As a result of the study of practical and scientific materials, I consider it appropriate to formulate several provisions that include an innovative solution to the existing shortcomings in relation to the present topic:

- It is recommended to write a legal norm to regulate the appropriate rule for calculating the grace period;
- The position was substantiated in cases related to the exceptional rule of consid-

eration of the issue of parole;

- The circle of persons authorized to petition the local council was defined, and the opinion was substantiated that in the case of submission of a power of attorney or a warrant, the local council should not request materials from the penitentiary institution where the beneficiary is serving a sentence based on the lawyer's application;
- It was established that the dismissal or removal of the conviction does not change the fact of committing a crime in the past and does not oblige the local council to take into account the said factual circumstance in combination with other factual circumstances when examining the legal status of the person deprived of liberty;
- The article selects only a part of the cases where small flaws are revealed, this serves not to criticize or reprimand the court but rather to the process of avoiding violations and reducing the number of errors in the future, as the objective truth is established;
- Disparate judicial practice regarding the issue of conditional release was highlighted;
- By comparison – by conducting a legal analysis, the existing system at the national level was compared with the models known at the international level, the peculiarities of the use of parole were highlighted in the light of the legal traditions and experiences of foreign countries, and others.

23 Padfield N., van Zyl Smit D. and Dunkel F., (2010). Release from Prison, European Policy and Practice, Willan Publishing, USA, pg: 421.

BIBLIOGRAPHY:

Georgian language literature:

1. Collective of Authors., (2007). General part of criminal law, ed. c. Nachkibia, Tbilisi.
2. Christie N., (2017). The Limits of Pain, The Role of Punishment in Penitentiary Policy, First Georgian Edition, Tbilisi, "Sezani".
3. Mikanadze G., (2012). The right to parole of a prisoner, European experience and the reality of Georgia, in the book: K. Korkelia, Protection of human rights, achievements and challenges, collection of articles, Tbilisi.
4. Commentary of Constitution of Georgia. Collective of authors., (2013). Chapter two. Georgian citizenship. Basic human rights and freedoms,

Tbilisi, "Petit".

5. Khmaladze M., (2017). The issue of conditional release of convicts in foreign countries, information magazine for the project of the Prison Code of Georgia, Tbilisi.

Foreign language literature:

1. Dunkel F., (2010). Kommentierung §57 StGB, in U. Kindhauser, U. Neumann and H. Paeffgen (eds.) Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Vol. 1 (3rd ed.).
2. Levy R., (2007). Pardons and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France (From Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective) Michael Tonry, ed. – See NCJ-241880.
3. Padfield N., van Zyl Smit D. and Dunkel F., (2010). Release from Prison, European Policy and Practice, Willan Publishing, USA.

Normative material:

1. Prison Code of Georgia.
2. Criminal Law Code of Georgia
3. Juvenile Justice Code of Georgia
4. Order N320 of August 7, 2018 of the Minister of Justice of Georgia "On the review and decision-making procedure of the issue of parole from serving a sentence by the local councils of the special penitentiary service, a state sub-departmental institution included in the system of the Ministry of Justice of Georgia".

Recommendations:

1. Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (99)22, on Prison Overcrowding and Prison Population Growth, Preamble.
2. Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation Rec (2003) 22, on parole, preamble.

Court decisions:

1. the Supreme Court of May 30, 2023, Nbs-283(K-23).
2. Tbilisi Court of Appeal dated September 11, 2019.
3. Decision of the Constitutional Court of Georgia on July 11, 2017, in the case "Georgian citizen Imeda Khakhutaishvili vs. Parliament of Georgia", paragraph II-10.
4. the Tbilisi City Court of October 20, 2021.
5. the Tbilisi City Court of June 30, 2022.
6. Decision N3/831-23 of April 27, 2023, of the Administrative Affairs Board of Tbilisi City Court.

Internet sites (addresses of web pages):

1. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0>
2. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=22>
3. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=41>
4. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=257>

პირობით ვადამდე გათავისუფლება, როგორც სასჯელისაგან გათავისუფლების სპეციალური მექანიზმი თანამედროვე ქართულ სამართალში

მარიამ გელაშვილი

სამართლის დოქტორანტი, ასისტენტი სისხლის სამართლისა და სასჯელაღსრულების სამართლის მიმართულებით, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საქართველო

აბსტრაქტი

წინამდებარე სტატია ეძღვნება თანამედროვე ქართულ სამართალში არსებულ სასჯელისაგან გათავისუფლების ერთ-ერთ სპეციალურ მექანიზმს – პირობით ვადამდე გათავისუფლებას, მასში განხილულია, მოცემული კანონით გათვალისწინებული, შეღავათის გამოყენების სამართლებრივი პრობლემები, რაც ემყარება პრაქტიკის ღრმა ანალიზსა და მცირე ოდენობის სამეცნიერო ნაშრომის კვლევას, ვინაიდან მოცემული საკითხი, ფაქტობრივად, სრულყოფილად გამოკვლეული არ არის და მეცნიერული კვლევის ინტერესის საგანი იშვიათად ყოფილა.

პირობით ვადამდე გათავისუფლების მექანიზმზე, როგორც აუცილებელ და საჭირო ინსტრუმენტზე, მსჯელობა განაპირობა მარეგულირებელი კანონმდებლობის არასახარბიელო მდგომარეობამ, სასამართლოს მხრიდან არაერთგვაროვანი პრაქტიკის არსებობამ და ხსენებულ კონცეპტთან დაკავშირებით თანამედროვე ქართული იურიდიული ლიტერატურის სიმწირემ.

სტატია მიზნად ისახავს, მოხდეს პირობით ვადამდე გათავისუფლების მექანიზმის გააზრება არა მხოლოდ საქართველოს, არამედ საზღვარგარეთის ზოგიერთი ქვეყნის მაგალითზე, რაც კიდევ უფრო საინტერესოსა და მრავალფეროვანს გახდის მეცნიერულ კვლევის პროცესს, ამასთან, მიზნად ისახავს შემდგომ კვლევით მიღებული შედეგების ურთიერთშეჯერებას, შეფასებას, შედარებასა და სინთეზირებას, მათ შორის გამოყენებით პრაქტიკაში დაშვებული შეცდომათა ანალიზსა და პირობით ვადამდე გათავისუფლების მომწესრიგებელ ნორმებში არსებული ხარვეზების აღმოსაფხვრელად მეცნიერულად დასაბუთებული რეკომენდაციების შემუშავებას.

სტატიის ცალკეულ თავში დასმული პრობლემის კვლევისას გამოყენებულია როგორც ფორმალურ – ლოგიკური, ისტორიული, ფორმალურ – იურიდიული, დოგმატური, შედარებით – სამართლებრივი, აღწერილობითი და სისტემური მეთოდები.

სტატიაში მოცემული დასკვნები, დებულებები და რეკომენდაციები შეიძლება გამოყენებული იქნეს მოცემულ თემასთან მიმართებით დაინტერესებულ პირთა კვალიფიკაციის ასამაღლებლად, აგრეთვე, დარგში მომუშავე მომსახურეთათვის პრაქტიკული დახმარების აღმოსაჩენად.

საკვანძო სიტყვები: პირობით ვადამდე გათავისუფლება, სასამართლო პრაქტიკა, საპატიმრო სასჯელის ალტერნატივა, გადანაცვლებების დასაბუთების სტანდარტი

შესავალი

სახელმწიფო პოლიტიკის ლიბერალიზაციის კვალდაკვალ, რის საფუძველზეც ადამიანი მიჩნეულ იქნა უმაღლეს ღირებულებად, სასჯელის მიზნად განისაზღვრა არა ტკივილის მიყენება, არამედ რესოციალიზაცია, სამართლიანობის აღდგენა და ახალი

დანაშაულის თავიდან აცილება. ადამიანი თავად უნდა იყოს „მიზანი“ და არა მიზნის მიღწევის საშუალება.¹ შესაბამისად, სასჯელის აღსრულება არ უნდა იწვევდეს ტანჯვას და ტკივილის შემცირებისთვის მოძიებულ უნდა იქნეს სასჯელის ალტერნატივები, ხოლო რიგ შემთხვევებში შესაძლებელია საერთოდ აღარ გაგრძელდეს რეაგირება დანაშაულზე.² თავისუფლების აღკვეთის შემთხვევაში სასჯელისაგან გამონეული ტკივილის შემცირების ერთ-ერთ საუკეთესო საშუალებად თანამედროვე ქართულ სამართალში შეიძლება ჩავთვალოთ პირობით ვადამდე გათავისუფლებაც, რომელიც მნიშვნელოვან კანონისმიერ შესაძლებლობას წარმოადგენს, რათა ბენეფიციარს ჰქონდეს მოტივაცია, მსჯავრდების შემდგომ პერიოდში, სრულად იყოს ორიენტირებული რესოციალიზაციის პროცესზე და, შედეგად, ჰქონდეს ამ მექანიზმით ეფექტურად სარგებლობის იმედი. მიუხედავად იმისა, რომ მოცემული სასჯელისაგან გათავისუფლების სპეციალურ მექანიზმს საქართველოში არც თუ ისე დიდი ხნის ისტორია გააჩნია, მისი შემოღებიდან დღემდე საკმაოდ პერიოდი გავიდა, ამ ხნის განმავლობაში განხორციელებულმა ცვლილებებმა მრავალი კითხვის ნიშანი გააჩინა, განსაკუთრებით, პირობით ვადამდე გათავისუფლების ინსტიტუტის სათანადო ფუნქციონირებასთან დაკავშირებით.

საქართველოში დღეს არსებული რეალობა – შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობის არასახარბიელო მდგომარეობა, აგრეთვე, არაერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკის არსებობა აშკარად ხაზს უსვამს პრობლემის აქტუალობასაც. გამომდინარე აქედან, დიდ ინტერესს იწვევს პირობით ვადამდე გათავისუფლების ბუნებისა და რაობის გარკვევა არა მხოლოდ საქართველოს, არამედ საზღვარგარე-

1 საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. ავტორთა კოლექტივი., (2013). თავი მეორე. საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები, თბილისი, „პეტიტი“, გვ.109.

2 კრისტი ნ., (2017). ტკივილის საზღვრები, სასჯელის როლი სასჯელადსრულების პოლიტიკაში, პირველი ქართული გამოცემა, თბილისი, „სუზანი“, გვ.20.

თის ზოგიერთი ქვეყნის მაგალითზე, აგრეთვე, მეცნიერული კვლევის პროცესში გამოყენებით პრაქტიკაში დაშვებული შეცდომათა ანალიზი. კვლევის მიზნის მისაღწევად, ფორმულირებულია ამოცანა: მეცნიერთა მოსაზრებების შესწავლა და კითხვებზე პასუხის გაცემის გზით კვლევის მიზნის მიღწევა, ამასთან, საზღვარგარეთის ქვეყნების გამოცდილების გამოკვლევა და რეკომენდაციების გაცემა მოქმედი კანონმდებლობის მოწესრიგება/სრულყოფის კუთხით.

თემის მეცნიერულ სიახლეზე საუბრისას ხაზი უნდა გაესვას შემდეგს:

- წინამდებარე სტატია საკვლევია თემის კომპლექსური შესწავლის პირველი ცდაა და პირველ მონოგრაფიულ გამოკვლევას წარმოადგენს;
- სტატიაში ჩამოყალიბებული იქნება პოზიცია შემდეგ საკითხზე: რამდენად შესაძლებელია კანონიერი წარმომადგენლის მიერ შეტანილი შუამდგომლობის საფუძველზე განხილული იქნას მსჯავრდებულის პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხი;
- სტატიაში გაანალიზებული იქნება შეხედულება პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვის საგამონაკლისო წესთან დაკავშირებით;
- შემოთავაზებული იქნება პოზიცია, რომელიც ეხება სამართლებრივი ნორმის შემოღების საკითხს საშელავათო ვადის დათვლის წესთან დაკავშირებით;
- შეფასებული იქნება, თუ რამდენად მიზანშეწონილია იმ პირის მიმართ, რომელმაც უკვე ისარგებლა კანონით გათვალისწინებული შეღავათით ადგილობრივი საბჭოს მხრიდან გათავისუფლდეს;
- გაანალიზებული იქნება, წარმოადგენს თუ არა მხოლოდ დადებითად ან უარყოფითად შეფასებული კრიტერიუმების სიჭარბე/რაოდენობა უპირობოდ და ავტომატურად პირობით ვადამდე გათავისუფლების შესახებ დადებითი ან უარყოფითი გადაწყვეტილების მიღების საფუძველს;

- გაანალიზდება, თუ რამდენად წარმოადგენს მსჯავრდებულის მიმართ წახალისების ღონისძიების გამოყენება პირობით ვადამდე გათავისუფლებაზე უარის თქმის შემდგომ განსაკუთრებულ გარემოებას, რაც საშუალებას მისცემს საბჭოს 6-თვიანი ვადის დაუცველად განიხილოს ხსენებული საკითხი და ა.შ.

პირობით ვადამდე გათავისუფლების, როგორც სასჯელისაგან გათავისუფლების სპეციალური მექანიზმის წარმოშობისა და განვითარების მოკლე ისტორიული რაკურსი

პატიმრობისა და თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულების გადატვირთულობა და ციხის მოსახლეობის ზრდა მნიშვნელოვანი პრობლემაა სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემისათვის, განსაკუთრებით, დაწესებულების ადმინისტრაციისთვის როგორც ადამიანის უფლებათა დაცვის, ისე სასჯელაღსრულების ინსტიტუტების ეფექტიანად მართვის კუთხით.³ ეს პრობლემა უბიძგებს სახელმწიფოს, იზრუნოს მსჯავრდებულთა გათავისუფლების ეფექტიანი პოლიტიკის განსაზღვრაზე, რათა შეზღუდოს ან შეამციროს პატიმრობის მაჩვენებლები. ამგვარი ინიციატივები დაფუძნებულია „წინა კარის“ ან „უკანა კარის“ სტრატეგიაზე, რაც გულისხმობს ალტერნატიული სასჯელების გამოყენების ზრდით გამოწვეულ მსჯავრდებულთა რაოდენობის შემცირებას, („წინა კარის“ სტრატეგია) და პირობით ვადამდე გათავისუფლებულთა რაოდენობის გაზრდას („უკანა კარის“ სტრატეგია).⁴ პირობით ვადამდე გათავისუფლების

3 ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, რეკომენდაცია No.R (99)22, ციხის გადატვირთულობის და ციხის მოსახლეობის გაზრდის თაობაზე, პრეამბულა.

<<https://rm.coe.int/compendium-prison-over-crowding-georgian/16806ab9a8>> [ბოლო ნახვა: 11.10.2023].

4 Dunkel F.,(2010). Kommentierung §57 StGB, in U. Kindhauser, U. Neumann and H. Paeffgen (eds.) No-

ინსტიტუტი ერთ-ერთი ყველაზე ეფექტიანი და კონსტრუქციული ღონისძიებაა ხელახალი დანაშაულის თავიდან ასაცილებლად, რომელიც უზრუნველყოფს დამნაშავის დაგეგმილ, ზედამხედველობას დაქვემდებარებულ რეინტეგრაციას.⁵

გარდა ზემოაღნიშნულისა, შეიძლება ითქვას კიდევ, რომ პირობით ვადამდე გათავისუფლება, არასაპატიმრო სასჯელის ერთ-ერთი სახის გარდა, წარმოადგენს მსჯავრდებულის ნახალისების ერთგვარ ფორმას, რაც ბენეფიციარს საშუალებას აძლევს სასჯელის დასრულებამდე რამდენიმე თვით ანდა წლით ადრე დატოვოს სასჯელაღსრულების დაწესებულება, გათავისუფლების მოტივაცია კი მსჯავრდებულს ეხმარება, სასჯელის მოხდის პერიოდში, სარეაბილიტაციო პროგრამებში ჩართვის მეშვეობით რესოციალიზდეს და პენიტენციური დაწესებულების დატოვების შემდეგ თავი შეიკავოს კანონსაწინააღმდეგო ქმედებების განხორციელებისაგან.

ადრე უცნობი სამართლებრივი მოდელი – პირობით ვადამდე გათავისუფლება დაამკვიდრა 1847 წელს ფრანგმა ა. ბონევილ დე მარსანჟიმ, რომელიც საწყის ეტაპზე გულისხმობდა მსჯავრდებულის გათავისუფლებას სასჯელის გარკვეული პერიოდის მოხდის შემდგომ, მომავალში დამაკმაყოფილებლად ქცევის პირობით. აღნიშნული დეფინიცია მცირეოდენი ცვლილებებით თითქმის ყველა ქვეყნის სისხლის სამართლის კანონმდებლობაშია. ამხრივ საქართველოც არ წარმოადგენს გამონაკლის შემთხვევას. საქართველოში პირობით ვადამდე გათავისუფლების ოთხი სისტემა შეიცვალა. 2006 წლამდე პენიტენციური დაწესებულების დირექტორი მსჯავრდებულთა პირად საქმეს წარუდგენდა სასამართლოს. 2006 წლიდან

ეს ფუნქცია დაწესებულების დირექტორებს ჩამოერთვათ და სასჯელაღსრულების დეპარტამენტში შექმნილ კომისიას გადაეცა, რომელიც ერთგვარი „ფილტრის“ ფუნქციას ასრულებდა, განიხილავდა ყველა მსჯავრდებულის საქმეს, რომელმაც პირობით ვადამდე გათავისუფლებისათვის საჭირო მინიმალური სასჯელის ვადა მოიხადა და იღებდა გადაწყვეტილებას, რომელი საქმე წარედგინა სასამართლოში საბოლოო განხილვისა და გადაწყვეტილების მისაღებად. ამ შემთხვევაშიც საბოლოო სიტყვა სასამართლოს რჩებოდა. პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხს 2009 წელს უკვე იხილავდა მუდმივმოქმედი კომისია. რაც შეეხება ადგილობრივ საბჭოებს, 2010 წლიდან იხილავენ მსჯავრდებულთა პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხს. ამასთან, მოქმედებდა მუდმივმოქმედი კომისია, რომელიც მაკონტროლებელ რგოლს წარმოადგენდა საბჭოსათვის. კერძოდ კი, სამ თვეში ერთხელ განეული საქმიანობის შესახებ მუდმივმოქმედი კომისიისათვის ანგარიშის წარდგენისა და მათ საქმიანობაზე საერთო ზედამხედველობის ვალდებულება დაუწესა. განსაკუთრებით საყურადღებო იყო მუდმივმოქმედი კომისიის ფუნქცია, განეხილა იმ მსჯავრდებულთა საქმეები, რომლებსაც ადგილობრივი საბჭოების განხილვისას უარი ეთქვათ პირობით ვადამდე გათავისუფლებაზე და მიეღო ადგილობრივი საბჭოებისაგან განსხვავებული გადაწყვეტილება, რაც ზემდგომი იურიდიული ძალის იყო და პირი დაუყოვნებლივ განთავისუფლებას ექვემდებარებოდა. 2014 წლიდან კი მუდმივმოქმედი კომისია გაუქმდა და საბჭო გახდა ადმინისტრაციული ორგანო.⁶ გამომდინარე აქედან, შეიძლება გამოვყოთ ცვლილებების ოთხი ეტაპი შემდეგი სახით:

1. 2006 წლამდე თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულების დირექტორი წარადგენდა მსჯავრდებულთა საქმეს

mos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Vol. 1 (3rd ed.), S: 41.

5 ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, რეკომენდაცია Rec (2003) 22, პირობით ვადამდე გათავისუფლების თაობაზე, პრეამბულა. <<https://rm.coe.int/compendium-prison-overcrowding-georgian/16806ab9a8>>

[ბოლო ნახვა: 15.10.2023].

6 მიქანაძე გ., (2012). პატიმრის პირობით ვადამდე გათავისუფლების უფლება ევროპული გამოცდილება და საქართველოს რეალობა, წიგნში: კ. კორკელია, ადამიანის უფლებათა დაცვა, მიღწევები და გამოწვევები, სტატიათა კრებული, თბილისი, გვ.130-131.

- სასამართლოს წინაშე ტერიტორიული განსჯადობის მიხედვით;
2. სასჯელაღსრულების დაწესებულების დირექტორებს 2006 წლიდან ჩამოერთვათ შუამდგომლობის წარდგენის უფლება. სასჯელაღსრულების დეპარტამენტში შეიქმნა მუდმივმოქმედი კომისია, როგორც შუამავალი რგოლი სასამართლოსა და მსჯავრდებულს შორის. პატიმრობის კოდექსის 68-ე მუხლის საფუძველზე, მსჯავრდებულებს უფლება ჰქონდათ შუამდგომლობით მიემართათ მუდმივმოქმედი კომისიისთვის. ეს უკანასკნელი აფასებდა გარკვეულ გარემოებებს და იღებდა გადაწყვეტილებას პირობით ვადამდე გათავისუფლების თაობაზე სასამართლოსათვის წარდგინების შესახებ.
 3. 2009 წლის სექტემბერში პირობით ვადამდე გათავისუფლების ეს მოდელიც გაუქმდა და საქართველოს სასჯელაღსრულების, პრობაციისა და იურიდიული დახმარების საკითხთა სამინისტროს მუდმივმოქმედმა კომისიამ ჩაანაცვლა. ამ შემთხვევაში საკითხის განხილვის კომპეტენციამ დეპარტამენტიდან სამინისტროს დონეზე გადაინაცვლა იმ განსხვავებით, რომ საკითხის განიხილავდა და საბოლოო გადაწყვეტილებას იღებდა მუდმივმოქმედი კომისია და არა სასამართლო.
 4. 2010 წლის 1 ოქტომბრიდან ძალაში შევიდა ახალი პატიმრობის კოდექსი, რომელმაც რადიკალურად შეცვალა ქვეყანაში მოქმედი ეს სისტემა და შეიქმნა ადგილობრივი საბჭოები, რომელთაც მსჯავრდებულთა საქმეების განხილვა და გადაწყვეტილების მიღება დაევალათ. ე.ი. სასამართლო რგოლი, ფაქტობრივად ამოვარდა მოცემული პროცესიდან, მან შეინარჩუნა მხოლოდ სააპელაციო ფუნქცია.

2018 წლიდან მსჯავრდებულები საშიშროების რისკის მიხედვით დაიყო და მნიშვნელოვანი ცვლილება შევიდა პატიმრობის

კოდექსში. მოქმედი კანონმდებლობის თანახმად, ადგილობრივი საბჭოები აღარ იხილავენ მაღალი რისკის მსჯავრდებულთა პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხს.⁷ ეს გარემოება კი წარმოადგენს ერთგვარ „ფილტრს“, რაც ადგილობრივ საბჭოებს აძლევს საშუალებას მათი მუშაობა იყოს უფრო ეფექტიანი და ორიენტირებული საზოგადოების უსაფრთხოების დაცვაზე.

ჩვენს კანონმდებლობაში არსებული პირობით ვადამდე გათავისუფლების სისტემა ავტომატური არ არის, რადგან კანონმდებლობა ერთმანეთს უხამებს ავტომატიზმსა და დისკრეციულ პირობითობას.⁸ პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვის წინაპირობაა ის გარემოება, რომ მსჯავრდებულს მოხდელი ჰქონდეს კანონით გათვალისწინებული საშუავათო ვადა, რაც დამოკიდებულია დანაშაულის კატეგორიაზე, მსჯავრდებულის ასაკზე, პირობითი მსჯავრის პერიოდში დანაშაულის განხორციელებაზე და სხვა. ამას ადასტურებს შესაბამისი საკანონმდებლო ნორმები, კერძოდ, სისხლის სამართლის კოდექსის 72-ე⁹ მუხლითა და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 95-ე მუხლით¹⁰ გათვალისწინებულია მოსახდელი სასჯელის მინიმალური ვადები, რა დროსაც მსჯავრდებული მოიპოვებს პირობით ვადამდე გათავისუფლების გამოყენების შესაძლებლობას და არა გარანტიას იგი უპიროდ გათავისუფლდეს. ბუნებაში არ არსებობს ისეთი სამართლებრივი დათქმა, რაც მითითებული საკითხის განხილველ ორგანოს – ადგილობრივ საბჭოს¹¹

7 პატიმრობის კოდექსის 42-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი.

<<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=41>> [ბოლო ნახვა: 17.10.2023]

8 ავტორთა კოლექტივი., (2007). სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, რედ. გ. ნაჭყებია, თბილისი, გვ.412.

9 სისხლის სამართლის კოდექსის 72-ე მუხლი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=257>> [ბოლო ნახვა: 17.10.2023].

10 არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 95-ე მუხლი.

<<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=22>> [ბოლო ნახვა: 18.10.2023]

11 პატიმრობის კოდექსის 41-ე მუხლი.

დაავალდებულებს თავისუფლებააღკვეთილ პირს საშელავათო ვადის მოხდის შემდგომ სასჯელის მოუხდელი ნაწილი პირობით ვადამდე გათავისუფლებით შეუცვალოს და ბენეფიციარი ავტომატურად გაათავისუფლოს. პრაქტიკაში ხშირია ისეთი შემთხვევები, როცა მსჯავრდებულებთან ერთად და მათი ინტერესების დამცველებსაც ჰგონიათ, რომ თუ თავისუფლებააღკვეთილმა პირმა ხსენებული ვადა მოიხადა უფლებამოსილი ადმინისტრაციული ორგანო ვალდებულია გათავისუფლების კუთხით შემდგომი რეაგირება განახორციელოს, რაც, როგორც აღინიშნა, სრულიად არ შეესაბამება მოქმედი საკანონმდებლო ნორმების დათქმების შინაარსს.

ლოგიკურია, ამ თემის პარალელურად გაჩნდება კითხვა, თუ როგორ ხდება საშელავათო ვადის დადგენა, არსებობს თუ არა ისეთი სამართლებრივი ჩანაწერი, რაც პირდაპირ განსაზღვრავს ვადის გამოთვლის შესაბამის წესებს. თუ გადავავლებთ თვალს კანონმდებლობას დავინახავთ, რომ ეს საკითხი საერთოდ არ არის რეგულირებული, ეს კი ხშირად აჩენს პრობლემებს პრაქტიკაში განსაკუთრებით ისეთ შემთხვევებში, როცა განაჩენის მიხედვით ადგილი აქვს ჩათვლებს, კერძოდ, როცა მსჯავრდებულს ძირითად სასჯელის მოხდის ვადად ჩაეთვალა დაკავებისა და პატიმრობაში ყოფნის დრო და სასჯელის მოხდის ვადის ათვლა დაეწყო ფაქტობრივი დაკავების მომენტიდან, ამ საკითხთან მიმართებით გამოთვლას პენიტენციური დაწესებულების სპეციალური აღრიცხვის განყოფილების თანამშრომლები ორი გზით აწარმოებენ, ნაწილი ჯერ მოსახდელ სასჯელს აკლებს ჩათვლას და შემდეგ ადგენს ფაქტობრივი მოხდის ვადას, ნაწილი კი ფაქტობრივი ვადის დადგენის შემდეგ აკლებს ჩათვლას, ეს კი საერთოდ სხვადასხვა მოცემულობას აჩენს, ვინაიდან დადგენილი დრო განსხვავებულია და ამ ორი მეთოდით სულ სხვადასხვა პერიოდი დგინდება. იმისათვის, რომ ადგილი არ ჰქონდეს გამოთვლასთან მიმართებით თავისუფლებააღკვეთილი პირთა პრეტენზიებს, არაერთ

თგვაროვან პრაქტიკასა და გარკვეულწილად აღრევას მიზანშეწონილია, გაიწეროს შესაბამისი სამართლებრივი ნორმა, რაც მოაწესრიგებს აღნიშნულ პრობლემებს.

ადგილობრივი საბჭოებისათვის მიმართვის უფლების მექონე პირი პირობით ვადამდე გათავისუფლების შემთხვევაში რამდენად შეიძლება იყოს მსჯავრდებულის კანონიერი წარმომადგენელი – მეცნიერთა და პრაქტიკოსთა მხრიდან ხშირად გამხდარა დავის საგანი. თუ ყურადღებით წავიკითხავთ და გავაანალიზებთ პატიმრობის კოდექსის 42-ე მუხლის¹² შინაარსს, დავინახავთ, რომ ამგვარი უფლებით სარგებლობის შესაძლებლობა მხოლოდ მსჯავრდებულს გააჩნია. არც ორდერის და არც მინდობილობის საფუძველზე არ უნდა მოხდეს ზემოხსენებული საკითხის განხილვის მიზნით შუამდგომლობის გამოთხოვა პენიტენციური დაწესებულებიდან, წარმომადგენლობის დამადასტურებელი დოკუმენტის წარდგენით რომ შესაძლებელი იყოს მსჯავრდებულის პირობით ვადამდე გათავისუფლებაზე მსჯელობა, ამას კანონმდებელი პირდაპირ განუთქმავს, ისე, როგორც დაარეგულირა სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით შეცვლის საკითხის განხილვის წესი, ე.ი. პირდაპირ იქნებოდა მითითება გაკეთებული შესაბამის ნორმაში უფლებამოსილ პირთა წრესთან დაკავშირებით.

პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვისას ადგილობრივი საბჭოები ხელმძღვანელობენ „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სისტემაში შემავალი სახელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულების – სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოების მიერ სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს N320 ბრძანებით დამტკიცებული წესის მე-13 მუხლით

12 პატიმრობის კოდექსის 42-ე მუხლი. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?-publication=41> [ბოლო ნახვა: 17.10.2023].

<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?-publication=41> [ბოლო ნახვა: 17.10.2023].

დადგენილი კრიტერიუმების შესაბამისად:

ა) დანაშაულის ხასიათი – აღნიშნული კრიტერიუმის შეფასებისას ყურადღება უნდა მიექცეს მის მიერ ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმეს, რა გარემოებაში და რა ვითარებაში იქნა ჩადენილი დანაშაული, ასევე ჩადენილია თუ არა დანაშაული პირობითი მსჯავრის მოქმედების პერიოდში;

ბ) მსჯავრდებულის ქცევა სასჯელის მოხდის პერიოდში – აღნიშნული კრიტერიუმის შეფასებისას ყურადღება უნდა მიექცეს სასჯელის მოხდის პერიოდში მსჯავრდებულის მიმართ რამდენი და რა სახის დისციპლინური, ადმინისტრაციული და წამახალისებელი ღონისძიება იქნა გამოყენებული; აგრეთვე, კონკრეტულად რა სახის ქმედების გამო იქნა ასეთი გადაწყვეტილება მიღებული; აგრეთვე ყურადღება უნდა მიექცეს მსჯავრდებულის მიერ სასჯელის მოხდის პერიოდში თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულების, დაწესებულების დღის განრიგის, საქართველოს კანონმდებლობით გათვალისწინებული მოვალეობების შესრულებისა და დაწესებულების სამართლებრივი რეჟიმის დაცვის შესახებ ინფორმაციას;

გ) მსჯავრდებულის მიერ წარსულში დანაშაულის ჩადენის ფაქტი, ნასამართლობა – აღნიშნული კრიტერიუმის შეფასებისას ყურადღება უნდა მიექცეს წარსულში რამდენჯერ, რა სიმძიმის და რა სახის დანაშაულის ჩადენის ფაქტს ჰქონია ადგილი; ასევე, თუ რა სახის, რა სიმძიმის დანაშაულებისათვის და რამდენჯერ იყო სანამართლევითი მსჯავრდებული;

დ) ოჯახური პირობები – აღნიშნული კრიტერიუმის შეფასებისას ყურადღება უნდა მიექცეს მსჯავრდებულის დამოკიდებულებას ოჯახის წევრებთან, ჰყავს თუ არა მცირეწლოვანი შვილები, შრომისუნარო ოჯახის სხვა წევრები, ახლო ნათესავების მატერიალური მდგომარეობა და სხვა;

ე) მსჯავრდებულის პიროვნება – აღნიშნული კრიტერიუმის შეფასებისას ყურადღება უნდა მიექცეს მსჯავრდებულის დამოკიდებულებას ჩადენილ დანაშაულთან, დაწესებულების მოსამსახურეებთან და სხვა მსჯავრდებულებთან, ინფორმაცია სასჯელის

მოხდის პერიოდში სოციალურ აქტივობებში მიღებული მონაწილეობის შესახებ, საჭიროებს თუ არა განსაკუთრებულ ზედამხედველობას დაწესებულების ხელმძღვანელობის მხრიდან და სხვა მნიშვნელოვანი საკითხები, რაც პიროვნების შეფასების შესაძლებლობას იძლევა.¹³ მსჯავრდებულთა შეფასება ხორციელდება თითოეული კრიტერიუმისათვის ცალ-ცალკე, ხოლო დასაბუთებული გადაწყვეტილება მიიღება უკვე შეფასებული კრიტერიუმების ანალიზისა და ურთიერთშეჯერების საფუძველზე. სწორედ მოცემული კრიტერიუმები იძლევა საშუალებას გაანალიზდეს რისკფაქტორები, რომელთა ანალიზით დავადგენთ – საზოგადოება რამდენად არის განმეორებითი დანაშაულის ჩადენის საფრთხის ქვეშ იმ კონკრეტული პირისაგან, რომელიც პირობით ვადამდე გათავისუფლდება. აქვე, ყურადღების მიღმა არ შეიძლება დარჩეს ის გარემოებაც, რომ „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სისტემაში შემავალი სახელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულების – სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოების მიერ სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს N320 ბრძანების მე-13 მუხლი არ განმარტავს თითოეულ შეფასების ნიშანს დეტალურად შინაარსობრივი თვალსაზრისით და არ საზღვრავს, თუ რა წარმოადგენს შესაბამის კრიტერიუმთან რელევანტურ გარემოებას. მსჯავრდებულის ქცევის შეფასებისას რელევანტურ გარემოებას შეიძლება წარმოადგენდეს – დისციპლინური სახდელის რაოდენობა, სიმძიმე,

13 „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სისტემაში შემავალი სახელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულების – სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოების მიერ სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს N320 ბრძანება.

<<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0>> [ბოლო ნახვა: 09.10.2023].

ხასიათი და შინაარსი – რის გამო იქნა გამოყენებული აღნიშნული ღონისძიება, მათ შორის, ახალი დისციპლინური დარღვევა არის თუ არა ჩადენილი სახდელის სხვა სახდელის მოხდის გაქარწყლების პერიოდში; წამახალისებელი ღონისძიებები და ყველა ის ინფორმაცია, რაც დაკავშირებულია მსჯავრდებულის პენიტენციურ დაწესებულებაში ყოფნის დროს მსჯავრდებულის ქცევასთან და სხვა. ამგვარი მითითება გადაწყვეტილების მიმღებ ორგანოს მხრიდან უმეტეს წილად განაპირობებს სამართლიანობის სტანდარტის დაცვასაც.

კვლევის პროცესში დაინტერესების საგანს წარმოადგენდა შეფასების კრიტერიუმებთან დაკავშირებით ისეთი შემთხვევის გაანალიზება, თუ როგორ უნდა შეფასოს საბჭომ მსჯავრდებულის სამართლებრივი მდგომარეობა, როცა დადგენილ ფაქტობრივ გარემოებას წარმოადგენს მსჯავრდებულის ნასამართლობის არქონა და, მის პარალელურად, ამ პირის მხრიდან წარსულში დანაშაულის ჩადენის ფაქტების არსებობა. ადგილობრივი საბჭოსათვის სახელმძღვანელო კრიტერიუმია არა მხოლოდ მოქმედი ნასამართლობა, არამედ წარსულში ჩადენილი დანაშაულიც, რაც იმას გულისხმობს, რომ საბჭო უფლებამოსილია შეაფასოს წარსულში დანაშაულის ჩადენის ფაქტი, მაშინაც კი, როდესაც ნასამართლობა გაქარწყლებულია. სისხლის სამართლის კოდექსის 79-ე მუხლის მე-6 ნაწილის თანახმად, გაქარწყლებული ან მოხსნილი ნასამართლობა მხედველობაში არ მიიღება სისხლისსამართლებრივი ზემოქმედების ღონისძიების საკითხის გადაწყვეტისას, თუმცა აღნიშნული ნორმა ვფიქრობ, იმგვარად არ უნდა იქნეს განმარტებული, რომ ადგილობრივ საბჭოს უფლება არა აქვს გამოიკვლიოს მსჯავრდებულის წარსულში ნასამართლობის ფაქტი და გაითვალისწინოს იგი სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხზე გადაწყვეტილების მიღებისას. ნასამართლობის გაქარწყლება ან მოხსნა არ ცვლის წარსულში დანაშაულის ჩადენის ფაქტს, შესაბამისად, ეს გარემოება საბჭოს არ უნდა ბოჭავდეს, გაითვალისწინოს აღნიშნული ფაქტობრივი გარემოება სხვა ფაქტობრივ გარემოებებთან ერთობლიობაში.

მნიშვნელოვანია, აგრეთვე, შევხებით პირობით ვადამდე გათავისუფლებაზე უარის თქმის შემდეგ 6-თვიანი ვადის დაუცველად შუამდგომლობის განხილვის საგამონაკლისო წესს. პატიმრობის კოდექსის 42 – ე მუხლის მე-7 ნაწილის თანახმად, თუ საბჭო მიიღებს გადაწყვეტილებას მსჯავრდებულის სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლებაზე უარის თქმის შესახებ, იმავე საკითხზე შუამდგომლობის ხელახლა განხილვა შესაძლებელია მხოლოდ 6 თვის შემდეგ, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც მოსახდელი სასჯელის ვადა 6 თვეს არ აღემატება ან/და არსებობს განსაკუთრებული გარემოება. მსჯავრდებულის სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვა სავალდებულოა 6 თვეში ერთხელ. თუ მოსახდელი სასჯელის ვადა 6 თვეს არ აღემატება, საბჭო მსჯავრდებულის სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხს განიხილავს მსჯავრდებულის წერილობითი განცხადების საფუძველზე.¹⁴ მხედველობაშია მისაღები, თუ რას გულისხმობს მითითებული ჩანაწერი – „განსაკუთრებული გარემოება“ არც ერთ სახელმძღვანელო აქტში პატიმრობის კოდექსის მსგავსად არ არის განვრცობილი განსაკუთრებულ გარემოებათა ჩამონათვალი ან რაიმე სახის განმარტება, რაც ადგილობრივ საბჭოს საშუალებას მისცემს დადგენილი ვადის დარღვევით განიხილოს მსჯავრდებულის შუამდგომლობა. ესე იგი პატიმრობის კოდექსის 42-ე მუხლის მე-7 ნაწილში აღნიშნული კონცეპტი – „განსაკუთრებული გარემოება“ წარმოადგენს მხოლოდ და მხოლოდ შეფასებით კატეგორიას. ვფიქრობ, საჭიროა, ამ თვალსაზრისით, გატარდეს შესაბამისი ცვლილებები პატიმრობის კოდექსში და მოცემული ნორმის „მკვდარ ჩანაწერს“ მისცეს ისეთი ახსნა, რაც ამ მიმართულებით პრაქტიკის განვითარებას ხელს შეუწყობს. ერთ – ერთ განსაკუთრებულ გარემოებად შეიძლება განხილული იქნება ის შემთხვევა, როცა სასამართლოს

14 პატიმრობის კოდექსის 42-ე მუხლის მე-7 ნაწილი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=41>> [ბოლო ნახვა:09.10.2023].

მხრიდან ხდება ადგილობრივი საბჭოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილების ბათილობა და საქმისათვის მნიშვნელობის მქონე გარემოებების გამოკვლევისა და შეფასების შემდეგ, ახალი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემის დავალება მსჯავრდებულის მიმართ პირობით ვადამდე გათავისუფლების თაობაზე. ამ შემთხვევაში ადგილობრივი საბჭო აღარ უნდა დაელოდოს დროს თუ როდის გავა უარის თქმიდან კანონმდებლობით დადგენილი 6-თვიანი ვადა და ვალდებულია აღასრულოს სასამართლოს გადაწყვეტილება. განსაკუთრებულ გარემოებასთან მიმართებით ასევე, მნიშვნელოვანია, განვიხილოთ თუ რამდენად წარმოადგენს მსჯავრდებულის მოთხოვნის დაუკმაყოფილებლობის შემდეგ მის მიმართ გამოყენებული წამახალისებელი ღონისძიებები ისეთ სამართლებრივ საფუძველს, რომელიც ადგილობრივ საბჭოს საშუალებას მისცემს პატიმრობის კოდექსის 42-ე მუხლის მე-7 ნაწილის მოთხოვნათა დარღვევით განიხილოს ბენეფიციარის შუამდგომლობა. რაღა თქმა უნდა, ადგილობრივი საბჭოს მხრიდან მისასალმებელია, პირობით ვადამდე გათავისუფლებაზე უარის თქმის შემდეგ მსჯავრდებულის დადებითი ქცევის განვითარების დინამიკა, თუმცა ის გარემოება, რომ მსჯავრდებულის წახალისება მიმარჩნია, არ წარმოადგენს ისეთ განსაკუთრებულ შემთხვევას რაც შეიძლება მოიხარებოდეს მისივე შინაარსში, ჯერ ერთი იმიტომ, რომ ასეთი შემთხვევა არაერთხელ ექნება ადგილი როგორც თვით ამ თავისუფლება აღკვეთილი პირის, ისე სხვა მსჯავრდებულის შემთხვევაში, ხოლო მეორე იმიტომ, რომ ნაკლებადაა შესაძლებელი მსჯავრდებულის მხრიდან განხორციელებდეს ისეთი იშვიათი შემთხვევა, რაც მას განსხვავებს ინდივიდუალური გარემოებიდან გამომდინარე სხვა მსჯავრდებულისაგან. ასეთ შემთხვევაში მოსალოდნელია ადგილი ჰქონდეს მიზანმიმართულ და არა გააზრებულ პოზიტიური ქცევის გამოვლინებას, შესაბამისად, მოცემულ საკითხთან მიმართებით საბჭოს წევრებმა გადაწყვეტილება ობიექტურ და სუბიექტურ გარემოებათა კვალიფიციურ შეფასებაზე

უნდა დააფუძნონ. ვფიქრობ, ზემოხსენებული კონცეპტით დაინტერესებულ პირებს აღნიშნული მსჯელობა დაეხმარება კიდევ უფრო მეტად განავითაროს მეცნიერული კვლევის პროცესი და გაფართოვოს განსაკუთრებულ გარემოებათა ჩამონათვალი.

სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხთან დაკავშირებით

წინამდებარე თავში პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხი განხილული იქნება მხოლოდ სასამართლო პრაქტიკაზე დაყრდნობით, შერჩეულია მხოლოდ იმ საქმეთა ნაწილი, სადაც გამოვლენილია მცირე ხარვეზები, ეს ემსახურება არა სასამართლოს კრიტიკას ანდა გაკიცხვას, არამედ სამომავლოდ დარღვევათა აცილების, არაერთგვაროვანი პრაქტიკის თავიდან აცილებას, შეცდომათა რაოდენობის შემცირების პროცესს, რადგან დადგენილ იქნას საქმეზე ობიექტური ქვეყმარტება.

ადგილობრივი საბჭოს მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით არსებული სასამართლო პრაქტიკის არაერთგვაროვნებაზე მეტყველებს თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2021 წლის 20 ოქტომბრისა¹⁵ და 2022 წლის 30 ივნისის¹⁶ გადაწყვეტილებები, რომლებიც გამოტანილია ერთი და იგივე პირის მიმართ, იდენტური ფაქტობრივი გარემოებების საფუძველზე, ერთ შემთხვევაში მოსამართლემ ნაწილობრივ დააკმაყოფილა ბენეფიციარის სასარჩელო მოთხოვნა, ხოლო მეორე შემთხვევაში არ დააკმაყოფილა, დასაბუთების ნაწილიც ისეა არგუმენტირებული განსაკუთრებულ სხვაობას ვერც კი შეამჩნევს მათი კითხვისას ობიექტურად მოაზროვნე პირი. არგუმენტაცია, რომ ეს მო-

15 თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2021 წლის 20 ოქტომბრის N3/1134-21 გადაწყვეტილება.

16 თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 30 ივნისის N3/3128-22 გადაწყვეტილება.

სამართლის შინაგანი რწმენით იყო ნაკარნახევი, საკმარის დასაბუთებას მოცემულ შემთხვევაში არ წარმოადგენს. მიზანშეწონილია, მსგავსი გარემოებების არსებობისას სასამართლო პრაქტიკა ისე განვითარდეს, რომ რაღაც საერთო სტანდარტი ჩამოყალიბდეს და ადგილი არ ჰქონდეს არაერთგვაროვან გადაწყვეტილებათა მიღებას. საილუსტრაციოდ წარმოგიდგინებ, შემდეგ გარემოებას: ნ.ჩ – გასამართლებულია საქართველოს სსკ-ის 109-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ე“ ქვეპუნქტით, რაც გამოიხატა შემდეგში: ი. ყ.-მ განიზრახა რა მისი დედისთვის ლ. ყ.-სთვის განსაკუთრებული ტკივილი მიეყენებინა და მოეკლა იგი, განზრახვის სისრულეში მოყვანის მიზნით, დახმარება სთხოვა მეგობრებს: ბ.შ.ს და არასრულწლოვან ნ.ჩ.-ს და მათთან ერთად დაგეგმა ლ.ყ.-ს მკვლელობა. 2016 წლის 19 ოქტომბერს, თბილისში, რუსთაველის გამზირში მდებარე სუპერმარკეტ „სმარტში“ ბ.შ., ი.ყ. და ნ.ჩ. შეთანხმებისამებრ შეხვდნენ ერთმანეთს, რა დროსაც დააზუსტეს ლ.ყ.-ს მკვლელობის დეტალები, ამასთან, დანაშაულის მსხვერპლის სხეულის ნაწილების მოთავსების, გადამალვისა გადაადგილების მიზნით, შეიძინეს პოლიეთილენის პარკები, შემდეგ ისინი ავტომანქანით გაემართნენ თბილისში, ბერი გაბრიელ სალოსის ქუჩაზე N5/41-ში მდებარე ბინაში, სადაც ლ.ყ. მარტო იმყოფებოდა. ლ.ყ.-მ მათ კარი გაუღო და სახლში შეუშვა. ამის შემდეგ ბ.შ.-მ, შეთანხმებისამებრ, ლ.ყ.-ს პირისა და ცხვირის არეში მაგრად მოუჭირა ხელი და შეეცადა მის მოგუდვას. ამავდროულად ი.ყ.-მ და ნ.ჩ.-მ ლ.ყ.-ს გაუკავეს ხელ-ფეხი და არ აძლევდნენ მოძრაობის საშუალებას. ამის შემდეგ ბ.შ.-მ მას საფეთქლის არეში რამდენჯერმე დაარტყა დანა, რის შედეგადაც ლ.ყ. ძირს დაეცა. უგონო მდგომარეობაში მყოფს ბ.შ.-მ, ი.ყ.-მ და ნ.ჩ.-მ წებოვანი ლენტით ხელ-ფეხი შეუკრეს, მოათავსეს ჩანთაში და ავტომანქანით გადაიტანეს ქ. თბილისში, ვეძისის მე-4 გასასვლელის N4-ში მდებარე ბ.შ.-ს მიერ ნაქირავებ ბინაში, სადაც ნ.ჩ.-მ და ი.ყ.-მ ლ.ყ.-ის სხეული ხერხის გამოყენებით დაანაწევრეს. კერძოდ, ჯერ მოაჭრეს თავი, ზედა კიდურების თითები, ზედა და ქვე-

და კიდურები, ხოლო ბ.შ.-მ ამოაჭრა გული და ღვიძლი. დანაწევრებული სხეულის ნაწილები მათ მოათავსეს პოლიეთილენის პარკში და ავტომანქანით გადაიტანეს ქ. თბილისის შემოვლითი გზის მე-13 კილომეტრზე, ყოფილი ნაგავსაყრელის ტერიტორიაზე, სადაც არსებულ ორმოში ჩააგდეს, დაასხეს ბენზინი და დაწვეს. 2020 წლის 03 დეკემბერს, ადგილობრივი საბჭოს გადაწყვეტილებით, მსჯავრდებულს უარი ეთქვა სასჯელის მოუხდელი ნაწილის შინაპატიმრობით შეცვლაზე. აღნიშნული გადაწყვეტილება მსჯავრდებულის მხრიდან გასაჩივრდა თბილისის საქალაქო სასამართლოში, თუმცა 2021 წლის 20 ოქტომბრის გადაწყვეტილებით აღნიშნული სარჩელი არ დაკმაყოფილდა. გადაწყვეტილებაში მიეთითა, რომ ადგილობრივმა საბჭომ საკითხის განხილვისას გაითვალისწინა მსჯავრდებულის დამოკიდებულება დაწესებულების ადმინისტრაციასთან და სხვა პიროვნული მახასიათებლები, სასჯელის მოხდის პერიოდში მსჯავრდებულის ნახალისებულის ფაქტი, თუმცა ყურადღება გაამახვილა დანაშაულის ხასიათზე, სახეზე იყო ძალადობრივი ხასიათის დანაშაული, კერძოდ კი, განსაკუთრებული სისასტიკით, ჯგუფურად ჩადენილი განზრახ მკვლელობა დამამძიმებელ გარემოებაში. აღნიშნულიდან გამომდინარე, მსჯავრდებულის შესახებ საკითხის განხილვისას განსაკუთრებით უარყოფითი გავლენა იქონია ჩადენილმა დანაშაულის ხასიათმა, ქმედების განხორციელების ხერხმა და დანაშაულის შედეგად დამდგარმა შედეგმა. შესაბამისად, საბჭომ მოცემულ ეტაპზე მიიჩნია, რომ ამ კრიტერიუმის თანხლები ნეგატიური მოსაზრებები ვერ გააბათილა და ვერ გადანონა სხვა დადებითი კონტექსტის კრიტერიუმებმა. შესაბამისად, თბილისის საქალაქო სასამართლომ მიიჩნია, რომ მოპასუხე ადმინისტრაციული ორგანოს მხრიდან არ ჰქონია ადგილი დისკრეციული უფლებამოსილების განხორციელების ფარგლების გადაცილებას. საქმის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით მოცემულ შემთხვევაში განმხილველი საბჭოს შეფასება სრულად შეესაბამებოდა საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს

სისტემაში შემავალი სახელმწიფო საქვე-
უნყებო დაწესებულების – სპეციალური პე-
ნიტენციური სამსახურის ადგილობრივი
საბჭოების მიერ სასჯელის მოხდისაგან პი-
რობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის
განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღების
წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს
იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს
N2320 ბრძანებით დამტკიცებული წესით და-
დგენილ მოთხოვნებსა და გასაჩივრებული
გადაწყვეტილება გამოცემული იყო კანონის
მოთხოვნათა დაცვით, შესაბამისად არ არ-
სებობდა სადავო აქტის ბათილად ცნობის
საფუძველი. ასევე, 2022 წლის 01 აპრილის
გადაწყვეტილებით მსჯავრდებულს უარი
ეთქვა პირობით ვადამდე გათავისუფლება-
ზე. უარყოფითი გადაწყვეტილება დაეფუძნა
დანაშაულის ხასიათს, მოტივს, ხერხს და
დანაშაულის შედეგად დამდგარ შედეგს. გა-
რდა ამისა, გათვალისწინებული იქნა ის გა-
რემოება, რომ არ იქნა წარმოდგენილი და-
ზარალებულის უფლებამონაცვლის პოზიცია.
აღნიშნული სამართლებრივი აქტი გასაჩივ-
რდა და თბილისის საქალაქო სასამართლოს
2022 წლის 30 ივნისის გადაწყვეტილებით
ნაწილობრივ დაკმაყოფილდა მოსარჩე-
ლის სასარჩელო მოთხოვნა და განმხილ-
ველ ადგილობრივ საბჭოს დაევალა ახალი
ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის
გამოცემა მსჯავრდებულის მიმართ. სასამა-
რთლომ ერთის მხრივ გაიზიარა საბჭოს გა-
ნმარტება ჩადენილი დანაშაულის ხასიათსა
და სიმძიმესთან მიმართებაში, თუმცა განმა-
რტა, რომ საკითხის შეფასებისას უპირველს
ყოვლისა მნიშვნელოვანია სათანადო შე-
ფასება მიეცეს მსჯავრდებულის პიროვნულ
მახასიათებლებს. ასევე, სასჯელის მიზნის
მიღწევადობას და მსჯავრდებულის რესოცი-
ალიზაციის საკითხებს.

კვლევის პროცესში გამოიკვეთა ისეთი
შემთხვევებიც, როცა მართლმსაჯულების გა-
ნმხორციელებელი ორგანოდან სრულიად
დაუსაბუთებელი გადაწყვეტილებები იქნა
მიღებული ადგილობრივი საბჭოს გამოტა-
ნილ შედეგებთან, რომელიც უშუალოდ ეხება
მსჯავრდებულთა პირობით ვადამდე გათავი-
სუფლებას. საილუსტრაციოდ წარმოგიდგენთ

თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმი-
ნისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2023 წლის
27 აპრილის გადაწყვეტილებას, რომლითაც
დ.ქ.-ს სარჩელი ნაწილობრივ დაკმაყოფილ-
და. დ.ქ.-ს პირობით ვადამდე გათავისუფლე-
ბის საკითხის განხილვისას საბჭო გაეცნო
დაზარალებულის პოზიციას მსჯავრდებულის
მიმართ კანონით გათვალისწინებული შელა-
ვათის გამოყენების თაობაზე, გაითვალისწი-
ნა მსჯავრდებულის ქცევა სასჯელის მოხდის
პერიოდში, გარემოება რომ ნახალისებულია.
თუმცა, ყურადღება გაამახვილა დანაშაულის
ხასიათზე. მსჯავრდებულის მიერ განხორცი-
ელებულია ადამიანის უფლებებისა და თავი-
სუფლებების წინააღმდეგ მიმართული დანა-
შაული – თავისუფლების უკანონო აღკვეთა,
რასაც ადასტურებს ჩადენილი დანაშაულის
ხერხი, კერძოდ კი გარემოება, რომ ქმედება
ჩადენილია ჯგუფურად, ე.წ. „ხამუთების“ გამო-
ყენებით ხელ-ფეხი შეუკრეს დაზარალებულს.
დანაშაულის განსაკუთრებით დამამძიმებე-
ლი გარემოებაა ის, რომ ქმედება ჩადენილია
წინასწარი შეთანხმებით ჯგუფის მიერ, ასევე,
ის ფაქტი, რომ დანაშაული განხორციელებუ-
ლია სიცოცხლის მოსპობის მუქარით. ბრა-
ლის ფორმის მიხედვით დანაშაულის ჩადე-
ნა მოხდა პირდაპირი განზრახვით. რაც იმას
ნიშნავს, რომ დ.ქ.-ს გაცნობიერებული ჰქო-
ნდა, რომ ჩადიოდა უკანონო თავისუფლების
აღკვეთას. აქვე უნდა აღინიშნოს, ის მიზანი
და მოტივი, რაც თან ახლავს თავისუფლე-
ბის უკანონო აღკვეთას, რომელიც გამოიხა-
ტა დიდი ოდენობით ფულადი თანხის გამო-
ძალვაში. შესაბამისად, იმ მომენტისათვის
საბჭომ მიიჩნია, რომ იუსტიციის მინისტრის
N320 ბრძანებით განსაზღვრული კრიტერი-
უმების თანმხლები ნეგატიური მოსაზრებე-
ბი ვერ გააბათილა და ვერ გადაწონა სხვა
დადებითი კონტექსტის კრიტერიუმებმა. ამ
ფაქტობრივი გარემოებების ფონზე კი მოსა-
მართლომ დ.ქ.-ის სასარჩელო მოთხოვნა ნა-
წილობრივ დააკმაყოფილა იმ დასაბუთებით,
რომ დაზარალებული დ.ქ. პატიობს მის მი-
მართ ჩადენილ არაკანონიერ ქმედებას და
მასთან პრეტენზია არ გააჩნია.¹⁷ აქ, მოსამა-

17 თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2023 წლის 27 აპრი-

როდესაც უკუაგდო საბჭოს სახელმძღვანელო სტანდარტით განსაზღვრული კრიტერიუმები და წინა წლანზე წამოწია საქმეში არსებული დაზარალებულის ნოტარიულად დამოწმებული თანხმობა, იმ ფონზე, როცა დაზარალებულის პოციზია საერთოდ არ არის ხსენებული აქტით დადგენილი შეფასებითი ნიშანი, რა თქმა უნდა ეს პოციზია არ უნდა გავიგოთ, ისე თითქოს, მნიშვნელობა არ აქვს მსხვერპლის აზრის გაგებას, თუმცა მხოლოდ ამ საფუძვლით სასარჩელო მოთხოვნის ნაწილობრივ დაკმაყოფილება სრულიად უსაფუძვლოა, ამასთან, არ არსებობს არც ერთი საკანონმდებლო ნორმა, რომელიც ხსენებული დამატებითი სახის მასალას წარმოადგენს მსჯავრდებულის გათავისუფლების უპირობო მიზეზად. „სასჯელის გამოყენება უნდა ეფუძნებოდეს ინდივიდუალურ გარემოებებს, საქმის სირთულეს, ქმედებიდან მომდინარე საფრთხეებს, ქმედების ჩადენის წინაპირობებს, მოტივებს, შედეგებს, დამნაშავის პიროვნების თავისებურებებს, სასჯელის ზემოქმედებას დამნაშავის მომავალ ცხოვრებაზე.“¹⁸ გამომდინარე აქედან, საბჭოსა და სასამართლოს გადაწყვეტილებაც მიმართული უნდა იყოს მხოლოდ და მხოლოდ სასჯელის მიზნების მიღწევისაკენ.

რაც შეეხება ზემდგომ ინსტანციაში არსებულ პრაქტიკას, ვითარება გვესახება შემდეგნაირად: სააპელაციო სასამართლო იშვიათად ცვლის პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ გამოტანილ გადაწყვეტილებებს, უცვლელად დატოვების სამართლებრივ შეფასებაში ძირითადად აღნიშნულია, რომ საქალაქო სასამართლოს მიერ ფაქტობრივი გარემოებები სწორად შეფასებულია და გადაწყვეტილების სამართლებრივი საფუძვლიანობა ეჭვს არ იწვევს. საგამონაკლისო წრეშია შესული თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 21 ნოემბრის №3/6450-19 გადაწყვეტილების ცვლილება, რომლითაც მსჯავრდებულის სარჩელი სრუ-

ლად დაკმაყოფილდა. საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან გამომდინარე, თბილისის სააპელაციო სასამართლომ ადგილობრივი საბჭოს საჩივარი დააკმაყოფილა ნაწილობრივ და ადმინისტრაციულ ორგანოს დაავალა საქმის ხელახლა განხილვა საქმისათვის არსებითი მნიშვნელობის გარემოებების გამოკვლევის ფონზე.¹⁹

საკასაციო სასამართლოს შემთხვევაში სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრების პრაქტიკა რამოდენიმე თვეა რაც დაინერგა სასჯელადსრულების სისტემაში, ამ ეტაპისთვის უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის განჩინებათა უმრავლესობა ეხება სააპელაციო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის განჩინებაზე კასატორის საჩივრის განუხილველად დატოვებას, ასეთია, თუნდაც უზენაესი სასამართლოს 2023 წლის 30 მაისის განჩინება, რითიც ე.ე.-ის საკასაციო საჩივარი განუხილველად დატოვა საკასაციო სასამართლომ და განჩინება ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის პირველი მუხლის, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-60, 396-ე, 399-ე მუხლების გამოყენებით გამოიტანა.²⁰

პირობით ვადამდე გათავისუფლების შედარებით – სამართლებრივი დახასიათება

მოცემულ თავში მოხდება საზღვარგარეთის ქვეყნების სამართლებრივი ტრადიციებისა და გამოცდილების ფონზე პირობით ვადამდე გათავისუფლების გამოყენების თავისებურებების განხილვა.

პირობით ვადამდე გათავისუფლების სამართლებრივი მექანიზმები ევროპის სხვადასხვა ქვეყანაში განსხვავებულია. მიუხედავად იმისა, რომ პირობით ვადამდე გათავისუფლების აქტიურად გამოყენებისა-

ლის N3/831-23 გადაწყვეტილება.

18 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 11 ივლისის გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე იმედა ხახუტაიშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-10 პუნქტი.

19 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 11 სექტემბრის №3ბ/295-19 გადაწყვეტილება.

20 უზენაესი სასამართლოს 2023 წლის 30 მაისის №ბს-283(კ-23) განჩინება.

დმი დამოკიდებულება დღითიდღე დადებითისაკენ იცვლება, სახელმწიფოს მეთაურის უფლებამოსილება, შეინყალოს მსჯავრდებულები, ევროპის ბევრ სახელმწიფოში რჩება მსჯავრდებულთა ვადამდე გათავისუფლების ყველაზე ეფექტიან საშუალებად. მასობრივი შეწყალების პროცესი კვლავაც რეალობაა. მათი გამოყენება განსაკუთრებით აღინიშნება როგორც დიდი პოლიტიკური ცვლილებების პერიოდში (მაგალითად, როგორც იყო კომუნისტების შემდგომი ცვლილებების პერიოდი აღმოსავლეთ ევროპაში), ისე ჩვეულებრივ მექანიზმად მსჯავრდებულთათვის სასჯელის შესამსუბუქებლად, ან, სულაც, გასათავისუფლებლად (მაგალითად, საფრანგეთში).²¹

„როგორც ევროპის საბჭოს პირობით ვადამდე გათავისუფლების შესახებ რეკომენდაციაშია აღნიშნული (რეკომენდაცია მიიღო და დაამტკიცა ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტმა 2003 წ. 24 სექტემბერს), ევროსაბჭოს წევრ ქვეყნებში გავრცელებულია პირობით ვადამდე გათავისუფლების სამი სისტემა: დისკრეციული (Discretionary release system), მანდატორული, ანუ სავალდებულო (Mandatory release system) და შერეული (Mixed release system). პირობით ვადამდე გათავისუფლების დისკრეციული სისტემა მოქმედებს ევროპის უმეტეს ქვეყნებში, კლასიკური სახით ფუნქციონირებს საფრანგეთში. მანდატორული სისტემა განვითარებულია შვედეთში, ხოლო შერეული – ინგლისსა და უელსში. მანდატორული სისტემის თანახმად, შვედეთში მსჯავრდებული ავტომატურად თავისუფლდება სასჯელის ვადის 2/3-ის მოხდის შემდეგ, თუ თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულებაში გატარებული აქვს 1 თვე მაინც. შერეულ სისტემაში ავტომატური გათავისუფლება ვრცელდება პირებზე, რომელთაც მისჯილი აქვთ პატიმრობა ხანმოკლე ვადით, ხოლო ხანგრძლივი ვადით მსჯავრდებულებზე ვრცელდება პირობით

ვადამდე გათავისუფლების დისკრეციული მოდელის მოთხოვნები.

გერმანიაში სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებულია პატიმრის პირობით ვადამდე გათავისუფლება სასჯელის ვადის 2/3-ის მოხდის შემდეგ. გადაწყვეტილებას პირობით ვადამდე გათავისუფლების შესახებ იღებს სასჯელალსრულების სასამართლო (Strafvollstreckungsgericht), პროცესს ესწრება პროკურორიც, მაგრამ მას არ აქვს გადაწყვეტილების გამოტანაში მონაწილეობის უფლება. სამუდამო პატიმრობის შემთხვევაში სასამართლომ შეიძლება დაუშვას პატიმრის ვადამდე გათავისუფლება სასჯელის არანაკლებ 15 წლის მოხდის შემდეგ. გადაწყვეტილება გამოაქვს ლანდის სისხლის სამართლის სასამართლოს მოსამართლეს (criminal law judge of the Landgericht).

ინგლისში პირებს, რომლებიც სასჯელს 4 წელზე ნაკლები ვადით იხდიან, პირობით ვადამდე გათავისუფლების უფლება აქვს სასჯელის ვადის ნახევრის მოხდის შემდეგ. დროებით ვადამდე გათავისუფლება ეზღუდებათ მსჯავრდებულებს, რომლებიც სასჯელს იხდიან 4 წელზე მეტი ვადით. ვადამდე გათავისუფლების შემთხვევაში მათ ენიშნებათ საპრობაციო სამსახურის ზედამხედველობა სასჯელის ვადის 75 %-ის გასვლამდე. ზოგიერთი სექსუალური დანაშაულისათვის მსჯავრდებულს ზედამხედველობა ენიშნება სასჯელის ვადის ამოწურვამდე.

საფრანგეთში პატიმარს უფლება აქვს, მიმართოს სასჯელალსრულების კომისიას (Penalty Application Commission) პირობით ვადამდე გათავისუფლების თაობაზე. თუ სასჯელის ვადა 1 წელს აღემატება, თითოეულ წელს აკლდება 3 თვე (ანუ 2 წლით თავისუფლების აღკვეთის შემთხვევაში, სასჯელის ვადას მოაკლდება 6 თვე), თუ სასჯელის ვადა 1 წლამდეა, თითოეულ თვეს აკლდება 7 დღე (ანუ 4 თვით თავისუფლების აღკვეთის შემთხვევაში, სასჯელის ვადას მოაკლდება 1 თვე). სამუდამო პატიმრობა მისჯილიც შეიძლება გათავისუფლდეს, მაგრამ სასჯელის შემცირება არ უნდა აღემატებოდეს 20 დღეს ან 1 თვეს სასჯელის 1 წელზე. გადაწყვეტილებას პირობით ვადამდე გათავისუფლების

21 Levy R., (2007). Pardon and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France (From Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective) Michael Tonry, ed. – See NCJ-241880, 551-590.

შესახებ იღებს სასჯელადსრულების საქმეთა მოსამართლე (Juge de l'application des peines), თუ სასჯელი არ აღემატება 10 წელს ან დარჩენილია 3 წელი, სხვა შემთხვევებში პირობით ვადამდე გათავისუფლების რეგიონული სასამართლო (Juridiction regionale de liberation conditionnelle), საქმის გადასინჯვა ხდება პირობით ვადამდე გათავისუფლების ეროვნულ საკასაციო სასამართლოში (Cour de cassation la juridiction nationale de la liberation conditionnelle). ყველა შემთხვევაში სასამართლო მოსმენა ინიშნება განმცხადებლის ადვოკატის მოთხოვნით, ამასთან გადაწყვეტილების გასაჩივრება შესაძლებელია.²²

პირობით ვადამდე გათავისუფლება ჩვეულებრივ მოვლენას წარმოადგენს საქართველოში და მხოლოდ იმ შემთხვევებში არ ხდება მისი გამოყენება, როდესაც აშკარაა მსჯავრდებულთან დაკავშირებული ნეგატიური პროგნოზები. ამგვარ პრაქტიკას ვაწყდებით ბელგიაში, დანიასა და შვეიცარიაში. მაგალითისათვის, შვედეთში მსჯავრდებულის თავისუფლების აღკვეთისგან პირობით ვადამდე გათავისუფლება ხდება სასჯელის ვადის ორი მესამედის მოხდის შემდეგ, თუ არ არსებობს რიგი წინააღმდეგობრივი გარემოებებისა. 2007 წლის 1 იანვრიდან ერთ-ერთ ასეთ საფუძველს წარმოადგენს პირობითი სასჯელის დარღვევა, რასაც მისი გაუქმება მოჰყვება შედეგად.²³

შედარებითი ანალიზი ცხადყოფს, რომ დიფერენციაციის საფუძველს იძლევა პირველ რიგში საქართველოში არსებული მოდელი, ხოლო შემდეგ დანაშაულის კატეგორიის მიხედვით ფაქტობრივად მოხდის ვადები, ასევე გადაწვეტილების მიმღები უფლებამოსილი ორგანოები, რაც საერთო ჯამში კვეთას პირობით ვადამდე გათავისუფლების, როგორც სასჯელის მოხდისაგან სპეციალური გათავისუფლების მექანიზმის გამოყენების განსხვავებულ მიდგომებს.

დასკვნა

როგორც ვხედავთ, პირობით ვადამდე გათავისუფლება, თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატიულ სახეს წარმოადგენს და ქართული კანონმდებლობისთვის უცხო არ არის, სასამართლო პრაქტიკამ და განვლილმა პერიოდმა აშკარად, მთელი სიცხადით, წარმოაჩინა მისი დადებითი და უარყოფითი მხარეები, რომელიც წინამდებარე სტატიაში განხილული იქნა ზოგად სამართლებრივი დახასიათებით.

პრაქტიკული და სამეცნიერო მასალების შესწავლის შედეგად მიზანშეწონილად მიმაჩნია, ჩამოაყალიბდეს რამოდენიმე დებულება, რომელიც წინამდებარე თემასთან მიმართებით არსებული ხარვეზების ნოვატორულ გადაწყვეტას მოიცავს :

- რეკომენდირებულია, გაიწეროს ისეთი სამართლებრივი ნორმა, რაც მოაწესრიგებს საშელავათო ვადის გამოთვლის შესაბამის წესს;
- დასაბუთებული იქნა პოზიცია, პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვის საგამონაკლისო წესთან დაკავშირებულ შემთხვევებზე;
- განისაზღვრა ადგილობრივი საბჭოსათვის შუამდგომლობით მიმართვის უფლებამოსილი პირთა წრე და დასაბუთდა შეხედულება, რომ მინდობილობისა თუ ორდერის წარდგენის შემთხვევაში ადვოკატის განცხადების საფუძველზე ადგილობრივი საბჭოს მიერ არ უნდა იქნას გამოთხოვილი მასალები იმ პენიტენციური დაწესებულებიდან, სადაც სასჯელს იხდის ბენეფიციარი;
- დადგინდა, რომ ნასამართლობის გაქარწყლება ან მოხსნა არ ცვლის წარსულში დანაშაულის ჩადენის ფაქტს და არ ბოჭავს ადგილობრივ საბჭოს გაითვალისწინოს აღნიშნული ფაქტობრივი გარემოება სხვა ფაქტობრივ გარემოებებთან ერთობლიობაში თავისუფლებააღკვეთილი პირის სამართლებრივი მდგომარეობის გამოკვლევისას;

22 ხმალაძე მ., (2017). მსჯავრდებულის პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხი საზღვარგარეთის ქვეყნებში, საინფორმაციო ჟურნალი საქართველოს პატიმრობის კოდექსის პროექტისათვის, თბილისი, გვ.2-3.

23 Padfield N., van Zyl Smit D. and Dunkel F., (2010). Release from Prison, European Policy and Practice, Wilian Publishing, USA, pg: 421.

- სტატიაში შერჩეულია მხოლოდ იმ საქმეთა ნაწილი, სადაც გამოვლენილია მცირე ხარვეზები, ეს ემსახურება არა სასამართლოს კრიტიკას ანდა გაკიცხვას, არამედ სამომავლოდ დარღვევათა აცილების, შეცდომათა რაოდენობის შემცირების პროცესს, რადგან დადგენილ იქნას ობიექტური ქეშმარიტება;
- გამოიკვეთა პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხთან დაკავშირებით არაერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკა;
- შედარებით – სამართლებრივი ანალიზის ჩატარებით ეროვნულ დონეზე არსებული სისტემა შედარდა საერთაშორისო დონეზე ცნობილ მოდელებს, გამოიკვეთა საზღვარგარეთის ქვეყნების სამართლებრივი ტრადიციებისა და გამოცდილების ფონზე პირობით ვადამდე გათავისუფლების გამოყენების თავისებურებები და სხვა.

ბიბლიოგრაფია:

ქართულენოვანი ლიტერატურა:

1. ავტორთა კოლექტივი., (2007). სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, რედ. გ. ნაჭყებია, თბილისი.
2. კრისტი ნ., (2017). ტკივილის საზღვრები, სასჯელის როლი სასჯელალსრულების პოლიტიკაში, პირველი ქართული გამოცემა, თბილისი, „სეზანი“.
3. მიქანაძე გ., (2012). პატიმრის პირობით ვადამდე გათავისუფლების უფლება ევროპული გამოცდილება და საქართველოს რეალობა, წიგნში: კ. კორკელია, ადამიანის უფლებათა დაცვა, მიღწევები და გამოწვევები, სტატიათა კრებული, თბილისი.
4. საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. ავტორთა კოლექტივი., (2013). თავი მეორე. საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები, თბილისი, „პეტიტი“.
5. ხმალაძე მ., (2017). მსჯავრდებულის პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხი საზღვარგარეთის ქვეყნებში, საინფორმაციო ჟურნალი საქართველოს პატიმრობის კოდექსის პროექტისათვის, თბილისი.

უცხოენოვანი ლიტერატურა:

1. Dunkel F., (2010). Kommentierung §57 StGB, in U. Kindhauser, U. Neumann and H. Paeffgen (eds.) Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Vol. 1 (3rd ed.).
2. Levy R., (2007). Pardon and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France (From Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective) Michael Tonry, ed. - See NCJ-241880.
3. Padfield N., van Zyl Smit D. and Dunkel F., (2010). Release from Prison, European Policy and Practice, Willan Publishing, USA.

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს პატიმრობის კოდექსი.
2. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი.
3. საქართველოს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი.
4. „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სისტემაში შემავა-

ლი სახელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულების - სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოების მიერ სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღების წესის დამტკიცების შესახებ” საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს N320 ბრძანება.

რეკომენდაციები:

1. ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, რეკომენდაცია No.R (99)22, ციხის გადატვირთულობის და ციხის მოსახლეობის გაზრდის თაობაზე, პრეამბულა.
2. ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, რეკომენდაცია Rec (2003) 22, პირობით ვადამდე გათავისუფლების თაობაზე, პრეამბულა.

სასამართლო გადაწყვეტილებები:

1. უზენაესი სასამართლოს 2023 წლის 30 მაისის Nბს-283(კ-23) განჩინება.
2. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 11 სექტემბრის Nდ3ბ/295-19 გადაწყვეტილება.
3. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 11 ივლისის გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე იმედა ხახუთაიშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-10 პუნქტი.
4. თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2021 წლის 20 ოქტომბრის N3/1134-21 გადაწყვეტილება.
5. თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 30 ივნისის N3/3128-22 გადაწყვეტილება.
6. თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2023 წლის 27 აპრილის N3/831-23 გადაწყვეტილება.

ინტერნეტ - საიტები (ვებ-გვერდების მისამართები):

1. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0>
2. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=22>
3. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=41>
4. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=257>

THE ISSUE OF SECURING COMPENSATION FOR ANTICIPATED LOSSES AS A COUNTERBALANCING TOOL OF PROVISIONAL REMEDY

Khatuna Skhirtladze

*Doctoral Candidate of Law, Davit Aghmashenebeli
University of Georgia, Georgia*

ABSTRACT

Indemnification of incurred damages does not depend on its advance securement, although the law provides the possibility of securing compensation for potential losses in advance. The institution of guaranteeing compensation for anticipated losses is one of the tools for protecting the defendant's rights in the procedural guarantees system. Procedural law doctrine and practice sometimes shift the emphasis to already incurred damages and, thus, call it the institution of compensation for damages caused by an unjustified provisional remedy. The law of civil procedure defines the rule for securing the anticipated losses and not already existing or proven damage. The misperception of the concepts of loss and damage causes the wrong approach to the essence of the mentioned institution.

The criteria and rules for securing compensation for anticipated losses and incurred damages require different approaches. In relation to the incurred or expected damages, it would be more appropriate to talk not only about the compensation of damages caused to the defendant through an unjustified provisional remedy but also through the dismissed claimant's claim. Considering all that, securing compensation for anticipated losses should include not only expected losses incurred because of unjustified provisional remedy but also as a result of unjustified/dismissed claims. The defendant may incur

various expenses or lose income due to an unjustified provisional remedy or a claim. Attention should be devoted to compensating for the damages caused by an unjustified claim to the extent that, firstly, the measure of provisional remedy is based on alleged facts, and secondly, it is only one of the procedural actions directed against the defendant.

The provisional remedy itself and securing compensation for the anticipated losses to the defendant form one of the procedural guarantees of effectively using the right to a fair trial and, accordingly, it is a part of the area protected by Article 6 of the European Convention on Human Rights and the first Clause of Article 31 of the Constitution of Georgia.

Based on the principle of equality before the law and the court, as well as the principle of the equality of the parties in civil proceedings, the claimant also has the right to claim compensation for damages from everyone who, through illicit actions, prevented the enforcement of provisional remedy issued by the court.

KEYWORDS: Provisional Remedy, Anticipated Losses, Damage, Securing Compensation, Proportionality

INTRODUCTION

The institution of provisional remedy should not only be considered as a mechanism for protecting the claimant's rights. In this regard, the law provides a number of procedural actions of the court (a system of procedural actions) for the protection of the defendant's rights as well. Therefore, the issue of provisional remedy is at the same time closely linked to the issue of securing compensation for anticipated losses (which can be called a reversed provisional measure),¹

1 In the study, the category of counter provisional measure is used with the same meaning. Civil Procedure Code of Georgia (14/11/1997), Parliamentary Gazette, Article 199.

since the application of the provisional remedy may harm the interests of the defendant.² Accordingly, the issue of provisional remedy is resolved through consideration of the rights and interests of both parties (by securing the rights and interests).³

The defendant should not be harmed by provisional remedy or by a claim brought in bad faith, and if so happens, he must be compensated.⁴ A claim for damages should always exist when the measure of provisional remedy is found unjustified.⁵ Accordingly, in the event of revoking the provisional remedy or not satisfying the claim of the claimant, compensation for the loss caused to the defendant would be impossible without securing it in advance.⁶

Any provisional measure used by the court must comply with the objectives of Article 191 of the Code of Civil Procedure and, in addition, the restriction imposed on the defendant must be reasonable and justified, considering the nature of the claim.⁷ The institution of provisional remedy protects defendant from the very start, while resolving the issue of application of the remedy, first of all, through requiring the court to apply the proportionality test.⁸ Securing compensation

2 Yeazell, S., Schwartz, J., (2019). Civil Procedure. Aspen casebook series, tenth edition. New York: Wolters Kluwer, p. 316.

3 Le Floch, G., (2021). Requirements for the Issuance of Provisional Measures. Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals. Palombino, F., Virzo, R., and Zarra, G. (eds.). The Hague: Asser Press, p. 47-48.

4 Qurdadze, Sh., Khunashvili, N., Tskitishvili, M., Akhaladze, M., Kublashvili, M., Qurdadze, G., (2022). Commentary on the Code of Civil Procedure (Book I). Tbilisi: "Meridian" publishing house, p. 256-25.

5 Schnittger, H., (2020). Claim for damages arising from unjustified security, N.10. German Society for International Cooperation – GIZ, p. 13. <<http://law-library.info/ge/books/CLS-2020.pdf>> [Last accessed: 23.11.2023].

6 Qurdadze, Sh., Khunashvili N., (2015). Civil Procedure Law of Georgia (second edition). Tbilisi: "Meridian" publishing house, p. 352.

7 Liliashvili, T., Khrustali, V., (2007). Commentary on the Civil Procedure Code of Georgia (second edition). Tbilisi: "Samartali" publishing house, p. 351.

8 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of December 16, 2019 on the case: N as-1609-2019.

for anticipated losses in favour of the defendant cannot replace the court's obligation to ensure proportionality during deciding the issue of provisional remedy. In other words, proportionality must be observed in any case, even if the claimant voluntarily provided the defendant with security for the anticipated losses on the basis of Article 199 of the Code of Civil Procedure. Therefore, the measure of provisional measure must be proportionate to the claim in any case.⁹

Violation of proportionality is a test of the reasonableness of a provisional remedy and the basis for its full or partial revocation, same view is provided in legal doctrine as well.¹⁰ The violator of the requirement of proportionality is the court, not the defendant. The latter cannot be held liable in the future for violating the imperative of proportionality but rather for the fact that the provisional measure used in his favour turned out to be unjustified.¹¹

Despite the importance of the institution of counter provisional measure, the existing Georgian law literature and practice on this issue is scarce.¹² Categories of losses and damages are subject to research, so it is necessary to determine the criterion regarding the amount of anticipated losses, compliance of principle of disposition to counter security measure and the threat of procedural chicane during the application of counter provisional measure. In addition, international practice in relation to the mentioned issue will also be discussed. All the above defines the significance of the present research.

9 Dzierishvili, Z., (2018). Cross-undertaking as to Damages Resulting from Provisional Remedy. *Journal of Law*, N1, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, p. 8.

10 Akhaladze, M., (2020). Ensuring the enforcement of the claim/decision in the practice of the Supreme Court of Georgia. *Supreme Court of Georgia*, p. 84. <https://old.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/sarchelis-gadawyvetilebis-agrulebis-uzrunvelyofa.pdf> [Last accessed: 23.11.2023].

11 Civil Procedure Code of Georgia (14/11/1997), *Parliamentary Gazette*, Article 199, Part 3.

12 There is only one academic research/study, see – Dzierishvili, Z., (2018). Cross-undertaking as to Damages Resulting from Provisional Remedy. *Journal of Law*, N1, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, p. 5-22.

The regulatory norm for using the counter provisional mechanism (Article 199 of the Code of Civil Procedure) leaves the impression that the mentioned mechanism is used only at the initiative of the court or at the request of the defendant. It should be further researched whether the claimant can offer the counter provisional measure for securing compensation for anticipated losses for the defendant at his initiative.

GUARANTEES TO PROTECT THE INTERESTS OF THE PARTIES IN THE MECHANISM OF PROVISIONAL REMEDY

For the analysis of the research legal institution, it is essential to have a comprehensive understanding of Part 1 of Article 57 and Article 199 of the Code of Civil Code since the right of the party (claimant) to use a measure of provisional remedy is opposed by the defendant's interest – to protect himself from a harmful provisional remedy.¹³ Thus, the legitimate interests of both parties are taken into consideration,¹⁴ reasonable balancing is the main constitutional duty of the court. In cases provided by the law, the party asking the court for the provisional remedy may be required to secure compensation for the anticipated losses for the defendant.¹⁵ The restriction must take into account the interests of both parties involved in the process – the defendant must be able to insure damage resulting from the provisional remedy, and the requirements set for the claimant should be reasonable and should give him a real opportunity to ensure compensation for anticipated losses. Thus, Article 199 of the Civil Procedure Code of Georgia explains in detail the procedure for using this mechanism, ensuring an additional guarantee of proportionality.¹⁶

13 Decision N 1/3/1377 of the Constitutional Court of Georgia dated June 17, 2022.

14 Liluashvili T., Liluashvili, G., Khrestali, V., Zabambashvili, Z., (2023). *Civil Procedure Law. Part II*, Tbilisi: "Meridian" publishing house, p. 82.

15 *Ibid.*

16 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of

The provisional remedy is linked to the restriction of the rights of the defendant, the interests of the latter is at risk of harm. It's about potential damage. This problem is especially aggravated if the defendant is an entrepreneur. Application of provisional remedy by the court should not interfere with the normal functioning of such entity. Taking this into account and based on the principle of procedural equality of the parties, the law provides guarantees to protect the interests of the defendant; in this way, the principle of equality of parties before the court is balanced.¹⁷

According to Clause 1 of Article 11 and Clause 5 of Article 62 of the Constitution of Georgia, everyone is equal before the law, which includes equality before the court as well, although the Constitution does not contain a direct provision on the equality of the parties before the court.¹⁸ The resolution of the cases in court is carried out on the basis of equality and competition of the parties.¹⁹ In accordance with Clause 2 of Article 4 of the Constitution, universally recognized human rights and freedoms (meaning the rights and principles recognized by international law) are directly applicable law in Georgia. This means that they are not mediated by any act, do not require the adoption of additional acts by the state. Provisions similar to these constitutional norms are reflected in Articles 7, 8 and 10 of the Universal Declaration of Human Rights,²⁰ in Clause 1 of Article 14 of the International Cove-

nant on Civil and Political Rights²¹ and in Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.²²

It is the above-mentioned constitutional and international norms that provide claimant and the defendant with an equal right before court while applying the provisional remedy. This means that the defendant, as an equal party to the claimant, must be guaranteed the opportunity to protect his rights in the event of application of provisional measures in civil proceedings. In other cases, i.e. if the defendant does not have the opportunity to defend himself against an unreasonable provisional remedy, he will be in a disadvantageous position compared to the claimant; accordingly, the damage will be caused even before the court decides about the claim. Although the legislator aims to legitimately restrict the defendant's right by introducing a mechanism for provisional remedy, this circumstance does not mean that interference with the right is always justified. The restriction must comply with the standards of proportionality.²³

OPTIONAL NATURE OF COUNTER PROVISIONAL MEASURE

The use of the counter provisional mechanism (at the stage of provisional remedy) is explained by the fact that at this stage, there is still no definite prospect of the case, and it is not known whether the claim is justified or not.²⁴ In addition, it should be borne in mind that securing compensation for the anticipated losses is not an obligation of the court, but a right.²⁵ The

Civil Cases) of December 16, 2019 on the case: N as-1609-2019.

17 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of November 25, 2015 on the case: N as-1165-1095-2015.

18 Constitution of Georgia (24/08/1995), Parliamentary Gazette, articles 11 and 62; Guiding Principles on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial – Civil Legal Aspects, (2017). Council of Europe, European Court of Human Rights. <<https://www.supremecourt.ge/uploads/files/1/pdf/adamianis-uflebata-centri/konvenciis-me6-muxli.pdf>> [Last accessed: 23.11.2023].

19 Liluashvili, T., Liluashvili, G., Khrustali, V., Zabambashvili, Z., (2014). Civil Procedure Law, Part I. Tbilisi: "Samartali" publishing house, p. 60.

20 Universal Declaration of Human Rights (10/12/1948), UN General Assembly.

21 International Covenant on Civil and Political Rights (16/12/1966), UN General Assembly.

22 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4/11/1950), Council of Europe, Rome.

23 Decision N 3/3/600 of the Constitutional Court of Georgia dated May 17, 2017 in the case "Citizen of Georgia Kakha Kukava vs. Parliament of Georgia", II-48.

24 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of October 6, 2014 on the case: N as-1135-1082-2013.

25 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of

court may also use provisional guarantee based on the application of the opposing party.²⁶

The said right is used by the court in conjunction with the application of a provisional remedy.²⁷ If the court fails to exercise this discretionary right, the defendant may file an application and ask for securing compensation for anticipated losses.²⁸ In both cases, securing compensation for anticipated losses are provided if there is a reasonable expectation that the claimant will not be able to compensate for the damage caused in case if the claim is not satisfied.²⁹ Thus, indemnification for harm (provision of compensation) can be carried out both simultaneously with application of provisional remedy, or after that.³⁰

The institution of provisional remedy equally protects the interests of both the claimant and the defendant. Accordingly, if the measures taken to secure provisional remedy turn out to be unreasonable due to the fact that the claimant was denied satisfaction of the claim and the decision entered into legal force, or the court revoked the provisional measure before the filing of the claim in accordance with Part two of Article 192 or in accordance with Part two of Article 363,^{30 31} the defendant has the right to demand compensation from the claimant for the loss caused by the adoption of provisional remedy (Part 3 of Article 199). The law does not imperatively require the court to secure compensation for anticipated

losses in favour of the defendant;³² it is discretion of the court.³³ It would be more expedient if the court, on its initiative, would not have the right to impose on the claimant the obligation to secure counter provisional measure. The point is that securing compensation for anticipated losses to the defendant is in fact, “securing of such a claim which the defendant may bring against the claimant for the provisional remedy as a result of which he suffered damages”.³⁴ Whether or not a party initiates a complaint and claims compensation for loss or damages is entirely up to the claimant to be. Therefore, the possibility of imposing counter provisional measure on the court’s initiative contradicts the principle of disposition. The question of whether the defendant is obliged to prove a probable amount of anticipated loss that may be caused by provisional measure is also subject to research. The law ignores this issue. To the extent that the provisional remedy is based on presumed facts, based on the principle of equality of parties, the defendant should not bear the burden of proving anticipated losses that do not yet exist. Proof of actual losses must be made in the future. At the stage of provisional remedy, asserting a loss should be the defendant’s dispositional right.³⁵

When applying a provisional measure, the other party is not obliged to secure its claim with money or securities in accordance with Article

Civil Cases) of October 21, 2016 on the case: N as-958-923-2016; Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of June 13, 2011 on the case: N as-832-884-2011.

26 Civil Procedure Code of Georgia (14/11/1997), Parliamentary Gazette, Article 199, Part 1.

27 Qurdadze, Sh., Khunashvili N., (2015). Civil Procedure Law of Georgia (second edition). Tbilisi: “Meridian” publishing house, p. 352.

28 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of July 28, 2015 on the case: N as-759-718-2015.

29 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of April 11, 2017 on the case: N as-450-422-2017.

30 Qurdadze, Sh., Khunashvili N., (2015). Civil Procedure Law of Georgia (second edition). Tbilisi: “Meridian” publishing house, p. 351.

31 The case of cancellation of the mediation settlement provision measure.

32 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of November 2, 2016 on the case: N as-956-921-2016.

33 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of June 13, 2011 on the case: N as-832-884-2011.

34 Liluashvili, T., Khrustali, V., (2007). Commentary on the Civil Procedure Code of Georgia (second edition). Tbilisi: “Samartali” publishing house, p. 355.

35 Taking into account the above, the Supreme Court of Georgia incorrectly explains in one of its decisions: “The probability of damage can be derived directly from the case materials and from the defendant’s instructions. In the latter case, the defendant, in accordance with the first part of Article 102 of the Civil Code, is obliged to properly substantiate the expected damages” – see Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of June 13, 2011, on the case: N as-832-884-2011.

57 of the Civil Code.³⁶ The implementation of the provision provided for by the norm in this form will be necessary only if the court, in accordance with Part 1 of Article 199 of the Code of Civil Procedure, deems it necessary to implement a provisional measure from the other party.³⁷ When applying counter provisional measure, several issues of both practical and theoretical importance have to be taken into account, which are discussed below.

THE THREAT OF PROCEDURAL CHICANE IN THE MECHANISM OF COUNTER PROVISIONAL MEASURE

First, it is necessary to consider the problem of the claimant's fair use of substantive and procedural rights. As stated in the German doctrine, unfairness in the process is the abuse of a claim and any other procedural rights, which arises in the event of a discrepancy between the goals set by the person entitled and the goals of the right granted by law (which correspond to the goals of the civil proceedings).³⁸ The same opinion is upheld in the Georgian legal doctrine as well.³⁹ For comparison, the civil procedural law of Germany, as well as the civil procedural law of Georgia, does not contain a general norm establishing the obligation to exercise procedural rights and obligations in good faith, in connection with which there is an opinion in the German doctrine that Section 242 of the German Civil Code⁴⁰ (similar to

Article 361 of the Civil Code of Georgia⁴¹) should be used by analogy in German procedural law.⁴² The principle of acting in good faith is a general legal principle. Although it is not directly mentioned in the Constitution of Georgia, Article 34 confirms it.⁴³ This principle, due to its universal nature, is the basis of the entire legal order, including civil procedural law. Accordingly, this is a principle of civil procedural law and, therefore, its use according to the rules of interdisciplinary analogy is not allowed since this principle is also characteristic of the civil process.⁴⁴ According to the ruling of the German Federal Court of Justice, a clear sign of the abuse of the right is the intention to cause harm (typical of procedural chicane), as well as the exercise the right aimlessly, wastefully, or to achieve unworthy goals.⁴⁵ Complaints initiated for the purpose of harming another are considered a clear manifestation of procedural chicane (abuse of rights) in German doctrine.⁴⁶

When considering the implementation of counter provisional measure through the prism of the principle of good faith, it is necessary to balance the interests of the parties fairly.⁴⁷ The amount requested from the claimant through the

36 Qurdadze, Sh., Khunashvili N., (2015). Civil Procedure Law of Georgia (second edition). Tbilisi: "Meridian" publishing house, p. 351.

37 *Ibid.*

38 Baumgärtel, G., Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP. 1956, p. 101; Konzen, H., Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, Studien zur Wechselwirkung von Zivil – und Prozeßrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozeßerheblichen Parteiverhaltens. Berlin: Duncker&Humblot, 1976, p. 270.

39 Sakvarelidze, K., (2021). Abuse of rights and obligations of the parties in the civil process. Dissertation for the academic degree of Doctor of Laws. Tbilisi: East European University.

40 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). German Federal Law

gazette. <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>> [Last accessed: 23.11.2023].

41 Civil Code of Georgia (26/06/1997), Parliamentary Gazette.

42 Stichelbrock, B., (2002). Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess. Köln: O.Schmidt, p. 280; Paulus, C., (2016). Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Auflage. Berlin: Springer, p. 130.

43 Khunashvili, N., (2016). The principle of good faith in contract law. Tbilisi: "Bona Kausa" publishing house, p. 43.

44 Baumgärtel, G., Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP. 1956, p. 181.

45 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 9.07.2007, II 95/06. <<https://openjur.de/u/77182.html>> [Last accessed: 23.11.2023].

46 Zeiss, W., Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten, NJW, 1967, p. 708.

47 Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of March 6, 2017 on the case: N as-28-25-2017; Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of November 6, 2015 on the case: N as-929-879-2015.

use of counter security may be insignificant for that person in view of his assets, but, for example, a provisional measure applied in the form of prohibiting use of funds may be highly restrictive for another person (the defendant), especially when that person is entrepreneur/subject of entrepreneurial activity. Applying provisional remedies may lead to the actual paralysis of the defendant's economic activity. Sometimes, there may be unfair competition from the claimant's side, for example, to gain a monopoly position in the market by seizing the assets of the defendant, who has a small market share. Considering that the following issue arises: is the court obliged to unconditionally apply a provisional measure if the claimant presents a counter provisional measure? The law does not provide a direct answer to this question.

The provision of the norm under Article 199 of the Code of Civil Procedure gives the impression that securing compensation for anticipated can be established only at the court's initiative or at the defendant's request. In fact, it is not excluded that the plaintiff provides security in advance. So, the claimant may not wait for the court and secure compensation for anticipated losses in favour of the defendant (counter provisional measure). This deduction is derived from a reasonable interpretation of the law. In practice, claimants do not behave so because they are not interested in the preliminary provision of security since courts usually order provisional remedies without it as well. Based on the provisions of the Code of Civil Procedure and the analysis of judicial practice,⁴⁸ the following conclusion can be drawn: a refusal to apply provisional remedies is permissible, even if the initiator of the claim submits the counter security in advance.

Even if the claimant provides a counter provisional measure, the court is not obliged to issue a provisional remedy, which is a progressive solution of the issue by the Georgian law.⁴⁹ The

fact is that in the above cases when the claimant pursues the goal of unfair use of a monopoly position in the market, there is practically no harm (even if he presents counter provisional measure along with the petition for the use of provisional remedy) to his economic activity. And if it were enough to prove counter provisional measure in advance for the unconditional use of provisional remedy, the court would be forced to apply the law literally, thereby potentially bringing a bona fide defendant to the brink of bankruptcy. In the absence of an obligation, Georgian law gives the court more freedom to decide cases based on the principle of good faith and the balance of interests of the parties.

RELATIONSHIP BETWEEN THE CATEGORIES OF LOSS AND DAMAGE

Understanding of the essence of counter provisional measure should be sought in categories of loss and damage. The difference between these categories provides an opportunity to correctly define the scope (volume) and criterion of anticipated losses secured for compensation. The law refers to securing compensation for anticipated losses and not for advance compensation for loss or damages since the outcome of the case determines whether damages will be awarded. Accordingly, the defendant has the right to demand compensation for damages from the claimant after the claim is rejected by the court decision and it enters into legal force.⁵⁰ The right to such a request arises even if the claim is partially satisfied: the defendant will have the right to demand proportionate compensation for damages for that part of the claim that was not satisfied by the court. If the defendant asks for securing compensation for anticipated losses after a court decision in his favour (which is not yet

48 In judicial practice, it is always outlined that use of provisional remedies limits the rights of the defendant, which is why it is necessary to avoid anticipated losses to the defendant.

49 Securing compensation for anticipated losses is a right of the court, not an obligation – Qurdadze, Sh.,

Khunashvili N., (2015). Civil Procedure Law of Georgia (second edition). Tbilisi: "Meridiani" publishing house, p. 344.

50 Liluashvili, T., Khrustali, V., (2007). Commentary on the Civil Procedure Code of Georgia (second edition). Tbilisi: "Samartali" publishing house, p. 355.

into legal force), this can be done by way of securing the enforcement of the decision and can be expressed at least in the costs incurred by the claimant in favour of the defendant.

As mentioned, the Code of Civil Procedure establishes the possibility of securing compensation only for anticipated loss and not for the damages since it is impossible to determine the amount in advance. The determination of such damage, in addition to impossibility, would not be right since the determination of the causal link between the application of provisional remedy and the existing damage can only be relevant if the provisional remedy turns out to be unjustified, which is manifested in the dismissal of the claim by the court or in the revocation of the provisional remedy. A legally binding decision must determine such a result and, so, after the conclusion of the case. Therefore, in a case, it is not allowed to measure the size and criterion of compensation for anticipated loss by the standard of compensation for damage already incurred.

There is no coincidence that the Code of Civil Procedure refers to securing compensation for the anticipated loss (and not damage). Thus, it can be concluded that at the stage of application of the provisional measure, the imposition of security of compensation for the anticipated loss and the amount of compensation to be charged depends only on the discretion of the court. An analysis of the Civil Procedure Code of Georgia makes it possible to draw such a conclusion. It does not contain and should not reflect a special rule (rules) on determining the nature of the damage caused to the defendant and the amount of compensation. The nature and extent/amount of damage cannot be confirmed in advance.⁵¹ It should be proven after the completion of the case and not at the stage of ensuring provisional remedy or at the stage of applying for counter provisional measure. Therefore, using Articles

408-415 of the Civil Code of Georgia in systematic connection with Article 199 of the Civil Procedure Code of Georgia in determining the amount of anticipated loss for the defendant and imposing it on the claimant would be inappropriate.

Based on the literal meaning of the content of Article 199 of the Code of Civil Procedure, it does not mean the possibility of securing compensation for anticipated losses in case of termination of proceedings on any of the grounds provided for in Article 272 of the Civil Code. At the same time, based on the operation of the principles of disposition, competition, and equality of parties in civil proceedings, the rule on compensation for damages caused as a result of provisional remedy should be applied even in the event of termination of the case. Such a solution to the issue is determined by the unreasonable will of the claimant through a groundless claim.

As for losses (and not damages), which are often not differentiated from each other, they do not mean losses caused by a temporary restriction of a right since the purpose of the provisional measure itself is a temporary limitation of a right.⁵² Anticipated losses refer to actual costs (attorney's fees, other costs related to proceedings) and not unearned income as implied in the concept of damages. Damage is a broader concept, including factual costs and unearned income, and that is why procedural law focuses on the category of loss and only anticipated loss. Therefore, when the issue of securing compensation for anticipated loss is positively resolved, it is not allowed to give the concept of loss the meaning of damage and to demand such a guarantee from the claimant, that will burden him and make it impossible for the claimant to present a guarantee, because in such a case, the provisional measure will be revoked, which means that it will lose its practical meaning.

On the other hand, when filing a claim for damages, the full satisfaction of the defendant's interests⁵³ cannot be affected by the scope of se-

51 For example, the defendant must apply to the court for the compensation of the damages incurred as a result of the provisional remedy, he bears the burden of proving the damages and its amount – Liluashvili, T., Khrustali, V., (2007). Commentary on the Civil Procedure Code of Georgia (second edition). Tbilisi: "Samar-tali" publishing house, p. 355.

52 Titberidze, G., (2017). Law of Georgia "On Arbitration", Commentary. Tbilisi: Publishing House – JSC "Print Word Combine", p. 81.

53 This means full compensation for damages.

curing compensation for anticipated losses. In other words, the defendant will be compensated for the full damages, the damages he proves to have been incurred, not just the losses for which compensation was previously secured.

The fact that the concept of loss is not identical to the concept of damage can be seen from the following aspect as well: provisional remedy is issued by a court decision.⁵⁴ In this case, the parties are not in a civil procedural relationship with each other. They are only in substantive civil law relationship with each other. The use of provisional remedy only affirms procedural relations between the claimant and the court. According to substantive, material law, damage can result from a breach of contract or a tort.⁵⁵ In any case, the damage must be caused by the debtor's actions. The adoption of a judicial act in the form of a provisional remedy cannot be regarded as causing damage to the defendant by the claimant.

INTERNATIONAL PRACTICE

Section 945 of the German Code of Civil Procedure deals with the mechanism of securing compensation for anticipated losses.⁵⁶ Similar to Georgian legislation, this section covers cases of compensation of expected losses when the measure of provisional remedy turns out to be unjustified or is terminated later on. According to the ruling of the German Federal Court of Justice, the provision of securing compensation for anticipated losses, as provided in section 945 of the Code of Procedure, gives rise to the risk-related responsibility for the person who applied to the court with the request of provisional remedy.⁵⁷

54 Civil Procedure Code of Georgia (14/11/1997), Parliamentary Gazette, Article 194.

55 Chanturia, L., (2017). Commentary on the Civil Code. Book I, General Provisions of the Civil Code. Chanturia, L., (editor), Tbilisi, p. 43.

56 Zivilprozessordnung (ZPO). German Federal Law gazette. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html> [Last accessed: 05.12.2023].

57 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 13.10.2016 – IX ZR 149/15. <<https://openjur.de/u/2110901.html>> [Last accessed: 05.12.2023].

German judicial practice does not equate anticipated losses with already incurred/proven damages, since, according to the Federal Court of Justice, damage is the result of a violation of law, at which point the person is guilty, and at the stage of securing compensation for expected losses, proof of guilt cannot be justified.⁵⁸ The provision of German Code of Civil Procedure implies the obligation on the person requesting a provisional remedy to take the risk of expected losses, he must bear the risk of actions that may later turn out to be unwarranted.⁵⁹

According to the German judicial practice, to impose the obligation of securing compensation for anticipated losses on the claimant, it is sufficient to prove that enforcement of provisional remedy may/is likely to harm the defendant⁶⁰ (in which case the defendant should not abuse its right), this does not concern the burden of proving the future actual damage that it will subsequently cause. In relation to this issue, French judicial practice emphasizes the incurred damage and in one of its rulings, the court highlights that the defendant, against whom the provisional remedy has been issued, can request the court to take measures proportionate to provisional remedy.⁶¹ He may request to the executive judge to order the claimant to compensate him damages in case of abuse of right. In the event that the defendant incurred damages as a result of provisional remedy, the claimant will be ordered to compensate for such damages.⁶²

Under English law, when the order of injunction⁶³ is granted (provisional remedy), the per-

58 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 21.12.2005 – X ZR 72/04. <<https://openjur.de/u/81501.html>> [Last accessed: 05.12.2023].

59 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 02.11.1995 – IX ZR 141/94. <<https://openjur.de/u/2110901.ppdf>> [Last accessed: 05.12.2023].

60 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 10.07.2014 – I 249/12. <<https://openjur.de/u/754168.html>> [05.12.2023].

61 2e Chambre civile 15 mai 2014, pourvoi n°13-16016, BICC n°809 du 15 octobre 2014 et Legifrance.

62 2e Chambre civile 29 janvier 2004, BICC n°596 du 15 avril 2004.

63 Practise Direction 25A – Interim Injunctions, Para. 5.1.

son applying the court with such request is at the same time required to pay compensation, if the court later finds that the injunction was unjustified and the defendant was prejudiced by it.⁶⁴ In one of its decisions, the court has pointed out that obligation to pay compensation implies the establishment of causal link between the incurred damage and unjustified provisional remedy.⁶⁵ Unlike the civil procedural codes of Georgia and Germany, as the English judicial practice shows, anticipated loss has the meaning of incurred damages, which is decided by the court on case-by-case basis. Under English law, the above mentioned rule regarding the order of injunction is more preventative in nature so that the claimant does not bring an unjustified claim before the court or does not abuse the temporary measure against the defendant.

CONCLUSION/ RECOMMENDATIONS

As a result of the research, the following conclusions can be drawn: the provision of Article 199 of the Code of Civil Procedure has a self-contained, independent character and procedural significance, which is not affected by substantive civil law. Determining the amount of anticipated losses secured for compensation should be done at the discretion of the court. Material norms can become effective only when the issue deals with compensation of already incurred damages, that is if the causal link between the fact of the damage and the unjustification of the provisional remedy or the groundlessness of the claim is established.

The criterion for determining the amount of anticipated losses secured for compensation should be the principle of equality of the parties themselves, which, on the one hand, should not impose an unjustifiably heavy burden on the

claimant, which is a danger in the case when the anticipated loss is equated with material-legal damage. On the other hand, it must ensure the protection of the defendant and the prevention of damages expected by an unjustified claim or its securement.

The use of counter provisional measure is allowed both at the initiative of the court and at the request of the defendant and also by claimant through submitting counter provisional measure beforehand. In addition, due to the need to prevent the threat of procedural chicane (abuse of rights), the court should not always grant provisional remedy when the claimant offers the security in advance.

Based on the conclusions, the following recommendations can be drawn: the title of Article 199 of the Code of Civil Procedure requires a change of wording. It is appropriate to formulate it in the following way: "Securing compensation for anticipated losses by groundless claim and unjustified provisional remedy". The third and fourth sentences with the following content should be added to the first part of the mentioned article: "The type and amount of the guarantee required for the claimant in favour of the defendant is determined based on the discretion of the court, taking into account the principle of equality of the parties. While applying the court for provisional remedy or for securing the court decision, the claimant has the right to offer the court, on its initiative, a guarantee of anticipated losses to the defendant, which does not constitute an unconditional basis for granting the provisional remedy".

<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part25/pd_part25a> [Last accessed: 05.12.2023].

64 Hunt v Ubhi [2023]. EWCA Civ 417.

65 SCF Tankers Ltd v Privalov & ors [2018]. 1 WLR 5623.

BIBLIOGRAPHY:**Normative sources:**

1. Constitution of Georgia (24/08/1995), Parliamentary Gazette.
2. Civil Code of Georgia (26/06/1997), Parliamentary Gazette.
3. Civil Procedure Code of Georgia (14/11/1997), Parliamentary Gazette
4. Universal Declaration of Human Rights (10/12/1948), UN General Assembly.
5. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4/11/1950), Council of Europe, Rome.
6. International Covenant on Civil and Political Rights (16/12/1966), UN General Assembly.

Scientific sources:

1. Titberidze, G., (2017). Law of Georgia “On Arbitration”, Commentary. Tbilisi: Publishing House – JSC “Printed Word Combine”.
2. Liluashvili, T., Khrustal, V., (2007). Commentary on the Civil Procedure Code of Georgia (second edition). Tbilisi: “Samartali” publishing house.
3. Liluashvili, T., Liluashvili, G., Khrustali, V., Samabashvili, Z., (2014). Civil Procedure Law, Part I. Tbilisi: “Samartali” publishing house.
4. Liluashvili, T., Liluashvili, G., Khrustali, V., Samabashvili, Z., (2023). Civil Procedure Law. Part II, Tbilisi: “Meridiani” publishing house.
5. Dzierishvili, Z., (2018). Cross-undertaking as to Damages Resulting from Provisional Remedy. Journal of Law, N1, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, p. 5-22.
6. Qurdadze, Sh., Khunashvili, N., Tskitishvili, M., Akhaladze, M., Kublashvili, M., Qudadze, G., (2022). Commentary on the Code of Civil Procedure (Book I). Tbilisi: “Meridiani” publishing house.
7. Qurdadze, Sh., Khunashvili N., (2015). Civil Procedure Law of Georgia (second edition). Tbilisi: “Meridian” publishing house.
8. Sakvarelidze, K., (2021). Abuse of rights and obligations of the parties in the civil process. Dissertation for the academic degree of Doctor of Laws. Tbilisi: East European University.
9. Chanturia, L., (2017). Commentary on the Civil Code. Book I, General Provisions of the Civil Code. Chanturia, L., (editor), Tbilisi.
10. Khunashvili, N., (2016). The principle of good faith in contract law. Tbilisi: “Bona Kausa” publishing house.

Sources in foreign language:

1. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). German Federal Law gazette. <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>> [Last accessed: 23.11.2023].
2. Zivilprozessordnung (ZPO). German Federal Law gazette. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html> [Last accessed: 04.12.2023].
3. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 9.07.2007, II 95/06. <<https://openjur.de/u/77182.html>> [Last accessed: 23.11.2023].
4. Baumgärtel, G., Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZJP. 1956.
5. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 13.10.2016 – IX ZR 149/15. <<https://>>

- openjur.de/u/2110901.html> [Last accessed: 05.12.2023].
6. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 21.12.2005 – X ZR 72/04. <<https://openjur.de/u/81501.html>> [Last accessed: 05.12.2023].
 7. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 02.11.1995 – IX ZR 141/94. <<https://openjur.de/u/2110901.ppdf>> [Last accessed: 05.12.2023].
 8. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 10.07.2014 – I 249/12. <<https://openjur.de/u/754168.html>> [Last accessed: 05.12.2023].
 9. Konzen, H., Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, Studien zur Wechselwirkung von Zivil – und Prozeßrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozeßerheblichen Parteiverhaltens. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
 10. Paulus, C., (2016). Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europaisches Zivilprozessrecht, 6. Auflage. Berlin: Springer.
 11. Stichelbrock, B., (2002). Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess. Köln: O. Schmidt.
 12. Yeazell, S., Schwartz, J., (2019). Civil Procedure. Aspen casebook series, tenth edition. New York: Wolters Kluwer.
 13. Le Floch, G., (2021). Requirements for the Issuance of Provisional Measures. Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals. Palombino, F., Virzo, R., and Zarra, G. (eds.). The Hague: Asser Press.
 14. Hunt v Ubhi [2023]. EWCA Civ 417.
 15. SCF Tankers Ltd v Privalov & ors [2018]. 1 WLR 5623.
 16. Practise Direction 25A – Interim Injunctions. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part25/pd_part25a> [Last accessed: 05.12.2023].
 17. 2e Chambre civile 15 mai 2014, pourvoi n°13-16016, BICC n°809 du 15 octobre 2014 et Legifrance.
 18. 2e Chambre civile 29 janvier 2004, BICC n°596 du 15 avril 2004.
 19. Zeiss, W., Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten, NJW, 1967.

Court decisions:

1. Decision N3/3/600 of the Constitutional Court of Georgia dated May 17, 2017, in the case “Citizen of Georgia Kakha Kukava vs. Parliament of Georgia”, II-48.
2. Decision N 1/3/1377 of the Constitutional Court of Georgia dated June 17, 2022.
3. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of December 16, 2019, on the case: No. as-1609-2019.
4. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of April 11, 2017, on the case: No. 450-422-2017.
5. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of March 6, 2017, on the case: No. 28-25-2017.
6. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of October 21, 2016, on the case: No. 958-923-2016.
7. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of November 2, 2016, on the case: No. 956-921-2016.
8. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of November 6, 2015, on the case: No. 929-879-2015.
9. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of November 25, 2015, on the case: No. 1165-1095-2015.

10. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of Georgia of July 28, 2015, in the case: No. 759-718-2015.
11. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of Georgia dated October 6, 2014, on the case: No. 1135-1082-2013.
12. Ruling of the Supreme Court of Georgia (Chamber of Civil Cases) of Georgia of June 13, 2011, on the case: No. 832-884-2011.

Electronic sources:

1. Akhaladze, M., (2020). Ensuring the enforcement of the claim/decision in the practice of the Supreme Court of Georgia. Supreme Court of Georgia. <<https://old.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/sarchelis-gadawyvetilebis-agrulebis-uzrunvelyofa.pdf>> [23.11.2023].
2. Guiding Principles on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial – Civil Legal Aspects, (2017). Council of Europe/European Court of Human Rights. <<https://www.supremecourt.ge/uploads/files/1/pdf/adamianis-uflebata-centri/konvencis-me6-muxli.pdf>> [Last accessed: 23.11.2023].
3. Schnitger, H., (2020). Claim for damages arising from unjustified security, N.10. German Society for International Cooperation – GIZ. <<http://lawlibrary.info/ge/books/CLS-2020.pdf>> [Last accessed: 23.11.2023].

მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის პრობლემა, როგორც სარჩელის უზრუნველყოფის საპირწონე ინსტრუმენტი

ხათუნა სხირტლაძე

სამართლის დოქტორანტი, საქართველოს დავით აღმაშენებლის სახელობის უნივერსიტეტი, საქართველო

აბსტრაქტი

დამდგარი ზიანის ანაზღაურება არ არის დამოკიდებული მის წინასწარ უზრუნველყოფაზე, თუმცა კანონი იძლევა მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების წინასწარი უზრუნველყოფის შესაძლებლობას. მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის ინსტიტუტი მოპასუხის უფლებების დაცვის საპროცესო გარანტიების სისტემაში წარმოადგენს ერთ-ერთ ინსტრუმენტს. დოქტრინასა და პრაქტიკაში ზოგჯერ აქცენტი გადააქვთ უკვე დამდგარ ზიანზე და, შესაბამისად, მას „გაუმართლებელი უზრუნველყოფით მიყენებული ზიანის ანაზღაურების ინსტიტუტსაც“ უწოდებენ. რეალურად კი საპროცესო კანონით განსაზღვრულია მოსალოდნელი ზარალის და არა უკვე დამდგარი ანუ დადასტურებული ზიანის უზრუნველყოფის წესი. აღნიშნული ინსტიტუტის არსისადმი არასწორ მიდგომას ზარალისა და ზიანის ცნებების აღრევაც იწვევს.

მოსალოდნელი ზარალის და დამდგარი ზარალის ანაზღაურების კრიტერიუმები და წესი განსხვავებულ მიდგომას მოითხოვს. დამდგარ ან მოსალოდნელ ზიანთან მიმართებით უფრო სწორი იქნება საუბარი იყოს არა თავისთავად მართოდენ გაუმართლებელი უზრუნველყოფით, არამედ უსაფუძვლო სარჩე-

ლის აღძვრით მიყენებული ზიანის მოპასუხისათვის ანაზღაურებაზეც. აღნიშნულის გათვალისწინებით, მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფა უნდა მოიცავდეს არა მხოლოდ გაუმართლებელი უზრუნველყოფით, არამედ გაუმართლებელი სარჩელით მოსალოდნელი ზარალის უზრუნველყოფას. არა მარტო უსაფუძვლო უზრუნველყოფით, არამედ უსაფუძვლო სარჩელით მოპასუხეს შეიძლება წარმოეშვას სხვადასხვა ხარჯი, დაკარგოს შემოსავალი. უსაფუძვლო სარჩელის აღძვრით მიყენებული ზიანის ანაზღაურების აუცილებლობაზე ყურადღება უნდა გამახვილდეს იმდენად, რამდენადაც საკუთრივ უზრუნველყოფის ღონისძიება, ჯერ ერთი, სავარაუდო ფაქტებს ეფუძნება, მეორეც, მხოლოდ ერთ-ერთი საპროცესო მოქმედებაა მოპასუხის წინააღმდეგ მიმართულ მოქმედებებს შორის.

სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებაც და ამ ღონისძიების გამოყენების შედეგად მოპასუხისთვის მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის გარანტიაც ქმნის სამართლიანი სასამართლოს უფლებით ეფექტიანად სარგებლობის ერთ-ერთ საპროცესო გარანტიას და, შესაბამისად, წარმოადგენს ადამიანის უფლებათა ევროკონვენციის მე-6 მუხლითა და საქართველოს კონსტიტუციის 31-ე მუხლის პირველი პუნქტით დაცული სფეროს ნაწილს.

კანონის და სამართლის წინაშე მხარეთა თანასწორობის, აგრეთვე, მხარეთა თანასწორუფლებიანობის პრინციპიდან გამომდინარე, მოსარჩელესაც აქვს უფლება საერთო სასარჩელო (სასამართლო) წესით მოითხოვოს ზიანის ყველა იმ პირისაგან ანაზღაურება, რომელთაც არამართლობიერი მოქმედებებით შეუშალეს ხელი სარჩელის უზრუნველყოფის განჩინების აღსრულებას.

საკვანძო სიტყვები: სარჩელის უზრუნველყოფა, მოსალოდნელი ზარალი, ზიანი, ანაზღაურების უზრუნველყოფა, თანაზომადობა

შესავალი

სარჩელის უზრუნველყოფის ინსტიტუტი არ შეიძლება მოიაზრებოდეს მხოლოდ მოსარჩელის დაცვის მექანიზმად. მასში თავმოყრილი დანაწესები ითვალისწინებენ სასამართლოს მთელ რიგ საპროცესო მოქმედებებს (საპროცესო მოქმედებების სისტემას), რომლებიც არამარტო სასამართლო აქტის აღსრულებას უზრუნველყოფენ სარჩელის დაკმაყოფილების შემთხვევაში, არამედ მოპასუხის დაცვასაც. ამიტომ, სარჩელის უზრუნველყოფის საკითხის გადაწყვეტასთან დაკავშირებულია მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების საკითხის გადაწყვეტაც (რასაც საპირისპირო საპროცესო უზრუნველყოფა შეიძლება ეწოდოს),¹ რამეთუ უზრუნველყოფის ღონისძიების გატარებამ შესაძლოა ზიანი მიაყენოს მოპასუხის ინტერესებს.² შესაბამისად, სარჩელის უზრუნველყოფის საკითხი წყდება მხარეთა უფლებებისა და ინტერესების გათვალისწინებით (უფლებებისა და ინტერესების უზრუნველყოფით).³

სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებით ან არაკეთილსინდისიერად აღძრული სარჩელით მოპასუხეს არ უნდა მიადგეს ზიანი და თუ მიადგება, უნდა ანაზღაურდეს.⁴ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა ყოველთვის უნდა არსებობდეს მაშინ, როდესაც სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება არ აღმოჩნდება გამართლებული.⁵ შესაბამისად,

1 კვლევაში ამავე მნიშვნელობით არის გამოყენებული შემხვედრი უზრუნველყოფის კატეგორია; საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (14/11/1997), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, მუხლი 199.

2 Yeazell, S., Schwartz, J., (2019). Civil Procedure. Aspen casebook series, tenth edition. New York: Wolters Kluwer, გვ. 316.

3 Le Floch, G., (2021). Requirements for the Issuance of Provisional Measures. Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals. Palombino, F., Virzo, R., and Zarra, G. (eds.). The Hague: Asser Press, გვ. 47-48.

4 ქურდაძე, შ., ხუნაშვილი, ნ., ცქიტიშვილი, მ., ახალაძე, მ., კუბლაშვილი, მ., ქუდაძე, გ., (2022). სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი (წიგნი I). თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 256-257.

5 მნიტგერი, ჰ., (2020). გაუმართლებელი უზრუნ-

სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გაუქმების ან სარჩელის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის შემთხვევაში მოპასუხისათვის მიყენებული ზარალის ანაზღაურება მოსარჩელე მხარის მიერ მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის გარეშე შეუძლებელია.⁶

სასამართლოს მიერ გამოყენებული უზრუნველყოფის ნებისმიერი ღონისძიება უნდა შეესაბამებოდეს სსსკ-ის 191-ე მუხლის მიზნებს და ამასთან, მოპასუხის უფლებებში ჩარევა, მოპასუხისთვის დაწესებული შეზღუდვა, გამართლებული და დასაბუთებული უნდა იყოს, გათვალისწინებული უნდა იქნეს მოთხოვნის ხასიათი და შინაარსი.⁷ სარჩელის უზრუნველყოფის ინსტიტუტი მოპასუხეს საკმაოდ ძლიერად და ჯერ კიდევ იმ ეტაპზე იცავს, როდესაც წყდება სარჩელის უზრუნველყოფის გამოყენების საკითხი. უპირველესად იცავს იმით, რომ უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებისას მოითხოვს თანაზომადობის დაცვას.⁸ პროპორციულობის/თანაზომადობის დაცვის აუცილებლობას ვერ შეცვლის მოსარჩელისათვის იმ ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის მოთხოვნის დაწესება, რომელიც შესაძლოა განიცადოს მოპასუხემ ე.წ. გაუმართლებელი უზრუნველყოფის შედეგად. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, პროპორციულობა დაცული უნდა იქნეს ნებისმიერ შემთხვევაში, მაშინაც კი, როდესაც მოსარჩელემ ნებაყოფლობით უზრუნველყო მოპასუხისათვის მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურება სსსკ-ის 199-ე მუხლიდან გამომდინარე. ამიტომ,

უზრუნველყოფის ღონისძიება ნებისმიერ შემთხვევაში სასარჩელო მოთხოვნის თანაზომადი უნდა იყოს.⁹

თანაზომადობის/პროპორციულობის დარღვევა უზრუნველყოფის ღონისძიების მართლობიერების ტესტია და მისი სრულად ან ნაწილობრივ გაუქმების საფუძველია, აღნიშნული მოთხოვნის დაცვის აუცილებლობაზე ყურადღება მახვილდება იურიდიულ ლიტერატურაშიც.¹⁰ თანაზომადობის მოთხოვნის დამრღვევი სასამართლოა და არა მოპასუხე. ამ უკანასკნელს სამომავლოდ თანაზომადობის იმპერატივის დარღვევისათვის კი არ შეიძლება დაეკისროს პასუხისმგებლობა ზიანის ანაზღაურების სახით, არამედ იმისთვის, რომ გაუმართლებელი აღმოჩნდა მის სასარგებლოდ გამოყენებული უზრუნველყოფა.¹¹

შემხვედრი უზრუნველყოფის ინსტიტუტის მნიშვნელობის მიუხედავად, აღნიშნულ საკითხზე არსებული ქართული ლიტერატურა და პრაქტიკა მწირია.¹² გამოსაკვლევია ზარალისა და ზიანის კატეგორიები, განსაზღვრას მოითხოვს მოსალოდნელი ზარალის ოდენობის კრიტერიუმი, მოსალოდნელი ზარალის სასამართლოს ინიციატივით უზრუნველყოფის შესაბამისობა დისპოზიციურობის პრინციპთან, საპროცესო შიკანის საფრთხე შემხვედრი უზრუნველყოფისას. ამასთანავე, განხილული იქნება აღნიშნულ საკითხთან

ველყოფის შედეგად წარმოშობილი ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა, N.10. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება – GIZ, გვ. 13. <<http://lawlibrary.info/ge/books/CLS-2020.pdf>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

6 ქურდაძე, მ., ხუნაშვილი ნ., (2015). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 352.

7 ლილუაშვილი, თ., ხრუსტალი, ვ., (2007). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 351.

8 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 16 დეკემბრის განჩინება საქმეზე: Nას-1609-2019.

9 ძლიერიშვილი ზ., (2018). სარჩელის უზრუნველყოფით გამოწვეული ზარალის (ზიანის) ანაზღაურების უზრუნველყოფა. სამართლის ჟურნალი, N1, უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 8.

10 ახალაძე, მ., (2020). სარჩელის/გადაწყვეტილების აღსრულების უზრუნველყოფა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში. საქართველოს უზენაესი სასამართლო, გვ. 84. <<https://old.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/sarchelis-gadawyvetilebis-agrsulebis-uzrunvelyofa.pdf>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

11 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (14/11/1997), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, მუხლი 199, მესამე ნაწილი.

12 სამეცნიერო სტატიის დონეზე არსებობს მხოლოდ ერთი კვლევა, იხ. ძლიერიშვილი ზ., (2018) სარჩელის უზრუნველყოფით გამოწვეული ზარალის (ზიანის) ანაზღაურების უზრუნველყოფა. სამართლის ჟურნალი, N1, უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 5-22.

მიმართებით საერთაშორისო პრაქტიკაც. ყოველივე აღნიშნული განაპირობებს კვლევის აქტუალობას. შემხვედრი უზრუნველყოფის მექანიზმის გამოყენების მომწესრიგებელი ნორმა (სსსკ-ის 199-ე მუხლი) ტოვებს შთაბეჭდილებას, თითქოს აღნიშნული მექანიზმის გამოყენება მხოლოდ სასამართლოს ინიციატივით, ან მოპასუხის შუამდგომლობით ხდება. გამოსაკვლევია, დასაშვებია თუ არა შემხვედრი უზრუნველყოფის ანუ მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების მოსარჩელის მიერ შეთავაზება.

მხარეთა ინტერესების დაცვის გარანტიები სარჩელის უზრუნველყოფის მექანიზმში

საკვლევი სამართლებრივი ინსტიტუტის სრულყოფილი ანალიზისთვის აუცილებელია სსსკ-ის 57-ე მუხლის 1-ლი ნაწილისა და ამავე კოდექსის 199-ე მუხლის კომპლექსური აღქმა, ვინაიდან მხარის (მოსარჩელის) უფლებას, გამოიყენოს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება, უპირისპირდება მოპასუხის ინტერესი – თავი დაიცვას ზიანის მომტანი უზრუნველყოფის ღონისძიებისაგან.¹³ მაშასადამე, ერთმანეთს უპირისპირდება მოსარჩელისა და მოპასუხის ლეგიტიმური, ანგარიშგასაწვევი ინტერესები,¹⁴ რომელთა გონივრული დაბალანსებაც სასამართლოს უპირველესი კონსტიტუციური მოვალეობაა. საჩელის უზრუნველყოფის მომთხოვნს, კანონით გათვალისწინებული პირობების არსებობისას, შეიძლება დაეკისროს მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფა.¹⁵ შეზღუდვა უნდა ითვალისწინებდეს პროცესის მონაწილე ორივე მხარის ინტერესებს – მოპასუხეს უნდა ჰქონდეს შე-

საძლებლობა დააზღვიოს უზრუნველყოფის ღონისძიებიდან მომდინარე ქონებრივი ზიანი, ხოლო მოსარჩელისათვის დადგენილი მოთხოვნები უნდა იყოს გონივრული და მას აძლევდეს რეალურ შესაძლებლობას, მოახდინოს მოსალოდნელი ზარალის უზრუნველყოფა. ამდენად, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 199-ე მუხლი დეტალურად განმარტავს ამ მექანიზმის გამოყენების პროცედურას, რაც წარმოადგენს მოპასუხის უფლებების დაცვის და, ამით კი, თანაზომადობის უზრუნველყოფის დამატებით გარანტიას.¹⁶

სარჩელის უზრუნველყოფა უკავშირდება მოპასუხის უფლებების შეზღუდვას, რამაც, როგორც შედეგი, შესაძლოა ამ უკანასკნელის ინტერესების დაზიანებაც გამოიწვიოს. საუბარია შესაძლო ზიანზე. ეს პრობლემა განსაკუთრებით მწვავედება, თუ მოპასუხე მეწარმეა. სასამართლოს მიერ გამოყენებულმა უზრუნველყოფის ღონისძიებამ არ უნდა შეაფერხოს ამგვარი სუბიექტის ნორმალური სამეწარმეო საქმიანობა. სწორედ აღნიშნულის გათვალისწინებითა და მხარეთა საპროცესო თანასწორობის პრინციპის საფუძველზე ითვალისწინებს კანონი მოპასუხის ინტერესების დაცვის გარანტიებს. ამ გზით ბალანსდება სასამართლოს წინაშე მხარეთა თანასწორობის პრინციპი.¹⁷

საქართველოს კონსტიტუციის მე-11 მუხლის 1-ლი პუნქტისა და 62-ე მუხლის მე-5 პუნქტის შესაბამისად, ყველა (მოცემული კვლევის მიზნებისთვის, მოსარჩელე და მოპასუხე) თანასწორია სამართლის წინაშე, რაშიც სასამართლოს წინაშე თანასწორობაც იგულისხმება, თუმცა კი, კონსტიტუციაში სასამართლოს წინაშე მხარეთა თანასწორობის თაობაზე პირდაპირი დანაწესი ასახული არ არის,¹⁸ რაც მისი ერთგვარი ნაკლია. საკუთ-

13 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2022 წლის 17 ივნისის გადაწყვეტილება საქმეზე: N 1/3/1377.

14 ლილუაშვილი, თ., ლილუაშვილი, გ., ხრუსტალი, ვ., ძლიერიშვილი, ზ., (2023). სამოქალაქო საპროცესო სამართალი. II ნაწილი, თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 82.

15 იქვე.

16 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 16 დეკემბრის განჩინება საქმეზე: Nას-1609-2019.

17 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 25 ნოემბრის განჩინება საქმეზე: Nას-1165-1095-2015.

18 საქართველოს კონსტიტუცია (24/08/1995), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, მე-11 და 62-ე; მუხლები; გზამკვლევი პრინციპები ადა-

რივ დავის საგნად ქცეული საკითხების სასამართლოში გადაწყვეტა კი, მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის საწყისებზე ხორციელდება.¹⁹ კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-2 პუნქტის შესაბამისად, ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებული (რაშიც საერთაშორისო სამართლით აღიარებული უფლებები და პრინციპები იგულისხმება) უფლებები და თავისუფლებები საქართველოში უშუალოდ მოქმედი სამართალია. ეს ნიშნავს, რომ მათი გაშუალება არ ხდება რაიმე აქტით, მათ ასამოქმედებლად არ არის საჭირო დამატებითი აქტების მიღება სახელმწიფოს მხრიდან. დასახელებული კონსტიტუციური ნორმების მსგავსი დებულებები ასახულია ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მე-7, მე-8 და მე-10 მუხლებში,²⁰ სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის მე-14 მუხლის 1-ლ პუნქტში²¹ და ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპის კონვენციის მე-6 მუხლში.²²

სწორედ ზემოთ მითითებული კონსტიტუციური და საერთაშორისო ნორმები აღჭურავენ სასამართლოსადმი მიმართვის თანაბარი უფლებით როგორც მოსარჩელეს, ისე მოპასუხეს სარჩელის უზრუნველყოფის წესთან მიმართებით. ეს ნიშნავს, რომ მოპასუხეს, როგორც მოსარჩელის თანასწორუფლებიან მხარეს, სამოქალაქო პრო-

ცესში უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების შემთხვევაში გარანტირებული უნდა ჰქონდეს თავისი უფლებების დაცვის შესაძლებლობა. სხვა შემთხვევაში, ანუ თუკი მოპასუხეს სარჩელის უზრუნველყოფის დაუსაბუთებელი ღონისძიების წინააღმდეგ დაცვის შესაძლებლობა არ ექნება, ის მოსარჩელესთან შედარებით არახელსაყრელ მდგომარეობაში აღმოჩნდება, შესაბამისად, ზიანი მიადგება ჯერ კიდევ დავის საგანზე მოსარჩელის უფლების სასამართლო გადაწყვეტილებით დადასტურებამდე, რამეთუ მოპასუხის მიმართ უზრუნველყოფის ღონისძიებათა მიღება უკავშირდება მატერიალურ-სამართლებრივი შეზღუდვების დაწესებას და ამით, ზიანის მიყენების შესაძლებლობას. სარჩელის უზრუნველყოფის მექანიზმის შემოღებით კანონმდებელი მართალია უფლების ლეგიტიმურად შეზღუდვას ისახავს მიზნად, მაგრამ ეს გარემოება თავისთავად არ ნიშნავს, რომ უფლებაში ჩარევა ყოველთვის გამართლებულია. შეზღუდვა უნდა პასუხობდეს თანაზომადობის სტანდარტებს.²³

შემხვედრი უზრუნველყოფის ფაქულტატიური ხასიათი

სარჩელის უზრუნველყოფის სტადიაზე შემხვედრი უზრუნველყოფის მექანიზმის გამოყენება აიხსნება იმით, რომ აღნიშნულ სტადიაზე ჯერ არ არის გარკვეული საქმის პერსპექტივა და არ არის ცნობილი, ნამდვილად დასაბუთებულია თუ არა მოსარჩელის მოთხოვნა.²⁴ ამასთან გასათვალისწინებელია, რომ მოსალოდნელი ზიანის ანაზღაურების უზრუნველყოფა სასამართლოს არავალდებულება, არამედ უფლებაა.²⁵ უზრუნვე-

მიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლთან დაკავშირებით, სამართლიანი სასამართლო განხილვის უფლება – სამოქალაქო სამართლებრივი ასპექტები, (2017). ევროპის საბჭო/ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო. <<https://www.supremecourt.ge/uploads/files/1/pdf/adamianis-uflebata-centri/konveniis-me6-muxli.pdf>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

19 ლილუაშვილი, თ., ლილუაშვილი, გ., ხრუსტალი, ვ., ძლიერიშვილი, ზ., (2014). სამოქალაქო საპროცესო სამართალი, I ნაწილი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 60.
 20 ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია (10/12/1948), გაეროს გენერალური ასამბლეა.
 21 საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ (16/12/1966), გაეროს გენერალური ასამბლეა.
 22 ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია (4/11/1950), ევროპის საბჭო, რომი.

23 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 17 მაისის N3/3/600 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე კახა კუკავა საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-48.
 24 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2014 წლის 6 ოქტომბრის განჩინება საქმეზე: Nას-1135-1082-2013.
 25 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 21 ოქტომბრის განჩინება საქმეზე: Nას-958-923-2016; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო

ლყოფის გარანტია სასამართლომ შეიძლება, ასევე, გამოიყენოს მოწინააღმდეგე მხარის განცხადების საფუძველზე.²⁶

აღნიშნული უფლება სასამართლოს მიერ გამოიყენება სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებასთან ერთად.²⁷ თუ სასამართლო არ გამოიყენებს ამ დისკრეციულ უფლებამოსილებას, მაშინ ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის მოთხოვნის წარდგენა მოპასუხეს შეუძლია.²⁸ ორივე შემთხვევაში ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფა ხდება მაშინ, როდესაც არსებობს საფუძვლიანი ვარაუდი, რომ სარჩელის დაუკმაყოფილებლობის შემთხვევაში მოსარჩელე ვერ აანაზღაურებს მიყენებულ ზიანს.²⁹ ამრიგად, ზარალის ანაზღაურება (ანაზღაურების უზრუნველყოფა) შეიძლება განხორციელდეს, როგორც სარჩელის უზრუნველყოფასთან ერთად, ისე მის შემდეგაც.³⁰

სარჩელის უზრუნველყოფის ინსტიტუტი ერთნაირად იცავს როგორც მოსარჩელის, ისე მოპასუხის ინტერესებს. შესაბამისად, თუ სარჩელის უზრუნველსაყოფად დაშვებული ღონისძიებები გაუმართლებელი გამოდგა იმის გამო, რომ მოსარჩელეს უარი ეთქვა სარჩელზე და გადანაცვტილება შევიდა კანონიერ ძალაში, ანდა იმის გამო, რომ სასამართლომ 192-ე მუხლის მეორე ნაწილის ან 363³⁰-ე მუხლის მეორე ნაწილის³¹ შესაბამისად გააუქმა სარჩელის აღძვრამდე

საქმეთა პალატის 2011 წლის 13 ივნისის განჩინება საქმეზე: *ნას-832-884-2011*.

- 26 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (14/11/1997), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, მუხლი 199, პირველი ნაწილი.
- 27 ქურდაძე, შ., ხუნაშვილი ნ., (2015). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 352.
- 28 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 28 ივლისის განჩინება საქმეზე: *ნას-759-718-2015*.
- 29 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 11 აპრილის განჩინება საქმეზე: *ნას-450-422-2017*.
- 30 ქურდაძე, შ., ხუნაშვილი ნ., (2015). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 351.
- 31 სამედიაციო მორიგების უზრუნველყოფის ღონისძიების გაუქმების შემთხვევა.

მიღებული სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები, მოპასუხეს უფლება აქვს მოსარჩელისაგან მოითხოვოს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გატარებით მიყენებული ზარალის ანაზღაურება (199-ე მუხლის მე-3 ნაწილი). კანონი იმპერატიულად არ მოითხოვს სასამართლოსაგან მოსთხოვოს მოსარჩელეს მოსალოდნელი ზიანის ანაზღაურების უზრუნველყოფა.³² სარჩელის უზრუნველყოფის თაობაზე მეორე მხარისათვის მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის მოთხოვნა დამოკიდებულია სასამართლოს შეხედულებაზე.³³ უფრო მართებული იქნება, თუკი სასამართლოს თავისი ინიციატივით საერთოდ არ ექნება შემხვედრი უზრუნველყოფის განხორციელების ვალდებულების მოსარჩელისათვის დაკისრების უფლება. საქმე ის არის, რომ მოპასუხისათვის მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფა ფაქტობრივად არის „იმ სარჩელის უზრუნველყოფა, რომელიც შეიძლება აღძრას მოპასუხემ მოსარჩელის წინააღმდეგ, რომლის სარჩელის უზრუნველყოფის გამო მას მიადგა ზიანი“.³⁴ აღძრავს თუ არა სარჩელს და მოითხოვს თუ არა ზარალის ან ზიანის ანაზღაურებას, მთლიანად მომავალ მოსარჩელეზეა დამოკიდებული. მაშასადამე, სასამართლოს ინიციატივით შემხვედრი უზრუნველყოფის დანესების შესაძლებლობა, ეწინააღმდეგება დისპოზიციურობის პრინციპს. კვლევას მოითხოვს ის საკითხიც, მოპასუხე ვალდებულია თუ არა ამტკიცოს, თუ რა სავარაუდო ზარალი შეიძლება მიადგეს უზრუნველყოფის გატარებით. ამ საკითხს კანონმდებელი გვერდს უვლის. იმდენად, რამდენადაც სარჩელის უზრუნველყოფა ეფუძნება სავარაუდო ფაქტებს და იმდენად, რამდენადაც საუბარია

32 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 2 ნოემბრის განჩინება საქმეზე: *ნას-956-921-2016*.

33 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2011 წლის 13 ივნისის განჩინება საქმეზე: *ნას-832-884-2011*.

34 ლილუაშვილი, თ., ხრუსტალი, ვ., (2007). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 355.

მოსალოდნელი ზარალის უზრუნველყოფაზე, ამგვარი სავარაუდო ზარალის უზრუნველყოფის მოთხოვნის ეტაპზე, მხარეთა თანასწორობის პრინციპიდან გამომდინარე, მოპასუხეს არ უნდა დაეკისროს ჯერ არარსებული ზარალის მტკიცების ტვირთი. რეალურად დამდგარი ზარალის მტკიცება სამომავლოდ უნდა განხორციელდეს. სარჩელის უზრუნველყოფის ეტაპზე კი ზარალის მტკიცება მოპასუხის დისპოზიციური უფლებაა.³⁵

სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების დროს არ არის სავალდებულო სსსკ 57-ე მუხლის შესაბამისად მეორე მხარის მიერ თავისი მოთხოვნის ფულადი თანხით ან ფასიანი ქალაქით უზრუნველყოფა.³⁶ ნორმაში მითითებული უზრუნველყოფის ამ სახით განხორციელება მხოლოდ მაშინ იქნება აუცილებელი, თუკი სასამართლო, სსსკ 199-ე მუხლის 1 ნაწილის შესაბამისად, საჭიროდ მიიჩნევს მეორე მხარისაგან უზრუნველყოფის ღონისძიების განხორციელებას.³⁷

შემხვედრი/შეგებებული უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენებისას გასათვალისწინებელია ზოგიერთი საკითხი, რომელთაც აქვთ როგორც პრაქტიკული, ისე თეორიული მნიშვნელობა და რომელთა შესახებაც საუბარია ქვემოთ.

საპროცესო შიკანის საფრთხე შემხვედრი უზრუნველყოფის მექანიზმში

უწინარეს ყოვლისა, გასათვალისწინებელია მოსარჩელის მიერ მატერიალური და საპროცესო უფლებების კეთილსინდისიერად გამოყენების პრობლემა. როგორც გერმანულ დოქტრინაშია აღნიშნული, პროცესში არაკეთილსინდისიერებას, ანუ სარჩელისა და ნებისმიერი სხვა საპროცესო უფლების ბოროტად გამოყენებას ადგილი აქვს უფლებით აღჭურვილი პირის მიერ დასახული მიზნების კანონით მინიჭებული უფლების მიზნებთან (რომლებიც სამოქალაქო პროცესის მიზნებს შეესაბამება) შეუსაბამობის შემთხვევაში.³⁸ იგივე აზრია გატარებული ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაშიც.³⁹ შედარებისათვის, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართლის მსგავსად, გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო სამართალშიც არ მოიპოვება საპროცესო უფლება-მოვალეობების კეთილსინდისიერად განხორციელების ვალდებულების დამდგენი ზოგადი ნორმა, რის გამოც გერმანულ დოქტრინაში გვხვდება აზრი, რომ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 242-ე პარაგრაფი⁴⁰ (რომლის ანალოგიურია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 361-ე მუხლი⁴¹) გერმანიის საპროცესო სამართალში ანალოგიით უნდა იქნეს გამოყენებული.⁴² კეთილსინდისიერად

35 აღნიშნულის გათვალისწინებით, საქართველოს უზენაესი სასამართლო ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში არასწორად განმარტავს: „ზიანის დადგომის ალბათობა შეიძლება გამომდინარეობდეს, როგორც უშუალოდ საქმის მასალებიდან, ისე მოპასუხის მითითებით. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში, მოპასუხე, სსსკ-ის 102-ე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად, ვალდებულია, სათანადოდ დაასაბუთოს მოსალოდნელი ზიანის ანაზღაურება“ – იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2011 წლის 13 ივნისის განჩინება საქმეზე: Nას-832-884-2011.

36 ქურდაძე, შ., ხუნაშვილი ნ., (2015). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 351.

37 იქვე.

38 Baumgärtel, G., Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP. 1956, გვ. 101; Konzen, H., Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, Studien zur Wechselwirkung von Zivil – und Prozeßrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozeßerheblichen Parteiverhaltens. Berlin: Duncker&Humblot, 1976, გვ. 270.

39 საყვარელიძე, კ., (2021). მხარეთა უფლება-მოვალეობების ბოროტად გამოყენება სამოქალაქო პროცესში. დისერტაცია სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად. თბილისი: აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტი.

40 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). German Federal Law gazette. <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

41 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (26/06/1997), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე.

42 Stichelbrock, B., (2002). Inhalt und Grenzen richterli-

მოქმედების პრინციპი ზოგადსამართლებრივი პრინციპია. მართალია, იგი საქართველოს კონსტიტუციაში პირდაპირ ნახსენები არ არის, მაგრამ კონსტიტუციის 34-ე მუხლი ფაქტობრივად მას განამტკიცებს.⁴³ აღნიშნული პრინციპი, თავისი უნივერსალური ხასიათის გამო, საფუძვლად უდევს მთელს მართლწესრიგს, მათ შორის, სამოქალაქო საპროცესო სამართალს. შესაბამისად, ის სამოქალაქო საპროცესო სამართლის პრინციპია და მაშასადამე, დაუშვებელია დარგთაშორისი ანალოგიის წესებით მისი გამოყენება, რამეთუ სამოქალაქო პროცესისთვისაც დამახასიათებელია ეს პრინციპი.⁴⁴ გერმანიის უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, უფლების ბოტორად გამოყენების ცხადი ნიშანია ზიანის მიყენების განზრახვა (საპროცესო შიკანისთვის დამახასიათებელი ნიშანი), აგრეთვე უფლების უმიზნოდ, ფუჭად, ან უღირსი მიზნების მისაღწევად განხორციელება.⁴⁵ სხვისთვის ზიანის მიყენების მიზნით აღძრული სარჩელები გერმანულ დოქტრინაში საპროცესო შიკანის აშკარა გამოვლინებად მიიჩნევა.⁴⁶

შემხვედრი უზრუნველყოფის განხორციელების საკითხის კეთილსინდისიერების პრინციპის პრიზმაში განხილვისას აუცილებელია მხარეთა ინტერესების სამართლიანი დაბალანსება.⁴⁷ შემხვედრი უზრუნველყოფის სახით მოსარჩელისათვის მოთხოვნილი თანხა

chen Ermessens im Zivilprozess. Köln: O.Schmidt, გვ. 280; Paulus, C., (2016). Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Auflage. Berlin: Springer, გვ. 130.

43 ხუნაშვილი, ნ., (2016). კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში. თბილისი: გამომცემლობა „ბონა კაუზა“, გვ. 43.

44 Baumgärtel, G., Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZJP. 1956, გვ. 181.

45 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 9.07.2007, II 95/06. <<https://openjur.de/u/77182.html>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

46 Zeiss, W., Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten, NJW, 1967, გვ. 708.

47 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 6 მარტის განჩინება საქმეზე: Nას-28-25-2017; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 6 ნოემბრის განჩინება საქმეზე: Nას-929-879-2015.

შესაძლოა უმნიშვნელო იყოს ამ სუბიექტისათვის მისი აქტივების გათვალისწინებით, ხოლო მაგალითად ფულად სახსრებზე ყადაღის ფორმით გამოყენებული უზრუნველყოფის ღონისძიება შესაძლოა უკიდურესად შემზღვევად იყოს მეორე სუბიექტისათვის (მოპასუხისათვის), განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ეს სუბიექტი მენარმეა/სამეურნეო სუბიექტია. უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენებამ შესაძლოა მოპასუხის სამეურნეო საქმიანობის ფაქტობრივი პარალიზება გამოიწვიოს. ზოგჯერ, მოსარჩელის მხრიდან შესაძლოა ადგილი ჰქონდეს არაკეთილსინდისიერ კონკურენციას, მაგალითად, ბაზარზე მონოპოლიური მდგომარეობის მოპოვების მიზნით, ისეთი მოპასუხის აქტივების დაყადაღებით, რომელსაც მცირე წილი აქვს ბაზარზე. საინტერესოა შემდეგი საკითხი: ეკისრება თუ არა სასამართლოს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების უპირობოდ გამოყენების ვალდებულება, თუკი მოსარჩელე წარმოადგენს შეგებებულ უზრუნველყოფას? ამ შეკითხვაზე პირდაპირ პასუხს კანონი არ იძლევა.

სსსკ-ის 199-ე მუხლით გათვალისწინებული ნორმის დანაწესი შთაბეჭდილებას ტოვებს, თითქოს მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის დადგენა შეიძლებოდეს მხოლოდ სასამართლოს ინიციატივით ან მოპასუხის შუამდგომლობით. სინამდვილეში კი, არ გამოირიცხება მოსარჩელის მიერ უზრუნველყოფის წინასწარ წარდგენა. ე.ი. მოსარჩელეს შეუძლია არ დაელოდოს სასამართლოს, რომელსაც ყოველთვის შეუძლია მოსარჩელეს თავისი ინიციატივით მოსთხოვოს მოპასუხისათვის მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფა (შეგებებული უზრუნველყოფა). აღნიშნული დასკვნის გამოტანა კანონის გონივრული განმარტებიდან გამომდინარეობს. პრაქტიკაში მოსარჩელები ამას არ ახდენენ, ვინაიდან არ გააჩნიათ უზრუნველყოფის წინასწარ წარდგენის ინტერესი, რამეთუ სასამართლოები ამის გარეშეც უზრუნველყოფენ სარჩელს. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის დანაწესებისა და სასამართლო პრაქტიკის⁴⁸ ანალიზის საფუძველზე, შეი-

48 სასამართლო პრაქტიკაში ყოველთვის ესმება ხაზი

ძლება შემდეგი დასკვნის გამოტანა: სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენებაზე უარის თქმა დასაშვებია, თუნდაც სარჩელის უზრუნველყოფის შუამდგომლობის აღმძვრელმა შეგებებული უზრუნველყოფა თავისი ინიციატივით წინასწარ (თავიდანვე) წარადგინოს.

შეგებებული უზრუნველყოფის წარდგენის შემთხვევაშიც კი, სასამართლოს არ ევალება სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენება,⁴⁹ რაც ქართული კანონმდებლობის მიერ საკითხის პროგრესული გადაწყვეტაა. საქმე ის არის, რომ ზემოაღნიშნულ შემთხვევებში, როდესაც მოსარჩელე მიზნად ისახავს ბაზარზე მონოპოლიური მდგომარეობის არაკეთილსინდისიერ გამოყენებას, მის სამეურნეო საქმიანობას (თუნდაც უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების შუამდგომლობასთან ერთად წარადგინოს შემხვედრი უზრუნველყოფა), პრაქტიკულად არავითარი ზიანი არ ადგება, ხოლო თუკი სარჩელის უზრუნველყოფის ინსტიტუტის უპირობოდ გამოსაყენებლად საკმარისი იქნებოდა შემხვედრი უზრუნველყოფის წინასწარ დადგენა, სასამართლო იძულებული იქნებოდა სიტყვასიტყვით და უპირობოდ გამოეყენებინა კანონი, რითაც კეთილსინდისიერი მოპასუხე ფაქტობრივად შესაძლოა გაკოტრების ზღვარზე დამდგარიყო. ზემოაღნიშნულის მსგავსი ვალდებულების არარსებობის პირობებში, ქართული კანონმდებლობა სასამართლოს მეტ თავისუფლებას ანიჭებს და მაშინაც კი, როდესაც მოსარჩელის მიერ წარმოდგენილია შემხვედრი უზრუნველყოფა, არ ზღუდავს უზრუნველყოფის გამოყენების საკითხი გადაწყვეტოს კეთილსინდისიერებისა და მხარეთა ინტერესების დაბალანსების პრინციპის საფუძველზე.

ზარალისა და ზიანის კატეგორიების ურთიერთმიმართების საკითხისათვის

შემხვედრი უზრუნველყოფის არსის სწორი გაგების საწყისი ზარალისა და ზიანის კატეგორიების ურთიერთგამიჯვნაში უნდა ვეძიოთ. გარდა ამისა, აღნიშნულ კატეგორიათა გამიჯვნა შესაძლებლობას იძლევა სწორად განისაზღვროს მოსლოდნელი ზარალის უზრუნველყოფის ფარგლები (მოცულობა) და კრიტერიუმი. კანონში საუბარია მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფაზე და არა ზარალის თუ ზიანის წინასწარ ანაზღაურებაზე, რამეთუ უნდა ანაზღაურდეს თუ არა ზიანი, საქმის შედეგზე დამოკიდებული. შესაბამისად, მოსარჩელისაგან ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლება მოპასუხეს იმ სასამართლო გადაწყვეტილების კანონიერ ძალაში შესვლის შემდეგ აქვს, რომლითაც სარჩელი არ დაკმაყოფილდა.⁵⁰ ასეთი მოთხოვნის უფლება სარჩელის ნაწილობრივ დაკმაყოფილების შემთხვევაშიც წარმოიშობა: მოპასუხეს უფლება ექნება მოითხოვოს სარჩელის იმ ნაწილის თანაზომადი ზიანის ანაზღაურება, რომელიც არ დააკმაყოფილა სასამართლომ. თუ მოპასუხე მოსალოდნელი ზარალის უზრუნველყოფას მოითხოვს თავის სასარგებლოდ გადაწყვეტილების გამოტანის შემდეგ, რომელიც არ არის ძალაში შესული, აღნიშნული შეიძლება განხორციელდეს გადაწყვეტილების აღსრულების უზრუნველყოფის წესით და გამოიხატოს მინიმუმ იმ ხარჯებში, რომლებიც ეკისრება მოსარჩელეს მოპასუხის სასარგებლოდ.

როგორც აღინიშნა, საპროცესო კოდექსი ადგენს მხოლოდ მოსალოდნელი ზარალის და არა ზიანის ანაზღაურების უზრუნველყოფის შესაძლებლობას, ვინაიდან წინასწარ შეუძლებელია მიყენებული ზიანის მოცულობის განსაზღვრა. ამგვარი ზიანის განსაზღვრა, შეუძლებელთან ერთად, არამართე-

იმას, რომ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენება ზღუდავს მოპასუხის უფლებებს, რის გამოც საჭიროა თავიდან იქნეს აცილებული მოპასუხისათვის ზარალის მიყენება.

49 მოსალოდნელი ზიანის ანაზღაურების უზრუნველყოფა წარმოადგენს სასამართლოს უფლებას და არა ვალდებულებას – ქურდაძე, შ., ხუნაშვილი ნ., (2015). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“, გვ. 344.

50 ლილუაშვილი, თ., ხრუსტალი, ვ., (2007). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 355.

ბულიც იქნება, რამეთუ დამდგარ ზიანთან სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების მიზნობრივი კავშირის განსაზღვრა რელევანტური შეიძლება იყოს მხოლოდ უზრუნველყოფის ღონისძიების გაუმართლებლობის შემთხვევაში, რაც სასამართლოს მიერ სარჩელის უარყოფაში ან უზრუნველყოფის ღონისძიების გაუქმებაში გამოიხატება. ასეთი შედეგი კი, კანონიერ ძალაში შესული გადაწყვეტილებით და მასადაამე, მას შემდეგ უნდა განისაზღვროს, რაც საქმე საბოლოოდ დამთავრდება. ამიტომ დაუშვებელია მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის ოდენობა და კრიტერიუმი, საქმის მიმდინარეობის პროცესში, მიყენებული ზიანის ანაზღაურების სტანდარტით გავზომოთ.

შემთხვევითი არ არის, რომ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში საუბარია მოსალოდნელი ზარალის (და არა ზიანის) ანაზღაურების უზრუნველყოფაზე. აქედან გამომდინარე, შეიძლება გამოტანილი იქნეს დასკვნა, რომ უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების ეტაპზე მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების დაკისრება და დასაკისრებელი ანაზღაურების მოცულობა მხოლოდ სასამართლოს დისკრეციამა და მოკიდებული.

ამგვარი დასკვნის გამოტანის შესაძლებლობას საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ანალიზი იძლევა. მასში არ არის და არც უნდა იყოს ასახული სპეციალური ნორმა (ნორმები), მოპასუხისთვის მიყენებული ზიანის ხასიათის და ზიანის ანაზღაურების ფარგლების/მოცულობის განსაზღვრის შესახებ. ზიანის ხასიათი და მოცულობა/ოდენობა წინასწარ ვერ დამტკიცდება.⁵¹ მისი დამტკიცება შესაბამისი საერთო წესით უნდა განხორციელდეს საქმის დამთავრების შემდეგ და არა სარჩელის უზრუნველყოფის სტადიაზე,

ან შებრუნებული, შემხვედრი უზრუნველყოფის მოთხოვნის სტადიაზე. აქედან გამომდინარე, მოპასუხისათვის მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების ოდენობის განსაზღვრისა და მისი მოსარჩელისათვის დაკისრებისას არ იქნება მართებული საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 199-ე მუხლთან სისტემურ კავშირში საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 408-ე – 415-ე მუხლების გამოყენება.

სსსკ-ის 199-ე მუხლის შინაარსის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობიდან გამომდინარე, არ იგულისხმება უზრუნველყოფის ღონისძიებით მიყენებული ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობა სსსკ-ის 272-ე მუხლით გათვალისწინებული რომელიმე საფუძვლით საქმისწარმოების შეწყვეტის შემთხვევაში.

ამავდროულად, სამოქალაქო სამართალწარმოებაში დისპოზიციურობის, შეჯიბრებითობისა და მხარეთა თანასწორუფლებიანობის პრინციპების მოქმედებიდან გამომდინარე, სარჩელის უზრუნველყოფის შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების წესი საქმის შეწყვეტის შემთხვევაშიც უნდა იქნეს გამოყენებული. საკითხის ამგვარ გადაწყვეტას განაპირობებს მოსარჩელის მიერ არამართლობიერად გამოვლენილი ნება, სარჩელის უსაფუძვლოდ აღძვრასთან დაკავშირებით.

რაც შეეხება ზარალს და არა ზიანს, რომელთაც ხშირად არ მიჯნავენ ერთიმეორისაგან, ზარალში არ იგულისხმება უფლების დროებით შეზღუდვით გამოწვეული ზარალი, ვინაიდან უზრუნველყოფის ღონისძიების დანიშნულება თავისთავად უფლების დროებითი შეზღუდვაა.⁵² მოსალოდნელ ზარალში იგულისხმება სავარაუდო ფაქტობრივი ხარჯები (ადვოკატის ხარჯი, საქმის წარმოებასთან დაკავშირებული სხვა ხარჯები) და არა მიუღებელი შემოსავალიც, როგორც ეს იგულისხმება ზიანის ცნებაში. ზიანის ცნება მოიცავს როგორც ფაქტობრივ დანაკარგს, ისე მიუღებელ შემოსავალს (შემოსავლის დაკარგვას). შესაბამისად, ზი-

51 მაგალითისათვის, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების შედეგად დამდგარი ზიანის ანაზღაურების თაობაზე მოპასუხემ სარჩელით უნდა მიმართოს სასამართლოს, მასვე ეკისრება დამდგარი ზიანის და მისი ოდენობის მტკიცების ტვირთი – ლილუაშვილი, თ., სრუსტალი, ვ., (2007). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი (მეორე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“, გვ. 355.

52 თითბერიძე, გ., (2017). საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა – სს „ბუქდვითი სიტყვის კომბინატი“, გვ. 81.

ანი უფრო ფართო ცნებაა და შემთხვევითი არ არის, რომ საპროცესო კანონმდებლობა აქცენტს აკეთებს ზარალის და თანაც, მხოლოდ მოსალოდნელი ზარალის კატეგორიაზე. ამიტომ, როდესაც დადებითად წყდება მოსალოდნელი ზარალის უზრუნველყოფის საკითხი, დაუშვებელია ზარალის ცნებისათვის ზიანის შინაარსის მიცემა და ისეთი გარანტიის მოთხოვნა მოსარჩელისათვის, რომელიც მძიმე ტვირთად დააწვება მას და შეუძლებელს გახდის გარანტიის წარდგენას მოსარჩელის მიერ, რამეთუ ასეთ შემთხვევაში გაუქმებული იქნება უზრუნველყოფის ღონისძიება, რითიც ის დაკარგავს პრაქტიკულ მნიშვნელობას.

თავის მხრივ, ზიანის ანაზღაურების შესახებ სარჩელის აღძვრის ეტაპზე მოპასუხის ინტერესების სრულ დაკმაყოფილებაზე⁵³ გავლენას ვერ მოახდენს მოსალოდნელი ზარალის უზრუნველყოფის ფარგლები. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, მოპასუხეს აუნაზღაურდება სრული ზიანი, ის ზიანი, რომლის დადგომასაც დაამტკიცებს და არა მხოლოდ ის ზარალი, რომლის ანაზღაურებაც იყო მანამდე უზრუნველყოფილი.

ზარალის ცნება რომ ზიანის ცნების ტოლფასი არ არის, შემდეგი ასპექტიდანაც ვლინდება: სარჩელის უზრუნველყოფა მიიღება სასამართლოს განჩინებით.⁵⁴ მხარეები ერთმანეთთან საპროცესო ურთიერთობაში არ იმყოფებიან. უფრო რომ დავაზუსტოთ, საპროცესო ურთიერთობა არ წარმოიშობა მხარეებს შორის. მხარეები ერთმანეთთან მხოლოდ მატერიალურ ურთიერთობაში იმყოფებიან. სარჩელის უზრუნველყოფის გამოყენება ადასტურებს საპროცესო ურთიერთობის წარმოშობას მოსარჩელესა და სასამართლოს შორის. მაშასადამე, სასამართლო განჩინების მიღება ვერავითარ შემთხვევაში ვერ წარმოშობს მოპასუხის ზიანს, რომელიც მოსარჩელის მიერ მიყენებულად შეიძლება ჩაითვალოს, რამეთუ მხარეები ასეთ დროს ერთმანეთთან საპროცესო ურთიერთობაში არ იმყოფებიან.

53 რაშიც იგულისხმება ზიანის სრული ანაზღაურება.
 54 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (14/11/1997), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, მუხლი 194.

მატერიალურ სამართალში ზიანი შეიძლება წარმოშვას ხელშეკრულების დარღვევამ ან დელიქტმა.⁵⁵ ნებისმიერ შემთხვევაში ზიანი მოვალის მოქმედებამ უნდა გამოიწვიოს. სარჩელის უზრუნველყოფის განჩინების სახით სასამართლო აქტის მიღება კი, არ შეიძლება ჩაითვალოს მოსარჩელის მიერ მოპასუხისათვის ზიანის მიყენებად.

სამართალშორისო პრაქტიკა

მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფის მექანიზმს ეხება გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 945-ე პარაგრაფი.⁵⁶ მსგავსად ქართული კანონმდებლობისა, წინამდებარე პარაგრაფი მოიცავს ზარალის ანაზღაურების ისეთ შემთხვევებს, როდესაც სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება დაუსაბუთებელი აღმოჩნდება ან მომავალში გაუქმდება. გერმანიის უზენაესი სასამართლო ერთ-ერთ განჩინებაში განმარტავს, რომ მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფისას საპროცესო კოდექსის 945-ე პარაგრაფი წარმოშობს სწორედ რისკთან დაკავშირებულ პასუხისმგებლობას იმ პირისათვის, ვინც სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების მოთხოვნით მიმართა სასამართლოს.⁵⁷ გერმანული სასამართლო პრაქტიკა მოსალოდნელი ზარალს არ აიგივებს უკვე დამდგარი ზიანთან, ვინაიდან, უზენაესი სასამართლოს განსაზღვრებით, ზიანის დადგომა სამართალდარღვევის შედეგია, რა დროსაც სახეზეა პირის ბრალეულობა, მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების სტადიაზე კი, ბრალეულობის დამტკიცება გამართლებული ვერ იქნება.⁵⁸ აღნიშნული კა-

55 ჭანტურია, ლ., (2017). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. წიგნი I, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებები. ჭანტურია, ლ., (რედაქტორი), თბილისი, გვ. 43.
 56 Zivilprozessordnung (ZPO). German Federal Law gazette. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].
 57 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 13.10.2016 – IX ZR 149/15. <<https://openjur.de/u/2110901.html>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].
 58 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 21.12.2005 – X ZR 72/04. <<https://openjur.de/u/81501.html>>

ნონის დებულება ადგენს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების მომთხოვნი პირისაგან მხოლოდ მოსალოდნელი ზარალის რისკის აღების ვალდებულებას. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების მომთხოვნმა უნდა უზრუნველყოს იმ ქმედებების რისკი, რომელიც შემდგომში შესაძლოა გაუმართლებელი აღმოჩნდეს.⁵⁹

გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების მოსარჩელისათვის დასაკისრებლად საკმარისია მხოლოდ იმის მტკიცება, რომ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების აღსრულებამ შესაძლოა/სავარაუდოა მოპასუხეს მიაყენოს ზარალი⁶⁰ (რა დროსაც მოპასუხემ თავისი უფლება ბოროტად არ უნდა გამოიყენოს), აღნიშნული არ ეხება იმ სამომავლო ზიანის მტკიცების ტვირთს, რომელსაც შემდგომში გამოიწვევს აგვარი ღონისძიება. ამ საკითხთან მიმართებით, საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკა აქცენტს აკეთებს უკვე დამდგარ ზიანზე და განმარტავს, რომ მოვალეს, რომლის მიმართაც იქნა მიღებული სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება, შეუძლია გამოიყენოს აღსრულების ზომების პროპორციული ღონისძიება.⁶¹ მას შეუძლია აღმასრულებელ მოსამართლეს წარუდგინოს მოთხოვნა რათა მოსარჩელეს დაეკისროს მისთვის ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება უფლების ბოროტად გამოყენების შემთხვევაში. ხოლო იმ შემთხვევაში თუ გაუმართლებელი დამცავი ღონისძიებით მოპასუხეს მიადგება ზიანი, მოსარჩელეს დაევალება აღნიშნული ზიანის გამოსწორება.⁶²

ინგლისის სამართლის მიხედვით, როდესაც მიიღება დროებითი ბრძანება⁶³ (სა-

რჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება), პირს, რომელიც მიმართავს სასამართლოს, მოეთხოვება კომპენსაციის ანაზღაურების ვალდებულებაც, თუ მოგვიანებით სასამართლო დაადგენს, რომ ღონისძიება არასწორად გაიცა და ამით მოპასუხე დაზარალდა.⁶⁴ ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში სასამართლო განმარტავს, რომ კომპენსაციის ანაზღაურების ვალდებულება გულისხმობს მიზეზ-შედეგობრივი კავშირის დადგენას უკვე დამდგარ ზიანსა და გაუმართლებელი სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებას შორის.⁶⁵ განსხვავებით საქართველოსა თუ გერმანიის საპროცესო კოდექსისგან, როგორც ინგლისის სასამართლო პრაქტიკა გვიჩვენებს, მოსალოდნელ ზარალში უკვე დამდგარი ზიანი იგულისხმება, რასაც სასამართლო თავის შეხედულებით წყვეტს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ინდივიდუალურად. ინგლისის სამართალში ზემოაღნიშნული კომპენსაციის წესი უფრო პრევენციულ ხასიათს ატარებს, რათა მოსარჩელემ არ აღძრას გაუმართლებელი სარჩელი, ან ბოროტად არ გამოიყენოს დროებითი ბრძანება მოპასუხის წინააღმდეგ.

დასკვნა/რეკომენდაცია

კვლევის შედეგად შესაძლებელია გამოტანილი იქნეს შემდეგი დასკვნები: სსსკ-ის 199-ე მუხლის დანაწესს თვითმყოფადი, დამოუკიდებელი ხასიათი და საპროცესო მნიშვნელობა აქვს, რომელზეც გავლენას არ ახდენს მატერიალური სამოქალაქო სამართალი. უზრუნველსაყოფი მოსალოდნელი ზარალის ოდენობის განსაზღვრა სასამართლოს მიხედულების საფუძველზე უნდა განხორციელდეს. მატერიალური ნორმების ამოქმედება შესაძლებელია მარტოოდენ მიყენებული ზიანის საერთო წესით ანაზღაურების საკითხის გადაწყვეტისას, ანუ თუკი ზიანის მიყენების ფაქტთან სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გაუმართლებ-

[05.12.2023].

59 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 02.11.1995 – IX ZR 141/94. <<https://openjur.de/u/2110901.ppdf>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

60 Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 10.07.2014 – I 249/12. <<https://openjur.de/u/754168.html>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

61 2e Chambre civile 15 mai 2014, pourvoi n°13-16016, BICC n°809 du 15 octobre 2014 et Legiftance.

62 2e Chambre civile 29 janvier 2004, BICC n°596 du 15 avril 2004.

63 Practise Direction 25A – Interim Injunctions, Para. 5.1. <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/>

[civil/rules/part25/pd_part25a](https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part25/pd_part25a)> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

64 Hunt v Ubhi [2023]. EWCA Civ 417.

65 SCF Tankers Ltd v Privalov & ors [2018]. 1 WLR 5623.

ლობის ან სარჩელის უსაფუძვლობის მიზეზობრივი კავშირი დადგინდება.

მოსალოდნელი ზარალის უზრუნველყოფის ოდენობის განსაზღვრის კრიტერიუმი უნდა იყოს მხარეთა თანასწორობის პრინციპი, რამაც, ერთი მხრივ, გაუმართლებლად მძიმე ტვირთი არ უნდა დააკისროს მოსარჩელეს, რისი საფრთხეც არის სწორედ იმ შემთხვევაში, როდესაც მოსალოდნელი ზარალის გაიგივება ხდება მატერიალურ-სამართლებრივ ზიანთან. მეორე მხრივ, უნდა უზრუნველყოს მოპასუხის დაცვა და გაუმართლებელი სარჩელით ან მისი უზრუნველყოფით მოსალოდნელი ზიანის პრევენცია.

შეგებებული უზრუნველყოფის გამოყენება დასაშვებია როგორც სასამართლოს ინიციატივით, ისე მოპასუხის შუამდგომლობითა და მოსარჩელის მიერ შეგებებული უზრუნველყოფის წინასწარ წარდგენით. ამასთან, საპროცესო შიკანის საფრთხის პრევენციის აუცილებლობიდან გამომდინარე, სასამართლომ ყოველთვის როდი უნდა გამოიყენოს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება მოსარჩელის მიერ შემხვედრი უზრუნველყოფის წინასწარ შეთავაზებისას.

დასკვნების საფუძველზე შეიძლება შემუშავდეს რეკომენდაციები: სსსკ-ის 199-ე მუხლის სათაური შეცვლას მოითხოვს. მიზანშეწონილია მისი შემდეგი სახით ჩამოყალიბება: „უსაფუძვლო სარჩელით და სარჩელის გაუმართლებელი უზრუნველყოფით მოსალოდნელი ზარალის ანაზღაურების უზრუნველყოფა“. აღნიშნული მუხლის პირველ ნაწილს უნდა დაემატოს შემდეგი შინაარსის მქონე მესამე და მეოთხე წინადადება: „მოპასუხის სასარგებლოდ მოსარჩელისათვის მოთხოვნილი გარანტიის სახე და ოდენობა განისაზღვრება სასამართლოს დისკრეციის საფუძველზე, მხარეთა თანასწორობის პრინციპის გათვალისწინებით. მოსარჩელეს უფლება აქვს სარჩელის ან გადაწყვეტილების უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების შესახებ შუამდგომლობის წარდგენისას სასამართლოს თავისი ინიციატივით შესთავაზოს მოსალოდნელი ზარალის მოპასუხისათვის უზრუნველყოფის გარანტია, რაც არ წარმოადგენს სარჩელის უზრუნველყოფის შუამდგომლობის დაკმაყოფილების უპირობო საფუძველს“.

ბიბლიოგრაფია:

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს კონსტიტუცია (24/08/1995), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე.
2. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (26/06/1997), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე.
3. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (14/11/1997), საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე.
4. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია (10/12/1948), გაეროს გენერალური ასამბლეა.
5. ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია (4/11/1950), ევროპის საბჭო, რომი.
6. საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ (16/12/1966), გაეროს გენერალური ასამბლეა.

სამეცნიერო მასალა ქართულ ენაზე:

1. თითბერიძე, გ., (2017). საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა – სს „ბეჭდვითი სიტყვის კომბინატი“.
2. ლილუაშვილი, თ., ხრუსტალი, ვ., (2007). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი (მეორე გამოცემა).

- თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“.
3. ლილუაშვილი, თ., ლილუაშვილი, გ., ხრუსტალი, ვ., ძლიერიშვილი, ზ., (2014). სამოქალაქო საპროცესო სამართალი, I ნაწილი. თბილისი: გამომცემლობა „სამართალი“.
 4. ლილუაშვილი, თ., დიდუაშვილი, გ., ხუსტადი, ვ., ძლიერიშვილი, ზ., (2023). სამოქალაქო საპროცესო სამართალი. II ნაწილი, თბილისი: გამომცემლობა „მეხიდიანი“.
 5. ძლიერიშვილი ზ., (2018) სარჩელის უზრუნველყოფით გამოწვეული ზარალის (ზიანის) ანაზღაურების უზრუნველყოფა. სამართლის ჟურნალი, N1, უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 5-22.
 6. ქურდაძე, შ., ხუნაშვილი, ნ., ცეციტიშვილი, მ., ახალაძე, მ., კუბლაშვილი, მ., ქურდაძე, გ., (2022). სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი (წიგნი I). თბილისი: გამომცემლობა „მერიდიანი“.
 7. ქურდაძე, შ., ხუნაშვილი ნ., (2015). საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი (მეოხე გამოცემა). თბილისი: გამომცემლობა „მეხიდიანი“.
 8. საყვარელიძე, კ., (2021). მხარეთა უფლება-მოვალეობების ბოროტად გამოყენება სამოქალაქო პროცესში. დისერტაცია სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად. თბილისი: აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტი.
 9. ჭანტურია, ლ., (2017). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. წიგნი I, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებები. ჭანტურია, ლ., (რედაქტორი), თბილისი.
 10. ხუნაშვილი, ნ., (2016). კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში. თბილისი: გამომცემლობა „ბონა კაუზა“.

მასალა უცხო ენაზე:

1. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). German Federal Law gazette. <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>> [05.12.2023].
1. Zivilprozessordnung (ZPO). German Federal Law gazette. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html> [05.12.2023].
1. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 9.07.2007, II 95/06. <<https://openjur.de/u/77182.html>> [05.12.2023].
1. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 13.10.2016 – IX ZR 149/15. <<https://openjur.de/u/2110901.html>> [05.12.2023].
1. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 21.12.2005 – X ZR 72/04. <<https://openjur.de/u/81501.html>> [05.12.2023].
1. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 02.11.1995 – IX ZR 141/94. <<https://openjur.de/u/2110901.ppdf>> [05.12.2023].
1. Bundesgerichtshof (BGH) Beschluss 10.07.2014 – I 249/12. <<https://openjur.de/u/754168.html>> [05.12.2023].
2. Baumgärtel, G., Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZJP. 1956.
3. Hunt v Ubhi [2023]. EWCA Civ 417.
4. SCF Tankers Ltd v Privalov & ors [2018]. 1 WLR 5623.
1. Practise Direction 25A – Interim Injunctions. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part25/pd_part25a> [05.12.2023].
2. 2e Chambre civile 15 mai 2014, pourvoi n°13-16016, BICC n°809 du 15 octobre 2014 et Legiftance.
3. 2e Chambre civile 29 janvier 2004, BICC n°596 du 15 avril 2004.
4. Konzen, H., Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, Studien

zur Wechselwirkung von Zivil – und Prozeßrecht bei der Bewertung und den Rechtsfolgen prozeßerheblichen Parteiverhaltens. Berlin: Duncker&Humblot, 1976.

5. Paulus, C., (2016). Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europaisches Zivilprozessrecht, 6. Auflage. Berlin: Springer.
6. Stichelbrock, B., (2002). Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess. Köln: O.Schmidt.
7. Yeazell, S., Schwartz, J., (2019). Civil Procedure. Aspen casebook series, tenth edition. New York: Wolters Kluwer.
8. Le Floch, G., (2021). Requirements for the Issuance of Provisional Measures. Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals. Palombino, F., Virzo, R., and Zarra, G. (eds.). The Hague: Asser Press.
9. Zeiss, W., Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten, NJW, 1967.

სასამართლო გადაწყვეტილებები:

1. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 17 მაისის N3/3/600 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე კახა კუკავა საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-48.
2. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2022 წლის 17 ივნისის გადაწყვეტილება საქმეზე: N 1/3/1377.
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 16 დეკემბრის განჩინება საქმეზე: Nას-1609-2019.
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 11 აპრილის განჩინება საქმეზე: Nას-450-422-2017.
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 6 მარტის განჩინება საქმეზე: Nას-28-25-2017.
6. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 21 ოქტომბრის განჩინება საქმეზე: Nას-958-923-2016.
7. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 2 ნოემბრის განჩინება საქმეზე: Nას-956-921-2016.
8. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 6 ნოემბრის განჩინება საქმეზე: Nას-929-879-2015.
9. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 25 ნოემბრის განჩინება საქმეზე: Nას-1165-1095-2015.
10. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 28 ივლისის განჩინება საქმეზე: Nას-759-718-2015.
11. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2014 წლის 6 ოქტომბრის განჩინება საქმეზე: Nას-1135-1082-2013.
12. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2011 წლის 13 ივნისის განჩინება საქმეზე: Nას-832-884-2011.

ელექტრონული რესურსები:

1. ახალაძე, მ., (2020). სარჩელის/გადაწყვეტილების აღსრულების უზრუნველყოფა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში. საქართველოს უზენაესი სასამართლო. <<https://old.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/sarchelis-gadawyvetilebis-agrulebis-uzrunvelyofa.pdf>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].
2. გზამკვლევი პრინციპები ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლთან დაკავშირებით, სამართლიანი სასამართლო განხილვის უფლება – სამოქალაქო სამართლებრივი ასპექტები, (2017). ევროპის საბჭო/ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო. <<https://www.supremecourt.ge/uploads/files/1/pdf/adamianis-uflebata-centri/konvenciis-me6-muxli.pdf>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].
3. შნიტგერი, ჰ., (2020). გაუმართლებელი უზრუნველყოფის შედეგად წარმოშობილი ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა, N.10. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება – GIZ. <<http://lawlibrary.info/ge/books/CLS-2020.pdf>> [ბოლო ნახვა: 05.12.2023].

IMPOSING A SENTENCE IN CASE OF CUMULATIVE CRIMES (Legislative Tendencies in Georgia)

Papuna Guruli

*Doctor of Law, Dean of School of Humanities and Law,
St. Andrews Georgian University, Attorney, Georgia*

ABSTRACT

Following the principles laid in foundation of Criminal Code adopted in 1960 Georgian legal scholars have always been very cautious to issues of criminal punishment. Remembering bloody consequences of soviet repressions, they always tried to follow the principle of proportionality. So did the legislature. Criminal Code of Georgia adopted in 1999 was largely based on that principle. Yet, in 2004 Georgian Parliament declared policy of zero tolerance which led to number of legislative innovations. Rules on imposing a sentence in case of cumulative crimes were substantially affected. Despite high expectations in just eight years it became apparent that something went wrong. In 2012 newly elected Parliament faced a necessity to declare a significant amnesty for vast number of prisoners and rethink the policy overall.

Present article attempts to analyze these legislative tendencies through the prism of theories of goals of punishment. Author argues that above mentioned issues were mostly consequence of superficial approach to the subject. The chase for statistics made government less mindful towards fundamental categories of criminal punishment. Namely, the goal of restoration of justice was almost entirely sacrificed for the sake of general prevention while special prevention was to a great extent misinterpreted as well. In 2013, thanks to further legislative innovations, general radicalism was largely overcome, but there is still much room for improvement.

KEYWORDS: Punishment, Aggregate Sentence, Retribution, Special Prevention, General Prevention

INTRODUCTION

For past twenty years, legislative approach to criminal punishment has significantly changed at least twice in Georgia. First in 2004-2006 following newly proclaimed concept of zero tolerance Georgian legislature adopted number of laws that aimed to make legal consequences for committing a crime a lot more severe. Naturally provisions that regulated imposing a sentence in case of cumulative crimes were affected a lot. Population of Georgia, quite tired of many years of criminal activity, initially praised the pursuit. Nevertheless the approach was so one-sided and radical that some authors even refer it as a sign of authoritarianism.¹ Despite high expectations in just eight years newly elected parliament, dealing with the consequences of earlier praised zero tolerance policy, had to declare a significant amnesty for vast number of prisoners and rethink overall approach. In 2013 Parliament adopted a massive legislative package that included subject of present article. It seems that legislature aimed to overcome the radicalism so inherent to zero tolerance policy. In addition to rethinking existing provisions some new ones were introduced. For example a new type of punishment such as house arrest was introduced² that up to this day serves as a good alternative to imprisonment.³

What was the reason for such a massive turn around in just eight years? Answer may lay deep in the fundamental categories of punishment. **May be while chasing statistics of reduced crime government disregarded something essential?** In order to answer that question present arti-

cle aims to analyze above mentioned legislative tendencies and ascertain whether they were in compliance with the goals of punishment well praised by legal science and acknowledged by legislator himself, namely: **restoration of justice, special prevention of crime and general prevention of crime.**

1. METHODOLOGICAL BASE

In order to fully and consistently analyze the subject of present article it is necessary to be equipped with a proper methodological base for the analysis. Otherwise, the consistency of argument may be easily lost and discussion may become pointless. The subject of present paper will be analyzed through the prism of goals of punishment which are: **restoration of justice (retribution), special prevention of crime and general prevention of crime.** This choice was made because of two main reasons. First, goals of punishment are central to entire concept of criminal law. Hence the approach that assists reaching those goals has a good chance to be considered acceptable. On the other hand, the approach that hampers reaching those goals is most likely to be rejected. So the goals of punishment could be a good **orientation point** for sentencing in general and imposing a sentence in case of cumulative crimes in particular. Plus, the above mentioned goals of punishment are not only well appreciated by criminal science but acknowledged by the legislature as well. Namely, section 1 of article 39 Criminal Code of Georgia directly indicates, that: "The goal of a sentence is to restore justice, prevent repeated commission of a crime and resocialise the offender."

Ideas about goals of punishment went through a long and uneasy way from primitive revenge to modern elaborate concept.⁴ For a large period of time revenge on the offender

1 Begiashvili K. (2022). Aggregate Sentencing for Cumulative Crimes Under the Criminal Legislature of Georgia. *Justice and Law*, #1(73), 153.

2 Law of Georgia on Amendments to Criminal Code of Georgia. No 944 of 1 June 2017 – website, 20.6.2017. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3696184?publication=0#DOCUMENT:1>> [Last accessed: 20.11.2023].

3 Gelashvili M. (2023). House Arrest as an Alternative to Prison Sentence in Modern Georgian Law: (Evolution and Transformation). "Law and the World", 9(27), 138-179. (In Georgian and English). <https://doi.org/10.36475/9.3.9>

4 Abegg J. F. (1969). *The Various Criminal Law Theories in Their Relationship to One Another and to Positive Law and Its History. First Part. Philosophical-historical Development of the Concept of Crime and Punishment.* Frankfurt/Main: Verlag Sauer & Auvermann KG, 8-73.

has been the main goal of criminal punishment. According to theories developed by Kant and Hegel, Punishment should have compensated for criminal's culpa. Punishment should have served fairness, rather than social good.⁵ These are often referred as **absolute theories**. Methodologically they are **based on morality**, or to be exact on the idea of moral law. According to these theories, criminal act constitutes a breach of moral law, therefore punishment is a fair retaliation which follows that breach. Any kind of social goal or practical expediency of punishment is absolutely rejected and the issue is solved purely based on morality. Since the offender puts his will against the will of society and thereby breaches the law, the punishment to which he eventually gets sentenced is the mean of restoration of what he has breached. Hegel also rejects the concept of deterrence through the threat of punishment, as well as the idea of re-education of criminal. He believes that since the criminal has a free will, threatening him or punishing him with the goal of re-education would mean to reduce him to animal. Kant directly refers to Talion principle – "An eye for an eye" – and argues that a criminal must be punished since **he deserves punishment** due to what he has committed.⁶ Therefore absolute theories of punishment are frequently referred as theories of retribution. Complete rejection of utilitarian goals means that a criminal must be punished purely because it is fair to punish him, nevertheless whether it is socially expedient or not.⁷ In this regard absolute theories are oriented towards past, towards the fact that has already happened.⁸

Despite its popularity the idea of pure retribution was opposed pretty strongly by some

scholars. For example, Beccaria consistently argued why sentencing based purely on retribution is wrong. Finally, he points out that since revenge is no more the primary goal the punishment must have an exact proportion to the magnitude of the evil that criminal has committed, make the strongest and most lasting impression on the mind, but to be the least painful to the sensibilities of the unfortunate.⁹

Farther evolution of legal science conditioned development of **relative theories** of punishment, which considered practical expediency as its main goal. Namely they pointed that punishment must be oriented on benefiting society instead of revenging on the perpetrator. Therefore, relative theories are frequently referred as utilitarian theories of punishment. Unlike absolute theories relative theories are methodologically **based on expediency** instead of morality.¹⁰ Social benefit is achieved not through retribution but rather through **prevention of crime**.¹¹ In that regard unlike absolute theories relative theories are oriented towards future, towards prevention of what has not yet been committed.¹² Crime prevention itself is divided into special and general prevention.

The concept of **special prevention** was developed by List. He argued that main goal of punishment is to influence the criminal in right way that prevents him from committing yet another offence.¹³ Evolution of this thesis brought to life very important provisions such as alternative measures to criminal punishment, parole, etc.¹⁴

The concept of **general prevention** belongs to Feuerbach. It is oriented on larger part of society rather than the offender himself. Main priority is to influence and deter potential criminals

5 Roxin, Arzt, Tiedemann (2013). Introduction to Criminal Law and Criminal Procedure Law. 6th Edition. C. F. Müller, 4-5.

6 Vacheishvili A. (1960). Punishment and Means of Social Protection. Tbilisi: Stalin Tbilisi State University Publishing House, 28-31.

7 Dvalidze I. (2013). General Part of Criminal Law. Punishment and Other Legal Consequences of Crime. Tbilisi: Meridiani, 18.

8 Turava M. (2011). Criminal Law. General Part. Concept of Crime. Tbilisi: Meridiani, 42-43.

9 Beccaria C. (1764). On Crimes and Punishments. Translated From Italian. Breslau, 67.

10 Vacheishvili A. The work cited, 31.

11 Grolman K. (1968). On the Grounds of Criminal Law and Criminal Legislation. Frankfurt am Main: Verlag Sauer & Auvermann KG, 56.

12 Turava M. The work cited, 44.

13 Liszt F. (1905). Criminal Law Essays and Lectures. The Idea of Purpose in Criminal Law. First Volume. Berlin: J.Guttentag Verlagsbuchhandlung G.m.b.H., 163-179.

14 Turava M. The work cited, 44.

from committing crime through threat of punishment. At the same time general deterrence is reinforced by application of punishment to the actual offender. It serves as an example for those who think about committing a crime but have not developed the actual criminal intent yet. Such prevention is often referred as **negative** general prevention.¹⁵ On the other hand, **positive** general prevention is oriented towards spreading respect and loyalty to law among society instead of fear of punishment. In this regard the application of punishment to the actual offender is intended to ensure trust to integrity and efficiency of legal order in society.¹⁶

Each of the above mentioned theories has been subject of a fair amount of criticism, including some well-reasoned.¹⁷ The core of the problem was that each of them concentrated on particular issue and failed to grasp the subject entirely.

Subsequently, the goals of punishment were divided into non-utilitarian and utilitarian goals.¹⁸ Pros and cons of all of them are being discussed up to this day. Although subsequently absolute and relative theories were combined and **unified theories** of punishment were developed. Those theories acknowledge both non-utilitarian and utilitarian goals at the same time. The core idea is that neither retribution, nor special, nor general prevention can guarantee the necessary result on its own. It is extremely important to combine the best ideas of all three into one and thus balance out each other's weaknesses.¹⁹ First attempts of such combination proceeded pretty painfully.²⁰ It is

understandable since at first sight non-utilitarian and utilitarian goals of punishment seem to contradict to each other.²¹ On the one hand, the state must punish the offender, retaliate, take revenge on him, because he deserves that. On the other hand, it must show concern for the criminal, mitigating the punishment if possible, in order to use a chance for rehabilitation, if one still exists. Actually, these goals only seem to contradict each other. In fact they create dialectical unity and cooperate with each other. Hälschner once noticed that although punishment must serve multitude of goals, its nature is not determined by one or another of them, not even majority of them. It is only determined by one and only absolute goal – justice, since it is truly fair and automatically serves all the relative goals.²²

Interestingly, the analysis of the theories of goals of punishment made the necessity of **legitimetical approach** even more apparent. The idea of a **balance between morality and expediency** which legitimacy insists on is useful for solving number of issues and as it turns out issues of punishment as well. Absolute theories praised retribution and ignored social benefit of punishment since they were based purely on moral grounds. That was the problem since approach based entirely on morality was much less beneficial to society and authors of relative theories capitalized on it. They viewed crime prevention as a possible good that society could gain by punishing a criminal. So, they claimed that the approach to the punishment must be expedient in the first place. The supporter of unified theories went even farther. They proposed that neither fairness nor expediency is enough if a balance between them is not well-calculated and that's exactly what legitimacy stands for.²³

15 Feuerbach P.J.A.R. (1798). Is protection from crime the purpose of punishment and is criminal law the law of prevention. Library for penal jurisprudence and Legal Studies..

16 Tskitishvili T (2019). Punishment and Sentencing. Tbilisi: Meridiani, 31-32.

17 Köstlin C. R. (1978). System of German Criminal Law. General Part. First Part. Reprint of the Edition. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 395-413.

18 Team of Authors (Editors: Nachkebia G., Todua N.) (2018). Criminal Law (Textbook). General Part. Third Edition. Tbilisi: Meridiani, 534.

19 Roxin, Arzt, Tiedemann. The Work cited, 6-7.

20 Von Bar C. L. (1882). Handbook of German Criminal

Law. First Volume. History of German Criminal Law and Criminal Law Theories. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, §. 95, 270-273.

21 Turava M. The work cited, 46.

22 Hälschner H. (1858). The Prussian Criminal Law System – Second Part of Prussian Criminal Law or General Part of the System. Bonn, 440.

23 Guruli P. Criminal Liability of an Entrapped Person Through the Prism of Goals of Punishment (2021).

2. Legislative Tendencies

In order to answer the question asked in the introduction of present article it is necessary to analyze three phases of evolution which the subject went through: the original provisions of Criminal Code of Georgia (prior to 2006), provisions introduced in 2006 as a part of amendment package largely dictated by zero tolerance policy and provisions introduced in 2013. All three variants must be analyzed as mentioned above through the prism of goals of punishment, set by theories of criminal law and acknowledged by legislator himself.

2.1. Prior to 2006

Article 59 of Criminal Code of Georgia adopted in 1999 contained three types of imposing sentence in case of cumulative crimes: **absorption, partial addition** and **full addition (aggregate sentence)**:

- If offender had committed two or more less serious offences more severe punishment would absorb less serious punishment(s). Interestingly, this provision was amended in 2000 and the new regulation provided that partial and full addition of punishment (aggregate sentence) were also allowed, but final sentence could not exceed 5 years.²⁴
- If offender had committed two or more serious or particularly serious crimes the punishments imposed for each crime individually would have been partially or fully added up. Plus, the term of imprisonment imposed as a final sentence could not have exceeded 25 years.
- If offender had committed less serious

and serious crime or less serious and particularly serious crime, absorption as well as partial addition and full addition were allowed. Plus, the term of imprisonment imposed as a final sentence could not have exceeded 20 years.

Clearly the approach was much detailed. It enabled judge to take in account all important circumstances of criminal case and to apply most appropriate sentence. This is exactly that individualization of punishment stands for.²⁵ Properly applying individualization is the most precise way of achieving proportionality of punishment. Article 59 distinctly pushed forward that pursuit and was oriented on differentiation according to the crime categories: less serious crimes, serious crimes and particularly serious crimes.²⁶

In terms of **restoration of justice**, these original provisions were pretty elaborate. As mentioned above, proportionality in this regard means that the offender must get the punishment corresponding to the evil that he has committed. That is why individualization of punishment is so important.²⁷ The judge must

Law and the World. 7(20), 96. <<https://doi.org/10.36475/7.5.6>>

24 Law of Georgia on Amendments and Additions to Criminal Code of Georgia (May 5, 2000). Article I, paragraph 14. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1720?publication=0>> [Last accessed: 20.11.2023].

25 Guruli P. (2018). The Judge and Individualization of Punishment (Contradiction Between the Goal and the Mean). Law and the World, 4(10), 161-172. <<https://lawandworld.ge/index.php/law/article/view/159>>

26 **less serious** – An intentional crime or a crime of negligence for the commission of which the maximum sentence provided for under this Code does not exceed 5 years of imprisonment.

serious – An intentional crime for the commission of which the maximum sentence provided for under this Code does not exceed 10 years of imprisonment, also a crime of negligence for the commission of which the maximum sentence under this Code exceed 5 years of imprisonment.

particularly serious – An intentional crime for the commission of which this Code provides for a sentence exceeding 10 years of imprisonment or life imprisonment.

see: Criminal Code of Georgia (July 22, 1999). Categories of Crime. article 12. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=257>> [Last accessed: 20.11.2023].

27 Vardzlashvili I. (2016). The Goals of Punishment. Doctoral Thesis. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, 174-181

evaluate the level of severity of damage that the offence has caused and only then impose a proportionate (fair) sentence that offender deserves.²⁸ Original provisions would give the judge necessary freedom to individualize the punishment especially after 2000 amendment, since it allowed all three variants. At the same time there was an upper limit of five years to prevent arbitrary judgement in case if judge was too severe to the defendant. But there were risks as well. There was no limit for quantity of sentences that could be absorbed by the most severe one. One (the most severe) sentence could absorb infinite number of less severe ones. For example, one offender who had committed one offence could be sentenced to 4 years of imprisonment; Another offender who had committed 7 offences could be sentenced to just 5 years of imprisonment since the most severe sentence had absorbed all others. Hence 6 more offences would make just one-year difference. So yes, in such extreme case there was a room for unfairness since not every criminal could get exactly what he had deserved.

In terms of **special prevention** this approach was also well-based. Special prevention as mentioned above is achieved by influencing the convict in right way to prevent repeated committing crime. In this regard it is essential to keep balance between fairness and expediency. If the punishment is too mild, it may make the convict feel like he got away too easily, so called “impunity syndrome”. On the other hand, an overly severe punishment may hinder the resocialization as well. It depends largely on willingness of the convict to re-establish himself as liable and responsible citizen and find his way back to society. If that very society presented by judge in this particular case is unfair and unjust to him, what on the earth can make him to be filled with such willingness? A rhetorical question. The original provisions of article 59 were at least at some extent were based on these considerations.

In terms of **general prevention** there were

28 Von Hirsch A. (1992). Proportionality in the Philosophy of Punishment. *Crime and Justice*, Vol. 16, 55-98

some risks in these provisions. As mentioned above, there was no limit for quantity of sentences that could be absorbed by the most severe one. That could be less productive in terms of threat of punishment. Since an offender who had committed series of less severe crimes could have been sentenced to just five years of imprisonment, such “easy fate” could have encouraged potential criminals to elaborate their criminal intent.

To sum up, the original (1999) provisions of Article 59 of Criminal Code of Georgia were as far as possible oriented on all three goals of punishment. Although not without risks, restoration of justice was well taken into account. Special prevention of crime was also carefully considered. While in terms of general prevention the regulations contained some risks, they were well justified overall.

2.2. 2006 amendment

In 2006 in the midst zero tolerance policy Parliament of Georgia voted for an amendment package that included article 59 of Criminal Code of Georgia. According to new regulation in case of cumulative crimes the punishment had to be imposed for every crime individually and then added up (aggregate sentence). So, neither absorption nor even partial addition were available to the judge anymore. At the same time article 50 of Criminal Code of Georgia was also amended and possible term of imprisonment imposed as a final sentence was increased from 20 to 30 years.²⁹ Although in 2010 a new amendment was adopted that made partial addition possible, but that worked only as an exception rather than norm.³⁰

29 Law of Georgia on Amendments and Additions to Criminal Code of Georgia (December 29, 2006). Article 1, paragraph 5. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/22468?publication=0>> [Last accessed: 20.11.2023].

30 Law of Georgia on Amendments and Additions to Criminal Code of Georgia (February 23, 2010). Article 1. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov>>

In terms of **restoration of justice** these regulations were on the one hand pretty fair. The offender would have got as many sentences as many offences he had committed. So, he would get exactly what he deserved. If he had committed one offence, he would get one sentence. The number of sentences would be multiplied in accordance to number of offences committed. But such “fairness” was delusional. As Lekveishvili mentions, several less serious crimes could be punished more seriously than one particularly serious crime.³¹ That’s true. For example, if a person had committed theft by illegal entry into a dwelling place for three times, he would inevitably face a punishment by imprisonment for a term of 4 to 7 years³² multiplied by three, in total – 12 to 21 years of imprisonment. A person who had intentionally killed someone thus committed an intentional killing (homicide) would face imprisonment for a term of 7 to 15 years.³³ Was that fair? Rhetorical question again.

In terms of **special prevention**, it was least appropriate. The goal of re-socialization of the criminal was almost ignored. As mentioned above, it is crucial to influence the convict in right way. As the theory of social disintegration suggests, by committing a crime the offender becomes separated and finds himself in confrontation with legally organized society.³⁴ Thus the connection link between the person and the society is lost. Resocialization itself is nothing more than re-establishment of that link. The willingness of the convict to take responsibility

for his actions is essential in this regard. The convict needs to have a hope that he will be able to fix past mistakes and start new life by re-establishing that link. The state must achieve this through implementing complex of measures. But if the convict was previously subjected to such unfairness by the society as described above in example of three thefts and one homicide it is hard to imagine a measure efficient enough to convince him to become responsible member of society once again.

Additionally, 2006 amendment made individualization of punishment to large extent impossible. As the principle of individualization suggests the judge must impose the sentence proportional to the needs of resocialization of the offender. That’s not only scientific point. As article 53 directly indicates that a stricter sentence may be imposed only when less severe sentence fails to achieve the goal of the sentence.³⁵ That’s simply because excessive punishment is not only unfair but also becomes counterproductive in terms of resocialization. So, the judge on the one hand was obliged impose a proportional punishment, taking in account all the mitigating and aggravating circumstances of criminal case. On the other hand, he lacked the power to apply absorption or partial addition no matter how necessary it was. Very same contradiction was apparent in case of imposing conditional sentence and more lenient sentences than provided for by law.³⁶

In terms of **general prevention**, 2006 amendment made criminal code relatively more effective. In particular negative general prevention was achieved with great efficiency. No doubt, since criminals were getting severe long term sentences, the threat of punishment was becoming more and more apparent to potential criminals. In terms of positive general preven-

[ge/ka/document/view/91546?publication=0](https://matsne.gov.ge/document/view/91546?publication=0) [Last accessed: 20.11.2023].

31 Todua N., Lekveishvili M., Nachkebia G., Ivanidze., Mchedlishvili-Hädrich K., Tskitishvili T. (2016). Liberalization Trends of Criminal Law Legislation in Georgia. Tbilisi: Meridiani, 2019.

32 Criminal Code of Georgia (July 22, 1999). “Theft.” article 177, section 3, subsection “c”. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=257>> [Last accessed: 20.11.2023].

33 Criminal Code of Georgia (July 22, 1999). “Intentional killing.” article 108. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=257>> [Last accessed: November 20.11.2023].

34 Trechsel S. (1967). Ground for Complicity. Bern: Verlag Stämpfli & Cie, 11.

35 Criminal Code of Georgia (July 22, 1999). “Principles of sentencing.” article 53 section 1. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=257>> [Last accessed: November 20.11.2023].

36 Guruli P. (2018). The Judge and Individualization of Punishment ... 161-172.

tion, the approach was also efficient since by punishing offenders, the state made integrity of legal order more apparent to citizens. The question is – at what cost?

To sum up, legislative approach applied in 2006 amendment largely disregarded restoration of justice permitting an inherently unjust and unfair punishment. Special prevention of crime was also ignored for the most part since convicts will to re-socialize was actually degraded and the judge was stripped of ability to properly individualize the punishment. Overall, the main requirement established by the unified theory of punishment was ignored. As mentioned above Balance between three goals of punishment is essential. Otherwise contradicting, non-utilitarian and utilitarian goals work cohesively by balancing out each other. That balance was severely broken. By large this seems to be the key reason why 2006 approach failed the high expectations.

2.3. 2013 amendment

As mentioned above in 2012 newly elected Parliament of Georgia face a necessity to declare an amnesty for vast number of prisoners.³⁷ In addition to that Parliament had also to rethink the approach to the subject of imposing sentences in case of cumulative crimes.³⁸ New law allowed judge much more freedom. It is fair to say that the legislature has to return to the regulation that was there prior to 2006 amendment. According to new law, in every case except for recidivism more severe sentence shall absorb less severe sentence. While in case of recidivism,³⁹ when imposing a final sentence

for cumulative crimes, a more severe sentence shall absorb less severe sentence or the sentences provided for these crimes shall be added up in part or in full. In the case of recidivism, the term of imprisonment imposed as a final sentence may not exceed 30 years.

Overall, legislature went back to the original approach. The radicalism so inherent to 2006 amendment was fortunately overwhelmed. The balance between all three goals of punishment was largely restored. Although the core requirement set by unified theory of punishment is fulfilled, still there is a room for improvement.

In terms of **restoration of justice**, judge may be granted more freedom in case of non-recidivism. He should be able to apply at least partial addition if considered necessary. In case of multiple crimes if the offender does not have a record of conviction recidivism will not be constituted. So, most severe punishment will absorb multiple less severe punishments and that may be unfair.

For example, a person who killed someone will face imprisonment for a term of ten to fifteen years for intentional killing (homicide). Another person who illegally purchased a pistol, stole a vehicle, drove to victim's house and killed him, will be charged with intentional killing (Article 108 CCG), illegal purchase of firearms (Article 236, section 3 and 4 CCG) and vehicle theft (Article 177, section 3, subsection "d" CCG). He has definitely infringed three objects (legal goods): human life, public security and public order, right to property. Nevertheless, the he will face same punishment: imprisonment for a term of ten to fifteen years since it is prescribed by article 108 and is most severe among the three. Based on this, it is reasonable to conclude that judge should be able to apply partial or full addition in some cases even if recidivism is not established.

In terms of **special prevention**, the regula-

37 Law of Georgia on Amnesty (December 28, 2012). Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1819020?publication=0>> [Last accessed: November 20.11.2023].

38 Law of Georgia on Amendments to Criminal Code of Georgia (April 17, 2013). Article 1, paragraph 2. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1903548?publication=0#DOCUMENT:1>> [Last accessed: 20.11.2023].

39 "Recidivism shall mean the commission of an intentional crime by a person who has previously been

convicted for an intentional crime." see: Criminal Code of Georgia (July 22, 1999). "Recidivism." article 17 section 1. Legislative Herald of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=257>> [Last accessed: 20.11.2023].

tion allows judge to fully individualize the punishment. This largely supports the proportionality of punishment and as discussed above is great for resocialization.

In terms of **general prevention**, there is a risk of arbitrary judgement and foreseeability of legal consequences is not guaranteed as well. As article 53 section 3 prescribes, when imposing a sentence, the court shall take into consideration circumstances that mitigate or aggravate the liability of the offender. In case of cumulative crimes, it is unregulated which aggravating circumstances can lead to partial or full addition in case if recidivism is established. Difference between final sentence imposed through absorption or full addition may be great. The second murderer described above will face imprisonment for a term of 10 to 15 years for homicide, 4 to 7 years for firearm and 4 to 7 years for car theft. In case of absorption, he may be sentenced to 10 to 15 years, because that's the most severe punishment of all three. In case of full addition, he may be sentenced 18 to 29 years. In terms of foreseeability of legal consequences of crime this regulation definitely needs some improvement.

CONCLUSION

After the analysis presented above it is reasonable to draw several conclusions over the legislative approaches applied to Article 59 of Criminal Code of Georgia in terms of imposing a sentence in case of cumulative crimes:

1. Original (1999) provisions were as far as possible oriented on all three goals of

punishment. Although not without risks, restoration of justice was well taken into account. Special prevention of crime was also carefully considered. While in terms of general prevention of crime the regulations contained some risks, they were well justified overall.

2. Legislative approach applied in 2006 amendment largely disregarded restoration of justice permitting an inherently unjust and unfair punishment. Special prevention of crime was also ignored for the most part since convicts will to re-socialize was negatively affected and the judge was stripped of ability to properly individualize the punishment. Overall, the main requirement established by the unified theory of punishment was ignored. As mentioned above Balance between three goals of punishment is essential. Otherwise contradicting, non-utilitarian and utilitarian goals work cohesively by balancing out each other. That balance was severely broken. By large this seems to be the key reason why 2006 approach failed the high expectations.
3. In 2013 the radicalism so inherent to zero tolerance policy was fortunately overwhelmed. The balance between all three goals of punishment was largely restored. Although the core requirement set by unified theory of punishment is now fulfilled, still there is a room for improvement in terms of individualization of punishment on the one hand and improving foreseeability of legal consequences of crime on the other.

BIBLIOGRAPHY:

1. Abegg J. F. (1969). *The Various Criminal Law Theories in Their Relationship to One Another and to Positive Law and Its History. First Part. Philosophical-historical Development of the Concept of Crime and Punishment.* Frankfurt/Main: Verlag Sauer & Auermann KG (In German).

2. Beccaria C. (1764). On Crimes and Punishments. Translated From Italian. Breslau (In German).
3. Begiashvili K. (2022). Aggregate Sentencing for Cumulative Crimes Under the Criminal Legislature of Georgia. Justice and Law, #1(73) (In Georgian).
4. Dvalidze I. (2013). General Part of Criminal Law. Punishment and Other Legal Consequences of Crime. Tbilisi: Meridiani (In Georgian).
5. Feuerbach P.J.A.R. (1798). Is protection from crime the purpose of punishment and is criminal law the law of prevention. Library for penal jurisprudence and Legal Studies (In German).
6. Gelashvili M. (2023). House Arrest as an Alternative to Prison Sentence in Modern Georgian Law: (Evolution and Transformation). "Law and the World", 9(27), (In Georgian and English). <https://doi.org/10.36475/9.3.9>
7. Grolman K. (1968). On the Grounds of Criminal Law and Criminal Legislation. Frankfurt am Main: Verlag Sauer & Auvermann KG (In German).
8. Guruli P. (2018). The Judge and Individualization of Punishment (Contradiction Between the Goal and the Mean). Law and the World, 4(10). (In Georgian). <<https://lawandworld.ge/index.php/law/article/view/159>>
9. Guruli P. Criminal Liability of an Entrapped Person Through the Prism of Goals of Punishment (2021). Law and the World. 7(20). (In Georgian). <https://doi.org/10.36475/7.5.6>
10. Hälschner H. (1858). The Prussian Criminal Law System – Second Part of Prussian Criminal Law or General Part of the System. Bonn (In German).
11. Köstlin C. R. (1978). System of German Criminal Law. General Part. First Part. Reprint of the Edition. Tübingen: Scientia Verlag Aalen (In German).
12. Liszt F. (1905). Criminal Law Essays and Lectures. The Idea of Purpose in Criminal Law. First Volume. Berlin: J.Guttentag Verlagsbuchhandlung G.m.b.H. (In German).
13. Roxin, Arzt, Tiedemann (2013). Introduction to Criminal Law and Criminal Procedure Law. 6th Edition. C. F. Müller (In German).
14. Team of Authors (Editors: Nachkebia G., Todua N.) (2019). Criminal Law (Textbook). General Part. Third Edition. Tbilisi: Meridiani (In Georgian).
15. Todua N., Lekveishvili M., Nachkebia G., Ivanidze., Mchedlishvili-Hädrich K., Tskitishvili T. (2016). Liberalization Trends of Criminal Law Legislation in Georgia. Tbilisi: Meridiani (In Georgian).
16. Trechsel S. (1967). Ground for Complicity. Bern: Verlag Stämpfli & Cie, (In German).
17. Tskitishvili T. (2019). Punishment and Sentencing. Tbilisi: Meridiani (In Georgian).
18. Turava M. (2011). Criminal Law. General Part. Concept of Crime. Tbilisi: Meridiani (In Georgian).
19. Vacheishvili A. (1960). Punishment and Means of Social Protection. Tbilisi: Stalin Tbilisi State University Publishing House (In Georgian).
20. Vardzelashvili I. (2016). The Goals of Punishment. Doctoral Thesis. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University (In Georgian).
21. Von Bar C. L. (1882). Handbook of German Criminal Law. First Volume. History of German Criminal Law and Criminal Law Theories. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung (In German).
22. Von Hirsch A. (1992). Proportionality in the Philosophy of Punishment. Crime and Justice, Vol. 16, pp. 55-98.

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: www.lawandworld.ge
ელ. ფოსტა: info@lawandworld.ge
მისამართი: გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 596) 171 171

The online version of the journal is available on the website:
www.lawandworld.ge
E-mail: info@lawandworld.ge
Address: 76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141
Phone: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 596) 171 171