

№18

2021

აგვისტო
August

www.lawandworld.ge

სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის
ინსტიტუტის საერთაშორისო
სამეცნიერო რეზერირებადი ჟურნალი

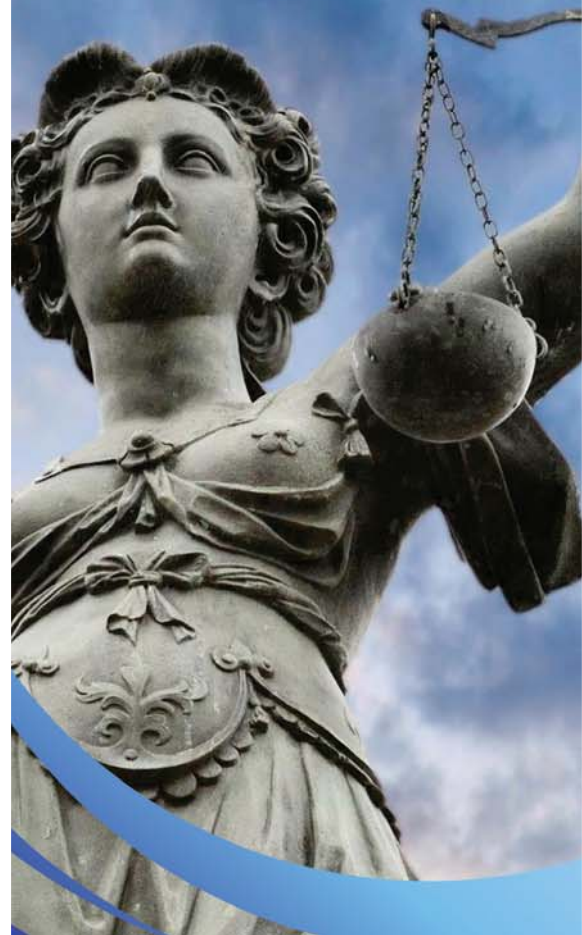
LAW AND WORLD

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

სამართალი და მსოფლიო –
თქვენი გზამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND WORLD –
Your Guide in Legal World

თბილისი
Tbilisi



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
ნათია გაბედავა
მარიამ ბობოხიძე
თამარ ქავჭარაძე

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

IOSEB KELENJERIDZE
NATIA GABEDAVA
MARIAM BOBOKHIDZE
TAMAR QAVZHARADZE

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

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



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

— სარედაქციო ჟურნალი —

მოსამზადებელი

მთავარი რედაქტორი, საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

გიორგი ლლონტი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

მერაბ ტურაბაძე

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

ლევან ჯაყელი

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

თამარ ლალიაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

შალვა მურდაძე

სამართლის დოქტორი, გურამ თავართქილაძის სახელობის თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი, ადვოკატი

ალექსანდრე ლლონტი

ფრაიბურგის ალბერტ ლუდვი-

გის სახელობის უნივერსიტეტის სამართლის მეცნიერებათა დოქტორის კანდიდატი. საერთაშორისო კიბერუსაფრთხოების კვლევითი ცენტრის დამფუძნებელი

ანა ჰილიტაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

ლევან მესხორაძე

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

ბაკურ ლილუაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

თათული დოლიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

როინ მიგრაული

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

მკაბერიძე ლაფაჩი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

გიორგი გორაძე

სამართლის დოქტორი, სულხან საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის პროფესორი

გიორგი ხატიძე

საქართველოს საზოგადოებრივ საქმეთა ინსტიტუტის (GIPA) სამართლის და პოლიტიკის სკოლის ასოცირებული პროფესორი

— უცხოელი წევრები —

ჰანს იურგენ ზაჰორკა

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

პატრიკ ტერი

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

დევიდ კოლბე

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

პაბა 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

— უცხოელი წევრები —

უილიამ ბილ ვოტკინსი

სამხრეთ კაროლინას მოქმედი პროკურორი. ოუკლენდის დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მკვლევარი (აშშ)

მარკ სპეისერი

ფლორიდის შტატის საოლქო სამართლის მოსამართლე (აშშ)

მარტინ კოლე

Panthéon-Assas-ის (Paris II) უნივერსიტეტის პროფესორი (საფრანგეთი)

მატიუ მერპოელი

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

— Editorial Board —

IOSEB KELENJERIDZE

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

GIORGI GLONTI

Doctor of Law in Criminal Law and Criminology, Professor of European University

MERAB TURAVA

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

LEVAN JAKELI

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

TAMAR LALIASHVILI

Doctor of Law, Professor of The European University

SHALVA KURDADZE

Doctor of Law, Professor of Guram Tavartkiladze Tbilisi Teaching University, Advocate

ALEKSANDRE GLONTI

J.D. Candidate at Freiburg University.

Founder of an International Cybersecurity Company The Project Andromeda

ANNA CHIGITASHVILI

Doctor of Law, Professor of European University

LEVAN MESKHORADZE

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

BAKUR LILUASHVILI

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

TATULI DOLIDZE

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

ROIN MIGRIAULI

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

EKATERINE LAPHACHI

Doctor of Law, Affiliated professor at the European University

GEORGE GORADZE

Doctor of Law, professor Sulkhana Saba Orbeliani University

GEORGE KHATIDZE

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

— FOREIGNER MEMBERS —

HANS-JÜRGEN ZAHORKA

The director of European Institute „Liberta“, Former member of European Parliament, Chief Editor of European Union Foreign Affairs Journal (EU-FAJ), 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)

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

WILLIAM J. WATKINS

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

MARK A. SPEISER

Judge of circuit court of Florida (USA)

MARTIN COLLET

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

MATTHIEU MEERPOEL

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

- 6** CONSTITUTIONALITY OF DISASTER MANAGEMENT ACT, 2005 ON THE TOUCHSTONE OF FEDERALISM DURING COVID-19 IN INDIA
Dhrvin N. Dosani, DR. Tarkesh J. Molia, DR. Vikash Kumar Upadhyay
- 12** WOMEN'S VULNERABILITY AND STATE RESPONSIBILITY IN CHINA'S FAMILY – PLANNING POLICY
Fang Gao, Ruina Feng
- 29** TOWARDS A COMMUNICATIVE MODEL OF LANGUAGE OF INTERNATIONAL LAW: FROM LINGUISTIC SIGN TO COGNITIVE COMPLEMENTS
Ali Mashhadi, Mohammad Ali Kafei Far, Seyed Mohammad Hossein Mirzadeh
- 45** STATUS OF LLC SHAREHOLDER AND FORMS OF OBTAINING IT (Comparative-legal Analysis)
Ekaterina Pipia
შპს-ის პარტნიორის სტატუსი და მისი მიღების ფორმები
(შედარებითი სამართლებრივი ანალიზი)
ეკატერინე ფიფია
- 73** ბაუპატიუმების პარადიგმა: მოძალადე უცხო კირი VS მებრძოლი მსხვერპლი
თამარ გეგელია
THE RAPE PARADIGM: VIOLENT STRANGER VS WARRIOR VICTIM
Tamar Gegelia
- 97** საერთაშორისო შრომის სამართალი საერთაშორისო და კერძო სამართალთან მიმართებაში
გია ლილუაშვილი
INTERNATIONAL LABOR LAW IN RELATION TO INTERNATIONAL AND PRIVATE LAW
Gia Liluashvili

- 109 კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა
(ქართული პრაქტიკა – ე.წ. „ID ბარათების საქმე“)
ევა გოცირიძე
CONSCIENTIOUS OBJECTION
(Georgian approach – case of “ID Cards”)
Eva Gotsiridze
- 127 სახელმწიფოს ვალდებულებები სქესობრივ დანაშაულებთან
მიმართებით ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს
პრეცედენტული სამართლის მიხედვით
ნაზი ჯანეზაშვილი
OBLIGATIONS OF THE GOVERNMENT CONCERNING SEX
OFFENCES ACCORDING TO THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW
Nazi Janezashvili
- 141 მედიატია ადმინისტრაციულ დავებში
სალომე წურწუმია
MEDIATION IN ADMINISTRATIVE DISPUTES
Salome Tsurtsunia

CONSTITUTIONALITY OF DISASTER MANAGEMENT ACT, 2005 ON THE TOUCHSTONE OF FEDERALISM DURING COVID-19 IN INDIA

Dhrvin N. Dosani

*Student of LL.M. Institute of Law,
Nirma University, India*

DR. Tarkesh J. Molia

*Associate Professor, Institute of Law,
Nirma University, India*

DR. Vikash Kumar Upadhyay

*Assistant Professor, Institute of Law,
Nirma University, India*

KEYWORDS: COVID-19, Federalism, Disaster Management

ABSTRACT

As per 7th Schedule of Constitution of India, 1950 there is sub-division of three lists namely Union list, State list and Concurrent list, which gives a detailed insight of powers of law making with both Centre and State in our country. Due to this both Centre and State have their exclusive domain wherein they can exercise their law-making power. During this exercise of power, which has been so specifically demarcated, can there be dispute of any kind? Answer is yes, Centre has often encroached upon exclusive domain of State subject matters by

passing laws on such subject(s). The prominent example of it is the exercise of power under the Disaster Management Act, 2005 which came to be invoked by Centre for issuing guidelines binding on States in light of prevention of global pandemic being COVID-19. Public health and sanitation are a specific field of legislation under Entry 6 of List II, implying that States have exclusive power to legislate upon matters wherein public health is an issue, however despite of that Central Government laid down an array of guidelines during the COVID-19 pandemic directing States to enforce those guidelines. In this article, the main focus will be regarding constitutionality of those guidelines issued by Centre and the interpretation laid down by the Judiciary in regards to similar incidents. Furthermore, the history of enactment of Disaster Management Act, 2005 and how the powers exercised under the guise of it, will be analyzed in order to arrive at a reasonable conclusion in relation to the present issue. Moreover, upon this premise of issuance of guidelines by Centre under the DMA Act, 2005, the Indian Federalism would be discussed upon the touchstone of judgements delivered by Hon'ble Supreme Court in said regard and by briefly comparing same with other federal jurisdictions such as United States. The entire Paper will be a blend of descriptive, historical, comparative and analytical approach.

INTRODUCTION

The world was not prepared for a pandemic like COVID-19 and it came as a huge blow financially and even otherwise for everyone who were just carrying on with their usual lives. No one anticipated something like this, and it is even strange to say now that a virus has halted the activities going around the entire globe for almost one year since March-2020. Specifically speaking, as like others, India was also not ready for something like this and since the first nationwide lockdown, the Government is trying to curb down the spread of virus as effectively as possible. Some good news in this situation is

that presently, vaccines are invented and have been started to get distributed to the public by the Government. What is now required to be understood in this scenario, is the legal backing of decisions undertaken by the Government during the pandemic. Moreover, India is a federal country like United States, where powers are distributed between State and Centre and in this premise, it is important to understand the legislative and constitutional relations between Centre and State during the time of a disaster like COVID-19. In short, the constitutionality of guidelines issued by Central Government through Home Ministry during pandemic will be reviewed upon the touchstone of Constitutional provisions in alignment with the federalism prevailing in India. On 24.03.2020, Disaster Management Act, 2005 was invoked wherein the National Disaster Management Authority under the guise of Section 6(2)(i) directed all the respective State Government to impose lockdown for a period of 21 days initially¹. The same came to be extended from time to time looking at the situation of COVID-19. Now, the interesting part here is that Public health and sanitation are a specific field of legislation under Entry 6 of List II, of Schedule VII of the Constitution, implying that States have exclusive power to legislate upon matters wherein public health is an issue. So, did Centre have powers to issue guidelines making it mandatory for States to execute the same? Moreover, isn't this kind of attitude fatal to federal structure of India? These are essentially the issues which will be discussed in the present article.

1. FEDERALISM IN INDIA

It is important to understand the federalism in Indian in order to assess the situation of COVID-19 and Centre State relations. Firstly, Article 1 of the Indian Constitution provides that India shall be union of States. What this means is that unlike other federal countries, India was a product of Unitary system being dissolved into a

¹ https://prsindia.org/files/covid19/notifications/143.IND_Citizens_Order_Lockdown_Mar_24.pdf.

federal system. So here, the states did not come together in order to form a Union, rather it was vice-versa. In this background following are the features of Indian federalism:

1. In Indian system, there is a dual polity meaning there are both State and Central governments.
2. Schedule VII of Indian Constitution enumerates three lists wherein powers are divided between State and Central Government. There is State List (Conferring exclusive powers to State), Central List (Conferring exclusive powers to Centre) and Concurrent List (Conferring powers on both State and Centre). However, here it is pertinent to mention that residuary powers in India lie with the Central Government.²
3. In India there is an independence of Judiciary from Legislative and Executive. As per Article 50 of the Constitution it is specifically provided that Judiciary shall be independent of Executive. Also, Article 124 establishes provision for Supreme Court of India, which in turn implies its independence.
4. Indian Constitution is a rigid constitution wherein Article 368 provides for certain amendments to the Constitution requiring special majority. Moreover, as per Kesavananda Bharti Judgement³, basic features of Constitution cannot be even amended under the guise of Article 368 by the Parliament.
5. Indian Constitution is a written constitution unlike that of countries like United Kingdom.
6. In India there is supremacy of Constitution, which implies that it is the supreme law of land. In fact in the case of *Minerva Mills & Ors. V. UOI & Ors.*⁴, Hon'ble Supreme Court held that Government, Legislature, Executive and Judiciary are all

bound by the Constitution and no one is above or beyond the Constitution.

2. JUDICIARY'S VIEW OF INDIAN FEDERALISM?

Not going into details, succinctly stating judiciary's view, the most important one was delivered by Hon'ble Supreme Court in the case of *Keshavananda Bharti* wherein it termed 'Federalism' as a basic structure of Indian Constitution which cannot be amended by the Parliament. Post that J Krishna Iyer in the case of *Shamser V. State of Punjab*⁵ held that "The law of our Constitution, any student of Indian political history and of comparative constitutional systems will agree, is partly eclectic but primarily an Indo-Anglian version of the Westminster model with quasi-federal adaptations, historical modifications, geopolitical mutations and homespun traditions-basically a blended brew of the British parliamentary system, and the Government of India Act, 1935 and near-American, nomenclature-wise and in some other respects". After that, J. Bhagwati in the case of *UOI V. Sankalchand*⁶ mentioned that Indian Constitution can be described as Federal or Quasi-Federal.

However, apart from the aforesaid judgments, true nature of Indian Federalism could be identified from the earliest case of *State of West Bengal V. UOI*⁷ wherein Hon'ble Supreme Court discussed the nature of Indian federalism in detail. Hon'ble Supreme Court held that Indian Constitution is not actually and completely Federal in character. It was held that basis of power distribution as per the Seventh Schedule of Indian Constitution is that local problems be assessed by the States and residue of those are left with the Centre. Moreover, it was held that absolute sovereignty does not rest with States in India and Parliament is competent to legislate upon the subjects as mentioned in the List I and III of the Indian Constitution, even

² Article 248 of the Constitution of India, 1950 read with Entry 97 of List I of Seventh Schedule of Constitution.

³ AIR 1973 SC 1461.

⁴ 1981 SCR (1) 206.

⁵ 1975 SCR (1) 814.

⁶ 1978 SCR (1) 423.

⁷ 1964 SCR (1) 371.

if some other entry of List II mentions similar content.

From the aforesaid, it can be said that nature of Indian Constitution is a federal constitution leaning towards Centre or having strong Centre or Quasi-Federal. This is so, because Centre herein has residuary powers and the fact that the structure of Indian politics in general grants more power to Centre than the States. This can be seen from constitutional assembly debates wherein Jawaharlal Nehru, who is the 1st PM of India said “it would be injurious to the interests of the country to provide for a weak central authority which would be incapable of ensuring peace, of coordinating vital matters of common concern and of speaking effectively for the whole country in the international sphere”⁸. Hence, from this we can say that India has always been a country with Strong Centre which was also the vision of the constitutional makers of the country.

3. DISASTER MANAGEMENT ACT, 2005

The preamble to Disaster Management Act, 2005 (in short “The Act”) provides that it is “An Act to provide for effective management of disasters”. This act came into force on 23.12.2005. Basically, The Act was brought in the wake of Tsunami which took place on 26.12.2004 and it was enacted under List III Entre 23 of Schedule 7. Reason for this law to be enacted under Concurrent List was to provide States with a liberty to formulate their own laws in order to deal with State Specific situation. Section 3 of The Act makes provision for establishment of a National Disaster Management Authority (“NDMA”) which is a National authority with Prime Minister as a chairperson. Section 5 bestows Central Government a duty to provide NDMA with officers and employees as it deems fit. Section 6 of The Act empowers NDMA to lay down guidelines and policies in order to tackle the disaster. Similarly, the Act also provides for establishment

of State and District level disaster management authorities which are required to work in co-ordination with NDMA. Central Government and NDMA are also conferred with sizeable powers under the Act wherein, for the purpose of management of disaster, any directions or guidelines can be issued by the Centre and this power is of overriding nature by-passing any other law existing or having force in India.⁹ These slews of directions could be issued to mandate all State Governments, State Authorities etc. to follow and comply with them. As per these provisions, State Government may make their own laws and issue directions not mentioned by NDMA but they cannot deviate from directions already issued by National Authority and only leeway given to them is to impose harsher restrictions looking at local situation.

4. IS THE DISASTER MANAGEMENT ACT, 2005 A TOP DOWN APPROACH?

Looking at the provisions of the Act, it can be implied that it leans towards more Top Down approach with Central Government having extensive powers under the Act. These powers are so wide that State Governments irrespective of any law in force, are required to comply with the directions given by Centre. However, if the purpose of the Act is looked upon, it aims towards the effective management of disaster. In a situation like COVID-19 wherein it is of extreme importance that State and Centre practice co-operative federalism, the Act comes in as a rescue and it provides for a proper combination of Top Down and Bottom Up approach. To understand the previous statement, we have to understand the same keeping in mind the premise of aforesaid judgements and characteristics of Indian Federalism. As seen from above, India is not a truly federal country for the reason that States here do not possess their own separate Constitution and the fact that it can be amended at the instance of Centre and not States.

⁸ Volume V, 20.08.1947, Constitutional Assembly Debates.

⁹ Section 35, 62 and 72 of The Act.

Hence, looking at aforesaid, we can examine The Act, as to whether it is constitutionally correct in light of Indian federalism or not? The Act provides for States to develop and form SDMA which is akin to NDMA, as per this the plan of every individual state is to be adopted and finalized by SDMA and not NDMA. This shows the flexibility given under the act respecting their federal nature so that they can impose provisions in the plan as per their local situation irrespective of guidelines rendered by Center. However, it is to be kept in mind that directions of NDMA are to be strictly complied with and it is only the addition to those directions that are permitted under The Act. Therefore, there is a mixture of top down and bottom-up approach because the states are given powers to handle their respective situation while being in consonance with the guidelines issued by the Centre in the said regard. The pandemic of coronavirus brought about an absolute halt for the entire nation due to which it was of extreme importance that Centre issue guidelines which are relevant for the entire country and states can alter those guidelines looking at vulnerability of their particular region. Now as we have seen from the judgements stated above that the federal structure of Indian constitution leans toward having a strong Centre and in that premise The Act which provides for Centre to issue guidelines during a disaster is constitutionally valid and also provides an instance for cooperative federalism to exist in India. Also, the powers given to NDMA under The Act is not showcase of dominance of Centre over States, but rather it shows the responsibility undertaken by the Centre to provide necessary and uniform guidance in a situation like this, which is a global pandemic, and allowing States to micro-manage at their own level, which was exactly the vision of Constitutional framers of the nation. In this the Central Government has already provided adequate assistance to the States requiring financial aid, military forces and requisite materials, showing that the current federal structure of India, is appropriate and effective. Moreover, if there are uniform guidelines for States to follow, it makes their job easier to amend those guide-

lines as they already have a pro forma of same ready. COVID-19 is a universal situation wherein almost all the nations have taken similar precautions to contain the spread of virus; hence, in this situation, the guidelines by Centre under DMA Act, 2005 were in complete alliance with the Constitutional framework of India.

Moreover, it is important to note that unlike declaration of emergency under Article 352 of the Constitution of India, 1950, wherein except Article 20 and 21, other fundamental rights may be suspended by the Government, in the present situation the Centre cannot pass any guideline which affects either of the Fundamental rights of the citizens and upon passing of any such guideline a person may approach the High Court under Article 226 and similarly Supreme Court under Article 32 of the Constitution of India, 1950.

For instance, guideline/s for lockdown and taking appropriate measures including detention of persons who are violating the guidelines can be termed to be in consonance with the object of the said act as the purpose of those guidelines is to contain or mitigate the disaster (COVID-19). However, guidelines passed shall also not violate any of fundamental rights of the citizens in any manner such as Capital Punishment for violation of guidelines or levy of excessive fine against violators. The similar circulars have been issued by nations such as Saudi Arabia and Australia recently. This makes it clear that Centre do not have unfettered powers under The Act and their only job is to provide a necessary framework for States to follow and comply.

CONCLUSION

The issuance of guidelines under DMA Act, 2005 is constitutionally valid and same cannot be challenged as India unlike United States do not follow strict Federalism. Here, the Centre has absolute power to legislate on any subject in List-I and III along with having residuary powers. As Disaster is not included in either list, Central Government framed Disaster Management Act, 2005 under Entry 97 of List I making the said act

competent and the content of The Act in consonance with the Indian Quasi Federal nature. Moreover, the role of Centre has been pivotal during this crisis and considering the same, it was important to have uniform guidelines for

each State to follow without which, every State would have made different arrangements and difference in spread of virus in States would be huge in numbers.

BIBLIOGRAPHY:

1. H. M. Seervai, Constitution Law of India: A Critical Commentary, (N. M. Tripathi ed., Bombay 1975).
2. D.D. Basu, Shorter Constitution of India (13th ed., 2001).
3. Granville Austin, The Indian Constitution – Cornerstone of a Nation (2nd ed. 1999).

WOMEN'S VULNERABILITY AND STATE RESPONSIBILITY IN CHINA'S FAMILY - PLANNING POLICY

Fang Gao

PHD candidate, Law school, East China University of Political Science and Law, Shanghai, P.R. China

Ruina Feng

PHD candidate, East China University of Political Science and Law, Shanghai, P.R. China

KEYWORDS: Family planning, Fertility vulnerability, Family support

ABSTRACT

Reproductive vulnerability is a pervasive social issue that requires efforts from multiple government departments and social groups to solve. However, China has traditionally focused on the reproduction function of the family and marginalized women's reproductive autonomy and related rights. Based on the overview of the existing literature, we have a better understanding of the fertility experience of Chinese women when facing the fertility policy, focusing on their continued harm, neglect and vulnerability during the process of changes in the fertility policy. Through research, we can not only analyze the work-family dilemma that women have been in for a long time but also an in-depth analysis of low fertility intentions of Chinese women under the pronatalism policy. The vulnerability of Chinese women to childbearing is caused by the following factors: women's socio-economic status, the concept of marriage and childbirth in society, the control of the na-

tional fertility policy, and the availability of fertility support system arrangements. We suggest the amendment of the family-planning policy should be accompanied by a series of arrangements for family support, such as establishing a reproduction-friendly environment, promoting social gender consciousness in all aspects, reducing women's household burden, and actively eliminating gender discrimination in the workplace. Then, women's reproductive vulnerability can be mitigated, and the gender structure can be balanced.

Introduction

The Civil Code of the People's Republic of China was adopted and promulgated at the third Session of the 13th National People's Congress of the People's Republic of China on May 28, 2020 (The National People's Congress of the People's Republic of China, 2020). One of the most noteworthy aspects of the Civil Code in the area of family law was the cancellation of the family-planning policy, once the core content of China's family law. The cancellation of the family-planning policy means a transformation of China's population policy and a major change in the field of family law that may even change the new family structural pattern formed in China since the implementation of the one-child policy nearly 40 years ago (Shi & Li, 2020). The shifting perception of Chinese people's cognition of family and marriage functions as well as the causes of the changes in China's population legislation are under discussion (Yang & He, 2014).

At present, research on China's family-planning policy is mostly conducted from the perspective of demography and economics. Demographic research generally focuses on Marxist population reproduction theory or draws lessons from Western population theory to study Chinese family-planning policy (Chen, 2020; Liu et al., 2016; Lu, 2020; Luo & Song, 2020; Shi, 2014; Wang et al., 2020; Yuan, 2016; Zhu, 2020). Studies conducted from the perspective of economics generally analyze the changes and main prob-

lems in China's population structure and characteristics, predict the population size and discuss the impact of population structural changes on social and economic developments (Chi, 2015; Guo et al., 2015; Li & Zhou, 2018; Wang, 2020). There is also academic research on fertility policy that focus on low fertility desire of women (Li et al., 2020; Wu, 2020; Yu, 2020; Zhao, 2020).

However, few studies have analyzed the whole process of the family-planning policy entirely from the perspective of women and how women have entered a state of vulnerability due to the gradual withdrawal of state responsibility for reproduction along with economic reform. Furthermore, no matter how turbulent the family-planning policy, the core group involved in it—women—has been absent throughout the changes in policy. From the population-boosting policy to the one-child policy and then the two-child policy, women benefited little from changes in the policy, but the harms were multiplied (Zhu, 2020). From forced abortions to workplace disadvantages, women seem to have been the greatest victims of population policy shifts.

The purpose of this paper is to explore the process and causation of family-planning policy changes, analyze the policy's negative impact on women, expound on the double harm to women caused by the implementation of the family-planning policy and changes in it, and summarize the reasons for the present low fertility willingness of women. Women's requirements for a decent quality of life and consciousness raising have been accompanied by a decline in fertility desire (Guo & Tian, 2017; Li & Zhou, 2018).

Family law should not be the last territory of the patriarchy. Choosing whether to give birth is a right for women rather than a bargaining chip for the development of a male-dominated society. Only by enhancing the state's responsibility, including the establishment of a reproduction-friendly environment, promoting social gender consciousness in all aspects, reducing women's household burden, and actively eliminating gender discrimination in the workplace can women's fertility desire be improved and the gender structure balanced.

1. THE LAW OF FAMILY PLANNING

1.1. One-child policy and sacrifice of women

In ancient China, pronatalism has been passed down as customary law. At the beginning of the founding of the People's Republic of China, the policy of encouraging childbirth continued to be adopted. The government encouraged childbearing through methods such as rewarding mothers who had more children and emphasizing 'strength in numbers'. Advances in health and improved living conditions led to higher birth rates, lower death rates, and longer life expectancy. China's population exploded from 540 million in 1949 to 960 million in 1978 (National Bureau of Statistics of China, 2020). This explosive population growth imposed great pressure on society at that time that was reflected in many aspects, such as food, clothing, housing, transportation, education, health, and employment. In the early 1970s, the government began advocating the slogan 'Only one child will do, two children is ideal, three children are too many' (Zhu, 2013). In the late 1970s to 1980s, China began to formally implement the one-child policy. In September 2002, the Population and Family-Planning Law came into force, and the one-child policy was recognized by the law.

The one-child policy effectively controlled the rapid population growth and eased the pressure of the population on resources and the environment, imposed state constraints on the consumption of the new population and increased the accumulation of national funds; and reduced the working-age population and the pressure on employment. At the same time, the one-child policy was also associated with extensive social problems, particularly for women. Gender imbalance is exacerbated by family planning in China (Zhang, 1997). Many pregnant women abort female fetuses because Chinese parents traditionally prefer boys. The ratio of male to female babies was out of balance and rose from 107.4:100 in 1980 to 121.1:100 in 2004 (ChinaTransparency.org, 2015). Baby girls are abandoned or killed

after birth, sex selection is performed before birth (through ultrasound and other means to identify the sex of the fetus, girls are discovered and aborted), or newborn girl infants are not registered after birth (Burns, 1983).

In population and family-planning law, the state encouraged families to have only one child per couple: 'Couples of childbearing age are expected to conscientiously implement family planning, contraception, and birth control measures.' However, the reality is that women were forced to have contraceptive devices, tubal ligations, and abortions.¹

The realization of a couple having only one child in China was a large change to traditional customs. Ironically, a large number of Chinese women were indirectly granted the right to work and participate in social activities under the premise that their birth right was tightly restricted. The status of women also improved in terms of the rules of inheritance law. Individuals and families accepted the birth restrictions and, following the law and family-planning regulations, regarded the only child in the family as the heir (regardless of whether that child was a boy or a girl). China's patriarchal inheritance rules were scattered within one generation. Within a family, a brother may still have a privilege of inheritance over his sister, but an uncle or nephew no longer has a superior right of inheritance over a biological daughter. Family shrinking is also a leap forward in China's development towards a modern, equal society.

1.2. Two-child policy and danger to women

China's working-age population experienced an unprecedented absolute decline in 2012 (The State Council Information Office of the People's Republic of China, 2012). At present, the ad-

¹ In China, women are the main object of contraception and birth control. More than 85% of contraceptive operations are performed on women. According to the "China Health Statistics Yearbook 2010," from 1980 to 2009, there were 286 million intrauterine implants for women, 99 million tubal ligations for women, and 275 million abortions.

verse impact of the low birth rate on the economy and society is beginning to show. China's demographic dividend has run out. The aging of society, rising labor costs, increasing social security pressure, and other issues have emerged. The government's immediate solution to these problems is to increase the population (Feng, 2014), and experts believe that population policies that encourage childbearing will help ease the social pressure caused by China's aging population (Liu, 2013; Yang, 2004; Yu, 2000).

In 2010, the number of one-child families in China reached 150 million. The sixth census revealed that the total fertility rate in China was only 1.18%, and the situation was even more serious in large cities such as Beijing (0.71%) and Shanghai (0.74%) (Ji et al., 2020). In November 2011, a policy allowing couples to have a second child if both parents were the only child in their family was fully implemented across China. In 2013, the policy allowed couples to have a second child if either member of the couple was the only child was implemented. In 2016, China implemented the two-child policy countrywide.

However, with rising incomes and urbanization, fertility continued to fall even after China fully implemented the two-child policy. The statistics showed that 17.23 million Chinese infants were born in 2017—630,000 fewer than in 2016. The birth rate was 12.43 per thousand, less than 0.52 per thousand, since 2016 (Zhang, 2018).

For women, the natural protagonists of fertility, balancing work and family is a perennial topic in their lives. Women undertake the task of reproduction, but the state impose women's childbirth costs on employers and female employees through legal coercion, inevitably leading to units with more female workers bearing higher female fertility costs and directly leading employers to prefer male employees.² With only one child,

there was a significant reduction in housework and dependent care, allowing women more time to work. Now, women are again facing a pronatalist policy that will place them in a more fragile labor relationship. The extra cost is an important reason why women face graver employment discrimination (Han et al., 2020).

The prejudice that women face in the workplace is presently very serious, and the family-planning policy shift has led employers to a higher level of fear of the increased costs associated with an increased number of female employees bearing children. The more time women spend giving birth and raising children, the more their status in the workplace will plummet. 'Employers don't know how many children you'll have, but in traditional Chinese patriarchal thinking, they tend to guess that you will have more (Lv & Liu, 2015).' Marriage and childbearing are the main factors that lead to employment discrimination against women.³ The lack of male family roles forces women to devote more energy to family responsibilities, which makes it impossible for them to pursue career opportunities and achieve career development on an equal footing. To some extent, the one-child policy alleviated this contradiction. Investigation showed fathers have become more nurturing and child-centered in caring for their only child (Jankowiak & Moore, 2017).

approximately 76.98 million more than the number of employed women.

- 3 In 2016, Zhaopin.com for the first time launched a survey on the current status and development of Chinese women's careers, exploring the employment, promotion, and future planning of Chinese women in the workplace. These results can be found in the 2017 Survey Report on the Current Situation of Chinese Women in the Workplace. <http://marketwatch.hroot.com/company/Detail-641-crr.cis> Statistics show that nearly one-third of women before and after childbirth change jobs or fail to return to the workplace to become freelancers. Forty-six percent of women actively or passively missed career advancement opportunities because of childbirth, which is twice that of men. After giving birth, more than eight in ten women aspire to return to work. However, almost four out of ten women said that they were less productive than before after they gave birth because they had too many family obligations.

2 According to the White Book "Gender Equality and Women's Development in China", in 2013, the number of women employed nationwide was 346.4 million, accounting for 45% of total employment. Men account for 55%, and the gap between the two is not obvious in proportion. However, in terms of figures, among the total employed population of 769.77 million, the number of employed men is 423.38 million, which is

Now, the two-child policy come, but the corresponding public services are deficient. For individual women, the best early choice is to have fewer children. To compete with men in the labor market, women must leave childrearing responsibilities to more vulnerable people at home, such as grandparents, or they must choose to escape these responsibilities by paying for child-care. This explains why so many women are now refusing to have children or marry so that they can secure a place in the labor market.

With the changing times, China's population structure is also changing, so it is inevitable that the population policy will be adjusted to meet the political needs of the country. However, with the development of the economy and society, the age of first marriage and first childbirth of Chinese women has been constantly delayed, and fertility intention has also been declining (Guo & Tian, 2017). Understandably, the state adjusts population policy as needed, but it is nonetheless unfair for women to be doubly or triply victimized.

2. WOMEN'S RESPONSES TO MARRIAGE AND PROCREATION

Traditional Chinese policies, systems, and social value systems regarding families all revolve around the core issue of fertility. The dominant belief is that fertility is not only a private matter but also a major issue concerning the long-term stability of the country (Yang & Sun, 2020). In Chinese feudal society, women existed only to carry on the family line as male vassals and fertility tools. This situation was greatly improved after the founding of the People's Republic of China in 1949. However, the fact that women still do most of the housework and care for the elderly and children has been overlooked by the 'triumph of liberation' (Zhang et al., 2018).⁴ Moreover, patriarchal thought has not disappeared, and it is still customary for a son to be responsible for sup-

porting his elderly parents in rural areas (Kong, 2015).

In the current state of social development for women, there is no reason for women to struggle to have children. First, with the economic independence of women, the era of agricultural operations in which children provide labor for families has ended. Women can achieve economic independence in the workplace. Second, concerning the issue of old-age care, although the Chinese tradition is for elderly parents to be supported by their sons, it is the daughter-in-law who takes care of the elderly (Sun, 2018). For women, family work is just hard work from generation to generation, and having more children will not only harm their position in the labor market but also increase their work in family care. Chinese women have suffered this double loss for too long. Although men are still reluctant to change because the situation is convenient for them, women's consciousness has already been raised.

2.1. Marry late or never

According to data released by the National Bureau of Statistics of China and the Ministry of Civil Affairs, the number of marriage registrations in the country in 2018 was 10.108 million couples for a marriage rate of 7.2%, the lowest level since 2013. In 2018, the number of divorce registrations nationwide was 3.801 million couples. While the marriage rate fell for five consecutive years, the divorce rate increased for 15 consecutive years (National Statistical Bulletin on the Development of Civil Affairs, 2018). With the economic independence of women and the improvement of individual cognition, China's post-1970s, 1980s, and 1990s views on marriage have undergone earth-shaking changes on the conscious level.

Why do marriage rates continue to fall? The People's Daily conducted a survey on its microblog platform to determine the reasons for young people marrying later or not marrying at all. Of the respondents, 29.5% said, 'I haven't met Mr.

⁴ Chinese women spend 44.6% of their working time doing unpaid labor, such as taking care of their families, compared with 18.9% for men. (China Labor Force Dynamics Survey: 2017 report).

or Miss Right', and this reason ranked first. The second most common reason for not marrying was economics, with 23.4% saying they were 'unable to undertake family responsibilities'. A further 16.5% said they were 'enjoying being single'. Some female respondents indicated that single women are more selective about marriage because they are financially independent (NetEase, 2019).

From 2006 to 2016, the age of first marriage for Chinese women rose from 23.6 to 26.3, an average increase of 0.27 per year. The age of first marriage for urban women rose from 24.6 to 26.9, an average increase of 0.23 per year (He et al., 2018). In Shanghai, the average age of first marriage for women was 28.4 in 2015 and 23 in 2005. In addition, in 2015, the age of first childbearing for women in Shanghai was 29, which is higher than that in some Western developed countries (Shanghai Women's Federation and the Institute of Sociology & Shanghai Academy of Social Sciences, 2018). From 1990 to 2015, the number of women who had never married rose from 0.2% to 0.4%, a trend that suggests that an increasing number of women are moving from postponing marriage to remaining unmarried (Gu, 2011; Guo & Tian, 2017).⁵

With the popularization of education and the spread of the concept of women's independence, people's attitudes towards late marriage and childbearing have gradually changed. Women's longer educational experience and low pay in their first job has pushed forward the marriage age of women (Ministry of Education of the People's Republic of China, 2019; ScienceNet.cn., 2016).⁶

5 In demography, unmarried people aged 50 and older are considered as never married. A calculation of the proportion of women in each age group ending their marriage in 2016 shows that the proportion of women in each age group choosing to marry is only 47.1% to 49.4% in the decade between the age of 44 and 54 years. This suggests that women are now more likely to accept the status of "not marrying" after long delays in getting married.

6 In 2016, China's population and labor green paper: the marriage rate of female graduate students dropped significantly from 2000 to 2010. In 2010, the marriage rate for female graduate students fell below 50%. The

Furthermore, insufficient laws of protection within marriage and illiberal forms of divorce have increased the risks of marriage, in turn discouraging more women from marriage and encouraging them to turn to nonmarriage or more liberal forms of cohabitation. Women cannot easily obtain compensation for domestic work through divorce financial compensation laws (Wang, 2011). On the other hand, the law against domestic violence was not introduced until 2016, and the actual effect were bad (Q. Wang, 2016). Marital rape is still not recognized in Chinese law. Marriage and childbearing are special stages in women's lives, and the legal safeguards do not favor women.

Currently, unmarried cohabitation increased for many years in China. According to the China Family Tracking Survey (CFPS), only 1.8% of couples who married before 1970 lived together before marriage, but the number had reached 32.6% after 2000 (China Family Panel Studies, 2013).

2.2. Delay motherhood or remain childless

Delaying childbearing (beyond the age of 35 years) has become a common phenomenon in recent decades. Fertility declines with age, and women will eventually experience infertility after passing a certain reproductive age (Wang & Sun, 2020). The fertility desire of Chinese women has also shown this trend in recent years.

Under the influence of traditional Confucian culture, marriage is still the premise of procreation, and procreation is the implicit responsibility attached to marriage (Li & Shen, 2019). Under the 'binding' model of long-term post-marriage childbearing in China, the age of first marriage not only naturally increases the age of the first childbearing but also reduces the possibility of further childbearing because of the increased risk of childbirth complications.

Women bear the brunt of childbearing and

decline is particularly pronounced between the ages of 25 and 34 years.

face the loss of their jobs, the costs of coparenting, and the unpredictable rewards of the next generation. Although the one-child policy was gradually relaxed, the fertility rate of Chinese women having a first child has been gradually decreasing since 2010, and the total fertility rate for women having a first child was even lower than 0.6 in 2015 (National Bureau of Statistics of China, 2016). One reason is the increasing proportion of unmarried women in the fertile period of their lives.

Another reason for the low fertility willingness of women is the expansion of economic costs, conflicts between marriage or childbirth and their occupation in workplace reality, and fear of social disconnection or job discrimination after childbirth. Although the Special Provisions on Labor Protection for Female Workers stipulate the protection of female workers, in practice, there is still implicit discrimination related to women's reproduction and female roles per se. According to the third Survey on the Status of Chinese Women in 2010, 10% of women of childbearing age experienced gender discrimination in their employment, compared with only 4.5% of men. Among female college students with job hunting experience, 24.7% said they had encountered unequal treatment. Only 2.2% of working women are in charge of state institutions, party and mass organizations, enterprises, and public institutions. The proportion of men is close to 5% (The 3rd Chinese Women's Social Status Survey Task Team, 2011). Of the 45.45% of urban women who reported the negative impact of childbirth on their employment, more than 30% reported that childbirth had reduced their personal income, over 20% reported that childbirth had reduced their opportunities for vocational training and promotion, and approximately 20% reported that their salary had been cut (8.06%) or that they had resigned or been fired (12.74%) due to childbirth (Yang, 2020).

After the implementation of the two-child policy, the possibility of female employees taking two maternity leaves and nursing leaves and the fact that women have to balance work and family, causing their time and energy to be more

dispersed, have led to an increase in the cost of having a second child.

3. ADDRESSING FEMALE FERTILITY VULNERABILITY – FROM GOVERNANCE TO SUPPORT

Rather than using control as the basic response when the population grows too quickly, the state should respond to low fertility primarily with incentives. Reproduction and cultivation tasks have traditionally been associated with marriage and the nuclear family. While 'parental responsibility' has increasingly been emphasized in childrearing, the burden of family care and the maintenance of intimate relationships have been and continue to be disproportionately assigned to women, who establish and persist in cultural, social, and market contexts, both legal and non-legal. This basic and unequal pattern of household division of labor is difficult to change. If we were serious about redistributing the burdens of intimacy or family maintenance, we would need an ideological and structural reorientation of society.

3.1. Unbind marriage and procreation

Although women are the subject of individual marriage decisions with strong subjective characteristics, China's unique marriage-fertility chain leaves them in a more vulnerable position in regard to fertility issues. To give women resilience to cope with the fertility dilemma, it is first necessary to give them independent choices with regard to fertility issues so that they can maintain their independent personality in the face of fertility. This requires a systematic change of the social cognition of marriage and childbearing, adaptation to changes in the modern family structure, and the creation of a reproduction-friendly working environment, all of which require support from the state. Collective responsibility should

not concede collective control over individual intimate decisions, such as whether and when to reproduce or how to form a family. The government should not blindly encourage women to marry early, give birth early, and act on their fertility. Countries need to consider how to take corresponding measures to ensure that women's interests and independence will not be damaged because of their sex and further eliminate the traditional gender role of women so that women do not have to face disadvantages in the workplace because of marriage or childbirth.

From a more global perspective, marriage and childbearing are not always linked in Europe and the United States, and there is little pressure from law and public opinion to bind marriage and childbearing together. In China, it is a cultural norm that women should devote themselves to the family to prepare for the next generation after marriage. After becoming a mother, women are expected to focus on their children all the time.

Under the one-child policy, parents had to obtain a birth permit (family-planning service certificate) for an unborn fetus, and one prerequisite for obtaining a birth permit was the marriage certificate of the parents. The birth permit (family-planning service permit) indicated that the child was legally a member of society and had rights to various services provided by the state. With the permit, women of childbearing age received free medical services, and the child could also obtain household registration (hukou). Therefore, marriage was still the premise of childbirth, and childbirth was the implicit responsibility attached to marriage. In this tight chain of marriage and childbearing, women's marriage choices affected not only their life process but also the social reproduction process. Although China's marriage law stipulates that children born out of wedlock have the same rights as those born in wedlock, the civil rights of children born out of wedlock have actually been in a very awkward position during the implementation of the family-planning policy.

The Chinese chain of marriage and childbearing cuts off the possibility of a woman avoiding marriage and forming a family alone with

her children. This essentially also means that women entering marriage will face pressure to bear children. In recent years, the marriage-birth chain has loosened. In 2016, children born out of wedlock or their guardians can sign up for household registration by showing the doctor's birth certificate, and the child can be registered after either the mother or father. Since the dissolution of marriage and the childbearing relationship starts from individual reproductive rights and conforms to the desire for individual freedom in modern times, it is widely supported by women (RFA, 2016). The birth permit and welfare do not depend on the marriage certificate, and the subsidy policy is bound to the individual. The reform of the household registration system is the first step to unbinding marriage from childbearing. To truly realize women's reproductive independence, economic and other pressures need to be addressed.

In the face of women's vulnerability to fertility problems, their ability to cope with risks and the social resources available to them must be considered. National policy initiatives aimed at reducing vulnerability and improving risk-coping capacity, such as strengthening legal safeguards and supporting public services, are also necessary. If women have sufficient resource reserves and allocation, they can better address their vulnerable situation.

3.2. Comprehensive legal protection

Instead of assuming public responsibility for women's pregnancy, childbirth, and childrearing, the Chinese government has shifted responsibility to employers, families, and individuals. The lack of state responsibility for women's reproduction has led to a series of problems, but the state wants to solve the problem of low fertility at the end of the chain by simply calling on women to have more children.

The absence of governmental responsibility is the ultimate cause of the problem. Consider state action in the example of female employ-

ment discrimination. To encourage childbearing, the state implemented the two-child policy and issued policies such as extending maternity leave as incentives for childbearing. Detailed rules were prescribed by the provinces. According to Article 25 of the Shandong Population and Family-planning Regulations (2016), female workers who give birth to a second child in Shandong Province can enjoy the legal 98 days of maternity leave as well as an additional 60 days of maternity leave as a reward for giving birth to a second child. However, regarding the maternity allowance for an additional 60 days of maternity leave, who pay the allowance is not clear, and most regions have not included the maternity allowance in social security. The employers do not want to take the responsibility. But the arbitration result of the relevant case has been announced: the employer should pay the additional 60 days' maternity leave salary for female workers with a second child (Yantai Municipal Human Resources and Social Security Bureau, 2019). Enterprises shouldered this part of the obligation increased their burden, aggravated employment discrimination against women in the labor market, and in the long run is not conducive to the development of enterprises and women's equal employment. Employers' discrimination against female employment is the inevitable result of the country shirking its responsibilities.

To cope with the vulnerability of women to childbearing, the government should take the state responsibility. At present, the legal lag in dealing with women's reproductive vulnerability and the absence of government responsibility need to first be solved at the legal level to break the chain of institutional discrimination caused by gender discrimination at the source.

Maternity insurance legislation and taxation policy

The key reason why the current 'Law on Maternity Insurance' fails to solve the problem of female employment discrimination is that it mainly adopts controlling mean. It blindly restricts an employer's behavior through legal responsibility

and a supervision system.⁷ To reduce the tension between employers and female employees due to fertility problems, incentive policies can be combined with tax law to establish the floating rate and reduction mechanism of taxes and fees. For employers who employ a certain proportion of female employees of childbearing age for a certain period, tax exemptions and rate reductions can be implemented. China can also refer to the practices of developed countries (Tominney, 2013).⁸ Small and microenterprises whose number of employees and amount of registered capital do not meet the statutory standards can be exempted from the obligation to bear the main childbearing costs of their employees. Instead, the maternity allowance and the right to reemployment of female employees should be guaranteed through state financial subsidies.

Both families and individual women should be subsidized in having children, and fiscal and tax policies that make it easier for families to take care of children should be implemented. As demonstrated by the Earned Income Tax Credit (EITC) in the US and Working Tax Credit (WTC) in the UK, childcare allowances can be used in combination with tax relief for working mothers. The State Council's 2018 Notice on the Interim Measures for Special Additional Deduction of Individual Income Tax is a positive sign, but the implementation of the policy has just started. Additionally, a corresponding system of male parental leave should be explored to guide husbands

7 Article 22 of the 2018 Regulations on Maternity Insurance: the administrative department of social insurance shall strengthen the supervision and inspection of employers' and individuals' compliance with the laws, regulations, and rules of social insurance. The administrative departments of social insurance shall supervise and inspect the income and expenditure and management of maternity insurance funds.

8 In the United States, the Family and Medical Leave Act requires employers of more than 50 persons to assume the burden of maternity. Drawing on the experience of New Zealand, Russia, and other countries, the "salary" of paid maternity leave is directly allocated by government finance. In 2012, the European Commission proposed a target of 40% women in middle and senior management of listed companies in the EU by the end of 2019, encouraging companies to introduce quotas.

to invest more time in raising children to alleviate to a certain extent the penalty imposed on women for childbirth (Adda et al., 2017). In China's maternity leave system, the gender equality factor of the family role is not included, and the mother's family responsibility for raising infants is emphasized, while the father's responsibility is ignored. Although many provincial family-planning regulations currently stipulate nursing leave of varying durations for fathers,⁹ they have not yet been translated into national legislation. At present, such leave is used only as a reward for late childbirth or legal childbirth. Incentive measures should be translated into statutory rights through national legislation, establishing the family responsibilities of new fathers to care for their wives and infants, and explicit and independent male paid nursing leave should be incorporated into the Law on Maternity Insurance and the Labor Law.

Employment nondiscrimination act

In the context of the two-child policy, there is no special law on the protection of women's reproductive rights and interests. Existing antidiscrimination provisions are scattered throughout the Constitution, the Law on the Protection of the Rights and Interests of Women, the Labor Law, and the Employment Promotion Act. China has no specific antidiscrimination law. The Labor Law and other laws make some provisions only in principle with no clear definition of sex discrimination in employment nor the subject of liability and punishment. The implementation mechanism of antiemployment discrimination is lacking, and executive agency is absent. China needs a special law on antidiscrimination in employment to define, standardize and classify employment discrimination; define the responsibilities of illegal employment units and supervisory departments

as well as intensity of punishment; and improve the legal basis for equal employment of women. Based on paying equal attention to gender experience and gender equality, it is necessary to draw a clear line between gender influence and equal treatment so that women can obtain targeted legal protection. To solve the problem of hidden discrimination, we can adopt the principle of 'burden of proof reversed'.

Family law

Nowadays, women still have to shoulder most or even all of the housework after going to work outside the home. The division of labor within the family based on gender has been taken for granted, which has become a key factor hindering the realization of gender equality (W. Wang, 2016). China's Marriage Law of 2001 established the domestic worker's compensation system through agreed separate property systems. However, according to the current situation of marital and family property relations in Chinese society, more than 80% of couples are under the joint property system, which means that the party who has paid for more domestic work in the divorce cannot file the domestic work compensation claim. The new Civil Code responds by removing restrictions on the division of property in domestic work compensation, recognizing the value of unremunerated domestic work should be compensated. But domestic labor compensation still encounters problems such as nonuniform compensation standards, unclear calculation methods and difficulties in providing evidence, which make it difficult to advance at the judicial level.

In order for women to receive compensation for domestic work. First, the couple's economic situation and comprehensive ability should be considered, including health status, specific age, education level, working ability, income, and developmental expectations. A comprehensive assessment of the compensation amount should be made based on the living standard of the place of residence. Experts have proposed a formula to calculate compensation: the amount of housework compensation is equal to half the

⁹ China has 26 provinces with local policies or regulations providing male nursing leave. The minimum paternity leave is 7 days, the maximum is 30 days, and in most areas, it is 15 days. The salary system during paternity leave varies, and bonuses and welfare payments remain the same. In some regions, paternity leave for men can be transferred to maternity leave for women, with women taking leave instead of men.

income gap in the couple's annual income, multiplied by the number of years the couple has been married (Wang, 2014). The issue can also be addressed in judicial practice. To ensure the actual granting of domestic labor compensation, when a payer is remiss in performing his obligations, a complete set of enforcement measures should be established to ensure that the person subjected to execution pays the domestic labor compensation promptly through property guarantees or personal credit investigation records.

3.3. Strengthened public services

China's current supporting level of public services has been gradually established and improved along with the implementation of the one-child policy 30 years ago. There are still some deficiencies in supporting the only child, let alone in dealing with an increase in the number of children in the family. A study reported that China will need nearly 100,000 more maternity beds every year to meet the demand (Yang et al., 2016). Statistics from the World Health Organization and UNFPA showed that in 2015, there were 23 nursing and midwifery workers for every 10,000 people in China, and only 59% of the need for midwifery services was met. According to the WHO, the ratio of midwives to women giving birth in developed countries is approximately 1:1000, while in China, it is 1:4000, with a midwife gap of approximately 200,000 (United Nations News, 2015).

There is a large gap between the pronatalist policy and the supply of social public services. The current lack of social support shows that the government has reduced its responsibility for procreation, and the cost of the reduction will ultimately be borne by employers and families. During the planned economy period, the work of childcare was undertaken by enterprises or collectives, and the cost of childcare was borne by the state. With the reform of the economic system, enterprises became responsible for themselves. The government has pushed preschool education services to society, but society has no

conditions for undertaking the function of nurseries, so the responsibility of caring for infants aged 0-3 is borne almost entirely by families. Due to the lack of marketization policies for childcare institutions, the imperfect social insurance system and the disordered operation of the childcare service market, high-quality childcare resources are extremely scarce.¹⁰

Childcare services for children aged 0-3

At present, the provision of childcare services for children aged 0-3 seriously lags, and the enrollment rate of children under 3 years old in various childcare institutions in cities is only 4.1%. In developed countries, the rate is between 25% and 55% for children under the age of three. The results of a large sample survey in Beijing showed that 30% of stay-at-home mothers and more than half of working mothers require childcare services (The National Health Commission, 2020). Public childcare institutions and paid substitutes for domestic work in the market are the choices of professional women for reducing their domestic work time. Therefore, the government can effectively share the cost of the female part of childbirth by constructing a childcare welfare system. At present, basic infant and childcare institutions, children's education and other infrastructures such as libraries and gymnasiums need state support.

Moreover, preschool education has not been included in compulsory education in China, and there is an insufficient supply of childcare resources for children aged 0-3. Although various early education agencies have emerged, ordinary families cannot afford the high cost. Early education between the ages of zero and three

10 Preschool education services are basically early education agencies. The early education agencies in the market are aimed mainly at infants aged 0-6. They develop different courses according to the age of infants, focusing mainly on sports, art and music. However, because of the high cost, early education agencies charge very high fees (YoKID Early Education Agency costs approximately 100,000 yuan per year and 16,000 yuan per month for full-day class tuition. https://m.sohu.com/a/252817474_616887/).

is now a gray area, with no ministry of education to permit the operation of childcare facilities. No department is responsible, and there is neither departmental certification nor departmental supervision. The second aspect is the site problem. The shortage of land in central urban areas means that schools have high operating costs and no outdoor activity space. The third problem is the supply of teachers. Preschool teachers for children aged 0-3 do not have the qualifications of teachers, so they have unstable salaries. The fourth problem is that of responsibility because children's safety problems frequently occur.

In the face of these problems, the Chinese government has expressed its commitment to sharing the cost of childrearing and has committed to introducing comprehensive measures to solve the problem of childcare for children aged 0-3.¹¹ Although still in its infancy, the construction of a public childcare service system is already being planned. At present, the government needs to incorporate childcare services into the overall plan for national economic and social development, vigorously develop the childcare market, encourage private capital to invest in the construction of various childcare institutions, and introduce different levels of childcare services to meet the needs of families at different economic

levels. At the same time, the government should increase its financial input and set up special funds for childcare to support the development of various types of childcare institutions. At present, China's preschool education funds account for only approximately 1.3% of the entire governmental education expenditure, while developed countries generally reach 3%, and France and Denmark reach 11.1% and 10.6%, respectively. Therefore, given the current infant care problems, the government should increase its financial input, increase the supply of childcare services of various social natures, and reduce the burden of family care.

Encourage family-friendly workplaces

In addition to providing parents with adequate paid parental leave, paid nursing leave, high-quality and affordable childcare, and child allowances, governments should also encourage employers to allow telecommuting, flexible working, family-friendly and supportive leadership, and mother-child lounges in offices. Workplace family-friendliness has a large impact on a woman's experience and willingness to have children, and offering flexible work provides a better balance between family and work life.

Companies are often willing to become more competitive employers. Building a family-friendly workplace that provides decent work for employees and supports and helps them care for their children is a contribution both to families and society. At the same time, it is a very good way for enterprises to retain and attract talent.

Government guidance and regulation are important in building family-friendly workplaces. For example, concerning the implementation of paid maternity leave, voluntary measures taken by enterprises have limited effects. The government should issue corresponding policies to guide and supervise implementation by enterprises. For enterprises of small scale and limited capital, the government can formulate different and easily referenced standards according to the enterprise scale. In addition, the government should take the lead in implementing family-friendly policies

11 In 2019, The General Office of the State Council issued "about town village form a complete set of the kindergarten management work notice, for there is no plan supporting kindergarten, or inadequate planning, or there is a plan, but construction does not reach the designated position, request strictly in accordance with the standard collocation construction around the kindergarten, through fill establish, rebuilding or nearby construction, purchase, and others. Supporting kindergartens in the community must be public kindergartens or entrusted kindergartens for universal benefit, and for-profit kindergartens shall not be established. That same year, promulgated by the State Council "about promoting the development of infants and young children under the age of 3 on care services guidance," policies and regulations to promote the development of infant and child care service systems and standard and service supply systems were established and improved, and the enthusiasm of social forces and a variety of forms to carry out infant care services were fully mobilized, gradually satisfying people's demand for infant and young child care services.

in its own workplaces. Balancing work and family is for everyone, and the responsibility should be shared by government, employers, and families.

CONCLUSION

The relationship between the family-planning policy and women is not an issue of the policy itself, is not an issue of gender discrimination against women already formed by employers, and is not an issue of how women choose. Rather, it is an issue of the state needing to take more responsibility in the process of social governance. A close examination of changes in China's family-planning policy demonstrates how the governance policy framework for fertility reg-

ulation fails to consider the unique role of women in society. A framework lacking state responsibility that impractically calls on women to have more children will never be able to address low fertility and ongoing discrimination against women in the workplace. It is the government's evasion of responsibility for reproduction that causes and exacerbates the problem of gender inequality. The harmful social effects of entrenched gender inequality make it imperative for academics and policymakers to acknowledge that a return to government responsibility for childbirth and women is the ultimate solution. A single adjustment of the family-planning policy will not ease the risk of an aging population with fewer children but will continue to harm the interests of women and exacerbate gender imbalance.

BIBLIOGRAPHY:

1. Adda, J., Dustmann, C., & Stevens, K. (2017). The career costs of children. *Journal of Political Economy*, 125(2), 293–337. <https://doi.org/10.1086/690952>.
2. Burns, A. (1983). Family policies in China. *Australian Journal of Law and Society*, 1(2), 80–99.
3. Chen, Z. (2020). The fortress policy advocacy alliance and China's major policy adjustments-based on the analysis of the changes in family planning policies in recent years. *Chinese Administration*, (8), 68–73+148. <https://doi.org/10.19735/j.issn.1006-0863.2020.08.10>.
4. Chi, M. (2015). Economic research on the adjustment of China's population and fertility policy [Doctoral dissertation]. Jilin University.
5. China Family Panel Studies. (2013). China people's livelihood development report 2013. <http://www.issp.pku.edu.cn/cfps/xgxw/cfps-dt/1292807.htm>.
6. ChinaTransparency.org. (2015). Family planning is to blame for the imbalance between men and women. <http://www.ogichina.org/article/100/23760.html>.
7. Feng, X. (2014). Second child alone: A prospect of the social impact of the adjustment of fertility policy. *Journal of China National School of Administration*, (2), 57–62. <https://doi.org/10.14063/j.cnki.1008-9314.2014.05.015>.
8. Gu, B. (2011). Research on the relationship between fertility willingness, fertility behaviour and fertility level. *Population Research*, 35(2), 43–59. <https://doi.org/CNKI:SUN:RKYZ.0.2011-02-005>.
9. Guo, K., Yu, J., & Gong, L. (2015). Family planning policy, urbanization and growth. *Journal of Financial Research*, (11), 47–63. <https://doi.org/CNKI:SUN:JRYJ.0.2015-11-004>.
10. Guo, Z., & Tian, S. (2017). The influence of late marriage on the low birth rate of contemporary young women. *Youth Studies*, (6), 16–

- 25+91. <https://doi.org/CNKI:SUN:JRYJ.0.2015-11-004>.
11. Han, Y., Ming, S., & He, R. (2020). Research on "women and fertility" Weibo public opinion in the context of fertility policy adjustment. *China Journalism and Communication Journal*, (1), 124-141. <https://doi.org/CNKI:SUN:XWCJ.0.2020-01-013>.
 12. He, D., Zhang, X., Zhuang, Y., Wang, Z., & Yang, S. (2018). Report on China's fertility status from 2006 to 2016-based on the analysis of the 2017 national fertility status sample survey. *Population Research*, 42(6), 35-45.
 13. Jankowiak, W. R., & Moore, R. L. (2017). *Family life in China*. Polity Press.
 14. Ji, Y., Wang, H., Liu, Y., Xu, R., & Zheng, Z. (2020). Young women's fertility intentions and the emerging bilateral family system under china's two-child family planning policy. *China Review*, 20(2), 113-142. <https://doi.org/10.2307/26915623>.
 15. Kong, B. (2015). Research on the resource supply of rural home-based care from the perspective of multiple welfare [MA thesis]. Normal University. <https://kns.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbname=CMFD201601&filename=1015447958.nh>.
 16. Li, J. W., & Zhou, L. L. (2018). China's population policy and population structure and its future development trends. *Economic Perspectives*, (12), 17-36. <https://doi.org/CNKI:SUN:JJXD.0.2018-12-004>.
 17. Li, M. H., & Shen, M. Y. (2019). Multi-dimensional exploration of urban females' late marriage: Based on Becker's a treatise on the family. *Journal of Shandong Youth University for Political Sciences*, 35(5), 66-73. <https://doi.org/10.16320/j.cnki.sdqzxxxb.2019.05.014>.
 18. Li, Y., Yang, Y., & Liu, Y. (2020). Fertility, care and work-a survey report on the fertility and care responsibilities of professional women in Xi'an under the background of the "two-child" or "multi-child" policy. *Anti-discrimination Law Review*, (2020), 277-339. <https://doi.org/CNKI:SUN:FQSP.0.2020-00-010>.
 19. Liu, H., Lu, B., Wang, L., & Zhu, J. (2016). The impact of family planning policies on the sex ratio of rural births: An empirical test based on the DID method. *China Rural Economy*, (4), 70-80. <https://doi.org/CNKI:SUN:ZNJJ.0.2016-04-007>.
 20. Liu, Y. (2013). On the current situation and prospect of China's population development-based on the sixth population census. *Business*, 14(2013), 339. <https://doi.org/CNKI:SUN:SHNG.0.2013-14-286>.
 21. Lu, J. (2020). The characteristics, impact and response of the era of negative population growth. *Journal of Fujian Provincial Committee Party School of CPC (Fujian Academy of Governance)*, (1), 38-47. <https://doi.org/10.15993/j.cnki.cn35-1198/c.20200311.011>.
 22. Luo, C., & Song, X. (2020). Chinese family's fertility choice in the era of post-family planning and the relevant policy orientation. *Journal of Yunnan Normal University (Philosophy and Social Sciences Edition)*, 52(2), 84-90.
 23. Lv, H. Q., & Liu, W. (2015). The "maternity insurance law" adjusts and reduces female employment discrimination. *China Labor*, (10), 70-74. <https://doi.org/CNKI:SUN:LDKX.0.2015-10-016>.
 24. Ministry of Education of the People's Republic of China. (2019). Education statistics for 2019. Basic situation of the country. http://www.moe.gov.cn/s78/A03/moe_560/jytjsj_2019/qg/.
 25. National Bureau of Statistics of China. (2016). Population and employment statistics department of national bureau of statistics: China

- population (and employment) statistical yearbook (1991-2016). China Statistics Press.
26. National Bureau of Statistics of China. (2020). China statistical yearbook. National Bureau of Statistics of China. <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/>.
 27. NetEase. (2019). 2018 China divorce rate, China marriage rate data report. <https://dy.163.com/article/EL86FVJF05317STN.html;NTE-SwebSI=C13F63F481AED4D550D856B8B0705D79.hz-subscribe-web-docker-cm-online-rpqqn-8gfzd-u2rlj-5df95c7slgq-8081>.
 28. RFA. (2016, November 18). The tied uterus: The dilemma of Chinese single women's reproductive rights. Radio Free Asia. <https://www.rfa.org/mandarin/zhuanlan/fuyouluntan/women-11182016102818.html>.
 29. ScienceNet.cn. (2016, December 12). The report focuses on "left-over women": The higher the degree, the more difficult it is to find a corresponding spouse. ScienceNet. <http://paper.sciencenet.cn/html-news/2016/12/362377.shtm>.
 30. Shanghai Women's Federation and the Institute of Sociology, & Shanghai Academy of Social Sciences. (2018). Research report on women's development in the 40 years of reform and opening up in Shanghai. https://www.shanghai12345.com/html/2018/xinwen_1128/351.html.
 31. Shi, Y., & Li, D. (2020). On the perfection of national legal system of childbearing security-based on the investigation of childbearing age population's willingness to reproduce and its influencing factors. *Journal of Western*, (14), 86–89. <https://doi.org/10.16721/j.cnki.cn61-1487/c.2020.14.028>.
 32. Shi, Z. (2014). The impact of family planning policy on family development ability and its policy implications. *Journal of Public Management*, 11(4), 83–94+115+142–143. <https://doi.org/CNKI:SUN:GG-GL.0.2014-04-009>.
 33. Sun, Y. (2018). Research on the role of female caregivers from the perspective of life course [MA thesis]. University of Jinan. <https://kns.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbname=CMFD201901&filename=1018138482.nh>.
 34. The 3rd Chinese Women's Social Status Survey Task Team. (2011). Survey results involving the 3rd Chinese women's social status. Press Conference Materials of the State Council Information Office. http://www.china.com.cn/zhibo/zhuanli/ch-xinwen/2011-10/21/content_23687810.htm.
 35. The National Health Commission. (2020). National health commission: Speeding up the establishment of a care service system for infants and children under 3 years old. <http://edu.people.com.cn/n1/2020/0107/c1053-31537530.html>.
 36. The National People's Congress of the People's Republic of China. (2020). The Chinese civil code is born! <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202005/1247ca1d376e47e9b02a3053dd438e2d.shtml>.
 37. The State Council Information Office of the People's Republic of China. (2012). China's working-age population has experienced an absolute decline. <http://www.scio.gov.cn/34473/34576/34516/Document/1477705/1477705.htm>.
 38. Tominey, E. (2013). Maternity leave and the responsiveness of female labor supply to a household shock, IZA discussion paper 6. IZA Institute of Labor Economics.
 39. United Nations News. (2015, May 5). International midwife day: Five things about midwives. United Nations News. <https://news.un.org/zh/>

- story/2019/05/1033761.
40. Wang, G. Y. (2011). Compensation for the contribution to housework: Conflict of application and reflection on the system. *Seeking Truth*, 38(5), 80–86. <https://doi.org/CNKI:SUN:QSXX.0.2011-05-014>.
 41. Wang, G. Y. (2014). Practical worries and functional construction of divorce relief. *Journal of Law*, 35(10), 73–83. <https://doi.org/10.16092/j.cnki.1001-618x.2014.10.024>.
 42. Wang, L. (2020). A comparative study on the economic impact of population aging in China and Japan and countermeasures [MA thesis]. East China Normal University. <https://kns.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbname=CMFD202002&filename=1020636428.nh>.
 43. Wang, Q. (2016). Domestic violence law of China and the institutional design of counter-DV mechanism [Master dissertation, University of Washington]. https://digital.lib.washington.edu/researchworks/bitstream/handle/1773/38552/Wang_washington_0250O_16775.pdf?sequence=1
 44. Wang, Q., & Sun, X. (2020). Fertility choices in China under the two-child policy. *International Sociology*, 35(3), 284–311. <https://doi.org/10.1177/0268580920905465>.
 45. Wang, S., Tian, X., & Zhou, Y. (2020). The trade-off between the number and quality of children in family-bearing decision-making-review of family planning policy. *Lanzhou Academic Journal*, (6), 151–164.
 46. Wang, W. (2016). Research on the sexual division of labor. *Journal of Chongqing University (Social Science Edition)*, 22(5), 135–143.
 47. Wu, H. (2020). The influence of fertility experience and competitive preference on women's second-child fertility desire [MA thesis]. East China Normal University. <https://kns.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbname=CMFD202002&filename=1020635692.nh>.
 48. Yang, C., & Sun, X. (2020). The risks, adaptation and policy choices of China's continuing fertility downturn. *Population and Development*, 26(4), 101–106+125.
 49. Yang, F. X. (2004). A study on the history of family planning in contemporary China [PhD dissertation]. Zhejiang University.
 50. Yang, H. (2020). Research on the mechanism of adjusting and improving fertility policy on urban female employment. People's Publishing House.
 51. Yang, J., & He, Z. (2014). The changes and continuation of the family in the process of social transformation. *Population Research*, 38(2), 36–51. <https://doi.org/CNKI:SUN:RKYZ.0.2014-02-003>.
 52. Yang, T., Wang, F., Song, L., Zhuang, N., Qiu, J., Wang, L., Song, Q., Jiannan, L., Ding, X., & Yao, N. (2016). The maternity beds demands and gaps under the universal two-child policy. *Chinese Journal of Health Policy*, 9(2), 59–64.
 53. Yantai Municipal Human Resources and Social Security Bureau. (2019). Typical case: The 60-day maternity leave salary for a second-born female employee should be paid by the employer. http://rshj.yantai.gov.cn/art/2019/12/26/art_24039_2608918.html.
 54. Yu, M. (2020). Research on the influence of gender role attitudes on women of childbearing age [MA thesis]. Chongqing Technology and Business University. <https://kns.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbname=CMFD202002&filename=1020817686.nh>.
 55. Yu, X. J. (2000). Research on population and fertility in China. *Southern Population*, (4), 1–7. <https://doi.org/CNKI:SUN:LFRK.0.2000-04-000>.
 56. Yuan, X. (2016). The evolution of my country's fertility policy and the balanced development of population: Reflections on the transi-

- tion from the one-child policy to the comprehensive two-child policy. *Journal of Demography*, 38(5), 5–14. <https://doi.org/10.16405/j.cnki.1004-129X.2016.05.001>.
56. Zhang, X., Fu, G., & Li, S. (2018). Research on time allocation of housework: Review and prospect. *Luoja Management Review*, (4), 79–96. <https://doi.org/CNKI:SUN:LJGL.0.2018-04-005>.
 57. Zhang, Y. (1997). The imbalance, reasons and countermeasures of the sex ratio at birth in China. *Sociological Studies*, (6), 57–70. <https://doi.org/10.19934/j.cnki.shxyj.1997.06.007>.
 58. Zhang, Y. (2018). Birth is a family affair and a national affair. *People's Daily Online*. <http://politics.people.com.cn/n1/2018/0806/c1001-30210179.html>.
 59. Zhao, X. X. (2020). Research on the influencing factors of urban professional women not having two children under the current birth policy [MA thesis]. Shandong University. <https://kns.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbname=CMFD202002&filename=1020067410.nh>.
 60. Zhu, L. (2020). Fertility policy, opportunity cost and fertility demand: Micro-evidence from China's comprehensive social survey. *Northwest Population*, 41(2), 90–101.
 61. Zhu, Q. L. (2013). Research on the party's population and fertility policy changes since the founding of the People's Republic of China [PhD dissertation]. Hunan Normal University]. <https://kns.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbname=CDFD1214&filename=1013234424.nh>.

TOWARDS A COMMUNICATIVE MODEL OF LANGUAGE OF INTERNATIONAL LAW: FROM LINGUISTIC SIGN TO COGNITIVE COMPLEMENTS

Ali Mashhadi

Associate professor, PhD in international law, Qom University, Qom, Iran

Mohammad Ali Kafaee Far

PhD in international law, Islamic Azad University, Qom, Iran (corresponding author)

Seyed Mohammad Hossein Mirzadeh

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

KEYWORDS: Linguistics, Pragmatics, Cognitive Complements, International Law Language

ABSTRACT

From past up to here one of the most important questions in international law has been focused on how interpretation of IL texts and instruments should be elaborated. Answering this question definitely, we could see the positive results. Despite all of the efforts of ICJ, UN special committees for conclusion of VCLT in 1969 and the other international law organs, we observe basic problems and inconveniences while trying to understand IL instruments and texts. Some scholars have tried to create links between hermeneutic, the

knowledge of comprehending and interpreting texts, while the others, have tried to analyze in detail the unseen intentions of VCLT creators and writers specially when speaking about terms like “context” and “ordinary meaning”. We believe that deciphering some specific VCLT terms and also, understanding the true sense of language of international law is not possible but through interdisciplinary innovator studies which could show the necessity of understanding the “communicative language” designed for IL.

INTRODUCTION

In this interdisciplinary article, scholars from both linguistics and international law disciplines aim to evaluate the links between linguistics and the language of international law. It is completely comprehensible that the language of international law which is considered a case of ordinary language, should be analyzed considering linguistic and pragmatic standards. One of the most important issues in this regard is that we have to pass from linguistic sign (linguistic codes) to pragmatic norms (cognitive frames and rules). That is why international lawyers expect linguists to define and determine the relations between international law language, linguistics and pragmatics in order to receive the true sense of the messages in this context.¹ Therefore, both scholars should try to give works on interpretation of IL texts from a linguistic and pragmatic viewpoints.

Is probable that the IL scholars know the term “pragmatic” especially because of the works of Jun Austin and the Speech Acts Theory in this respect. However, they are not familiar with the other linguistic and pragmatic theories or denying them, are not ready to accept the mentioned ideas in international law. Maybe they do not recognize the impact of linguistics and pragmatics in international law texts because of their lack of information

about the semantic and pragmatic boundaries or just for thinking and analyzing IL texts from a simple legal viewpoint. It is worth noting that semantic, undergoing aspect from a structural – applied study of languages, became important since it studies the relations between signify – signifier and the object, for instance, the relation between “treaty”, its reality, acoustic image and meaning while pragmatic study the relation between language user and its context while uttering a utterance; for example, some questions like who, when, where and what are answered by this branch of study.

If IL lawyers and scholars know the main notions of linguistics, pragmatics and cognitive linguistics, surely they look for more outgoing developments in these aspects for answering their basic and advanced questions in an interpretive context of IL instruments and texts; questions like: how is it possible to have a clear idea of what an IL speaker – writer is saying? How could be possible to interpret the main – true sense of a sentence – utterance in international law oral or written texts? What is the definition of “ordinary meaning” or “context” which have been mentioned in VCLT in 1969 while evoking today? And so forth.²

- 2 We believe that norms of interpretation like “ordinary meaning” and “context based interpretation” which have been included in 1969 VCLT have to be up to dated. The latest studies in cognitive and linguistic achievements show that the context of international law and international relations have changed meaningfully and it is necessary to define new terms and scopes for interpretation and treaty, convention or instrument from IL viewpoint. If the IL scholars are no able to understand the cognitive frames in international law in addition to the language of international law, surely they are not able to interpret the real senses and signs in the mentioned discipline. Interpretation, from our viewpoint, is a triangular process which consists on: perceiving – analyzing and expressing the idea, norm or rule that we have understood. In order to do such a process, we should pass in a step by step formula. From a linguistic phase to the pragmatic – cognitive one and after that, perceiving the notions and ideas with a legal based approach. That is to say, the process of interpretation in international law is not just a matter of legal norms and rules, but rather is has lots to do with linguistic, pragmatic and cognitive ideas. For instance, we cannot interpret an international legal

1 Galdia, p. 35, 2009.

We believe, of course, that accepting two notions, the IL scholars could find the most complex answers to the above questions: 1 – the communicative channel of international law also is the ordinary one but have its own terms. That is to say, international law also has its own language which has to be decoding by interdisciplinary studied especially, from linguistic, cognitive and pragmatic viewpoint and 2 – international lawyers, legal advisors and entities speak with different languages which, in fact, is generated from different thoughts, cultures, cognitive steps and so on. That is to say, a conventional meaning or idea is difficult to grant in such a sphere.

Semantic theories in linguistics describing semasiology, onomasiology, signify – signifier relations, etymological – conventional meanings of the words and expressions and so forth could help us to understand the immediate meanings of the terms and expressions in international law texts and instruments:

1. This treaty is concluded in good faith
2. I have been working on this instrument
3. All of the parties agree in this respect
4. Etc.

From a semantic type of analysis especially from source language (English) into target one (Farsi, for example), we are obliged to pass cross etymological (dictionary) meaning to conventional (international law) one. This is the evidence of linguistic phase of analysis while a Farsi speaker, for instance, wants to go through interpretation of an IL text or instrument. That is to say, finding the word by word

meaning of a term, is per se demonstrating that we are going by linguistic phase of analysis to the cognitive – pragmatic one which could not be obtained without doing so:³

1. This
2. Treaty
3. All
4. Parties
5. Instrument
6. Concluded
7. Etc.

Explaining the relation of different linguistic – pragmatic phases in process of interpretation of IL texts, we are going to define their impacts in this process.

1. RECOGNIZING THE IMPORTANCE OF “LINGUISTICS” IN AN INTERPRETIVE PROCESS OF IL TEXTS AND INSTRUMENTS: THE EMERGENCE OF IL COMMUNICATIVE MODEL

Linguistics, in fact, is a discipline or science that analyzes the structural, functional and philosophical matters of languages from the day of existence to the end of its usage and consists on textual, contextual, functional, structural and Etc. while is not being studied separated from the other disciplines like sociology, psychology, communications and so forth.⁴

From the above statement could infer that this discipline, which is a combination of some more disciplines, could help us to analyze the

text from English into Farsi without counting on translating process: treaty: *تهداهام* and doing so, we have entered in a new space separated from legal and normative roles but linguistic type of analysis because 1 – first, we should relate the signify to signifier and vice versa and 2 – find the correct equivalent of the word or term. After this automatic process is that we can enter in the other dimensions of analysis and interpretation to correlate the etymological meaning to the conventional one and therefore, extract a justified and true interpretation of a judgment, advisory opinion or convention. As a result, we have to accept that this process is not just a legal subjective – objective process but it is a multidimensional process.

3 The non-English – French speakers are expected to go through linguistic – semantic phase of analysis to the pragmatic – cognitive one to understand the main idea or notion of IL texts and instruments. It is no possible to interpret a discourse while unknowing the words or terms which integrate it like it is no possible to clarify a sentence meaning while denying etymological meaning of the terms. In this step-by – step type of analysis, the speakers of the other languages are expected to go from linguistic – semantic phase to the pragmatic one: from word to sentence and from sentence to text, discourse and utterance.

4 Arenas Salas, Luisa, 2011.

“human language” in every type and manner. That is to say, if we are speaking about IL texts or utterance, probably we can use the linguistics and pragmatics criteria in order to have more awareness about the true senses and signs which human beings enjoy in everyday usage of languages one of which is the language of international law texts and instruments.

Because the language of IL also is under impact of social changes and evolutions, interpreters and international lawyers should be aware of what is happening with the notions and concepts in international law language. According to Ulf Linder Falk, for instance, international law interpreters and lawyers have to decide whether they are going to interpret the language of conclusion of a treaty or convention (historical signs and language) or they are to interpret the language of adhesion and enforcement of that one (contemporary language).⁵

Unfortunately, during years we have seen that the decision makers and interpreters in international law have no any clear idea about the above segments. That is to say, there is no any argumentation if is the historical language important for or the other one, the contemporary language? Answering clearly this question requires the awareness from what we call “linguistic competence” or “communicative competence”. International lawyers and interpreters of instruments have to know the changeable philosophy of languages which is a result of social changes – evolutions. That is why, as Solan also states, “the argumentations which international lawyers and interpreters always give, have a lack of linguistic – pragmatic awareness”.⁶

On the other hand, as we argued above, if the international lawyers and legal philosophers are not aware of the innate changing essence of semantic-pragmatic signs of a specialized language like international law one, surely they cannot prevent the ongoing problems of

interpretation between two states or parties of a convention. There are too many examples which show that language users of international law not being aware of inherent changing essence of contextual meaning of the words and expressions, have brought actions to the ICJ looking for a defined and determined solution.⁷

The International Court of Justice in its judgment about the case between Costa Rica – Nicaragua followed the same argument in the Navigational Rights regarding the term “commerce” and held that ... there are situations in which the parties intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used-or some of them – a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to respect the parties’ common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied.⁸

This judgment of the ICJ by itself shows the importance of linguistic – pragmatic knowledge regarding the evolutionary dimensions of etymological meaning of the words. In ICJ statement there is a relation between evolutionary

7 This is to prove the changing essence of wording and word meaning. From a socio-linguistic point of view, words and their meanings could change during the history. The creative use of language in the mind of its users leads them to change not just the way of saying an intention, but the meanings to define the idea or notion. Additionally, social changes and advances also help this process to be done in a very fast time limitation. One of the examples is the word “cool” in American English which has been used like “cold” for years but recently, is used with a connotative meaning like “interesting”. Therefore, if the IL lawyer of judge is not aware of these changes, it could result problematic situations between countries or parties of a treaty of convention. There are some cases in ICJ which show this problematic situation which had happened because of lack of accurate information between parties about all of semantic – pragmatic presumptions of a term.

8 Dispute regarding Navigational and Related Rights (Navigational Rights) (Costa Rica v. Nicaragua) Judgment [2009] ICJ Rep. at 64.

5 Linder Falk, P. 73, 2007.

6 Solan, pp. 95-96, 2012.

wording and development of international law. From a linguistic point of view, a generic word or term could be changeable during the history because there is no any specify meaning in the mind while mentioning it. That is why, when the ICJ is speaking about the generic nature of some terms in international law, we could consider it like a relation between language of international law and linguistic signs in ordinary language. The mentioned term, “commerce”, is not generated by international law but rather it has its own roots from social usage of language and that’s why when the parties try to use it, they should be aware of different grades of its meanings and usages. This is the space that should be called the link between semantics and pragmatics. From semantic viewpoint: the signify and signifier of commerce and its etymological meanings to the pragmatic one, that is to say, the usage and intentions of speakers while using it.

Ulf Linder Falk, in his discussion of linguistic reference, distinguishes singular referring expressions, which refer to one phenomenon (e.g. a celestial body), from general referring expressions, which refer to a group of phenomena (e.g. a special group of celestial bodies), and generic referring expressions, which refer to a class of phenomena (e.g. objects that qualify as celestial bodies).⁹ In the case of singular and general referring expressions, the referent can be either defined or undefined. If the referent is extensionally defined, the communicator has a specific phenomenon or group of phenomena in mind. If the referent is intentionally defined, the communicator does not have a specific phenomenon or group of phenomena in mind. In the case of generic referring expressions, the number of possible referents of a generic referring expression could be listed, if the list of referents that have these specific properties (e.g. to qualify a celestial body) is finite.¹⁰ For generic referring expressions, the question is whether or not the original communicator assumed that the class

of the referent would stay the same or evolve. In the first case, the generic referring expression is defined, so the “referring possibilities” are constrained by the linguistic conventions applicable at the moment the treaty was concluded.¹¹ If all parties are aware about linguistic and pragmatic changes of some expressions which are the result of sociolinguistic impacts, surely they can have a better conclusion of their conventions. In this regard, what linguistics really do is not to present a new way of interpretation which could not be alterable but rather, it is expanding the parties or international law subjects knowledge about study of referents, signifies, signifiers, the possibility of implied meanings generated by any society, context and so forth, which is more indispensable for Farsi or any other language speakers apart from official languages of international law recognized by ICJ and UN organs. That is why it can be declared that linguistic studies and viewpoints could be important to justify the boundaries of knowledge and languages which are to be influenced by social changes of any society.

2. THE ROLE OF PRAGMATICS IN DECODING INTERNATIONAL LAW LANGUAGE; BASIC NOTIONS

In order to clarify the relation between pragmatics and interpretation of IL texts in international law, we should know first what is pragmatics? Recent studies show that pragmatics could be taken into account like the cognitive aspect of linguistics. As Clark states,¹² some modern approaches such as Relevance Theory are based on elements drawn from the cognitive sciences, while others eschew cognitive elements. These modern studies could prove that the boundaries between linguistics and pragmatics are to be defined far from previous studies. That is to say, the cognitive approach to the pragmatics and linguistic studies show

9 Linder Falk, pp. 76-77, 2007.

10 Ibid.

11 Ibid.

12 Clark, 2013.

a new horizon which is more complex that it has been during year by structuralism of Saussure.¹³

Here, we are to present some basic notions of pragmatics in order to prove the links between this field of study and the process of production-conclusion texts in international law.¹⁴

Apparently, pragmatics was created by linguistics and today, is a part of cognitive sciences too. Traditionally, this field is considered like a subdiscipline of linguistics and it is classified in the next hierarchy: syntax is the study of grammar and its relation with linguistic signs. Semantics is concerned with meaning and the relationships between what we refer to and linguistic sign and finally, pragmatics, was concerned with linguistic signs and their users or communicators. Initially, pragmatics was concerned only with expressions of certain extra linguistic situational meaning, such as place and time, and was not an active field of research.¹⁵

13 When we are speaking about semantics, as it was shown before, we are speaking about the relation between referent, meaning, signify, signifier and everything that have to do with semasiology and onomasiology, that is to say, the word by word or literal meaning of the words and its relations with the reality. For instance, when we say “it is 4 o’clock” we are catching the referent “watch” calculating the real hour to the present in order to give information to the addressee and that is why we say in a semantically analyzed sentence, we can only recognize the links between the reality and “what we say”. But rather, in pragmatics, the approach is very longer and broader. In pragmatics, when we say “it is 4 o’clock”, the addressee should analyze lots of aspects in order to get the main intention of the speaker. “it is late”, “we should go faster”, “I have no time to arrive the university”, “If only we could go with each other”, “we have lost an appointment” and so forth. That is to say, the most important question in pragmatics to be answered is “what is the intention or what do you mean by this utterance?” while in semantics we speak about “what does it mean”. So these specific boundaries are going to be influenced by the new horizons of cognitive studies of utterance and pragmatics which have been started to change by Paul Grice and Sperber and Wilson Theories.

14 As Clennon (2010) says, pragmatics should not in any way be confused with legal pragmatism.

15 Reboul & Moeschler, 1998a: 26-27, quoting Morris, 1938.

Metaphorically speaking, pragmatics was once the waste-basket of linguistics.¹⁶

According to Zuffery & Moeschler¹⁷, in a communicative process between addressee and speaker, the addressee discern the intention of speaker and, by drawing on certain principles, makes inferences (the inferential model). In fact, this perspective is the one that invited cognitive theory into pragmatics. That is to say, the cognitive abilities and situations of the speaker and listener (addressee) are to be important in this point of view. The aspect which in terms of cognitive theories of Noam Chomsky and the other pragmatic theorists, depends on the “communicative competence” or “linguistic competence” of the receiver of the message.

Paul Grice is the person how apparently starts the new cognitive horizon of pragmatics. With the 1975 publication of *Logic and Conversation*¹⁸, this new dimension of pragmatics states to appear. The main idea of Grice in this aspect is concentrated in cooperation between speaker and addressee in addition to the recognition of speaker intentions by addressee. Grice introduced the distinction between a sentence and an utterance¹⁹. In linguistics and pragmatics, sentences and their meaning are context-independent and “sentence” refers to “information associated with that sentence according to the underlying linguistic system.”²⁰ Utterances and their meaning²¹ are context-dependent and refer to “the information associated with that utterance according to the intentions of the utterer.”²² According to Grice, a speaker or writer who utters intends the addressee or listener to recognize the intention behind utterance, and this recognition and comprehension of the message or intention is that produces the effect. With the presumption of writer or speaker to be logical or rational, the

16 Mey, 1993: 247, quoting Bar – Hillel.

17 Zuffery & Moeschler, 2012: 19.

18 Grice, 1975.

19 Reboul & Moeschler, 1998a:50.

20 Linder Falk, 2007:30, quoting Blakemore, 1992:3-10.

21 Also called speaker meaning – Sperber & Wilson, 1995:21.

22 Linder Falk, 2007:30, quoting Blakemore, 1992:3-10.

addressee get the information emitted by him and recognized the intention. This, per se, is what Grice call principles of cooperation which is under supervision of both speaker and addressee which involves 4 maximums: quality, quantity, manner and relation. Uttering – understanding a message according to this process have as a result conversational implicatures which is drawn by cooperation between communicators. We can evaluate the next example in this regard. If we ask our friends: “are you going to mathematic class?” and our friends answer: “We have an appointment just now!” we, supposing to be rational, believe that their answer have to do with my question. When we compare the time of the class with that appointment, we conclude that their answer is no.²³ The difference between linguistic information analysis and cognitive pragmatic analysis is included in the above example. Conversational implicatures of Grice are built on context – based hypothesis (situational, verbal and no verbal informations) and of course, linguistic encoding model would too many help in this case because as a matter of fact, intention of the speaker or writer is to be decoded and not the linguistic sign only. The Gricean Model of communication aligned pragmatics more closely with the cognitive sciences²⁴ which intend to explain the way the human mind works²⁵ and the one that later was continued by the Relevance Theory of Sperber and Wilson; a new cognitive – linguistic theory that despite its closely relations with the Grice one, has its own characteristics in this regard.

In fact, the theory of Sperber and Wilson recognizes the existence of implicature and accepts that there is an inference process from addressees mind to understand what have been the real intention of the speaker to be said. The concentration of this theory in cognitive-pragmatic is in the content on one Grice maximum which is recognized like relevance or relation.²⁶

“Utterances raise expectations of relevance, but [Relevance theorists] question several other aspects of his account, including the need for a Cooperative Principle and maxims, the focus on pragmatic contributions to implicit (as opposed to explicit) content, the role of maxim violation in utterance interpretation [...] The central claim of relevance theory is that the expectations of relevance raised by an utterance are precise and predictable enough to guide the hearer toward the speaker’s meaning. The aim is to explain in cognitively realistic terms what these expectations amount to, and how they might contribute to an empirically plausible account of comprehension.”²⁷

Sperber and Wilson point out that there are more or less implicit – as well as nonverbal – forms of communication.²⁸ They argue that implicit communication is much more vague than explicit statements, and this vagueness is often intentional.²⁹ In their opinion, Relevance Theory can accommodate these cases because the speaker’s informative intention is to modify directly “not the thoughts but the cognitive environment of the audience”.³⁰ The theory of Sperber and Wilson is the one that create this believe that “thoughts cannot travel from one brain to the another” but they have to be understood and attributed under cognitive circumstances and situations, the terms which could refer indirectly to the context. In this regard, we should familiar first with a cognitive environment and its definition. Of course, it is somehow influenced by the “context” ideas of texts in international law but in a very stricto sensu and from a cognitive viewpoint, the cognitive environment has its own characteristics which some of them are stated by Moeschler³¹: “manifest to an individual; that is, assumptions that are entertained as true or inferable” in the inferential process of verbal communication.³²

23 Zuffery & Moeschler, 2012:106.

24 Ibid.

25 Reboul & Moeschler, 1998a:59.

26 Wilson & Sperber, 2004: 607, emphasized added.

27 Horn, 2004: 22.

28 Sperber & Wilson, 1995: 59-60.

29 Ibid.

30 Ibid.

31 Moeschler, 2009: 13-14.

32 We believe that language of international law could be influence by these aspects of cognitive – pragmatic

As he continuous, the interpretive or contextualizing process of formulating, confirming or infirming hypothesis generates new assumptions of strengthens, weakens or suppresses old assumptions.³³ The process as a whole, as Sperber and Wilson emphasize, is geared by the search for relevance, the more similar assumptions two people share, the greater the overlap between their cognitive environments and more likely the search for relevance will

lead to successful communication.^{34,35}

It is shown that some international law scholars have confused or have not understand the true model of communication in international law or either, do not believe that also this discipline (international law) needs its own language and communicative model which has to be a bypass production (conclusion) – interpretation.³⁶ That is

views. As a matter of fact, the problem of interpretation of international law instruments and texts is not just a legal problem, but rather, it should be analyzed from different approaches some of which is linguistics and of course, pragmatic approaches. If we accept that the language of international law also is “a case of ordinary language”, so we are going to be able for start analyzing it by linguistic – pragmatic and cognitive means, especially because not all languages in the world are like English but languages like Farsi or Arabic are brutally different from English (phonetically, phonologically, syntactically, semantically and so forth) in this leads to a presumed preliminary difference between English speakers of international law and for example, Arabic speakers of international law. Of course, there are some conventions on arbitrary meanings which could reduce such important differences but it is not enough. While we have stable and object referent like sun=sol=شمس there is no any serious problem to understand the semantic meaning but when this word is used by some users in some specific cognitive environments, the thing is different for probably the speaker has a specific connotation in mind or a metaphoric usage of that word. It is just a very small example of linguistic – pragmatic differences between international law users and it leads, of course, to greater differences in getting ideas and meanings like words regarding special scientific branch, specialized languages, subjective notions and Etc. it is in this case that when the word “commerce” is used, in case of any dispute, the subjects of international law could have misunderstood the main denotation – connotation of such a word because they have not been aware of the real referents and meanings of it. Therefore, we should accept that such cases are more eminent to occur for the other non-English speakers and interlocutors of IL texts and instruments.

33 Moeschler, 2009: 13-14.

34 When we take the IL language like an “ordinary language analyzed by linguistic – pragmatic and cognitive” processes and knowledge, we have taken this assumption in consideration that this language also is working like a communicative language which needs its own channels and ways to have a successful communication with the other lawyers, judges, organs and international law subjects. In this regard, the better cognitive awareness we have from the real world and subjects, the better conclusion of instruments and texts we have and therefore, the better interpretation we could have. An interpretive process which consists on linguistic – pragmatic and cognitive awareness and therefore, we accept that we have committed to interpret with rationality and justice. So, as a matter of fact, there is where we should state that “conclusion of a treaty, final act, convention, instrument and Etc. in international law, have lots to do with interpretation of it. When “any ordinary language” is influenced and changed by social and individual circumstances, the semantic evolution of contents is expected. That is to say, if we conclude a contract or a treaty today in English, which is going to be important in the hour of interpretation of that instrument, is the social circumstances of that language. However, in order to reduce the risks of misinterpretation (problems of historical language or contemporary language) both or multilateral parties could agree when concluding an instrument. That is to say, they agree in good faith if social circumstances of historical language is evoked when interpreted or the contemporary one. This method could reduce misunderstandings and disputes between parties, although some differences, like explained before, are arose because there is no any common – social language of international law created by own subjects but it is apparently agreed “English” to be the official language of international law. The matter that arises the next question: are all of the subjects of IL thinking, speaking, creating cognitive frames like the English native speakers do? If not, how can create a possible common sense – language and cognitive inference between subjects that have been grown with different ideas, ideologies, thoughts and so forth?

35 Sperber & Wilson, 1995:44.

36 As we discuss about it before, this process should be taken into account both from cognitive side of interpretation and pragmatic one. That is to say, if we expect true and good interpretation of instruments and

to say, without counting on expressly or explicitly true manifestation, there is no any true and realistic inference. In this aspect, Sperber and Wilson argue that all forms of communication involve two-fold intentional (ostensive-inferential) process.³⁷

The speaker must explicitly show a communicative intention (ostension) to communicate a particular piece of information to addressee, which the addressee then could or has to infer.³⁸ As Moeschler adds³⁹, if we use Relevance Theory to explain verbal communication, “the correct interpretation is a by – product of linguistic information, contextual premises and deductive processes.”⁴⁰ In the words of Moeschler and Reboul,⁴¹ Relevance Theory does not consider semantic meaning to be peripheral to a cognitive pragmatic theory of meaning and interpretation in verbal communication, but “marries [...] decoding and inferential processes”. Sperber and Wilson believe that in process of communication between human being it is cognitive system which could first recognize the situation and after that, show the relevance between utterances. Therefore, the process of cognitive recognition exists in every communicative situation. It is worth noting that in this process, both addressee and speaker need information. In other words, the more cognitive effects or pieces of information available to the addressee, the greater the

relevance of the utterance and vice versa.⁴²

Information is relevant if it has at least one positive cognitive effect in a given context – if it adds, modifies or deletes information.⁴³ From Relevance Theory is inferred that cognitive effects and cognitive processing can be naturally balanced internally: “a. follow the path of least effort in computing cognitive effects (...) b. stop when your expectations of relevance are satisfied (or abandoned).”⁴⁴ In fact, this theory is looking for expansion of what we call cognitive model of interpretation of communication. Although we start with linguistic coding but the process of communication continuous with cognitive effects. It happens in IL communicative model and language too. When a provision in a treaty establishes a meaning or represent something according to our expectation, then we have experienced what we have cumulated in our minds before, something that is acceded from past experiences and it is realized when communicating in this language (language of international law).

Actually, the most important efforts of language pragmatic which has been started by Grice and then, Sperber and Wilson, could demonstrate that in a communicative model of language in international law we can count with some linguistic – cognitive factors to do a two sided process: 1 – production or conclusion an international law text and 2 – interpretation, perceiving or decoding the IL message. In other words, taking Relevance Theory and Gricean Model of Communication in consideration, we could see that messages and normative processes in international law should be emitted and understood having a cognitive environment which help us to understand the real intention of the parties. It is worth noting that according to the articles 31 and 32 of VCLT (Vienna Convention on the Law of Treaties) every treaty or instrument in international law has a “subject-matter”; that is to say, all of the parties have an aim to conclude a treaty or instrument which could prove the cogni-

texts in international law, we should have “constructive ostension” and if not, the process of communication is failed or there is going to show different interpretation from what we have expected. Therefore, in order to have a really true and understandable result, it should be taken into account that this process have to do with each other. There is no a good result without the starting point and vice versa. Especially when we are speaking about the communicative language of international law; a language which is supposed to be “normative” and “legal” and should settle the relations between international law organs, subjects and authorities.

37 Reboul & Moeschler, 1998a: 72.

38 Zuffery & Moeschler, 2012:108.

39 It is the case of verbal and non-verbal communication: “verbal communication proper begins when an utterance... Is manifestly chosen by the speaker for its semantic properties” (Sperber & Wilson, 1995:178).

40 Moeschler, 2009: 8.

41 Reboul & Moeschler, 1998a:63.

42 Zuffery & Moeschler, 2012:108.

43 Moeschler, 2009: 11.

44 Moeschler, 2009: 12-13 quoting Sperber & Wilson, 2004: 613.

tive viewpoints to the interpretation of IL texts. In fact, the adhesion of RT (Relevance Theory) and cognitive achievements are to be useful in this specific aspect showing that every communicative (written or oral) situation is created in a cognitive environment and of course, to understand the real dimensions of that message, the readers and interpreters should take into account those coefficients.⁴⁵

3. Cognitive elements in the Language of International law; Trying to Extract the Exact Meaning of a/an Word-Utterance

One of the most important issues regarding language of international law is if it is possible to translate-interpret judgments, treaties, conventions and awards in a word-by-word manner. All we know that there are many Non-English speaking countries and subjects of international law which should interpret the above texts by a first-

hand translation. The empirical answer, as Marianne Lederer says, is clear: years of practice and observation of practice show that languages, however closely related, do not match in actual speech. This means that translating languages as heard, faultless though the translating might be, does not make sense.⁴⁶ In this sense, any translator or interpreter of language of international law could also count on cognitive complements as is acts of speech. As it was mentioned before, the linguistic – cognitive elements in a speech – communicative situations could help the reader or interlocutor of international law texts to better understanding. These types of cognitive elements are to be determined correctly in order to be able for transmitting the messages from one language to another one. As Lederer⁴⁷ argues in his article “Interpreting, Yesterday, Today and Tomorrow” there are some specific cognitive elements which have to be taken into account in this regard:

- A. The order of words
- B. Prepositions
- C. Number of words
- D. Verbal context
- E. Situational context
- F. Cognitive context
- G. Knowledge of the world or encyclopedic knowledge

A. The Order of Words

Probably some language users think that for translating a word from language A to language B there is no any need rather lexical correspondences from those languages to another one. That is to say, just semantic analysis and not else. Yet such phrases, although apparently constructed in a similar way, do not translate the same order of the words: ex aequo et bono= ex=preposicion, aequo=sustantivo, et=preposicion, bono=adjetivo while translating this formulaic expression into Farsi, for example, requires more connotative – cognitive information: ex: هب، ز ا، aequo: ناسکی، رب ارب، et: و، bono: بوخ، حالص و ریخ هب.

From word by word equivalence above is

45 As mentioned in previous sections, the study of implicature – explicature, intentional meaning, connotative – denotative meanings, cognitive relevance and so forth are aspects that have to do with every situational communicative model, whether IL oral or written text or ordinary usage of language. In most cases, people from all across the globe, differentiated by language and culture, try to understand each other in different situations. Taking in consideration a “Common Communicative Model of language” both orally and written especially for the language of IL could help them to better understanding – interpreting messages. In this regard, we can more familiarize with the linguistic – pragmatic – cognitive models of understanding – communicating in order to communicate with awareness and be understood and inferred more successfully, fulfilling with the language norms and rules. One of the most common examples of this successful “communicative model” could be avoiding to use vague or ambiguous words – terms in language of international law when concluding a treaty – convention. According to Gricean Model of Communication, every utterance should be emitted under 4 maxims of cooperation between speaker – interlocutor and writer-addressee. If we take these principles and the other rules of language communication model in consideration, the risk of misunderstanding or misinterpretation reduces meaningfully because we have tried to transfer our ideas and thoughts in the best way; either explicitly or implicitly.

46 Lederer, 1990: 54.

47 Ibid.

inferred that there is no any certain denotative meaning extracted from Latin expression used in international law language. It is, however, the world knowledge combined with knowledge of both languages which could help the reader – interpreter of international law texts and instruments that above Latin expression in Farsi is: *دی‌دباوٹ و حالص لصا*.

Although there is no any relation between lexical correspondences of both languages.⁴⁸

As Lederer states: “it is well known that syntax varies from language to language. It is less well known that interpreters (and translators alike) rely on their knowledge of the world to find the correct word order in their native tongue”.⁴⁹

B. Prepositions

The prepositional usage in language is an important aspect that sometimes we forget taking it in consideration. For instance, the usage of prepositions in French, Spanish or Farsi is not the same as it happens in the common language of IL which is English. *Compañía bajo control de extranjeros* in Spanish, for instance, is *Foreign controlled companies* in English or *مک یتکرش دننک یم لرتنک ناگن‌اگی* in Farsi. If the cognitive complement is undisguisable from understanding of the words, it could be noted that this type of translation or interpretation is successful. As a result, the links between words, lexical order and cognitive elements are indispensable for starting an interpretive process in any ordinary or specialized language one of which is international law.

C. Number of Words

Normally, all language users from different cultures and languages use not the same order or number of words to express themselves or it is

rare. Just observe the next examples in different languages used by IL users – subjects:

Eng> this country is the second largest exporter of oil in the world

Spn> este país es el segundo exportador mundial de petróleo

Far> تارداص رد ار یناهج مود هاگی‌اج روشک نی‌ا دراد تفن

As Lederer emphasizes⁵⁰, the word “largest” is explicit in English but implicit in Spanish and either, Farsi. The important thing is that sometimes the reverse case also happens; some concepts are implicit in Farsi but explicit in Spanish or English. Therefore, as it is observed, counting on literal – word by word meanings is not enough for knowing and interpreting the IL propositions – utterances but there is a very indispensable need for cognitive-pragmatic elements. Cognitive elements which according to Lederer, appear in next classification.

D. Verbal Context

Basically, the notion of “context” is one of the most important concepts in interpretation – conclusion of IL texts and instruments. If we accept that language of IL has its characteristics, we will accept that this language has its own peculiarities to be transmitted – interpreted by writers-addresses. The notion of context, which has been emphasized by international courts and it is also included in art. 31 of VCLT 1960 has a very complicated connotation to be understood because it has been argued in linguistics, pragmatics and cognitive science too. It is “Verbal Context” which could help us to choose the appropriate meaning of a word or phrase in its surrounded phrases. “Speeches are uttered in a continuous stream of words, each word contributing to the meaning of the words around it and being made more specific by these surrounding words”.⁵¹ That is why when we use words like “justice”, “convention”, “security”, “protection” and so forth in IL texts and instruments, in order to translate them into the target languages (Farsi, Spanish, Arabic and Etc.) we should recognize and consider the ver-

⁴⁸ Although there is convention about linguistic signs – lexical correspondences between subjects of international law in IL language, but it is not deniable that not all of international law users are English or French speakers. A really important issue which creates cognitive impacts between them. in this regard, interpreting an IL text without taking in consideration the cognitive-pragmatic aspects could really result in nonsense meaning, gap, vague and ambiguous expressions.

⁴⁹ Lederer, 1990:55.

⁵⁰ Lederer, 1990: 56.

⁵¹ Ibid.

bal context in which these words appear. If not, the systematic-social differences of languages could result in misinterpretation-misusage of those words.

E. Situational Context

International Law interpreters and lawyers are part of the IL language and have role to develop its borders. If they are only readers and they do not know how to use this language, surely there is no any successful transmitting process. Awareness of situational context can help international lawyers and language users to decode the real linguistic signs – cognitive approaches of speeches and texts in this aspect. It is worth noting, as was mentioned before, art. 31 of VCLT would refer to all types of the contexts one of which is “situational” one. The supporting idea of this alleged statement is that there is no any specification of types of context included in that convention. It simply states: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. Therefore, interpretation of a treaty or instrument in international law apart from object and purpose, needs “context”. But, what type of context is referred to? We believe that this type of context would be deciphered by interdisciplinary views: cognitive elements, linguistics and pragmatics.

F. Cognitive Context

It is also a very important step to recognize cognitive elements of speech, production and interpretation a text, utterance or instrument. Is there any possibility to interpret ICJ judgments without remembering the old practices, jurisprudence, judges or statements? The “cognitive context” is that one which connects all previously stated speeches, rhetoric and statements to the present information. As Lederer continuous: “it is cognitive, since no longer bears a verbal shape, and contextual, since it stems from things said. It is the cumulative knowledge brought by the speech chain up to the point where the interpreter

is translating”.⁵² In other words, after understanding the statement, utterance or text, the linguistic signs – semantic processes are substituted by cognitive frames or elements. That is why a reader, interpreter or lawyer of an international law treaty, instrument or text should not just have linguistic – legal knowledge, but he/she has to be aware of the real cognitive sense and relevance between what has been said before and what is to be said later and if not, there is no any evolutionary understanding – interpreting process for the Non – English (Non IL principal producers) because or they are just satisfied with linguistic – semantic meaning (word by word translation) or they are not aware of using different contexts (like cognitive one) to be able for decoding the right and correct connotation – intention of IL producers, judges and organizations which are the important ones in this process.⁵³ This definition of context is really important for the subjects of IL and interlocutors of IL texts and instruments. As Lederer continuous stating this opinion about “Oral Interpretation Conferences”, comparing his words with the IL language when she says: “professional interpreters never interpret sentence by sentence; they prefer waiting for the speech to proceed and provide maximum information. They know that the proper meaning of words arises not only out of their language tenor but also out of cognitive context”.⁵⁴ We could evaluate more and more all sided contexts which have to do with IL treaties and instruments.

G. Knowledge of the World or Encyclopedic Knowledge

“Knowledge of the world exists independently of acts of speech. It is the entirety of what we

⁵² Lederer, 1990: 57.

⁵³ If all IL language users were speaking in English or French, have the same cognitive knowledge from the entire world, have the same culture or viewpoints, surely there would not exist misinterpretations like what we see nowadays. That is because at the first step, we, IL language users, are from different backgrounds and cognitive experiences and this is a challenge especially for those who are not thinking – speaking like the IL principal users of language (English – French) in ICJ and some others in UNSC.

⁵⁴ Lederer, 1990: 58.

know, whether through experience or through learning. Relevant parts of it are mobilized by the speech chain and contribute to understanding”.⁵⁵ The knowledge of the world is that one could help IL language users, organizations and subjects to interpret the real sense and what have been said in an instrument or convention. Interpreting – understanding some international events like Cold War, World War the II, War, Crime, Etc. the specialized user of language of IL understand that we are not speaking about “a war that have been occurred during a cold temperature!!” or by saying World War inferring “a war that all of the nations were in armed conflict with each other!!” but this is the encyclopedic knowledge that can help readers – interlocutors of IL to understand the specific meaning – intention of what has been said or what is going to be said or communicated both orally and written. “Native speakers are not aware of cognitive complements. Verbal, situational and cognitive contexts and knowledge of the world come into play quite naturally, while language alone seems to be present.”⁵⁶ For this reason is that we consist the issue that international lawyers and subjects have to know more things about “context” mentioned in art. 31 of the VCLT. Interpreting a IL text or instrument, like concluding them, requires an awareness of cognitive frames – complements of course, it is because we cannot translate languages on the basis of “Language or Language System” alone.⁵⁷ Insisting only in linguistic characteristic or signs in languages when speaking about IL language is not correct (the simple work could be done by machines of translation), beside this, concerning only in legal norms or absolute legal interpretation of that language is also incorrect. We believe that there should be a combination of “legal – linguistic – pragmatic and cognitive” combinations for writing well – understanding well – elaborating well and doing the best for achieving IL goals which according to the UN Charter, are summarized in justice, peace and security.

“Since languages differ in all respect, not only

in sound structures, semantics or syntax, but also in the way speakers refer to ideas, facts and events, interpreters cannot proceed directly from one language to the other”.⁵⁸ This can be said in another words to. To conclude – speak – understand and interpret in IL language, an international lawyer, judge, organ or interpreter should take a look at both linguistic and extra linguistic (non – linguistic) knowledge. As Lederer states: “Only cognitive complements can explain fully the nature of interpreting and vindicate the interpreters’ assertion that understanding speech [intentions] goes further than understanding language”.⁵⁹ It is just like the relationship between semantics and pragmatics in linguistics. In order to get/ understand an idea, we start with linguistic signs and we conclude with pragmatics and cognitive features.

4. Concluding Remarks

This paper aimed to demonstrate that international lawyers, interpreters, judges and scholars could take linguistic – pragmatic studies in consideration both for: 1 – production or conclusion of a text in any nature and 2 – in order to decode, understand and interpret the right sense behind words and terms in language of international law. If we see the IL language like a “communicative model of language”, surely we will accept that this communicative – specialized model of language also has its own characteristics according to the aims – objectives of its users. The contents of articles 31 and 32 of the VCLT are acceptable, but there can realize the necessity of more criteria to be able to interpret and conclude a treaty or instrument in international law because: 1 – not all languages of international law are spoken and written like English of French and 2 – present era has its own characteristics and requires to be understood according to and up to dated – evolutionary viewpoint: the study of cognitive aspects of language – human beings have developed since 1970 up to here and that’s

55 Ibid.

56 Ibid.

57 Ibid.

58 Lederer, 1990: 59.

59 Ibid.

why international law – international relations scholars have to take all scientific aspects of science in order to understand aims and intentions of each other.

In our opinion, as told before, understanding – interpreting the language of international law requires indispensably all linguistic – pragmatic knowledge to decode the right intention of international law subjects. For instance, when they are speaking about “combat with terrorism” or “human rights” an international lawyer or international law interlocutor have to take in consideration: 1 – all of the cognitive – pragmatic elements of the utterance to understand and interpret the correct meaning to be decoded, 2 – all of the linguistic steps of source languages of international law while not being an English or French speaker which have been used like most spoken languages of international law (ICJ, SC and some specialized organizations of IL) and 3 – all of the interpretive steps of understanding the denotative and then, connotative meanings of a utterance. For example, when speaking about necessity of protecting or keeping “peace

and security” in the world, 1 – be familiarized with the literal or etymological meanings of the words “security and peace” in case of non-English speakers (linguistic – semantic phase) 2 – be familiarized with the conventional meanings of these words in international law (if there is any convention about their scope of meaning and denotation) (linguistic – semantic phase) and 3 – analyze whether it has been intended to utter the metaphoric meaning, alternative meaning or the strictu sensu meaning of the term (which is a pragmatic phase concerning about context – contextual meaning – the state of users and how – when – by who and to whom questions which could help the reader – interlocutor of IL language to be informed of what was intended to address when, for instance, one invader president utters: “we should keep international security”, activating our encyclopedic knowledge of the world, knowing situational, verbal and non-verbal contexts and passing from linguistic phase of translation – informed by linguistic signs to pragmatic – cognitive phases.

BIBLIOGRAPHY:

English

1. A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 208, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
2. A. D. McNair, *the Law of Treaties*, p. 365 (Clarendon Press, Oxford, 1961).
3. B. Bix, *Legal Interpretation and the Philosophy of Language*, in P. Tiersma and L. Solan, *the Oxford Handbook of Language and Law*, p. 152, Oxford University Press.
4. Cf. B. Clarck, *Relevance Theory*, pp. 306-308 (Cambridge University Press, Cambridge, 2013).
5. D. Blackmore, *Understanding Uterances: Introduction to Pragmatics*, pp. 3 – 10 (Blackwell, Oxford, 1992).
6. D. Sperber and G. Origgi, *a Pragmatic Perspective on the Evolution of Language*, in D. Wilson and D. Sperber, 2012.
7. D. Wilson and D. Sperber, *Relevance Theory*, in Horn and Ward, *the Handbook of Pragmatics*, p. 611 (Blackwell, Malden, 2006).
8. D. Wilson, *Relevance Theory and Lexical Pragmatics*, p. 282, *Italian Journal of Linguistics*, 2003.
9. *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica V Nicaragua)*, 13 July 2009, ICJ, Judgment, ICJ Reports 2009, p. 213,

- para. 48.
10. Dorr, p. 534, para. 25 and p. 535, para. 27, with special reference to the European Convention on Human Rights.
 11. G. Nolte, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
 12. H. Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, pp. 72, 119-127 (Ashgate, Farnham, 2013).
 13. J. Smolka and B. Priker, *International Law and Pragmatics, an Account of Interpretation in International Law*, *International Journal of Language and Law*, 2016.
 14. J. Mey, *How to Do Good Things with Words: a Social Pragmatics for Survival*, 1993.
 15. J. Moeschler, *Is Pragmatics of Discourse Possible?* in A. Capone *Perspectives on Language, Use and Pragmatics. A Volume Memory of Sorin Stati*, p. 223 (Lincom Europa, Munich, 2010).
 16. J. Moeschler, *Pragmatics, Propositional and Non Propositional Effects. Can a Theory of Utterance Interpretation Account for Emotions in Verbal Communication?* p. 452, 2009.
 17. K. Mc Auliffe, *Language and Law in the European Union: The Multilingual Jurisprudence of the ECJ*, in Tiersma and L. Solan, the *Oxford Handbook of Language and Law*, 2012.
 18. Lederer, Marianne, *The Role of Cognitive Complements in Interpreting*, *American Translators Association*, Volume IV, 1990.
 19. L. Horn, *the Border Wars: a neo-Gricean perspective*, in K. von Heusinger and K. Turner, p. 21, Amsterdam, 2006.
 20. M. Freeman and F. Smith, *Law and Language: an Introduction*, in M. Freeman and F. Smith, 2013.
 21. O. Dorr, Article 31, in O. Dorr and K. Schmalenbach, p. 536 para. 29, *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (Springer, Berlin, 2012).
 22. Priker, Benedikt and Smolka, Jennifer, *Making Interpretation More Explicit: International Law and Pragmatics*, *Nordic Journal of International Law*, pp. 1-43, 2017.
 23. R. Bennett, *Constitutional Interpretation*, in L. Solan and P. Tiersma, p. 117, *Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford University Press, 2012.
 24. R. Carston, *Legal Texts and Canons of Construction: a View from Current Pragmatic Theory*, in M. Freeman and F. Smith, *Law and Language*, P. 8, Oxford University Press.
 25. R. Carston, *Relevance Theory and the Saying/ Implicating Distinction*, in L. Horn and G. Ward, the *Handbook of Pragmatics*, p. 636 (Blackwell, Malden, 2006).
 26. R. Gardiner, *the Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation*, in D. B. Hollis, p. 478, the *Oxford Guides to Treaties*, Oxford University Press, 2012.
 27. R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 21, Oxford University Press, Oxford, 2010.
 28. U. Linderfalk, *Is Treaty Interpretation and Art or Science? International Law and Rational Decision Making*, pp. 173 – 174, *European Journal of International Law*, 2015.
 29. U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties, the Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 96 (Springer, Dordrecht, 2007).
 30. U. Linderfalk, *The Functionality of Conceptual Terms in International*

Law and International Legal Discourse, p. 33, European Journal of Legal Studies, 2013-2014.

31. Delisle, Jean, Translation: and interpretive approach. University of Ottawa Press, 1988 (in French, 1980).
32. Lederer, Marianne, "Simultaneous Interpretation Units of Meaning and other Features, Language Interpretation and Communication. David Gerver and H. Wallace Sinaico, eds. New York: Plenum Press, 1978.
33. Seleskovitch, Danica, Interpreting for International Conferences, Washington D.C: Pen and Booth, 1978.

French

1. A. Reboul and J. Moeschler, la Pragmatique aujourd'hui: Une Nouvelle Science de la Communication, p. 59, Paris, 1998.
2. A. Reboul and J. Moeschler, Pragmatique du Discours. De l'Interpretation de l'enonce a l'interpretation du Discours, p. 17, 1998, Paris.
3. J. Moeschler and A. Auchlin, Introduction a la Linguistique Contemporaine, p. 178 (Armand Colin, Paris, 2009).
4. J. Moeschler and A. Reboul, Dictionnaire Encyclopedique de Pragmatique, pp. 124-125 (Seuil, Paris, 1994).
5. S. Zufferey and J. Moeschler, Initiation a l'etude du sens, P.108 (Sciences Humaines Editions, Auxerre, 2012).
6. Lederer, Marianne, La traduction simultanee – experience et theorie. Paris: Minard, 1981.
7. Seleskovitch, Danica and Lederer Marianne, Interpreter pour Traduire, Paris: Didier Erudition, 1984.
8. Seleskovitch, Danica and Marianne Lederer, Pedagogie raisonnee de l'interpretation, Luxembourg and Paris: Office des publications officielles des Communautes Europeennes et Didier Erudition, 1989.

STATUS OF LLC SHAREHOLDER AND FORMS OF OBTAINING IT (Comparative-legal Analysis)

Ekaterina Pipia

*PhD Candidate of Caucasus International University,
Attorney*

KEYWORDS: Shareholder Status, Share of the Shareholder,
Shareholder's Authority

ABSTRACT

The status of the LLC shareholder characterizes the legal status of the shareholder, its legal relationship with other shareholders, the LLC itself, management of the LLC, and third parties. Although the legal status of LLC shareholder (its rights and obligations) is prescribed under Georgian law, issues related to its definition are still relevant, as Georgian legislation is limited to general regulation only, and Georgian case law and legal literature are also characterized by the scarcity of consideration of shareholder status.

The purpose of this article is to use comparative legal analysis to determine the essence of the status of the LLC shareholder, the grounds for its origin, and legal consequences. The article analyzes the concept of the status of the LLC shareholder, subjects of the status of the LLC shareholder, LLC share concept, the rights, and obligations connected to the status of the LLC shareholder, forms of receiving the status of the LLC shareholder and its period. Since the regulatory norms of Georgian LLC are the institute of logical synthesis created as a result of the reception of the norms of German law and the norms of US law, the article mainly provides a comparative analysis of the Georgian and German legal norms on the status of the LLC shareholder, as well as, to some extent, the US regulations.

INTRODUCTION

The status of LLC shareholder describes its legal condition, legal relation towards other shareholders, LLC, management of the LLC and third parties. Legal condition of the LLC shareholder (its rights and duties) is regulated under Georgian legislation. However, the issues connected to its description are still considerable, since the legislation is limited to only general regulation. The judicial practice and scientific literature is also characterized by lack of discussions on the LLC shareholder status.

The purpose of the Article is to establish the essence of the LLC shareholder status, grounds of its origination and legal consequences using legal comparative analysis. The article analyses the following issues: the concept of the LLC shareholder status, the subjects of shareholding, the concept of the LLC share, obligations and duties connected to the shareholder status, forms of obtaining the shareholder status and the period of LLC shareholding.

Georgian norms regulating the LLC is an institute of the logical synthesis created by the reception of German legal norms and influence of American legal norms.¹ In this regard, this article basically contains comparative analysis of the Georgian and German legal norms on the LLC shareholder status and, also, to some extent, American legal norms.

1. LEGAL STATUS OF THE LLC SHAREHOLDER

Legal status of the LLC shareholder – is legal condition of LLC shareholder, which implies shareholding of the person in the LLC and the system of its rights and duties derived from the LLC shareholding. The LLC shareholding depends on a person's right of ownership of LLC share. A person becomes LLC shareholder on

the basis of purchasing (obtaining) a share and only after this, person obtains the rights and duties related to this share.

1.1. Notion of the LLC Shareholder's Share

The precondition for obtaining the LLC shareholder status is to obtaining the ownership right on the LLC share. The person becomes an LLC shareholder on the basis of purchasing (obtaining) the share and only thereafter the purchaser of the share obtains the rights and duties connected to this share.

The concept of the LLC share is not comprehensively regulated under Georgian legislation. Pursuant to Paragraph 3, Article 44 of The Law of Georgia on Entrepreneurs, LLC share is a transferable right, which implies transferring the ownership right thereon from the one person to another.² The judicial practice defines the LLC share as **“a set of rights and responsibilities that a person has as a member of LLC.”**³

LLC share by its legal nature is object of the ownership right.⁴ In the sense of the law of things, it represents a property,⁵ which is divided into things and intangible property. The LLC share comes under the latter category. The Civil Code defines intangible property as the claims and rights that may be transferred to other persons or that are intended either for bringing a material benefit to their possessor or for entitling the latter to claim something from other persons.⁶ The LLC share falls within the category of rights and is not considered as a claim. Therefore, transfer of the ownership right on the share is subject to the rule

1 See Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit. Tbilisi: World of Lawyers, p. 126.

2 Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 176.

3 Liliashvili, G. (2005). Limited Liability Company (Theory and Practice). Tbilisi: GCI. p. 212; Judgements on Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, 2001, #1, p. 5.

4 Article 30 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs directly indicates that the share is object of the ownership right.

5 This follows from Paragraph 1 of Article 170 of the Civil Code of Georgia.

6 Article 152 of the Civil Code of Georgia.

on transferring the ownership and other similar rights to the right.⁷

Status of the LLC share owner grants the shareholder basic rights, from which the property rights are as follows: (1) the right to participate in the profit of the company, (2) right to receive proceeds of liquidation property, (3) in case of withdrawal or expulsion from the company, right to receive subsequent compensation,⁸ (4) in case of decreasing the capital by the shareholders' resolution, the right to receive decreased capital. The non-property rights include: (1) right to participate in management of the company and (2) the right to receive the information.⁹

Shareholder's right on the share is an abstract good. Some property must stand behind the share for it to add economic value.¹⁰ From an economic point of view, the shareholder's share is a portion of company's capital (including what the shareholder paid in exchange for the LLC share as a contribution). From the legal standpoint, LLC itself is the owner of LLC property and disposal thereof is carried out by the shareholders indirectly, by managing the LLC. Thus, juridically, the share shall be understood as art of participation in the company and not as a right to the portion of the LLC capital.

LLC share is an object of the civil turnover, which does not have material embodiment and represents unified and inseparable set of property and non-property rights and has a certain meaning, expressed in nominal value.¹¹ Respectively, the LLC share shall be discussed as subjective (participation) right of LLC shareholder,

which in its content is a bearer of both property and non-property elements.

LLC comes into existence from the moment of registration at the entrepreneurial registry. Therefore, we shall consider that LLC share also comes into existence from the moment of LLC registration. Ownership right on the share is certified by the respective indication on the participation percentage of the shareholders in the extract from the entrepreneurial registry. It is noteworthy that the extract only certifies shareholder's participation in the LLC and does not constitute a security.¹²

1.2. Authority of the LLC Shareholder

Obtaining the ownership right on LLC share automatically grants LLC shareholder respective authority, which implies entire system of rights and duties of the LLC shareholder. These rights and duties may have different basis and nature.

The rights and duties of the LLC shareholder may exist by force of law or may derive from LLC statute. They may be belonging to/imposed upon all shareholders equally or their holder may be specific shareholder or shareholders. As of today, Georgian legislation is limited by very general regulation, which gives the LLC shareholders freedom to widen the scope of statutory authorities.

As already mentioned, LLC shareholder rights can be classified as property and non-property rights.

The principal property right of the LLC shareholder is the right to receive dividend.¹³ The right to receive a dividend is different from the right to claim it. The first one arises from the moment of becoming shareholder, and the second one – from the moment shareholders decide on distribution of the profits.¹⁴ The ground for payment of

7 Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). *Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit*. Tbilisi: World of Lawyers, p. 11-20.

8 Migriauli, R. (2021). *Brief Manual of Entrepreneurial Law*. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 180.

9 Ibid., p. 184.

10 Zubitashvili, N. (2014). *Withdrawal of a Shareholder from Limited Liability Company*. In the book Burduli, I. (Ed.). *Collection of Works on Corporate Law II* (pp. 133-196), Tbilisi: Meridian, p. 184.

11 Ilyushina, M., N. (2015). *Transactions with Shares in the Authorized Capital of a Limited Liability Company, a Handbook*. (2nd ed.). Moscow: RPA Ministry of Justice of Russia, p. 10.

12 Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). *Commentary to the Law on Entrepreneurs*. Tbilisi: Samartali, p. 272.

13 Paragraph 1 of Article 8 of the Law of Georgia on Entrepreneurs.

14 Judgement №as-1328-1170-2010 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 6 June 2011.

dividends is an existence of profits in LLC and resolution of shareholders on payment of dividends.¹⁵ In the presence of both of these preconditions, it is not permissible to refuse shareholder the request to issue a distributed profit in the form of a dividend.¹⁶

In case of termination of shareholder status by exit or exclusion, the right to compensation of the share value may arise. However the right to receive compensation does not initiate the company's obligation, to return the contribution carried out by the shareholder as the compensation for share.¹⁷ Unlike the Law in force, the Draft Law determines that in case of withdrawal of the shareholder, the value of the withdrawing shareholder's shares is determined by the parties or by the independent auditor appointed by the parties or the court.¹⁸ And when excluding the shareholder, the share shall be compensated in "fair value".¹⁹

LLC shareholders may resolve on reducing the chartered capital (including the resolution on returning the additional contribution²⁰). In case of adopting the resolution on reducing the chartered capital, if shareholders do not otherwise agree, they have the right to receive a respective part of the reduced capital.

One of the most important property rights of the LLC shareholders is the right to receive the proceeds of liquidation. This right envisages distributing the remaining part of the property among the shareholders after covering claims of the creditors of the liquidated LLC, in accordance with their shares.²¹

The management and control rights of the LLC shareholders imply the right to call the general meeting of shareholders, the right to participate in the meeting of shareholders, the right to participate in the process of making decision on the meeting of shareholders (right to vote), the right to receive information and the right to review and receive the documentation.

In general, the LLC shareholder has the management right, which is carried out through the general meeting.²² LLC shareholders have maximal discretion with regard to determining the competences of the general meeting, since they themselves determine the issues included in the competence of the general meeting.²³ Pursuant to the Draft Law, shareholders owning 5% of the share also have the right to call the shareholder meeting.²⁴

LLC shareholder has the right to receive the information on activity of the company and the right to review the existing documentation in LLC.²⁵ Law on Entrepreneurs establishes the minimal standard of the shareholder's right to receive the information, the restriction of which is prohibited even if such agreement exist among shareholders.²⁶ This norm simultaneously obligates the shareholder to be informed on the processes in the company, in order to avoid making the decision that are damaging to the company.²⁷

The most important among obligations of the LLC shareholder is the obligation to make the contribution to the chartered capital. The term

15 Judgement №as-75-408-09 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 8 July 2009.

16 Judgement №as-1063-1018-2014 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 8 April 2015.

17 Ninidze, T. and Chanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 282.

18 Paragraph 5 of Article 146 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

19 Paragraph 8 of Article 145 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

20 Sub-paragraph "d" of Paragraph 6 of Article 9¹ of the Law of Georgia on Entrepreneurs.

21 Paragraph 5 of Article 14 of the Law of Georgia on

Entrepreneurs.

22 Paragraph 1 of Article 47 of the Law of Georgia on Entrepreneurs.

23 Paragraph 2 of Article 47 of the Law of Georgia on Entrepreneurs; Paragraph 4 of Article 38 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

24 Article 130 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

25 Paragraph 10 of Article 3 and Paragraph 4 of Article 46 of the Law of Georgia on Entrepreneurs; In addition, see Judgement №as-243-228-2014 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 26 January 2015.

26 Judgement №as-31-28-2015 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 24 March 2015.

27 Judgement №1/1/543,4 of the Constitutional Court of Georgia dated 29 January 2014.

“chartered capital” indicates the amount of the capital determined by the shareholders agreement, in other words – initial or stated capital.²⁸ It is noteworthy that this term cannot be seen in the Law of Entrepreneurs anymore and instead the term “capital” is used.²⁹ Contribution is the important mechanism for formation of the company’s capital. It, especially – chartered capital, has also the function of capital protection and is considered as “protected warranty fund”.³⁰ In case of failing to make the contribution, the shareholder loses its share in the company.³¹

LLC shareholder as a party to multilateral transaction/agreement has the obligation of good faith.³² LLC to some extent is considered as a category of obligatory law and has the character of legal relationship.³³ The contractual relationship exists between LLC shareholders and also between LLC itself and its shareholders, the basis of which is the transaction (charter) concluded by them.³⁴ Generally, good faith is an universal evaluative category of private law.³⁵ However the complete definition of the good faith cannot

be found in Georgian law.³⁶ It is used as general provision, general obligation and, therefore, as a principal of the civil law. From this principal derive imperative rules, which shall be complied unconditionally.³⁷

LLC shareholders are imposed by the fiduciary duties that include the duty of loyalty and the duty of care.³⁸ The shareholder’s duty of care implies the duty of shareholder not to commit intentional unlawful acts or gross negligence against the company.³⁹ The shareholder’s duty of loyalty – is subordination to the best interest of the company, in particular, the shareholder is prohibited to complete an activity that damages the company, its interests, property and joint/common interests of the shareholders.⁴⁰ The duty of loyalty includes in itself duty to account, duty to refrain from self-dealing, duty not to compete and duty of disclosure.⁴¹

In US, the fiduciary duties apply to the members and managers of the Limited Liability Company (LLC).⁴² The mentioned duties include the duties of loyalty and care.⁴³ In addition, their activities are subject to the general obligation of good faith and fair dealing.⁴⁴ However, the sta-

- 28 Makharoblishvili, G. (2014). Basic Structural Elements of a Joint Stock Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 55-129), Tbilisi: Meridian, p. 105.
- 29 Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 87.
- 30 Zubitashvili, N. (2014). Withdrawal of a Shareholder from Limited Liability Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 133-196), Tbilisi: Meridian, p. 146.
- 31 Paragraph 7 of Article 3 of the Law of Georgia on Entrepreneurs.
- 32 Burduli, I. and Chitashvili, N. (2020). Withdrawal of a Shareholder from a Limited Liability Company on Substantial Grounds. German-Georgian Journal of Comparative Law, 9, 1-14, p. 12.
- 33 Burduli, I. (2012). Commitment Obligation – Scale of the Majority and the Minority within Corporate law, on the Example of German Law. Justice and Law, 4 (35), 51-63, p. 51.
- 34 Migriauli, R. (2020). The Duty of Loyalty as a Standard of Shareholder Behavior in the Organizational Law (on the example of German Law). Georgian-German Journal of Comparative Law, 11, 20-25, p. 20.
- 35 Chanturia, L. (2017). Article 8. Subjects of Private Law. In the book Chanturia, L. (Ed.) Commentary on the Civil Code, Book I, General Provisions of the Civil Code (pp. 47-52). Tbilisi: German Agency for International Cooperation (GIZ), p. 50.

- 36 Vashakidze, G. (2007). Good Faith According to the Civil Code of Georgia – Abstraction or Current Law. Review of Georgian Law, 10 / 2007-1, 14-58, p. 38.
- 37 Khunashvili, N. (2016). The Principle of Good Faith in Contract Law. Tbilisi: Bona Causa, p. 91, p.49. (In Georgian).
- 38 Burduli, I. and Chitashvili, N. (2020). Withdrawal of a Shareholder from a Limited Liability Company on Substantial Grounds. German-Georgian Journal for Comparative Law, 9, 1-14, p. 13.
- 39 Zubitashvili, N. (2014). Withdrawal of a Shareholder from Limited Liability Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 133-196), Tbilisi: Meridian, p. 155.
- 40 Burduli, I. and Chitashvili, N. (2020). Withdrawal of a Shareholder from a Limited Liability Company on Substantial Grounds. German-Georgian Journal for Comparative Law, 9, 1-14, p. 13.
- 41 Zubitashvili, N. (2014). Withdrawal of a Shareholder from Limited Liability Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 133-196), Tbilisi: Meridian, p. 155-156.
- 42 In Georgian – Limited Liability Company.
- 43 ULLCA Sec. 409.
- 44 Gartenberg, E. and King, T. (2003). Fiduciary Duties in Partnerships and Limited Liability Companies under California Law. California Business Law Practitioner,

tus of fiduciary duties of the non-manager LLC member is problematic. There is an opinion that they are not subject to fiduciary duties and only general duties of good faith and fair dealing apply. Some US courts even believe that fiduciary duties should be applied equally to all partners. However, the charter may limit fiduciary duties, but their extinguishment is inadmissible.⁴⁵

In Germany, the duty of loyalty (*Treupflicht*), generally, obligates the shareholders not to damage the interests of the company and other shareholders through their actions.⁴⁶ Under German law, the majority's decision that disproportionately interferes with the membership of minority shareholders is voidable.⁴⁷ Thus, the duty of loyalty is directed to protect the interests of the minority of shareholders. According to the German legal literature, a shareholder's duty of loyalty includes the duty to act, to refrain from action, to obey, and to give consent.⁴⁸ It may also include a prohibition of competition for GmbH shareholders due to a prohibition to cause damage.⁴⁹

In Germany, in addition to the duties listed above, the GmbH shareholder also has the duty to file a declaration of insolvency. In particular, if the company is insolvent or overindebted, and where there is no functioning representative body in the company (as defined in paragraph 2 of InsO §10), the shareholders are required to file an insolvency statement.⁵⁰

The authority of the shareholder is mainly proportional to the amount of his share. It is in accordance with the percentage of its share

participation that the receipt of dividends, the right to vote at the meeting, the right to request the convening of the meeting are determined.⁵¹ However, according to the charter, some shares (shareholders) may be given pre-emptive rights as inherent rights of this share (so-called "privileged shares"). The law gives shareholders the right to change the standard of decision-making on the basis of the charter, in particular, to create an imbalance between the shareholders' right to vote and the volume of shares, but this must be specifically reflected in the charter.⁵²

1.3. Subjects of LLC Shareholding

The prerequisite for the realization of the authority of the LLC shareholder upon the LLC share, as mentioned, is the legal status of the shareholder, which characterizes the legal state of the shareholder, his legal relationship with other shareholders, the LLC, the LLC management and third parties.

The shareholder is a member (participant) of the LLC, who has the rights and obligations towards the company provided by the legislation and the LLC charter.⁵³ The Draft Law sets out a general legislative definition of a shareholder, according to which a shareholder is a person who owns a share in an entrepreneurial company.⁵⁴ Accordingly, pursuant to the proposed wording, the status of a partner is related to the ownership of a share of the company.

Any natural person may have the status of a shareholder. In this case, the shareholder can be any person, regardless of his/her citizenship, gender, age, etc.⁵⁵ Among them, the holder of the

93-104, p. 102-103.

45 Ibid.

46 Schäfer, C. (2019). *Principles of Law: Organizational Law* (Translated by Migriauli, R.). (5th edition). Tbilisi: LEPL Notary Chamber of Georgia. (The original work was published in 2018), p. 462-464, § 36, margin no. 23.

47 Ibid.

48 Migriauli, R. (2020). The Duty of Loyalty as a Standard of Shareholder Behavior in the Organizational Law (on the example of German Law). *Georgian-German Journal of Comparative Law*, 11, 20-25, p. 22.

49 Schäfer, C. (2019). *Principles of Law: Organizational Law* (Translated by Migriauli, R.). (5th edition). Tbilisi: LEPL Notary Chamber of Georgia. (The original work was published in 2018), p. 462-464, § 36, margin no. 23.

50 Ibid, p. 462, margin no. 22.

51 Liluashvili, G. (2005). *Limited Liability Company (Theory and Practice)*. Tbilisi: GCI, p. 212.

52 Ruling №as-31-28-2015 of the Chamber for Civil Cases of the Tbilisi Court of Appeals dated 26 September 2012; Todua, U. (2019). *Law of Georgia on Entrepreneurs in Court Decisions*. Tbilisi: German Agency for International Cooperation (GIZ), p. 173.

53 Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). *Commentary to the Law on Entrepreneurs*. Tbilisi: Samartali, p. 20.

54 Paragraph 1 of Article 8 of the Law on Entrepreneurs.

55 Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). *Commentary to the Law on Entrepreneurs*. Tbilisi: Samartali, p. 21.

status of a shareholder may be a minor whose rights and obligations under the membership are exercised by his/her legal representatives until he/she reaches full legal capacity.

The shareholder of the LLC can also be a legal entity. However, since the legal capacity of NNLE and LEPL is special and they can only carry out activities provided for in their founding documents or by law,⁵⁶ they may obtain the shareholder status only if this is permitted by their charter or law. In addition, the state, as a legal entity under private law,⁵⁷ may carry the LLC shareholder status. The principle of general capacity applies to the NNLE and, therefore, it can obtain the shareholder status in the LLC without special permission,⁵⁸ provided that this is not prohibited by its founding documents.

The legal founding which is not a legal entity, for instance, partnership or non-registered union, cannot have a status of LLC shareholder.⁵⁹ The reasoning for this is that they do not have organizational structure and in the legal relationship they participate through their members. In addition, establishment thereof can be carried out orally, which complicates identification of members and their rights and obligations.⁶⁰

2. OBTAINING THE STATUS OF LLC SHAREHOLDER

Obtaining the status of LLC shareholder is done by acquiring the LLC share, which can be done in two basic ways: (1) initial acquisition of the LLC share, which can be done by participating in LLC incorporation process as a founder or after incorporation of the LLC by the transfer of the relevant share of the increased capital to a

new shareholder;⁶¹ (2) post-incorporation acquisition of the LLC share, namely, by inheritance, acquiring the share on the basis of contractual legal relationship and on the basis of reorganization,⁶² also by division of the share in joint ownership of the spouses.⁶³

2.1. Initial Acquisition of a Share

The future shareholder of a LLC – the founder – is the substantial part of the incorporation process. By signing the LLC charter, the founder expresses the will to establish an enterprise and with its participation carry out entrepreneurial activity. Participation as a founder and undertaking to make a contribution will automatically lead to future acquisition of the LLC share and, consequently, the status of a shareholder. Thus, the founders of the LLC, unlike “ordinary” shareholders, have additional rights and responsibilities, as well as joint liability for the establishment of the LLC and the obligations arising before its registration in the entrepreneurial registry.

Prior to the registration of the LLC, its founders, by adopting the charter, are obliged to form a company from the pre-company into a full-fledged, capable for rights and legally capable enterprise, which is completed by registration in the entrepreneurial registry. This includes meeting the registration requirements, as well as making contributions envisaged in the charter and the establishment of the governing bodies of the LLC.⁶⁴ Pre-company may conclude transac-

⁵⁶ Article 25 of the Civil Code of Georgia.

⁵⁷ Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 24.

⁵⁸ Paragraph 2 of Article 25 of the Civil Code of Georgia; Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 23.

⁵⁹ Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 56.

⁶⁰ Ibid., p. 57.

⁶¹ Burduli, I. (2019). Acquiring a Share in the Entrepreneurial Company in a Good Faith. Georgian-German Journal of Comparative Law, 2, 11-36, p. 26.

⁶² Ibid.

⁶³ ikhonov, V., V. (2016). Share of LLC as an object of joint property of the spouses. <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7949>; Regarding the division of shares, see Ninidze, T. And Chanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 275.

⁶⁴ Bakakuri, N., Gelter, M., Tsertsivadze, L. and Jugeli, G. (2019). Corporate Law, Handbook for Lawyers. Tbilisi: German Agency for International Cooperation (GIZ), p. 56.

tions.⁶⁵ The founders bear personal liability to its creditors as joint debtors, directly and proximately, with all their assets.⁶⁶ After registration in the entrepreneurial registry of the pre-company, the liability for the obligations arising from the action performed on its behalf is transferred to the registered entrepreneurial entity.⁶⁷

In Germany, the company acquires legal capacity from the proper signature of the company's charter and acts not only for the relationship between the founders, but also for the relationship with third parties. Thus, transactions with third parties on behalf of the company are automatically considered a liability of the company and do not depend on the approval.⁶⁸

The process of establishing an LLC in the US is subject to the control of the government only by formal preconditions, so the articles of association contain some important data necessary to meet the formal requirements of the company, including information about the founder of the LLC. However, being a founder in the US does not always mean gaining shareholder status after registration. It is the practice in the US to entrust the law firm to take necessary actions for registration, i.e. the company's future shareholder applies to a specific law firm to prepare the legal documentation required for the establishment of the company and to maintain relations with the state for company registration.⁶⁹ Therefore, the founder (incorporator) of the LLC may be a law firm or its employee who is not a future shareholder of the LLC. The founder formally incorporates an LLC, which is why founders in the US often have only formal status.⁷⁰

Acquisition of shares during a capital increase mainly takes place when the chartered

capital is not sufficient to achieve the goals of the LLC and the shareholders make a decision at the general meeting to increase the capital. The LLC shareholders have the right to participate in the capital increase in proportion to their shares, by making the full amount of the relevant contributions to the capital within the time period set by the general meeting of shareholders. In case of full or partial non-use of this right by any of the shareholders, a new ratio of shareholders' shares may originate after the capital increase.⁷¹

In Germany, in order to increase the capital of a GmbH, the shareholders must decide not only to increase the capital themselves⁷² but also to determine the circle of persons who are allowed to increase the capital.⁷³ To acquire new shares, the new shareholders must also be allowed access along with current shareholders.⁷⁴ Following the resolution of the shareholders, the acquirer will have to enter into share transfer agreements as a result of the capital increase, under which they will undertake the obligation to make a new contribution and other obligations related to GmbH shareholding.⁷⁵

2.2. Post-incorporation Acquisition of a Share

As already mentioned, status of the LLC shareholder may be obtained also by acquisition of a share in the incorporated LLC. Post factum acquisition of the share may occur on the basis of purchase, gift, inheritance or joint ownership of the spouses.

Purchase and gifting the LLC share is drawn up in a form of the legal transaction act, which are subject to the Civil Code norms on validity

65 Ibid.

66 Paragraph 2 of Article 2 of the Law on Entrepreneurs.

67 Ibid.

68 Bakakuri, N., Gelter, M., Tsertsvadze, L. and Jugeli, G. (2019). *Corporate Law, Handbook for Lawyers*. Tbilisi: German Agency for International Cooperation (GIZ), p. 57.

69 Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). *Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit*. Tbilisi: World of Lawyers, p. 110-111.

70 Ibid., p. 113.

71 Paragraph 2¹ of Article 46 of the Law on Entrepreneurs.

72 GmbHG § 53.

73 Schäfer, C. (2019). *Principles of Law: Organizational Law* (Translated by Migriauli, R.). (5th edition). Tbilisi: LEPL Notary Chamber of Georgia. (The original work was published in 2018), p. 433-434, § 35, margin no. 57.

74 GmbHG § 55 Abs. 2.

75 Schäfer, C. (2019). *Principles of Law: Organizational Law* (Translated by Migriauli, R.). (5th edition). Tbilisi: LEPL Notary Chamber of Georgia. (The original work was published in 2018), p. 433-434, § 35, margin no. 57.

of transactions. An agreement shall be concluded in writing. Though the legislation does not require notarization, but it is common practice to notarize such agreements by the parties. The grand chamber of the Supreme Court of Georgia interprets in one of its decisions that **“in order to transfer ownership of a shareholder's share (transferable right) to the acquirer, it is necessary to have a valid agreement or mutual will between the shareholders and registration of this right at the registry in accordance with the law”**.⁷⁶ The transfer of the right to share must be registered in the entrepreneurial registry for the shareholder to be considered as a legal owner of the share.

Although Georgian law reinforces the principle of free transferability of shares, when purchasing a share through a legal transaction, the acquirer must take into account whether there are any restrictions on the alienation of shares. Such restrictions may include, for example, the right of pre-emption by other shareholders, consent to the alienation of shares, and other restrictions provided for in the LLC charter.

Restrictions on the alienation of an LLC share may drive from the spouses' co-ownership of the shares.⁷⁷ In the joint ownership of the spouses, among other property, may be included the share of one of the spouses in the LLC, acquired during the registered marriage.⁷⁸ If one of the spouses is a shareholder of the LLC and the share was acquired during the registered marriage, he/she can sell this share only with the consent of the other spouse.⁷⁹ According to the Draft Law on Entrepreneurs, spouses act as co-shareholders, and the authority of the shareholder (share management) will be exercised by a jointly elected third person or one of the spouses.⁸⁰

The LLC share can also be acquired through inheritance. In this case, additionally, the norms

of inheritance law apply. The share of the deceased shareholder (decedent) as intangible property, based on intestacy or testamentary succession, is transferred in full to his/her heir(s).⁸¹ The heirs are considered as shareholders of the LLC only from the moment of their registration as a shareholder of the LLC in the entrepreneurial registry and not from the actual acceptance of the inheritance.⁸²

The issues of obtaining the shareholder status by the heirs shall be regulated in the charter of the company, where the will of the decedent regarding the shareholding of the heirs must be expressed. For example, only a specific heir or heirs can become shareholders. In the case of several heirs – one of the heirs, as a representative of the group of heirs to exercise the rights of the shareholder.⁸³ Moreover, the charter must not indicate that only the testator heir may obtain the deceased shareholder's share and, consequently, membership in the company, as the Civil Code establishes the right of the heirs on intestacy to receive a compulsory share, which gives them equal shareholding rights.⁸⁴

The LLC share can be acquired as a result of its reorganization. During the reorganization, the issue of transfer of obligations, as well as the transfer of property and non-property rights (including rights on share) to the reorganized legal entity, is resolved.⁸⁵ Reorganization can be done by transformation, merger and split-up.⁸⁶ Merger, for one's part, is possible by combination and takeover, and

76 Judgement №as-664-635-2016 of the Grand Chamber of Supreme Court of Georgia dated 02 March 2017.

77 Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 273.

78 Paragraph 1 of Article 1158 of the Civil Code.

79 Judgements on Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, 2002, #2, p. 225.

80 Paragraph 2 of Article 31 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

81 Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit. Tbilisi: World of Lawyers, p. 120.

82 Ibid.

83 Ibid., p. 122.

84 Liluashvili, G. (2005). Limited Liability Company (Theory and Practice). Tbilisi: GCI. p. 221; Judgements on Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, 2003, #7, p. 1926.

85 Ilyushina, M., N. (2015). Transactions with Shares in the Authorized Capital of a Limited Liability Company, a Handbook. (2nd ed.). Moscow: RPA Ministry of Justice of Russia, p. 19.

86 Paragraph 1 of Article 14⁴ of the Law of Georgia on Entrepreneurs; Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 116.

split-up by demerger or separation.⁸⁷ During the transformation, the new company becomes the legal successor of an existing company. The shareholders of the reorganized LLC enter into a merger (combination or takeover) or split-up (demerger or separation) agreement, which must prescribe the rules for the redistribution of shares after the reorganization in detail.⁸⁸ In a newly formed company, the persons with the status of a shareholder, the distribution of their shares, and the scope of authority shall be defined.⁸⁹

2.3. Period of LLC Shareholding

In practice, the issue of a period in which a person has the status of the LLC shareholder, is of great importance.

The current Law on Entrepreneurs does not contain special provision on the origination or termination of the shareholder status, which in practice may lead to uncertainty, for example, in the following cases: when the future shareholders entered into an agreement but the LLC has not yet been registered; when another shareholder or a third party has notarially purchased a share from a shareholder but has not registered it yet; when the share is inherited but the heir has not been registered as a shareholder; when the share is a matrimonial property, but only one of the spouses is registered as a shareholder; when a shareholder is expelled from the LLC at a shareholders meeting but is still registered as a shareholder until the dispute is resolved.

Transfer of ownership right on a share enters into force by its registration in the name of new shareholder in the registration body,⁹⁰ and obtaining the ownership right on the shares gives rise to the status of a shareholder. Therefore, we

shall assume that a person acquires the status of a shareholder by registering the ownership right on a share in the entrepreneurial registry, i.e. by registering as a shareholder.

Precisely the same approach is envisaged under German law. Regardless of the way in which a shareholder acquires ownership right on a share, German LLC law in relation to GmbH considers the person listed as a shareholder in the commercial register to be a shareholder.⁹¹ This means that the shareholder may exercise the authority arising from the share from the moment it is reflected in the list of shareholders and registration in the commercial register of this updated list, and not from the moment of acquiring the share.⁹² Exceptions to this rule are cases where there is a technical change of the shareholder (for example, when the surname of the shareholder changes as a result of the marriage), which does not lead to a change in the personality of the shareholder. In such a case, the shareholder can exercise his/her share of authority before registering the change in the commercial register.⁹³

Under current law, if any action is taken on behalf of an entrepreneur before registration, the executors of that action and founders are liable to creditors.⁹⁴ Thus, we shall conclude that before the registration of an enterprise in the organizational-legal form of LLC, its founders are allowed to enjoy certain rights of the shareholder, although not all the powers of shareholder can be considered as originating. For example, it is impossible to sell its share before the registration of an LLC, since, in the case of the pre-company, the LLC share does not exist yet.

In the case of inheritance, the heir also has certain rights before registration. According to the law of inheritance, the estate is received as soon as the descendant dies,⁹⁵ and the heir is

87 Ibid.; See Paragraph 1 of Article 61 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

88 Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 124.

89 Migriauli, R. (2018). Reorganization of the Commercial Company (Textbook leading indications). Tbilisi: Publishing World of Lawyers, p. 20.

90 Paragraph 5¹ of Article 5¹ of the Law of Georgia on Entrepreneurs; Paragraph 5 of Article 143 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

91 GmbHG § 16 Abs. 1.

92 Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit. Tbilisi: World of Lawyers, p. 132.

93 Ibid., p. 133.

94 Paragraph 2 of Article 2 of the Law on Entrepreneurs.

95 Article 1319 of the Civil Code.

entitled to manage this estate.⁹⁶ Accordingly, the heir can apply to the entrepreneurial registry for registration as a manager of share, as well as participate in the meeting of shareholders and enjoy all the rights of a manager of share. If the heir has not received the right to manage, the decision to allow the heir to participate in the meeting of shareholders can be made by the remaining (acting) shareholders of the LLC.

In case of the loss of the shareholder status by the withdrawal or expulsion of the shareholder from the LLC, the current law does not answer the question whether the withdrawn or expelled shareholder has the shareholder status after making the respective resolution on the meeting of the shareholders before the registration of the withdrawal or

expulsion at the entrepreneurial register. According to the general rule, if the withdrawal and expulsion take place without a court dispute, the shareholder loses his status from the moment of appropriate registration in the Entrepreneurial Registry. If the shareholder is expelled by a court decision, shareholder is considered expelled from the moment when the relevant court decision enters into force.⁹⁷ However, during the dispute, until the end of it, the shareholder may be deprived of the right to vote or other non-property rights at the request of the company.⁹⁸ However, the property rights should not be suspended to the shareholder.

96 Article 1421 of the Civil Code.

97 Paragraph 6 of Article 145 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

98 Paragraph 5 of Article 145 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

NOTES:

1. See Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit. Tbilisi: World of Lawyers, p. 126. (In Georgian)
2. Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 176 (In Georgian)
3. Liluashvili, G. (2005). Limited Liability Company (Theory and Practice). Tbilisi: GCI. p. 212 (In Georgian); Judgements on Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, 2001, #1, p. 5. (In Georgian)
4. Article 30 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneur directly indicates that the share is object of the ownership right.
5. This follows from Paragraph 1 of Article 170 of the Civil Code of Georgia.
6. Article 152 of the Civil Code of Georgia.
7. Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit. Tbilisi: World of Lawyers, p. 11-20.
8. Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 180.
9. Ibid., p. 184.
10. Zubitashvili, N. (2014). Withdrawal of a Shareholder from Limited Liability Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 133-196), Tbilisi: Meridian, p. 184. (In Georgian)
11. Ilyushina, M., N. (2015). Transactions with Shares in the Authorized Capital of a Limited Liability Company, a Handbook. (2nd ed.). Moscow: RPA Ministry of Justice of Russia, p. 10. (In Russian)
12. Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 272. (In Georgian)

13. Paragraph 1 of Article 8 of the Law of Georgia on Entrepreneurs.
14. Judgement №as-1328-1170-2010 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 6 June 2011.
15. Judgement №as-75-408-09 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 8 July 2009.
16. Judgement №as-1063-1018-2014 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 8 April 2015.
17. Ninidze, T. and Chanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 282.
18. Paragraph 5 of Article 146 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.
19. Paragraph 8 of Article 145 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.
20. Sub-paragraph “d” of Paragraph 6 of Article 9¹ of the Law of Georgia on Entrepreneurs.
21. Paragraph 5 of Article 14 of the Law of Georgia on Entrepreneurs.
22. Paragraph 1 of Article 47 of the Law of Georgia on Entrepreneurs.
23. Paragraph 2 of Article 47 of the Law of Georgia on Entrepreneurs; Paragraph 4 of Article 38 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.
24. Article 130 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.
25. Paragraph 10 of Article 3 and Paragraph 4 of Article 46 of the Law of Georgia on Entrepreneurs; In addition, see Judgement №as-243-228-2014 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 26 January 2015.
26. Judgement №as-31-28-2015 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia dated 24 March 2015.
27. Judgement №1/1/543,4 of the Constitutional Court of Georgia dated 29 January 2014.
28. Makharoblishvili, G. (2014). Basic Structural Elements of a Joint Stock Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 55-129), Tbilisi: Meridian, p. 105. (In Georgian)
29. Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 87.
30. Zubitashvili, N. (2014). Withdrawal of a Shareholder from Limited Liability Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 133-196), Tbilisi: Meridian, p. 146. (In Georgian)
31. Paragraph 7 of Article 3 of the Law of Georgia on Entrepreneurs.
32. Burduli, I. and Chitashvili, N. (2020). Withdrawal of a Shareholder from a Limited Liability Company on Substantial Grounds. German-Georgian Journal of Comparative Law, 9, 1-14, p. 12. (In Georgian)
33. Burduli, I. (2012). Commitment Obligation – Scale of the Majority and the Minority within Corporate law, on the Example of German Law. Justice and Law, 4 (35), 51-63, p. 51. (In Georgian)
34. Migriauli, R. (2020). The Duty of Loyalty as a Standard of Shareholder Behavior in the Organizational Law (on the example of German Law). Georgian-German Journal of Comparative Law, 11, 20-25, p. 20. (In Georgian)
35. Chanturia, L. (2017). Article 8. Subjects of Private Law. In the book Chanturia, L. (Ed.) Commentary on the Civil Code, Book I, General Provisions of the Civil Code (pp. 47-52). Tbilisi: German Agency for International Cooperation (GIZ), p. 50. (In Georgian).
36. Vashakidze, G. (2007). Good Faith According to the Civil Code of Georgia – Abstraction or Current Law. Review of Georgian Law, 10 / 2007-1, 14-58, p. 38. (In Georgian)
37. Khunashvili, N. (2016). The Principle of Good Faith in Contract Law. Tbilisi: Bona Causa, p. 91, p.49. (In Georgian)

38. Burduli, I. and Chitashvili, N. (2020). Withdrawal of a Shareholder from a Limited Liability Company on Substantial Grounds. German-Georgian Journal for Comparative Law, 9, 1-14, p. 13. (In Georgian).
39. Zubitashvili, N. (2014). Withdrawal of a Shareholder from Limited Liability Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 133-196), Tbilisi: Meridian, p. 155.
40. Burduli, I. and Chitashvili, N. (2020). Withdrawal of a Shareholder from a Limited Liability Company on Substantial Grounds. German-Georgian Journal for Comparative Law, 9, 1-14, p. 13.
41. Zubitashvili, N. (2014). Withdrawal of a Shareholder from Limited Liability Company. In the book Burduli, I. (Ed.). Collection of Works on Corporate Law II (pp. 133-196), Tbilisi: Meridian, p. 155-156.
42. In Georgian – Limited Liability Company.
43. ULLCA Sec. 409. (In English)
44. Gartenberg, E. and King, T. (2003). Fiduciary Duties in Partnerships and Limited Liability Companies under California Law. California Business Law Practitioner, 93-104, p. 102-103. (In English)
45. Ibid.
46. Schäfer, C. (2019). Principles of Law: Organizational Law (Translated by Migriauli, R.). (5th edition). Tbilisi: LEPL Notary Chamber of Georgia. (The original work was published in 2018), p. 462-464, § 36, margin no. 23. (In Georgian)
47. Ibid.
48. Migriauli, R. (2020). The Duty of Loyalty as a Standard of Shareholder Behavior in the Organizational Law (on the example of German Law). Georgian-German Journal of Comparative Law, 11, 20-25, p. 22.
49. Schäfer, C. (2019). Principles of Law: Organizational Law (Translated by Migriauli, R.). (5th edition). Tbilisi: LEPL Notary Chamber of Georgia. (The original work was published in 2018), p. 462-464, § 36, margin no. 23.
50. Ibid, p. 462, margin no. 22.
51. Liluashvili, G. (2005). Limited Liability Company (Theory and Practice). Tbilisi: GCI. p. 212.
52. Ruling №as-31-28-2015 of the Chamber for Civil Cases of the Tbilisi Court of Appeals dated 26 September 2012; Todua, U. (2019). Law of Georgia on Entrepreneurs in Court Decisions. Tbilisi: German Agency for International Cooperation (GIZ), p. 173. (In Georgian);
53. Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 20.
54. Paragraph 1 of Article 8 of the Law on Entrepreneurs.
55. Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 21.
56. Article 25 of the Civil Code of Georgia.
57. Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 24.
58. Paragraph 2 of Article 25 of the Civil Code of Georgia; Ninidze, T. and Tchanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 23.
59. Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 56.
60. Ibid., p. 57.
61. Burduli, I. (2019). Acquiring a Share in the Entrepreneurial Company in a Good Faith. Georgian-German Journal of Comparative Law, 2, 11-36, p. 26.

62. Ibid.
63. Tikhonov, V., V. (2016). Share of LLC as an object of joint property of the spouses. <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7949> (In Russian); Regarding the division of shares, see Ninidze, T. And Chanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 275.
64. Bakakuri, N., Gelter, M., Tsertsvadze, L. and Jugeli, G. (2019). Corporate Law, Handbook for Lawyers. Tbilisi: German Agency for International Cooperation (GIZ), p. 56. (In Georgian)
65. Ibid.
66. Paragraph 2 of Article 2 of the Law on Entrepreneurs.
67. Ibid.
68. Bakakuri, N., Gelter, M., Tsertsvadze, L. and Jugeli, G. (2019). Corporate Law, Handbook for Lawyers. Tbilisi: German Agency for International Cooperation (GIZ), p. 57.
69. Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit. Tbilisi: World of Lawyers, p. 110-111.
70. Ibid., p. 113.
71. Paragraph 2¹ of Article 46 of the Law on Entrepreneurs.
72. GmbHG § 53.
73. Schäfer, C. (2019). Principles of Law: Organizational Law (Translated by Migriauli, R.). (5th edition). Tbilisi: LEPL Notary Chamber of Georgia. (The original work was published in 2018), p. 433-434, § 35, margin no. 57. (In Georgian)
74. GmbHG § 55 Abs. 2.
75. Schäfer, C. (2019). Principles of Law: Organizational Law (Translated by Migriauli, R.). (5th edition). Tbilisi: LEPL Notary Chamber of Georgia. (The original work was published in 2018), p. 433-434, § 35, margin no. 57.
76. Judgement №as-664-635-2016 of the Grand Chamber of Supreme Court of Georgia dated 02 March 2017.
77. Ninidze, T. and Chanturia, L. (2002). Commentary to the Law on Entrepreneurs. Tbilisi: Samartali, p. 273.
78. Paragraph 1 of Article 1158 of the Civil Code.
79. Judgements on Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, 2002, #2, p. 225.
80. Paragraph 2 of Article 31 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.
81. Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit. Tbilisi: World of Lawyers, p. 120.
82. Ibid.
83. Ibid., p. 122.
84. Lituashvili, G. (2005). Limited Liability Company (Theory and Practice). Tbilisi: GCI. p. 221; Judgements on Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, 2003, #7, p. 1926.
85. Ilyushina, M., N. (2015). Transactions with Shares in the Authorized Capital of a Limited Liability Company, a Handbook. (2nd ed.). Moscow: RPA Ministry of Justice of Russia, p. 19.
86. Paragraph 1 of Article 14⁴ of the Law of Georgia on Entrepreneurs; Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 116.
87. Ibid.; See Paragraph 1 of Article 61 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

88. Migriauli, R. (2021). Brief Manual of Entrepreneurial Law. Tbilisi: Cezanne LLC, p. 124.
89. Migriauli, R. (2018). Reorganization of the Commercial Company (Textbook leading indications). Tbilisi: Publishing World of Lawyers, p. 20. (In Georgian)
90. Paragraph 5¹ of Article 5¹ of the Law of Georgia on Entrepreneurs; Paragraph 5 of Article 143 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.
91. GmbHG § 16 Abs. 1.
92. Burduli, I., Makharoblishvili, G. And Maghradze, G. (2019). Limited Liability Company in Georgia: Existing Reality and Regulatory Deficit. Tbilisi: World of Lawyers, p. 132.
93. Ibid., p. 133.
94. Paragraph 2 of Article 2 of the Law on Entrepreneurs.
95. Article 1319 of the Civil Code.
96. Article 1421 of the Civil Code.
97. Paragraph 6 of Article 145 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.
98. Paragraph 5 of Article 145 of the Draft Law of Georgia on Entrepreneurs.

შპს-ის პარტნიორის სტატუსი და მისი მიღების ფორმები (შედარებითი სამართლებრივი ანალიზი)

ეკატერინე ფიფია

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის დოქტორანტი,
ადვოკატი

საკვანძო სიტყვები: პარტნიორის სტატუსი, პარტნიორის
წილი, პარტნიორის უფლებამოსილება.

შესავალი

შპს-ის პარტნიორის სტატუსი ახასიათებს პარტნიორის სამართლებრივ მდგომარეობას, მის სამართლებრივ მიმართებას სხვა პარტნიორებთან, შპს-სთან, შპს-ის ხელმძღვანელობასთან და მესამე პირებთან. შპს-ის პარტნიორის სამართლებრივი მდგომარეობა (მისი უფლებები და მოვალეობები) მონესრიგებულია საქართველოს კანონმდებლობით. მაგრამ მის განსაზღვრასთან დაკავშირებული საკითხები ჯერ კიდევ აქტუალურია, ვინაიდან კანონმდებლობა მხოლოდ ზოგადი რეგულირებით შემოიფარგლება. შპს-ის პარტნიორის სტატუსის განხილვის სიმწირით ხასიათდება ასევე სასამართლო პრაქტიკა და სამეცნიერო ლიტერატურა.

სტატიის მიზანია შედარებითი სამართლებრივი ანალიზის გამოყენებით, განისაზღვროს შპს-ის პარტნიორის სტატუსის არსი, მისი წარმოშობის საფუძვლები და სამართლებრივი შედეგები. სტატიაში გაანალიზებულია შპს-ს პარტნიორის სტატუსის ცნება, შპს-ის პარტნიორობის სუბიექტები, შპს-ის წილის ცნება, პარტნიორის სტატუსთან დაკავშირებული უფლება-მოვალეობები, შპს-ის პარტნიორის სტატუსის მიღე-

ბის ფორმები და შპს-ის პარტნიორობის პერიოდი.

ქართული შპს-ის მომწესრიგებელი ნორმები გერმანული სამართლის ნორმების რეცეფციისა და ამერიკული სამართლის ნორმების გავლენის შედეგად შექმნილი ლოგიკური სინთეზის ინსტიტუტია.¹ ამასთან დაკავშირებით წინამდებარე სტატიის დირითადად მოცემულია შპს-ის პარტნიორის სტატუსის ქართული და გერმანული სამართლის ნორმების და ასევე, გარკვეულწილად, აშშ-ს სამართლის ნორმების შედარებითი ანალიზი.

1. შპს-ის პარტნიორის სამართლებრივი სტატუსი

შპს-ის პარტნიორის სამართლებრივი სტატუსი – ესაა შპს-ის პარტნიორის სამართლებრივი მდგომარეობა, რომელშიც იგულისხმება პირის პარტნიორობა შპს-ში და შპს-ს პარტნიორობიდან გამომდინარე მის უფლება-მოვალეობათა სისტემა. შპს-ის პარტნიორობა დამოკიდებულია შპს-ის წილზე პირის საკუთრების უფლებაზე. პირი წილის შეძენის (მოპოვების) საფუძველზე ხდება შპს-ის პარტნიორი და მხოლოდ წილის შეძენის შემდეგ წარმოეშობა მას ამ წილთან დაკავშირებული უფლება-მოვალეობები.

1.1. შპს-ის პარტნიორის წილის ცნება

შპს-ს პარტნიორის სტატუსის მოპოვების წინაპირობაა პირის მიერ შპს-ის წილზე საკუთრების უფლების მოპოვება. პირი სწორედ წილის შეძენის (მოპოვების) საფუძველზე ხდება შპს-ის პარტნიორი და მხოლოდ წილის შეძენის შემდეგ წარმოე-

შობა მას ამ წილთან დაკავშირებული უფლება-მოვალეობები.

შპს-ის წილის ცნება საქართველოს კანონმდებლობით სრულყოფილად არ არის განმარტებული. „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის 44-ე მუხლის მე-3 პუნქტის თანახმად, შპს-ის წილი არის მიმოქცევადი უფლება, რაც გულისხმობს მასზე საკუთრების უფლების გადაცემას ერთი პირიდან მეორე პირისათვის.² სასამართლო პრაქტიკით შპს-ის წილი განმარტებულია, როგორც „უფლებებისა და მოვალეობების ერთობლიობა, რომელიც პირს აქვს შპს-ის წევრობიდან გამომდინარე“.³

შპს-ის წილი, თავისი იურიდიული ბუნებით, საკუთრების უფლების ობიექტია.⁴ იგი, სანივთო სამართლებრივი გაგებით, წარმოადგენს ქონებას,⁵ რომელიც იყოფა ნივთებად და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთედ. შპს-ის წილი სწორედ ამ უკანასკნელს განეკუთვნება. სამოქალაქო კოდექსი არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეს განმარტავს, როგორც იმ მოთხოვნებსა და უფლებებს, რომლებიც შეიძლება გადაეცეს სხვა პირებს, ან გამიზნულია საიმისოდ, რომ მათ მფლობელს შეეძენას მატერიალური სარგებელი, ანდა მიენიჭოს უფლება, მოსთხოვოს სხვა პირებს რაიმე.⁶ შპს-ის წილი უფლებრივ კატეგორიაში შედის და არ განიხილება, როგორც მოთხოვნა. ამიტომაც წილზე საკუთრების უფლების გადაცემა ექვემდებარება უფლებაზე საკუთრებისა და მსგავსი უფლების გადაცემის წესს.⁷

2 მიგრაიული, რ. (2021). სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო. თბილისი: შპს „სე-განი“, გვ. 176.

3 ლილუაშვილი, გ. (2005). შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება (თეორია და პრაქტიკა). თბილისი: ჯისიაი. გვ. 212; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებები სამოქალაქო საქმეებზე, 2001 წ., #1, გვ. 5.

4 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 30-ე მუხლი პირდაპირ მიუთითებს, რომ წილი წარმოადგენს საკუთრების ობიექტს.

5 გამომდინარეობს სამოქალაქო კოდექსის 170-ე მუხლის 1-ლი ნაწილიდან.

6 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 152-ე მუხლი.

7 ბურდული, ი., მახარობლიშვილი, გ. და მაღრაძე, გ. (2019). შეზღუდული პასუხისმგებლობის

1 იხ. ბურდული, ი., მახარობლიშვილი, გ. და მაღრაძე, გ. (2019). შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება საქართველოში: არსებული რეალობა და რეგულატორული დეფიციტი. თბილისი: იურისტების სამყარო, გვ. 126.

შპს-ის წილის მფლობელის სტატუსი პარტნიორს ანიჭებს რიგ ძირითად უფლებებს, რომელთაგანაც ქონებრივი ხასიათის უფლებებია (1) საზოგადოების მოგებაში მონაწილეობის მიღების უფლება, (2) სალიკვიდაციო ამონაგების მიღების უფლება, (3) უფლება, საზოგადოებიდან გასვლის ან გარიცხვის შემთხვევაში, მიიღოს შესაბამისი კომპანსაცია,⁸ (4) პარტნიორთა გადაწყვეტილებით კაპიტალის შემცირების შემთხვევაში, შემცირებული კაპიტალის მიღების უფლება. არაქონებრივი ხასიათის უფლებებს განეკუთვნება (1) საზოგადოების მართვაში მონაწილეობის მიღების უფლება და (2) ინფორმაციის მიღების უფლება.⁹

პარტნიორის საკუთრების უფლება წილზე აბსტრაქტული სიკეთეა. წილის უკან უნდა იდგეს გარკვეული ქონება, რათა მას ეკონომიკური ღირებულება შესძინოს.¹⁰ ეკონომიკური თვალსაზრისით, პარტნიორის წილი არის საზოგადოების კაპიტალის პროპორციული ნაწილი (მათ შორის ის, რაც პარტნიორმა შპს-ში წილის სანაცვლოდ შენატანის სახით გაიღო). იურიდიული თვალსაზრისით, შპს-ის ქონების მესაკუთრე არის თავად შპს და პარტნიორთა მიერ მისი განკარგვა ხორციელდება არაპირდაპირ, შპს-ის მართვის გზით. ამრიგად, წილი სამართლებრივად უნდა გავიგოთ, როგორც საზოგადოებაში მონაწილეობის უფლების ნაირსახეობა და არა როგორც შპს-ის კაპიტალის ნაწილზე უფლება.

შპს-ის წილი არის სამოქალაქო ბრუნვის ობიექტი, რომელსაც არ გააჩნია მატერიალური განსახიერება და წარმოადგენს საკუთრებისა და არაქონებრივი უფლებების ერთიან და განუყოფელ წყობას და აქვს გა-

რკვეული მნიშვნელობა, გამოხატული ნომინალური ღირებულებით.¹¹ შესაბამისად, შპს-ის წილი უნდა განვიხილოთ, როგორც შპს-ის პარტნიორის სუბიექტური უფლება (წევრობის უფლება), რომელიც თავისი შინაარსით როგორც ქონებრივი, ისე არაქონებრივი ელემენტების მატარებელია.

შპს სამეწარმეო რეესტრში რეგისტრაციის მომენტიდან წარმოიშობა. ამიტომ უნდა მივიჩნიოთ, რომ შპს-ის წილი ასევე შპს-ის რეგისტრაციის მომენტიდან წარმოიშობა. წილზე საკუთრების უფლება დასტურდება სამეწარმეო რეესტრის ამონაწერში პარტნიორთა წილობრივი მონაწილეობის შესახებ შესაბამისი ჩანაწერით. საყურას-ლებოა, რომ ამონაწერით მხოლოდ პარტნიორის შპს-ში წევრობა დასტურდება და იგი არაა ფასიანი ქალაქი.¹²

1.2. შპს-ის პარტნიორის უფლებამოსილება

შპს-ის წილზე საკუთრების უფლების მიღება შპს-ის პარტნიორს ავტომატურად აღჭურავს შესაბამისი უფლებამოსილებით, რომელშიც იგულისხმება შპს-ის პარტნიორის უფლება-მოვალეობათა მთელი სისტემა. ამ უფლებებსა და მოვალეობებს შეიძლება გააჩნდეთ განსხვავებული საფუძველი და ბუნება.

შპს-ის პარტნიორის უფლება-მოვალეობები შეიძლება არსებობდნენ კანონიდან ან შპს-ის წესდებიდან გამომდინარე. ისინი შეიძლება ჰქონდეს ყველა პარტნიორს თანაბრად ან მათი მატარებელი შეიძლება იყოს კონკრეტული პარტნიორი ან პარტნიორები. დღეისათვის საქართველოს კანონმდებლობა ძალიან ზოგადი მოწესრიგებით შემოიფარგლება, რაც შპს-ის პარტნიორებს აძლევს თავისუფლებას, წესდებით გა-

საზოგადოება საქართველოში: არსებული რეალობა და რეგულატორული დეფიციტი. თბილისი: იურისტების სამყარო, გვ. 11-20.

8 მიგრაული, რ. (2021). სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო. თბილისი: შპს „სეზანი“, გვ. 180.

9 იქვე, გვ. 179.

10 ზუბიტაშვილი, ნ. (2014). პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან. წიგნში ბურდული, ი. (რედ.). საკორპორაციო სამართლის კრებული II (გვ. 133-196), თბილისი: მერიდიანი, გვ. 184.

11 Илюшина, М. Н. (2015). Сделки с долями в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, учебное пособие. (2-е изд.). Москва: РПА Минюста России, с. 18.

12 ნინიძე, თ. და ჭანტურია, ლ. (2002). მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი. თბილისი: სამართალი, გვ. 272.

აფართოვონ პარტნიორის კანონისმიერ უფლებამოსილებათა ფარგლები.

შპს-ის პარტნიორის უფლებების კლასიფიცირება, როგორც აღინიშნა, შესაძლებელია ქონებრივ და არაქონებრივ უფლებებად.

შპს-ის პარტნიორთა ყველაზე მნიშვნელოვანი ქონებრივი უფლებებია დივიდენდის მიღების უფლება.¹³ დივიდენდის მიღების უფლებისაგან განსხვავდება მისი მოთხოვნის უფლება. პირველი წარმოიშობა პარტნიორად გახდომის მომენტიდან, ხოლო მეორე – პარტნიორთა მიერ მოგების განაწილების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების მომენტიდან.¹⁴ დივიდენდის გაცემის საფუძველია შპს-ში მოგების არსებობა და პარტნიორთა გადაწყვეტილება პარტნიორებზე დივიდენდის გაცემის შესახებ.¹⁵ ამ ორივე წინაპირობის არსებობის შემთხვევაში, დაუშვებელია პარტნიორს უარი ეთქვას განაწილებული მოგების დივიდენდის სახით გაცემის მოთხოვნაზე.¹⁶

პარტნიორის სტატუსის მისი გასვლის ან გარიცხვით შეწყვეტისა და შესაბამისი წილის დაკარგვის შემთხვევაში, შეიძლება წარმოიშვას წილის ღირებულების კომპენსაციის უფლება. თუმცა კომპენსაციის მიღების უფლება არ წარმოშობს საზოგადოების ვალდებულებას, წილის კომპენსაციის სახით პარტნიორს დაუბრუნოს მის მიერ განხორციელებული შენატანი.¹⁷ მოქმედი კანონისაგან განსხვავებით, კანონპროექტით დგინდება, რომ პარტნიორის გასვლის შემთხვევაში, გამსვლელი პარტნიორის წილის ღირებულებას განსაზღვრავენ

მხარეები ან მხარეთა მიერ შეთანხმებული ან სასამართლოს მიერ დანიშნული დამოუკიდებელი აუდიტორი.¹⁸ პარტნიორის გარიცხვის დროს კი წილის ანაზღაურება უნდა მოხდეს „სამართლიანი ფასით“.¹⁹

შპს-ის პარტნიორებს შეუძლიათ მიიღონ საწესდებო კაპიტალის შემცირების გადაწყვეტილება (მათ შორის დამატებითი შენატანის უკან დაბრუნების გადაწყვეტილებაც²⁰). საწესდებო კაპიტალის შემცირების გადაწყვეტილების მიღების შემთხვევაში, თუ პარტნიორები სხვაგვარად არ შეთანხმებულან, მათ უფლება აქვთ მიიღონ შემცირებული კაპიტალის შესაბამისი წილი.

შპს-ის პარტნიორთა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ქონებრივი უფლებებია სალიკვიდაციო ამონაგების მიღების უფლება. ამ უფლებით გათვალისწინებულია ლიკვიდირებული შპს-ის კრედიტორთა მოთხოვნების დაფარვის შემდეგ დარჩენილი ქონების განაწილება პარტნიორთა შორის, მათი წილების შესაბამისად.²¹

შპს-ის პარტნიორის მართვისა და კონტროლის უფლებებში იგულისხმება პარტნიორთა საერთო კრების მოწვევის უფლება, პარტნიორთა კრებაში მონაწილეობის უფლება, პარტნიორთა კრებაზე გადაწყვეტილების მიღებაში მონაწილეობის (ხმის) უფლება, ინფორმაციისა და დოკუმენტაციის გაცნობისა და მიღების უფლება.

შპს-ის პარტნიორს, ზოგადად, აქვს მმართველობითი უფლებამოსილება, რომელსაც ის საერთო კრების მეშვეობით ახორციელებს.²² შპს-ის პარტნიორებს მაქსიმალური დისკრეცია გააჩნიათ თვით პარტნიორთა კრების კომპეტენციის განსაზღვრის კუთხით, ვინაიდან ისინი წესდებაში თავად განსაზღვრავენ პარტნიორთა

13 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-8 მუხლის 1-ლი პუნქტი.

14 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2011 წლის 6 ივნისის გადაწყვეტილება №ას-1328-1170-2010.

15 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2009 წლის 2 ივლისის გადაწყვეტილება №ას-75-408-09.

16 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 8 აპრილის გადაწყვეტილება №ას-1063-1018-2014.

17 ნინიძე, თ. და ჭანტურია, ლ. (2002). მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი. თბილისი: სამართალი, გვ. 282.

18 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 146-ე მუხლის მე-5 პუნქტი.

19 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 145-ე მუხლის მე-8 პუნქტი.

20 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-91 მუხლის მე-6 პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტი.

21 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-14 მუხლის მე-5 პუნქტი.

22 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის 47-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი.

კრების კომპეტენციას მიკუთვნებულ საკითხებს.²³ კანონპროექტით, 5%-იანი წილის მფლობელ პარტნიორებს ასევე აქვთ პარტნიორთა კრების მოწვევის უფლება.²⁴

შპს-ის პარტნიორს აქვს საზოგადოების საქმიანობის შესახებ ინფორმაციის მიღებისა და შპს-ში არსებული დოკუმენტაციის გაცნობის უფლება.²⁵ „მეწარმეთა შესახებ“ კანონი შპს-ის საქმიანობის შესახებ ინფორმაციის მიღებაზე პარტნიორის უფლების იმ მინიმალურ სტანდარტს ადგენს, რომლის შეზღუდვაც დაუშვებელია პარტნიორთა შეთანხმების არსებობის შემთხვევაშიც კი.²⁶ აღნიშნული ნორმა ამავედროულად ავალდებულებს პარტნიორს, ინფორმირებული იყოს საზოგადოებაში მიმდინარე პროცესების შესახებ, რათა თავიდან აცილებულ იქნას საზოგადოებისთვის საზიანო გადაწყვეტილებების მიღება.²⁷

შპს-ის პარტნიორის მოვალეობებს შორის ყველაზე მნიშვნელოვანია საწესდებო კაპიტალში შენატანის შეტანის ვალდებულება. ტერმინი „საწესდებო კაპიტალი“ აღნიშნავს პარტნიორთა მიერ შეთანხმებით დადგენილი კაპიტალის რაოდენობას, სხვაგვარად კი – თავდაპირველ ან ნაჩვენებ კაპიტალს.²⁸ აღსანიშნავია, რომ ეს ტერმინი „მეწარმეთა შესახებ“ კანონში აღარ გვხვდება და სანაცვლოდ გამოყენებულია

ტერმინი „კაპიტალი“.²⁹ შენატანები საზოგადოების კაპიტალის ფორმირების მნიშვნელოვანი მექანიზმია. მას, განსაკუთრებით კი – საწესდებო კაპიტალს, ასევე კრედიტორთა დაცვის ფუნქციაც აკისრია და განიხილება როგორც „დაცულ საგარანტიო ფონდად“.³⁰ შენატანის შეუტანლობის შემთხვევაში, პარტნიორი კარგავს თავის წილს საზოგადოებაში.³¹

შპს-ს პარტნიორს, როგორც მრავალმხრივი გარიგების მხარეს, აქვს კეთილსინდისიერების მოვალეობა.³² შპს, გარკვეულწილად, ვალდებულებით სამართლებრივ კატეგორიად განიხილება და სამართალურიერთობის სახეს ატარებს.³³ შპს-ის პარტნიორთა შორის, აგრეთვე, თავად შპს-სა და მის პარტნიორთა შორის არსებობს სახელშერკულებო ურთიერთობა, რომლის საფუძველსაც მათ მიერ დადებული გარიგება (წესდება) წარმოადგენს.³⁴ ზოგადად, კეთილსინდისიერება კერძო სამართლის უნივერსალური შეფასებითი კატეგორიაა.³⁵ თუმცა კეთილსინდისიერების

23 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის 47-ე მუხლის მე-2 პუნქტი; „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 38-ე მუხლის მე-4 პუნქტი.

24 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 130-ე მუხლი.

25 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის 3 მუხლის მე-10 პუნქტი და 46-ე მუხლის მე-4 პუნქტი; ასევე, იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 26 იანვრის გადაწყვეტილება №ა-243-228-2014.

26 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 24 მარტის გადაწყვეტილება №ა-31-28-2015.

27 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 29 იანვრის გადაწყვეტილება №1/1/543,4.

28 მახარობლიშვილი, გ. (2014). სააქციო საზოგადოების ძირითადი სტრუქტურული ელემენტები. წიგნში ბურდული, ი. (რედ.). საკორპორაციო სამართლის კრებული II (გვ. 55-129), თბილისი: მერიდიანი, გვ.104-105; შედ. „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის 69-ე მუხლი მე-6 პუნქტი.

29 მიგრიაული, რ. (2021). სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო. თბილისი: შპს „სე-განი“, გვ. 87.

30 ზუბიტაშვილი, ნ. (2014). პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან. წიგნში ბურდული, ი. (რედ.). საკორპორაციო სამართლის კრებული II (გვ. 133-196), თბილისი: მერიდიანი, გვ. 146.

31 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლის მე-7 პუნქტი.

32 ბურდული, ი. და ჩიტაშვილი, ნ. (2020). მნიშვნელოვანი საფუძვლით პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, 9, 1-14, გვ. 12.

33 ბურდული, ი. (2012). ერთგულების მოვალეობა, როგორც უმრავლესობისა და უმცირესობის ქმედების მასშტაბი საკორპორაციო სამართალში, გერმანული სამართლის მაგალითზე. მართლმსაჯულება და კანონი, 4(35), 51-63, გვ. 51.

34 მიგრიაული, რ. (2020). ერთგულების მოვალეობა, როგორც პარტნიორის ქცევის სტანდარტი საზოგადოებათა სამართალში (გერმანული სამართლის მაგალითზე). შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, 11, 20-25, გვ. 20.

35 ჭანტურია, ლ. (2017). მუხლი 8. კერძო სამართლის სუბიექტები. წიგნში ჭანტურია, ლ. (რედ.) სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი,

ერთიანი დეფინიციის ქართულ სამართალში არ გვხვდება.³⁶ იგი გამოიყენება, როგორც ზოგადი დათქმა, ზოგადი ვალდებულება და, მაშასადამე, როგორც სამოქალაქო სამართლის პრინციპი. ამ პრინციპიდან გამომდინარეობენ ქცევის იმპერატიული წესები, რომლებიც უპირობოდ უნდა იყოს დაცული.³⁷

შპს-ის პარტნიორებს ეკისრებათ ფიდუციური მოვალეობები, რომლებიც მოიცავენ ერთგულებისა და გულმოდგინების (ზრუნვის) მოვალეობებს.³⁸ პარტნიორის გულმოდგინების (ზრუნვის) მოვალეობა გულისხმობს პარტნიორის მოვალეობას, არ ჩაიდინოს განზრახი მართლსაწინააღმდეგო ქმედება ან უხეში გაუფრთხილებლობა საზოგადოების წინააღმდეგ.³⁹ პარტნიორის ერთგულების მოვალეობა – ესაა საზოგადოების საუკეთესო ინტერესისადმი პირადი ინტერესის დაქვემდებარება, უფრო კონკრეტულად კი პარტნიორს ეკრძალება საზოგადოების, მის ინტერესების, ქონებისა და პარტნიორთა საერთო ინტერესის საზიანო ქმედება.⁴⁰ ერთგულების მოვალეობა თავის თავში მოიცავს ანგარიშვა-

ლდებულების, საკუთარ თავთან გარიგების დადების აკრძალვის, კონკურენციის აკრძალვისა და ინფორმაციის სრულად გამჟღავნების მოვალეობებს.⁴¹

აშშ-ში, ფიდუციური მოვალეობები ვრცელდება Limited Liability Company (LLC)-ის⁴² წევრებსა და ხელმძღვანელებზეც. აღნიშნული მოვალეობები მოიცავს ერთგულებისა და გულმოდგინების მოვალეობას.⁴³ გარდა ამისა, მათი საქმიანობა ექვემდებარება ასევე კეთილსინდისიერებისა და „სამართლიანი ქმედების“ (obligation of good faith and fair dealing) ზოგად მოვალეობას.⁴⁴ თუმცა პრობლემატურია LLC-ის არახელმძღვანელი წევრების (non-manager LLC members) ფიდუციური მოვალეობების სტატუსი. არსებობს მოსაზრება, რომ მათზე არ ვრცელდება ფიდუციური მოვალეობები და მხოლოდ კეთილსინდისიერებისა და „სამართლიანი ქმედების“ ზოგადი მოვალეობა ეკისრებათ. აშშ-ის ზოგიერთი სასამართლო კი მიიჩნევს, რომ ყველა პარტნიორზე თანაბრად უნდა გავრცელდეს ფიდუციური მოვალეობები. ამასთან, წესდებით შეიძლება შეიზღუდოს ფიდუციური მოვალეობები, მაგრამ მათი გაქარწყლება დაუშვებელია.⁴⁵

გერმანიაში, ერთგულების მოვალეობა (Treupflicht), ზოგადად, ავალდებულებს პარტნიორებს თავიანთი ქმედებით ზიანი არ მიაყენონ და გაითვალისწინონ საზოგადოებისა და სხვა დანარჩენი პარტნიორის ინტერესები.⁴⁶ გერმანული სამართლის

წიგნი I, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებები (გვ. 47-52). თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), გვ. 50.

36 ვაშაკიძე, გ. (2007). კეთილსინდისიერება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით – აბსტრაქტია თუ მოქმედი სამართალი. ქართული სამართლის მიმოხილვა, 10/2007-1, 14-58, გვ. 38.

37 ხუნაშვილი, ნ. (2016). კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში. თბილისი: ბონა კაუზა, გვ. 91, გვ. 49.

38 ბურდული, ი. და ჩიტაშვილი, ნ. (2020). მნიშვნელოვანი საფუძვლით პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, 9, 1-14, გვ. 13.

39 ზუბიტაშვილი, ნ. (2014). პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან. წიგნში ბურდული, ი. (რედ.). საკორპორაციო სამართლის კრებული II (გვ. 133-196), თბილისი: მერიდიანი, გვ. 155.

40 ბურდული, ი. და ჩიტაშვილი, ნ. (2020). მნიშვნელოვანი საფუძვლით პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, 9, 1-14, გვ. 13.

41 ზუბიტაშვილი, ნ. (2014). პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან. წიგნში ბურდული, ი. (რედ.). საკორპორაციო სამართლის კრებული II (გვ. 133-196), თბილისი: მერიდიანი, გვ. 155-156.

42 ქართულად – შეზღუდული პასუხისმგებლობის კომპანია.

43 ULLCA Sec. 409.

44 Gartenberg, E. and King, T. (2003). Fiduciary Duties in Partnerships and Limited Liability Companies under California Law. California Business Law Practitioner, 93-104, p. 102-103.

45 იქვე.

46 შეფერი, კ. (2019). სამართლის საწყისები: საზოგადოებათა სამართალი (მთარგ. მიგრიაული, რ.). (მე-5 გამოცემა). თბილისი: სსიპ საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა. (ორიგინალი ნაშ-

თანახმად, საცილოა უმრავლესობით მიღებული გადაწყვეტილება, რომელიც არაპროპორციულად ჩაერევა მინორიტარი პარტნიორების წევრობაში.⁴⁷ ამდენად, ერთგულების მოვალეობა მიმართულია პარტნიორთა უმცირესობის ინტერესების დასაცავად. გერმანული იურიდიული ლიტერატურის თანახმად, პარტნიორის ერთგულების მოვალეობა მოიცავს მოქმედების, ქმედებისაგან თავის შეკავების, თმენისა და თანხმობის გაცემის მოვალეობებს.⁴⁸ ის შეიძლება ასევე მოიცავდეს GmbH-ს პარტნიორებისათვის კონკურენციის აკრძალვას, ზიანის მიყენების აკრძალვიდან გამომდინარე.⁴⁹

გერმანიაში, ზემოთ ჩამოთვლილი მოვალეობების გარდა, GmbH-ს პარტნიორს ასევე ეკისრება ვალაუვალობის განცხადების წარდგენის მოვალეობა. კერძოდ, თუ საზოგადოება გადახდისუუნარო ან ზედვალაუვალოა, და როდესაც საზოგადოებაში არ არსებობს ფუნქციონარიანი წარმომადგენლობითი ორგანო (რაც განმარტებულია InsO-ს § 10-ის მე-2 აბზაცში), პარტნიორებს ეკისრებათ ვალდებულება წარადგინონ ვალაუვალობის განცხადება.⁵⁰

პარტნიორის უფლებამოსილება, ძირითადად, მისი წილის ოდენობის პროპორციულია. სწორედ მისი წილობრივი მონაწილეობის პროცენტის შესაბამისად განისაზღვრება დივიდენდის მიღება, კრებაზე ხმის უფლება, კრების მოწვევის მოთხოვნის უფლება.⁵¹ თუმცა წესდებით

რომი გამოიცა 2018 წელს), გვ. 462-464, §36, ვნ. 23.

47 იქვე.

48 მიგრიული, რ. (2020). ერთგულების მოვალეობა, როგორც პარტნიორის ქცევის სტანდარტი საზოგადოებათა სამართალში (გერმანული სამართლის მაგალითზე). შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, 11, 20-25, გვ. 22.

49 შეფერი, კ. (2019). სამართლის საწყისები: საზოგადოებათა სამართალი (მთარგ. მიგრიული, რ.). (მე-5 გამოცემა). თბილისი: სსიპ საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა. (ორიგინალი ნაშრომი გამოიცა 2018 წელს), გვ. 462-464, §36, ვნ. 23.

50 იქვე, გვ. 462, ვნ. 22.

51 ლილუაშვილი, გ. (2005). შემლუდული პასუხის-

შეიძლება ზოგიერთ წილს (პარტნიორს) მიეკუთვნოს უპირატესი უფლებები, როგორც ამ წილის თანდაყოლილი უფლებები (ე. წ. „პრივილეგირებული წილები“). კანონით პარტნიორებს ეძლევათ უფლება, წესდების საფუძველზე შეცვალონ გადაწყვეტილების მიღების სტანდარტი, კერძოდ, პარტნიორთა ხმის უფლებასა და წილის მოცულობას შორის წარმოშვან დისბალანსი, მაგრამ ეს კონკრეტულად უნდა აისახოს წესდებაში.⁵²

1.3. შპს-ის პარტნიორობის სუბიექტები

შპს-ის წილიდან გამომდინარე შპს-ს პარტნიორის უფლებამოსილების რეალიზების წინაპირობა, როგორც აღინიშნა, პარტნიორის სამართლებრივი სტატუსია, რომლითაც ხასიათდება პარტნიორის სამართლებრივი მდგომარეობა, მისი სამართლებრივი მიმართება სხვა პარტნიორებთან, შპს-სთან, შპს-ის ხელმძღვანელობასთან და მესამე პირებთან.

პარტნიორი არის შპს-ის წევრი (მონაწილე), რომელსაც აქვს კანონმდებლობითა და შპს-ის წესდებით გათვალისწინებული უფლება-მოვალეობები საზოგადოების მიმართ.⁵³ კანონპროექტი ადგენს პარტნიორის ზოგად საკანონმდებლო დეფინიციას, რომლის თანახმადაც, პარტნიორი არის პირი, რომელიც სამეწარმეო საზოგადოების წილის მესაკუთრეა.⁵⁴ შესაბამისად, შემოთავაზებული ფორმულირებით, პარტნიორის სტატუსი დაკავშირებულია საზო-

მგებლობის საზოგადოება (თეორია და პრაქტიკა). თბილისი: ჯისიი. გვ. 212.

52 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2012 წლის 26 სექტემბრის განჩინება №2ბ/2643-12; თოდუა, უ. (2019). მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონი სამართლო გადაწყვეტილებებში. თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), გვ. 173.

53 ნინიძე, თ. და ჭანტურია ლ. (2002). მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი. თბილისი: სამართალი, გვ. 20.

54 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის მე-8 მუხლის 1-ლი პუნქტი.

გადოების წილზე საკუთრების უფლების ფლობასთან.

პარტნიორის სტატუსი შეიძლება ჰქონდეს ნებისმიერ ფიზიკურ პირს. ამ შემთხვევაში, პარტნიორი შეიძლება იყოს ნებისმიერი პირი, მიუხედავად მისი მოქალაქეობისა, სქესისა, ასაკისა და ა. შ.⁵⁵ მათ შორის პარტნიორის სტატუსის მატარებელი შეიძლება იყოს არასრულწლოვანი პირი, რომლის წევრობიდან გამომდინარე უფლებებსა და მოვალეობებს, სრული ქმედუნარიანობის დადგომამდე, ახორციელებენ მისი კანონიერი წარმომადგენლები.

შპს-ს პარტნიორი შეიძლება იყოს იურიდიული პირიც. ამასთან, ვინაიდან ა(ა)იპ-ის და სსიპ-ის უფლებაუნარიანობა სპეციალურია და მათ შეუძლიათ მხოლოდ იმ საქმიანობის განხორციელება, რაც გათვალისწინებულია მათი სადამფუძნებლო დოკუმენტაციით ან კანონით,⁵⁶ მათ შეუძლიათ მიიღონ პარტნიორის სტატუსი მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ აღნიშნული ნებადართულია მათი წესდებით ან კანონით. ამის გარდა, სახელმწიფო, როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირი,⁵⁷ შეიძლება იყოს შპს-ს პარტნიორის სტატუსის მატარებელი. ა(ა)იპ-ის მიმართ გამოიყენება ზოგადი უფლებაუნარიანობის პრინციპი და, შესაბამისად, მას შეუძლია სპეციალური ნებართვის გარეშე მიიღოს პარტნიორის სტატუსი შპს-ში,⁵⁸ თუ მოცემული მას აკრძალული არ აქვს სადამფუძნებლო დოკუმენტაციით.

შპს-ის პარტნიორის სტატუსით არ გვევლინება სამართალწარმონაქმნი, რომელიც არაა იურიდიული პირი, მაგალითად,

55 ნინიძე, თ. და ჭანტურია, ლ. (2002). მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი. თბილისი: სამართალი, გვ. 21.

56 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 25-ე მუხლი.

57 ნინიძე, თ. და ჭანტურია, ლ. (2002). მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი. თბილისი: სამართალი, გვ. 24.

58 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 25-ე მუხლის მე-2 ნაწილი; ნინიძე, თ. და ჭანტურია, ლ. (2002). მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი. თბილისი: სამართალი, გვ. 23.

ამხანაგობა და არარეგისტრირებული კავშირი.⁵⁹ ამის მიზეზი ისაა, რომ მათ არ აქვთ ორგანიზციული მოწყობის ფორმა და ისინი სამართლებრივ ურთიერთობებში გამოდიან მათი წევრების მეშვეობით. ამის გარდა, მათი შექმნა შესაძლებელია ზეპირი სახით, რითაც რთულდება მათი წევრებისა და წევრთა უფლება-მოვალეობების იდენტიფიცირება.⁶⁰

2. შპს-ის პარტნიორის სტატუსის მიღება

შპს-ის პარტნიორის სტატუსის მიღება ხდება შპს-ის წილზე საკუთრების უფლების მოპოვებით, რაც შესაძლებელია მოხდეს ორი ძირითადი გზით: (1) შპს-ის წილის თავდაპირველი შეძენით, რომელიც შეიძლება განხორციელდეს შპს-ის დაფუძნების პროცესში მონაწილეობით, როგორც დამფუძნებელი პარტნიორი ან შპს-ის კაპიტალის გაზრდისას წილის შეძენით ან შპს-ის დაფუძნების შემდეგ, გაზრდილი კაპიტალის შესაბამისი წილის ახალი პარტნიორისათვის დათმობით;⁶¹ (2) შპს-ის წილის შემდგომი მიღებით, კერძოდ, მემკვიდრეობით მიღების, გარიგებით-სამართლებრივ საფუძველზე წილის შეძენითა და რეორგანიზაციის საფუძველზე,⁶² ასევე მეუღლეთა საერთო ქონებაში შემავალი წილის დაყოფით.⁶³

59 მიგრაიული, რ. (2021). სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო. თბილისი: შპს „სეგანი“, გვ. 56.

60 იქვე, გვ. 57.

61 ბურდული, ი. (2019). სამეწარმეო საზოგადოებაში წილის კეთილსინდისიერად მოპოვება. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, 2, 11-36, გვ. 26.

62 იქვე.

63 Тихонов, В., В. (2016). Доля ООО как объект совместного имущества супругов. <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=7949>; წილის დაყოფასთან დაკავშირებით იხ. ნინიძე, თ. და ჭანტურია, ლ. (2002). მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი. თბილისი: სამართალი, გვ. 275.

2.1. წილის თავდაპირველი შეძენა

შპს-ის მომავალი პარტნიორი – დამფუძნებელი – საზოგადოების დაფუძნების პროცესის არსებითი შემადგენელი ნაწილია. დამფუძნებელი შპს-ის წესდებაზე, როგორც სადამფუძნებლო დოკუმენტზე ხელმოწერით აფიქსირებს ნებას, ჩამოაყალიბოს სამეწარმეო საზოგადოება და მისი მონაწილეობით განახორციელოს სამეწარმეო საქმიანობა. დამფუძნებელად მონაწილეობა და მისი მხრიდან შენატანის განხორციელების ვალდებულების აღება ავტომატურად განაპირობებს მის მიერ სამომავლოდ შპს-ის წილის და, შესაბამისად, პარტნიორის სტატუსის მოპოვებას. ამდენად, შპს-ის დამფუძნებლებს, „ჩვეულებრივი“ პარტნიორებისგან განსხვავებით, აქვთ დამატებითი უფლებები და მოვალეობები, აგრეთვე აქვთ სოლიდარული პასუხისმგებლობა შპს-ის დაფუძნებასთან დაკავშირებულ და სამეწარმეო რეესტრში მის რეგისტრაციამდე წარმოშობილ ვალდებულებებზე.

შპს-ის რეგისტრაციამდე მის დამფუძნებლებს, შპს-ის წესდების მიღებით, ეკისრებათ ვალდებულება, კომპანია წინარე საზოგადოებიდან სრულფასოვან, უფლებაუნარიან და ქმედუნარიან სამეწარმეო საზოგადოებად ჩამოაყალიბონ, რაც მისი სამეწარმეო რეესტრში რეგისტრაციით სრულდება. აღნიშნული გულისხმობს სა-რეგისტრაციო წინაპირობების დაკმაყოფილებას და, ასევე, წესდებით შეთანხმებული შენატანების განხორციელებასა და შპს-ის მმართველობის ორგანოთა ჩამოყალიბებას.⁶⁴ წინარე საზოგადოებას შეუძლია დადოს გარიგებები.⁶⁵ მისი კრედიტორების წინაშე დამფუძნებლები პასუხს აგებენ პერსონალურად, როგორც სოლიდარული მოვალეები, მთელი თავიანთი ქონებით,

პირდაპირ და უშუალოდ.⁶⁶ წინარე საზოგადოების სამეწარმეო რეესტრში რეგისტრაციის შემდეგ, მისი სახელით განხორციელებული მოქმედებიდან წარმოშობილი ვალდებულებისთვის პასუხისმგებლობა გადადის რეგისტრირებულ სამეწარმეო სუბიექტზე.⁶⁷

გერმანიაში საზოგადოება იურიდიულ უფლებაუნარიანობას იძენს საზოგადოების წესდების სათანადოდ ხელმოწერის და მოქმედებს არამართო დამფუძნებელთა შორის ურთიერთობებზე, არამედ მესამე პირებთან ურთიერთობაშიც. ამდენად, საზოგადოების სახელით მესამე პირებთან დადებული გარიგებები ავტომატურად საზოგადოების ვალდებულებად მიიჩნევა და არ არის დამოკიდებული მის მოწონებაზე.⁶⁸

აშშ-ში LLC-ის დაფუძნების პროცესი სახელმწიფოს მხრიდან მხოლოდ ფორმალური წინაპირობების კონტროლს ექვემდებარება, ამიტომ სადამფუძნებლო ხელშეკრულებაში ასახულია კომპანიის ფორმალური წინაპირობების დაკმაყოფილებისთვის საჭირო რამდენიმე მნიშვნელოვანი მონაცემი, მათ შორის, ინფორმაცია LLC-ის დამფუძნებლის შესახებ. თუმცა, აშშ-ში დამფუძნებელად ყოფნა ყოველთვის არ ნიშნავს რეგისტრაციის შემდეგ კომპანიის პარტნიორის სტატუსის მიღებას. აშშ-ში მიღებული პრაქტიკაა იურიდიული ფირმისათვის რეგისტრაციისთვის საჭირო მოქმედებების განხორციელების მიზნობა, ანუ კომპანიის მომავალი პარტნიორი მიმართავს კონკრეტულ იურიდიულ ფირმას საზოგადოების დაფუძნებისათვის საჭირო იურიდიული დოკუმენტაციის მომზადებისა და კომპანიის რეგისტრაციისთვის სახელმწიფოსთან ურთიერთობის წარმართვის

64 ბაქაქური ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ. და ჯუღელი გ. (2019). საკორპორაციო სამართალი, სახელმძღვანელო იურისტებისთვის. თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), გვ. 56.

65 იქვე.

66 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტი.

67 იქვე.

68 ბაქაქური ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ. და ჯუღელი გ. (2019). საკორპორაციო სამართალი, სახელმძღვანელო იურისტებისთვის. თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), გვ. 57.

მოთხოვნით.⁶⁹ მაშასადამე, LLC-ის დამფუძნებელი (incorporator) შეიძლება იყოს იურიდიული ფირმა ან მისი თანამშრომელი, რომელიც არ წარმოადგენს LLC-ის მომავალ პარტნიორს. დამფუძნებელი ფორმალურად ქმნის LLC-ის, ამიტომაც აშშ-ში დამფუძნებლები ხშირ შემთხვევაში მხოლოდ ფორმალურ სტატუსს ატარებენ.⁷⁰

კაპიტალის გაზრდის დროს წილის შეძენას ადგილი აქვს ძირითადად მაშინ, როცა საწესდებო კაპიტალი საკმარისი არ არის შპს-ის მიზნების მისაღწევად და პარტნიორები საერთო კრებაზე იღებენ გადაწყვეტილებას კაპიტალის გაზრდაზე. შპს-ის პარტნიორებს უფლება აქვთ თავიანთი წილების პროპორციულად მიიღონ მონაწილეობა კაპიტალის გაზრდაში, პარტნიორთა საერთო კრების მიერ დადგენილ ვადაში კაპიტალში შესაბამისი შენატანების სრული ოდენობით განხორციელებით. რომელიმე პარტნიორის მიერ აღნიშნული უფლების სრულად ან ნაწილობრივ გამოუყენებლობის შემთხვევაში შესაძლებელია კაპიტალის გაზრდის შემდეგ პარტნიორთა წილების ახალი თანაფარდობა წარმოიშვას.⁷¹

გერმანიაში, GmbH-ის კაპიტალის გაზრდისათვის, პარტნიორებმა გადაწყვეტილება უნდა მიიღონ არამართო თავად კაპიტალის გაზრდის შესახებ,⁷² არამედ განსაზღვრონ ასევე იმ პირთა წრე, ვინც დაშვებულია კაპიტალის გაზრდასთან დაკავშირებით.⁷³ ახალი წილების მისაღებად, ამჟამინდელ პარტნიორებთან ერთად დაშვებულ უნდა იქნან ახალი პარტნიორე-

ბიც.⁷⁴ პარტნიორთა მიერ გადაწყვეტილების მიღების შემდეგ, კაპიტალის გაზრდის შემდეგად წილის მიმღებებმა უნდა გააფორმონ წილის მიღების შესახებ ხელშეკრულებები, რომლითაც ისინი კისრულობენ ახალი შენატანის შეტანის ვალდებულებასა და სხვა GmbH-ის პარტნიორობასთან დაკავშირებულ მოვალეობებს.⁷⁵

2.2. წილის შემდგომი შეძენა

პარტნიორის სტატუსის მოპოვება, როგორც აღინიშნა, შესაძლებელია უკვე არსებული შპს-ის წილის შეძენითაც. წილის შემდგომი შეძენა შეიძლება მოხდეს ნასყიდობის, ჩუქების, მემკვიდრეობის ან მეუღლეთა თანასაკუთრების საფუძველზე.

შპს-ის წილის ნასყიდობა და ჩუქება ფორმდება გარიგებითი სამართლებრივი აქტით, რომელზეც ვრცელდება გარიგების ნამდვილობის მომწესრიგებელი სამოქალაქო კოდექსის ნორმები. ხელშეკრულება იდება წერილობით. მართალია, კანონმდებლობით მისი სანოტარო წესით დამოწმება სავალდებულო არ არის, მაგრამ მხარეების მიერ ხელშეკრულების დასაბამად ნოტარიუსისთვის მიმართვა მიღებული პრაქტიკაა. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატა თავის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში განმარტავს, რომ „პარტნიორის წილის (მიმოქცევადი უფლება) შემძენზე საკუთრების უფლებით გადასვლისათვის აუცილებელია პარტნიორებს შორის ნამდვილი შეთანხმება ანუ ურთიერთმფარავი ნების არსებობა და ამ უფლების კანონით დადგენილი წესით რეგისტრში რეგისტრაცია“.⁷⁶ წილზე უფლების გადასვლა უნდა დარეგისტრირდეს სამეწა-

69 ბურდული, ი., მახარობლიშვილი, გ. და მალრაძე, გ. (2019). შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება საქართველოში: არსებული რეალობა და რეგულატორული დეფიციტი. თბილისი: იურისტების სამყარო, გვ. 110-111.

70 იქვე, გვ. 113.

71 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის 46-ე მუხლის მე-21 პუნქტი.

72 GmbHG § 53.

73 შეფერი, კ. (2019). სამართლის საწყისები: საზოგადოებათა სამართალი (მთარგ. მიგრიაული, რ.). (მე-5 გამოცემა). თბილისი: სსიპ საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა. (ორიგინალი ნაშრომი გამოიცა 2018 წელს), გვ. 433-434, §35, ვნ. 57.

74 GmbHG § 55-ის Abs. 2.

75 შეფერი, კ. (2019). სამართლის საწყისები: საზოგადოებათა სამართალი (მთარგ. მიგრიაული, რ.). (მე-5 გამოცემა). თბილისი: სსიპ საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა. (ორიგინალი ნაშრომი გამოიცა 2018 წელს), გვ. 433-434, §35, ვნ. 57.

76 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატის 2017 წლის 02 მარტის გადაწყვეტილება №ას-664-635-2016.

რმეო რეესტრში, რათა პარტნიორი ჩაითვალოს წილის კანონიერ მესაკუთრედ.

მართალია, საქართველოს კანონმდებლობა განამტკიცებს წილთა თავისუფალი გასხვისების პრინციპს, თუმცა, წილის გარიგებითი სამართლებრივი გზით შეძენის დროს, შემძენმა აუცილებლად უნდა გაითვალისწინოს, ხომ არ არსებობს წილის გასხვისების შეზღუდვები. ასეთი შეზღუდვები შეიძლება იყოს, მაგალითად, დანარჩენი პარტნიორების მიერ უპირატესი შესყიდვის უფლება, თანხმობა წილის გასხვისებაზე და შპს-ის წესდებით გათვალისწინებული სხვა შეზღუდვები.

შპს-ის წილის გასხვისების შეზღუდვა შეიძლება გამომდინარეობდეს წილზე მეუღლეთა თანასაკუთრებიდან.⁷⁷ მეუღლეთა საერთო საკუთრებაში, სხვა ქონებასთან ერთად, შეიძლება იყოს შპს-ში ერთ-ერთი მეუღლის წილიც, რომელიც შეძენილია რეგისტრირებული ქორწინების განმავლობაში.⁷⁸ თუ ერთ-ერთი მეუღლე შპს-ის პარტნიორია და წილი შეძენილია რეგისტრირებული ქორწინების განმავლობაში, ამ წილის გასხვისება მას შეუძლია მხოლოდ მეორე მეუღლის თანხმობით.⁷⁹ „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის თანახმად, მეუღლეები გამოდიან როგორც თანაპარტნიორები, ხოლო პარტნიორის უფლებამოსილებას (წილის მართვას) განახორციელებს ერთობლივად არჩეული მესამე პირი ან ერთ-ერთი მეუღლე.⁸⁰

შპს-ის წილის მიღება შესაძლებელია ასევე მემკვიდრეობის გზით. ამ შემთხვევაში, დამატებით მოქმედებს მემკვიდრეობითი სამართალის ნორმები. გარდაცვლილი პარტნიორის (მამკვიდრებლის) წილი, როგორც არამატერიალური ქონებრივი

სიკეთე, კანონისმიერი ან ანდერძისმიერი მემკვიდრეობის საფუძველზე, სრული მოცულობით გადადის მის მემკვიდრე(ებ)ზე.⁸¹ მემკვიდრეები შპს-ის პარტნიორებად მიიჩნევიან მხოლოდ სამეწარმეო რეესტრში მათი, როგორც შპს-ის პარტნიორის რეგისტრაციის მომენტიდან და არა სამკვიდროს ფაქტობრივად მიღებიდან.⁸²

მემკვიდრეების მიერ პარტნიორის სტატუსის მიღების საკითხები წესრიგდება საზოგადოების წესდებაში, სადაც გამოხატული უნდა იყოს მამკვიდრებლის ნება მემკვიდრეების პარტნიორობის თაობაზე. მაგალითად, მხოლოდ კონკრეტული მემკვიდრე ან მემკვიდრეები შეიძლება გახდნენ პარტნიორები. რამდენიმე მემკვიდრის შემთხვევაში კი ერთ-ერთი მემკვიდრის, როგორც მემკვიდრეთა ჯგუფის წარმომადგენლმა განახორციელოს პარტნიორის უფლებები.⁸³ ამასთან, წესდებაში დაუშვებელია იმის მითითება, რომ გარდაცვლილი პარტნიორის წილის მიღება და, შესაბამისად, საზოგადოების წევრობა, შესაძლებელია მხოლოდ ანდერძისმიერი მემკვიდრის მიერ, რადგან სამოქალაქო კოდექსი ადგენს კანონისმიერ მემკვიდრეთა უფლებას, მიიღონ სავალდებულო წილი, რაც მათ თანაბრად ანიჭებს საზოგადოებაში პარტნიორობის უფლებას.⁸⁴

შპს-ის წილი შეიძლება მიღებულ იქნეს მისი რეორგანიზაციის შედეგად. რეორგანიზაციის დროს ხდება როგორც ვალდებულებათა გადასვლის, ასევე რეორგანიზებულ იურიდიულ პირზე ქონებრივი და არაქონებრივი ხასიათის უფლებების გადაცემის (მათ შორის წილზე უფლებების)

77 ნინიძე, თ. და ჭანტურია, ლ. (2002). მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი. თბილისი: სამართალი, გვ. 273.

78 სამოქალაქო კოდექსის 1158-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი.

79 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებები სამოქალაქო საქმეებზე, 2002 წ., #2, გვ. 225.

80 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 31-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

81 ბურდული, ი., მახარობლიშვილი, გ. და მალრაძე, გ. (2019). შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება საქართველოში: არსებული რეალობა და რეგულატორული დეფიციტი. თბილისი: იურისტების სამყარო, გვ. 120.

82 იქვე.

83 იქვე, გვ. 122.

84 ლილუაშვილი, გ. (2005). შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება (თეორია და პრაქტიკა). თბილისი: ჯისიაი. გვ. 221; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებები სამოქალაქო საქმეებზე, 2003 წ. #7, გვ. 1926.

საკითხის გადაწყვეტა.⁸⁵ რეორგანიზაცია შეიძლება გარდაქმნით, შერწყმით და გაყოფით.⁸⁶ თავის მხრივ, შერწყმა შესაძლებელია მიერთებითა და გაერთიანებით, ხოლო გაყოფა – დაყოფით ან გამოყოფით.⁸⁷ გარდაქმნის დროს არსებული შპს-ს უფლებამონაცვლე ხდება ახალი საზოგადოება. სხვა ფორმით რეორგანიზებული შპს-ს პარტნიორები კი დებენ შერწყმის (გაერთიანების ან მიერთების) ან გაყოფის (დაყოფის ან გამოყოფის) ხელშეკრულებას, სადაც დეტალურად უნდა გაიწეროს რეორგანიზაციის შემდეგ წილების გადანაწილების წესი.⁸⁸ ახალ წარმოშობილ საზოგადოებაში უნდა განისაზღვროს პარტნიორის სტატუსის მქონე პირები, მათი წილების გადანაწილება და უფლებამოსილების ფარგლები.⁸⁹

2.3. შპს-ს პარტნიორობის პერიოდი

პრაქტიკაში დიდი მნიშვნელობის მქონეა საკითხი იმასთან დაკავშირებით, თუ რა პერიოდში აქვს პირს შპს-ის პარტნიორის სტატუსი.

მოქმედი „მეწარმეთა შესახებ“ კანონი არ შეიცავს სპეციალურ დათქმას პარტნიორის სტატუსის წარმოშობის ან შეწყვეტის მომენტის შესახებ, რის გამოც პრაქტიკაში შესაძლებელია წარმოიშვას გაურკვევლობა, მაგალითად, იმ შემთხვევებში: როდესაც

საც მომავალმა პარტნიორებმა დადეს შეთანხმება, მაგრამ შპს ჯერ არ დაურეგისტრირებიათ; როდესაც პარტნიორისგან სხვა პარტნიორმა ან მესამე პირმა ნოტარიალურად შეიძინა წილი, მაგრამ ჯერ არ დაურეგისტრირებია; როდესაც წილი გადადის მემკვიდრეობით, მაგრამ მემკვიდრე პარტნიორად არ დარეგისტრირებულია; როდესაც წილი მეუღლეთა თანასაკუთრებაა, მაგრამ მხოლოდ ერთ-ერთი მეუღლეა პარტნიორად რეგისტრირებული; როდესაც პარტნიორი გაირიცხა შპს-დან პარტნიორთა კრებაზე, მაგრამ დავის დასრულებამდე ჯერ კიდევ პარტნიორად არის რეგისტრირებული.

წილზე საკუთრების უფლების გადაცემა ძალაში შედის წილის ახალი პარტნიორის სახელზე მარეგისტრირებელ ორგანოში რეგისტრაციით,⁹⁰ ხოლო წილზე საკუთრების უფლების მიღება წარმოშობს პარტნიორის სტატუსს. ამიტომაც, უნდა ჩავთვალოთ, რომ პირი პარტნიორის სტატუსს იძენს სამეწარმეო რეესტრში წილზე საკუთრების უფლების რეგისტრაციიდან, ანუ მისი პარტნიორად აღრიცხვიდან.

სწორედ მსგავს მიდგომას ითვალისწინებს გერმანული სამართალი. მიუხედავად იმისა, თუ რა გზით მოიპოვებს პარტნიორი წილზე საკუთრების უფლებას, გერმანიის შპს-ის სამართალი GmbH-თან მიმართებაში პარტნიორად განიხილავს სავაჭრო რეესტრში წარდგენილ პარტნიორთა სიაში აღნიშნულ პირს.⁹¹ აღნიშნული იმას ნიშნავს, რომ წილიდან გამომდინარე უფლებამოსილების რეალიზება პარტნიორს შეუძლია პარტნიორთა სიაში მისი ასახვისა და ამ განახლებული სიის სავაჭრო რეესტრში რეგისტრაციის და არა წილის შეძენის მომენტიდან.⁹² ამ წესიდან გამონაკლისს წა-

85 Илюшина, М. Н. (2015). Сделки с долями в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, учебное пособие. (2-е изд.). Москва: РПА Минюста России, с. 19.

86 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-144 მუხლის 1-ლი პუნქტი; მიგრიაული, რ. (2021). სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო. თბილისი: შპს „სეზანი“, გვ. 116.

87 იქვე; იხ. „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 61-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი.

88 მიგრიაული, რ. (2021). სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო. თბილისი: შპს „სეზანი“, გვ. 124.

89 მიგრიაული, რ. (2018). სამეწარმეო საზოგადოების რეორგანიზაცია (სახელმძღვანელო მითითებები). თბილისი: იურისტების სამყარო, გვ. 20.

90 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-51 მუხლის მე-51 პუნქტი; „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 143-ე მუხლის მე-5 პუნქტი.

91 GmbHG § 16 Abs. 1.

92 ბურდული, ი., მახარობლიშვილი, გ. და მაღრაძე, გ. (2019). შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება საქართველოში: არსებული რეალობა და რეგულატორული დეფიციტი. თბილისი: იურისტების სამყარო, გვ. 132.

რმოადგენს შემთხვევა, როდესაც ხდება პარტნიორის ტექნიკური ცვლილება (მაგალითად, როდესაც ქორწინების შედეგად პარტნიორის გვარი იცვლება), რომელიც არ იწვევს თავად პარტნიორის პიროვნების ცვლილებას. ასეთ შემთხვევაში, პარტნიორს შეუძლია გამოიყენოს თავისი წილიდან გამომდინარე უფლებამოსილება სავაჭრო რეესტრში ცვლილების რეგისტრაციამდე.⁹³

მოქმედი კანონმდებლობის თანახმად, თუ რეგისტრაციამდე მწარმე სუბიექტის სახელით რაიმე მოქმედება შესრულდა, ამ მოქმედების შემსრულებლები და დამფუძნებლები აგებენ პასუხს კრედიტორების წინაშე.⁹⁴ ამდენად, უნდა დავასკვნათ, რომ საწარმოს შპს-ის ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმით დარეგისტრირებამდე მის დამფუძნებლებს ეძლევათ შესაძლებლობა, ისარგებლონ პარტნიორის გარკვეული უფლებებით, თუმცა პარტნიორის ყველა უფლებამოსილება ვერ ჩაითვლება წარმოშობილად. მაგალითად, შპს-ის რეგისტრაციამდე შეუძლებელია მისი წილის გასხვისება, ვინაიდან, წინარე საზოგადოების პირობებში, ჯერ კიდევ არ არსებობს შპს-ს წილი.

მემკვიდრეობის შემთხვევაშიც მემკვიდრეს რეგისტრაციამდე გარკვეული უფლებები გააჩნია. მემკვიდრეობითი სამართლის თანახმად, მამკვიდრებლის გარდაცვალებისთანავე იხსნება სამკვიდრო,⁹⁵ ხოლო მემკვიდრეს ენიჭება უფლება, მართოს ეს სამკვიდრო.⁹⁶ შესაბამისად, მემკვიდრეს შეუძლია სამეწარმეო რეესტრისთვის მიმართვა წილის მმართველად რეგისტრაციის მოთხოვნით, აგრეთვე, მონაწილეობა მიიღოს პარტნიორთა კრებაში და ისარგებლოს წილის მმართველის ყველა უფლებით. თუ მემკვიდრეს არ აქვს მართვის უფლება მიღებული, მემკვიდრის მიერ პარტნიორთა კრებაში მონაწილეო-

ბაზე ნებართვის შესახებ გადაწყვეტილება შეიძლება მიიღოს შპს-ის დარჩენილმა (მოქმედმა) პარტნიორებმა.

პარტნიორის მიერ თავისი სტატუსის შპს-იდან გასვლით ან გარიცხვით დაკარგვის შემთხვევებში, მოქმედი კანონით პასუხისმგებელია კითხვა, პარტნიორთა კრებაზე შესაბამისი გადაწყვეტილების მიღებიდან სამეწარმეო რეესტრში გასვლის ან გარიცხვის რეგისტრაციამდე გასულ ან გარიცხულ პარტნიორს აქვს თუ არა პარტნიორის სტატუსი. მითითებული ზოგადი წესის თანახმად, თუ გასვლა და გარიცხვა ხდება სასამართლო დავის გარეშე, პარტნიორი თავის სტატუსს კარგავს სამეწარმეო რეესტრში შესაბამისი რეგისტრაციის მომენტიდან. იმ შემთხვევაში კი, როდესაც პარტნიორის გარიცხვა ხდება სასამართლო გადაწყვეტილებით, პარტნიორი გარიცხულად ითვლება სასამართლოს შესაბამისი გადაწყვეტილების ძალაში შესვლის მომენტიდან.⁹⁷ ამასთან, სასამართლოში დავის მიმდინარეობის დროს, დავის დასრულებამდე, საზოგადოების მოთხოვნის საფუძველზე პარტნიორს შეიძლება შეუჩერდეს ხმის ან სხვა არაქონებრივი უფლებები.⁹⁸ თუმცა პარტნიორს არ უნდა შეუჩერდეს ქონებრივი უფლებები.

93 იქვე, გვ. 133.

94 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტი.

95 სამოქალაქო კოდექსის 1319-ე მუხლი.

96 სამოქალაქო კოდექსის 1421-ე მუხლი.

97 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 145-ე მუხლის მე-6 პუნქტი.

98 „მეწარმეთა შესახებ“ კანონპროექტის 145-ე მუხლის მე-5 პუნქტი.

გაუპატიურების პარადიგმა: მოდალადე უცხო პირი vs მებრძოლი მსხვერპლი

თამარ გეგელია

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

საკვანძო სიტყვები: გაუპატიურება, თანხმობა,
დისკრიმინაცია

შესავალი

გაუპატიურება მკვლელობის მსგავსად ოდითგანვე ისტე-
ბოდა, თუმცა მისი საზღვრები და შინაარსი, რამდენადაც მე-
ტადაა პოლიტიკურად დეტერმინირებული, მრავალჯერ გახდა
გადახედვის და კრიტიკის საგანი.¹ ძველ პერიოდში ქალის ხმა
საჯარო სივრცეში საერთოდ არ ისმოდა, ქალი არ განიხილე-
ბოდა სამართლის სუბიექტად. ამიტომ გასაკვირი არაა, რომ
იმ ეპოქაში, სადაც სახელმწიფოს პოლიტიკური დღის წესრი-
გი ქალისთვის არ იცლიდა, ეს სამართალზეც აისახებოდა.
გაუპატიურების დეფინიციის მოდერნიზება და საზღვრების
გადახედვა დასავლურ ცივილიზაციაში გასული საუკუნის 80-
იანი წლებიდან დაიწყო, რაშიც ლომის წილი ფემინისტებმა,
კონკრეტულად კი მეორე ტალღის ფემინიზმმა შეიტანა აქტი-
ვიზმითა და აკადემიური ნაშრომების შექმნით.² გაუპატიურე-

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

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

ბის დეფინიცია, მართალია, მრავალმხრივ შეიცვალა, მაგრამ სრულად მაინც არაა შეცვლილი და ეს პროცესი ძალიან ნელი ტემპით გრძელდება ამერიკაშიც და ზოგადად, მთელ მსოფლიოში. ცვლილებებს შორის ყველაზე მთავარი გაუპატიურებისგან დაცული ინდივიდუალური სიკეთის მნიშვნელობაა³ – ადამიანის სექსუალური თავისუფლება.⁴ მნიშვნელოვანი ცვლილებაა ასევე ცოლის გაუპატიურებისგან ქმრის დამცავი იმუნიტეტის გაუქმება, რომელიც 90-იან წლებამდე მოქმედებდა ამერიკასა და ევროპის ბევრ ქვეყანაში.⁵ აღსანიშნავია, რომ ქმრის იმუნიტეტი ფორმალურად არ ყოფილა აღიარებული გასული საუკუნის ქართულ კანონმდებლობაშიც კი, თუმცა მაშინაც და ახლაც, გაუპატიურება როგორც ოჯახში ძალადობის ფორმა, ფაქტობრივად დაუსჯელია.⁶ გაუპატიურების რეკონცეფტუალიზაციის რეფორმებს მსოფლიოში დღესაც ფემინისტები უდგანან სათავეში.⁷ ახალი პროტესტი რომე-

ლმაც გაუპატიურების კულტურის⁸ წინააღმდეგ 2017 წლის ოქტომბერში იფეთქა, #MeToo მოძრაობა იყო, რომელმაც ბევრი ცვლილება მოიტანა სექსუალური შევიწროვებისა თუ ზოგადად სქესობრივი დანაშაულების ხელახალი გააზრებისთვის. ბევრ ქალს დღეს აღარ რცხვნიან სოციალური სტიგმის, როდესაც ძალდობრივ გამოცდილებაზე საუბრობს და რაზეც საუბრობს, აღარ ფასდება, როგორც რაღაც „შემთხვევითობა“ ან „გამონაკლისი“.⁹ დღეს ქალებს მეტად უსმენენ და ენდობიან, რაც ამ მოძრაობის დამსახურებაა. თუმცა ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ეს პოზიტიური ძვრები, რაზეც ზემოთ გამხვილდა ყურადღება, საქართველოს სინამდვილეზე ჭერ-ჭერობით არ ასახულა მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოში ჯერ კიდევ 1994 წელს რატიფიცირდა 1979 წლის გაეროს კონვენცია ქალთა დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ, ხოლო ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ ევროპის საბჭოს კონვენცია (სტამბოლის კონვენცია) 2017 წელს გახდა საქართველოს საკანონმდებლო სისტემის ნაწილი.¹⁰ მიუხედავად იმისა, რომ საერთაშორისო ვალდებულებების ძალით, სსკ-ით გათვალისწინებული სქესობრივი დანაშაულები (მუხლ. 137-141) შეიცვალა,¹¹ მთავარი ჯერ

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

4 იქვე. 3.

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

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

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

8 ტერმინის განმარტებისთვის იხ. საფარი, გაუპატიურების კულტურა <https://sapari.ge/%E1%83%92%E1%83%90%E1%83%A3%E1%83%9E%E1%83%90%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A3%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%99%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%A2%E1%83%A3%E1%83%A0%E1%83%90/> 14.6.2021

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

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

11 2017 წელს სსკ-ში სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებით შეტანილი ცვლილებების ანა-

ისევ შესაცვლელი რჩება – გაუპატიურების დაფუძნება თანხმობის არარსებობაზე¹² და გენდერული სტერეოტიპებით განსაზღვრული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულება, კვლავ დიდი პრობლემაა.

ერთ-ერთი ბოლო საკანონმდებლო ცვლილებით, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების ხანდაზმულობის ვადები შეიცვალა სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებით. გაუპატიურებასთან მიმართებით, სადაც დაზარალებული არასრულწლოვანია, ხანდაზმულობის ვადა საერთოდ გაუქმდა, ხოლო სრულწლოვანებთან მიმართებით 20 წელი გახდა, თუ განსაკუთრებით მძიმე კატეგორიის არ არის. უკანასკნელთან მიმართებით, ზოგადი ნორმის მიხედვით, ხანდაზმულობის ვადა 30 წელია. ეს ცვლილებებიც საერთაშორისო სამართლის გავლენით მოხდა.¹³ თუმცა სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაში, მაშინაც, როცა დაზარალებული არასრულწოვანია, დანერგილი პრაქტიკით, პენეტრაციულ სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებით მთავარი მტკიცებულება ექსპერტის დასკვნაა, რომლის სიზუსტე დამოკიდებულია ექსპერტიზის ჩატარებაზე პენეტრაციიდან ორკვირიან ვადაში, რადგან სხვის სხეულში პენისით შეღწევის ზუსტი დროის დადგენა მხოლოდ ამ პერიოდშია შესაძლებელი. ეს ქართული მართლმსაჯულების ის მანკიერებაა, რაც ადამიანის უფლებათა დაცვის მონიტორინგის არაერთ ანგარიშშია გაკ-

რიტიკებული.¹⁴ მაგალითად, სიღნაღის რაიონული სასამართლოს განაჩენით პირი გამართლდა გაუპატიურების ბრალდებაში.¹⁵ მან 14 წლის გოგონა მოიტაცა ცოლად მოყვანის მიზნით, მრავალჯერ გააუპატიურა, შემდეგ ორი კვირა სახლში ჰყავდა გამოკეტილი. როდესაც გაუშვა, გოგონამ პოლიციას შეატყობინა, მაგრამ ექსპერტის დასკვნით შეუძლებელი აღმოჩნდა იმის დადგენა, შეღწევა ნამდვილად ბრალდებულმა ჩაიდინა თუ სხვამ. სასამართლომ სხვა მტკიცებულებები აღარ იკმარა გამამტყუნებელი განაჩენისთვის.¹⁶ ასეთი პრაქტიკა აძალიერებს მოძალადე კულტურას და დაუცველს ტოვებს ძალადობის მსხვერპლს. აღნიშნული პრაქტიკის ფონზე ზემოთ ხსენებული ცვლილება ხანდაზმულობის ვადებთან დაკავშირებით სსკ-ის მორიგი დეკორაციაა.

გენდერული ძალაუფლების ასიმეტრიულობა განსაკუთრებული სიმძლავრით აისახა სქესობრივ დანაშაულებზე. სწორედ ამიტომაც, რომ საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, ძალადობა ქალის მიმართ, მათ შორის სქესობრივი დანაშაულები, განიხილება როგორც გენდერული უთანასწორობის შედეგი.¹⁷

მიუხედავად ცვლილებებისა, გაუპატიურების დეფინიცია დღემდე ირეკლავს შუასაუკუნეობრივ ხედვას ამ დანაშაულის მიმართ. იმ პერიოდში გაუპატიურებისგან რელიგიური და მორალური ინტერესები იყო დაცული და არ მსხვერპლის სექსუალური ავტონომია,¹⁸ ეს ინტერესი საერთოდ

12 ლიზისთვის იხ. გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მიითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 24. გაუპატიურების შემადგენლობის სტამბოლის კონვენციასთან შესაბამისობაში მოყვანა საქართველოს გაეროს ადამიანის უფლებათა საბჭოს პერიოდული მიმოხილვის ფარგლებში გამართულ სესიაზეც შეახსენეს. იხ. Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Thirty-seventh session Geneva, 18–29 January 2021, 6.201.

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

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

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

16 იქვე. გვ. 25.

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

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

არ არსებობდა მაშინ, ამიტომ სწორი შენიშვნაა, რომ სამართლებრივი სიკეთის შეცვლასთან ერთად, გაუპატიურების მოდიფიცირების საჭიროებაც გახდა აუცილებელი, რადგან ადამიანის თავისუფალ ნებას და არჩევანს მეტი ქმედება ზღუდავს, ვიდრე ძალადობით განსაზღვრული გაუპატიურება მოიცავდა.¹⁹ ცვლილების მოწინააღმდეგეების შენიშვნას, რომ გაუპატიურების ძველი მოდელი, რომელიც ძალადობასთან ერთად მუქარას და უმწეობას მოიცავს ალტერნატიულ ელემენტად, საკმარისია და გაფართოება საჭირო არაა, ჰორნლე პასუხობს, რომ გაუპატიურების არც ეს დეფინიციაა საკმარისი იმ მრავალფეროვან სოციალურ ურთიერთობასთან მიმართებით, რაშიც ადამიანებს უწევთ ცხოვრება,²⁰ ასევე, ისიც ფაქტია, რომ ქართველი მოსამართლეები ერიდებიან ნორმის დაშვებულ ფართო ინტერპრეტაციებს გაუპატიურებასთან მიმართებით.²¹

ძველ დროში გაუპატიურებისგან (რომლის მსხვერპლიც ქალი იყო) დაცული იყო არა დაზარალებულის ინტერესი, არამედ მამის ქონება და ოჯახის ღირსება, ხოლო დაქორწინებული ქალის გაუპატიურების

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

ამ კულტურის შედეგია ის, რაც 2021 წლის 9 თებერვალს მოხდა. 14 წლის ნინიმ თავი მოიკლა.²⁴ გოგონა. რომელიც გაუპა-

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

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

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

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

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

24 საქმის ირგვლივ დეტალური ინფორმაცი-

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

გაუპატიურების გამოძიებისა და სასამართლო განხილვის პროცესში ასევე ფესვგამდგარია გენდერული სტერეოტიპები, რაც საქმის გონივრულად განჭვრეტას ხელს უშლის და, როგორც წესი, მოძალადის გამართლებით სრულდება. „უმანკობის“ სოციალური ნორმებით ქალის სექსუალური თავისუფლება კონტროლდება, მისი ნებისმიერი სახით „შებლაღვა“ ისევ ქალის ტვირთია. სწორი შენიშვნით, სწორედ უბიწოების ნორმებია, რომელიც ხელს უწყობს სექსუალური ძალადობის აყვავებას²⁵ და გაუპატიურების იმ არაყოვლისმომცველი საკანონმდებლო დეფინიციის შენარჩუნებას, რაც დღემდე ბევრ იურისდიქციაშია.

სწორედ ამ საკითხების განხილვა მოხდება წინამდებარე სტატიის მომდევნო თავებში.

1. გენდერთან დაკავშირებული მითები სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაში

გენდერული სტერეოტიპებისა და მითების საილუსტრაციოდ მნიშვნელოვანია რამდენიმე საქმის ციტირება ქართული სის-

ხლის სამართლის მართლმსაჯულებიდან.²⁶

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განაჩენის²⁷ მიხედვით, პირი გამართლდა გაუპატიურების ბრალდებაში. მოსამართლე აქცენტს დაზარალებულის ნასვამ მდგომარეობაზე აკეთებს, და იმაზე, რომ ქალი უცხო მამაკაცს სახლში ეწვია, სადაც მართო იყვნენ.²⁸ მოსამართლის თქმით, „[...] დაზარალებულის ქცევა შესაძლოა მიმანიშნებელიც ყოფილიყო [ბრალდებულისთვის], რომ დაზარალებულს ჰქონდა მასთან ინტიმური ურთიერთობის სურვილი“. ამ საქმეში საყურადღებოა ის გარემოება, რომ დაზარალებულის მიერ მიცემული ჩვენება ძირითადად ემთხვეოდა ფაქტობრივ გარემოებებს. დაზარალებულის ჩვენებით, ის ცემეს და ტანსაცმელი შემოახიეს. თუმცა მოსამართლემ ამ ფაქტების ბრალდებულის ინტერპრეტაცია დაიჭერა. ბრალდებულის ჩვენებით, სექსი ორმხრივი თანხმობით მოხდა, ის მაშინ გალახა, როდესაც გაიგო, რომ მას ფული მოპარა. სასამართლომ ორი ჩვენებიდან რატომღაც ბრალდებულის ჩვენება მიიჩნია სარწმუნოდ, მიუხედავად იმისა, რომ არავინ დაობდა – ქალი ნაცემი იყო. სისხლნაჟღერებები, რომელიც ლოგინის ზეწრიდან იყო აღებული და ქალს ეკუთვნოდა, სასამართლოს თქმით არ იყო გამორიცხული, ნებაყოფლობით სქესობრივი კავშირის ბუ-

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

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

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

ისტვის იხ. თარხნიშვილი, ნ., როცა სისტემა დუმს, ბავშვები ქრებიან, რადიო თავისუფლება, 12.2.2021 <https://www.radiotavisupleba.ge/a/31100186.html> 22.3.21

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

ნებრივად თანმხლები ყოფილიყო ან მაშინ მომხდარიყო, როცა ბრალდებულმა დაზარალებულს სახეში გაართყა ხელი. ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ გაუპატიურების ქართული მოდელისთვის ძალადობის კვალიც არაა საკმარისი, თუ ის ძალადობის მაღალ ხარისხს არ აღწევს.

ქართული მართლმსაჯულება მასკულიზირია, ამას ისიც ააშკარავებს, თუ როგორ განიმარტება გაუპატიურება პრაქტიკულად. გაუპატიურების დეფინიცია (მუხლ. 137) სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაში სუბიექტის მხრიდან ფიზიკურ ძალადობით, ხოლო დაზარალებულისგან ძლიერი წინააღმდეგობის გაწევის აუცილებლობით განიმარტება. ფორმალურად გაუპატიურების ალტერნატიული ხერხია მუქარაც, თუმცა, მხოლოდ მუქარით ჩადენილი გაუპატიურების საქმეები ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში არ მოიძებნა.²⁹ რაც შეეხება გაუპატიურების მესამე ალტერნატიულ ხერხს – დაზარალებულის უმწეო მდგომარეობა, ის ვიწროდ გაიგება და პრაქტიკაში არის შესაბამისი საქმეები.³⁰ ამდენად, გაუპატიურების დეფინიციაში, ქართული სამოსამართლო განმარტების მიხედვით, ნაგულისხმევია დაზარალებულის დავალდებულება იმაზე, თუ როგორ უნდა მოიქცეს თავდასხმის დროს. ის ქალს სექსუალური თავდასხმისას ავალდებულებს, თუნდაც სიცოცხლის ფასად შეებრძოლოს მოძალადეს, წინააღმდეგ შემთხვევაში, ზიანი კვალიფიკაციის მიღმა დარჩება, სექსი კი ქალისთვის სასურველად შეფასდება. ეს რომ ასეა, ამაზე არაერთხელ დაიწერა სხვადასხვა კვლევაში რომელიც საქართველოში ჩატარებულა.³¹ ხოლო, რუსთავის საქალაქო

სასამართლოს 2015 წლის განაჩენში კი ყველაზე დემონსტრაციულადაა არეკლილი გენდერის ნიშნით ჩაგვრითა და პატრიარქალური ცნობიერებით განსაზღვრული გაუპატიურების არსი. გადაწყვეტილების მიხედვით, ქმედება რომ გაუპატიურებად შეფასდეს „... ძალმომრეობა ქალის მიმართ, უპირველეს ყოვლისა, ნიშნავს ფიზიკურ ძალადობას, ესე იგი ქალთან სქესობრივი კავშირის დაჭერას მისი წინააღმდეგობის ფიზიკურად დაძლევის – შებოჭვით, ცემის, სხეულის დაზიანების და სხვა საშუალებით, რასაც ... [მოძალადის] მხრიდან [მსხვერპლის] მიმართ ჰქონდა ადგილი [...]. ქალის წინააღმდეგობა უნდა იყოს ნამდვილი და შეუპოვარი და არა მოჩვენებითი, თვალთმაქცური [...]“³²

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

29 გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 33; აბაშიძე, ა., არგანაშვილი, ა., დეკანოსიძე, თ. და ნაცვლიშვილი, ა. სისხლის სამართლის გენდერული ანალიზი, თბილისი 2016, 43.

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

31 მაგალითად იხ. აბაშიძე, ა., არგანაშვილი, ა., დეკანოსიძე, თ. და ნაცვლიშვილი, ა. მითითებული კვლევა, სქოლ. 29; დეკანოსიძე, თ., ჩიხ-

ლაძე, ნ. და ხარატიშვილი, გ., ქალთა მიმართ სექსუალური ძალადობის დანაშაულებზე მართლმსაჯულების განხორციელება საქართველოში (ევროპის საბჭო 2020).

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

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

მართლის გამკაცრებით მდგომარეობა ვერ გაუმჯობესდება³⁴ თუმცა უკანასკნელიც მნიშვნელოვანი ბერკეტი იგივე კულტურული ცვლილებებისთვის.³⁵

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

გაუპატიურების მსხვერპლი ქალი, გაუპატიურების არაეფექტური გამოძიების, არაადეკვატურად მკაცრი მტკიცებულებითი სტანდარტის, მის მიმართ საპოლიციო/საპროკურორო უნდობლობისა და მათი აგრესიული დილემანტიზმის, მოგვიანებით კი გაუპატიურების ვიწრო სამოსამართლო განმარტების გამო, დაზარალებუ-

ლი მეორეჯერ ხდება.³⁸

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ნებით, ქართული აკადემიური სივრცე მნიშვნელოვნად გამდიდრდებოდა და მეტი შანსი იქნებოდა მოსამართლეების ყურადღების მისაპყრობად.

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

2. გაუპატიურებისგან დაცული საერთაშორისო ინტერესი

დღეს, იურისდიქციითა უმეტესობაში, მათ შორის საქართველოში, გაუპატიურებისგან დაცული ინტერესი ადამიანის სექსუალური ავტონომიაა, მისი უფლება – დაცული იყოს არასასურველი სექსუალური კავშირისგან.⁴¹ არსებობს პოზიტიური და ნეგატიური სექსუალური თავისუფლება. გაუპატიურებისგან ნეგატიური თავისუფლებაა დაცული – პირის უფლება დაცული იყოს არასასურველი სექსუალური კავშირისგან.⁴² სახელმწიფოს კონტროლი საჭი-

როა იმ თვალსაზრისით, რომ მან ზღვარი დაიცვას ქმედებათა კრიმინალიზებისას, რათა არ დაარღვიოს ადამიანის პოზიტიური სექსუალური თავისუფლება – უფლება, ჰქონდეს სექსი.⁴³ მორალის დანაშაულების კრიმინალიზებით სწორედ ეს უფლება იზღუდება, რაც დაუშვებელია.⁴⁴

გაუპატიურების ზიანზე, დაზარალებულზე მის გრძელვადიან და დამანგრეველ ეფექტზე ყველა თანხმდება.⁴⁵ გაუპატიურების კრიმინალიზება სრულ შესაბამისობაშია მილისეული ზიანის პრინციპთან⁴⁶ რომლის თანახმადაც, „ერთადერთი მიზეზი, რითაც შეიძლება გამართლეს სახელმწიფოს მხრიდან ძალის გამოყენება ცივილიზებული სამყაროს ნებისმიერი წევრის მიმართ, მისი ნების საწინააღმდეგოდ, ეს ზიანისგან სხვისი დაცვაა“.⁴⁷

3. სექსზე თანხმობის არარსებობა როგორც გაუპატიურების დამფუძნებელი ელემენტი

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

თანხმობას ზოგი მეცნიერი მორალურად ტრანსფორმაციულს უწოდებს,⁴⁹ რაც

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

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

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

43 იქვე. 24.

44 იქვე.

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

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

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

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

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

იმას ნიშნავს, რომ სექსი თანხმობით დაშვებული ქცევაა, ხოლო თანხმობის არარსებობა მას გაუპატიურებად აქცევს.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ნებისმიერ ადამიანს აქვს უფლება, დაცული იყოს არასასურველი სქესობრივი კავშირისგან, ეს უფლება სხვას ართმევს შესაძლებლობას, იმოქმედოს ამ უფლების მფლობელის ნების საწინააღმდეგოდ. აკადემიურ ტექსტებში გამოთქმული სწორი მოსაზრებით, იმ შემთხვევაში, როდესაც, ვთქვათ, ვინმე ა. თავად ამბობს უარს უფლებაზე და, მაშასადამე, სქესობრივ აქტთან დაკავშირებით ბ-ს აძლევს თანხმობას, ეს ნიშნავს, ერთი მხრივ, თანხმობის მიმცემის უარს საკუთარ უფლებაზე, რომ დაცული იყოს სექსუალური შეხებისგან და, მეორე მხრივ, სხვა ადამიანისთვის, ვისაც თანხმობა მისცეს, ვალდებულების მოშლას, თავი შეიკავოს მსგავსი მოქმედებისგან.⁵⁰

ურთიერთობაში, სადაც პირებმა ერთმანეთს თავისუფალი თანხმობა მისცეს, არც სექსუალური ავტონომიის სახელმწიფოსგან დაცვის ინტერესი არსებობს და, მაშასადამე, სახელმწიფომაც თავი უნდა შეიკავოს ჩარევისგან (ადამიანები ამას მოითხოვენ სახელმწიფოსგან⁵¹), წინააღმდეგ შემთხვევაში, დაარღვევს პირთა პოზიტიურ სექსუალურ თავისუფლებას.

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

ტრადიციულ ქართულ აკადემიურ ტექსტებში (და არა მხოლოდ ქართული) ყველა გაუპატიურების მაგალითი ქალზე უცხო კაცის თავდასხმასა და ფიზიკურად ცემას ეხება, სადაც ქალი მაქსიმალურად წევს წინააღმდეგობას. ქართული სასამართლო პრაქტიკის ანალიზიც ცხადყოფს, რომ გაუპატიურების სწორედ ასეთი პარადიგმაა მიღებული. მაშინ როცა სხვადასხვა ქვე-

ყანაში ჩატარებული კვლევები ცხადყოფს, რომ ქალი გაუპატიურების მსხვერპლი ხშირად სწორედ ნაცნობი მამაკაცისგან ხდება, რა დროსაც ფიზიკურ ძალაზე მეტად იძულების სხვა ფორმები გამოიყენება, რაც დაუსტეხელი რჩება.⁵³ ხშირად ისე ხდება, რომ ქალის უარს სქესობრივ კავშირზე პარტნიორი კაცის მხრიდან რისხვა და სასტიკი ძალადობა მოჰყოლია, ამიტომ დაზარალებული, ფიზიკური ტკივილის თავიდან ასაცილებლად, ხშირად „თანამშრომლობს“ მოძალადესთან,⁵⁴ შეიძლება თავადვე გაუძღვეს საძინებელ ოთხამდე, რაც სექსზე თანხმობას არ ნიშნავს.

4. თანხმობის მოდელები

თანხმობის არარსებობაზე დაფუძნებული გაუპატიურების დეფინიციები განსხვავდება ერთმანეთისგან. ორ მოდელს განასხვავებენ, ესენია: „დიახ“ მოდელი (მხოლოდ დიახ ნიშნავს დიახს) და ე.წ. „ვეტო“ მოდელი („ვეტო“ ნიშნავს „არას“).

„დიახ“ მოდელისთვის⁵⁵ სექსი რომ გაუპატიურებად არ შეფასდეს, ამისთვის აუცილებელია წინასწარი კომუნიკაცია და მხარეების მხრიდან დასტური სექსზე.⁵⁶ ხოლო მეორე მოდელის („არა“ მოდელი)⁵⁷ თანახმად, ქმედება რომ გაუპატიურებად

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

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

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

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

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

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

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

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

შეფასდეს, პირის უარი უნდა იყოს სექსზე. შესაბამისად, ამ მოდელის მიხედვით, იქ, სადაც წინადადებას სექსზე ნეგატიურად არ პასუხობენ, გაუპატიურება ვერ იქნება.⁵⁸ „არა“ მოდელს აკრიტიკებენ, რომ ის ვერ ფარავს ისეთ სიტუაციებს, რა დროსაც დაზარალებულს არ ჰქონდა შესაძლებლობა, უარი ეთქვა სექსზე, მაგალითად, დამაშინებელი გარემოს დროს ან უმწეო მდგომარეობის კლასიკური შემთხვევების დროს. წმინდა „არა“ მოდელი არ არის აღიარებული არც ერთი იურისდიქციით. იმ სიტუაციებთან მიმართებით, რომელთაც უკანასკნელი ვერ ფარავს, „დიახ“ მოდელი გამოიყენება, ამდენად მას შერეულ მოდელს უწოდებენ (მაგ. გერმანია).

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

ჰორნლე იმ მეცნიერებს შორისაა, რომელიც თანხმობის არსებობის დადასტურებად არ კმარა მხოლოდ ნაგულიხმევ თანხმობას, ის გარეგნულად უნდა იყოს გამოხატული, რაც სექსის მონაწილეებს თავიდან აარიდებს გაუგებრობას და შეცდომებს.⁶⁰ ამის გამო, ის ემხრობა გერმანულ მოდელს, რომლის ძირითადი ნაწილი „არა“ მოდელის ილუსტრაციაა,⁶¹ ხოლო შემთხვევები, რასაც ის ვერ ფარავს, ნორმის სხვა ნაწილითაა გათვალისწინებული (შიშით გაქვავების შემთხვევა თუ სხვა, რა დროსაც დაზარალებული მოკლებულია შესაძლებლობას, საკუთარი არჩევანი გააკეთოს).⁶² ამდენად, გერმანული მოდელი გაუპატიურებისა, რომელიც თანხმობის არარსებობას ემყარება, თანხმობის შერე-

ული მოდელია.⁶³ ჩვეულებრივ სიტუაციაში, რაც დაზარალებულისთვის დამაშინებელი არაა, დაზარალებულს „ევალება“⁶⁴ მკაფიოდ გამოხატოს, თუ მას არ სურს სექსი, ამისთვის ერთხელ „არას“ თქმაც საკმარისია (ვერბალური თუ სხვა სახით გამოხატული – წუხილი, ტირილი ა.შ.).⁶⁵ ხოლო სიტუაციებში, სადაც კომუნიკაციის საშუალება უბრალოდ არ ჰქონდა (ძალიან სწრაფად მოხდა პენეტრაცია) ან დამაშინებელ გარემოში იყო, ან ტრადიციული გაგებით უმწეო მდგომარეობაში (გონება აქვს დაკარგული, ძინავს და ა.შ.), ამ შემთხვევებზე „დიახ“ მოდელის პირობები ვრცელდება, რაც იმას ნიშნავს, რომ თუკი პირისგან არ გაქვს თანხმობა – სექსი გაუპატიურებაა. უმწეობის გარკვეულ შემთხვევებში არც „დიახ“ არის საკამარისი. მაგალითად, მცირე ასაკის ბავშვის თანხმობის მიუხედავად მასთან სქესობრივი კავშირი *per se* გაუპატიურებაა. ჰორნლე სცენარში, სადაც პირი შემოთავაზებულ წინადადებაზე – ჰქონდეთ სექსი – მართალია, „არას“ არ ამბობს, ანუ ამ მხრივ პასიურია, თუმცა სხვა მისი მოქმედებები შეიძლება თანხმობაზე მიანიშნებდეს, რაც მეორე მხარისთვის შეცდომაში შემყვანი შეიძლება იყოს, ავტორის თქმით, ასეთ სცენარში სექსი ვერ გახდება პირის მსჯავ-

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

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

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

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

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

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

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

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

რდების საფუძველი.⁶⁶ სწორედ ასეთ ამბივალენტურ სიტუაციებში ავტორი ეთანხმება დაზარალებულისთვის იმის დავალებას, რომ ცხადი გახადოს სექსთან დაკავშირებით მისი განწყობა, თუ არ სურს,⁶⁷ თუ დამაშინებელი გარემოება არაა ან სხვაგვარი სუბორდინაცია. უკანასკნელის დროს ამბივალენტური სიტუაციით სარგებლობაც ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება და მაშასადამე, გაუპატიურებაა.⁶⁸

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

რომელიც ტურკჰეიმერს აქვს მითითებული თავის ნაშრომში.

„დიახ“ მოდელის მომხრეები ხაზს უსვამენ ამ მოდელის მნიშვნელობას კულტურის ცვლილებისთვის, სადაც სექსის წინ კომუნიკაციაა (ვერბალური ან არავერბალური მაგრამ აშკარა) საჭირო, რითაც ნორმა ადრესატებს კეთილსინდისიერად ატყობინებს, თუ რა არის საჭირო იმისთვის, რომ ქმედება ნებადართული იყოს.⁷²

სექსის წინ გამოთქმული თანხმობა ყოველთვის არაა რელევანტური, მაგალითად, თანხმობა, რომელიც შიშის გამო თქვა დაზარალებულმა.⁷³

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

სოციალურ ქსელებსა თუ აკადემიურ ლიტერატურაში ხშირად გამოხატავენ შიშებს მოსალოდნელ ცვლილებასთან დაკავშირებით, რომ თითქოს სექსსა და გაუპატიურებას შორის წითელი ხაზის გავლება თანხმობის არარსებობით სახიფათოა, რადგან ამან შესაძლოა გამოიწვიოს ქმედებათა გადაჭარბებული კრიმინალიზაცია,⁷⁶ ასევე მტკიცებულებითი სტანდარტის გაუფასურება, რასაც ასევე საქმის სამართლიანი განხილვის უფლების გაუმართლებელი შეზღუდვაც მოჰყვება.⁷⁷ ეს შიშები რომ ირაციონალურია და ცვლილების სხვადასხვა ასპექტთან მიმართებით დიდწილად

66 იქვე. 130.

67 იქვე. 130-131.

68 იქვე. 131.

69 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 451.

70 იქვე. 454-460.

71 ანალიზისთვის იხ. Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. მითითებული წიგნი, სქოლ. 28, 19.

72 Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 33-34; Jacobsen, J. & Skilbrei, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 7, 94.

73 Wertheimer, A. მითითებული წიგნი, სქოლ. 49, 350.

74 იქვე. 347.

75 იქვე.

76 Gruber, A. (2012), მითითებული სტატია, სქოლ. 2, 609-610. ანალიზისთვის ასევე იხ. Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 48.

77 ამ არგუმენტების ანალიზისთვის იხ. Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 49.

გადაჭარბებული,⁷⁸ ქართული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების ანალიზიც ცხადყოფს, რაზეც ქვემოთ გამახვილდება ყურადღება.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი თანხმობის არარსებობაზე დაფუძნებულ არაერთ დელიქტს იცნობს. მათ შორისაა, მფლობელობის ხელშეუხებლობის დარღვევა, ქურდობა/ძარცვა, თავისუფლების უკანონო აღკვეთა.⁷⁹ ჩამოთვლილ დანაშაულებთან მიმართებით მნიშვნელოვანია იმის დამტკიცება, რომ რაღაც ქმედება (მაგ. ნივთის მესაკუთრის მფლობელობიდან ამოღება ქურდობის და ძარცვის დროს) დაზარალებულის მიმართ უკანასკნელის თანხმობის გარეშე მოხდა, რადგან თუკი მესაკუთრის ნებით აიღო პირმა მისი ნივთი ან შევიდა მის მფლობელობაში, არც ქურდობა იქნება და არც ბინის ხელშეუხებლობის დარღვევა, რადგან თავად მესაკუთრემ თქვა ამ უფლებაზე უარი. ე.ი ეს ქმედებები თავისთავად ცუდი არაა, ცუდი ხდება თანხმობის გარეშე. საქართველოს სასამართლოს მსგავსი დანაშაულების დადგენის მრავალწლიანი გამოცდილება აქვს. თუკი საქართველოს საერთო სასამართლოების პრაქტიკას ამ მიმართულებით გადავხედავთ, დავინახავთ, რომ არავითარ პრობლემას არ ქმნის მტკიცებულებითი სტანდარტის დაცვით მათი დამტკიცება. მაგალითად, სსკ-ის 160-ე მუხლის ერთ-ერთ საქმეში საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ გამამართლებელი განაჩენი გამოიტანა, რადგან მისი შეფასებით, სხვა პირს ვერ ეცოდინებოდა, რომ შემოუღობავი მიწის ნაკვეთი სხვისი საკუთრება იყო,⁸⁰ ხოლო სხვა საქმეში სასამართლომ გამამტყუნებელი განაჩენი გამოიტანა მოწმეთა (მესაკუთრე და პოლიციელი) ჩვენების საფუძველზე, რომ პირი

სხვის სახლში ნებართვის გარეშე შევიდა.⁸¹ ასევე აღსანიშნავია სხვა საქმე, სადაც მოსამართლე ხაზს უსვამს ამ დანაშაულის დამფუძნებელ მთავარ ელემენტს – „მკაფიოდ გამოხატული ნება“,⁸² რომლის გამოკვლევასაც უთმობენ დროს, რომ საქმეში სიმართლე დადგინდეს.

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

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ძარცვაც თანხმობის არარსებობაზე დაფუძნებული დელიქტია. თავისთავად სხვისი ნივთის აღება არ ქმნის ამ დანაშაულს, არამედ ეს აკრძალულია მესაკუთრის თანხმობის გარეშე.⁸³ შესაბამისად ასეთ საქმეებში მთავარი მტკიცებულება არის თანხმობის არარსებობის დადასტურება.⁸⁴ ზემოთ აღნიშნულ საქმეში, მოსამართლეს ეჭვი არ შეუტანია ქალის ჩვენებაში, რომ თანხმობის გარეშე წაიღეს მისი ნივთი,⁸⁵ სხვა მტკიცებულებები კი თავისთავად „დანაშაულებრივს“ არაფერს ადასტურებდნენ. ამის შემდეგ კითხვა, თუ რატომ არ კმარობს

78 იქვე. 49-50.

79 Bergelson, V. (2008). Consent to Harm, *Pace Law Review*, vol. 28 (4), 696; Kapsaski, I. (2017). Dignity, Rights, and the Role of Consent in German Criminal Law, *San Diego Law Review*, vol. 54(2), 407.

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

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

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

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

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

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

ერთ მტკიცებულებას იგივე მოსამართლე გაუპატიურებასთან მიმართებით, რელევანტურია. აღსანიშნავია, რომ იმავე საქმეში პირი გამართლდა გაუპატიურების ბრალდებაში,⁸⁶ რასთან მიმართებითაც ქალის ჩვენება სარწმუნოდ არ მიიჩნია მოსამართლემ, მიუხედავად იმისა, რომ მის ჩვენებას შეესაბამებოდა ექსპერტის დასკვნით დადგენილი ფაქტებიც. კერძოდ, საშოს კარიბჭის შესასვლელთან ქვემო სეგმენტში არასწორი ფორმის ნაჭდვეი და ქალის საცვალზე დარჩენილი სპერმა, რომელიც მოძალადეს ეკუთვნოდა.⁸⁷ მოსამართლე დაზარალებულის ურთიერთსაწინააღმდეგო ჩვენების წარმოსაჩენად მიუთითებს ფაქტზე, რომ თავდაპირველად მან დამალა „გაუპატიურების ფაქტი“.⁸⁸ გაუპატიურების ფაქტი შეიძლება უმაღლეს არ გაამჟღავნოს დაზარალებულმა მრავალი მიზეზით, მათ შორის, სირცხვილის გრძნობის და იმ სოციალური სტიგმის შიშით, რაც ქართულ საზოგადოებაში ახლავს თან ამ ტიპის დანაშაულებს, რის მიმართაც მოსამართლეს არ გამოაჩნდა საკმარისი მგრძნობელობა და გაგება. ამდენად, ქალის ჩვენება a priori ტყუილია მხოლოდ სექსობრივ დანაშაულებთან მიმართებით, ხოლო საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებზე მისი ნდობა დაუშვა მოსამართლემ და გამამტყუნებელი განაჩენი მხოლოდ მის ჩვენებას დაამყარა.

ეს საქმე ნათელი დემონსტრირებაა იმისა, თუ რამხელა უარყოფით გავლენას ახდენს გენდერული სტერეოტიპები სექსო-

ბრივი დანაშაულების განხილვაზე, ასევე იმის ილუსტრაციაა თუ როგორი ორმაგი სტანდარტია გაუპატიურებისა და სხვა დანარჩენი დანაშაულების მიმართ.

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

5. კრიმინალიზაციის საზღვრები

გაუპატიურების დეფინიცია სამართლებრივი კატეგორიისაა, ამიტომ ლოგიკურია, რომ ყველაფერი, რაც არაეთიკურია, გაუპატიურების შემადგენლობას ვერ მოიცავს.⁹⁰ გაუპატიურების ფარგლების დადგენა მნიშვნელოვნადაა დამოკიდებული, თუ ვინ განმარტავს მას, რომელი იდეოლოგიის მქონე ადამიანი.⁹¹ ამიტომ მნიშვნელოვანია, რომ გაუპატიურების განმარტებისას ის მთლიანად გასუფთავდეს მორალური წარმოდგენებისგან და აქცენტი გაკეთდეს სამართლებრივ ინტერესზე, იმაზე, თუ რამდენად იყო ან არ იყო სექსზე გაცემული თანხმობა თავისუფალი. ასე-

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

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

88 იქვე.

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

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

91 იქვე.

თი განმარტებით სრულწლოვან ქალთან სექსი, რომელიც რაიმე არაეთიკური პირობით მოხდა, მაიძულებელი ფაქტორების გარეშე (ვთქვათ ფულის სანაცვლოდ სექსი,⁹² ან ქორწინების ცრუ დაპირებით სექსი⁹³ და ა.შ.⁹⁴) გაუპატიურებაა, რაც არაა გასაზიარებელი.⁹⁵ სრულწლოვანი ქალის გაუპატიურების მსხვერპლად მიჩნევა მაშინ, როცა მან თანხმობა თავისი ნებით მისცა,⁹⁶ მომეტებული პატერნალიზმია და ზედმეტად აფართოებს გაუპატიურების შემადგენლობას,⁹⁷ რაც საბოლოოდ ინდივიდის პოზიტიურ სექსუალურ თავისუფლებას

ზღუდავს.⁹⁸ გადაჭარბებული კრიმინალიზების საწინააღმდეგოდ ვესტი წერს, რომ მას კარგი არაფერი მოაქვს გაუპატიურების განმსაზღვრელი კანონის რეფორმისთვის, არამედ კიდევ უფრო მეტ უნდობლობას და შიშს ნერგავს ოპონენტებში, რაც საბოლოოდ რეფორმას უღებს ბოლოს.⁹⁹ იგივე ავტორი სამართლიანად აღნიშნავს, რომ პატრიარქატის დაძლევის მექანიზმად მხოლოდ სისხლის სამართლის გამოყენება სახიფათოა.¹⁰⁰ ასეთსავე შიშებს გამოთქვამენ სხვა მეცნიერებიც, რომ გაუპატიურების საზღვრების გადახედვა სიფრთხილით უნდა მოხდეს.¹⁰¹ პრობლემას ქალის პოზიტიური სექსუალური თავისუფლების შეზღუდვის კუთხით ანალიზებენ, რომ პატერნალისტური მიდგომა ქალსაც ვნებს.¹⁰²

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

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

- 92 მითითებული ქმედების გაუპატიურებად შეფასება გავრცელებული მოსაზრებით არაა მხარდაჭერილი. იხ. Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 132.
- 93 მოტყუება ორი სახისა: პირველი ქმედების სექსუალურ მნიშვნელობას ეხება, მეორე კი - შეთანხმების რომელიმე ასპექტს, რომელიც არაა დაკავშირებული ქმედების არსთან. პირველი გაუპატიურებაა, ხოლო მეორე სახის ტყუილით ჩადენილი სექსუალური ხასიათის ქმედება - არა. ამ აზრის მხარდაჭერი არგუმენტებისთვის იხ. Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 241. გეგელია თ., თავი 2, პარ. 1. გაუპატიურება. მითითებული წიგნი, სქოლ. 10, 43.
- 94 მაგალითად, ალკოჰოლური თუ სხვა სახის თრობის ქვეშ მყოფი ადამიანის თანხმობა სექსზე ნებულობითა და გაუპატიურებად არ შეფასდება, მაგრამ იმ შემთხვევაში როდესაც სიმთვრალის გამო პირს უარის თქმის შესაძლებლობა წართმეული აქვს, მასთან სექსი გაუპატიურება. იხ. Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 457.
- 95 ანალიზისთვის იხ. Conaghan, J. მითითებული სტატია, სქოლ. 1, 160-161.
- 96 სოციალურ-ეკონომიკური კონტექსტებითა და გენდერული უთანასწორობით გაუპატიურების დეფინიციის გაფართოების მომხრეა კ. მაკკინონი, იხ. მაგალითად სექსსამუშაოს ნებისმიერ შემთხვევაში გაუპატიურებად აფასებს. მისი შეფასებით „თანხმობა“ ამ ურთიერთობაში შეუძლებელია არსებობდეს. იხ. Mackinnon, C. A. მითითებული წიგნი, სქოლ. 9, 167, 171, 290. Mackinnon, C. A. მითითებული სტატია, სქოლ. 64, 447-448. მსგავსი მოაზრებისთვის იხ. Herring J. (2009). Relational Autonomy and Rape. In S. Day Slater, F. Ebtehaj, E. Jackson & M. Richards (eds.), *Regulating Autonomy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 53, 63, 68.
- 97 მაგალითად, სექსი ფულის სანაცვლოდ (სექს-სამუშაო) არ არის გაუპატიურება. ანალიზისთვის იხ. Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 133.

- 98 West, R. (2008). Sex, Law, and Consent, Georgetown Law, Faculty Working Papers, 7, 12.
- 99 იქვე. 12.
- 100 იქვე. 13.
- 101 Wertheimer, A. მითითებული წიგნი, სქოლ. 49, 359.
- 102 იქვე.
- 103 Hörnle, T. მითითებული სტატია, სქოლ. 18, 133.
- 104 West, R. მითითებული სტატია, სქოლ. 98, 23-24.

6. MENS REA

გაუპატიურების საზღვრებისთვის არანაკლებ მნიშვნელოვანია თანხმობის mens rea ანუ პირის მხრიდან თანხმობის ცოდნის ხარისხი დადგენა. როგორც აკადემიურ ტექსტებში სწორადაა შენიშნული, სექსის დაწყებამდე კომუნიკაციის მნიშვნელობაზე ინფორმაციას მხოლოდ სისხლის სამართლიდან არ უნდა იღებდეს ადამიანი, ამას უნდა ასწავლიდნენ სკოლიდან.¹⁰⁵ შეცდომამ თანხმობასთან დაკავშირებით მაშინ უნდა გამორიცხოს ცოდნა – სუბიექტური მხარე, და მაშასადამე, პასუხისმგებლობაც, თუ ეს შეცდომა თავიდან აცილებადი არ იყო, ე.ი. შეცდომა კეთილგონიერ ადამიანსაც მოუვიდოდა.¹⁰⁶ მაშასადამე, როდესაც ადამიანი დაბნეულია მეორე ადამიანის მხრიდან მიცემული თანხმობის თაობაზე, ამის შეფასებისა და პასუხისმგებლობის გამორიცხვისთვის სისხლის სამართალი კარს ღიას ტოვებს,¹⁰⁷ რაც ასევე მნიშვნელოვანი საზღვარია იმისა, რომ გადაჭარბებული კრიმინალიზება არ მოხდეს სექსუალური ხასიათის ქმედებებისა. ამდენად, თანხმობის შეფასებისას დაშვებული შეცდომა ირელევანტურია, თუ პირი მინიმუმ დაუდევრად მოქმედებდა.¹⁰⁸ სწორედ ეს მოწმდება ნაფიცი მსაჯულებისა და სასამართლოს მხრიდან თანხმობაზე დაფუძნებული გაუპატიურების საქმეებში

და როგორც მაგალითად, აშშ-ის სასამართლო პრაქტიკის ანალიზმა აჩვენა, რომ იგი ძალიან იშვიათ შემთხვევაში უთითებს ბრალდებულის შეცდომაზე, რასაც შეიძლება ადგილი ჰქონდეს ამბივალენტური გარემოებების დროს, სექსის მონაწილისგან „დამაბნეველი სიგნალების“ მიღებისას.¹⁰⁹ „დამაბნეველი“ შეიძლება იყოს ისეთი სიტუაცია, როდესაც ნაწილი მოქმედებების სექსთან დაკავშირებით წამახალისებელია, ხოლო მოქმედებების ნაწილი – არა.¹¹⁰ თუმცა, როგორც პრაქტიკამ აჩვენა, ის შიშები, რომელიც თანხმობის მოდელს მიემართება, რომ თითქოს უდანაშაულო ადამიანის მჯავრების რისკებს შეიცავს, ემპირიულად არ დადასტურებულა.¹¹¹ არც გაუპატიურების სტატისტიკაა გაზრდილი ამ ქვეყნებში.¹¹² თუმცა თანხმობის მოდელის დადებითი ტენდენციები მაინც შეინიშნება პრაქტიკაში, სასამართლოები გაუპატიურებად აფასებენ ისეთ შემთხვევებს, სადაც ქალმა შიშისგან გაყინვის, თუ მოულოდნელობის გამო კომუნიკაციაც კი ვერ მოასწრო, ისე დაამყარეს მასთან სქესობრივი კავშირი.¹¹³ რაც ძველი მოდელით კვალიფიკაციის მიღმა დარჩებოდა, მოძალადე კი დაუსჯელი, რაც დაუცველს ტოვებდა ადამიანებს არასასურველი სქესობრივი კავშირებისგან.

შეუძლებელია არ გაიზიარო სამართლის პროფესორების ის მოსაზრება, რომ ერთია, როცა გაუპატიურების შემადგენლობის მთავარ ელემენტად სექსზე თანხმობის არარსებობას განსაზღვრავ და მეორე, ასეთივე მნიშვნელობისაა, თუ როგორ განიმარტება ის,¹¹⁴ ამისთვის კი აუცილებელია სამართლის მეცნიერების აქტიურობა, დისკუსიები საკითხის ირგვლივ და

105 Munro, V. მითითებული წიგნი, სქოლ. 5, 752.

106 იქვე. 752; Leary, M.G. მითითებული სტატია, სქოლ. 33, 46; Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 239.

107 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 467.

108 გერმანული მოდელი თანხმობასთან მიმართებით მინიმუმ არაპირდაპირ განზრახვის დადგენას ითხოვს, რაც გაკრიტიკებულია აკადემიურ ტექსტებში, რადგან მოძალადის პასუხისმგებლობისგან დასაძრომად გაუმართლებლად მეტ ხვრელს ტოვებს. იხ. Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 243; Green, P. S. მითითებული წიგნი, სქოლ. 7, 96-98. ევროპის რამდენიმე ქვეყანაში კრიმინალიზმა გაუპატიურება დაუდევრობით, როგორც დამოუკიდებელი შემადგენლობა. იხ. Jacobsen, J. & Skilbrei, M. მითითებული სტატია, სქოლ. 7, 87; Bladini, M. & Andersson, W.S. მითითებული სტატია, სქოლ. 7, 96.

109 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 464, 468.

110 Hörnle, T. მითითებული წიგნი, სქოლ. 41, 239.

111 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 464, 467.

112 Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. მითითებული წიგნი, სქოლ. 28, 16.

113 Tuerkheimer, D. მითითებული სტატია, სქოლ. 54, 454-462.

114 იქვე. 468.

სასამართლოს მუდმივი მონიტორინგი. სხვა გამოსავლად მეცნიერებს ასევე ის მიაჩნიათ, რომ „თანხმობის არარსებობა“ არ იკმაროს კანონმდებელმა და მაქსიმალურად ჩამოთვალოს მასში მოაზრებული ქმედებები,¹¹⁵ თუმცა ამ აზრს მოწინააღმდეგეებიც ჰყავს.¹¹⁶

დასკვნითი შენიშვნები

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

გაუპატიურების შემადგენლობის რეკონსტრუქციის მიზნით გაუპატიურების შემადგენლობის სექსზე თავისუფალი თანხმობის არარსებობით განსაზღვრას.

გაუპატიურების დეფინიციის შეცვლასთან დაკავშირებული შიშები ირაციონალურია, ის გენდერული სტერეოტიპებისა და სტრუქტურული მიზოგინიის ექობ. გაუპატიურების შემადგენლობის მატერიალურ-სამართლებრივი ცვლილება რაიმე ახალი მტკიცებულებით სტანდარტის შემნას არ გულისხმობს, რაც საფრთხეს შეუქმნიდა საქმის სამართლიანი განხილვის უფლებას. ცვლილება მოითხოვს ორმაგი სტანდარტის მოშლას და გენდერული დისკრიმინაციის აღმოფხვრას, რაც სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებით მყარად ფესვგამდგარი პრაქტიკაა. საქართველოს სსკ-ში არაერთი დელიქტია, რომელსაც სწორედ თანხმობის არარსებობა აფუძნებს (მაგ. ქურდობა, ძარცვა, თავისუფლების

უკანონო აღკვეთა და სხვა), რომელთა გამოძიება და სასამართლო განხილვა თავისუფალია გენდერული სტერეოტიპებისგან, ასევე უნდა მოხდეს გაუპატიურებასთან მიმართებითაც.

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

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

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

THE RAPE PARADIGM: VIOLENT STRANGER VS WARRIOR VICTIM

Tamar Gegelia

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

KEYWORDS: Rape, Consent, Discrimination

ABSTRACT

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

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

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

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

BIBLIOGRAPHY:

1. Abashidze, A., Arganashvili, A., Dekanosidze, T., & Natsvlishvili, A. (2016). Gender and Law, Tbilisi (In Georgian)
2. Baker, K.K. & Oberman, M. (2016). Women's Sexual Agency and the Law of Rape in the 21st Century, *Studies in L., Politics & Soc'y*, vol. 69, 63-111 (In English)
3. Bergelson, V. (2008). Consent to Harm, *Pace Law Review*, vol. 28 (4), 683-711 (In English)
4. Bergelson, V. (2014). The Meaning of Consent, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 12, 171-180 (In English)
5. Bladini, M. & Andersson, W.S. (2020). Swedish Rape Legislation from Use of Force to Voluntariness – Critical Reflections from an Everyday Life Perspective, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8(2), 95 – 125 (In English)
6. Bragadottir, R. (2020). Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8(2), 54-77 (In English)
7. Buchhandler-Raphael, M. (2011). The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power, *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 18, 147 – 228 (In English)
8. Conaghan, J. (2019). The Essence of Rape, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 39(1), 151-182 (In English)
9. Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020) (In Georgian)
10. Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020) (In Georgian)
11. Dubber, M. D. & Hörnle, T. (2014). *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Online Publication (In English)
12. Equality Now. (2019). Barriers to Justice: Why Eurasian Legislation Fails to Protect Victims of Sexual Violence (In Georgian)
13. Gegelia, T., For the issue of Lex praevia principle towards judicial interpretation, *Constitutional law review* XII, 31-36. (In Georgian)
14. Gegelia, T., Kelenjeridze, I., & Jishkariani, B., *Sexual Offenses*. (1st edition). Tbilisi: World of Lawyers (In Georgian)
15. Green, P. S. (2020). *Criminalizing Sex, A Unified Liberal Theory*. (1st edition). New York: Oxford University Press (In English)
16. Gruber, A. (2012). A Neo-Feminist Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform, *Journal of Gender, Race & Justice*, vol. 15(3), 583-615 (In English)
17. Gruber, A. (2013). Neofeminism, *Houston Law Review*, vol. 50, 1325-1390 (In English)
18. Halilović, M., Watson, C., Huhtanen, H. & Socquet-Juglard, M. (2017). Gender Bias in Cases of Rape, Attempted Rape, and Sexual Assault in Gender Bias and the Law: Legal Frameworks and Practice from Bosnia & Herzegovina and Beyond, Sarajevo (In English)
19. Herman, J. (2015). *Trauma and Recovery. The Aftermath of Violence-From Domestic Abuse to Political Terror*. (3rd edition). New York: Basic books (In English)
20. Hörnle, T. (2018). #MeToo-Implications for Criminal Law? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6(2), 115-135 (In English)
21. Jacobsen, J. & Skilbrei, M. (2020). Reforming the Rape Offence in

- Norwegian Criminal Law, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8(2), 78-94 (In English)
22. Kaplan, M. (2017). Rape Beyond Crime, *Duke Law Journal*, vol. 66, 1045-1111 (In English)
 23. Kapsaski, I. (2017). Dignity, Rights, and the Role of Consent in German Criminal Law, *San Diego Law Review*, vol. 54(2), 401-422 (In English)
 24. Leary, M.G. (2016). Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture, *Texas Tech Law Review*, vol.49, 1-56 (In English)
 25. Mackinnon, C. A. (2019). *Butterfly Politics, Changing the World for Women*. (1st edition). Cambridge and London: Harvard University Press (In English)
 26. Milne E., Brennan K. & South N., Turton J. (2018). *Women and the criminal Justice System*. (1st edition). Berlin: Springer (In English)
 27. Müller A. & Schaber, P. (2018). *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. (1st edition). London and New York: Routledge (In English)
 28. Powell, A., Henry, N. & Flynn, A. (2015), *Rape Justice Beyond the Criminal Law*. (1st edition). New York: Palgrave Macmillan (In English)
 29. R. (2009). *Feminist Perspectives on Rape*, Philosophy Faculty Publications, paper 86, 1-30 (In English)
 30. Rubinfeld, J. (2013). The Riddle of Rape by Deception and the Myth of Sexual Autonomy, *Yale Law Journal*, 122(6), 1372 – 1443. (In English)
 31. S. Day Sclater, F. Ebtehaj, E. Jackson & M. Richards. (2009). *Regulating Autonomy*. (1st edition). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing (In English)
 32. Soble, A. (2002). *The Philosophy of Sex*. (1st edition). Lanham: Rowman & Littlefield Publishers (In English)
 33. Tuerkheimer, D. (2015). Rape On and Off Campus, *Emory Law Journal*, vol. 65, 1-45 (In English)
 34. Tuerkheimer, D. (2016). Affirmative Consent, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 13(2), 441-468 (In English)
 35. Vestergaard, J. (2020). The Rape Law Revision in Denmark: Consent or Voluntariness as the key Criterion? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8(2), 5-32 (In English)
 36. West, R. (2008). Sex, Law, and Consent, *Georgetown Law, Faculty Working Papers*, 1-44 (In English)
 37. Whisnant, R. (2009). *Feminist Perspectives on Rape*, Philosophy Faculty Publications, paper 86, 1-30 (In English)

NOTES:

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

- (2016). Women's Sexual Agency and the Law of Rape in the 21st Century, *Studies in L., Politics & Soc'y*, vol. 69, 69. (In English)
3. Some scholars consider the interest of women as a collective group to be protected from rape along with female sexual autonomy. For the analysis see Whisnant, R. (2009). *Feminist Perspectives on Rape*, Philosophy Faculty Publications, paper 86, 17-18. (In English)
 4. Ibid. 3. (In English)
 5. Ibid. 3; Munro, V. (2014). Sexual Autonomy. In Dubber, M. D. & Hörnle, T. (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Online Publication, 750. (In English)
 6. Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020), 22. (In Georgian) In fact, there are high statistics of impunity in other countries as well, e.g., England. See Munro, V. Supra note 5, 757. (In English)
 7. For an analysis see Green, P. S. (2020). *Criminalizing Sex, A Unified Liberal Theory*, New York: Oxford University Press, 49; Bladini, M. & Andersson, W.S. (2020). *Swedish Rape Legislation from Use of Force to Voluntariness – Critical Reflections from an Everyday Life Perspective*, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8(2), 96-97; Jacobsen, J. & Skilbrei, M. (2020). *Reforming the Rape Offence in Norwegian Criminal Law*, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8(2), 91-92; Bragadottir, R. (2020). *Legislation on the offence of rape in Icelandic criminal law*, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8(2), 55-56. (In English)
 8. For a definition of the term, see Sapari, Rape Culture <https://sapari.ge/%E1%83%92%E1%83%90%E1%83%A3%E1%83%9E%E1%83%90%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A3%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%98%E1%83%A1%E1%83%99%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%A2%E1%83%A3%E1%83%A0%E1%83%90/> 14.6.2021 (In Georgian)
 9. Mackinnon, C. A. (2019). *Butterfly Politics, Changing the World for Women*, Cambridge and London: Harvard University Press, xi, xiii (In English)
 10. For the analysis of these and other international acts see Jishkariani, B. (2020). Chapter 1. International Acts and Georgian Legislation on Sex Crimes – General overview in the book Gegelia, T., Kelenjeridze, I., & Jishkariani, B., *Sexual Offenses*, Tbilisi: World of Lawyers, 11-16. (In Georgian)
 11. For an analysis of the changes made to the Criminal Code in 2017 concerning sexual offenses see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1, Rape. Supra note 10, 24. (In Georgian)
 12. Georgia was also reminded to bring the definition of rape following the Istanbul Convention at a Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review. See Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review Thirty-seventh session Geneva, 18–29 January 2021, 6.201. (In English)
 13. See Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe Treaty Series – No. 210. Art. 58. (In English)
 14. E.g. see Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women

- in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020), 25 (note 89) and 29. (In Georgian)
15. Judgment of Signaghi District Court # 1 / 67-14, 26.11.2014 (In Georgian)
 16. Ibid. at 25. (In Georgian)
 17. Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020), 17. (In Georgian)
 18. Hörnle, T. (2018). #MeToo-Implications for Criminal Law? *Bergen Journal Law and Criminal Justice*, vol. 6(2), 126. (In English)
 19. Green, P. S. Supra note 7, 78-79; Hörnle, T. Supra note 18, 126; Roffee, J. A. (2015). When Yes Actually Means Yes Confusing Messages and Criminalising Consent. In Powell, A., Henry, N. & Flynn, A. (eds), *Rape Justice Beyond the Criminal Law*, New York: Palgrave Macmillan, 73. For a supportive definition of a narrow boundaries rape definition, see Rubinfeld, J. (2013). The Riddle of Rape by Deception and the Myth of Sexual Autonomy, *Yale Law Journal*, 122(6), 1372 – 1443. (In English)
 20. Hörnle, T. Supra note 18, 127. (In English)
 21. It should be noted that the Georgian court is familiar with broad interpretations of other offenses. e.g., for the analysis of the broader judicial interpretation of fraud, see Gegelia, T., For the issue of Lex praevia principle towards judicial interpretation, *Constitutional law review* XII, 36. (In Georgian) It should be noted that a broad interpretation of rape, as opposed to the semantic meaning of the norm the European Human Rights Court, did not consider it a violation of the principle of legality. See *SW and CR v United Kingdom* 21 EHRR363. 1995. (In English)
 22. Kaplan, M. (2017). Rape Beyond Crime, *Duke Law Journal*, vol. 66, 1055. (In English)
 23. For a critique of harsh punishment for gender offenses in the sense that it is discriminatory in U.S. practice, see Gruber, A. (2012), Supra note 2, 598, 604. (In English)
 24. For detailed information on the case, see. Tarkhnishvili, N. When the System is Silent, Children Disappear, *Radio Liberty* 12.2.2021 <https://www.radiotavisupleba.ge/a/31100186.html> 22.3.21 (In Georgian)
 25. Gruber, A. (2012), Supra note 2, 607; Whisnant, R. Supra note 3, 17-18. (In English)
 26. Many facts concerning the issue are indicated in the 2020 study. See Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020), 34-38. (In Georgian)
 27. Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-413 Ap.-17, 11.1.2018 (In Georgian)
 28. For an overview of the effects of gender bias in the investigation of sex crimes, see Kaplan, M. Supra note 22, 1064; Halilović, M., Watson, C., Huhtanen, H. & Socquet-Juglard, M. (2017). Gender Bias in Cases of Rape, Attempted Rape, and Sexual Assault in Gender Bias and the Law: Legal Frameworks and Practice from Bosnia & Herzegovina and Beyond, *Sarajevo*, 80-88; Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. (2018). Rape Myths in the Criminal Justice System. In Milne E., Brennan K. & South N., Turton J. (eds) *Women and the criminal Justice System*, Berlin: Springer, 16-28. (In English)
 29. Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 33; Abashidze, A., Arganashvili, A., Dekanosidze, T., & Natsvlishvili, A. (2016). Gender

- and Law, Tbilisi, 43. (In Georgian)
30. For an analysis see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 38-39. (In Georgian)
 31. E.g. see Abashidze, A., Arganashvili, A., Dekanosidze, T., & Natsvlishvili, A. Supra note 29; Dekanosidze, T., Chikhladze, N., Kharatishvili, G., Administration of Justice on Sexual Violence Crimes against Women in Georgia (Council of Europe Office in Georgia 2020) (In Georgian)
 32. The case cited: Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 21-22. (In Georgian)
 33. Leary, M.G. (2016). Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture, *Texas Tech Law Review*, vol.49, 34-37. the so-called Neo-feminism considers improving social and economic conditions for women to overcome patriarchy as a major force and not a strict criminal law. Gruber, A. (2012), Supra note 2, 613. (In English)
 34. Gruber, A. (2012), Supra note 2, 612. Munro, V. Supra note 5, 753. Also see Roffee, J. A. Supra note 74. (In English)
 35. Leary, M.G. Supra note 33, 31; Buchhandler-Raphael, M. (2011). The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power, *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 18, 181-182. (In English)
 36. Tuerkheimer, D. (2015). Rape On and Off Campus, *Emory Law Journal*, vol. 65, 10-12. (In English)
 37. For a similar comparison to the US example, see Leary, M.G. Supra note 33, 37-38.
 38. Equality Now. (2019). Barriers to Justice: Why Eurasian Legislation Fails to Protect Victims of Sexual Violence, 19-20, 23, 26. Also see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 18. (In Georgian)
 39. Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. Supra note 28, 33-34. (In English)
 40. M.C. v Bulgaria, appl. no. 39272/98, 4.12.2003. (In English) For an analysis see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1. Rape. Supra note 10, 23; (In Georgian). Vestergaard, J. (2020). The Rape Law Revision in Denmark: Consent or Voluntariness as the key Criterion? *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8(2), 6-7. (In English). Lack of consent as a rape actus reus was previously explained in international criminal law. See *The prosecutor v Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2.9.1998; *Prosecutor v Kunarac, Kovač and Vuković*, case no. IT-96-23, 22.1.2001. (In English)
 41. Green, P. S. Supra note 7, 20; Conaghan, J. Supra note 1, 172. Human dignity, along with sexual autonomy, is also seen as a protected legal interest from rape. See Hörnle, T. (2018). Rape as Non – Consensual Sex. In Müller A. & Schaber, P. (eds.) *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, London and New York: Routledge, 237. (In English)
 42. Green, P. S. Supra note 7, 21. (In English)
 43. Ibid. 24. (In English)
 44. Ibid. (In English)
 45. Herman, J. (2015). *Trauma and Recovery. The Aftermath of Violence-From Domestic Abuse to Political Terror*, New York: Basic books, 51-51, 256-257; Leary, M.G. Supra note 33, 31. (In English)
 46. Green, P. S. Supra note 7, 43. (In English)
 47. Mill, J.S. (Edited 2001). *On Liberty*, Kitchener: Batoche Books, 13. (In English) For the analysis of the harm principle see Gegelia, T. (2021). Chapter 2 – The harm principle in Brachveli, S., Gegelia, T., Gelashvili, T. & Meladze, G. *The Limits of Criminal Law*, (Forthcoming). (In

- Georgian)
48. Baker, K.K. & Oberman, M. Supra note 2, 64. (In English)
 49. Wertheimer, A. (2002). Consent and Sexual Relations. In Soble, A. (ed.) *The Philosophy of Sex*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 342. (In English)
 50. Bergelson, V. (2014). The Meaning of Consent, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 12, 172; Green, P. S. Supra note 7, 25. (In English)
 51. Bergelson, V. Supra note 50, 172.
 52. Green, P. S. Supra note 7, 28-29. (In English)
 53. Leary, M.G. Supra note 33, 31-32; Daly, K. Sexual Violence and Justice How and Why Context Matters. Supra note 19, 36; Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. Supra note 28, 17-18. (In English)
 54. Tuerkheimer, D. (2016). Affirmative Consent, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 13(2), 459-460; Daly, K. Supra note 19, 47. (In English). For an analysis of a similar Georgian case, see Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1, Rape. Supra note 10, 36.
 55. For criticism, see Soble, A. (2002). Antioch's "Sexual Offense Policy": A Philosophical Exploration. Supra note 49, 330-335; Buchhandler-Raphael, M. Supra note 35, 158-159; Kaplan, M. Supra note 22, 1057-1058. (In English).
 56. For explanation, see Green, P. S. Supra note 7, 83-84. (In English).
 57. For criticism, see Kaplan, M. Supra note 22, 1054; Buchhandler-Raphael, M. Supra note 35, 163-164. (In English).
 58. For explanation, see Green, P. S. Supra note 7, 81-82.
 59. Green, P. S. Supra note 7, 28; Hörnle, T. Supra note 41, 239; Wertheimer, A. Supra note 49, 347. (In English).
 60. Hörnle, T. Supra note 18, 128. (In English).
 61. Ibid. 129; Hörnle, T. Supra note 41, 240. (In English).
 62. Hörnle, T. Supra note 18, 128; Hörnle, T. Supra note 41, 240. (In English).
 63. Hörnle, T. Supra note 18, 131. (In English).
 64. Hörnle, T. Supra note 41, 239; Hörnle, T. Supra note 18, 128; Buchhandler-Raphael, M. Supra note 35, 160. For a critique of the definition of consent as a constituent element of rape, see Mackinnon, C. A. Supra note 9, 286-289; Mackinnon, C. A. (2016). Rape Redefined, *Harvard Law and Policy Review*, vol. 10, 447. (In English). However Mackinnon tries to illustrate the futility of "consent" with these examples, these are problems of interpretation in practice Because in academic texts all these examples (eg sexual intercourse with a person who could not express his will to freeze / petrify out of fear, etc.) are considered rape due to lack of consent. These cases are also considered rape in the three US states that have a "yes" model of rape. See Tuerkheimer, D. Supra note 54, 454-462. (In English)
 65. Hörnle, T. Supra note 18, 129. (In English)
 66. Ibid. 130. (In English)
 67. Ibid. 130-131. (In English)
 68. Ibid. 131. (In English)
 69. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 451. (In English)
 70. Ibid. 454-460. (In English)
 71. For an analysis see Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. Supra note 28, 19. (In English)
 72. Leary, M.G. Supra note 33, 33-34; Jacobsen, J. & Skilbrei, M. Supra note 7, 94. (In English)
 73. Wertheimer, A. Supra note 49, 350. (In English)

74. Ibid. 347. (In English)
75. Ibid. (In English)
76. Gruber, A. (2012), Supra note 2, 609-610. For an analysis also see Leary, M.G. Supra note 33, 48. (In English)
77. For an analysis of these arguments, see Leary, M.G. Supra note 33, 49. (In English)
78. Ibid. 49-50. (In English)
79. Bergelson, V. (2008). Consent to Harm, Pace Law Review, vol. 28 (4), 696; Kapsaski, I. (2017). Dignity, Rights, and the Role of Consent in German Criminal Law, San Diego Law Review, vol. 54(2), 407. (In English)
80. Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-212 Ap.-19, par. 10, 22.1. 2021. (In Georgian)
81. Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-435 Ap.-19, 22.11.2019 (In Georgian)
82. Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-8Ap.-20, par. 7, 18.12.2020 (In Georgian)
83. Bergelson, V. Supra note 79, 696. (In English)
84. For a comparison of the standard of theft and rape allegations, see also Mary Graw Leary. ob. Leary, M.G. Supra note 33, 41; Green, P. S. Supra note 7, 34. (In English)
85. See Judgment of Batumi City Court 21.3.2016. Public Information Request Appeal # 162, Para. 17. "The analysis of [the victim's] testimony shows that he [the accused] was not allowed to take her belongings – including his mobile phone." (In Georgian)
86. It should be noted that in this case, the Kutaisi Court of Appeals finally found the person guilty of rape, which in turn left the Supreme Court of Georgia unchanged. However, in the present case, as stated in the article, in addition to the testimony of the victim and the context in which the act was committed, several other evidences indicated rape. See. Judgment of the Supreme Court of Georgia #88ag.-2018, 15.3.2019. (In Georgian)
87. Judgment of Batumi City Court, 21.3.2016. Public Information Request Appeal # 162, Para. 31. (In Georgian)
88. Ibid. (In Georgian)
89. For a rape law change-related fears and critique of the double standard, see Leary, M.G. Supra note 33, 45; Green, P. S. Supra note 7, 86-87. (In English)
90. Conaghan, J. Supra note 1, 153. (In English)
91. Ibid. (In English)
92. The assessment of the alleged act of rape is not supported by the prevailing view. See Hörnle, T. Supra note 18, 132. (In English)
93. There are two types of deception concerning rape. The first is which relates to the sexual significance of the action and the other relates to any aspect of the agreement which is not related to the substance of the action. The first is rape, while the second kind of deception is not a crime. For arguments supporting this view, see Hörnle, T. Supra note 41, 241. (In English); Gegelia, T. Chapter 2, Para. 1, Rape. Supra note 10, 43. (In English)
94. For example, the consent of a person under the influence of alcohol or other forms of intoxication is voluntary consent to sex, but in the case when a person is deprived of the opportunity to refuse due to drunkenness, sex with her/him is rape. See Tuerkheimer, D. Supra note 54, 457. (In English)

95. For an analysis see Conaghan, J. Supra note 1, 160-161. (In English)
96. Mackinnon is in favor of expanding the definition of rape in socio-economic contexts and gender inequality. Mackinnon, for example, views sex work as rape in any case. According to her, "consent" is impossible in this relationship. See Mackinnon, C.A. Supra note 9, 167, 171, 290. Mackinnon, C. A. Supra note 64, 447-448. For the similar opinion see Herring J. (2009). Relational Autonomy and Rape. In S. Day Sclater, F. Ebtehaj, E. Jackson & M. Richards (eds.), Regulating Autonomy, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 53, 63, 68. (In English)
97. For example, sex in exchange for money (sex work) is not rape. For analysis, see Hörnle, T. Supra note 18, 133. (In English)
98. West, R. (2008). Sex, Law, and Consent, Georgetown Law, Faculty Working Papers, 7,12. (In English)
99. Ibid. 12. (In English)
100. Ibid. 13. (In English)
101. Wertheimer, A. Supra note 49, 359. (In English)
102. Ibid. (In English)
103. Hörnle, T. Supra note 18, 133. (In English)
104. West, R. Supra note 98, 23-24. (In English)
105. Munro, V. Supra note 5, 752. (In English)
106. Ibid. 752; Leary, M.G. Supra note 33, 46; Hörnle, T. Supra note 41, 239. (In English)
107. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 467. (In English)
108. The German model requires at least an indirect intention to consent which has been criticized in academic texts as leaving unwarranted more holes to evade responsibility. See Hörnle, T. Supra note 41, 243; Green, P. S. Supra note 7, 96-98. Rape by negligence has been criminalized in several European countries as an independent offense. See Jacobsen, J. & Skilbrei, M. Supra note 87; Bladini, M. & Andersson, W.S. Supra note 7, 96. (In English)
109. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 464, 468. (In English)
110. Hörnle, T. Supra note 41, 239. (In English)
111. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 464, 467. (In English)
112. Gray, J.M. & Hovarth, M.A.H. Supra note 28, 16. (In English)
113. Tuerkheimer, D. Supra note 54, 454-462. (In English)
114. Ibid. 468. (In English)
115. Green, P. S. Supra note 7, 75-76. For the similar view see Conaghan, J. Supra note 1, 180. Compare Daly, K. Supra note 19, 41. (In English)
116. Buchhandler-Raphael, M. Supra note 35, 197-199. (In English)

საერთაშორისო შრომის სამართალი საერთაშორისო და კერძო სამართალთან მიმართებაში

გია ლილუაშვილი

სამართლის დოქტორი, ქართულ-ამერიკული უნივერსიტეტის
პროფესორი, აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის
ასოცირებული პროფესორი,
უფროსი მეცნიერ თანამშრომელი, თ. წერეთლის
სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი

საკვანძო სიტყვები: საერთაშორისო შრომის სამართალი,
სამართლის სპეციალური დარგი, საჯარო სამართალი

შესავალი

2013 წელს საქართველოს რამდენიმე წამყვანი უნივერსიტეტისა და ევროპის, კერძოდ, ბელგიის, ბულგარეთის, გერმანიისა და ესპანეთის უნივერსიტეტების მიერ მომზადდა საქართველოსთვის უნიკალური სამაგისტრო პროგრამა „ევროპული ინტეგრაცია და შრომითი ურთიერთობები.“ ეს პროგრამა დაფინანსდა TEMPUS-ის პროგრამის ფარგლებში და 2014 წლიდან დაიწყო მოქმედება. ამ სახელწოდებით ეს პროგრამა დღესაც წარმატებით აგრძელებს მუშაობას და ამის ერთ-ერთ საფუძვლად შეიძლება მივიჩნიოთ ის საგნები და პროფესორ-მასწავლებლები, რომლებიც ჩართულნი არიან მასში.

ამ პროგრამის ფარგლებში დაინერგა ახალი საგანი „ევროპისა და საერთაშორისო შრომის სამართალი.“ ამ საგნისა და მისი სილაბუსის მომზადებაში დიდი დახმარება გაგვიწიეს პროგრამის ევროპელმა მონაწილეებმა, რომელთა შორისაც

შეიძლება დავასახელოთ ბულგარელი პროფესორები კრასტიო პეტკოვი, ათანას ვლადიკოვი და ალექსანდრე მინევი. გარდა ზემოთ დასახელებული საგნისა, პროგრამაში ჩართული იყო კიდევ ერთი საგანი „ქართული შრომის სამართალი შედარებითი პერსპექტივით“.

ამრიგად, საქართველოს უნივერსიტეტებში არსებულ სასწავლო დისციპლინებს დაემატა კიდევ ერთი საგანი „ევროპისა და საერთაშორისო შრომის სამართალი“.

ბუნებრივია, ახალი საგნის არსებობამ დღის წესრიგში დააყენა მისი თეორიული და პრაქტიკული კვლევის გაფართოება.

მოცემულ სტატიაში ჩვენი მიზანია, დადგინდეს საერთაშორისო შრომის სამართლის კავშირი საჯარო სამართალთან, უფრო ზუსტად კი, საერთაშორისო სამართალთან და კერძო სამართალთან, კერძოდ, ეროვნულ შრომის სამართალთან. ასევე შესაძლებელია თუ არა, რომ ის ორივე დარგს მივაკუთვნოთ – საჯარო სამართალსაც და ეროვნულ შრომის სამართალსაც, ანუ მივიჩნიოთ კომპლექსურ დარგად, როგორც ამას ზოგიერთი მეცნიერი თვლის. ჩნდება კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი კითხვა – არის კი საერთაშორისო შრომის სამართალი სამართლის დამოუკიდებელი დარგი?

საკითხის დასაზუსტებლად გასარკვევია საერთაშორისო შრომის სამართლის მონესრიგების საგანი და მიზანი, წყაროები და სუბიექტები.

აღნიშნული საკითხი დღემდე ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოკვლეული არ არის, უცხოურ ლიტერატურაშიც არ არის ერთგვაროვანი დამოკიდებულება მის მიმართ. საქართველოში არსებული იურიდიული ლიტერატურა ძირითადად საერთაშორისო შრომის სამართლის ცალკეული აქტების – კონვენციების, რეკომენდაციების შინაარსზე და მათ კანონმდებლობაში დანერგვაზე ამახვილებს ყურადღებას. ეს გამოწვეულია იმით, რომ ჩვენი შრომის სამართალი, შეიძლება ითქვას, ჯერ კიდევ განვითარების პროცესშია და იურიდიული საზოგადოება ცდილობს, რაც შეიძლება

მეტი პრინციპი და ნორმა იქნეს გადმოტანილი აღნიშნული აქტებიდან.

საერთაშორისო შრომის სამართლის არსი, საგანი და წყაროები

საერთაშორისო შრომის სამართალს, ანუ როგორც მას მეორენაირად უწოდებენ, ტრანსნაციონალური შრომის სამართალს, ძირითადად საერთაშორისო შრომის ორგანიზაცია ქმნის, რომელიც 1919 წელს დაფუძნდა და დღემდე წარმატებით ახორციელებს თავის მიზნებს. რადგანაც იგი სახელმწიფოების მიერ შეიქმნა, ამიტომ მიჩნეულია, რომ არის საერთაშორისო სახელისუფლებო ორგანიზაცია.¹

ამ ორგანიზაციის შექმნით საფუძველი ჩაეყარა მსოფლიოში შრომის სამართლის ძირითადი სტანდარტების ერთგვაროვნებას. დღემდე ამ ორგანიზაციის წევრები სამართლის სხვადასხვა სისტემის (საერთო სამართლის, რომის სამართლის და სხვა) სახელმწიფოებია. მიუხედავად ამისა, მან მაინც შეძლო, გარკვეულ ფარგლებში, შრომის სამართლის სფეროში სამართლის ამ სისტემების გაერთიანება.

რამ გამოიწვია შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის შექმნა? გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, მისი შექმნა სამ ძირითად ფაქტორს ეფუძნებოდა, კერძოდ, პოლიტიკურს, სოციალურს და ეკონომიკურს.

პოლიტიკური ფაქტორები გამოწვეული იყო იმ რთული სიტუაციით, რაც პირველი მსოფლიო ომის შემდეგ წარმოიშვა ევროპაში. ეს ეხებოდა არა მხოლოდ დამარცხებულ ქვეყნებს, არამედ, აგრეთვე, გამარჯვებულ ქვეყნებსაც. ევროპაში (ბრიტანეთი, საფრანგეთი, გერმანია, ავსტრია, უნგრეთი, რუსეთი და სხვა) ძალიან მოიმატა უკმაყოფილოთა ტალღამ, რომელშიც პირველი მსოფლიო ომის შემდეგ ადამიანები აღმოჩნდნენ. ომმა კიდევ უფრო გააძლიერა მძიმე სოციალური მდგომარეობა.

1 Мръчков, В., 2000. Международно трудово право, София, Сиби, გვ. 35.

დადასტურებული სოციალურ და პოლიტიკურ სიტუაციას ხელი შეუწყო, ასევე, 1917 წლის ოქტომბრის სოციალისტურმა რევოლუციამაც. რევოლუციის შემდეგ, ბოლშევიკური ხელისუფლების განცხადებამ იმის შესახებ, რომ ის სოციალისტური რევოლუციის მოწყობას მსოფლიო მასშტაბით აპირებდა, შეაშფოთა პირველ მსოფლიო ომში გამარჯვებული სახელმწიფოები.²

სოციალური უკმაყოფილებისა და დაძაბულობის ფონზე ომში გამარჯვებულმა ქვეყნებმა ღია სამშვიდობო კონფერენციაზე დაიწყეს საერთაშორისო შრომის ორგანიზაციის ჩამოყალიბება.³

სოციალური ფაქტორი – დაკავშირებული იყო დამფუძნებელთა გულწრფელ სურვილთან და გამბედაობასთან „საერთაშორისო სოციალური კანონმდებლობის“ მეშვეობით და საერთაშორისო შრომის ორგანიზაციის კონვენციების და რეკომენდაციების საშუალებებით დაეცვათ შრომა.⁴

ეკონომიკური ფაქტორები – გამოიხატებოდა საერთაშორისო ბაზარზე დაბალი ხელფასებიდან, ბავშვებისა და ქალების შრომის ცუდი პირობებიდან გამომდინარე, დაბალფასიანი საქონლის კონკურენციის გადალახვაში. შრომის საერთაშორისო დაცვა მიმართული იყო ასევე საერთაშორისო ბაზარზე ასეთი „არატანმრთელი“ კონკურენციის წინააღმდეგ.⁵

აღნიშნული ფაქტორებიდან გათვალისწინებით, ორგანიზაციამ თავისი საქმიანობის მიზნები თავისივე წესდებაში წარმოაჩინა. კერძოდ, წესდების პრეამბულაში დააფიქსირა მსოფლიოში სოციალური სამართლიანობის მიღწევა და უსამართლო შრომის პირობების აღმოფხვრა ისეთი საშუალებებით, როგორც არის სამუშაო დროის განსაზღვრა, მათ შორის მაქსიმალური სამუშაო დროისა და კვირის დადგენა, უმუშევრობასთან ბრძოლა, ცხო-

ვრების პირობების უზრუნველყოფისათვის ხელფასის გარანტია, ბავშვების, მოზარდებისა და ქალების დაცვა და ა.შ.

თავისი მიზნების განსახორციელებლად ორგანიზაციამ 1919 წლიდან დაიწყო კონვენციებისა და რეკომენდაციების მიღება. დღემდე ამ ორგანიზაციამ 185-ზე მეტი კონვენცია მიიღო, ამას ემატება რეკომენდაციები და ზოგიერთ კონვენციასთან დაკავშირებული ოქმები. ამდენად, საერთაშორისო შრომის სამართლის საფუძველს, შეიძლება ითქვას, წყაროს ფართო გაგებით სწორედ ეს კონვენციები⁶ და დასახელებული აქტები წარმოადგენენ. შრომის სამართლის სპეციალისტი, ბულგარელი მეცნიერი ვასილ მრეჩკოვი მათ ერთობლიობაში „საერთაშორისო შრომის კოდექსადაც“ მოიხსენიებს.⁷ გარდა ამ აქტებისა, წყაროდ მიჩნეულია აგრეთვე ორგანიზაციის კონსტიტუცია (წესდება),⁸ ასევე 1998 წლის დეკლარაცია შრომის სფეროში ფუნდამენტური პრინციპებისა და უფლებების და მათი განხორციელების შესახებ. ამ დეკლარაციამ გარკვეული ცვლილებები განიცადა 2010 წელს.

ზემოთ ნახსენები რეკომენდაციები შეიძლება ორ სახეობად დაგვით, კერძოდ, რეკომენდაცია რომელიც მიეკუთვნება ზოგიერთ კონვენციას და რეკომენდაცია, რომელიც არ მიეკუთვნება კონვენციას და როგორც დამოუკიდებელი საშუალება, ისეა მიღებული. რადგანაც მათი რატიფიცირება არ ხდება, ამიტომ რეკომენდაციების ვერცერთ ამ სახეს ვერ მივიჩნევთ საერთაშორისო შრომის სამართლის დამოუკიდებელ წყაროდ, მაგრამ ისინი ამ წყაროებში მოიაზრებიან.

ამ ორი სახის რეკომენდაციიდან განსაკუთრებული მნიშვნელობა შეიძლება მივანიჭოთ პირველი სახის რეკომენდაციებს,

2 Лютов, Н.Л., Морозов, П.Е., 2011. международное трудовое право, Москва, Проспект, გვ. 14.

3 Мрѣчков, В., 2000. Международно трудовое право, София, Сиби, გვ. 32.

4 იქვე, გვ. 34.

5 იქვე, გვ. 34.

6 Servais J. M. 2011. International labour law, Wolters Kluwer, გვ. 65.

7 Мрѣчков, В., 2000. Международно трудовое право, София, Сиби, გვ. 37.

8 Swepston L. 2014. International Labour Law. comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics. The Netherlands. Wolter Kluwer, გვ.157. Мрѣчков В., 2000. Международно трудовое право, София, Сиби, გვ. 69.

რადგანაც ისინი ხელს უწყობენ ეროვნულ შრომის სამართალში რატიფიცირებული კონვენციების შინაარსის უკეთ გაგებას და განხორციელებას.

ზოგი მეცნიერი საერთაშორისო შრომის სამართლის წყაროდ ასევე მიიჩნევს რეგიონალური ორგანიზაციების აქტებსაც, მაგალითად, დამოუკიდებელ სახელმწიფოთა თანამეგობრობის მიერ მიღებულ აქტებს, მათ შორის, სანიმუშო კანონებსაც, ევროპის კავშირის სამართალს⁹. მიმაჩნია, რომ აღნიშნული მოსაზრება არ უნდა იქნეს გაზიარებული მისი რეგონალური და არა საერთაშორისო მნიშვნელობიდან გამომდინარე. რაც შეეხება ევროკავშირის სამართალს შრომით ურთიერთობებთან მიმართებაში, ის „ევროპის შრომის სამართლის სახით“ ცალკე დამოუკიდებელ დარგად ისედაც არსებობს, რადგანაც მისი წყაროს ზოგიერთი სახე პირდაპირ მოქმედებს ევროკავშირის წევრი ქვეყნის შრომითი ურთიერთობების მოწესრიგებაზე.

საერთაშორისო შრომის ორგანიზაციის კონვენციები მიზნად ისახავს სახელმწიფოთუ კერძო სექტორში მოაწესრიგოს ფასიანი შვებულების, დისკრიმინაციის, სამუშაო დროისა და შრომით ურთიერთობებთან დაკავშირებული სხვა საკითხები. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ საერთაშორისო შრომის სამართლის მიზანიც იგივეა, რაც საერთაშორისო შრომის ორგანიზაციისა.

რადგანაც საქართველო 1993 წლიდან შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის წევრია, ამიტომაც საქართველოს შრომის სამართლის მიზანიც უნდა შეესაბამებოდეს საერთაშორისო შრომის სამართლის მიზნებს, კერძოდ შეამციროს სოციალური უთანასწორობა¹⁰, საერთაშორისო შრომის სტანდარტებისა და ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებული უფლებების გათვალისწინებით მოაწესრიგოს და დაიცვას

შრომითი და მისი თანმდევი ურთიერთობები და ა.შ.

ამდენად, საერთაშორისო შრომის სამართლისა და ეროვნული შრომის სამართლის მიზნები ძირითადად ერთმანეთს უნდა ემთხვეოდეს. გარდა ამისა, შრომის სამართლის ტერმინები ორივეს თითქმის საერთო აქვს, უფრო მეტიც, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის რატიფიცირებული კონვენცია სახელმწიფო კანონმდებლობის ნაწილი ხდება და მისი შესრულება სავალდებულოა¹¹.

აღნიშნული აზრი ჩამოყალიბებულია „საქართველოს კანონშიც საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“. ამ კანონის მე-6 მუხლის მიხედვით საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულება საქართველოს კანონმდებლობის ნაწილია. უფრო მეტიც, საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებას, თუ იგი არ ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციას, კანონსტიტუციურ კანონსა და კონსტიტუციურ შეთანხმებას, აქვს უპირატესი იურიდიული ძალა შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების მიმართ.

საქართველოს სასამართლოებიც შრომითი დავების გადაწყვეტის დროს შრომის კოდექსთან ერთად იყენებს საერთაშორისო შრომის სამართალს მიკუთვნებულ რატიფიცირებულ კონვენციებს, თუმცა არის შემთხვევები, როდესაც სასამართლოს დამატების სახით გამოუყენებია არარატიფიცირებული კონვენცია, მაგალითად 158-ე კონვენცია შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის შესახებ,¹² რაც დადებითად უნდა იქნეს შეფასებული.

მიუხედავად ასეთი ურთიერთობისა, საერთაშორისო შრომის სამართლის, როგორც სამართლის დარგთან დამოკიდებულების პრობლემა მაინც არსებობს.

საკითხის გარკვევის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფაქტორია აგრეთვე, საერთა-

9 Лютов, Н.Л., Морозов, П.Е., 2011. международное трудовое право, Москва, Проспект, გვ. 29-30.

10 ბორონი, ა., (რედ). 2016. საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, თბილისი, მერიდიანი. გვ. 3.

11 Swepston L. 2014. International Labour Law. comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics, The Netherlands. Wolters Kluwer. გვ. 178

12 საქმე № as-864-831-2016, საქმე №2-2937/2018. .

შორისო შრომის სამართლისა და თავად „სამართლის დარგი“-ს განმარტება.

პირველი განმარტება საერთაშორისო შრომის სამართლის შესახებ მოგვცეს 1993 წელს ნ. ვალტიკოსმა და კ. სამსონმა, მათი აზრით „საერთაშორისო შრომის სამართალი მოიცავს საერთაშორისო დონეზე დადგენილ სამართლის ძირითადად ნორმებს და მათი მიღებისა და გამოყენების პროცესულურ ნორმებს“¹³.

დაახლოებით ასეთივე განმარტება მოცემულია ლი სტეპსტონის მიერ, კერძოდ:

„საერთაშორისო შრომის სამართალი მოიცავს როგორც საერთაშორისო დონეზე დადგენილ მატერიალური სამართლის ნორმებს, ასევე მათი მიღებისა და გამოყენების პროცესულურ წესებს“.¹⁴

დასახელებული ავტორების ორივე განმარტება საერთაშორისო შრომის სამართლის არსზე მიაჩნია.

რაც შეეხება საერთაშორისო შრომის სამართლის საგანს, ეს საკითხიც არ არის სრულად გამოკვლეული და ესეც გასაგებია, რადგანაც ძირითადი მიზანი კონვენციებისადმი და რეკომენდაციებისადმი პრაქტიკული ინტერესი იყო. არადა, ამ საკითხის გარკვევაც პირდაპირ კავშირშია იმასთან, მივაკუთვნოთ თუ არა იგი საერთაშორისო სამართალს, თუ კერძო სამართალს. თავისთავად, ტერმინი „საერთაშორისო შრომის სამართალი“ ისეთივე არასწორ ტერმინად შეიძლება მივიჩნიოთ, როგორც მაგალითად, „საერთაშორისო კერძო სამართალი“, რადგანაც იგი სახელმწიფოებს შორის ურთიერთობებს არ აწესრიგებს, კონვენციები მხოლოდ „მოუწოდებს“ ქვეყნებს თავიანთ კანონმდებლობაში გაითვალისწინონ საერთაშორისო შრომის ორგანიზაციის მიერ შემუშავებული შრომის სტანდარტები, რომლებიც სახელმწიფო-

ბის შიგნით არსებულ კონკრეტულ ურთიერთობებს აწესრიგებს. მაგრამ მიუხედავად ამისა, ეს სახელი – „საერთაშორისო შრომის სამართალი“ – პირობითად მაინც ფართოდ გამოიყენება იურიდიულ ლიტერატურაში და ჩვენც ამ გაგებით ვიყენებთ მას.

საერთაშორისო შრომის სამართლის წყაროების შინაარსით თუ ვიმსჯელებთ, მისი მოწესრიგების საგანს წარმოადგენს შრომისა და მასთან დაკავშირებული სადაზღვევო ურთიერთობები, მაგალითად, როგორც არის შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის 25-ე კონვენცია „სოფლის მეურნეობის სფეროში დასაქმებულთა ავადმყოფობისგან დაზღვევის შესახებ“ ან 37-ე კონვენცია, რომელიც ეხება სავაჭრო დაწესებულებების თავისუფლი პროფესიის, და სხვა პირების სავალდებულო დაზღვევას. და ა.შ. ასევე აღნიშნულ საგანს მიეკუთვნება სოციალურ უზრუნველყოფასთან დაკავშირებული სხვა ურთიერთობებიც.

გარდა აღნიშნულისა, საერთაშორისო შრომის სამართლის საგანს შეიძლება მივაკუთვნოთ აგრეთვე, საერთაშორისო შრომის სამართლის ნორმების შექმნისა და გამოყენების პროცესიც.

საგანთან მიმართებაში გასათვალისწინებელია საერთაშორისო შრომის სამართლის სუბიექტებიც, კერძოდ, მაშინ, როდესაც საქართველოს შრომის სამართალი აწესრიგებს ურთიერთობებს დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის, გარკვეულ შემთხვევებში მათი გაერთიანებებისა და სახელმწიფოს მონაწილეობითაც (მაგალითად, სოციალური პარტნიორობის სამხრივი კომისია), საერთაშორისო შრომის სამართალს, გარდა ზევით აღნიშნული დამსაქმებლისა და დასაქმებულის სუბიექტების შრომითი ურთიერთობებისა, უკავშირდება კონვენციების რატიფიცირებასთან, გამოყენებასთან და ა.შ. საერთაშორისო შრომის ორგანიზაციისა და სახელმწიფოს შორის ურთიერთობის მოწესრიგებაც.

რაც შეეხება საერთაშორისო შრომის სამართალს სამართლის დარგთან მიმა-

13 Valticos N., Samson K. 1993. International Labour Law, in Comparative labour Law and industrial Labour relations in Industrialized Market Economics, The Netherlands. Wolter Kluwer. 1993, გვ. 77-94.

14 Swepston L. 2014. International Labour Law. comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics, The Netherlands. Wolters Kluwer. გვ. 155.

რთებაში, აქაც არ არის ერთგვაროვანი დამოკიდებულება.

საერთაშორისო სამართლის რუსი მეცნიერი დამირ ბეკიაშევი მიიჩნევს, რომ საერთაშორისო შრომის სამართალი საერთაშორისო საჯარო სამართლის დარგია, რომელიც წარმოადგენს სამართლის ნორმათა ერთობლიობას და რომელიც ადამიანის შრომით უფლებებთან, დასაქმებასთან, შრომის პირობებთან, სოციალურ პარტნიორობასთან, სოციალურ უზრუნველყოფასთან დაკავშირებით აწესრიგებს საერთაშორისო სამართლის სუბიექტებს შორის ურთიერთობას.¹⁵ იმ აზრს, რომ საერთაშორისო შრომის სამართალი საჯარო სამართლის დარგია, იზიარებს აგრეთვე სხვა რუსი მეცნიერებიც, კერძოდ, მ. ლუშნიკოვა და ა. ლუშნიკოვი. მათი აზრით, საერთაშორისო შრომის სამართალი და სოციალური უზრუნველყოფის სამართალი წარმოადგენს საერთაშორისო სამართლის, როგორც სამართლის სისტემის შემადგენელ დარგს.¹⁶ ასეთივე მოსაზრება აქვს რუს მეცნიერს გუსოვსაც.¹⁷

განსხვავებული მოსაზრება აქვს ნ. ლიუტოვს, ის თვლის, რომ „შეუძლებელია წარმოვიდგინოთ ისეთი მდგომარეობა, როდესაც შრომითი ურთიერთობა მოწესრიგდეს მხოლოდ საერთაშორისო შრომის სამართლის ნორმებით. ნებისმიერ შემთხვევაში გამოყენებული იქნება როგორც ეროვნული, ასევე საერთაშორისო ნორმები. ამიტომაც, სპეციალისტებს შორის გავრცელებულია აზრი, რომ „საერთაშორისო შრომის სამართალი“ არასწორი ტერმინია.

არსებობს ცალკე, ამა თუ იმ სახელმწიფოს შრომის სამართალი და ცალკე საერთაშორისო სამართალი. საერთაშორისო შრომის სამართალი არ შეიძლება იყოს დამოუკიდებელი დარგი იმავე გაგებით. როგორც ეროვნული შრომის სამართალია. საერთაშორისო შრომის სამართალი არ წარმოადგენს დამოუკიდებელ დარგს, მას აქვს პირდაპირი კავშირი ერთდროულად ეროვნულ შრომის სამართალთან და საერთაშორისო სამართალთან“.¹⁸

რუსეთის იურიდიულ ლიტერატურაში არსებობს ისეთი მოსაზრებაც, რომ საერთაშორისო შრომის სამართალი არის კომპლექსური დარგი.¹⁹

არსებობს სხვაგვარი მოსაზრებაც, რომლის თანახმადაც საერთაშორისო შრომის სამართალი არის შრომის სამართლისა და საერთაშორისო სამართლის კომპლექსური ქვედარგი.²⁰

საერთაშორისო შრომის სამართლის მიმართ არსებობს საერთაშორისო კერძო სამართლის პოზიციიდან მიდგომაც, კერძოდ, საერთაშორისო შრომის სამართალი შეიძლება განისაზღვროს, როგორც იმ შრომითი ურთიერთობების მომწესრიგებელი ნორმებისა და პრინციპების ერთობლიობა, რომელშიც ჩართულია უცხოური ელემენტი. ასეთად ის შეიძლება გახდეს იმ შემთხვევაში, თუ მისი მონაწილეები იქნებიან სხვადასხვა სახელმწიფოს ფიზიკური და იურიდიული პირები.²¹

ქართულ ლიტერატურაშიც გამოთქმულია მოსაზრება, რომ „შრომის საერთაშორისო სამართალი ეფუძნება საერთაშორისო კერძო სამართლის პრინციპებს და

15 Бекишев, Д.К. 2013. международное трудовое право. Публично-правовые аспекты. Москва. Проспект. გვ. 13

16 Лушникова, М.В., Лушников, А.М. 2010. Международное трудовое право и международное право социального обеспечения, Ярославль, ЯрГУ. გვ. 43;

17 Гусов, К.Н. 2011. Влияние норм Международной организации труда на национальное законодательство и социальную политику государств – членов // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ). Москва. Проспект. გვ. 73;

18 Лютов, Н.Л. Морозов П.Е. 2011. Международное трудовое право, Москва. проспект, გვ. 6.

19 Семешко, А.И. 2009. Международные договоры в сфере труда и их включение в систему трудового права России: автореферат Диссертации. <https://www.dissercat.com/content/mezhdunarodnye-dogovory-v-sfere-truda-i-ikh-vklyuchenie-v-sistemu-trudovogo-prava-rossii>

20 Черняева, Д. В. 2010. Международные стандарты труда. Москва. КНОРУС. გვ. 21.

21 Бекишев, Д.К. 2013. международное трудовое право. Публично-правовые аспекты. Москва. Проспект. გვ. 11

მის ნაწილს წარმოადგენს, თუმცა საერთაშორისო სამართლის სხვა ინსტიტუტებთან შედარებით მისთვის უფრო მეტადაა დამახასიათებელი საჯარო სამართლისეული რეგულაციური ნორმების არსებობა.²²

საერთაშორისო შრომის სამართლის ქვედარგად მიჩნევასთან დაკავშირებით ზვიად გაბისონია აღნიშნავს: „თანამედროვე საერთაშორისო კერძო სამართალში მნიშვნელოვანი ადგილი უკავია შრომით ურთიერთობებს. უფრო მეტიც, ამგვარი ურთიერთობების მარეგულირებელი ნორმები ევროპულ საერთაშორისო კერძო სამართლის დოქტრინაში ცალკე ქვედარგადაა ჩამოყალიბებული და მას საერთაშორისო შრომის სამართალი ეწოდება.“²³

ამრიგად, არა გვაქვს ერთგვაროვანი პასუხი კითხვაზე, საერთაშორისო შრომის სამართალი რომელ სფეროს მივაკუთვნოთ: კერძო სამართალს თუ საჯარო სამართალს – საერთაშორისო სამართალს?

სანამ აღნიშნულ საკითხს გავაგრძელებდეთ, მანამ საჭიროდ მიმაჩნია თავად „სამართლის დარგი“ განვმარტოთ, თუმცა ამასთან მიმართებაშიც არ არსებობს ერთგვაროვანი დამოკიდებულება. მიუხედავად ამისა, შეიძლება „სამართლის დარგი“ ზოგადად ჩამოვაყალიბოთ, როგორც პოზიტიური სამართლის ნორმათა ერთობლიობა, რომელიც გარკვეული სამართლებრივი რეჟიმის გამოყენებით, აწესრიგებს განსაზღვრულ საზოგადოებრივ ურთიერთობას. სამართლის დარგებად დაყოფა ძირითადად სახელმწიფოში მოქმედ სამართალს უკავშირდება და ის ორ ნაწილად – საჯარო და კერძო სამართლად იყოფა. ამდენად, ზოგი დარგი შეიძლება მივაკუთვნოთ საჯარო სამართალს, ზოგიც – კერძო სამართალს, მაგრამ ეს იმ შემთხვევაში, როდესაც თავად სახელმწიფოს შიგნით ხდება კონკრეტული კანონის (კანონების) დარგად მიჩნევა და შემდეგ მისი მიკუთვნება საჯარო ან კერძო სამართლისადმი.

გამონაკლისია საერთაშორისო სამართალი, რომელიც მოიცავს „მხოლოდ იმ ნორმებს, ანუ ქცევის წესებს, რომლებიც სახელმწიფოთა, სხვა სუბიექტების ურთიერთშეთანხმების საფუძველზე იქმნებიან და რომელთა შესრულების უზრუნველყოფა თვით სახელმწიფოების, სხვა სუბიექტების მიერ ინდივიდუალურად ან კოლექტიურად ხდება.“²⁴ ასეთ შემთხვევაში ის ცალსახად მიეკუთვნება საჯარო სამართლის სფეროს.

როდესაც ვსაუბრობთ „საერთაშორისო შრომის სამართალზე“ – ძირითადად აქ მოვიაზრებთ იმ 185-ზე მეტ კონვენციას, თანმხლებ ოქმებს და დეკლარაციებს, რომელიც შრომით და მის თანმდევ ურთიერთობებს აწესრიგებს და აზუსტებს. ასევე, როგორც ზევით აღვნიშნე, მნიშვნელოვან როლს ასრულებს რეკომენდაციებიც.

ამდენად, საერთაშორისო შრომის სამართალი ერთგვარი წესების კრებულია, რომელიც გარკვეული გაგებით, საერთაშორისო სამართლის დარგადაც შეიძლება მივიჩნიოთ, რომელიც 184-ზე მეტ სახელმწიფოს შრომის სამართალზე მნიშვნელოვან დადებით გავლენას ახდენს. აქვე გასათვალისწინებელია ის ფაქტორიც, რომ რატიფიცირების მიუხედავად, წევრმა სახელმწიფოებმა რვა ფუნდამენტური კონვენცია, მაგალითად, იძულებით შრომაზე, გაერთიანების თავისუფლებაზე და სხვა, უნდა დაიცვან და გამოიყენონ, ანუ ეს კონვენციები საერთოა ყველა წევრი ქვეყნისთვის, მიუხედავად იმისა რატიფიცირებულია ისინი თუ არა.

თუ გავითვალისწინებთ იმ ფაქტორებს, რომ საერთაშორისო შრომის სამართლის აქტების შინაარსი, ინსტიტუტები, ტერმინები დაკავშირებულია ცალკეული სახელმწიფოს შრომის სამართალთან, ამიტომ საერთაშორისო შრომის სამართალსა და ეროვნულ შრომის სამართალს შორის საკმაოდ მჭიდრო კავშირსაც დავინახავთ. თუ ჩავთვლით, რომ საერთაშორისო შრომის სამართალს მჭიდრო კავშირი აქვს ეროვნული შრომის სამართალთან,

22 ძამუკაშვილი, დ. 2009. შრომის სამართალი, გვ. 199.

23 გაბისონია ზ. 2016. ქართული საერთაშორისო კერძო სამართალი, გვ. 300.

24 ალექსიძე, ლ. თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, 2010, 4 გვ.

მაშინ ეს კავშირი შედარებით შრომის და საერთაშორისო კერძო სამართალთანაც უნდა ჰქონდეს. ასეთი ურთიერთდამოკიდებულება იწვევს შრომითი, ანუ როგორც კერძო სამართლებრივი დავების განხილვისა და გადაწყვეტისას, სასამართლოების მიერ საერთაშორისო შრომის სამართლის ნორმების გამოყენებას; შრომასთან დაკავშირებით საერთაშორისო კერძო სამართლებრივ ურთიერთობებში ჩართვას და გამოყენებას; შედარებითი შრომის სამართლის შესწავლისას საერთაშორისო შრომის სამართლის ნორმების თეორიულ და პრაქტიკულ გაანალიზებას.

ქართველი და უცხოელი კერძო სამართლის სპეციალისტების შრომები გვიჩვენებს, რომ საერთაშორისო შრომის სამართალი არა მხოლოდ საერთაშორისო სამართლის სპეციალისტების შრომებში, არამედ აგრეთვე ეროვნული შრომის სამართლის ანუ კერძო სამართლის სპეციალისტების შრომებშიც ისახება.²⁵

ამას ვერ ვიტყვით საერთაშორისო სისხლის სამართალზე, საერთაშორისო საჰაერო სამართალზე, საერთაშორისო საზღვაო სამართალზე და ა.შ.

სტატიის ბოლოს, დარგთან მიმართებაში შეიძლება ერთგვარი პარალელი გავავლოთ საერთაშორისო შრომის სამართალსა და სამოქალაქო საპროცესო სამართალს შორის. კერძოდ, საერთაშორისო შრომის სამართალი, ისევე როგორც სამოქალაქო საპროცესო სამართალი, საჯარო სამართლის დამოუკიდებელ დარგებს წარმოადგენენ, მაგრამ როგორც სამოქალაქო საპროცესო სამართალი დგას კერძო სამართლის დარგების გვერდით (რაც კარგად ჩანს უმაღლესი საგანმანათლებლო პროგრამებიდან, კერძო

სამართალში მომუშავე მეცნიერების შრომებიდან, სამოქალაქო საქმეებზე უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებათა კრებულებიდან და ა.შ.), ასევე საერთაშორისო შრომის სამართალიც კერძო სამართალთან უნდა იყოს დაკავშირებული, რაც ასევე კარგად ჩანს კერძო სამართალთან დაკავშირებულ მეცნიერთა შრომებში.

ამდენად, საერთაშორისო შრომის სამართალი, რომლის საბოლოო მიზანია მონაწილეთა დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის შრომით ურთიერთობები, ეროვნული შრომის სამართლის ანუ ფართო გაგებით, კერძო სამართლის მნიშვნელოვან ნაწილსაც წარმოადგენს. საერთაშორისო შრომის სამართლის მიმართ ასეთი ორმხრივი მიდგომა ხელს უწყობს მის თეორიულ და პრაქტიკულ კვლევას როგორც შრომის სამართლის, ასევე საერთაშორისო სამართლის სპეციალისტების მხრიდან.

დასკვნა

საერთაშორისო შრომის სამართლის წყაროებს ვერ მივაკუთვნებთ შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის რეკომენდაციებს და რეგიონალური ორგანიზაციების მიერ, როგორც არის მაგალითად, ევროპის კავშირი, დამოუკიდებელ სახელმწიფოთა თანამეგობრობა და სხვა, მიღებულ ნორმატიულ აქტებს.

საქართველოს შრომის სამართლის მიზანი შესაბამისობაში უნდა იყოს საერთაშორისო შრომის სამართლის მიზნებთან.

საერთაშორისო შრომის სამართალი ანუ იგივე ტრანსნაციონალური შრომის სამართალი, რომელშიც შრომის სტანდარტებია ასახული, და ამდენად, მონაწილეების საგანიც ძირითადად შრომის სამართლებრივ ურთიერთობებს წარმოადგენს, მიუხედავად იმისა, რომ საერთაშორისო საჯარო სამართალს შეიძლება მივაკუთვნოთ, იმდენად მჭიდროდ არის დაკავშირებული ეროვნულ შრომის სამართალთან, რომ ფართო გაგებით, მის განუყოფელ ნაწილადაც შეიძლება მივიჩნიოთ.

25 შველიძე, ზ., ბოდონე, ქ., თოდრია, თ. და სხვები, საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო სტანდარტები, 2017.

გაბისონია, ზ. ქართული საერთაშორისო კერძო სამართალი, 2016.

ძამუკაშვილი, დ. შრომის სამართალი, 2009.

Kirchner, J., Kremp P.R. Key aspects of German Employment Labour law, 2018

Blanpain, R. Labour Law in Belgium. 2012.

Bronstein, A. International and comparative Law, 2009

INTERNATIONAL LABOR LAW IN RELATION TO INTERNATIONAL AND PRIVATE LAW

Gia Liluashvili

*Doctor of Law,
Professor, Georgian-American University
Associate professor, East European University
Senior researcher, T. Tsereteli Research Institute
of State and Law*

ABSTRACT

The purpose of this article is to clarify the essence of international labor law (transnational labor law). This article presents and analyzes the relationship of international labor law with public international law and national labor law. The article also focuses on the possibility of considering it as a complex field. The article emphasizes the importance of introducing international labor law as a subject in higher education. The article quotes and discusses the opinions of various scholars regarding whether international labor law is a field of public law or private law, a sub-field of international law or private international law, etc.

Subjects and sources of international labor law regulation were defined to determine the attitude towards a specific field of law. This article states that national labor law should be in line with the goals of the International Labor Organization to reduce social inequality, to regulate and protect labor and associated labor relations in accordance with international labor standards and universally recognized human rights. It has been suggested that while international labor law is a branch of public law, it is closely related to private law, in particular, to the national labor law. Other conclusions have been made in this article based on the research methods.

KEYWORDS: International Labor Law, Specific Field of Law, Public Law

BIBLIOGRAPHY:

1. Servais J. M. 2011. International labour law, Wolters Kluwer.
2. Mrachkov, V. 2000. International Labour Law, Sofia. (in Bulgarian)
3. Swepston L. 2014. International Labour Law. comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics. The Netherlands. Wolter Kluwer.
4. Borroni, A. (Ed). 2016. Commentary on The Labour code of Georgia, Tbilisi. (in Georgian)
5. Swepston, L. 2014. International Labour Law. comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics, The Netherlands. Wolters Kluwer.
6. Bekiashev, D. 2013. International labour Law. Public – Legal aspects. Moscow. (in Russian)
7. Lushnikov, M.. Lushnikov, A. 2010. International Labour Law and international social security law, Yaroslavl. (in Russian)
8. Gusov, K. 2011. Influence of the norms of the international labour organization on national legislation and social policies of Member States.// International, Russian and Foreign Labour and social security legislation. Moscow. (in Russian)
9. Semeshko, A. 2009. International agreements in the field of Labour and their inclusion in the Labour law system of Russia, abstract of dissertation. (in Russian)
10. Available at: <https://www.dissercat.com/content/mezhdunarodnye-dogovory-v-sfere-truda-i-ikh-vklyuchenie-v-sistemu-trudovogo-prava-rossii> (accessed 10.May.2021)
11. Cherniaeva, D. 2010, International Labour standards, Moscow. (in Russian)
12. Shvelidze, Z. Bodone, Q., Thodria, Th. And others, 2017. Georgian Labour Law and International Standards, Tbilisi. (in Georgian)
13. Gabisonia.Z. 2016, Georgian International private Law, Tbilisi. (in Georgian)
14. Dzamukashvili, D. 2009, Labour Law, Tbilisi. (in Georgian)
15. Kirchner, J., Kremp P.R. 2018. Key aspects of German Employment Labour law.
16. Blanpain, R. 2012, Labour Law in Belgium.
17. Bronstein, A.2009. International and comparative Law.

Judicial practice:

1. The Supreme court Decision on the civil Case № as-864-831-2016

ბიბლიოგრაფია:

1. Servais J. M. 2011. International labour law, Wolters Kluwer,
2. Мръчков, В., 2000. Международно трудово право, София, Сиби,
3. Swepston L. 2014. International Labour Law. comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics. The Netherlands. Wolter Kluwer,
4. Мръчков В., 2000. Международно трудово право, София, Сиби,
5. ბორონი, ა., (რედ). 2016. საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, თბილისი, მერიდიანი.
6. Swepston L. 2014. International Labour Law. comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics, The Netherlands. Wolters Kluwer.
7. Бекашев, Д. 2013. международное трудовое право. Публично-правовые аспекты. Москва. Проспект.
8. Лушникова, М. Лушников, А.М. 2010. Международное трудовое право и международное право социального обеспечения, Ярославль, ЯрГу.
9. Гусов, К. 2011. Влияние норм Международной организации труда на национальное законодательство и социальную политику государств – членов // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ). Москва. Проспект,
10. Семешко, А.И. 2009. Международные договоры в сфере труда и их включение в систему трудового права России: автореферат Диссертации.
11. <https://www.dissercat.com/content/mezhdunarodnye-dogovory-v-sfere-truda-i-ikh-vklyuchenie-v-sistemu-trudovogo-prava-rossii> (ხელმისაწვდომია 12.05.2021)
12. Черняева, Д. В. 2010. Международные стандарты труда. Москва. КНОРУС. გვ. 21.
14. Бекашев, Д.К. 2013. международное трудовое право. Публично-правовые аспекты. Москва. Проспект.
15. შველიძე, ზ., ბოდონე, ქ., თოდრია, თ. და სხვები, 2017. საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, საქართველო.
16. გაბისონია, ზ. 2016. ქართული საერთაშორისო კერძო სამართალი, თბილისი, იურისტების სამყარო.

2. Available at: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2020w-samoqalaqo-krebuli9.pdf> (accessed 12.May.2021)
3. Tbilisi Appellate Court Decision on the Civil Case №2b/4864-14. (in Georgian)
4. Available at: <http://library.court.ge/judgements/28862015-10-01.pdf> (accessed 12.May.2021)
17. ძამუკაშვილი, დ. 2009. შრომის სამართალი, თბილისი, ინოვაცია.
18. Kirchner, J., Kremp P.R. Key aspects of German Employment Labour law, 2018
19. Blanpain, R. 2012. Labour Law in Belgium. The Netherlands, Wolters Kluwer.
20. Bronstein, A. 2009. International and comparative Law, Red Global Press

NOTES:

1. Mrachkov, V. 2000. International Labour Law, Sofia, p.35 (in Bulgarian)
2. Liutov, N., Morozov, P. 2011. International Labour Law, Moscow, p. 14. (in Russian)
3. Mrachkov, V. 2000. International Labour Law, Sofia, p.32. (in Bulgarian)
4. Ibid, p.34.
5. Valticos, N., Samson, K. 1993. International Labour Law, in Comparative labour Law and industrial Labour relations in Industrialized Market Economics, The Netherlands. pp. 77-94.
6. Swepston L. 2014. International Labour Law. comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economics, The Netherlands. Wolters Kluwer. pp. 155.
7. Liutov, N., Morozov, P. 2011. International Labour Law, Moscow, p. 6. (in Russian)
8. Aleksidze L. 2010, Modern International Law, p.4.

სასამართლო პრაქტიკა:

1. უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება სამოქალაქო საქმეზე № ას-864-831-2016 <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2020w-samoqalaqo-krebuli9.pdf> (ხელმისაწვდომია 12.05.2016)
2. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს განჩინება სამოქალაქო საქმეზე
3. №2b/4864-14
4. <http://library.court.ge/judgements/28862015-10-01.pdf> (ხელმისაწვდომია 12.05.2021)

კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა (ქართული პრაქტიკა – ე.წ. „ID ბარათების საქმე“)

ევა გოცირიძე

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

საქვანძო სიმყვამი: კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა,
რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევა, პირდაპირი ბმა

1. დასაბუთების სქემა და გზაჯვარედინები

როგორც არაერთხელ აღნიშნულა, კეთილსინდისიერ წინააღმდეგობასთან¹ დაკავშირებული საქმეები, სამართლებრივი თვალსაზრისით, კომპლექსური ხასიათისაა. ისინი საკითხის სხვადასხვა რაკურსით შესწავლას და სხვადასხვა კრიტერიუმების გამოყენებას მოითხოვს, თანაც დიდი სიფრთხილით. ეს ბუნებრივიცაა, რადგან საქმე შეეხება ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ფუნდამენტურ უფლებას – რწმენის თავისუფლებას და რწმენის შესაბამისად მოქმედების შესაძლებლობას. ეს ის შემთხვე-

¹ ვგულისხმობ ამ ტერმინის (ინგ: conscientious objection) არა ისტორიულ გაგებას (რელიგიური მოსაზრებების გამო სავალდებულო სამხედრო სამსახურზე უარის თქმას (მაგ. იხილეთ Black's Law Dictionary, "Conscientious objector", St. Paul, Minn. West Publishing Co. Centennial edition, 1991; გვ.210), არამედ მის ფართო მნიშვნელობას, როდესაც საქმე შეეხება, საზოგადოდ, ინდივიდის მიერ კანონის მოთხოვნის ან ამა თუ იმ რეგულაციიდან გამომდინარე ვალდებულების შესრულებაზე უარის თქმას რელიგიური თუ არარელიგიური რწმენიდან გამომდინარე, მათ შორის, მორალის მოსაზრებებით.

ვები, როდესაც ინდივიდს გულწრფელად სჭერა, რომ მისი ეს ქცევა (მოქმედება ან მისგან თავის შეკავება) მისი რწმენის (რელიგიური თუ არარელიგიური) მოთხოვნაა. შესაბამისად, მას არ ძალუძს სხვაგვარად მოქცევა, რადგან „სხვაგვარად“, მისი წარმოდგენით, უკვე თავისი რწმენის ღალატი იქნებოდა. ფაქტობრივად, ეს არის რწმენის შესაბამისად მოქმედების, მისი ერთგულების უფლებრივი საკითხი.

მართლაცდა, თუ კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის თემის უტყუარებას მოვახდენთ, ასეც კი შეიძლება დავსვათ საკითხი – აქვს თუ არა უფლება ინდივიდს, იმოქმედოს თავის რწმენის შესაბამისად და დარჩეს მისი ერთგული? რა თქმა უნდა, შეიძლება ამ კითხვაზე დადებითი პასუხი გაიცეს, თუმცა, ძალზე ბევრი წინაპირობის დათქმით.

იმისათვის, რათა გაირკვეს, მოიპოვებს თუ არა გარკვეული საჯარო აქტების მიმართ რწმენის საფუძველზე წარმოშობილი ინდივიდის კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა სამართლებრივ დაცვას, სასამართლოს ან ამ საკითხით დაინტერესებულ მკვლევარს არაერთ კითხვაზე მოუწევს პასუხის გაცემა, თანაც, გარკვეული ლოგიკური თანმიმდევრობით. პრობლემის მრავალპლანიანობის გათვალისწინებით, დასაბუთებისა და ანალიზის ლოგიკური სქემა არაერთ გზაჯვარედინს გულისხმობს, სადაც მსჯელობის ყოველი ახალი მიმართულება მართებულად უნდა იქნეს შერჩეული.

ამ გზაზე პირველი გზაჯვარედინი იმის გარკვევაა, შეეხება თუ არ საქმე „ლეგიტიმურ“ რწმენას.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სამართალმა უკვე დიდი ხანია შემოიტანა რწმენის „ლეგიტიმურობის“ კონცეფცია და დაადგინა, რომ პირველ რიგში, რწმენა არ უნდა იყოს დემოკრატიასა და ადამიანის უფლებებთან შეუთავსებელი (1) და იმავდროულად, მას უნდა გააჩნდეს განსაზღვრული ხარისხის დამატერებლობა, სერიოზულობა, თანმიმდევრულობა და მნიშვნელოვნება (2) (a certain level of cogency,

seriousness, cohesion and importance).² ეს იმას ნიშნავს, რომ ნებისმიერ საკითხზე ნებისმიერი მოსაზრება ვერ იქნება მიჩნეული „რწმენად“ კონვენციის გაგებით, თუკი ის არ შეეხება საკმარისად მნიშვნელოვან საკითხს, არ წარმოადგენს კარგად ჩამოყალიბებულ კონცეფციას, რომელიც ლოგიკურადაა დასაბუთებული შესაბამისი არგუმენტებით. ამგვარად, დემოკრატიულ ღირებულებებთან შეუთავსებელი რწმენის საფუძველზე წარმოშობილი კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა, ისევე როგორც იმგვარ მოსაზრებებზე დაფუძნებული ქმედება, რომელიც არ წარმოადგენს „რწმენას“ კონვენციის გაგებით, იმთავითვე ექცევა დაცული სფეროს მიღმა.

თუმცა, მაშინაც კი, როდესაც ზემოაღნიშნული ორივე კრიტერიუმი დაკმაყოფილებულია, ეს სრულიადაც არ ნიშნავს, რომ „ლეგიტიმურ“ რწმენაზე დაფუძნებული კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა აუცილებლად მოიპოვებს დაცვას. რწმენის თავისუფლება ისედაც არ არის აბსოლუტური უფლება და ნებისმიერ ღირებულებათა კონფლიქტში შეიძლება შეიზღუდოს მისი forum externum კომპონენტები, კერძოდ, ის, რაც „რწმენის გაცხადებას“ წარმოადგენს. გააჩნია ღირებულებათა კონფლიქტს, რწმენის თავისუფლებასთან დაპირისპირებულ სიკეთეს, შეზღუდვის რაობასა და ინტენსივობას და კიდევ სხვა არაერთ ფაქტორს, რომლებიც გავლენას ახდენს ღირებულებებს შორის ბალანსის სამართლიანობაზე.

მეორე გზაჯვარედინზე ის ხდება გამოკვლევის საგანი: წარმოადგენდა თუ არა ინდივიდის ქმედება მართლაც მისი რწმენის „გაცხადებას“. რამდენადაც პრაქტიკამ აჩვენა, იშვიათი არ იყო შემთხვევები, როდესაც კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა რელიგიური ნორმებისა თუ ფილოსოფი-

2 Eweida and Others v. the United Kingdom, Judgment of 25 May 2013; [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-115881"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) იხ. აგრეთვე, Bayatyan v. Armenia [GC], no. 23459/03, § 110, ECHR 2011; Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany, no. 58911/00, § 80, 6 November 2008; Jakóbski v. Poland, no. 18429/06, § 44, 7 December 2010).

ური დოქტრინების ვიწრო პერსონალურ ინტერპრეტაციებს ემყარებოდა და არა ოფიციალურ, აღიარებულ ან ტრადიციულ გაგებას. ამ მიმართებით, სტრასბურგის სასამართლომ შემოიტანა „პირდაპირი და უშუალო კავშირის“ კრიტერიუმი (რწმენის მოთხოვნებსა და ინდივიდის ქცევას შორის). ამგვარად, ამ კონტექსტში პირველად გამოჩნდა გარკვეული უკანდახევა, კერძოდ, იმაზე უარის თქმა, რომ ინდივიდის პოზიცია, მისი გულწრფელობის მიუხედავად, სასამართლოსთვის გადამწყვეტი ყოფილიყო. ამგვარად, მაშინ, როდესაც ინდივიდს გულწრფელად სჯერა, რომ მისი ქმედება მისი რწმენით (რომლის ლეგიტიმურობაზე ეჭვები აღარ არსებობს) არის ნაკარნახევი, ჯერ კიდევ არ ნიშნავს იმას, რომ ეს ქმედება შესაბამისი რწმენის „გაცხადებად“ აუცილებლად იქნება მიჩნეული და, შესაბამისად, დაცულ სფეროში მოქცეული ფორმალურად. ამგვარად, წინააღმდეგობის „კეთილსინდისიერება“ გადამწყვეტი არ არის, ის აუცილებელი პირობაა, მაგრამ არა საკმარისი.

საზოგადოდ, არაგონივრულად არ მიმჩნია „პირდაპირი და უშუალო კავშირის“ კრიტერიუმის შემოღება, თუმცა, იმას კი ვიტყვით, რომ ძალზე ფრთხილად უნდა იქნეს ის გამოყენებული და მხოლოდ ძალზე აშკარა შემთხვევებში უნდა ითქვას უარი ინდივიდის ქმედების მისი რწმენის „გაცხადებად“ მიჩნევაზე. ცხადია, ინდივიდის ქცევასა და რწმენის მოთხოვნებს შორის გონივრული და რაციონალური კავშირი უნდა არსებობდეს და კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა არ ემყარებოდეს რწმენის მოთხოვნების მეტისმეტად ფართო და თავისუფალ ინტერპრეტაციებს, მაგრამ ინდივიდის გულწრფელ მოსაზრებებსა და აღქმებს სათანადო მნიშვნელობა უნდა მიეცეს. ეს სწორედ ის შემთხვევაა, როდესაც უნდა მოქმედებდეს პრინციპი – *in dubio pro libertate*.³

შემდეგ გზაჯვარედინზე მნიშვნელოვანი საკვანძო საკითხი ხდება გადასაწყვეტი:

3 ლათ: ყოველგვარი ეჭვი თავისუფლების სასარგებლოდ.

ვგულისხმობ იმის შეფასებას, მოხდა თუ არა რაიმე ღონისძიების მეშვეობით სახელმწიფოს მხრიდან ჩარევა ვინმეს რწმენის/რელიგიის თავისუფლებაში? საქმე ისაა, რომ ჩვეულებრივ, ასეთ დროს ნაგულები ჩარევა უკავშირდება სახელმწიფოს ამა თუ იმ კანონს, რეგულაციას, რომელსაც შინაარსობრივად ნეიტრალური ხასიათი აქვს და, შესაძლოა, არა თუ პირდაპირ ჩარევას არ გულისხმობდეს რწმენის/რელიგიის თავისუფლებაში, არამედ, საერთოდ არ ეხებოდეს რწმენისა და რელიგიის საკითხებს. კიდევ უფრო ჩახლართული პრობლემაა იმის გააზრება, თუ რომელი კომპონენტია საგარეო ინტერვენციის საგანი – რწმენის/რელიგიის თავისუფლების *forum internum* თუ *forum externum* კომპონენტი? ანდა არსებობს თუ არა მათ შორის მკვეთრი ზღვარი? გარდა ამისა, გასათვალისწინებელია, რომ რწმენის/რელიგიის თავისუფლების *forum externum* კომპონენტში ჩარევა შესაძლოა გამართლდეს ღირებულებათა შესაბამის კონფლიქტში და ეს თავისუფლება სხვა უფლებამ ან საჯარო ინტერესმა გადაწონოს, მაგრამ თავისუფლების *forum internum* კომპონენტში ჩარევა ვერასდროს გამართლდება. ამიტომაც არის ეგზომ მნიშვნელოვანი იმის დადგენა, მოხდა თუ არა თავისუფლებაში ჩარევა და კერძოდ, რომელ კომპონენტში.

დასაბუთების საქმის ამავე ეტაპზე, პარალელურად, პასუხის გაცემას მოითხოვს შემდეგი საკითხი – შეიძლება თუ არა შინაარსობრივად ნეიტრალური რეგულაცია, რომელსაც არავითარი კავშირი არა აქვს რელიგიისა და რწმენის საკითხებთან, ახორციელებდეს ამ თავისუფლებაში ჩარევას. ამ საკითხზე სტრასბურგის სასამართლომ მკვეთრი და ნეგატიური პასუხი გასცა⁴,

4 იხ: *Skugar and others v. Russia*, 2009 წლის 3 დეკემბრის გადაწყვეტილება, სადაც სასამართლომ მიუთითა: „კონვენციის ორგანოებს დადგენილი აქვთ, რომ საერთო კანონმდებლობა, რომელიც გამოიყენება ნეიტრალურ საფუძველზე და არ გააჩნია არანაირი კავშირი მომჩივნის პიროვნულ რწმენასთან, არ შეიძლება, პრინციპულად, მიჩნეულ იქნეს მე-9 მუხლის უფლებებში ჩარევად“. საჩივარი გამოცხადდა დაუ-

ხოლო აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ უფრო ფართო დამოკიდებულება გამოავლინა. კერძოდ, მან დაადგინა, რომ ზოგადი ხასიათის ნორმები, რომლებსაც გვერდითი ეფექტი გააჩნდათ რელიგიის თავისუფლებაზე, არ საჭიროებდა მკაცრი ტესტის გამოყენებას და ამგვარ შემთხვევებში გამოყენებული უნდა ყოფილიყო რაციონალური დიფერენციაციის ტესტი⁵. ასეთ დროს საჭირო აღარ იყო ღონისძიების გამართლება მყარი საჯარო ინტერესით, საკმარისი იყო, რეგულაცია რაციონალურ მიმართებაში ყოფილიყო ლეგიტიმურ საჯარო ინტერესთან იმისათვის, რათა შეზღუდვა კონსტიტუციურად მიჩნეულიყო.⁶

ზემოაღნიშნული საკითხი, ვფიქრობ, ცალსახა არ არის. საზოგადოდ, სრულიადაც არ არის უარყოფილი ის, რომ ნეიტრალური რეგულაცია შეიძლება გულისხმობდეს სერიოზულ ტვირთს ადამიანთა რწმენისა და რელიგიური გრძნობებისათვის. ამის ნათელი მაგალითი ისიცაა, რომ სწორედ საგაღმდებულო სამხედრო სამსახურის რეგულაციებს უკავშირდებოდა მათ მიმართ კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის წარმოშობა იმ ჭკუების მხრიდან, ვისთვისაც რელიგიური თუ მორალური მოტივებით მიუღებელი იყო ომში მონაწილეობა და მკვლელობის იარაღის ხელში აღება.

შვებლად.

5 იხ. მაგ. *Valov v. Dep't of Motor Vehicles*, 132 Cal. App. 4th 1113, 1125 (Cal. Ct. App. 2005). ანალიზისთვის იხ. *Cynthia Brougher*, Legal analysis of religious exemptions for photo identifications requirements, CRS Reoirt for Congress, 2, (2012).

6 კერძოდ, სასამართლომ მიუთითა, რომ როდესაც საქმე შეხებოდა სახელმწიფოს მიერ ნეიტრალური წინაარსისა და საერთო გამოყენების რეგულაციის დადგენას, საჭირო აღარ იყო ღონისძიების გამართლება მყარი საჯარო ინტერესით, თუნდაც კანონს ჰქონოდა ცალკეულ რელიგიურ პრაქტიკაზე ნეგატიური ეფექტი. საკმარისი იყო, რეგულაცია რაციონალურ მიმართებაში ყოფილიყო ლეგიტიმურ საჯარო ინტერესთან იმისათვის, რათა შეზღუდვა კონსტიტუციურად მიჩნეულიყო. *Hernandez v. Northside Indep. Sch. Distr.*; United States District Court, Western Tistrict of Texas, San Antonio Division, 08/01/2013.

https://www.rutherford.org/files_images/general/01-08-2013_Hernandez_Ruling.pdf

საგულისხმოა, რომ ტერმინი – „კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის“ (conscientious objection) – წარმოშობაც სწორედ ამ თემას უკავშირდებოდა ისტორიულად. ცხადია, რეგულაცია/კანონი საგაღმდებულო სამხედრო სამსახურის თაობაზე წინაარსობრივად ნეიტრალურია და ამასთან, არ გააჩნია პირდაპირი ბმა რელიგიისა და რწმენის საკითხებთან. უფრო მეტიც, თანამედროვე დემოკრატიულ ქვეყნებში ფაქტობრივად არც ხდება ისე, რომ სახელმწიფომ მიიღოს კანონი, პირდაპირ რომ ხელყოფს რელიგიის/რწმენის თავისუფლებას.

მაგრამ სწორედ აქ არის, ჩემი აზრით, მთავარი ქვაკუთხედი იმ პრობლემებისა, რომლებიც თავს იყრის კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის საქმეებში. კერძოდ, იმის აღიარება, რომ ნეგატიური ტვირთის გამოწვევა რწმენის/რელიგიის თავისუფლებისათვის შესაძლებელია წინაარსობრივად ნეიტრალური კანონითაც, სრულიადაც არ ნიშნავს, რომ „ჩარევა“ ნამდვილად სახეზეა. უფრო სწორი იქნება, თუ ვიტყვით, რომ ამ დროს სახელმწიფოს მხრიდან ნეგატიური ვალდებულების დარღვევას ადგილი არა აქვს. თუმცა სახელმწიფო, შესაძლოა, მაინც არღვევდეს რწმენის/რელიგიის თავისუფლებას რაიმე პოზიტიური ვალდებულების შეუსრულებლობით. შესაბამისად, საქმეც იმის გარკვევაა, წარმოეშვა თუ არა სახელმწიფოს შესაბამის შემთხვევაში რაიმე კონკრეტული პოზიტიური ვალდებულება, რომლის შეუსრულებლობაც ვინმეს რწმენის/რელიგიის თავისუფლებას დაარღვევდა.

ამგვარად, რაკი პირდაპირი ჩარევა ნაკლებ მოსალოდნელია, მომდევნო გზაჯვარედინზე, დასაბუთების სქემა მოითხოვს იმის გარკვევას, წარმოეშვა თუ არა სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულება რწმენის/რელიგიის თავისუფლების მიმართ და შეასრულა თუ არა ის. პრაქტიკა აჩვენებს, რომ კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის საქმეებში მორწმუნეთა პრობლემა უკავშირდებოდა არა უშუალოდ წინაარსობრივად ნეიტრალურ რეგულაციის არსებობას, არამედ ამ რეგულაციიდან მათთვის გამოწვევად დაწესებაზე უარს, მათი მოთხოვნა

ნის მიუხედავად. შესაბამისად, მორწმუნეთა დაქვემდებარებას ამ საერთო რეგულაციისადმი, რომლის მიმართაც გააჩნდათ კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობა.

აი, ამ ეტაპზე კიდევ ერთი გზის გასაყარია. კერძოდ, უნდა შემოწმდეს, დაირღვა თუ არა რწმენის/რელიგიის თავისუფლება სახელმწიფოს მხრიდან საერთო რეგულაციიდან გამონაკლისის დაუწესებლობით. ამ მიმართებით, ვითარება სულ სხვადასხვაგვარად შეიძლება განვითარდეს და სამართლებრივი შეფასებაც იმისა, დაარღვია თუ არა სახელმწიფომ პოზიტიური ვალდებულება საერთო რეგულაციიდან გამონაკლისის დაუწესებლობით, ამ ვითარებაზეა დამოკიდებული. უწინარესად ვგულისხმობს იმას, თუ რა შედეგები მოჰყვა ნეიტრალური რეგულაციის მოქმედებას და მისი მოთხოვნების შეუსრულებლობას.

ის შედეგები, რომლებიც დადგება, თუ კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის მქონე ინდივიდი არ დაემორჩილება საერთო ნეიტრალურ რეგულაციას და უარს იტყვის მისი მოთხოვნების შესრულებაზე, არსებითია, მაგრამ გადამწყვეტი არ არის. ცნობილი სასამართლო პრეცედენტებით თუ ვიმსჯელებთ, შედეგები შეიძლება იყოს სრულიად განსხვავებული: ნეიტრალური რეგულაციის მოთხოვნის შეუსრულებლობას შეიძლება მოჰყვეს სამართლებრივი პასუხისმგებლობა⁷ (სისხლისსამართლებრივი, ადმინისტრაციული); სამსახურიდან გათავისუფლება⁸,

სამსახურის დატოვების იძულება⁹, პრივილეგიებისა თუ ბენეფიტების მიღების უფლების დაკარგვა¹⁰, დისკომფორტი¹¹ და სხვ. ამასთან, კარგად უნდა გავმიჯნოთ შემთხვევათა ორი წყება: სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება ან თანამდებობიდან გათავისუფლება კონკრეტულ რეპრესიულ აქტს გულისხმობს მორწმუნის წინააღმდეგ, მაშინ როდესაც, პრივილეგიებისა და ბენეფიტების მიღების უფლების დაკარგვა ან გარკვეული დისკომფორტის წარმოშობა, ჩვეულებრივ ასეთ ნაბიჯებს არ გულისხმობს და ავტომატურად მოჰყვება მორწმუნის უარს – შეასრულოს საერთო ნეიტრალური რეგულაციის გარკვეული მოთხოვნა.

იხილეთ აგრეთვე საქმე Knudsen v. Norway, რომელიც შეეხებოდა რელიგიის მინისტრის თანამდებობიდან გათავისუფლებას მასზე დაკისრებული მოვალეობების შეუსრულებლობის გამო (ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის 1985 წლის 8 მარტის განჩინება).

9 იხილეთ საქმე U.S. Equal Employment Opportunity Commission v. Consol Energy, INC; United States Court of Appeals for the Fourth Circuit; 16-12-30, 12/06/2017.

10 იხ: Bowen v. Roy, რომელიც შეეხებოდა სოციალური უზრუნველყოფის მიღების უფლების დაკარგვას რელიგიური მოტივით სოციალური უზრუნველყოფის ნომრის მიწვებაზე უარის გამო. იხ. აგრეთვე საქმე Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, რომელიც შეეხებოდა შეხებოდა ინდიველბს, რომლებიც ვერ იღებდნენ უმუშევრობის შეწყალებას იმის გამო, რომ სამსახურიდან გათავისუფლებულნი იყვნენ ჰალუცინოგენური მცენარის – პეიოტის – მოხმარებისთვის) Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 US 872 (1990)).

11 იხ. საქმე Hernandez v. Northside Indep. Sch. Distr, რომელიც შეეხებოდა სტუდენტის მიერ კამპუსის ტერიტორიაზე სავალდებულო ჩიპიანი ბეიჯის ტარებაზე უარს. ასეთი ბეიჯის უქონლობის გამო ის ვერ ახრეხებდა კაფეტერიაში გადახდას, ბიბლიოთეკიდან წიგნის გატანას და სხვა; United States District Court, Western Tistrict of Texas, San Antonio Division, 08/01/2013. პრაქტიკულად, წინამდებარე სტატიაში განხილული ქართული საქმეც უკავშირდება მომჩივნისათვის წარმოშობილ დისკომფორტს, რომელიც მათ შეექმნათ პირადობის დამადასტურებელი მოწმობების უქონლობის გამო, რამდენადაც მათ უარი თქვეს ახალი ჩიპიანი მოწმობების აღებაზე.

7 მაგალითისათვის იხილეთ აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მიერ განხილული საქმე Wisconsin v. Yoder, რომელიც შეეხებოდა სკოლის მოსწავლეთა მშობლების სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობაში მიცემას იმის გამო, რომ ისინი უარს აცხადებდნენ საკუთარი შვილების სკოლის დამამთავრებელ კლასებში მიყვანაზე, მაშინ როდესაც კანონით ბავშვებისთვის სკოლაში სიარული 16 წლამდე სავალდებულო იყო; 406 US 205 (1972).

8 მაგალითისათვის იხილეთ საქმე Eweida and Others v. The United Kingdom (Judgment of 25 May 2013), რომელიც შეეხებოდა ოთხი მორწმუნე ქრისტიანის სამსახურიდან გათავისუფლებას, მათი მხრიდან რწმენის გამო გარკვეული სამსახურებრივი მოვალეობების შესრულებაზე უარის გამო.

ამგვარად, მნიშვნელოვანია გაირკვეს, რა შედეგები დადგა, რა წარმოშობა და ბუნება გააჩნია მათ, პირდაპირია ეს შედეგები, თუ თანმხლები. იმისდა მიხედვით, გატარდა თუ არა ინდივიდის წინააღმდეგ კონკრეტული რეპრესიული ღონისძიება, შესაძლოა, კვლავ დღის წესრიგში დადგეს „რწმენის თავისუფლებაში „ჩარევის“ საკითხი. ამ შემთხვევაში „ჩარევის“ დადგენისას მხედველობაშია არა ნეიტრალური რეგულაციით/კანონით ჩარევის კონტექსტი, არამედ მისი მოთხოვნების შეუსრულებლობის გამო ინდივიდის წინააღმდეგ გატარებული ღონისძიება. ვითარებები შესაძლოა ერთმანეთისგან ძალიან განსხვავდებოდეს. როდესაც მორწმუნის წინააღმდეგ ხდება რაიმე რეპრესიული ღონისძიების გატარება (სამართლებრივი პასუხისმგებლობა, სამსახურიდან გათავისუფლება), ეს შეიძლება, გარკვეულ შემთხვევებში (როდესაც ამის გამომრიცხველი გარემოებები არ არსებობს), ჩაითვალოს რწმენის/რელიგიის თავისუფლებაში სახელმწიფოს ჩარევად, რომლის მართლზომიერება უკვე ჩარევის აუცილებლობის, ლეგიტიმური მიზნებისა და პროპორციულობის ტესტებით უნდა შეფასდეს, და შესაბამისად, ან იქნება მიჩნეული გამართლებულად, ან არა. ხოლო იმ შემთხვევებში, როდესაც მორწმუნის წინააღმდეგ კანონის მოთხოვნის შეუსრულებლობისათვის რეპრესიული ღონისძიების გატარება არ ხდება, ხოლო ნეგატიური შედეგები ავტომატურად წარმოიშობა, მაშინ რთულია, ამ შედეგების წარმოშობა სახელმწიფოს „ჩარევად“ მივიჩნიოთ. ასეთ დროს მხოლოდ პოზიტიური ვალდებულების ქრილში უნდა გადაწყდეს ყველაფერი.

თავის მხრივ, აქ ორი კონტექსტია გასათვალისწინებელი:

- ა) **თავდაპირველი კონტექსტი** – ვალდებულებები ნორმის შემუშავების პროცესში.

ამ დროს უნდა გაირკვეს, დაარღვია თუ არა სახელმწიფომ პოზიტიური ვალდებულება მაშინ, როდესაც მიიღო საერთო რეგულაცია და მისგან არ გაითვალისწინა გამონაკლისი მორწმუნეთა შესაბამისი ჯგუ-

ფისათვის; ამ დროს შესაფასებელი იქნება, იყო თუ არა სახელმწიფოსათვის განჭვრეტადი ადამიანთა გარკვეულ ჯგუფებში კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის წარმოშობა და, თუ იყო, გადაწონიდა თუ არა საერთო ნეიტრალური რეგულაციის ლეგიტიმურ მიზანთა მნიშვნელობა მორწმუნეთა რწმენის/რელიგიის თავისუფლებას; სწორედ ამ საკითხების გარკვევით დადგინდება, წარმოეშვა თუ არა სახელმწიფოს ნეიტრალური რეგულაციიდან გამონაკლისის დაწესების ვალდებულება ამ რეგულაციის მიღების დროს.

- ბ) **შემდგომი კონტექსტი** – ვალდებულებები ნორმის ამოქმედების შემდეგ.

ამ დროს უნდა გაირკვეს, წარმოეშვა თუ არა სახელმწიფოს რაიმე პოზიტიური ვალდებულება უკვე საერთო ნეიტრალური რეგულაციის ამოქმედების შემდეგ დამდგარ შედეგებთან მიმართებაში, კერძოდ, იმ ნეგატიური შედეგების გამოსწორების, აღმოფხვრის სფეროში, რომლებიც ავტომატურად მოჰყვა მორწმუნეთა გარკვეული ჯგუფისათვის ამ ნეიტრალური რეგულაციის მოქმედებას.

ვფიქრობ, ამ კონტექსტში სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებების წარმოშობა უფრო მეტად მოსალოდნელია, მიუხედავად იმისა, რომ ნეგატიური შედეგები ავტომატურად მოჰყვება შინაარსობრივად ნეიტრალური რეგულაციის შეუსრულებლობას, და მაშასადამე, მორწმუნის შეგნებულ არჩევანს – არ დაქვემდებარებოდა რეგულაციას რწმენის გამო, და ეწვნია შესაბამისი შედეგი – გარკვეული სიკეთის, სარგებლის, ბენეფიტის დაკარგვა ან რაიმე დისკომფორტის წარმოშობა. სამართლებრივ, დემოკრატიულ სახელმწიფოში მიუღებელი იქნება, სახელმწიფომ მიატოვოს ადამიანი და არ დაეხმაროს იმ ნეგატიური შედეგების დაძლევაში, რაც მის გულწრფელ, თუნდაც მცდარ შეხედულებებსა და შესაბამის ქმედებას მოჰყვა, მით უმეტეს, მაშინ, როდესაც შესაბამის შედეგთა დადგომა არ იყო ინდივიდის მხრიდან წინასწარვე ბოლომდე განჭვრეტილი და შეგნებულად დაშვებული.

აი, ეს გახლავთ ის სამსჯელო თემები, რომლებსაც კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის საქმეთა გადაწყვეტა მოითხოვს და, ის ლოგიკური ეტაპები თუ გზაჯვარედინები, რომლებსაც დასაბუთების სწორი სქემა გულისხმობს. სწორედ ეს თემები, შესაბამისი თანმიმდევრობით, გახდა მსჯელობის საგანი საქართველოს საკონსტიტუციო სამართლოში ქვემოთ აღწერილი საქმის განხილვისას. ვფიქრობ, სასამართლომ პასუხი გასცა ყველა წამოჭრილ საკითხსა თუ პრობლემას. მან, შეიძლება ითქვას, საპირისპირო არგუმენტების ზღვაში ბეწვის ხიდზე გაიარა და დასაბუთებული გადაწყვეტილება გამოიტანა.

2. ე.წ. "ID ბარათების საქმე"

2.1. სარჩელის არსი

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ განხილული საქმე „ნანა სეფაშვილი და ია რეხვიაშვილი საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს იუსტიციის მინისტრის წინააღმდეგ“, არაერთი თვალსაზრისით არის საინტერესო. იგი შეეხებოდა რელიგიური მოსაზრებების გამო მოსარჩელეთა უარს, აეღოთ ისეთი პირადობის მოწმობები, რომლებიც შეიცავენ ინფორმაციის ელექტრონულ მატარებელს.¹² სასამართლომ კონსტიტუციის მე-16 მუხლთან მიმართებაში შეაფასა „საქართველოს მოქალაქეთა და საქართველოში მცხოვრებ უცხოელთა რეგისტრაციის, პირადობის (ბინადრობის) მოწმობისა და საქართველოს მოქალაქის პასპორტის გაცემის წესის შესახებ“ საქართველოს კანონისა და „საქართველოს მოქალაქეთა და საქართველოში მცხოვრებ უცხოელთა რეგისტრაციისა და რეგისტრაციიდან მოხსნის, პირადობის (ბინადრობის) მოწმობის, პასპორტის, სამგზავრო პასპორტისა და სამგზავრო დოკუმენტის გაცემის წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტი-

ციის მინისტრის 2011 წლის 27 ივლისის №98 ბრძანების იმ ნორმების ნორმატიული შინაარსის კონსტიტუციურობა, რომელიც გამორიცხავდა ინფორმაციის ელექტრონული მატარებლის გარეშე პირადობის მოწმობის გაცემას პირებზე, რომლებიც რწმენის გამო უარს აცხადებენ ამგვარი დოკუმენტის მიღებასა და გამოყენებაზე. მათი რელიგიური წინააღმდეგობა დაფუძნებული იყო ბიბლიურ წინასწარმეტყველებაზე ადამიანების ტოტალური კონტროლისა და აპოკალიფსის შესახებ.¹³ მოსარჩელე მხარის განმარტებით, დოკუმენტის ელექტრონული მატარებელი (ჩიპი) წაკითხვადი იყო დისტანციურად და იძლეოდა მისი მფლობელის კონტროლის საშუალებას. არსებობდა რეალური საფრთხე იმისა, რომ ელექტრონულ დოკუმენტზე განთავსებული პირადი ინფორმაცია ხელმისაწვდომი გამხდარიყო მესამე პირებისთვის ე.წ. „წამკითხველების“ დახმარებით. ამის გამო იზრდებოდა ელექტრონულ მატარებელზე არსებული მონაცემების შეცვლის, წაშლის და მასში ანტიქრისტიანული სიმბოლოების შეყვანის საფრთხე, რაც არღვევდა მართლმადიდებელ ქრისტიანთა რელიგიის თავისუფლებას. ის გარემოება, რომ ელექტრონული დოკუმენტები წარმოადგენდა ადამიანის პირადი მონაცემების დაცვის მაღალტექნოლოგიურ, თანამედროვე და გაუყალბებელ დოკუმენტებს, არ შეიძლებოდა გამხდარიყო მოქალაქეთა რწმენისა და სხვა კონსტიტუციური უფლებების შეზღუდვის თვითკმარი საფუძველი. პირადობის მოწმობის მიზანს მხოლოდ პიროვნების მოქალაქეობის, ვინაობისა და საცხოვრებელი ადგილის დადასტურება

12 იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2020 წლის 4 ივნისის გადაწყვეტილება # 1404 კონსტიტუციურ სარჩელზე.

13 მოსარჩელეთა აზრით, პირადობის ელექტრონული მოწმობა წარმოადგენდა ანტიქრისტულ ბეჭდისკენ მიმავალ გზას, რის გამოც აღნიშნული დოკუმენტის ფლობა ეწინააღმდეგებოდა მართლმადიდებელთა რწმენას. მათი მითითებით, წმინდა წერილები აფრთხილებენ მართლმადიდებელ ქრისტიანებს, არ მიეღოთ ელექტრონული დოკუმენტები, ვინაიდან მათი საშუალებით ხდებოდა ადამიანების ტოტალური კონტროლი, რაც უშუალოდ უკავშირდებოდა ბიბლიურ წინასწარმეტყველებას აპოკალიფსის შესახებ.

წარმოადგენდა, რა ფუნქციასაც ე.წ. ლა-მინირებული დოკუმენტებიც ასრულებდა. შესაბამისად, მათი აზრით, სახელმწიფოს უარი – გაეცა მათთვის უნიკალური დოკუმენტები, გარდა იმისა, რომ მათ რწმენას ლახავდა, ზემოაღნიშნული თვალსაზრისითაც აზრს მოკლებული და გაუმართლებელი იყო.

მოსარჩევეებს საკითხი დაყენებული ჰქონდათ როგორც კონსტიტუციის მე-16 მუხლის (რწმენის თავისუფლება), ისე კონსტიტუციის მე-11 მუხლის (თანასწორობის უფლების) ქრილში.

2.2. სასამართლოს შეფასება

ა) შეხებოდა თუ არა საქმე „ლეგიტიმურ“ რწმენას და წარმოადგენდა თუ არა მოსარჩელეთა უარი მათი რწმენის „გაცხადებას“.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ პირველ რიგში შეაფასა, იყო თუ არა მოსარჩელეთა რწმენა კონსტიტუციის მე-16 მუხლის პირველი პუნქტის მოქმედების სფეროში მოქცეული და დადებით დასკვნამდე მივიდა. ერთი მხრივ, მან ის დაადასტურა, რომ მოსარჩელეთა რწმენა არ იყო დემოკრატიასა და ადამიანის უფლებებთან შეუთავსებელი, ხოლო მეორე – ის გარემოება, რომ იგი აკმაყოფილებდა დამატებლობის, თანმიმდევრულობისა და სერიოზულობის სტანდარტს, გაითვალისწინა რა, რომ ქრისტიანულ სამყაროში ფართოდ იყო გავრცელებული ანალოგიური მოსაზრებები ელექტრონული (ჩიპიანი) დოკუმენტების ანტიქრისტესთან კავშირის შესახებ და რომ მათ გააჩნდათ გარკვეული დასაყრდენი ბიბლიასა და მართლმადიდებლურ სწავლებაში. შესაბამისად, რწმენის ლეგიტიმურობის შეფასებისას, სასამართლო აღარ წასულა ამაზე შორს.

შემდეგ ეტაპზე, სასამართლომ შეაფასა, წარმოადგენდა თუ არა მოსარჩელეთა უარი, აეღოთ ჩიპიანი პირადობის მოწმობა, მათი „რწმენის გაცხადებას“ და გამოიყენა „მჭიდრო და პირდაპირი კავშირის“ (რწმენის მოთხოვნებსა და ქმედებას შორის)

კრიტერიუმი. ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ ამ კრიტერიუმის გამოყენებისას სასამართლომ ერთგვარი სიფრთხილე გამოიჩინა და აღნიშნა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმე არ იყო რელიგიური ტექსტების ინტერპრეტაცია და იმაზე უტყუარი დასკვნების გაკეთება, წარმოადგენდა თუ არა მოსარჩელეთა ქცევა მათი რელიგიის უშუალო მოთხოვნას და, არც ის იყო გადამწყვეტი, იზიარებენ თუ არა მოსარჩელეთა მოსაზრებებს შესაბამისი კონფესიის სხვა წარმომადგენლები. შესაბამისად, მიუხედავად იმისა, რომ მოსარჩელეთა მოსაზრებებს არ იზიარებდა ქართული მართლმადიდებელი ეკლესიის წევრთა დიდი უმრავლესობა და წმინდა სინოდსაც დადგენილი ჰქონდა, რომ ID ბარათის წარმოდგენილი ვერსია, საღვთისმეტყველო და საეკლესიო სწავლების მიხედვით, არ წარმოადგენდა ანტიქრისტეს ბეჭედს და ამ ბარათით სარგებლობა შესაძლებელი იყო, საკონსტიტუციო სასამართლომ არ უარყო, რომ მოსარჩელეთა უარი ჩიპიანი დოკუმენტების სარგებლობაზე წარმოადგენდა მათი რწმენის „გაცხადებას“ კონსტიტუციის გაგებით.

სასამართლოს აზრით, დაუშვებელი იყო, რწმენის თავისუფლებით დაცულობის ფარგლებში ნაგულგები ყოფილიყო პირის მხოლოდ ის რელიგიური მოსაზრებები, რომლებსაც შესაბამისი კონფესიის/რელიგიური ჯგუფის წევრთა უმრავლესობა იზიარებდა. ასეთ დროს გადამწყვეტი მნიშვნელობა უნდა მინიჭებოდა პირის გულწრფელობას და მისი წინააღმდეგობის კეთილსინდისიერებას. აქ სასამართლომ გაითვალისწინა ის გარემოება, რომ მოსარჩელე ნანა სეფაშვილმა, რომლის პირადობის მოწმობასაც 2016 წელს გაუვიდა მოქმედების ვადა, უარი თქვა ელექტრონული მატარებლის შემცველი დოკუმენტის აღებაზე; მას შემდეგ არ გააჩნდა პირადობის დამადასტურებელი არავითარი ოფიციალური დოკუმენტი, რის გამოც ელახებოდა სხვა უფლებები და თავისი პროფესიული საქმიანობის განხორციელებაზეც კი მოუწია უარის თქმა. გარდა ამისა, საგულისხმო

იყო ისიც, რომ მოსარჩელებმა საერთო სასამართლოების ყველა ინსტანციაში იდავეს თავიანთი დაღვეულად ნაგულვები უფლებების დასაცავად და არაელექტრონული პირადობის მოწმობის მისაღებად. სასამართლოს თქმით, მას არ გააჩნდა არავითარი საფუძველი მოსარჩელეთა რელიგიური წინააღმდეგობის კეთილსინდისიერებაში ეჭვის შესატანად და დაასკვნა, რომ მათი რელიგიური წინააღმდეგობა იყო ნამდვილი და დაკავშირებული მორალურ განცდებთან, ხოლო ელექტრონული დოკუმენტების მიღებაზე უარის თქმა აღქმული ჰქონდათ, როგორც რელიგიური რწმენიდან გამომდინარე მოთხოვნა.

ზემოაღნიშნული დასკვნების მიუხედავად, საკონსტიტუციო სასამართლომ მაინც უარი თქვა სადავო ნორმების ანტიკონსტიტუციურად გამოცხადებაზე, ვინაიდან, დაადგინა, რომ ისინი არ გულისხმობდნენ მოსარჩელეთა რწმენის თავისუფლებაში სახელმწიფოს მხრიდან ჩარევას, და არც რაიმე პოზიტიური ვალდებულებების დარღვევას. თუმცა, საკონსტიტუციო სასამართლომ დაინახა სახელმწიფოს ძლიერი პოზიტიური ვალდებულებები, რომელიც წარმოიშვა უკვე სადავო ნორმების ამოქმედების შემდეგ შექმნილი დე ფაქტო ვითარებასთან მიმართებაში. კერძოდ:

ბ) თუ რატომ არ იყო „ჩარევა“:

პირველ რიგში, საკონსტიტუციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ მის წინაშე იდგა ამოცანა, შეეფასებინა საკითხი, განხორციელდა თუ არა სადავო ნორმებით მოსარჩელეთა რწმენის გაცხადების თავისუფლებაში (forum externum) ჩარევა. თუმცა, ვინაიდან მოსარჩელეთა აზრით, სადავო ნორმები იმავდროულად გულისხმობდა მათი რწმენის თავისუფლების წინაგან კომპონენტებში (forum internum) ჩარევას, სასამართლო ამ საკითხსაც უპასუხებდა.

სასამართლომ აღნიშნა, რომ სადავო ნორმები იმთავითვე არ წარმოადგენდა რაიმე ხარისხით მოსარჩელეთა რელიგიური რწმენის თავისუფლებაში პირდაპირ ჩარევას, ვინაიდან ეს ნორმები აწესრიგებ-

და პირადობის მოწმობის გაცემის საერთო წესს. კერძოდ, ნორმები ადგენდა ელექტრონული პირადობის მოწმობის გაცემის უალტერნატივო წესს, რომელიც ნეიტრალური ხასიათის იყო, არ გააჩნდა პირდაპირი კავშირი მოსარჩელეთა რელიგიურ რწმენასთან, ისევე როგორც, რწმენისა და რელიგიის საკითხებთან საზოგადოდ. იგი თანაბრად ვრცელდებოდა ყველა პირის მიმართ მათი რწმენისა თუ სხვა კუთვნილების მიუხედავად. გასაჩივრებული აქტები ადგენდა ელექტრონული პირადობის მოწმობების გაცემის წესსა და პირობებს, განსაზღვრავდა დოკუმენტის გაცემის ვადას, სახელმწიფო ორგანოებს, რომლებიც იყვნენ მათ გაცემაზე უფლებამოსილი და სხვ. ნორმათა შინაარსი უშუალოდ არ იყო მიმართული ვისიმე, მათ შორის, მოსარჩელე მხარის რელიგიური რწმენის შეზღუდვისკენ. იგი არ მოითხოვდა ადამიანებისგან რაიმე რწმენის აღიარებას, მასზე უარის თქმას ან შეცვლას და, ამ გაგებით, არ გულისხმობდა ვისიმე რწმენის თავისუფლების შიდა კომპონენტებში რაიმე სახის ინტერვენციას სახელმწიფოს მხრიდან.

იმავდროულად, სადავო რეგულაცია არ შეიცავდა რაიმე ისეთ აკრძალვას ან შეზღუდვას, რომელიც შეიძლება მიჩნეულიყო ამა თუ იმ ფორმით ვინმეს რწმენის გაცხადების თავისუფლებაში ჩარევად. მართალია, ელექტრონული მატარებლის მექანე პირადობის დამადასტურებელი მოწმობების გაცემა წარმოადგენდა კანონის მოთხოვნას, თუმცა სადავო ნორმები არ ითვალისწინებდა რაიმე იძულებას ელექტრონული პირადობის მოწმობის აღებაზე, არ აწესებდა ასეთი მოწმობის აღების ვალდებულებას და არ ითვალისწინებდა რაიმე სანქციას მის მიღებასა და სარგებლობაზე უარის თქმის შემთხვევაში; არც უშუალოდ სადავო ნორმები, არც ის აქტები, რომლებიც სადავო ნორმებს შეიცავდნენ, მთლიანობაში არ ითვალისწინებდა სახელმწიფოს მხრიდან რაიმე რეაგირებას პირის მიერ ელექტრონული პირადობის მოწმობის აღებაზე უარის გამო, არათუ რაიმე სანქციას ამისათვის. უფრო მეტიც: კანონის

მოთხოვნა – ინფორმაციის ელექტრონული მატარებლის მქონე დოკუმენტის დაწესებისა და გაცემის შესახებ – მიემართებოდა სახელმწიფო ორგანოებს და არა ინდივიდს. ეს უკანასკნელი ვერ გახდებოდა კანონის ამ მოთხოვნის დამრღვევი. შესაბამისად, დოკუმენტის აღებაზე უარი ვერ იქნებოდა განხილული კანონის მოთხოვნის შეუსრულებლობად. პირადობის მოწმობის აღებაზე უარი არ წარმოადგენდა სამართალდარღვევას ანდა რაიმე ისეთ ხდომილებას, რომელსაც შეიძლება პირდაპირ მოჰყოლოდა სახელმწიფოს მხრიდან ინდივიდის საზიანოდ რაიმე ნაბიჯების გადადგმა, იქნებოდა ეს სამართლებრივი პასუხიმგებლობა, სამსახურიდან გათავისუფლება, სხვა უფლებების შეზღუდვა თუ სხვა. ასეთ პირობებში, სახელმწიფოს ზოგადი რეგულაცია, რომელიც არ აწესებდა კონკრეტულ შეზღუდვას რწმენის თავისუფლებასთან მიმართებაში და, შესაბამისად – ვერც რაიმე პასუხისმგებლობას შეზღუდვებისა თუ კანონის გარკვეული მოთხოვნების შეუსრულებლობის გამო და, იმავედროულად, საერთოდ არ გააჩნდა პირდაპირი შინაარსობრივი ბმა რწმენის/რელიგიის საკითხებთან, ვერ იქნებოდა განხილული რწმენის/რელიგიის თავისუფლებაში სახელმწიფოს ჩარევად.

საკონსტიტუციო სასამართლომ აღიარა, რომ პირადობის მოწმობების არქონამ სერიოზული დისკომფორტი შეუქმნა მოსარჩელეებს, რომლებმაც გულწრფელი რელიგიური წინააღმდეგობის გამო, უარი თქვეს მათ მიღებაზე. კერძოდ, პირადობის მოწმობის არქონამ შეაფერხა ისინი ჩაბმულიყვნენ აქტიურ სამოქალაქო თუ საჯარო ცხოვრებაში, დაედოთ გარიგებები, განეხორციელებინათ გარკვეული ფინანსური ოპერაციები და ა.შ., თუმცა, სასამართლოს დასკვნით, პირადობის დამადასტურებელი დოკუმენტის გარეშე დარჩენით გამოწვეული ეს სერიოზული დისკომფორტი წარმოადგენდა მხოლოდ გვერდით ეფექტს იმ ნეიტრალური შინაარსის ნორმათა მოქმედებისა, რომლებიც არ ითვალისწინებდა რწმენის თავისუფლებაში პირდაპირ ჩარე-

ვას და რომელიც არ იყო შინაარსობრივ ბმაში ფილოსოფიური თურელიგიური რწმენის საკითხებთან. ეს დისკომფორტი ვერ იქნებოდა პირდაპირი შედეგი სადავო ნორმის მოქმედებისა, ვინაიდან იგი შედეგად მოჰყვა არა ნორმის მოთხოვნის შესრულებას (ელექტრონული დოკუმენტის აღებას), არამედ მის შეუსრულებლობას (ელექტრონული დოკუმენტის აღებაზე უარის თქმას). შესაბამისად, აღნიშნული დისკომფორტი, როგორც შინაარსობრივად ნეიტრალური ნორმების გვერდითი ეფექტი, ვერ იქნებოდა გაიგივებული სახელმწიფოს მხრიდან განხორციელებულ რაიმე იძულებასთან, ვერ იქნებოდა მიჩნეული სახელმწიფოს მხრიდან რწმენის/რელიგიის თავისუფლებაში განხორციელებულ „ჩარევად“ ანდა ამგვარი ჩარევით მიყენებულ ზიანად. სასამართლომ დასძინა, რომ ამგვარი მიდგომა მთლიანად შეესაბამებოდა ამ სფეროში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს.

შესაბამისად, ვინაიდან სახეზე არ არ იყო სახელმწიფოს მხრიდან რწმენის/რელიგიის თავისუფლებაში ჩარევა, სასამართლოს წინაშე დგებოდა ამოცანა, საკითხი შეეფასებინა პოზიტიური ვალდებულებების ქრილში. ამისათვის კი მას უნდა დაედგინა, იყო თუ არა სახელმწიფო ვალდებული, სადავო ნეიტრალური ნორმიდან გაეთვალისწინებინა გამონაკლისები ზემოაღნიშნული გვერდითი ეფექტების თავიდან აცილების მიზნით.

გ) თუ რატომ არ იყო დარღვეული პოზიტიური ვალდებულებები.

სასამართლომ მიუთითა, რომ ზემოაღნიშნულ საკითხზე პასუხის გაცემა გულისხმობდა იმის გარკვევას, არსებობდა თუ რა ზოგადი ნეიტრალური ნორმის შემუშავების დროს მათგან გამონაკლისების დაწესების აუცილებლობა.

სასამართლომ, საზოგადოდ, არ გამოიკცხა, რომ ნეიტრალურმა ხასიათის ნორმებმა, შესაძლოა სერიოზული ზიანი გამოიწვიოს რელიგიის/რწმენის თავისუფლებისათვის. განსახილველ საქმე-

სთან მიმართებაშიც. მან არ უარყო, რომ სადავო, ნეიტრალური ხასიათის რეგულაციამ მართლაც წარმოშვა მნიშვნელოვანი ტვირთი მართლმადიდებელ ქრისტიანთა ერთი ჯგუფისათვის, რომელთა რწმენითაც, დოკუმენტის ელექტრონული მატარებელი (ჩიპი) ანტიქრისტეს ბეჭდისკენ მიმავალი გზაა. სასამართლომ აღიარა, რომ სადავო რეგულაციით დადგენილი უალტერნატივო წესის გამო, ასეთი პირები მძიმე არჩევანის წინაშე აღმოჩნდნენ – ემოქმედათ საკუთარი რელიგიური რწმენის წინააღმდეგ და აეღოთ ახალი მოწმობები, ანდა შეენარჩუნებინათ რწმენისადმი ერთგულება და დარჩენილიყვნენ პირადობის მოწმობის გარეშე, მაშასადამე – სოციალური ცხოვრების არაერთი სფეროდან გარიყულნი და იზოლირებულნი. სასამართლო მიუთითა, რომ ეს მართლაც წარმოადგენდა სერიოზულ ტვირთს მოსარჩელეთა რელიგიური რწმენის თავისუფლებისთვის. თუმცა, სასამართლომ ასე დასვა საკითხი – რამდენად იყო განჭვრეტადი ის ზიანი, რაც გვერდითი ეფექტის სახით შეიძლება დაამდგარიყო, და, იყო თუ არა ვალდებული სახელმწიფო, ნებისმიერ ფასად თავიდან აეცილებინა ის. სხვა სიტყვებით, სასამართლოს უნდა დაედგინა, რამდენად აუცილებელი იყო უალტერნატივო წესის დადგენა და არღვევდა თუ არა სახელმწიფო პოზიტიურ ვალდებულებას სადავო რეგულაციიდან გამონაკლისის დაუწესებლობით იმ პირთა მიმართ, რომლებიც რელიგიური რწმენის მოტივით უარს აცხადებენ ელექტრონული (ჩიპიანი) პირადობის მოწმობის აღებაზე.

საკონსტიტუციო სასამართლომ გაიზიარა მოპასუხის პოზიცია, რომ სადავო რეგულაციის შემოღება და ელექტრონული პირადობის მოწმობის უალტერნატივო წესით გაცემის განსაზღვრა მნიშვნელოვანი ლეგიტიმური მიზნებით იყო განპირობებული. კერძოდ, სახელმწიფოს მიერ ელექტრონულ დოკუმენტებზე გადასვლა და, ამ გზით, აღნიშნული დოკუმენტების უსაფრთხოების უზრუნველყოფა წარმოადგენდა სავიზო რეჟიმის ლიბერალიზაციის გეგმის ნაწილს. სახელმწიფო დაინტერესებული

იყო, შემოეღო და გაეცა პირადობის დამადასტურებელი ისეთი უნიფიცირებული დოკუმენტები, რომლებიც მაქსიმალურად დაცული იქნებოდა გაყალბებისგან. ამავდროულად, ასეთი დოკუმენტები აადვილებდა ნებისმიერ სამართალურთიერთობაში პირის ინტეგრაციას და სახელმწიფო სერვისებით მომსახურების პროცესს. ამგვარად, სადავო რეგულაცია მიზნად ისახავდა გაყალბებისგან მაქსიმალურად დაცული დოკუმენტების დანერგვასა და, ამ გზით, მოქალაქეთა უფლებებისა და უსაფრთხოების დაცვას.

სასამართლომ მხედველობაში მიიღო, რომ საერთაშორისო პრაქტიკის თანახმად, სახელმწიფოს მიხედულების ფარგლები საშინაო ადმინისტრირების პროცედურაში ძალზე ფართო იყო. მეორე მხრივ, აღნიშნა, თუ რაოდენ მნიშვნელოვანი იყო სახელმწიფო დოკუმენტების ერთგვაროვნება. სასამართლოს თქმით, დაუშვებელი იყო, მათი შინაარსის განსაზღვრა დაქვემდებარებოდა ცალკეული ინდივიდების შეხედულებებს. არ იქნებოდა მართებული, ადმინისტრაციული დოკუმენტების, მათ შორის პირადობის მოწმობის, შემუშავების პროცესში სახელმწიფოსათვის მოეთხოვათ, რომ მას წინასწარ სრულად განეჭვრიტა, თუ როგორ მოხდებოდა ცალკეული პირების მიერ მათი შინაარსის, ფორმის, ცალკეული რეკვიზიტისა თუ ტექნიკური მახასიათებლების ინტერპრეტაცია რელიგიური რწმენის პრიზმაში, ხოლო შემდეგ მოეხდინა ოფიციალური ადმინისტრაციული დოკუმენტების მოდიფიცირება სახელმწიფოში მცხოვრები სხვადასხვა რელიგიური ჯგუფების მიერ ამა თუ იმ რელიგიური ტექსტების განსხვავებული ინტერპრეტაციების მიხედვით.

სასამართლომ არ უარყო, რომ ნორმის შემუშავების პროცესში სახელმწიფოსათვის შეუძლებელი არ იყო განეჭვრიტა, რომ სადავო ნორმების მიმართ მართლმადიდებელ ქრისტიანთა ერთ ნაწილში შეიძლება წარმოშობილიყო რელიგიური წინააღმდეგობა. მაგრამ, სხვა საკითხი იყო იმის სრულად განჭვრეტის შესაძლებლობა, რომ მათ

შორის ზოგიერთისათვის ეს იქნებოდა ისეთი სერიოზული რელიგიური ტვირთი, რომ ისინი საერთოდ უარს იტყოდნენ ელექტრონული პირადობის მოწმობების აღებაზე და ამ გზით ნებაყოფლობით დათმობდნენ სოციალურ ცხოვრებაში აქტიური მონაწილეობის შესაძლებლობას. თუმცა, სასამართლომ მიიჩნია, რომ უფრო მნიშვნელოვანი იყო იმის შეფასება, თუ რამდენად გონივრული, მიზანშეწონილი იქნებოდა სახელმწიფოს ზოგადი ნეიტრალური რეგულაციიდან წინდაწინვე გამონაკლისების დაწესება და ნორმატიულ აქტში ჩანაწერის გაკეთება იმის თაობაზე, რომ დასაშვებად მიიჩნევა არაელექტრონული პირადობის დამადასტურებელი მოწმობების გაცემას ისეთი პირებისათვის, რომელთაც, სუბიექტური მოტივებით, მათ შორის, რელიგიური მოსაზრებების გამო, არ სურდათ ელექტრონული დოკუმენტის ფლობა.

განიხილა რა ასეთი გამონაკლისის დაშვების მიზანშეწონილობა და გონივრულობა, სასამართლომ აღნიშნა, რომ გარკვეული გულწრფელი რელიგიური თუ მსოფლმხედველობრივი წინააღმდეგობა, შესაძლოა, მომავალშიც წარმოშობილიყო, მათ შორის, სხვა კონფესიის თუ მრწამსის მქონე ადამიანებისათვის, სახელმწიფოს ოფიციალური დოკუმენტების, *inter alia*, პირადობის მოწმობის მიმართ იგივე ან სრულიად სხვა რეკვიზიტებისა თუ ტექნიკური მახასიათებლების კუთხით; მაგალითად, გაჩენილიყო გულწრფელი წინააღმდეგობა დოკუმენტის ფერის, ზომის, მასზე დატანილი სახელმწიფო სიმბოლოების (სახელმწიფოს გერბი, დროშა, რომელიც, თავის მხრივ, ქრისტიანულ სიმბოლიკას შეიცავს) ან საიდენტიფიკაციო ნომრების მიმართ. ამის გათვალისწინებით, სადავო ნორმის არაკონსტიტუციურად ცნობისათვის გადამწყვეტი ის კი არ იყო, შესაძლებელი იყო თუ არა, და თუ იყო, რა ხარისხით, სახელმწიფოს მხრიდან სადავო ნორმების მიმართ რელიგიური წინააღმდეგობის წარმოშობისა და მასთან დაკავშირებული გვერდითი შედეგების განჭვრეტა, არამედ გონივრულობა იმის დაშვებისა, რომ სახე-

ლმწიფოს ოფიციალური დოკუმენტის შინაარსი თუ ფორმა სხვადასხვა ინდივიდების განსხვავებული სურვილების მიხედვით იცვლებოდა.

საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, გარდა იმისა, რომ პრინციპულად იყო სწორი და გამართლებული ადმინისტრაციულ საკითხებში სახელმწიფოს ოფიციალური დოკუმენტების ერთგვაროვნება, გასათვალისწინებელი იყო ისიც, რომ დაშვების შემთხვევაში, სახელმწიფო ვალდებული იქნებოდა, ასეთი პირებისთვის შეექმნა ალტერნატიული სამართლებრივი რეჟიმი და შეემუშავებინა ამ დოკუმენტებთან მოპყრობის განსხვავებული ინსტრუქციები. აღნიშნული კი გაუმართლებლად დაავიწროებდა სახელმწიფოს ფართო მიხედულებას საშინაო ადმინისტრირების პროცესებში, დაარღვევდა ადმინისტრაციულ საკითხებში საჭირო ერთგვაროვნებას, ხოლო სანდოობის თვალსაზრისით, მოწყვლადს გახდიდა არაერთ სამართალური თიერთობას, რომლებიც გაყალბებისაგან დაუცველ დოკუმენტებზე იქნებოდა დაფუძნებული.

სასამართლომ აღნიშნა, რომ საქართველოს კონსტიტუციის მე-16 მუხლით დაცული რწმენის/აღმსარებლობის გაცხადება ისედაც არ წარმოადგენდა აბსოლუტურ უფლებას, რაც იმას ნიშნავდა, რომ ღირებულებათა კონფლიქტის დროს იგი ყოველთვის ვერ მოიპოვებდა პრიორიტეტს და იგი შეიძლება სხვა ღირებულებებს, მათ შორის, საზოგადოებრივი უსაფრთხოებისა და სხვა პირთა უფლებების დაცვის საჭიროებას გადაეწონა. თუმცა, მოცემულ შემთხვევაში, საკითხი შეეხებოდა არა მისი შეზღუდვის დასაშვებ მიჯნებს, არამედ თავად ამ თავისუფლების შინაარსობრივ ფარგლებს. სასამართლოს აზრით, რწმენის/აღმსარებლობის თავისუფლების შინაარსი ვერ განიმარტებოდა ისეთ შორეულ მიჯნებამდე, რომ დაცულობის ფარგლებში მოქცეულიყო პირის უფლება – ეკარნახა სახელმწიფოსათვის, თუ როგორ უნდა მოქცეულიყო იგი საშინაო ადმინისტრირების პროცედურებში და

როგორი სახით (ფორმა, შინაარსი, ტექნიკური მახასიათებლები...) გაეცა პირებზე ოფიციალური დოკუმენტები, მათ შორის, პირადობის მოწმობა. სასამართლოს აზრით, საქართველოს კონსტიტუციით დაცული რწმენის/აღმსარებლობის თავისუფლებიდან არ წარმოდგებოდა სახელმწიფოს ვალდებულება, ოფიციალური დოკუმენტების შემუშავებისას გაეთვალისწინებინა ყველა ის გულწრფელი წინააღმდეგობა, რომელიც შეიძლება თავიანთი რწმენის საფუძველზე გასჩენოდათ მის მოქალაქეებს, რომლებიც სხვადასხვა რელიგიას მიეკუთვნებოდნენ, განსაკუთრებით კი ისეთ შემთხვევებში, როდესაც რელიგიური რწმენით შთაგონებული ესა თუ ის ქმედება არ წარმოადგენდა შესაბამისი რელიგიის პრინციპულ/სავალდებულო მოთხოვნას. თუ სახელმწიფო ყოველ ჯერზე დაჰყვებოდა მორწმუნეთა ინდივიდუალურ სურვილებსა და მოთხოვნებს, იგი ვერ შეძლებდა, დაეცვა თანაბრობა და ნეიტრალიტეტი ქვეყანაში ფუნქციონირებადი განსხვავებული რელიგიების მიმართ.

ამგვარად, საკონსტიტუციო სასამართლომ დაასკვნა, რომ სადავო ნორმის შემუშავების პროცესში სახელმწიფოს არ წარმოეშვა პოზიტიური ვალდებულება, მნიშვნელოვანი ლეგიტიმური ინტერესების საზიანოდ დაეშვა გამონაკლისები ზოგადი, შინაარსობრივად ნეიტრალური რეგულაციიდან და გაეთვალისწინებინა წესი, რომლის მიხედვითაც დაშვებულად იქნებოდა გამოცხადებული ოფიციალური დოკუმენტების შინაარსის, ფორმისა თუ ტექნიკური პარამეტრების შეცვლა ცალკეული ინდივიდების სუბიექტური მოტივებით. სასამართლომ მიუთითა, რომ რელიგიის თავისუფლება ადამიანს იცავდა მის რელიგიურ ცხოვრებაში სახელმწიფოს ინტერვენციისაგან და იგი არ მოიცავდა სახელმწიფოზე აქტიური ზემოქმედების თავისუფლებას სახელმწიფოს გამგებლობას მიკუთვნებულ საკითხებთან დაკავშირებით და სუბიექტური მოტივებით. სასამართლომ მიუთითა, რომ კონსტიტუციის მე-16 მუხლით დაცული რწმენის/რელიგიის თავისუფლება ვერ

იქნებოდა განმარტებული იმგვარად, თითქოს იგი გულისხმობდა ინდივიდის უფლებას, დამორჩილებოდა სახელმწიფოს მხოლოდ იმ კანონს, რომელიც მის რწმენას შეესაბამებოდა და სპეციფიკური მოთხოვნები წაეყენებინა სახელმწიფოსათვის ისეთ საკითხებში, რომლის რეგულირებაც, ჩართული საჯარო და კერძო ინტერესების გათვალისწინებით, მისი ღვიძლი ფუნქცია იყო და მისი მიხედულების ფარგლებში სრულად მოქცეული. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ სადავო ნორმები, რომლებიც აწესებდა ელექტრონული პირადობის დამადასტურებელი მოწმობების შემოღების უალტერნატივო წესს, სუბიექტური მოტივებით გამონაკლისის დაშვების გარეშე, ვერ ჩაითვლებოდა არაკონსტიტუციურად კონსტიტუციის მე-16 მუხლთან მიმართებაში.

დ) სასამართლოს პასუხი დე ფაქტო ვითარებაზე

მიუხედავად იმისა, რომ მოცემულ საქმეში, სასამართლომ უარყო სახელმწიფოს მხრიდან ნეგატიური და პოზიტიური ვალდებულების დარღვევა, მან მიიჩნია, რომ ქმედით მისაგებელს საჭიროებდა ის არსებული სამართლებრივი ვითარება, რაც სადავო ნორმის ამოქმედების შემდეგ წარმოიშვა მოსარჩელებისა და მათ მდგომარეობაში მყოფი პირებისათვის. კერძოდ, მან მიუთითა, რომ ვინაიდან სადავო ნორმით დადგენილი წესის ამოქმედების შემდგომ აშკარად გამოიკვეთა, რომ მის მიმართ ადამიანთა გარკვეული ჯგუფის გულწრფელ და ძლიერ რელიგიურ წინააღმდეგობას მოჰყვა მათი პირადობის დამადასტურებელი დოკუმენტის გარეშე დარჩენა და ამ გარემოებასთან დაკავშირებული სერიოზული გვერდითი შედეგები, სახელმწიფოს წარმოეშვა პოზიტიური ვალდებულება, ამა თუ იმ გზით ეზრუნა წარმოშობილი ზიანის შემცირებისა და აღმოფხვრისათვის. სასამართლოს თქმით, სახელმწიფოს, შესაბამის ორგანოებს ევალებოდათ გამოენახათ გზა, რომელიც ამ

პირებს დაეხმარებოდა სამოქალაქო და საჯარო ცხოვრებაში ჩართვასა და აქტიურ მონაწილეობაში, იმ ნაბიჯების გადადგმაში, რასაც აუცილებლად მიიჩნევენ თავიანთი სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის დაცვის, განათლების, პირადი ცხოვრების, საკუთრებისა და სხვა სასიცოცხლო ინტერესების უზრუნველყოფისათვის.

საკონსტიტუციო სასამართლომ მიუთითა ძალზე პრინციპული და საგულისხმო დებულებები ამ მიმართებით: „სახელმწიფო ვალდებულია, ადეკვატური პასუხი გასცეს იმ დე ფაქტო ვითარებას, რაც ნორმის ამოქმედების შედეგად წარმოიშვა სახელმწიფოს იურისდიქციაში მყოფი პირების ოფიციალური საიდენტიფიკაციო დოკუმენტების გარეშე დარჩენით. დემოკრატიულ, სამართლებრივ სახელმწიფოში, სადაც უმაღლეს ღირებულებად ადამიანია მიჩნეული, დაუშვებელია, სახელმწიფო გულგრილად ეკიდებოდეს მის დატოვებას ყოველდღიური ყოფითი საჭიროებების, ცხოვრებისთვის აუცილებელი სერვისებისგან მოწყვეტილად და იხსნოდეს პასუხისმგებლობას მის ცხოვრებასა და კეთილდღეობაზე, ანდა ასეთი შთაბეჭდილება იქმნებოდეს. ელექტრონული პირადობის მოწმობის აღებაზე უარი მათ არ აკარგვინებს საქართველოს მოქალაქეობას და, მასთან ერთად, სახელმწიფოს მხრიდან ზრუნვის მიღებისა და მფარველობის უფლებას. ისინი რჩებიან საქართველოს მოქალაქეებად, მათ იურისდიქციაში მყოფ პირებად, ხოლო სახელმწიფო კი – მათი უფლებების დაცვაზე პასუხისმგებელ სუბიექტად. ამგვარად, სადავო ნორმის არაკონსტიტუციურად არცნობა არ ათავისუფლებს სახელმწიფოს მოსარჩელეთა ინტერესების დაცვის და იმ საფრთხეების განეიტრალების ვალდებულებისაგან, რომელთა წინაშეც მოსარჩელები და მათ მდგომარეობაში მყოფი სხვა პირები აღმოჩნდნენ სადავო ნორმების მოთხოვნებისადმი მათი გულწრფელი რელიგიური წინააღმდეგობის გამო“¹⁴.

ამასთანავე, საკონსტიტუციო სასამართლომ ამ საკითხშიც დისკრეციის გა-

რკვეული ფარგლები მიაკუთვნა სახელმწიფოს და მიუთითა, რომ სახელმწიფოს მიხედულების ფარგლებში რჩებოდა საკითხი, დაუშვებდა თუ არა იგი გაყალბებისაგან მაღალი ხარისხით დაცული საიდენტიფიკაციო დოკუმენტების გარეშე პირთა მონაწილეობას იმგვარ ურთიერთობებში, რომლებიც საჯარო, სახელმწიფოებრივი მნიშვნელობისა იყო, მთელი საზოგადოების ინტერესებს (როგორიცაა, მაგალითად, არჩევნებსა და რეფერენდუმში მონაწილეობის უფლება) ან საქართველოს საერთაშორისო ვალდებულებების შესრულებას უკავშირდებოდა და არა ამ პირთა მხოლოდ ყოველდღიური სასიცოცხლო საჭიროებების დაკმაყოფილებას. პირადობის დამადასტურებელი მოწმობების გარეშე დარჩენილ პირთა მიმართ წარმოშობილი პოზიტიური ვალდებულებები, ისეთ პირობებში, როდესაც ეს პირები თავად აცხადებენ უარს მათ მიღებაზე რელიგიური მოტივებით, არ მიდიოდა ისე შორს, რომ სახელმწიფოს ხელი აეღო ადმინისტრაციული დოკუმენტების სფეროში ახალი, უსაფრთხო სისტემების დანერგვისა და თავისი იმანენტური ფუნქციების შესრულებისაგან, და წარმოშობილ კონფლიქტში, სასამართლომ ინდივიდუალური და საჯარო ინტერესების სწორედ ასეთი დაბალანსება მიაჩნია გონივრულად და სამართლიანად.

ამგვარად, საკონსტიტუციო სასამართლომ არ გაიზიარა მოსარჩელეთა პოზიცია, თითქოს სადავო ნორმები ეწინააღმდეგებოდა საქართველოს კონსტიტუციის მე-16 მუხლს.

2.3. დისკრიმინაციის თემა

საკონსტიტუციო სასამართლომ სადავო ნორმები კონსტიტუციურად ცნო კონსტიტუციის მე-11 მუხლთან მიმართებაშიც. სასამართლომ მიიჩნია, რომ არ დადასტურდა განსხვავებული მოპყრობა ადამიანთა იმ ჯგუფის მიმართ, ვისაც მოსარჩელები ედრებოდნენ. არსებითად თანასწორ პირებად, ვისთან მიმართებაშიც გრძნობდნენ

14 იხილეთ გადაწყვეტილების სამოტივაციო ნაწილის მე-40 პუნქტი.

თავს დისკრიმინაციულად, მათ დაასახელეს ის პირები, რომლებსაც 2011 წლის 24 ივნისის საკანონმდებლო ცვლილებამდე შეუსრულდათ 65 წელი და გადაეცათ უვადო პირადობის მოწმობები, ხოლო ახალი რეგულაციებით კი არ დაევალებათ ახალი ჩიპიანი დოკუმენტების მიღება.

სასამართლომ მიუთითა, რომ არსებული რეგულაციის პირობებში ნებისმიერ პირზე გაიცემოდა ელექტრონული პირადობის მოწმობა. ამგვარად, სადავო ნორმა არ ადგენდა განსხვავებულ რეგულაციებს მოსარჩელეთა მიერ იდენტიფიცირებადი ჯგუფების მიმართ. დადგენილი საერთო წესიდან კანონმდებლობა მხოლოდ ობიექტური გარემოებების არსებობისას ითვალისწინებდა გამონაკლისებს (კერძოდ, იგი შეეხებოდა შემთხვევებს, როდესაც ელექტრონული დოკუმენტის გაცემა შეუძლებელია ობიექტური გარემოებების გამო). საქმეც ის იყო, რომ მოსარჩელე მხარე ამგვარ ობიექტურ გარემოებებში მყოფ პირთა კატეგორიას კი არ ედრებოდა, არამედ თავს დისკრიმინირებულად მიიჩნევდა პირთა იმ კატეგორიასთან შედარებით, რომლებიც დღემდე სარგებლობდნენ უვადო პირადობის მოწმობებით და კანონმდებლობით არ მოეთხოვებოდათ აღნიშნული დოკუმენტების შეცვლა. მნიშვნელოვანი იყო იმაზე ხაზგასმა, რომ მოსარჩელე მხარის მიერ გასაჩივრებული რეგულაცია აწესრიგებდა პირადობის მოწმობის გაცემის ზოგად წესს და ადგენდა, თუ რა წესით მოხდებოდა (ამ რეგულაციის ამოქმედების შემდეგ) პირადობის (ბინადრობის) მოწმობისა და საქართველოს მოქალაქის პასპორტის გაცემა იმ პირებისათვის, ვინც ამ დოკუმენტების გაცემის მოთხოვნით სახელმწიფოს შესაბამის სამსახურებს მიმართავდა და, იგი საერთოდ არ შეეხებოდა საკითხს, თუ ვის შეეძლო იმჟამად ესარგებლა არა-ელექტრონული პირადობის მოწმობით და ვის – ელექტრონულით. უფრო მეტიც, იგი არ აწესებდა არც არაელექტრონული მოწმობის ელექტრონულით გამოცვლის ვალდებულებას არავისთვის – როგორც იმ ჯგუფისათვის, ვისაც ვადიანი პირადობის

მოწმობა გააჩნიათ (რომელ კატეგორიასაც მოსარჩელები მიეკუთვნებიან), ისე იმ ჯგუფისათვის, ვინც უვადო მოწმობების მფლობელები იყვნენ (რომელ კატეგორიასაც მოსარჩელები ედრებოდნენ).

სასამართლოს აზრით, ის გარემოება, რომ სადავო რეგულირება ადგენდა ერთნაირ უფლებრივ რეჟიმს პირადობის მოწმობის მიღების მსურველი ყველა პირისათვის, იქიდანაც ჩანდა, რომ მოქმედი რეგულაციის პირობებში, ნებისმიერ პირზე, მათ შორის მოსარჩელეთა მიერ იდენტიფიცირებული ჯგუფის წევრებზეც, პირადობის მოწმობის განახლების შემთხვევაში, გაიცემოდა ელექტრონული პირადობის მოწმობა. შესაბამისად, ახალი რეგულაციით ყველა პირი, მათ შორის, უვადო არაელექტრონული პირადობის მოწმობის მფლობელები, პირადობის მოწმობის აღების საკითხში, იმყოფებოდნენ არა განსხვავებულ, არამედ ერთნაირ, იდენტურ უფლებრივ მდგომარეობაში. აქედან გამომდინარე, *a fortiori* ნიადაგს მოკლებული იყო მოსარჩელეთა მტყცება, თითქოს განსხვავებული მოპყრობა რწმენის ნიშანს ემყარებოდა.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ სადავო რეგულაცია არ ადგენდა მოსარჩელე მხარის მიერ იდენტიფიცირებული პირების მიმართ განსხვავებულ მოპყრობას. აქედან გამომდინარე, ვინაიდან საქმეში არ დასტურდებოდა მოსარჩელეთა დიფერენცირებულ მდგომარეობაში ჩაყენების ფაქტი, სასამართლო აღარ იდგა დიფერენცირების გამართლებულობის შეფასების საჭიროების წინაშე.

დასკვნა

ე.წ. კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის საქმეები საკმაოდ რთულ და კომპლექსურ საკითხებს უკავშირდება და დელიკატურ მოპყრობას მოითხოვს. ზემოაღნიშნული ქართული საქმე და საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მიღებული

გადაწყვეტილება მოწმობს, რომ ქართული პრაქტიკა იზიარებს და ძირითადად მიჰყვება იმ მიდგომებს, რაც ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მიერ არის დამკვიდრებული შესაბამის პრეცედენტული სამართლით.

თუმცა, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ შემოიტანა რამდენიმე ახალი პრინციპიც. კერძოდ, მან ერთმანეთისაგან გამიჯნა სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებები, რომელიც შეიძლება წარმოიშვას ნეიტრალური რეგულაციის შემუშავებისა და მიღების დროს რეგულაციიდან გამონაკლისის დაწესების საკითხში, და პოზიტიური ვალდებულებები, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას ნეიტრალური რეგულაციის ამოქმედების შემდგომ დე ფაქტო ვითარებასთან მიმართებაში მორწმუნეთათვის წარმოშობილი ტვირთის გათვალისწინებით.

ამასთან, ნორმის შემუშავების დროს პოზიტიურ ვალდებულებათა წარმოშობა საკონსტიტუციო სასამართლომ დაუკავშირა შედეგების – რწმენის საფუძველზე კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის წარმოშობის – განჭვრეტადობის შესაძლებლობას; ხოლო განჭვრეტადობის შემთხვევაში – მხარი დაუჭირა საკითხის გადაწყვეტას ღირებულებათა კონფლიქტისა და სამართლიანი ბალანსის საფუძველზე. ამგვარი დიფერენცირება სიახლეს წარმოადგენს. ასევე სიახლე და უდავოდ დადებითი მოვლენაა სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებათა დანახვა დე ფაქტო ვითარებასთან მიმართებაში, მორწმუნეთა მიმართ წარმოშობილი ნეგატიური შედეგების აღმოფხვრის მიმართულებით, მიუხედავად მათი შეგნებული არჩევანისა, არ დამორჩილებოდნენ სახელმწიფოს ნეიტრალური რეგულაციის მოთხოვნას თავიანთი რწმენის გამო და ეწვნიათ ეს შედეგები.

CONSCIENTIOUS OBJECTION (Georgian approach – case of “ID Cards”)

Eva Gotsiridze

*PhD in Law, Professor of Saint Andrew the First-Called Georgian University of the Patriarchate of Georgia,
Judge of the Constitutional Court of Georgia*

KEYWORDS: Conscientious Objection, Interference with the Religious Rights, Close and Direct Link

ABSTRACT

The article concerns the legal issues of the “Conscientious objection”, primarily that of substantiation of the question –whether an individual’s act, motivated by religious or non-religious beliefs and denying to observe certain legal requirements, will gain legal protection; The Author represents all related issues, factors and circumstances, that should be taken into account and the corresponding scheme of the analysis and substantiation, with several important crossroads. By the Author, it is too important to find a good, proper direction on each stage and continue until the following crossroad. The Author shows, what these crossroads are in practice, and issues that should be discussed and analyzed on each stage.

Through this prism the Georgian legal approach is analyzed in the article, namely, the decision of the Georgian Constitutional Court of June 4, 2020, so called “a case of ID cards” – Nana Sepiashvili and Ia Rekhviashvili v. Parliament of Georgia and Minister of Justice of Georgia. The case concerns the applicant’s denial to receive and use new ID card, containing electronic chip. For the applicants, the electronic chip represents the effective mean for massive control over the people. They share the widespread orthodox Christians’ opinion, that chip represents the sign of the Beast, despite the fact, that Holy Synod of Georgian Orthodox Church disclaimed such an opinion.

There is shown in the article, what issues and questions have been considered and examined by the Constitutional Court, in which way and succession; By Author, The Court took a very delicate approaches and was

able to find a very proper way of substantiation in spite of multiplicity of the pro et contra arguments, different factors and controversial issues.

The Author concludes, that the Georgian approach is in line with the European and American case-law, but, at the same time, it develops a new principle and methodology, that facilitates the proper adjudication of the “conscientious objection” cases and reaching a fair balance between the individual rights and public interests. To the Author, the Georgian Constitutional Court has further developed already existing approaches, particularly, in the direction of positive obligation of a State. The Court differentiated the positive obligation of a State in the process of elaborating the new legislation and positive obligation which may arise after the legislation became operative. The

first one implies an obligation to predict the risk of appearance of a conscientious objection towards new legislation, possible negative side effects in case of disobedience, inter alia, the burden, that can be imposed over an individual's religious rights, and, finally, to make relevant exemptions from new regulations, if reasonable and necessary. But the second one implies a positive obligation of a State to respond adequately the de facto situation and administer all necessary measures in order to eliminate the damage and other negative effects that individual suffers as result of disobedience based on his/her belief. In the abovementioned case, the Court saw the State's positive obligation to respond the de facto situation notwithstanding the fact, that it did not find the challenged law unconstitutional.

BIBLIOGRAPHY:

1. Black's Law Dictionary, “Conscientious objector“, St.Paul, Minn. West Publishing Co. Centennial edition, 1991;
2. P.van Dijk; G.J.H. van Hoof, 1998. Theory and practice of the European Convention on Human Rights; Kluwer Law international , Hague,- London-Boston;
3. R. A. Lawson & H.G. Schermers, 1999. Leading cases of the European Court of Human Rights (sec.ed);
4. D.G. Harris; M.O' Boule, C.Warbrick, 1995. Law of the European Convention on Human Rights; Butterwarths, London, Dublin; Edinburg;
5. William B.Lockhart, Yale Kamissar, Jesse H. Choper, Steven H. Shiffrin, Constitutional law; Cases – Comments – Questions, seventh edition, American Casebook Series, Westpublishing Co. 1991; Chapter 9, Freedom of Religion.
6. Samanta Knight; Art. 9 : Freedom of thought, Conscience and Religion, Human Rights Practice, Sweet &Maxwell, Release 22; 2011;
7. კონსტიტუციონალიზმი, მიღწევები და გამოწვევები; სტატიათა კრებული; სამეცნიერო რედაქტორები და გამომცემლები: მინდია უგრეხელიძე და ბექა ქანთარია; გამომცემლობა „უნივერსალი“, თბილისი, 2019 წ;
8. Charter of Fundamental Rights of the European Union;
9. European Convention on Human Rights;
10. Christopher Decker, Lucia Fresa, The Status of conscientious objection under Article 4 of the ECHR; D. J. International Law and Politics, vol. 33 : 379 ;<http://www1.law.nyu.edu/journals/jilp/issues/33/pdf/33n.pdf>
11. "Conscientious objection to military service, Commission on Human Rights resolution 1998/77, Document: CHR 54th 4/22/1998E/CN.4/RES/1998/77". United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner for Human Rights. 2008; https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=10&t=11
12. Merriam-Webster.com Dictionary, Conscientious objection; <https://www.merriam-webster.com/dictionary/conscientious%20objection>

სახელმწიფოს ვალდებულებები სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებით ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის მიხედვით

ნაზი ჯანეზაშვილი

კავკასიის სამართლის სკოლის დოქტორანტი.
საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს ყოფილი
არამოსამართლე წევრი (2017-2021)

საკვანძო სიტყვები: იმპლემენტაცია, გაუპატიურება,
გამოძიება

„ადამიანის უფლებების ეფექტიანი დაცვის მიღწევა
მოითხოვს ადამიანის ინდივიდუალიზმის
სამართლებრივ აღიარებას და დაცვას“¹

შესავალი

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის XXII თავი²
ეთმობა დანაშაულებს სქესობრივი თავისუფლებისა და ხელ-
შეუხებლობის წინააღმდეგ. აქედან გამომდინარე, შესწავლი-
ლი იქნა საქართველოს საერთო სასამართლოების მიერ 2015

1 Marshall, J., 2009. Personal Freedom Trough Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights. (L. Loucaides, 1990. p. 175). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, p. 3.

2 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი. [ინტერნეტი] ხელმისაწ-
ვდომია: <https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=233>
[წვდომის თარიღი 5 მაისი 2021].

წლის 1 იანვრიდან 2021 წლის 1 მაისამდე პერიოდში ღია სასამართლო სხდომებზე განხილულ საქმეებზე გამოტანილი განაჩენები, სადაც ფიგურირებს საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 137-ე მუხლი, 138-ე მუხლი ან 139-ე მუხლი. მართალია, ამ სტატიაში ყველა საქმის განაწილება ვერ მოხდება, მაგრამ აშკარაა, რომ ტენდენცია, რომელიც ამ კატეგორიის საქმეებზე იკვეთება, არ შეესაბამება იმ თანამედროვე მიდგომებსა თუ ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სტანდარტებს, რომლებიც დამკვიდრებულია სქესობრივი დანაშაულების საქმეებთან მიმართებით.

დასაწყისშივე უნდა აღინიშნოს ერთ-ერთი განაჩენი, რომელიც საქართველოს პირველი ინსტანციის სასამართლომ 2015 წელს გამოიტანა, სადაც მითითებულია შემდეგი: „...ძალმომრეობა ქალის მიმართ, უპირველეს ყოვლისა, ნიშნავს ფიზიკურ ძალადობას, ესე იგი ქალთან სქესობრივი კავშირის დაქერას მისი წინააღმდეგობის ფიზიკურად დაძლევიტ – შებოჭვით, ცემის, სხეულის დაზიანების და სხვა საშუალებით. გარდა ამისა, განაჩენში აღნიშნულია, რომ „ქალის წინააღმდეგობა უნდა იყოს ნამდვილი და შეუპოვარი და არა მოჩვენებითი, თვალთმაქცური [...]“³, რაზეც ამავე კვლევაში აღნიშნულია, რომ „გაუპატიურების თანამედროვე სამოსამართლო განმარტება სინამდვილეში ძველია“.⁴ ეს განაჩენი ცალსახად მიაჩნდება სასამართლოს ძალზედ მოძველებულ მიდგომაზე, რომელიც 1960 წლის საბჭოთა სისხლის სამართლის კოდექსში იყო განვითარებული, რომლის დროსაც ქმედების გაუპატიურებად შეფასებისთვის ქალის მხრიდან მოძალადის მიმართ „შეუპოვარი“ და „არა თვალთმაქცური“ ფიზიკური წინააღმდეგობის გაწევა იყო აუცილებელი.⁵ ამ განაჩენში სასამართლოს რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პერსპექტივიდან ემ-

სჯელა, სრულიად განსხვავებული შედეგი დადგებოდა. ამდენად, ერთია, როგორია კანონმდებლობა, რომელიც ცხადია, რომ საჭიროებს ცვლილებებს, მაგრამ მეორეა სასამართლოს განმარტებები, რომლებიც ამ დანაშაულის სპეციფიკიდან გამომდინარე მაქსიმალურად უნდა ითვალისწინებდეს მსხვერპლის ინტერესებს.

საგულისხმო ტენდენციას წარმოადგენს საპროცესო შეთანხმების დამტკიცება ისეთ საქმეებზე,⁶ სადაც პირი დანაშაულზე იქნა ცნობილი სქესობრივი დანაშაულის ჩადენისათვის, მაგალითად, სსკ-ის 138-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით გათვალისწინებულ დანაშაულში. ამავე დროს, საინტერესოა სასჯელის სახე და ზომა, რომელზეც სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას. მაგალითად, ერთ-ერთ საქმეზე, სადაც დადგინდა პირის მიერ სსკ-ის 138-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენა, სასამართლომ თავისუფლების აღკვეთა განსაზღვრა 6 თვის ვადით პენიტენციურ დაწესებულებაში მოსახდელად, ხოლო სასჯელის დარჩენილი ნაწილი, საქართველოს სსკ-ის 63-64-ე მუხლების საფუძველზე ჩაეთვალა პირობითად 4 წლის გამოსაცდელი ვადით.⁷ ამ მხრივ ასევე მნიშვნელოვანია კიდევ ერთი საქმე⁸, რომელზეც 2019 წელს თბილისის საქალაქო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა საგამოძიებო, წინასასამართლო სხდომისა და არსებითი განხილვის კოლეგიამ გამოიტანა განაჩენი, სადაც საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის სხვა მუხლებთან ერთად, ფიგურირებს საქართველოს სსკ-ის 139-ე მუხლის პირველი ნაწილი, კერძოდ პირის სხეულში სექსუალური ხასიათის იძულება, სახელის გამტეხი ინფორმაციის ან ისეთი ცნობის გახმაურების მექანიზმით, რომელმაც შეიძლება

3 გეგელია, თ., კელენკერიძე და ი., ჯიშკარიანი, ბ., 2020. სქესობრივი დანაშაულები. თბილისი: იურისტების სამეარო, გვ. 22.

4 იქვე, გვ. 21.

5 იქვე, გვ. 22.

6 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 2 სექტემბრის განაჩენი (საქმე #1/3986-19). თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2020 წლის 11 აპრილის განაჩენი (საქმე #1/1623-20).

7 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 2 სექტემბრის განაჩენი (საქმე #1/3986-19).

8 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 21 ივლისის განაჩენი (საქმე #1/2829-19).

არსებითად დააზიანოს ამ პირის უფლებები. სასამართლომ დამნაშავედ ცნო ბრალდებული სსკ-ის 139-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენაში და სასჯელად განუსაზღვრა ჯარიმა 10 000 ლარის ოდენობით. მიუხედავად იმისა, რომ სახეზეა მძიმე კატეგორიის დანაშაულები, მოსამართლემ სასჯელის გამოყენების თაობაზე დასაბუთებისას მიუთითა იმაზე, რომ ბრალდებულმა აღიარა და მოინანია ჩადენილი დანაშაულებრივი ქმედება, საქმეში არ მოიპოვება პასუხისმგებლობის დამამძიმებელი რაიმე გარემოება. შესაბამისად, ქმედებაში გამოვლენილი მართლსაწინააღმდეგო ნების, დანაშაულის მოტივის, ხერხის მხედველობაში მიღებით და მომავალში ქმედების თავიდან არიდებისათვის სასამართლომ სასჯელის სახედ ჯარიმის გამოყენება საკმარისად მიიჩნია. ვინაიდან საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 39-ე მუხლის⁹ პირველი ნაწილის თანახმად, სასჯელის ერთ-ერთი მიზანია სამართლიანობის აღდგენა, ჩნდება კითხვა, რამდენად დაასაბუთა სასამართლომ სასჯელის ეს სახე და ზომა კონკრეტულ საქმესთან მიმართებაში. უფრო მეტიც, სასამართლოს დასაბუთება ტოვებს ფორმალური მიდგომის შთაბეჭდილებას.

ამრიგად, წარმოდგენილი რამდენიმე მაგალითი მიუთითებს იმაზე, თუ რაოდენ მნიშვნელოვანია ქართულ სისხლის სამართალში სექსობრივი თავისუფლებისა და ხელშეუხებლობის წინააღმდეგ დანაშაულებთან მიმართებაში ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით დადგენილი პრეცედენტების დანერგვა, რასაც მოწმობს მომდევნო თავებში წარმოდგენილი ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები.

2. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიღება და საქართველო

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია კაცობრიობის ისტორიაში იურიდიულად სავალდებულო პირველი საერთაშორისო დოკუმენტია, რომლითაც მოწესრიგდა მრავალი ძირითადი უფლება და თავისუფლება. ევროპული კონვენცია, რომელიც სახელმწიფოებისთვის იურიდიულ ვალდებულებებს წარმოშობს, მიჩნეულია ადამიანის უფლებათა დაცვის ეფექტიან საერთაშორისო ხელშეკრულებად, რაც საერთაშორისო საზედამხებდველო მექანიზმის შექმნამ განაპირობა.¹⁰

1950 წლის 4 ნოემბერს ქ. რომში, ბარბერინის სასახლეში, ხელი მოეწერა ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციას, რომელიც ძალაში 1953 წელს შევიდა, ხოლო მოგვიანებით, 1955 წლის 5 ივლისს ინდივიდუალური განაცხადების წარდგენის უფლება ამოქმედდა. 1999 წლის 27 აპრილს საქართველო ევროპის საბჭოს 41-ე წევრი ქვეყანა გახდა. საქართველოს პარლამენტის მიერ კონვენციის რატიფიცირების შედეგად ქვეყნისთვის იგი ძალაში შევიდა 1999 წლის 20 მაისს.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია უდიდეს გავლენას ახდენს ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის შესახებ ევროპულ სახელმწიფოთა კანონმდებლობასა და პრაქტიკაზე. ევროპული სახელმწიფოებისთვის, კონვენციის დიდი მნიშვნელობის გამო, იგი აღიარებულია „ევროპული სატარო წესრიგის კონსტიტუციურ აქტად“.¹¹

9 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი. [ინტერნეტი] ხელმისაწვდომია: <https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=233> [წვდომის თარიღი 5 მაისი 2021].

10 კორკელია, კ., 2007. ევროპული სტანდარტების ინტეგრაციისაკენ: ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია და საქართველოს გამოცდილება. თბილისი: ევროპის საბჭო, გვ. 6-7.

11 კორკელია, კ., 2004. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენება საქართველოში. თბილისი: ევროპის საბჭო, გვ. 11.

3. „თანხმობა“ პირადი ცხოვრების კათივისციის უფლების კონტექსტში

გაუპატიურების დანაშაული *actus reus* არის არაკონსესუალური სქესობრივი კავშირი, ხოლო ძალადობით და ძალადობის მუქარით გაუპატიურების ჩადენა არ წარმოადგენს *actus reus*-ის აუცილებელ ელემენტებს.¹² ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ქვემოთ განხილული გადაწყვეტილებები პირდაპირ მიანიშნებს იმაზე, თუ რამდენად მნიშვნელოვანია, რომ, როგორც სისხლის სამართლის კანონმდებლობა, ასევე პრაქტიკამ განიცადოს ცვლილება. სსკ-ის 137-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად, გაუპატიურება შემდეგნაირად განისაზღვრება: პირის სხეულში ნებისმიერი ფორმით სექსუალური ხასიათის შეღწევა სხეულის ნებისმიერი ნაწილის ან ნებისმიერი საგნის გამოყენებით, ჩადენილი ძალადობით, ძალადობის მუქარით ან დაზარალებულის უმწეობის გამოყენებით. ბოლო წლებში განხორციელებული ცვლილებების მიუხედავად, აღნიშნული ქმედების შემადგენლობაში კვლავ მოიაზრება სექსუალური ხასიათის შეღწევა პირის სხეულში ძალადობით, ძალადობის მუქარით ან დაზარალებულის უმწეობის გამოყენებით. მიუხედავად იმისა, რომ სქესობრივ კავშირზე თანხმობის არარსებობა გაუპატიურების დამაფუძნებელი ობიექტური ნიშანია, „სამწუხაროდ ქართულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ძალიან ცოტას თუ საუბრობენ, მაშინ, როცა დასავლეთის ქვეყნებში ის ცხარე დისკუსიების საგანია.“¹³

ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო იურისტებს შორის ფართოდ გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, „არა ნიშნავს არას“ („no means no“) და მსხვერპლის მიერ წინააღმდეგობის გაწევა აუცილებლობას არ წარმოადგენს, უფრო მეტიც, ფართო

მიმღებლობა აქვს ასეთ სტანდარტს – „მხოლოდ დიახ ნიშნავს თანხმობას“ („only yes means yes“). სწორედ ეს მოსაზრება განავითარა ევროპულმა სასამართლომ გადაწყვეტილებაში *M.C. v Bulgaria* ჯერ კიდევ 2003 წელს, რომ „გაუპატიურების დანაშაულის ცენტრალური ელემენტია არა ძალადობა, არამედ თანხმობა“.¹⁴

*M.C. v Bulgaria*¹⁵ არის პირველი გადაწყვეტილება, სადაც ევროსასამართლო გაუპატიურების დეფინიციას ახდენს, ის „თანხმობის“ მნიშვნელობაზე საუბრობს და გაუპატიურებას აიდეინტიფიცირებს, როგორც სექსუალური ავტონომიის დარღვევას, მიუხედავად იმისა, ჩადენილია თუ არა ფიზიკური ძალადობით. ამრიგად, ფოკუსი არის თანხმობაზე დამყარებულ დეფინიციებზე, რომელიც შეიძლება იყოს გაუპატიურების იმ ვიწრო განმარტების პრევენცია, რომელიც კვალიფიკაციისთვის ძალადობის ან მუქარის არსებობას მოითხოვს.

განმცხადებელი (*M.C.*) ამტკიცებდა, რომ 14 წლის ასაკში იგი გააუპატიურა ორმა პირმა (*A-მ* და *P-მ*). საქმის ფაქტობრივი გარემოებები მდგომარეობდა იმაში, რომ განმცხადებელი 1995 წლის 31 ივლისს, ორ მამაკაცთან და თავის მეგობართან ერთად, იმყოფებოდა ბარში/დისკოთეკაზე. უკან დაბრუნებისას, განმცხადებლის მტკიცებით, ჯერ *P-მ* აიძულა, მასთან სქესობრივი კავშირი დაემყარებინა, ხოლო მოგვიანებით მეორე პირმა. ორივე მათგანმა *M.C.*-ის გაუპატიურების ფაქტი უარყო. ისინი ამბობდნენ, რომ *M.C.* მათთან სქესობრივ კავშირს დათანხმდა. 1997 წლის 17 მარტს საოლქო პროკურორმა შეწყვიტა სამართალწარმოება იმ მიზეზით, რომ „ძალის ან მუქარის გამოყენება არ იყო დადგენილი გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტით“.¹⁶ განმცხადებლის საჩივარი ამ გადაწყვეტილებაზე არ დაკმაყოფილდა.

12 Chalmers, J., 2002. How (Not) to Reform the Law of Rape. *Edinburgh Law Review*, p. 388.

13 გეგელია, თ., კელენკერიძე და ი., ჯიშკარიანი, ბ., 2020. სქესობრივი დანაშაულები. თბილისი: იურისტების სამყარო, გვ. 29.

14 Londono, P., 2010. Rethinking Rape Law, *International and Comparative Perspectives*. Defining rape under the European Convention on Human Rights, Torture, Consent and Equality. Taylor & Francis e-Library, p. 177.

15 ECtHR, *M.C. v. Bulgaria*, App no 39272/98, 4 December 2003.

16 იქვე, §80.

წერილობითი საექსპერტო დასკვნებით, რომლებიც წარედგინა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს M.C.-ის მიერ, გამოვლინდა, რომ განმცხადებელს ჰქონდა „გაყინული შიში“ (ტრავმული ფსიქოლოგიური ინფანტილიზმის სინდრომი), როგორც გაუპატიურების ყველაზე გავრცელებული რეაქცია, როცა დაშინებული მსხვერპლი ან პასიურად ემორჩილება მოძალადეს, ან ის ფსიქოლოგიურად ეთიშება გაუპატიურების ფაქტს.

განმცხადებელი ამ საქმეზე ამბობდა, რომ ბულგარეთის კანონი და პრაქტიკა არ არის ეფექტიანი დაცვა გაუპატიურებისგან და სექსუალური ძალადობისგან. მხოლოდ იმ შემთხვევების გამოძიება ხდებოდა, სადაც დაზარალებული აქტიურ წინააღმდეგობას უწევდა დამნაშავეს.

ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ ისტორიულად არაერთ ქვეყანაში, კანონმდებლობასა თუ პრაქტიკაში, საჭირო იყო ისეთი მტკიცებულებების არსებობა გაუპატიურების საქმეებზე, რომლებიც დაადასტურებდა ფიზიკური ძალის გამოყენებას და ფიზიკური წინააღმდეგობის გაწევას. თუმცა, ბოლო ათწლეულების განმავლობაში არსებობს ცხადი და სტაბილური ტენდენცია ევროპაში და მსოფლიოს სხვა ქვეყნებში იმისა, რომ უარი თქვან ამ სფეროში კანონის ფორმალისტურ განმარტებაზე და ვიწრო ინტერპრეტაციაზე.¹⁷

სტრასბურგის სასამართლომ საქმეზე M.C. v. Bulgaria დაადგინა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის (დამამცირებელი მოპყრობის აკრძალვა) და მე-8 მუხლის (პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება) დარღვევა, რადგან მოპასუხე სახელმწიფომ არ შეასრულა ამ დებულებებით განსაზღვრული პოზიტიური ვალდებულებები – „დაიცვას ინდივიდის ფიზიკური ხელშეუხებლობა და პირადი ცხოვრება და უზრუნველყოს ეფექტიანი დაცვის საშუალებები“.¹⁸

I.G. v. Moldova¹⁹ განმცხადებელი არის

1989 წელს დაბადებული პირი, რომელიც იმ მოვლენების დროს, რომელთა გამოც ევროპულ სასამართლოში წარადგინა განაცხადი, იყო 14 წლის. პირმა, რომელთან ერთადაც ის ბარში იმყოფებოდა, წააქეზა, არაყი დაელია, მანქანით სახლში დაბრუნებისას კი მასთან სქესობრივი კავშირი დაამყარა. განმცხადებელი ამტკიცებდა, რომ მას არ სურდა სქესობრივი კავშირი, მაგრამ ალკოჰოლის ზემოქმედების გამო თავს სუსტად გრძნობდა და არ შეეძლო ფიზიკური წინააღმდეგობის გაწევა. განმცხადებელმა აღნიშნა, რომ გაუპატიურების შემდეგ მას მოკვლით ემუქრებოდა, თუ ამ ფაქტს გაახმაურებდა. თუმცა იმავე დღეს განმცხადებელმა დედას უამბო, რომელმაც მოგვიანებით საჩივარი შეიტანა პოლიციაში. გამოძიება დაიწყო არასრულწლოვნის გაუპატიურების დანაშაულის თაობაზე. ექსპერტიზის დასკვნებისა და საჩივრის საფუძველზე, V.R. ბრალდებულად იქნა ცნობილი არასრულწლოვნის გაუპატიურებისთვის. პროკურორის გადაწყვეტილებით, განმცხადებელს დამატებითი სასამართლო-სამედიცინო ექსპერტიზა ჩაუტარდა, მას სხეულზე სისხლჩაქცევები და დაზიანებები არ აღმოაჩნდა, თუმცა ის ამტკიცებდა, რომ სქესობრივი კავშირი მისი თანხმობით არ ყოფილა.

პირველი ინსტანციის სასამართლომ გამოიტანა განაჩენი და აღნიშნა, რომ სქესობრივი კავშირი ემყარებოდა ორმხრივ თანხმობას, რადგან არ აღმოჩენილა ფიზიკური ძალადობის კვალი მის სხეულზე, რაც დადასტურებულია სასამართლო ექსპერტიზის დასკვნით. სასამართლომ გამოიტანა განაჩენი V.R.-ს წინააღმდეგ მხოლოდ იმ დანაშაულის ჩადენისთვის, რომელიც თექვსმეტ წლამდე ასაკის პირთან სქესობრივ კავშირს გულისხმობს და არა გაუპატიურებას.²⁰

განმცხადებელმა სააპელაციო სასამართლოს მიმართა და ამტკიცებდა, რომ პირველი ინსტანციის სასამართლომ მხედველობაში არ მიიღო მისი მოწყვლადი

17 იქვე, §156.

18 იქვე, §109.

19 ECtHR, I.G. v. Moldova, App no 53519/07, 13

November 2012.

20 იქვე, §23.

მდგომარეობა ალკოჰოლის ზემოქმედების გამო და ასევე გათვალისწინებული არ იქნა მისი ასაკი. მისი თქმით, სასამართლო სქესობრივ კავშირზე თანხმობის საკითხს მხოლოდ წინააღმდეგობის გაწევის დამადასტურებელი მტკიცებულების პერსპექტივიდან უყურებდა.²¹ საბოლოოდ, სააპელაციო სასამართლომ მისი საჩივარი არ მიიღო. განმცხადებელს, სასამართლოს ამ გადაწყვეტილების შემდეგ, დასჭირდა ფსიქოლოგის და ფსიქიატრის დახმარება; ის განიცდიდა პოსტტრავმულ სტრესულ აშლილობას, რადგან დამნაშავე სათანადოდ არ დაისაჯა, ასევე საჭაროდ დამცირების გამო, რომელსაც ის განიცდიდა საქმეზე შიდა პროცედურების დროს.²²

სასამართლომ, V.R.-ის ბრალეულობის შესახებ აზრის გამოთქმის გარეშე, დაადგინა კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევა, ვინაიდან სახელმწიფომ არ შეასრულა პოზიტიური ვალდებულებები, რაც გულისხმობს გაუპატიურების და სექსუალური ძალადობის შემთხვევის ეფექტიან გამოძიებას და დამნაშავეს დასჯას.

E.B. v. Romania²³ გადაწყვეტილებით ევროპულმა სასამართლომ კონვენციის მე-3 მუხლის და მე-8 მუხლის დარღვევა დაადგინა. განაცხადი შეეხებოდა გაუპატიურების ბრალდებებს, რომლებიც სათანადოდ არ იქნა გამოძიებული, რითიც დაზარალებულის პროცედურული უფლებები დაირღვა. ვინაიდან გაუპატიურებისა და სექსუალური ძალადობის მსხვერპლი იყო ინტელექტუალური შეფერხების მქონე, მისი საქმე საჭიროებდა კონტექსტ-სენსიტიურ გამოძიებას, რაც ასე არ მომხდარა. T.F.S.-მ, რომელიც ადრე მსჯავრდებული იყო გაუპატიურებისთვის, პოლიციაში განაცხადა, რომ განმცხადებელი თანახმა იყო მასთან სქესობრივ კავშირზე. ამასთან, სასამართლო სამედიცინო ექსპერტიზის დასკვნაში მითითებული იყო, რომ „გაუპატიურებისთვის დამახასიათებელი დაზიანებები“ განმცხადებელს არ აღმოაჩნდა.²⁴

საბოლოოდ საქმეზე გამოძიება შეწყდა და განმცხადებელს პირველი ინსტანციის სასამართლოში სამართალწარმოებისთვის სასამართლო ხარჯების გადახდაც კი დაევალა.

თანამედროვე სტანდარტების შესაბამისად, წევრი სახელმწიფოების ვალდებულება, რომელიც კონვენციის მე-3 და მე-8 მუხლებიდან გამომდინარეობს, გაგებული უნდა იქნეს, როგორც მოთხოვნა, რომ ნებისმიერი არაკონსესუალური სექსუალური ქმედება დაისაჯოს და განხორციელდეს ეფექტიანი დევნა, მათ შორის, დაზარალებულის ფიზიკური წინააღმდეგობის არარსებობის შემთხვევაშიც. ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ „ნებისმიერი ხისტი მიდგომა სქესობრივი დანაშაულის გამოძიების დროს, როგორცაა ყველა შემთხვევაში ფიზიკური წინააღმდეგობის გაწევის მტკიცებულების მოთხოვნა, იწვევს რისკს, რომ გარკვეული ტიპის გაუპატიურების შემთხვევები დაუსჯელი დარჩება და, მაშასადამე, საფრთხეს შეუქმნის ინდივიდის სექსუალურ ავტონომიას.“²⁵

4. არაეფექტიანი გამოძიება სქესობრივი დანაშაულების საქმეებზე

P.M. v. Bulgaria²⁶ გადაწყვეტილებაში განმცხადებელი ბულგარეთის მოქალაქეა. როდესაც განმცხადებელი იყო 13 წლის, წავიდა წვეულებაზე 21 წლის მამაკაცის სახლში. მას ჯერ ერთ-ერთი სტუმარი, 17 წლის ბიჭი დაემუქრა და გაუპატიურა, შემდეგ მას სცემა მასპინძელმა, რომელმაც ასევე სცადა მისი გაუპატიურება. პროკურორმა აღძრა სისხლის სამართლის საქმე ორი ადამიანის წინააღმდეგ, თუმცა გამოძიება შეწყდა რამდენიმე თვეში, რადგან ერთ-ერთი პირი ვერ იქნა ნაპოვნი.

21 იქვე, §25.

22 იქვე, §29.

23 ECtHR, E.B. v. Romania, App no 49089/10, 19 March 2019.

24 იქვე, §16.

25 იქვე, §56.

26 ECtHR, P.M. v. Bulgaria, App no 49669/07, 24 January 2012.

რვა წლის შემდეგ სისხლის სამართალწარმოება განახლდა, რომელიც პროკურორმა შეწყვიტა ერთ-ერთი ბრალდებულის მიმართ ხანდაზმულობის ვადის ამოწურვის მოტივით. მოგვიანებით სისხლის სამართლის საქმის გამოძიება კვლავ განახლდა. 2005 წელს ერთ-ერთი ბრალდებული დამნაშავედ იქნა ცნობილი დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილი გაუპატიურების ბრალდებით, მაგრამ გათავისუფლდა პასუხისმგებლობისა და სასჯელისგან ხანდაზმულობის ვადის გასვლის გამო. მეორე ბრალდებულიც დამნაშავედ ცნო სასამართლომ დამამძიმებელ გარემოებებში გაუპატიურების მცდელობისათვის, ზემდგომი ინსტანციის სასამართლომ მის წინააღმდეგ სამართალწარმოება შეწყვიტა ხანდაზმულობის ვადის გასვლის გამო.

განმცხადებელი ჩიოდა, რომ მის საქმეზე გამოძიება იყო არაეფექტიანი. სასამართლომ დაადგინა, რომ ბულგარეთის ხელისუფლების უმოქმედობა იყო თვითნებობის ზღვარზე, განსაკუთრებით გათვალისწინებული იქნა ფაქტების სიმძიმე და განმცხადებლის ასაკი. სასამართლომ აღნიშნა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ დამნაშავეთა ვინაობა იქნა დადგენილი, გაუპატიურების შემთხვევიდან მრავალი წლის გასვლის გამო ძნელია, რომ გამოძიება მიჩნეულ იქნეს ეფექტიანად, რადგან გამოძიების შედეგად შეუძლებელია პასუხისმგებელი პირების სათანადო დასჯა.²⁷ შესაბამისად, ადგილი ჰქონდა მოპასუხე სახელმწიფოს მხრიდან კონვენციის მე-3 მუხლით გათვალისწინებული პროცედურული ვალდებულებების შეუსრულებლობას.

*M. and others v. Italy and Bulgaria*²⁸ საქმეზე მომჩივნები, რომლებიც არიან ბულგარეთის მოქალაქეები, ამტკიცებდნენ, რომ იტალიაში სამუშაოს საძებნელად ჩასვლის შემდგომ, მათი ქალიშვილი იარაღის მუქარით დააკავეს კერძო პირებმა და მასზე განხორციელდა სექსუალური ძალადო-

ბა. ისინი ამტკიცებდნენ, რომ იტალიის ხელისუფლებამ ვერ შეძლო მოვლენების ადეკვატურად გამოძიება. სტრასბურგის სასამართლომ დაადგინა, რომ იტალიის ხელისუფლებამ ეფექტიანად არ შეისწავლა განმცხადებლების საჩივრები იმის თაობაზე, რომ მათ შვილს, რომელიც იმ დროს არასრულწლოვანი იყო, არაერთგზის სცემეს და გააუპატიურეს. ევროსასამართლომ აღნიშნა, რომ ადგილი ჰქონდა კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევას, მისი პროცედურული ვალდებულებების შეუსრულებლობის თვალსაზრისით. კონვენციის მე-3 მუხლი მოითხოვს, რომ ხელისუფლებამ გამოიძიოს არასათანადო მოპყრობის საქმეები. გამოძიების მინიმალური სტანდარტები, რომლებიც განისაზღვრება სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით, მოიცავს მოთხოვნებს, რომ გამოძიება იყოს დამოუკიდებელი, მიუკერძოებელი, უნდა არსებობდეს საზოგადოების მხრიდან კონტროლის შესაძლებლობა და კომპეტენტური ორგანოები უნდა მოქმედებენ სამაგალითო მონდომებით და ოპერატიულად. გარდა ამისა, იმისთვის, რომ გამოძიება ქმედითად ჩაითვალოს, ხელისუფლებამ უნდა გადადგას ყველა გონივრული ნაბიჯი შემთხვევის შესახებ მტკიცებულებების მოსაპოვებლად, რაშიც იგულისხმება, *inter alia*, მსხვერპლის დეტალური განცხადება, თვითმხილველთა ჩვენებები, სასამართლო მტკიცებულებები და, საჭიროების შემთხვევაში, დამატებითი სამედიცინო დასკვნები.²⁹

არაეფექტიანი გამოძიების მაგალითია გადაწყვეტილება *W. v. Slovenia*.³⁰ ის შეეხება სისხლის სამართლის საქმეს მამაკაცთა ჯგუფის წინააღმდეგ, რომლებმაც 18 წლის განმცხადებელი გააუპატიურეს. განმცხადებლის მტკიცებით, სისხლის სამართლის საქმის დიდი ხნით შეფერხებამ გამოიწვია სახელმწიფოს ვალდებულების შეუსრულებლობა, რათა ეფექტიანად დაედგინა მის წინააღმდეგ ჩადენილი სისხლის სამა-

27 იქვე, §66.

28 ECtHR, *M. and others v. Italy and Bulgaria*, no. 40020/03, 2012.

29 იქვე, §100.

30 ECtHR, *W. v. Slovenia*, App no 24125/06, 23 January 2014.

როლის დანაშაულები. მიუხედავად იმისა, რომ მას გადაეცა კომპენსაცია ეროვნულ დონეზე, ხანგრძლივი პროცესის გამო მიიჩნია, რომ თანხა 5000 ევროს ოდენობით არ შეიძლება მოიაზრებოდეს საკმარის ღონისძიებად. სტრასბურგის სასამართლომ დაადგინა, რომ ადგილი ჰქონდა კონვენციის მე-3 მუხლის პროცედურულ დარღვევას. კიდევ ერთ-ერთ საქმეზე, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე *M.A. and N.D. v. Slovenia* (2015) მიიჩნია, რომ დაირღვა კონვენციის მე-3 მუხლის პროცედურული კუთხით, ვინაიდან გაუპატიურების ფაქტზე სისხლის სამართლის სამართალწარმოების პროცესი ერთ შემთხვევაში, დაახლოებით, 26 წელი მიმდინარეობდა, ხოლო მეორე შემთხვევაში – ცხრა წელზე მეტხანს. ასევე საინტერესოა *B.V. v. Belgium* (2017) გადაწყვეტილება, რომელიც კონვენციის მე-3 მუხლის პროცედურულ დარღვევას უკავშირდება, გაუპატიურებისა და სექსუალური ხასიათის სხვაგვარი ძალადობის ფაქტებზე არაეფექტიანი გამოძების ჩატარების გამო. სტრასბურგის სასამართლომ აღნიშნა, რომ „ყველა საგამოძიებო მოქმედება, რომელიც მას შემდეგ ჩატარდა, რაც მომჩივანმა მოითხოვა მხარის სტატუსით სამართალწარმოების პროცესში ჩართვა, განხორციელდა დაგვიანებით, საქმეზე სიმართლის დადგენის მიზნით თანმიმდევრული საგამოძიებო გეგმის არარსებობის პირობებში. სასამართლოს მოსაზრებით, მსგავს გარემოებებში, გამოძიება ვერ იქნებოდა მიჩნეული სრულყოფილად და საფუძვლიანად ჩატარებულად.“³¹

5. ნაშევა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის მიხედვით

ზიანის ხასიათისა და სიმძიმის გათვალისწინებით გაუპატიურების საქმეებისთვის ყველაზე მეტად დამახასიათებელია კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევა.

31 ECtHR, *B.V. v. Belgium*, App no 61030/08, 2 May 2017 [ინტერნეტი] ხელმისაწვდომია: <https://bit.ly/3nWG1TA> [წვდომის თარიღი 5 მაისი 2021].

ლია კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევა. ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის თანახმად, გაუპატიურება მიიჩნევა წამებად, თუ ეს ჩადენილია სახელმწიფო მოხელის მიერ, მაგრამ არაადამიანურ მოპყრობად – თუ ეს ჩადენილია კერძო პირის მიერ.³² განსხვავება წამებასა და არაადამიანურ ან დამამცირებელ მოპყრობას შორის განისაზღვრება ქმედებების სიმწვავის მიხედვით. მომდევნო საქმე ნათლად წარმოაჩენს, რომ გაუპატიურების ერთეული შემთხვევაც კი შეიძლება მიჩნეული იქნეს წამებად და პირიქით, როგორც ეს კვიპროსის³³ საქმეში მოხდა, გაუპატიურების მასობრივი შემთხვევები ევროპულმა სასამართლომ შეიძლება არაადამიანურ და დამამცირებელ მოპყრობად შეაფასოს.

*Aydin v. Turkey*³⁴ არის ევროპული სასამართლოს პირველი გადაწყვეტილება, სადაც თქვა, რომ სახელმწიფო მოხელეების ან სხვა ოფიციალური სტატუსით მოქმედი პირის მიერ ჩადენილი გაუპატიურების აქტი წარმოადგენს წამების ფორმას. ამ გადაწყვეტილებამ შეცვალა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ინსტიტუტების მიდგომები გაუპატიურების და სექსუალური ძალადობის შემთხვევების ინტერპრეტირებისა თუ ბრალდებების სერიოზულობის თვალსაზრისით. ეს ქმედებები მარტივად აღარ მიიჩნევა მხოლოდ ისეთ დანაშაულად, რომელიც გათვალისწინებულია ეროვნული კანონმდებლობით, ასეთი ქმედებები არის ადამიანის უფლებების დარღვევა.³⁵

განმცხადებელი აღნიშნულ საქმეზე თურქეთის მოქალაქეა. შემთხვევის დროს ის იყო 17 წლის და ცხოვრობდა მშობლებთან ერთად. განმცხადებელი ძალით წაიყვანეს სახლიდან ჟანდარმერიის შტაბში

32 Londono, P., 2010. Rethinking Rape Law, *International and Comparative Perspectives. Defining rape under the European Convention on Human Rights, Torture, Consent and Equity*. Taylor & Francis e-Library, p. 113.

33 ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, App no 25781/94, 10 May 2001.

34 ECtHR, *Aydin v. Turkey*, App no 57/1996/676/866, 25 September 1997.

35 *The Tackling Violence against Women, Aydin v. Turkey*. [ინტერნეტი] ხელმისაწვდომია <https://bit.ly/2SAIYia> [წვდომის თარიღი 5 მაისი 2021].

და დააშორეს ოჯახს. მას სამ დღეზე მეტი ხნის განმავლობაში სასტიკად სცემდნენ, ის გააშიშვლეს და მაღალი წნევით შეასხურეს ცივი წყლის ჭავლი. ამის შემდგომ დაკითხვის ოთახში ის ორჯერ გააუპატიურეს. ამ შემთხვევის შემდგომ, პროკურორის გადაწყვეტილებით, განმცხადებელს რამდენჯერმე ჩაუტარდა „ქალწულობის ტესტი“. ევროპული სასამართლოს ამ გადაწყვეტილებამ საფუძველი ჩაუყარა იმ იდეის განვითარებას, რომ ასეთ „ტესტირებას“ არანაირი სამეცნიერო მნიშვნელობა არ გააჩნია და უფრო მეტიც, ის არის დისკრიმინაციული და არღვევს ადამიანის უფლებებს.³⁶

პატიმრის გაუპატიურება უნდა ჩაითვალოს არაადამიანური მოპყრობის განსაკუთრებით მძიმე და დასაგმობ ფორმად, რადგან „დამნაშავეს ადვილად შეუძლია გამოიყენოს თავისი მსხვერპლის მოწყვლადობა და წინააღმდეგობის გაწევის დასუსტებული უნარი. გარდა ამისა, გაუპატიურება ტოვებს ღრმა ფსიქოლოგიურ იარებს, რომელთა აღმოფხვრაც ისე სწრაფად არ ექვემდებარება დროის გასვლას, როგორც ფიზიკური და ფსიქიკური ძალადობის სხვა ფორმები.“³⁷

განმცხადებლის წინააღმდეგ აკუმულირებული განზრახი ქმედებები განსაკუთრებით დამაშინებელი და დამამცირებელი იყო, რაც მას მუდმივ ფიზიკურ ტკივილსა და ფსიქიკურ ტანჯვას აყენებდა – განსაკუთრებით მხედველობაში მისაღებია განმცხადებლის ასაკი, სქესი და ის გარემოებები, რაშიც ის იმყოფებოდა. სასამართლომ დაადასტურა დაკავებულის გაუპატიურება, როგორც „განსაკუთრებით მძიმე და შეუთავსებელი მოპყრობის ფორმა“. ასევე, აღნიშნა მსხვერპლის ფიზიკური და ემოციური ტანჯვის, ხანგრძლივი ფსიქოლოგიური ტრავმის შესახებ, რომელსაც დაზარალებული განიცდიდა.

წამების უფლების აბსოლუტური ხასიათის გათვალისწინებით, და რომ განსაკუთ-

რებით მოწყვლადნი არიან წამების მსხვერპლნი, ამ უფლებასთან დაკავშირებით არსებულ ნებისმიერ საჩივარზე სახელმწიფოებმა დაუყოვნებლივ უნდა დაიწყონ საფუძვლიანი და ეფექტიანი გამოძიება, რაც მოიცავს არა მხოლოდ სათანადო მტკიცებულებების შეგროვებას, არამედ დაზარალებულის კომპეტენტურ და დამოუკიდებელ ექსპერტიზას „ყველა სათანადო სენსიტიურობით“.³⁸ აღნიშნულ საქმეზე ქვეყნის შიგნით უნდა მომხდარიყო მსხვერპლის ფსიქოლოგიური და ემოციური მდგომარეობის შეფასება, დაზიანებების დოკუმენტირება და გამოცდილი სამედიცინო პრაქტიკოსის შეფასება, თუ რამდენად იყო განმცხადებელი გაუპატიურების მსხვერპლი. ამ შემთხვევაში კი, პროკურორის მოთხოვნები სამედიცინო გამოკვლევების ჩატარებაზე, აშკარა იყო, რომ მიზნად არ ისახავდა ზემოაღნიშნულის დადგენას.

შესაბამისად, სასამართლომ მიიჩნია მე-3 მუხლის დარღვევა მის მიმართ განხორციელებული ფიზიკური და ფსიქიკური ძალადობის, განსაკუთრებით გაუპატიურების გამო, რომელიც წამების ტოლფასია. გარდა ამისა, დაადგინა ევროპული კონვენციის მე-13 მუხლის, ეფექტიანი დაცვის საშუალებების უფლების დარღვევა, საქმეზე ჩატარებული არაეფექტიანი გამოძიების გამო.

Maslova and Nalbandov v. Russia (ECtHR, App no 839/02, 7 July 2008) საქმეზე განმცხადებლები, ოლგა მასლოვა და ფედორ ნალბანდოვი, არიან რუსეთის მოქალაქეები. აღნიშნული საქმე შეეხებოდა მასლოვას განცხადებას, რომ იგი პოლიციელმა და პროკურატურის წარმომადგენლებმა არაერთხელ გააუპატიურეს და სასტიკად მოეპყრნენ და რომ მის ბრალდებებზე გამოძიება არაადეკვატური იყო. მასლოვა, რომელიც მკვლელობის საქმის მოწმე იყო, გამოიძახეს დაკითხვაზე პოლიციის განყოფილებაში. პოლიციელები მას დაემუქრნენ, სცემეს და გააუპატიურეს. როდესაც მისი საქმე გადაეცა პროკურატურის ორგანოებს, დაკითხვის დასრულების შე-

³⁶ იქვე.

³⁷ ECtHR, Aydin v. Turkey, App no 57/1996/676/866, 25 September 1997, §83.

³⁸ იქვე, §107.

მდეგ პროკურატურის თანამშრომლებმა მიიღეს ალკოჰოლური სასმელი და გააუპატიურეს. პირველმა განმცხადებელმა საჩივარი შეიტანა პროკურატურაში, გამოძიება დაუყოვნებლივ დაიწყო და გამოიკითხნენ მოწმეები. მტკიცებულებების შეგროვებისა და ექსპერტიზის დასკვნის შემდგომ, 2000 წლის 25 აპრილს, ოთხ ბრალდებულ ოფიცერს ოფიციალურად წაუყენეს ბრალი. თუმცა სასამართლომ დაადგინა, რომ ბრალდებულის გარკვეული უფლებები იყო დარღვეული, კერძოდ, პროკურატურის ოფიცერების წინააღმდეგ სამართალწარმოების სპეციალური პროცედურა არ იყო დაცული. შიდა საპროცესო პროცედურული წესების დარღვევა ნიშნავდა იმას, რომ ყველა შეგროვილი მტკიცებულება დაუშვებლად იქნა ცნობილი. საქმე გადაიგზავნა ახალი გამოძიებისთვის, მაგრამ მოგვიანებით აღარ გაგრძელებულა მტკიცებულებების არარსებობის გამო.

საჩივარი ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს 2001 წლის 10 ივლისს წარედგინა. სასამართლომ აღნიშნა, რომ არსებობდა შთამბეჭდავი და არაბუნდოვანი მტკიცებულებები მოვლენების დასადასტურებლად პირველი განმცხადებლის ვერსიის მიხედვით. საქმეზე სამართალწარმოების პროცესის დაწყება და ბოლოს შეწყვეტა მიუთითებს იმაზე, რომ მისი ბრალდებები დამატებული იყო. მტკიცებულებები დაუშვებლად იქნა ცნობილი მხოლოდ პროცედურული ხარვეზების გამო.

პატიმრობაში მყოფი პირის გაუპატიურება სახელმწიფო მოხელის მხრიდან, რომელიც არასათანადო მოპყრობის განსაკუთრებით ამაზრზენ ფორმად მიიჩნევა, რადგან „...დამნაშავეს შეუძლია ისარგებლოს მსხვერპლის მოწყვლადობითა და სისუსტით. ...ამასთან, მსხვერპლი განიცდის ძლიერ ფიზიკურ ტკივილს ძალადობრივი აქტისას, რაც უტოვებს დამცირებისა და ძალადობის განცდას, როგორც ფიზიკურ, ასევე ემოციურ დონეზე.“³⁹ პირველი განმცხადებლის მიმართ ფიზიკური ძალადო-

ბის აქტების ნაკრები და განსაკუთრებით სასტიკი ქმედება – არაერთი გაუპატიურება – უტოლდება წამებას, კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევით.

6. სამართლებრივი დაცვის ქმედითი საშუალების უფლება

*O’Keeffe v. Ireland*⁴⁰ ეს საქმე ეხებოდა სახელმწიფოს პასუხისმგებლობას 9 წლის ასაკის სკოლის მოსწავლეზე სექსუალურ ძალადობაზე, რომელსაც ახორციელებდა მასწავლებელი ირლანდიის ეროვნულ სკოლაში 1973 წელს. განმცხადებელი ჩიოდა, რომ ირლანდიის სახელმწიფომ ვერ შეძლო ისე მოენესრიგებინა დაწყებითი განათლების სისტემა, რომ ის ძალადობისგან დაეცვა, აგრეთვე მართლმსაჯულების სისტემამ არასათანადო მოპყრობაზე შესაბამისი რეაგირება არ მოახდინა. სასამართლომ დაადგინა, რომ დაირღვა კონვენციის მე-3 (არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობის აკრძალვა) და მე-13 მუხლები (ეფექტური დაცვის საშუალება). ირლანდიის სახელმწიფომ განმცხადებელი ვერ დაიცვა სექსუალური ძალადობისგან და განმცხადებელმა ვერ შეძლო ეროვნულ დონეზე მიეღწია სახელმწიფოს მხრიდან ამ მარცხის აღიარებისთვის.

*I.P. v. the Republic of Moldova*⁴¹ საქმეში განმცხადებელი მიუთითებდა, რომ მის მიმართ დაირღვა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 და მე-8 მუხლები, ვინაიდან გაუპატიურების თაობაზე არსებულ ბრალდებებთან დაკავშირებით სათანადო გამოძიება არ ჩატარებულია. ამასთანავე, განმცხადებელი ჩიოდა, რომ არ არსებობდა დაცვის ეფექტიანი საშუალებები ისე, როგორც ამას მოითხოვდა კონვენციის მე-13 მუხლი. ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა მე-13 მუხლის დარღვევა და მიუთითა, რომ გამოძიება

39 ECtHR, *Maslova and Nalbandov v. Russia*, App no 839/02, 7 July 2008, §104-105.

40 ECtHR, *O’Keeffe v. Ireland* [GC], App no 35810/09, 28 January 2014.

41 ECtHR, *I.P. v. the Republic of Moldova*, App no 33708/12, 28 July 2015.

იყო პრობლემური სხვადასხვა მიზეზების გამო. უპირველეს ყოვლისა იმიტომ, რომ საჩივრის მიღებისთანავე გამოძიება არ დაწყებულა, როგორც ჩანს, ბრალდებები საკმარისად სერიოზულად არ მიიჩნიეს. ეს მოხდა თავდაპირველ სამედიცინო დასკვნაში არსებული მითითების მიუხედავად, რომ აპლიკანტის ფიზიკური მდგომარეობა მასზე განხორციელებულ ძალადობასა და გაუპატიურებაზე მიაჩნებოდა. სტრასბურგის სასამართლომ მიუთითა, რომ „განმცხადებლის მიერ გაუპატიურების ბრალდების გარემოებების გამოძიების არაადეკვატურობის გათვალისწინებით, სამოქალაქო სარჩელს იმავე ფაქტებსა და ბრალდებებთან მიმართებით, წარმატების არანაირი პერსპექტივა არ ექნებოდა. შესაბამისად, სასამართლო მიიჩნევს, რომ არ არის ნაჩვენები, რომ არსებობდა ეფექტიანი საშუალებები, რომლებიც განმცხადებელს შესაძლებლობას მისცემდა, მოეთხოვა კომპენსაცია სავარაუდო გაუპატიურებისთვის“.⁴²

დასკვნა

ამრიგად ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია შესაძლოა ინტერპრეტირდეს, როგორც მოთხოვნა იმისა, თუ როგორ უნდა ჩამოყალიბდეს ეროვნული სისხლის სამართლის პოლიტიკა, ამ კონკრეტულ შემთხვევაში – სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებაში. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია უნდა განიმარტოს და გამოყენებული იქნეს იმ განზრახვით, რომ გაფართოვდეს სისხლის სამართლის ფარგლები. ამ მხრივ საყურადღებოა სტატიაში განხილული ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებით; ასევე – თუ როგორ რეაგირებს სტრასბურგის სასამართლო სქესობრივ დანაშაულებთან დაკავშირებით არსებულ დარღვევებზე და როგორ განმარტავს ამა თუ იმ ქმედებას. საქართველოს საე-

რო სასამართლოების პრაქტიკა ცხადად წარმოაჩენს იმ პრობლემას, რომელიც მოძველებულ მიდგომებს უკავშირდება სქესობრივ დანაშაულებთან მიმართებაში. აქედან გამომდინარე აუცილებელია გატარდეს ცვლილებები სისხლის სამართლის კოდექსში, ასევე, სასამართლოებმა ფუნდამენტურად უნდა შეცვალონ მიდგომები, რათა სამომავლოდ პრაქტიკა დაეფუძნოს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სტანდარტებს სქესობრივი დანაშაულების თაობაზე.

ნაზი ჯანუაშვილი

42 იქვე, §42.

OBLIGATIONS OF THE GOVERNMENT CONCERNING SEX OFFENCES ACCORDING TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW

Nazi Janezashvili

PhD student at the Caucasus School of Law

KEYWORDS: Implemetation, Rape, Investigation

ABSTRACT

Due to the special importance of the European Convention on Human Rights, the article discusses the judgments of the European Court of Human Rights regarding sexual offences, which establish violations of various rights protected under the Convention. In addition, it is mentioned in the article whether the practice of the national courts complies with the standards of the European Convention on Human Rights.

The approaches of the ECtHR on this issue is very interesting, in particular, on the definition of the crime of rape, nonconsensual sexual intercourse and importance of protection of sexual autonomy. Furthermore, the judgments of the ECtHR related to the sexual offences are discussed, in particular violation of the right to respect for private life. As most of the violations in this category of cases are related to the Article 3 of the European Convention on Human Rights, therefore the case-law of the ECtHR in this regard, especially in terms of the definition of torture and the ineffective investigation is the important component of the present publication. The aim of this article is to demonstrate the main challenges existing in the Georgian criminal law and practice regarding the implementation of the European Convention on Human rights on national level.

BIBLIOGRAPHY:

1. Lekveishvili, M., Todua, N. and Mamulashvili, G., 2011. Special Part of the Criminal Code of Georgia, fourth edition, Tbilisi: Meridiani. (in Georgian)
2. Brown, V. And others, 2020. Rape & sexual assault. Georgetown Journal of Gender and the Law, 21(2), pp. 367-438. (in English)
3. Mancini, C., Barnes, J. J., Mears, D. P., 2013. It varies from state to state: An examination of sex crime laws nationally. Criminal Justice Policy Review, 24(2), pp. 166-198. (in English)
4. deGuzman, M. M., 2011. Giving priority to sex crime prosecutions: The philosophical foundations of feminist agenda. International Criminal Law Review. (in English)

Normative Materials:

1. Criminal Code of Georgia. [Online] available at: <https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=233> [Accessed 5 May 2021]. (in Georgian)
2. European Convention on Human Rights [Online] available at: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf [Accessed 5 May 2021]. (in English)

NOTES:

1. Marshall, J., 2009. Personal Freedom Trough Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights. (L. Loucaides, 1990. p. 175). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, p. 3. (in English)
2. Criminal Code of Georgia. [Online] available at: <https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=233> [Accessed 5 May 2021]. (in Georgian)
3. Gegelia, T., Kelenjeridze, I., Jishkariani, B., 2020. Sexual Ofences. Tbilisi: World of Lawyers, p. 22. (in Georgian)
4. Ibid, p. 21.
5. Ibid, P. 22.
6. Judgement of Tbilisi City Court, 2 September 2018 (Case no 1/3986-19). Judgement of Tbilisi City Court, 11 April 2020 (Case no 1/1623-20). (in Georgian)
7. Judgment of Tbilisi City Court, 2 September 2018 (Case no 1/3986-19). (in Georgian)
8. Judgement of Tbilisi City Court, 21 July 2019 (Case no 1/2829-19). (in Georgian)
9. Criminal Code of Georgia. [Online] available at: <https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=233> [Accessed 5 May 2021]. (in Georgian)
10. Korkelia, K, 2007. Towards the integration of the European standards: the European Convention on Human Rights and the experience of Georgia. Tbilisi: Council of Europe, pp. 6-7. (in Georgian)
11. Korkelia, K, 2004. Application of the European Convention on Human Rights in Georgia. Tbilisi: Council of Europe, p. 11. (in Georgian)
12. Chalmers, J., 2002. How (Not) to Reform the Law of Rape. Edinburgh Law Review, p. 388. (in English)

13. Gegelia, T., Kelenjeridze, I., Jishkariani, B., 2020. Sexual Offences. Tbilisi: World of Lawyers, p. 29. (in Georgian)
14. Londono, P., 2010. Rethinking Rape Law, International and Comparative Perspectives. Defining rape under the European Convention on Human Rights, Torture, Consent and Equity. Taylor & Francis e-Library. p. 177. (in English)
15. ECtHR, M.C. v. Bulgaria, App no 39272/98, 4 December 2003. (in English)
16. Ibid, §80.
17. Ibid, §156.
18. Ibid, §109.
19. ECtHR, I.G. v. Moldova, App no 53519/07, 13 November 2012. (in English)
20. Ibid, §23.
21. Ibid, §25.
22. Ibid, §29.
23. ECtHR, E.B. v. Romania, App no 49089/10, 19 March 2019. (in English)
24. Ibid, §16.
25. Ibid, §56.
26. ECtHR, P.M. v. Bulgaria, App no 49669/07, 24 January 2012. (in English)
27. Ibid, §66.
28. ECtHR, M. and others v. Italy and Bulgaria, no. 40020/03, 2012. (in English)
29. Ibid, §100.
30. ECtHR, W. v. Slovenia, App no 24125/06, 23 January 2014. (in English)
31. ECtHR, B.V. v. Belgium, App no 61030/08, 2 May 2017 [Online] available at: <https://bit.ly/3nWG1TA> . [Accessed 5 May 2021]. (in English)
32. Londono, P., 2010. Rethinking Rape Law, International and Comparative Perspectives. Defining rape under the European Convention on Human Rights, Torture, Consent and Equity. Taylor & Francis e-Library. p. 113. (in English)
33. ECtHR, Cyprus v Turkey, App no 25781/94, 10 May 2001. (in English)
34. ECtHR, Aydin v. Turkey, App no 57/1996/676/866, 25 September 1997. (in English)
35. The Tackling Violence against Women, Aydin v. Turkey. [Online] available at: <https://bit.ly/2SAIYia> [Accessed 5 May 2021]. (in English)
36. Ibid.
37. ECtHR, Aydin v. Turkey, App no 57/1996/676/866, 25 September 1997, §83. (in English)
38. Ibid, §107.
39. ECtHR, Maslova and Nalbandov v. Russia, App no 839/02, 7 July 2008, §104-105. (in English)
40. ECtHR, O’Keeffe v. Ireland [GC], App no 35810/09, 28 January 2014. (in English)
41. ECtHR, I.P. v. the Republic of Moldova, App no 33708/12, 28 July 2015. (in English)
42. Ibid, §42.

მედიაცია ადმინისტრაციულ დავებში

სალომე წურწუმია

თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი,
ევროპის სასწავლო უნივერსიტეტის ავტიორებული
ასისტენტ-პროფესორი,
საქართველოს რეგიონული განვითარებისა და
ინფრასტრუქტურის სამინისტროს საქართველოს
საავტომობილო გზების დეპარტამენტის თავმჯდომარის
მოადგილე

საქვანძო სიმყვები: მედიაცია, ალტერნატიული
გადაწყვეტა, ადმინისტრაციული დავა

1. მედიაციის არსი

მედიაცია მოიხსენიება როგორც „ხელშემწყობი მოლაპარაკება“. ეს არის არასავალდებულო პროცესი, რომელშიც მხარეები ცდილობენ კონსენსუსის მიღწევას მესამე ნეიტრალური მხარის დახმარებით. მედიაცია უფრო არაფორმალური პროცედურაა, ვიდრე სასამართლო დავა და არბიტრაჟი, მისი არასადამსჯელო, კონსენსუალური თვისებების გამო. მედიაცია შეიძლება დაიწყოს ნებისმიერ დროს, როდესაც დავა არ არის გადაწყვეტილი, მათ შორის სარჩელის შეტანამდე ან არბიტრაჟის დაწყებამდე.¹

2001 წლის 5 სექტემბერს ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის მიერ მიღებულ იქნა რეკომენდაცია 2001(9) „ადმინისტრაციულ ორგანოებსა და კერძო პირებს შორის დავის გადაჭრის სასამართლო გარეშის ალტერნატიულ საშუალებათა შესახებ“ (შემდგომში – რეკომენდაცია).² აღნიშნულ

1 Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. Cardozo Journal of Conflict Resolution, no. 2, p.440.

2 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to

რეკომენდაციაში ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტმა განსაზღვრა საუკეთესო პრაქტიკის პრინციპები და ადმინისტრაციული ორგანოებისა და კერძო პირების შორის დავის გადასაწყვეტად წევრ სახელმწიფოებს შესთავაზა შიდა გადასინჯვა, მორიგება, მედიაცია, დავის შეთანხმებით მოგვარება და არბიტრაჟი. ამასთან, განისაზღვრა, რომ ალტერნატიულ საშუალებათა მიზანშეწონილობა დავის მიხედვით უნდა განისაზღვროს.³ რეკომენდაციაში მიეთითა, რომ ზოგიერთი ალტერნატიული საშუალება, როგორც არის შიდა გადასინჯვა, მორიგება, მედიაცია და დავის შეთანხმებით მოგვარება, შეიძლება გამოყენებულ იქნეს სასამართლო განხილვის დაწყებამდე,⁴ ხოლო არბიტრაჟი პრაქტიკულად გამორიცხავს სასამართლო განხილვას.⁵

მედიაცია არის დავის გადაწყვეტის ნებაყოფლობითი არაფორმალური პროცესი, სადაც ნეიტრალური მესამე პირი ეხმარება მხარეებს მიაღწიონ ურთიერთშეთანხმებას დავაში. მედიაცია ხშირად გამოიყენება როგორც სასამართლო დავის ალტერნატივა.⁶ მედიაცია კონფლიქტების მოგვარების შესანიშნავი საშუალებაა საჯარო სექტორში და მხარეები, რომლებიც ჩართულნი არიან საერთაშორისო ვაჭრობაში, აღიარებენ მის უპირატესობებს მათ დავებში. განასაკუთრებით დიდ, კომპლექსურ დავებში, მედიაცია სულ უფრო ხშირად გამოიყენება როგორც პირველი ნაბიჯი მორიგებისათვის.⁷ იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც შეუძლებელია მთელი დავის გადაწყვეტა მედიაციით, მხარეები ხშირად აღწევენ შეთანხმებას რამდენიმე ფაქტობრივ და სა-

მართლებრივ გარემოებაზე, რაც ამარტივებს დარჩენილ საკითხებზე სასამართლო ან არბიტრაჟის გადაწყვეტილების მიღებას.⁸ რეკომენდაციის შესაბამისად, მედიატორები შეხვედრების შესახებ ყოველ მხარესთან ცალკე ან ერთდროულად უნდა შეთანხმდნენ დავის გადასაჭრელად.⁹ მედიატორებს შეუძლიათ ხელისუფლების ადმინისტრაციულ ორგანოებს შესთავაზონ უარი თქვან, გაითხოვონ ან სახე უცვალონ აქტს, მიზანშეწონილობისა და კანონიერების საფუძველზე.¹⁰

2. მედიაციის მაგალითები ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ ურთიერთობებში

მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმის გამოყენებას ადმინისტრაციულ დავებში შესაძლოა პერსპექტივა ჰქონდეს, თუ მას ექნება სათანადო სამართლებრივი მხარდაჭერა. მაგალითად, იტალიაში მედიაციის ინსტიტუტის გამოყენება დასაშვებია საგადასახადო დავებში და კანონმდებლობა გარკვეული წახალისების მექანიზმსაც ითვალისწინებს, კერძოდ, იტალიაში 20 000 ევრომდე საგადასახადო დავებზე სავალდებულოა საგადასახადო ადმინისტრაციაში საჩივრის წარდგენა.¹¹ მნიშვნელოვანია, რომ იტალიაში საჩივრის წარდგენისას შესაძლოა მედიაციის მოთხოვნაც, რომელიც ცალკე დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმია და ამ შემთხვევაში გადა-

member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. www.coe.int

3 იქვე.

4 იქვე.

5 იქვე.

6 Van Winkle K.M., 1997. Alternative Dispute Resolution: Approaches for Public Policy. LBJ Journal of Public Affairs, 9, p.18.

7 Hoellering M.F., 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. New York University Review of Law & Social Change, vol. 14, no. 3, p.791.

8 იქვე.

9 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001, www.coe.int

10 იქვე.

11 Comba M., Caranta R., 2014. Administrative Appels in the Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (and Are They Worth Saving). Administrative Dispute Resolution in European Administrative Law, Editors Dragos D.C., Neamatu B., Springer-Verlag Berlin Heidelberg, p.90.

სახადის გადამხდელი იღებს სარგებელს საგადასახადო ჯარიმის 40%-ის შემცირებით და იწყება შეთანხმების პროცედურა საგადასახადო ორგანოსთან.¹²

მედიაცია, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმი, შესაძლოა პერსპექტიული აღმოჩნდეს ისეთ ადმინისტრაციულ დავებში, სადაც დავის მხარე მხოლოდ ადმინისტრაციული ორგანო და ერთი კერძო პირია, მაგალითად, სახელმწიფოს მხრიდან ზიანის ანაზღაურების დავები, საჯარო სამსახურის კანონმდებლობიდან გამომდინარე დავები. ადმინისტრაციულ დავაში რამდენიმე პირის მონაწილეობამ, შესაძლოა გაართულოს მედიაციის ინსტიტუტის გამოყენება. იმდენად, რამდენადაც შეთანხმების მიღწევას მედიაციის გამოყენებით სჭირდება ყველა მხარის თანხმობა, ხოლო ადმინისტრაციულ პროცესში მონაწილე, თუნდაც ერთი მხარის უარყოფითი პოზიციით მედიაცია შესაძლოა წარუმატებლად დასრულდეს. თუმცა მედიაცია შესაძლოა, პერსპექტიული იყოს შესაბამის ადმინისტრაციულ დარგებში მიუხედავად დავაში მონაწილე პირთა რაოდენობისა, მაგალითად, გარემოს დაცვით, სამშენებლო სფეროში. ამ შემთხვევაში, მედიაციის წარმატება შესაძლოა განაპირობოს დარგში შესაბამისი ტექნიკური ცოდნისა და გამოცდილების მქონე მედიატორის ჩართულობამ, რომელიც ოპტიმალურ გზას შეარჩევს კონსენსუსის მისაღწევად. მაგალითად, გარემოსდაცვით სფეროში პირველად მედიაცია 1970 წელს იქნა გამოყენებული აშშ-ში. კერძოდ, ეს იყო ფორდის ფონდის ექსპერიმენტული პროგრამა, რომელმაც უზრუნველყო ამ პროექტის დაფინანსება. საკითხი ეხებოდა წყალდიდობის მაკონტროლებელი დამბის მოწყობას ვაშინგტონის შტატში მდინარე სნოქვალმიზე, რაზეც უკმაყოფილება გამოხატა რამდენიმე პირმა. კერძოდ, უკმაყოფილებას გამოხატავდნენ გარემოს დამცველები. დამბის მოწყობა მიზნად ისახავდა ახლოს მცხოვრები მოსახლეობის დაცვას. აღნიშნულ დავაში 1973 წელს

მედიატორები ჩაერთვნენ. მედიაციისა და მხარეებთან ორიგანიზებული რამდენიმე შეხვედრის შემდეგ, დავა დასრულდა მორიგებით. აღნიშნული მედიაციის შემდეგ განისაზღვრა, რომ გარემოსდაცვით საკითხებში მედიაცია იყო წარმატებული ნაბიჯი.¹³

გარემოსდაცვით საკითხებში მედიაცია წარმატებით იქნა გამოყენებული აშშ-ში ასევე გედის ტბაზე ჰიდროელექტრო სადგურის დამბის მშენებლობისას წარმოშობილი დავის ფარგლებში, ვაშინგტონიდან სიეტლამდე შიდასახელმწიფოებრივი მაგისტრალის მშენებლობის ფარგლებში გარემოსდაცვით საკითხებზე წარმოშობილი დავის ფარგლებში და სხვა¹⁴. დღეს აშშ-ში გარემოსდაცვით საკითხებზე აქტიურად იყენებენ მედიაციას, როგორც დავის გადაწყვეტის მექანიზმს. ზემოაღნიშნულ ყველა დავაში მედიაციის დროს წამოჭრილი იყო გარემოსდაცვით სფეროში ტექნიკური არგუმენტები და ჩართულნი იყვნენ გარემოსდაცვის სფეროს მცოდნეები, საბოლოოდ მიღწეულ იქნა შეთანხმება ალტერნატიულ მეთოდებზე, რაც ერთ-ერთი გადამწყვეტი ფაქტორია დავის მშვიდობიანად გადაწყვეტისათვის. სწორედ სხვადასხვა ალტერნატივების შეთავაზება არის დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმის ერთ-ერთი ელემენტი, რაც მის წარმატებას განაპირობებს.

3. ადმინისტრაციულ დავებში მედიაციის გამოყენების შესაძლებლობა საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისად

საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის შესაბამისად, თუ საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსით სხვა რამ არ არის დადგენილი, ადმინისტრაციულ სამართალწარმოებაში

12 იქვე, p.97.

13 Stukenborg Ch., 1994. The Proper Rule of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Environmental Conflicts. University of Dayton Law Review, no. 3, p.1310-1312.

14 იქვე, p.1313-1319.

გამოიყენება საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის დებულებანი¹⁵. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი აღიარებს სასამართლო მედიაციის ინსტიტუტს.¹⁶ სარჩელის სასამართლოში წარდგენის შემდეგ სასამართლო მედიაციისადმი დაქვემდებარებული საქმე შეიძლება დავის მხარეთა შეთანხმებით დასრულების მიზნით მედიატორს გადაეცეს.¹⁷ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით განსაზღვრულია იმ დავების ჩამონათვალი, რომლებიც შესაძლოა დაექვემდებაროს სასამართლო მედიაციას.¹⁸ მათ შორის კანონი იძლევა იმის შესაძლებლობას, რომ მედიაციას დაექვემდებაროს ნებისმიერი სხვა დავა – მხარეთა შეთანხმებით¹⁹. შესაბამისად, მხარეთა შეთანხმებით შესაძლებელია ნებისმიერი ადმინისტრაციული დავა დაექვემდებაროს სასამართლო მედიაციას. სასამართლო მედიაციის ინსტიტუტი სასამართლო სისტემის ნაწილია და მასში სასამართლო სისტემის მონაწილეობას ითვალისწინებს. სასამართლო მედიაციის ინსტიტუტი არ არის ინსტიტუციური მედიაცია.

მიუხედავად იმისა, რომ კანონმდებლობა იძლევა ადმინისტრაციულ დავებში სასამართლო მედიაციის ინსტიტუტის გამოყენების შესაძლებლობას, ადმინისტრაციულ სამართალწარმოებაში ეს ნორმები და, შესაბამისად, დავის გადაცემა მედიატორისათვის, ჯერჯერობით, პრაქტიკულად არასოდეს გამოუყენებიათ²⁰. სავარაუდოდ

აღნიშნული განპირობებულია იმ გარემოებით, რომ სასამართლო მედიაციის ინსტიტუტი უკავშირდება სასამართლო სისტემას, ასევე აღნიშნულ ინსტიტუტს უკავშირებენ მხოლოდ სამოქალაქო დავებს და ადმინისტრაციულ დავებში მხარეები არ ცდილობენ სასამართლო მედიაციის გამოყენებას, ვინაიდან ისედაც სასამართლო პროცესში არიან ჩაბმულნი.

მედიაციის, როგორც ინსტიტუციური დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების სამართლებრივ სივრცეში დამკვიდრება საჭიროებს სამართლებრივი სისტემის მზაობას. საქართველოსა და ევროკავშირს შორის 2014 წლის 27 ივნისს ხელი მოეწერა ასოცირების შეთანხმებას, რომელშიც გათვალისწინებულია სახელმწიფოს ვალდებულებები დავების მედიაციის, მოლაპარაკებისა და არბიტრაჟის მექანიზმებით გადაწყვეტის კუთხით²¹, თუმცა აღნიშნული არ ავალდებულებს სახელმწიფოს, დაამკვიდროს ინსტიტუციური დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმები ადმინისტრაციულ დავებში.*

4. მედიაციის პერსპექტივა ადმინისტრაციულ დავებში

მედიაციის, როგორც ინსტიტუციური დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების დამკვიდრება გონივრული იქნება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს ამის ლეგიტიმური საფუძველი და შესაძლებელი იქნება მისი პრაქტიკული გამოყენება. ეფექტური დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებების მკაფიოდ განხორციელება ამარტივებს

15 საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge.

16 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge.

17 იქვე.

18 იქვე.

19 იქვე.

20 გეწაძე შ., 2017. დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები ადმინისტრაციულ დავებში (საზღვარგარეთის ქვეყნების გამოცდილება და საქართველოს პერსპექტივები). მემორანდუმის ხელმოწერი ქვეყნების მოსამართლეთა ასოციაციების საერთაშორისო კონფერენციის მასალები, „მოსამართლეთა საქმიანობის შეფასების, სასამართლო მედიაციისა და არა-

სრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკითხებზე“, თბილისი, გვ. 116.

21 ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთის მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge.

* ვალდებულებები უკავშირდება თავისუფალი ვაჭრობის სფეროსა და ენერგეტიკის სფეროში დავებს.

მოქალაქეთა ხელმისაწვდომობას მართლმსაჯულებაზე.²²

მართლმსაჯულების სისტემამ უნდა უზრუნველყოს ყველა საჭიროების განსაზღვრა და საშუალება მისცეს ნებისმიერ ალტერნატივას არაფორმალური პროცედურისათვის, როდესაც არსებობს ორივე მხარის საჭიროება.²³ მიუხედავად იმისა, რომ ადმინისტრაციულ დავებში დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმის – მედიაციის, დამკვიდრებაზე ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის მიერ გაიცა რეკომენდაცია, ინსტიტუციური დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების დამკვიდრება ისევ გამოწვევას წარმოადგენს სახელმწიფოებისათვის. პრაქტიკულად ყველა თანხმდება, რომ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული პროცესი გვთავაზობს დავის მოგვარების უფრო სწრაფ და ეკონომიკურ საშუალებას, ვიდრე ტრადიციული პროცესებია. კერძო სექტორი და სახელმწიფო დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ საშუალებებს თეორიულად მიმზიდველად თვლიან, თუმცა მათ ნაკლებად სურთ ამ ტექნიკის გამოყენება იქ, სადაც მეორე მხარეს სამთავრობო უწყება წარმოადგენს.²⁴

ალტერნატიული ტექნიკის გამოიყენება ადმინისტრაციულ პროცესებში ვითარდება, მაგრამ არცერთი განსაკუთრებული თეორია არ განვითარებულა, თუ როგორ უნდა იქნეს გამოყენებული ისინი, როგორ უკავშირდება ისინი ტრადიციულ პროცესებს, პროცედურების რა ფორმები უნდა იქნეს გამოყენებული, რომ უზრუნველყოფილი იყოს მხარეთა და ადმინისტრაციულ ორგანოთა დაცვა, რა არის მათი დადებითი და უარყოფითი მხარეები.²⁵

ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაციის შესაბამისად რეკომენდირებულია ალტერნატიული საშუალებების გამოყენება დავის დაწყებამდე, რეკომენდაცია ასევე განსაზღვრავს სასამართლოს შესაძლებლობას მიუთითოს მხარეებს ალტერნატიული მექანიზმის გამოყენებაზე. რეკომენდაცია მხოლოდ არბიტრაჟის შემთხვევაში გამორიცხავს სასამართლოს ჩართულობას.²⁶ მედიაცია სწორედ ის მექანიზმია, რომელიც უნდა იქნეს გამოყენებული დავის სასამართლოში დაწყებამდე, თუმცა სასამართლოში დავის დაწყება არ უნდა გამორიცხავდეს ინსტიტუციური მედიაციის გამოყენებას დავის ნებისმიერ ეტაპზე. აღნიშნული დაზოგავს როგორც კერძო პირების, ასევე ადმინისტრაციული ორგანოების დროსა და ხარჯებს. ამასთან, მედიაციის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მახასიათებელია კონფიდენციალურობა, რომელიც ეფექტურად შეიძლება გამოყენებულ იქნეს ადმინისტრაციული ორგანოებისა და კერძო პირების მიერ, იმ შემთხვევაში, თუ საკითხი თავისი არსით არის სენსიტიური ან თუ საკითხის გადაწყვეტაზე ინფორმაციის გავრცელებამ შეიძლება უარყოფითად იმოქმედოს კერძო პირის ინტერესებზე.

ზოგადად მუდმივი დავები ადმინისტრაციულ ორგანოებთან და სასამართლოებში ადმინისტრაციული კატეგორიის დავების ზრდა უარყოფითად აისახება სახელმწიფო მმართველობის სისტემაზე. ეს იმას ნიშნავს, რომ მოქალაქეთა უკმაყოფილება სასამართლოებში გაზრდილ დავებში აისახება. სასამართლოებში ადმინისტრაციული დავების ზრდით შეიძლება ითქვას, რომ ადმინისტრაციული ორგანოების სამედიაციო საქმიანობა არაეფექტურია, ისინი არ იყენებენ მედიაციის ყველა რესურსს და მოქალაქეებისათვის მათი ინტერესების

22 Ozbek M.S., 2009. Report on Alternative Dispute Resolution within the Context of Better Access to Justice. Dokuz Eylul Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi 11, no. Special Edition, p. 455.

23 Riggs D.A., Dorminey E.K., 1987. Federal Agencies' Use of Alternative Means of Dispute Resolution. Administrative Law Journal, no. 1, p. 130.

24 Smith W.F., 1984. Alternative Means of Dispute Resolution: Practices and Possibilities in the Federal Government. Missouri Journal of Dispute Resolution, p. 21.

25 Harter P.J. 1983. Dispute Resolution and Administrative

Law: The History, Needs, and Future of a Complex Relationship. Villanova Law Review, 29, p. 1402.

26 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001, www.coe.int

დასაცავად ყველა გზა მხოლოდ სასამართლომდე მიდის. აღნიშნულმა შეიძლება გამოიწვიოს ადმინისტრაციული ორგანოების მიმართ ნდობის დაკარგვა, რაც შეუქცევადს გახდის ადმინისტრაციული ორგანოების პასუხისმგებლობის საკითხს.

უკანასკნელ წლებში სასამართლოებში ადმინისტრაციული დავების რაოდენობა ყოველწლიურად ათასებს აჭარბებს,* რამაც გამოიწვია სასამართლო სისტემის გადატვირთვა და საქმეთა განხილვის გაჭიანურება. ფაქტობრივად მარტივი ადმინისტრაციული დავებიც კი, მხოლოდ პირველი ინსტანციის სასამართლოებში გრძელდება 2-3 წელი. უფრო დიდ პრობლემას წარმოადგენს დასრულებულ საქმეზე მხარეთათვის დასაბუთებული გადაწყვეტილების ჩაბარება, რაც იმდენად ხანგრძლივი პროცესია, რომ ზოგიერთ შემთხვევაში, მოქალაქემ ეს გადაწყვეტილება შეიძლება მიიღოს გადაწყვეტილების გამოცხადებიდან 9-12 თვის შემდეგ.

ადმინისტრაციული დავების განხილვის დროსთან დაკავშირებული პრობლემა უფრო მკაფიოდ ჩანს სოციალური სახის დავებში, როდესაც მაგალითად იხილება პირის თანამდებობიდან გათავისუფლების საკითხი. დროსთან დაკავშირებული პრობლემა ასევე გავლენას ახდენს საგადასახადო დავებზე, სახელმწიფოს მხრიდან ზიანის ანაზღაურებასთან დაკავშირებულ დავებზე და სხვა დავებზე, რომელთა ფარგლებში სასამართლოს გადაწყვეტილების მიღება დაუყოვნებლივ მნიშვნელოვანია. მსგავსი გაჭიანურებული დავები ვერ უზრუნველყოფს მართლმსაჯულების ხელმისაწვდომობას, ვინაიდან მოქალაქეებს არ აქვთ შესაძლებლობა „გონივრულ ვადაში“ მიიღონ მართლმსაჯულება, რაც ადამიანის

უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის დარღვევად შეიძლება მივიჩნიოთ.

ხაზგასასმელია ის გარემოება, რომ, საქმეთა რაოდენობის ზრდის გათვალისწინებით, სასამართლოები ორიენტირებული ხდებიან ტექნიკურ ასპექტებზე და იკარგება მართლმსაჯულების ხარისხი, რაც მოიცავს იმას, რომ სასამართლოები უფრო ნაკლებ დროს უთმობენ რთული კატეგორიის დავებს, რომლებსაც სამართლის განვითარებისათვის შესაძლოა პრეცედენტული მნიშვნელობა ჰქონდეს. ამ შემთხვევაში, სასამართლოები არ ზრუნავენ მყარად დასაბუთებული გადაწყვეტილებების მიღებაზე, სამართლის განვითარებაზე, რაც იწვევს საქმეების ზემდგომ ინსტანციაში გასაჩივრების აუცილებლობას.

პრობლემას წარმოადგენს ადმინისტრაციული ორგანოების მიდგომა დავებთან დაკავშირებით, როდესაც ადმინისტრაციული ორგანოები ყველა საკითხს ასაჩივრებენ ზემდგომი ინსტანციის სასამართლოში მიუხედავად იმისა, რომ მათ შესაბამისი სამართლებრივი არგუმენტაცია არ გააჩნიათ, რაც იწვევს ზემდგომი ინსტანციის სასამართლოების გადატვირთვასაც. შესაბამისად, ჯამურად ყველა ინსტანციის სასამართლოში საქმის განხილვას შეიძლება დასჭირდეს დრო – 3-4 წელი და მეტი.

საქართველოს მოსახლეობის რაოდენობის გათვალისწინებით, ადმინისტრაციული დავების ზრდის მსგავსი ტენდენცია ხაზს უსვამს მართლმსაჯულების სისტემაში რეფორმის საჭიროებას. მართლმსაჯულების რეფორმა არ მოიცავს მხოლოდ სასამართლო სისტემის რეფორმას, არამედ სახელმწიფომ უნდა იფიქროს სხვა ალტერნატივებზე, რომლებიც უზრუნველყოფენ სასამართლოებში ადმინისტრაციული დავების შემცირებას. მართლმსაჯულების სისტემაზე წვდომა გულისხმობს კონფლიქტების მოგვარების გზების შექმნას, ფორმალურ იურიდიულ სტრუქტურაში სხვადასხვა სტრატეგიების მეშვეობით,²⁷ ასეთ

* ადმინისტრაციული დავების მზარდი ტენდენცია ასახულია სტატისტიკურ ანგარიშებში. ამ მიზნით შეგვიძლია გავეცნოთ თბილისის საქალაქო სამართლოს სტატისტიკურ ანგარიშს. 2017 წელს თბილისის საქალაქო სასამართლოში წარდგენილ იქნა – 9040 ადმინისტრაციული დავა; 2018 წელს – 8329; 2019 წელს – 10453; 2020 წელს – 8610. <https://tcc.court.ge/ka/Statistics> [07.06.2021]

27 Davis W., Turku H., 2011. Access to Justice and Alternative Dispute Resolution. Journal of Dispute

სტრატეგიებად შეგვიძლია განვიხილოთ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების სხვადასხვა ფორმები, მათ შორის, მედიაცია. მედიაცია რთულ შემთხვევებში შეთანხმების მიღწევისა და დავის მშვიდობიანად გადაწყვეტის საშუალება შეიძლება იყოს, ამ შემთხვევაში, მხარეები ისარგებლებენ შესაძლებლობით – დაზოგონ დრო, თანხა და შეინარჩუნონ თანამშრომლური ურთიერთობა. მაგალითად, საჯარო სამსახურის კანონმდებლობიდან გამომდინარე, სასამართლოებში არსებული დავები ძირითადად უკავშირდება პირის თანამდებობიდან გათავისუფლებისა და აღდგენის მოთხოვნებს, ასევე, პირისათვის დისციპლინური პასუხისმგებლობის დაკისრების საკითხებს. აღნიშნული წარმოადგენს ისეთ საკითხებს, რომელიც უნდა გადაწყდეს უმოკლეს ვადებში. გაქიანურებული სასამართლო პროცესები ზრდის საჯარო დაწესებულების ხარჯს, რადგანაც პირის მოთხოვნის ოთხი წლის შემდეგ დაკმაყოფილების შემთხვევაში, საჯარო დაწესებულებას უწევს ამ ოთხი წლის ხარჯის ანაზღაურება. მედიაცია აქტიურად გამოიყენება შრომით დავებში და აღნიშნული ანალოგიით ის საჯარო სამსახურის კანონმდებლობიდან გამომდინარე დავის ფარგლებშიც შესაძლოა აქტიურად იქნეს გამოყენებული. საჯარო სამსახურთან დაკავშირებული დავების განხილვა მედიაციის მექანიზმით გამართლებული უნდა იყოს ასევე კონფიდენციალურობის პრინციპით, რადგანაც, ამ შემთხვევაში განხილვის საგანია პირის პირადი ინფორმაცია, რაც კანონმდებლობით დაცვის ღირსი ინფორმაციაა. სასამართლოში აღნიშნული საქმეების განხილვა გამოირიცხავს ინფორმაციის კონფიდენციალურობას. შესაბამისად, ამ დარგისათვის მედიაცია უფრო მოქნილი და ეფექტური იქნება, თუ იარსებებს მხარეთა შეთანხმება.

სასამართლოებში ადმინისტრაციული დავების შემცირების მიზნით, უნდა შეიქმნას საკანონმდებლო ბაზა, რომელიც გაითვალისწინებს ევროპის საბჭოს მინისტრ-

თა კომიტეტის რეკომენდაციას დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების დანერგვაზე, ვინაიდან დღეს, სახელმწიფოს წინაშე, ამის რეალობად ქცევის აუცილებლობა დგას. ამ შემთხვევაში, ინსტიტუციური მედიაციის დანერგვა კანონმდებლობაში სათანადო ცვლილების გარეშე შეუძლებელია. მედიაციის მექანიზმის ადმინისტრაციულ დავებში დამკვიდრება შეიძლება იყოს ხელშემწყობი ბერკეტი სასამართლოების გადატვირთულობის გამოწვევის შესამცირებლად.

მნიშვნელოვანია, რომ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაციაში განსაზღვრული დავის გადაწყვეტის ყველა ალტერნატიული მექანიზმი შესაძლოა არ საჭიროებდეს ინსტიტუციურ რეგლამენტაციას კანონმდებლობაში, თუმცა, კანონმდებლობა უნდა ავალდებულებდეს ადმინისტრაციულ ორგანოებს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების გამოყენებას. ამასთან, ისეთი მექანიზმი, როგორიც არის მედიაცია, საჭიროებს ინსტიტუციურ რეგლამენტაციას იმდენად, რამდენადაც აღნიშნულ პროცესში მონაწილეობენ სხვა მესამე ნეიტრალური პირები და მხარეთა მოლაპარაკების უნარებზე არ არის დამოკიდებული მოლაპარაკება/მორიგება.

ადმინისტრაციულ დავებში მედიაციის მექანიზმების გამოყენებას სიფრთხილითა და სკეპტიციზმით შეიძლება შეხვდნენ ადმინისტრაციული ორგანოები, რაც თავიდანვე საჭიროებს გარკვეული სახის რეგლამენტაციას. კერძოდ, უნდა იქნეს გათვალისწინებული შესაბამისი ღონისძიებები, რაც ადმინისტრაციულ ორგანოებს წაახალისებს, გამოიყენონ მედიაცია დავების მოსაგვარებლად. ასეთი მექანიზმი შეიძლება იყოს მედიაციისათვის მიმართვის დავალდებულება სასამართლოს მიერ, თუმცა აღნიშნული რეგლამენტირებულ უნდა იქნეს საკანონმდებლო დონეზე, რომ ადმინისტრაციულმა ორგანომ მიიღოს გადაწყვეტილება ინსტიტუციური მედიაციის გამოყენებაზე.

ადმინისტრაციულ დავებში დავის გა-

სალომე ნურნუშია

დაწყვეტის მედიაციის, როგორც ალტერნატიული მექანიზმების დამკვიდრება საჭიროებს აღნიშნული მექანიზმის დადებითი და უარყოფითი მხარეების შეფასებას, იმისთვის, რომ დამკვიდრებული მექანიზმი იყოს ეფექტური და ადმინისტრაციულ ორგანოებს გაუჩინოს მოტივაცია, დავები მშვიდობიანი გზით დაასრულონ. დავა არ არის გამოსავალი და არც სასამართლო გადაწყვეტილების არსებობა არის საჭირო ყველა საკითხზე. საკითხები, რომლებიც მედიაციის გამოყენებით შეიძლება გადაწყვიტონ ადმინისტრაციულმა ორგანოებმა, არ უნდა იქცეს სასამართლოს დარბაზში მსჯელობის საგნად. თუმცა, ახალი ინსტიტუციების დამკვიდრება მოითხოვს სიფრთხილეს, დროს, სწავლებას, ადამიანურ და ფინანსურ რესურსებს, რომელიც ახალი მექანიზმების თანმდევი პროცესია.

MEDIATION IN ADMINISTRATIVE DISPUTES

Salome Tsurtsumia

*PhD Student of Tbilisi State University,
Affiliated Assistant Professor of the European
University,
Deputy Chairperson of Roads Department of Georgia
under the Ministry of Regional Development and
Infrastructure of Georgia*

KEYWORDS: Mediation, Alternative Dispute Resolution,
Administrative Dispute

ABSTRACT

The role of mediation as mechanism for the amicable settlement of disputes is growing in the modern legal sector. Mediation is an alternative dispute resolution mechanism in modern law, and the Committee of Ministers of the Council of Europe recommended to use it in administrative disputes in 2001*. Mediation as the alternative dispute resolution mechanism is actively applied in civil disputes in Georgian legal sector, although it has not gained popularity in administrative disputes.

Overwhelmed courts with administrative disputes and delayed justice once again underscores the need for reform, which may consider development of a new program to establish new mechanisms in administrative disputes and popularize application of new mechanisms.

The use of mediation as an alternative dispute resolution mechanism in administrative-legal proceedings may have prospects, given

* find. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: www.coe.int.

its growing popularity in civil disputes and the methodology for resolving disputes amicably, although this requires judicial/legislative readiness. The goal of the study is to consider the

perspective and possibility of using mediation in administrative disputes in order to demonstrate the need to use mediation as a mechanism.

BIBLIOGRAPHY:

1. Administrative Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
2. Civil Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
3. Association Agreement between Georgia, on the one hand, and the European Union and the European Atomic Energy Community, on the other, and their Member States, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
4. Getsadze Sh., 2017. Alternative Dispute Resolution in Administrative Disputes (Experience of Foreign Countries and Perspectives of Georgia). "Proceedings of the International Conference of Judges" Associations on Judicial Performance, Judicial Mediation and Juvenile Justice, Tbilisi. (In Georgian)
5. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: www.coe.int. (In English)
6. Comba M., Caranta R., 2014. Administrative Appels in the Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (and Are They Worth Saiving). Administrative Dispute Resolution in European Administrative Law, Editors Dragos D.C., Neamatu B., Springer-Verlag Berlin Heidelberg. (In English)
7. Davis W., Turku H., 2011. Access to Justice and Alternative Dispute Resolution. Journal of Dispute Resolution, no. 1. (In English)
8. Harter P.J. 1983. Dispute Resolution and Administrative Law: The History, Needs, and Future of a Complex Relationship. Villanova Law Review, 29. (In English)

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge.
2. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge.
3. ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთი მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებ-გვერდი: www.matsne.gov.ge.
4. გენაძე შ., 2017. დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები ადმინისტრაციულ დავებში (საზღვარგარეთის ქვეყნების გამოცდილება და საქართველოს პერსპექტივები). მემორანდუმის ხელმოწერი ქვეყნების მოსამართლეთა ასოციაციების საერთაშორისო კონფერენციის მასალები, „მოსამართლეთა საქმიანობის შეფასების, სასამართლო მედიაციისა და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკითხებზე“, თბილისი.
5. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: www.coe.int
6. Comba M., Caranta R., 2014. Administrative Appels in the Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (and Are They Worth Saiving). Administrative Dispute Resolution in European Administrative Law, Editors Dragos D.C., Neamatu B., Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
7. Davis W., Turku H., 2011. Access to Justice and Alternative Dispute Resolution. Journal of Dispute Resolution, no. 1.

9. Hoellering M.F. 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. New York University Review of Law & Social Change, vol. 14, no. 3. (In English)
10. Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. Cardozo Journal of Conflict Resolution, no. 2. (In English)
11. Ozbek M.S., 2009. Report on Alternative Dispute Resolution within the Context of Better Access to Justice. Dokuz Eylul Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi 11, no. Special Edition. (In English)
12. Riggs D.A., Dorminey E.K, 1987. Federal Agencies' Use of Alternative Means of Dispute Resolution. Administrative Law Journal, no. 1. (In English)
13. Smith W.F., 1984. Alternative Means of Dispute Resolution: Practices and Possibilities in the Federal Government. Missouri Journal of Dispute Resolution. (In English)
14. Stukenborg Ch., 1994. The Proper Rule of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Environmental Conflicts. University of Dayton Law Review, no. 3. (In English)
15. Van Winkle K.M. 1997. Alternative Dispute Resolution: Approaches for Public Policy. LBJ Journal of Public Affairs, 9. (In English)
8. Harter P.J. 1983. Dispute Resolution and Administrative Law: The History, Needs, and Future of a Complex Relationship. Villanova Law Review, 29.
9. Hoellering M.F. 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. New York University Review of Law & Social Change, vol. 14, no. 3.
10. Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. Cardozo Journal of Conflict Resolution, no. 2.
11. Ozbek M.S., 2009. Report on Alternative Dispute Resolution within the Context of Better Access to Justice. Dokuz Eylul Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi 11, no. Special Edition.
12. Riggs D.A., Dorminey E.K, 1987. Federal Agencies' Use of Alternative Means of Dispute Resolution. Administrative Law Journal, no. 1.
13. Smith W.F., 1984. Alternative Means of Dispute Resolution: Practices and Possibilities in the Federal Government. Missouri Journal of Dispute Resolution.
14. Stukenborg Ch., 1994. The Proper Rule of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Environmental Conflicts. University of Dayton Law Review, no. 3.
15. Van Winkle K.M. 1997. Alternative Dispute Resolution: Approaches for Public Policy. LBJ Journal of Public Affairs, 9.

NOTES:

1. Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. Cardozo Journal of Conflict Resolution, no. 2, p.440. (In English)
2. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. www.coe.int (In English)
3. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. www.coe.int (In English)
4. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. www.coe.int (In English)
5. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. www.coe.int (In English)
6. Van Winkle K.M., 1997. Alternative Dispute Resolution: Approaches for Public Policy. LBJ Journal of Public Affairs, 9, p.18. (In English)
7. Hoellering M.F., 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. New York University Review of Law & Social Change, vol. 14, no. 3, p.791. (In English)
8. Hoellering M.F., 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. New York University Review of Law & Social Change,

- vol. 14, no. 3, p.791. (In English)
9. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001, www.coe.int (In English)
10. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001, www.coe.int (In English)
11. Comba M., Caranta R., 2014. Administrative Appels in the Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (and Are They Worth Saiving). Administrative Dispute Resolution in European Administrative Law, Editors Dragos D.C., Neamatu B., Springer-Verlag Berlin Heidelberg, p.90. (In English)
12. Comba M., Caranta R., 2014. Administrative Appels in the Italian Law: On the Brink of Extinction or Might They Be Saved (and Are They Worth Saiving). Administrative Dispute Resolution in European Administrative Law, Editors Dragos D.C., Neamatu B., Springer-Verlag Berlin Heidelberg, p.97. (In English)
13. Stukenborg Ch., 1994. The Proper Rule of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Environmental Conflicts. University of Dayton Law Review, no. 3, p.1310-1312. (In English)
14. Stukenborg Ch., 1994. The Proper Rule of Alternative Dispute Resolution (ADR) in Environmental Conflicts. University of Dayton Law Review, no. 3, p.1313-1319. (In English)
15. Administrative Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
16. Civil Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
17. Civil Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
18. Civil Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
19. Civil Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
20. Getsadze Sh., 2017. Alternative Dispute Resolution in Administrative Disputes (Experience of Foreign Countries and Perspectives of Georgia). "Proceedings of the International Conference of Judges" Associations on Judicial Performance, Judicial Mediation and Juvenile Justice, Tbilisi. (In Georgian)
21. Association Agreement between Georgia, on the one hand, and the European Union and the European Atomic Energy Community, on the other, and their Member States, Legislative Herald of Georgia, Official Website: www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
22. Ozbek M.S., 2009. Report on Alternative Dispute Resolution within the Context of Better Access to Justice. Dokuz Eylul Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi 11, no. Special Edition, p. 455. (In English)
23. Riggs D.A., Dorminey E.K, 1987. Federal Agencies' Use of Alternative Means of Dispute Resolution. Administrative Law Journal, no. 1, p. 130. (In English)
24. Smith W.F., 1984. Alternative Means of Dispute Resolution: Practices and Possibilities in the Federal Government. Missouri Journal of Dispute Resolution, p. 21. (In English)
25. Harter P.J. 1983. Dispute Resolution and Administrative Law: The History, Needs, and Future of a Complex Relationship. Villanova Law Review, 29, p. 1402. (In English)
26. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001, www.coe.int. (In English)
27. Davis W., Turku H., 2011. Access to Justice and Alternative Dispute Resolution. Journal of Dispute Resolution, no. 1. p.50. (In English)

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 (116); (+995 99) 952 024

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 (116); (+995 99) 952 024