

ლელა ჯანაშვილი, გიორგი ამილახვარი

**ევროპის უსაფრთხოება
და თანამედროვე
კონსტიტუციური სახელმწიფო
(საქართველოს მაგალითი)**



თბილისის ღია სახანაკლო
უნივერსიტეტი

LELA JANASHVILI, GIORGI AMILAKHVARI
**EUROPEAN SECURITY AND MODERN
CONSTITUTIONAL STATE
(EXAMPLE OF GEORGIA)**



თბილისის ღია სასწავლო
უნივერსიტეტი

**ლელა ჯანაშვილი
გიორგი ამილახვარი**

**ევროპის უსაფრთხოება და
თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფო
(საქართველოს მაგალითი)**

**LELA JANASHVILI
GIORGI AMILAKHVARI**

**European Security and Modern Constitutional State
(Example of Georgia)**

თბილისი | Tbilisi
2021

კრებულში შესულია შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული სამეცნიერო ფონდის ფინანსური მხარდაჭერით განხორციელებულ პროექტში (№ MG-ISE-19-398): „ევროპის უსაფრთხოება და თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფო (საქართველოს მაგალითი)“ მონაწილე მოწვეულ ლექტორთა და პლენარულ მომხსენებელთა ნაშრომები.

რედაქტორები: სამართლის დოქტორი თამარ ჯარანდია

სამართლის მაგისტრი ანა თოხაძე

The collection includes the scientific articles of invited lecturers and plenary speakers participating in the project (№ MG-ISE-19-398): “European Security and the Modern Constitutional State (Example of Georgia)”, which was implemented with the financial support of the Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia.

Editors: Doctor of Law TAMAR ZARANDIA

Master of Law ANA TOKHADZE

ISBN 978-9941-9725-6-0



შინაარსი ◊ CONTENTS

| | |
|---|----|
| რედაქტორებისაგან | 7 |
| From Editors | 10 |
| | |
| წინათქმა | 13 |
| Forward | 16 |
| | |
| ლელა ჯანაშვილი, გიორგი ამილახვარი ევროპის უსაფრთხოება და თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფო, ოცდამეერთე საუკუნის გამოწვევები (უსაფრთხოება და ტერიტორიული ორგანიზაცია) | 19 |
| LELA JANASHVILI, GIORGI AMILAKHVARI European Security and Modern Constitutional State, Challenges of the Twenty-First Century (Security and Territorial Organisation) | 19 |
| | |
| ჟოან ლუის პერეს ფრანჩესჩი უთანხმოება თავისუფლებასა და უსაფრთხოებას შორის თანამედროვე მსოფლიოში | 30 |
| JOAN LLUÍS PÉREZ FRANCESCH Tensions between Freedom and Security in Contemporary World | 30 |
| | |
| მიგელ რევენგა სანჩესი რამდენიმე მოსაზრება კონსტიტუციასა და სისხლის სამართალს შორის ურთიერთობაზე | 42 |
| Miguel Revenga Sánchez Some Reflections about the Relation of Constitution and Criminal Law | 42 |
| | |
| ხოაკინ როდრიგეს ალვარესი ხელოვნური ინტელექტის სოციალური გამოწვევები: ლეტალური ავტონომიური სისტემების შემთხვევა | 49 |
| JOAQUÍN RODRÍGUEZ ÁLVAREZ Social Challenges of Artificial Intelligence: The Case of Lethal Autonomous Systems | 49 |

ზოსე მარია დე დიოს მარსერი

ადამიანთა გადაადგილების თავისუფლება და საჯარო უსაფრთხოება ევროპის კავშირში. ევროკავშირის იუსტიციის სასამართლოს პრაქტიკის მიდგომა 81

JOSÉ MARÍA DE DIOS MARCER

Free Movement of Persons and Public Security in the European Union. An Approach from the Jurisprudence of the Court of Justice of the EU 81

ირაკლი ბურდული

ეკონომიკური სამართლის რეცეფცია საქართველოში 106

IRAKLI BURDULI

Reception of Economic Law in Georgia 106

ხუან რამონ ფერეირო გალგერა

რელიგიური თავისუფლება ესპანეთში და მისი ფარგლები: პასუხი კონსტიტუციური სახელმწიფოს გლობალურ საფრთხეებზე 121

JUAN RAMÓN FERREIRO GALGUERA

Religious Freedom in Spain and Its Limits: An Answer to Constitutional State Global Threats 121

სტეფანო ვინჩი

თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმის სამართლებრივი ისტორიის პროფილები იტალიაში. ჩრდილოეთ ამერიკის პირველი სახელმწიფოების კონსტიტუციებიდან იაკობინის პერიოდის იტალიის უფლებათა ქარტიამდე 144

STEFANO VINCI

Legal History Profiles of Modern Constitutionalism in Italy. From the Constitutions of the First North American States to the Italian Charters of Rights of the Jacobin Period 144

ტომას გილ მარკუეზი

ფიქრი უსაფრთხოებაზე 162

TOMÁS GIL MÁRQUEZ

Thinking about Security 162

ფერნანდო პენია ლოპესი

ადამიანის უფლებები და კერძო სამართალი:
როგორ იცავს კერძო სამართალი ადამიანის უფლებებს და
როგორ რეაგირებს მათ დარღვევებზე (აბსტრაქტი) 175

FERNANDO PEÑA LÓPEZ

Human Rights & Private Law: How Private Law Protects Human
Rights and Reacts Against their Violation (Abstract) 175

კარმენ გარსიმარტინი

რელიგიური თავისუფლება ადამიანის უფლებათა
ევროპული სასამართლოს სამოსამართლო
სამართალში(აბსტრაქტი)..... 178

CARMEN GARCIMARTÍN

Religious Freedom on the Case Law of the European
Court of Human Rights (Abstract) 178

სანტიაგო როურა გომესი

ტერიტორიული ორგანიზაცია და მისი პრობლემები:
ესპანეთის საქმე (აბსტრაქტი) 179

SANTIAGO A. ROURA GÓMEZ

Territorial Organization and its Problems:
The Case of Spain (Abstract) 179

ნანა ჭიღლაძე

ძირითადი უფლებები დემოკრატიულ სახელმწიფოში
და ქართული გამოწვევები (თეზისები) 180

NANA CHIGHLADZE

Fundamental Rights in the Democratic State and
Georgian Challenges (Theses) 180

მორის შალიკაშვილი

„კანონიერი ქურდების“ ზეგავლენა პოლიტიკურ და
საზოგადოებრივ ცხოვრებაზე (ძირითადი თეზისები) 193

MORIS SHALIKASHVILI

Impact of the “Thieves in Law”
on Political and Public Life (General Theses) 193

გიორგი დგებუაძე

კონსტიტუციით გარანტირებული ადამიანის უფლებების
დაცვა ეროვნული და საერთაშორისო სისხლის
სამართლის მექანიზმების გამოყენებით 204

GIORGI DGEBUADZE

Protection of Human Rights Guaranteed by
the Constitution through the Mechanisms of
the National and International Criminal Law 204

ლევან დარბაიძე

თვითაცილების ინსტიტუტის მნიშვნელობა მოსამართლის
დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის
ევროპული სტანდარტის დაცვის ქრილში 213

LEVAN DARBAIDZE

The Importance of the Institution of Recusal
in terms of Preserving the European Standard
of Independence and Impartiality of the Judge 213

ირაკლი სამხარაძე

ენერგეტიკის უსაფრთხოების
ევროპეიზაცია (თეზისები) 234

IRAKLI SAMKHARADZE

Europeanization of the Energy Security (Theses) 234

რედაქტორებისაგან

სახელმწიფოებრივი და საზოგადოებრივი უსაფრთხოება ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებათა და თავისუფლებათა განხორციელების, სოციალურ-სამართლებრივი დაცვისა და ეკონომიკური თავისუფლების საყრდენია. მისი უზრუნველმყოფი მექანიზმების დანერგვა სახელმწიფოს ვალდებულებაა და განხლავთ როგორც ეროვნული, ისევე საერთაშორისო ამოცანა. სახელმწიფო მმართველობა მიმართულია კონსტიტუციით განსაზღვრული სახელმწიფოს მიზნის განხორციელებისაკენ.¹ ამავედროულად, კონსტიტუციონალიზმზე გლობალიზაციის გავლენის ტენდენციურობა აქტუალობას არ კარგავს². ქვეყნის ევროპული მეტამორფოზა ეროვნული ცნობიერებისათვის არაერთი დილემის საგანი ყოფილა.³ ცხადია, „სამართლებრივი ტრანსოფორმაციით, გარკვეული ხარისხით ხდება კულტურული შეგნების სახეცვლილება“, თუმცა არა ეროვნული იდენტიფიკაციის დაჩრდილვა.⁴ საქართველოს სამართლებრივი სისტემის ევროპეიზაციის პროცესშიც⁵ დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფოს განვითარებისთვის შესაბამისი ინსტრუმენტების დახვეწა ეროვნული საჯარო და კერძო სამართლის პრიორიტეტია. თანამედროვე ეტაპზე უსაფრთხოებამ გლობალური ხასიათი მიიღო, რაც გამოწვეულია გლობალიზაციისა და ინტეგრაციული პროცესების დაჩქარებით. გლობალიზებულ მსოფლიოშიც უსაფრთხოების გამოწვევებთან ბრძოლა უმნიშვნელოვანეს ეროვნულ-სახელმწიფოერივ მიზანს წარმოადგენს. უსაფრთხოების პოლიტიკისა და სტრატეგიის ჩამოყალიბებასა და განვითარებაში აღსანიშნავია ევროპის კავშირის როლი. ევროკავშირის უსაფრთხოების ახალი სტრატეგია 2020-2025 წლების პერიოდისათვის პრიორიტეტ-

1 ხუბუა გ., საჯარო მმართველობის კონსტიტუციური საფუძვლები, წიგნში: საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები. სახელმძღვანელო, ხუბუა გ., ზომერმენი კ. -ვ. (რედ.), თსუ ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა ინსტიტუტის გამოცემები, ტ. 2, თბ., 2013, 62-63.

2 Teubner G., Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization, *Norbury G. (trans.)*, Oxford University Press, 2012, 1-14; Atilgan A., Global Constitutionalism: A Socio-Legal Perspective, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 2018, 7-9.

3 იხ. უნაშუნო მ. დ., ევროპეიზაციისათვის, 1906 წ., კრებულში: ესეები, ტიტკინიძე მ. (თარგმ.), თბ., 2011, 113-141.

4 ზოიძე ბ., კვლავ სამართლის ეროვნულობისა და ზეეროვნულობის შესახებ კულტურულ ფასეულობათა ჭრილში, ესეების კრებულში: სამართლის პრაქტიკული ყოფიერების შემეცნების ცდა. უპირატესად ადამიანის უფლებათა ჭრილში, ხუბუა გ. (რედ.), თბ., 2013, 110-112.

5 Chanturia L., Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 74, H. 1, 2010, 154-181, <<https://www.jstor.org/stable/i27878849>> [31.01.2021].

ულ სფეროებს განსაზღვრავს, მათ შორის გახლავთ ტერორიზმთან და ორგანიზებულ დანაშაულთან ბრძოლა, კიბერუსაფრთხოება, განსაკუთრებით აღსანიშნავია ახალი კორონავირუსული დაავადების (COVID-19) პანდემიური გავრცელებით შექმნილი გამოწვევები.⁶

სამეცნიერო სტატიათა წინამდებარე კრებული ეთმობა გლობალურ უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული ძირითადი საკითხების შედარებითსამართლებრივ და ინტერდისციპლინურ გააზრებას. ნაშრომში წარმოდგენილია ქართველ და უცხოელ მეცნიერთა კვლევები გლობალიზაციის პირობებში თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფოს უსაფრთხოების კერძო და საჯაროსამართლებრივი ასპექტების შესახებ. განხილულია აქტუალური სამეცნიერო სიახლეები, გამოწვევები და მათი გადაწყვეტის სამართლებრივი მექანიზმები, მათ შორის, ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის, ტერიტორიული ორგანიზაციის, რელიგიური კონფლიქტის საკითხები. მოლოდინი გვაქვს, რომ კრებულს მკითხველთა ფართო წრე ეყოლება და სამართალმცოდნეთა გარდა, სოციალურ და პოლიტიკურ მეცნიერებათა ცალკეული სპეციალობების წარმომადგენლებიც გაეცნობიან მას.

ნაშრომი შეიქმნა *სსიპ — შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული სამეცნიერო ფონდის* მობილობისა და საერთაშორისო სამეცნიერო ღონისძიებების საგრანტო კონკურსში გამარჯვებული *ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის* იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორთა *ჯგუფისა და თბილისის დია სასწავლო უნივერსიტეტის* ერთობლივი, კომბინირებული სამეცნიერო პროექტის ფარგლებში: „ევროპის უსაფრთხოება და თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფო (საქართველოს მაგალითი)“. პროექტი მოიცავდა სეზონურ სკოლას: „ევროპის უსაფრთხოების ძირითადი მიმართულებები, არსებული საფრთხეები და გამოწვევები“ სამართლის, ჰუმანიტარული, სოციალურ-პოლიტიკური და ეკონომიკური მეცნიერებებით დაინტერესებული სტუდენტებისთვის და საერთაშორისო კონფერენციას: „კონსტიტუციური სახელმწიფოს პასუხები გლობალურ საფრთხეებს“, რომელიც ჩატარდა დარგის მაღალი რანგის ქართველ და უცხოელ მეცნიერთა მონაწილეობით. წინამდებარე კრებულშიც წარმოადგენს ქართულ და უცხოურ საგანმანათლებლო ინსტიტუციებსა და მეცნიერებს შორის აქტიური ინსტიტუციონალური და ინდივიდუალური თანამშრომლობის შედეგს, რომელიც ვიმედოვნებთ, რომ იქნება ერთგვარი სამეცნი-

6 *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Security Union Strategy, Brussels, Brussels, 24.7.2020, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020DC0605>> [03.02.2021].

ერო წვლილის შემტანი განხილული საკითხების ფართომასშტაბიან გააზრებასა და საზოგადოებრივი ცნობიერების ამაღლებაში.

დაბოლოს, მადლიერებას გამოვთქვამთ სსიპ — შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული სამეცნიერო ფონდის მიმართ, პროექტის განხორციელების მხარდაჭერის გამო. განსაკუთრებული მადლობა ეკუთვნის პროექტის ხელმძღვანელს — იურიდიული ფაკულტეტის ესპანური სამართლის შესწავლის ინსტიტუტის დირექტორსა და ასოცირებულ პროფესორ ლელა ჯანაშვილს, რომელიც თავად არის ამ მიმართულებით აკადემიური ხარისხისა და ექსტრაორდინალური დოქტორის წოდების მქონე ბარსელონის ავტონომიური უნივერსიტეტის „გლობალური საჯარო სამართლისა და ადამიანის უსაფრთხოების“ ინტერდისციპლინური სადოქტორო პროგრამის დასრულების შემდგომ. უნდა აღინიშნოს პროექტის თანახელმძღვანელის — ასოცირებული პროფესორის გიორგი ამილახვარის მხარდაჭერა და მონაწილეობა, და ასევე პროექტის კოორდინატორის — პროფესორ ირაკლი ბურდულის შეუცვლელი წვლილი ამ პროექტის განხორციელებაში.

სამართლის დოქტორი თამარ ზარანდია

*ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
ასოცირებული პროფესორი, იურიდიული ფაკულტეტის დეკანი*

ანა თოხაძე

*ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტი, დოქტორანტი*

თბილისი, 2021

FROM EDITORS

State and public security is the cornerstone of the exercise of universally recognized human rights and freedoms along with socio-legal protection and economic freedom. The introduction of relevant mechanisms is the State's responsibility and is considered to be a national as well as an international task. State governance is aimed at achieving the goal of the State determined by the Constitution.¹ Simultaneously, the impact tendency of globalization on constitutionalism preserves its actuality and relevance.² The European metamorphosis of the country has been the subject of numerous dilemmas for national consciousness.³ Apparently, "legal transformation alters the cultural consciousness to some degree", but does not overshadow the national identity.⁴ During the Europeanization of the Georgian legal system,⁵ the betterment of relevant instruments for developing a democratic and legal State is the priority of national public and private law. To date, security has taken on a global character due to the acceleration of globalization and integration processes. Even in a globalized world, tackling the security challenges is a crucial national-state goal. The significant role of the European Union in shaping and developing security policies and strategies is remarkable. The new EU security strategy identifies priority areas for the period 2020-2025, including combating

1 *Khubua G.*, Constitutional Foundations of Public Governance, in: Legal Foundations of Public Governance. Handbook, *Khubua G., Sommerman K. -P. (Eds.)*, TSU Institute of Administrative Sciences Publications, Vol. 2, Tbilisi, 2013, 62-63 (in Georgian).

2 *Teubner G.*, Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization, *Norbury G. (trans.)*, Oxford University Press, 2012, 1-14; *Atilgan A.*, Global Constitutionalism: A Socio-Legal Perspective, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 2018, 7-9.

3 See, *Unamuno M. D.*, For Europeanization, 1906, in the collection: Essays, *Titvinidze M. (trans.)*, Tbilisi, 2011, 113-141 (in Georgian).

4 *Zoidze B.*, Again about the Nationality and Superiority of Law in the Context of Cultural Values, in the essay collection: An Attempt at Cognition of the Practical Existence of Law. Primarily in the Context of Human Rights, *Khubua G. (Ed.)*, Tbilisi, 2013, 110-112 (in Georgian).

5 *Chanturia L.*, Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 74, H. 1, 2010, 154-181, <<https://www.jstor.org/stable/i27878849>> [31.01.2021].

terrorism and organized crime, cybersecurity, and the challenges posed by the pandemic spread of the new coronavirus (COVID-19).⁶

The present collection of scientific articles displays a comparative and interdisciplinary understanding of pressing issues related to global security. The papers authored by the Georgian and foreign scientists present the research on the legal aspects of the private and public law on the security of the modern constitutional State in the conditions of globalization. Their studies discuss current scientific novelties, challenges, and legal solutions, as well as, other pertinent issues, such as protection of human rights and fundamental freedoms, territorial organization, religious conflict. We expect that the collection of articles will have a wide circle of readers and besides the representatives of the legal fields, professionals of certain specialties of the Social and Political Sciences will be acquainted with it.

The collection was created in the frames of a combined scientific project entitled “European Security and Modern Constitutional State (Example of Georgia)”, which obtained funding as a winner of the Mobility and International Scientific Events Grant Competition organized by the *LEPL — Shota Rustaveli National Scientific Foundation of Georgia*. The group of professors of the Faculty of Law of *Ivane Javakhishvili Tbilisi State University* and *Tbilisi Open University* carried out the project. It encompassed the seasonal school: “Main Directions of European Security, Existing Threats, and Challenges” held for the student of Law, Humanities, Social and Political, Economic Sciences and the international conference: “Answers to the Constitutional State Global Threats” participated by the Georgian and foreign scientists of higher rank. The present collection is likewise the result of an active institutional and individual cooperation between the Georgian and foreign educational institutions and scientists, which we hope will scientifically contribute to the broader understanding of the issues discussed and will help to raise public awareness.

⁶ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Security Union Strategy, Brussels, Brussels, 24.7.2020, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020DC0605>> [03.02.2021].

Finally, yet importantly, we would like to thank *LEPL — Shota Rustaveli National Scientific Foundation of Georgia* for supporting the project. Special appreciation to the Principal Investigator — *Lela Janashvili*, Director of the *Institute for the Study of Spanish Law* of the Faculty of Law and Associate Professor, who graduated from an interdisciplinary doctoral program in “Global Public Law and Human Security” at the Autonomous University of Barcelona and holds an Academic Degree and an Extraordinary Doctorate Award in this field. The support and participation of Co-Supervisor — *Associate Professor Giorgi Amilakhvari* is significant, as well as, an irreplaceable contribution of the *Project Coordinator — Professor Irakli Burduli* to the project implementation.

Dr. TAMAR ZARANDIA

Associate Professor and Dean

Faculty of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University

ANA TOKHADZE

Assistant, Doctoral Student

Faculty of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University

Tbilisi, 2021

წინათქმა

წარმოგიდგინთ შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული სამეცნიერო ფონდის მიერ დაფინანსებული სამეცნიერო ღონისძიებების შედეგად შედგენილ კრებულს.

კომბინირებული პროექტი (სეზონური სკოლა/საერთაშორისო კონფერენცია) განხორციელდა ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორის ლელა ჯანაშვილის (პროექტის ხელმძღვანელი), პროფესორ ირაკლი ბურდულისა (პროექტის კოორდინატორი) და თბილისის ღია სასწავლო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორის გიორგი ამილახვარის (პროექტის თანახელმძღვანელი) მიერ, რომელშიც მონაწილეობას იღებდნენ ქართველი და უცხოელი პროფესორები და დარგის ექსპერტები.

სეზონური სკოლა „**ევროპის უსაფრთხოების ძირითადი მიმართულებები, არსებული საფრთხეები და გამოწვევები**“ შედგებოდა რამდენიმე თემატური პანელისაგან:

- *უსაფრთხოება და თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფო; ევროპის სამართალი, ევროპის უსაფრთხოების კონცეფცია და მისი ელემენტები; თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფოს გამოწვევები გლობალიზაციის პირობებში: ტერიტორიული ორგანიზაცია და რეგიონალური კონფლიქტი, ადამიანის უფლებების დაცვა; რელიგიური თავისუფლება, გამოხატვის თავისუფლება.*

პროექტის დასკვნით ეტაპზე გაიმართა შემაჯამებელი საერთაშორისო კონფერენცია „**კონსტიტუციური სახელმწიფოს პასუხები გლობალურ საფრთხეებს**“, სადაც გაიმართა დისკუსია იურისპრუდენციის, სამართლებრივი უსაფრთხოებისა და სოციალური მშვიდობის, ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების შესახებ.

სამართლებრივი სახელმწიფო, რომელიც შეზღუდულია მატერიალურ-სამართლებრივი და პროცედურული ნორმებით, არის ხელისუფლების დანაწილების პრინციპისა და მოქალაქეთა უსაფრთხოებისა და თავისუფლების გარანტი, რაც „კარგი მმართველობის“ საწინდარია. მხოლოდ სამართლებრივ სახელმწიფოში არის შესაძლებელი მიღწეულ იქნას აღნიშნულ პრინციპთა განხორციელება. სამართლებრივი სახელმწიფო არის კონსტიტუციური სახელმწიფო, რაც დაფუძნებულია ხელისუფლების ნორმატიულ ლეგიტიმაციასა და საჯარო აზრის დემოკრატიულ გამოხატვაზე. მხოლოდ თავისუფალ საზოგადოებას შეუძლია სამართლებრივი განვითარების სრულყოფილებამდე სწრაფვა. საქართველოს არჩევანიც სწორედ ეს

არის. კომბინირებული ღონისძიების ფარგლებში განსაკუთრებული ყურადღება დაეთმო უსაფრთხოების (როგორც სამართლებრივ, ასევე გლობალურ) საკითხებს ევროპულ და რეგიონალურ დონეზე არსებული რისკების გათვალისწინებით. სეზონური სკოლისა და კონფერენციის ინტერდისციპლინური ხასიათი — უსაფრთხოების თემის სამართლებრივ, ეკონომიკურ, სოციალურ-პოლიტიკურ და ისტორიულ ჭრილში განხილვამ სრულიად ახალი კუთხით წარმოაჩინა არსებული პრობლემა ქართული სახელმწიფოებრივი რეალობის გათვალისწინებით.

ღონისძიების მთავარი ამოცანა — უსაფრთხოების სამართლებრივი და გლობალური ასპექტების განხილვა ქართული სამართლებრივი სივრცის ინტეგრაციის პერსპექტივებისა, წარმატებით იქნა მიღწეული ქართველ და უცხოელ მონაწილეთა აქტიური ჩართულობით.

განსაკუთრებული მადლობა გვინდა გადავუხადოთ შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნულ სამეცნიერო ფონდს პროექტის ფინანსური მხარდაჭერისათვის.

უღრმეს მადლობას მოვასხენებთ უდიდესი მხარდაჭერისთვის ბარსელონის ავტონომიური უნივერსიტეტის კონსტიტუციური სამართლის კათედრის ხელმძღვანელს, სოციალურ და პოლიტიკურ მეცნიერებათა ინსტიტუტის (ICPS) დირექტორს, *პროფესორ ჟოან ლუის პერეს ფრანჩესს*, ბარსელონის ავტონომიური უნივერსიტეტის ევროპული კვლევების ინსტიტუტის დირექტორს *პროფესორ ხოსე მარია დე დიოს მარსერს*, კადისის უნივერსიტეტის კონსტიტუციური სამართლის კათედრის ხელმძღვანელს, ესპანეთის კონსტიტუციონალისტთა ასოციაციის ემერიტუს პროფესორ *მიგელ რებენგა სანჩესს*, ლა კორუნიას უნივერსიტეტის რელიგიური თავისუფლების კათედრის ხელმძღვანელს *პროფესორ ხუან ფერეირო გალგერას*, ლა კორუნიას უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის დეკანის მოადგილეს *პროფესორ კარმენ გარსიმარტინს*, ლა კორუნიას უნივერსიტეტის კონსტიტუციური სამართლის დეპარტამენტის უფროსს, *პროფესორ სანტიაგო როურა გომესს*, ლა კორუნიას უნივერსიტეტის *პროფესორს ფერნანდო პენია ლოპესს*, ბარსელონის ავტონომიური უნივერსიტეტის ადმინისტრაციული სამართლის დეპარტამენტის ასოცირებულ პროფესორს, უსაფრთხოებისა და პრევენციის სკოლის საერთაშორისო ურთიერთობების დეპარტამენტის უფროსს *ხუაკინ როდრიგეს ალვარესს*, ბარსელონის ავტონომიური უნივერსიტეტის კონსტიტუციური სამართლის *პროფესორს ტომას ხილ მარკესს*, ბარის ალდო მოროს სახელობის უნივერსიტეტის *პროფესორს სტეფანო ვინჩის*. უდიდესი იყო მათი მხარდაჭერა პროექტის განხორციელ-

ების დროს. დიდი მადლობა თითოეულ ქართველ პროფესორსა და ექსპერტს, პროექტში მათი მონაწილეობა იყო ძალზე მნიშვნელოვანი მომავალი დისკუსიისა და თანამშრომლობისათვის.

განსაკუთრებული მადლობა პროექტში მონაწილე ყველა სტუდენტს, მათი ინტერესისთვის, სწორედ მათი აქტიური ჩართულობით განხორციელდა პროექტის ძირითადი მიზნები.

დიდ მადლობას ვუხდით ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ადმინისტრაციასა და თბილისის ღია სასწავლო უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტს, პროექტის განხორციელებაში შეტანილი წვლილისათვის.

სამართლის დოქტორი ლელა ჯანაშვილი

პროექტის ხელმძღვანელი

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, იურიდიული ფაკულტეტის ინტერნაციონალიზაციისა და სამეცნიერო კვლევების სამსახურის უფროსი, თსუ ესპანური სამართლის შესწავლის ინსტიტუტის ადმინისტრაციული დირექტორი

სამართლის დოქტორი გიორგი აშილახვარი

პროექტის თანახელმძღვანელი

თბილისის ღია სასწავლო უნივერსიტეტის რექტორი, ასოცირებული პროფესორი

სამართლის დოქტორი ირაკლი ბურდული

პროექტის კოორდინატორი

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი, იურიდიული ფაკულტეტის დეკანის მოადგილე

FORWARD

We are presenting a collection of articles arranged as a result of the scientific events funded by the Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia.

The combined project (seasonal school/international conference) was carried out under the supervision of *Lela Janashvili* — Associate Professor (Principal Investigator), *Irakli Burduli* — Professor (Project Coordinator) of the Faculty of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, and *Giorgi Amilakhvari* (Co-Supervisor) — Associate Professor of Tbilisi Open University. The project was participated by the high-ranking Georgian and foreign professors and specialists of the field.

Seasonal school entitled “**Main Directions of European Security, Existing Threats and Challenges**” consisted of several thematic panels:

- *Safety and the Contemporary Constitutional State; European Law, European Security Concept and its Elements; Challenges of the Contemporary Constitutional State in terms of Globalization: Territorial Organization and Regional Conflict; Protection of Human Rights; Religious Freedom; Freedom of Speech.*

At the final stage of the project, a concluding international conference: “**Constitutional State Responses to Global Threats**” was organized, where a discussion was held on jurisprudence, legal security, and social peace, fundamental human rights, and freedoms.

Legal State, limited by the substantive and procedural norms, guarantees the principle of the separation of powers and the freedom and security of the citizens. These principles can be achieved only in the legal State. Legal State is a constitutional State, which is based on the normative legitimacy of government and the democratic expression of public opinion. Only a free society can strive for the perfection of legal development. Indeed, this is the choice of Georgia. In the frames of the combined event, special attention was paid to the security (both legal and global) concerning the

risks of the European and regional level. The interdisciplinary nature of the seasonal school and the conference — discussion of the security issues in the legal, socio-political, and historical context, presented the existing problems in a new way by considering the Georgian State reality. The main task of the event, namely the discussion of the legal and global security aspects and deliberation of integration of the Georgian legal field, was successfully achieved by virtue of the active involvement of Georgian and foreign participants.

We would like to give special thanks to Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia for the financial support of the project.

For an immense support we would like to extend our sincere gratitude and appreciation to *Professor Joan Lluís Pérez Francesch* — Head of Chair of Constitutional Law and Director of ICPS (Institut de Ciències Polítiques i Socials) of the Autonomous University of Barcelona; *Professor José María de Dios Marcer* — Director of Institute of European Studies of the Autonomous University of Barcelona; *Professor Miguel Revenga Sánchez* — Head of Chair of Constitutional Law of the University of Cádiz and President Emeritus of the Association of Constitutionnalists of Spain; *Professor Juan Ramón Ferreiro Galguera* — Head of Chair of Religious Freedom of the University of Corunna; *Professor Carmen Garcimartín* — Vice-Dean of the Law School of the University of Corunna; *Professor Santiago A. Roura Gómez* — Head of the Department of Public Law of the University of Corunna; *Professor Fernando Peña López* — Professor of the Law School of the University of Corunna; *Associate Professor Joaquín Rodríguez Álvarez* — Associate Professor of the Department of Administrative Law of the Autonomous University of Barcelona and Head of the Department of International Relations of the School of Safety and Prevention; *Professor Tomás Gil Márquez* — Professor of the Autonomous University of Barcelona; *Professor Stefano Vinci* — Professor of the Jonico Department at the University of Bari Aldo Moro. Their support in this project was great. Many thanks to each Georgian professor and expert, their contribution was significant for future discussion and cooperation.

A very special thanks to all students for their participation and interest in the project; through their active involvement, the main goals of the project are achieved.

We are grateful to the administration of the Faculty of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University and the Faculty of Law of the Tbilisi Open University for their contribution during the implementation and execution of the project.

Dr. LELA JANASHVILI

Principal Investigator

Associate Professor

Head of Internationalization and Scientific Research Department,

Faculty of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University,

Executive Director of the TSU Institute for the Study of Spanish Law

Dr. GIORGI AMILAKHVARI

Co-Supervisor

Rector, Associate Professor

Tbilisi Open University

Dr. IRAKLI BURDULI

Project Coordinator

Deputy Dean and Professor

Faculty of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University

ევროპის უსაფრთხოება და თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფო, ოცდამეერთე საუკუნის გამოწვევები (უსაფრთხოება და ტერიტორიული ორგანიზაცია)

ცივილიზაციის არსებობა დაკავშირებულია წესრიგთან და სტაბილური უსაფრთხოების იდეასთან.¹ უსაფრთხოების ფენომენი ძალზე კომპლექსურია, რომელიც სახელმწიფოს მხრიდან მრავალი გარანტიის არსებობას საჭიროებს. სწორედ „კონსტიტუციური სახელმწიფოს მთავარი პრინციპი გულისხმობს პიროვნების უსაფრთხოების დაცვას. სახელმწიფო მუდმივ და უწყვეტ უსაფრთხოებას უნდა უზრუნველყოფდეს, რადგან ეს არის მისი არსებობის მთავარი მიზანი. სახელმწიფოს უსაფრთხოება მისი მოქალაქეების უსაფრთხოებაა.“²

გლობალიზაციის ეპოქის ახალი რისკები წარმოშობს უსაფრთხოების ახალ კონცეფციას — ეს არის ყოვლისმომცველი დაცვა ყველა სფეროში, სადაც არსებობს რისკი ან საფრთხე მოქალაქეებისათვის. ისტორიული გაკვეთილებიდან გამომდინარე უნდა აღვნიშნოთ, რომ ეს არის პრევენციისა და რისკების მართვის სრულიად ახალი კონცეფცია.³

დღეისათვის, მსოფლიოს მრავალ ქვეყანაში სამოქალაქო კონფლიქტებმა, ეკონომიკურმა კრიზისმა და სიღარიბემ მნიშვნელოვნად შეასუსტა სახელმწიფოები, აღნიშნული განსაკუთრებით დაეტყო სახელმწიფოს მხრიდან განსახორციელებელ სოციალურ და ადმინისტრაციულ კონტროლს. უსაფრთხოების თანამედროვე გა-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, იურიდიული ფაკულტეტის ინტერნაციონალიზაციისა და სამეცნიერო კვლევების სამსახურის უფროსი, თსუ ესპანური სამართლის შესწავლის ინსტიტუტის აღმასრულებელი დირექტორი.

** თბილისის დია სასწავლო უნივერსიტეტის რექტორი, ასოცირებული პროფესორი.

1 Ballbé M. (direc.), *Manual de Derecho Administrativo*, UAB-AECI, 2002, 35.

2 Pérez Royo J., *La democracia frente al terrorismo Global*, en: Pérez Royo J. (Dir.), *Carrasco Durán M. (coord.), Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y sociedades, S.A., Madrid, 2010, 8-9.

3 Ballbé M., *Seguridad Humana: Del Estado Anómico al Estado Regulador*, en: Hood Ch., Rothstein H., Baldwin, R., *El Gobierno del riesgo*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2006, 15.

მოწვევების წინააღმდეგ ზოგიერთ შემთხვევაში, სახელმწიფო ორგანოების კოლაფსმა და ბრძოლისუნარიანობამ, შექმნა ახალი ქაოსური სივრცეები, მისი ლეგალური რღვევები და გამოიწვია ზოგიერთ სახელმწიფოთა ბარბაროსულ საწყისებზე დაბრუნება. სახელმწიფოები უძღურნი არიან ყოველგვარი წინააღმდეგობის გასაწევად და საზოგადოება დაუცველია.⁴

აღნიშნული დაუცველობის განცდა გამოწვეულია მრავალი ფაქტორით, რომელიც ასევე ხელყოფს საერთაშორისო თანამეგობრობის უსაფრთხოებას, მით უმეტეს, როდესაც საუბარია ისეთ საფრთხეებზე, როგორცაა — ორგანიზებული დანაშაული და ტერორიზმი, რომლებიც ასევე დაკავშირებულნი არიან მასობრივი განადგურების იარაღის გავრცელებასთან. გლობალიზებულ მსოფლიოში, სახელმწიფოთა და მოქალაქეთა უსაფრთხოება არნახული გამოწვევების წინაშე დგას. დღეს ევროპა ახალი საფრთხეების წინაშეა, რომელიც XX საუკუნის ბოლოს არც არსებობდა — გლობალური ტერორიზმი, ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაული, რეგიონალური და შიარაღებული კონფლიქტები, სეპარატისტული ტენდენციების გაძლიერება და ა. შ. ევროპის უსაფრთხოების პირველი სტრატეგია⁵ მოიცავს იმ ძირითადი რისკების ანალიზს, რომელიც ახალი ეპოქის — XXI საუკუნის თანმდევია.

2016 წლის ევროკავშირის თავდაცვისა და უსაფრთხოების განვითარების გეგმა ისახავს ამბიციურ მიზანს, რომელიც სამი ძირითადი მიმართულებით ვითარდება⁶:

- კრიზისულ ვითარებაში ევროკავშირის უფრო სწრაფი, გადამწყვეტი და ერთიანი რეაგირება;
- ევროკავშირის პარტნიორების უსაფრთხოების გაზრდის ხელშეწყობა;
- ევროკავშირის სიძლიერის განვითარება საკუთარი მოქალაქეების დაცვის მიზნით — შიდა და გარე უსაფრთხოების თანმიმდევრული და ინტეგრირებული გზით.

4 Ramonet I., Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos nuevas amenazas, Barcelona, Arena Abierta, 2002, <<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72532/UNISCI9Sanso.pdf>> [01.02.2021].

5 იხ. European Security Strategy, Brussels, 12/12/2003, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:r00004>> [01.02.2021].

6 EU Global Strategy, <https://europa.eu/globalstrategy/sites/globalstrategy/files/eugs_es_version.pdf> [01.02.2021].

სამართლებრივი სახელმწიფოს ინსტიტუციური სტრუქტურა მნიშვნელოვანი ღირებულებაა უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად, როგორც ეროვნულ, ისე საერთაშორისო დონეზე. თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფოს უმნიშვნელოვანესი ამოცანაა ქვეყანაში დემოკრატიული სამართლებრივი რეჟიმის შენარჩუნება და კონსტიტუციით აღიარებული და გარანტირებული ძირითადი უფლებების დაცვა. საქართველოსა და ევროკავშირის შორის ასოცირების შეთანხმება, რომელიც ძალაში შევიდა 2016 წლის 1 ივლისს, ითვალისწინებს თანამშრომლობის გაღრმავების მექანიზმებს შემდეგი მიმართულებებით:

- საერთო ევროპული ფასეულობების განმტკიცება და დაცვა. დემოკრატიის და კანონის უზენაესობის, კარგი მმართველობის, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ერთგულება და გავრცელება;
- საგარეო და უსაფრთხოების პოლიტიკა. პოლიტიკური დიალოგისა და თანამშრომლობის გაღრმავება შესაბამის სფეროებში, მათ შორის შიდასახელმწიფოებრივი რეფორმა, საერთაშორისო მასობრივი განადგურების იარაღის გაუვრცელებლობა, რეგიონალური სტაბილურობა და სხვა.
- მართლმსაჯულება, თავისუფლება და უსაფრთხოება, მათ შორის, საზღვრის მართვის საკითხებზე თანამშრომლობის გაღრმავება, ფულის გათეთრების, ტერორიზმის, ნარკოტიკებით უკანონო ვაჭრობის, ორგანიზებული დანაშაულისა და ადამიანთა ტრეფიკინგის წინააღმდეგ ბრძოლა; პერსონალურ მონაცემთა დაცვა და სხვა.

უსაფრთხოების უზრუნველყოფამ არ უნდა შეზღუდოს ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია აღნიშნული პრინციპის დაცვა ახალი დემოკრატიის სახელმწიფოებისათვის.

ქართული სახელმწიფოს რთული გეოპოლიტიკური მდებარეობა, მუდმივად ცვალებადი და გამოწვევებით აღსავსე გარემო, ტერიტორიული კონფლიქტების არსებობა, ტერორიზმიდან გამომდინარე არაპროგნოზირებადი საფრთხეები, ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულის სატრანზიტო დერეფანი და სხვა. მნიშვნელოვანი გამოწვევებია ახალგაზრდა ქართული სახელმწიფოსათვის. ამასთან, ქართული სამართალი, მიეკუთვნება რა კონტინენტური ევროპის სამართლის ოჯახს, ევროპული სამართლის რეცეფციის პრო-

ცესი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ეროვნული სამართლებრივი სისტემის სრულყოფისათვის.

დღეს, ქართული სახელმწიფოს მთავარ პრობლემად კვლავ რჩება ეფექტიანი ტერიტორიული მოდელის ჩამოყალიბება, რაც გაცდა სამართლებრივი რეგულირების ფარგლებს და გეოპოლიტიკური მნიშვნელობის საკითხად გადაიქცა. იმ მრავალ ფაქტორს შორის, რომელიც საქართველოს ტერიტორიული ორგანიზაციასთან არის დაკავშირებული, ერთ-ერთ უმთავარეს საკითხად რჩება სრულყოფილი დიალოგის წარმართვა. რეგიონის უსაფრთხოების სქემაში აღნიშნული საკითხი აქტუალობას არ კარგავს, განსაკუთრებით კი მთიანი ყარაბაღის ახალი რეალობის გათვალისწინებით.

გლობალური უსაფრთხოების სფეროში მნიშვნელოვანი ნაბიჯი გადაიდგა ევროპის გაერთიანების შექმნით. ევროპის ისტორიის მანძილზე ეს იყო უმნიშვნელოვანესი ფაქტორი მშვიდობის, სტაბილურობისა და კეთილდღეობის მისაღწევად, და არა მარტო ევროპის, არამედ მსოფლიოს მასშტაბითაც (განსაკუთრებით კი მეოცე საუკუნეში ორი მსოფლიო ომის დროს არსებული ძალადობის დემონსტრირების შემდგომ). ევროპის გაერთიანების შექმნის შემდეგ გაჩნდა საკითხების (განსაკუთრებით კი უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული თემების) მშვიდობიანი განხილვისა და საერთო ინსტიტუტების მეშვეობით თანამშრომლობის პერსპექტივა.⁷

ევროპის გაერთიანების საჭიროებაზე საუბრისას ხავიერ სოლანა აღნიშნავს, რომ „ევროპის გაერთიანება დღეს ისეა საჭირო, როგორც არასოდეს, არა მარტო ევროპისათვის, არამედ მთელი მსოფლიოსათვის. მნიშვნელოვანი საკითხების გლობალურ კონტექსტში ევროპის იდეა არის სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტი, რათა გავუმკლავდეთ სერიულ გამოწვევებსა და მუქარებს, რომელიც ჩვენს წინაშეა, ევროკავშირი კი საუკეთესო საშუალებაა მათთან ბრძოლისათვის.“⁸

განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია უსაფრთხოების სფეროში თანამშრომლობა ევროპასა და ამერიკის შეერთებულ შტატებს შორის.⁹ მიუხედავად იმისა, რომ ცივი ომის დასრულების შემდეგ ამერ-

7 Estrategia Europea de Seguridad, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ar00004>> [01.02.2021].

8 Solana J., Más necesaria que nunca/Análisis, El Tiempo, 25 de marzo 2017, <<https://www.eltiempo.com/mundo/europa/analisis-de-javier-solana-sobre-la-union-europea-71410>> [01.02.2021].

9 იხ. La página de la Comisión Europea, <http://eeas.europa.eu/archives/docs/us/docs/infopack_06_es.pdf> [01.02.2021].

იკის შეერთებული შტატები დარჩა დომინანტურ პოზიციაში, როგორც სამხედრო ლიდერი, ევროკავშირმა მნიშვნელოვანი პოტენციის შემოკრებითა და საზღვრების გაფართოებით მიაღწია, ეთამაშა მნიშვნელოვანი როლი მსოფლიო უსაფრთხოების სფეროში. ამასთან, გამოხატავს რა კავშირის ოცდარვა წევრისა და 450 მილიონზე მეტი ადამიანის ინტერესს, იგი აუცილებლად უნდა იყოს გლობალური მოთამაშე და იკისროს თავისი წილი პასუხისმგებლობა საერთაშორისო უსაფრთხოებისა და უკეთესი სამყაროს შენების მიზნით.¹⁰

გლობალური უსაფრთხოების გამოწვევები და წინმსწრები პასუხები ახალ საფრთხეებს — ეს არის ის მთავარი საკითხი, რომელიც აწუხებს თანამედროვე მსოფლიოს. უსაფრთხოება დღეისათვის არ არის მხოლოდ შიდასახელმწიფოებრივი საკითხი, იგი გასცდა რეგიონალურ და ევროპულ ფარგლებს და გადაიქცა გლობალურ და საერთო საფრთხედ.

უსაფრთხოების სათავეში არის პიროვნება. პიროვნების უსაფრთხოების უზრუნველყოფა სახელმწიფოთა მნიშვნელოვანი ვალდებულებაა. უსაფრთხოებას უნდა ჰქონდეს პრევენციული, ინტეგრირებული და მყარი ხასიათი.

ტერმინ უსაფრთხოებას აქვს მრავალი მნიშვნელობა (წარმოებული ლათინური სიტყვისაგან “*seguritas*”¹¹) განსაკუთრებით საინტერესოა ამ სიტყვის ეტიმოლოგია ისეთ ენებში, როგორც ინგლისური და ესპანური. „ინგლისურ ენაში საინტერესო განსხვავებაა “*security*” და “*safety*” ცნებებს შორის, რომელიც კასტილიურ ენაში არ გვხვდება და ეს ორი ცნება “*seguridad*” (უსაფრთხოებად) ითარგმნება. თუმცა, ინგლისურ ენაში ეს ორი ცნება განსხვავებულ შინაარსს გულისხმობს და გამოიყენება განსხვავებულ სიტუაციებში არსებული და მოსალოდნელი საფრთხეების შესაბამისად. ტერმინი “*security*” — გამოიყენება, როდესაც ვსაუბრობთ საზოგადოების უსაფრთხოებაზე, პოლიციის საქმიანობაზე, კრიმინალურ და სხვა დანაშაულებრივ საფრთხეებზე. რაც შეეხება — “*safety*”, იგი გულისხმობს განსხვავებული ტიპის საზოგადოებრივ საფრთხეებს, რომლებსაც არ აქვთ დანაშაულებრივი ხასიათი, თუმცა ტექნოლოგიური საფრთხეებისა და რისკების შემცველია. იგი აუცილებლად მოითხოვს პრევენციულ ზომებს, წინააღმდეგ შემთხვე-

10 Vidal R., Una guerra mundial en donde el frente está en todas partes, <<http://www.uma.es/foroparalapazenelmediterraneo/wp-content/uploads/2016/07/Una-guerra-mundial-en-donde-el-frente-esta-en-todas-partes.pdf>> [01.02.2021].

11 <<https://definicion.de/seguridad/>> [01.02.2021].

ვაში, შეიძლება მივიღოთ უფრო მეტი მსხვერპლი, ვიდრე დანაშაულისაგან.¹²

მზარდი გლობალიზაციის პირობებში უსაფრთხოების შიდა და გარე ასპექტები ერთმანეთთან მნიშვნელოვნად არიან დაკავშირებული — კაპიტალის ნაკადი, ტექნოლოგიური განვითარება, დემოკრატიული პროგრესი, ხალხს კეთილდღეობასა და თავისუფლებას მოუტანდა. თუმცა საზოგადოების გარკვეული ნაწილის მიერ გლობალიზაცია აღიქმება, როგორც იმედგაცრუება და უსამართლობა. „გლობალიზაცია არის, უპირველეს ყოვლისა, ამერიკანიზაცია... მისი კარგი და ცუდი მხარეებით. მართალია, ზოგიერთი მასში მხოლოდ უარყოფითს ხედავს, როგორც ეს ხშირია პროგრესული მოძრაობების მიმართ, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან ლიბერალური ვაჭრობის რეგულირებას ადმინისტრაციული ინტერვენციონიზმის გარეშე. მაგრამ მნიშვნელოვანია ისიც, რომ გვახსოვდეს, გლობალიზაცია-ამერიკანიზაციას აქვს ძალზე დადებითი მხარეები და ისინი უნდა აღმოვაჩინოთ, ვაღიაროთ და ვისარგებლოთ.“¹³

განვითარებად ქვეყნებში ეკონომიკური და პოლიტიკური რყევები, შიდა და გარე კონფლიქტები, სიღარიბე, ცხოვრების დაბალი დონე იწვევს უსაფრთხოების პრობლემებს და აფერხებს საზოგადოების განვითარებას. როგორც ფერნანდეს პერეირე აღნიშნავს, დღეს უსაფრთხოება პროპორციულია ზემოთ აღნიშნულ საკითხებთან¹⁴. აღნიშნულ კონტექსტში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია სწორი სოციალური პოლიტიკა სხვადასხვა რისკების თავიდან ასაცილებლად. ასევე გათვალისწინებული უნდა იქნეს გლობალიზაციის კონტექსტში ის მიზეზები, რომლებიც გამოწვეულ იქნა მსოფლიოში ბოლო წლების კრიზისით და რამაც გავლენა მოახდინა ბევრ ქვეყანაზე.¹⁵

უსაფრთხოება არის კონცეფცია, რომელიც სოციალურად „შენდება“ და თითოეულ ეპოქას ახასიათებს მისი განსხვავებული შინაარსი. „ოცდამეერთე საუკუნის დასაწყისში ამ სიტყვამ განსაკუთრებული შინაარსი შეიძინა, მოსახლეობა უფრო მომთხოვნია და მათი კმაყოფილება არასდროს არის ამოწურული, თუმცა ეს უფრო

12 *Martínez R.*, *Armas: ¿Libertad americana o prevención europea?* Ariel Derecho, Barcelona, 2009, 133.

13 *Ballbé M. (direc.)*, *Manual de Derecho Administrativo*, UAB-AECI, 2002, 217.

14 *Fernández Pereira J. P.*, *La Seguridad Humana*, Ariel, Barcelona, 2006, 165.

15 *Ballbe M., Martínez R.*, *Law and Globalization: Between the United States and Europe*, in: *Robalino J., Rodríguez-Arana J. (eds.)*, *Global Administrative Law*, Londres: Cameron May, 2009, 137-215.

სურვილია, ვიდრე შესაძლებლობა. სრული უსაფრთხოების მიღწევა უმაღლესი საფეხურია, თან ძალიან სახიფათო და საშიში, რადგან მის მიღწევას შეიძლება შეეწიროს სხვა ღირებულებები, ისეთი, როგორც არის თავისუფლება და დაირღვეს უსაფრთხოების მიზნების მისაწევად ღირებულებათა პროპორციულობა¹⁶. მხოლოდ თავისუფალი საზოგადოების ფარგლებში არის შესაძლებელი მიიღწეს პროგრესული განვითარება — სამოქალაქო თავისუფლება და სამართლებრივი წესრიგი — რაც დაბალანსებული უსაფრთხოების გარანტი იქნება.

„ჩვენ შეიძლება გადავიქცეთ ურჩხულებად — მგზნებარედ გვაფრთხილებდა ფილოსოფოსი კარლ რ. პოპერი, — მაგრამ თუ გვინდა დავრჩეთ ადამიანებად, მაშინ მხოლოდ ერთი გზა არსებობს — გზა თავისუფალი საზოგადოებისაკენ. ჩვენ უნდა შევაბიჯოთ უცნობ, უცხო, საფრთხით სავსე სამყაროში და ღმერთისაგან ნაბოძები გონიერება მოვიხმოთ, რათა რამდენადაც შესაძლებელია შევქმნათ ორივე: არა მხოლოდ უსაფრთხოება, არამედ თავისუფლებაც.“¹⁷

ევროპის უსაფრთხოების პირველი სტრატეგია მიღებულ იქნა 2003 წლის 12 დეკემბერს დევიზით „უსაფრთხო ევროპა უკეთეს მსოფლიოში.“ სტრატეგიაში გაანალიზებული იყო ოცდამეერთე საუკუნეში არსებული რისკები.

ევროპის უსაფრთხოების სტრატეგიის მეშვეობით ევროპის გაერთიანებას აქვს პრეტენზია მოახდინოს საკუთარი უსაფრთხოების სისტემათა ადაპტირება ახალ გამოწვევებთან. შესაბამისად, სახელმწიფოთა დონეზე ეროვნული უსაფრთხოების კონცეფციის შემუშავება და მისი სრულყოფილი ფუნქციონირება თანამედროვე სამართლებრივი სახელმწიფოს ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს პრინციპს წარმოადგენს.

ეროვნულ-სახელმწიფოებრივი უსაფრთხოების კონცეფცია მრავალ ასპექტს მოიცავს, რომელიც მიმართულია შიდა და გარე პრობლემების გადაჭრისაკენ, ამასთან, მნიშვნელოვანია პრობლემათა ზუსტი დიაგნოსტიკა, რადგან ახალი საფრთხეების რისკი გლობალიზებულ სამყაროში სულ უფრო იზრდება.

16 Pérez Francesch J. L., Gil Márquez T., Las transformaciones del Estado de Derecho, entre la libertad y la seguridad, en: Pérez Francesch J. L. (coord.), Libertad, Seguridad y transformaciones del Estado, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2009, 21.

17 ბაუმი გ., იხსენით ძირითადი უფლებანი! მოქალაქის თავისუფლება თუ უსაფრთხოება, ფრიდრიხ ნიუმანის ფონდი თავისუფლებისათვის, თბ., 2009, 20.

უსაფრთხოების სქემაში საზოგადოების ჩართულობა მნიშვნელოვნად გააძლიერებს პრევენციული პოლიტიკის დაგეგმვას და გამოყენებას¹⁸. ადამიანის უსაფრთხოება და პრევენციული რეგულაციების თანაკავშირი კრიმინალური ძალადობის შემცირების მიზნებს ემსახურება.¹⁹ ადამიანის უსაფრთხოების უზრუნველყოფა სახელმწიფოს ექსკლუზიური ამოცანაა, რომლისთვისაც მან უნდა გაითვალისწინოს საზოგადოების მოთხოვნები, რათა გარანტირებული და დაცული იყოს ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები²⁰.

ადამიანის უსაფრთხოება უსაფრთხოებისა და პრევენციის ზოგადი კონცეფციის ერთ-ერთი უმთავრესი მიმართულებაა, რომელიც კონცენტრირებულია ინდივიდზე, პიროვნებაზე, პიროვნების, მისი თავისუფლების, უფლებებისა და შესაძლებლობების განვითარებაზე.

აღნიშნული კონცეფცია შედარებით ახალია სამართლებრივ სივრცეში და მისი ათვისების წერტილად ითვლება ცივი ომის დასრულების შემდგომი პერიოდი, რადგან ეკონომიკური, პოლიტიკური და სოციალური კრიზისის ფონზე სულ უფრო მეტი საფრთხე დაემუქრა ადამიანს და მისი უსაფრთხოება გახდა მნიშვნელოვანი.

1990 წელს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიერ აღიარებულ იქნა ადამიანის უსაფრთხოების კონცეფცია, რომელიც განიმარტებოდა როგორც განვითარება, როგორც შესაძლებლობა იყო ღირსეული უფლებების მქონე ადამიანი.

აღნიშნული შესაძლებლობები ამოუწურავია და იცვლება დროთა განმავლობაში. თუმცა იგი ფუნდამენტურად ყოველთვის ასოცირდება ძირითად უფლებებთან და თავისუფლებებთან. ამასთან, იგი პროპორციულია სახელმწიფო დემოკრატიის, დემოკრატიული განვითარებისა, რომელიც არის პიროვნების თავისუფლების გარანტი. თავისუფლება კი სამართლის უმნიშვნელოვანესი ფუნქციაა. სამართალი აღიარებს თავისუფლების პრინციპს (in dubio pro libertate).

ამასთან, მთავარ პრობლემად კვლავ რჩება ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების შეზღუდვა უსაფრთხოების იდეით.

18 *SEGLOBAL* (Congreso Internacional de seguridad Global), Pensando el futuro de la Seguridad Global, Jerez de la Frontera, 16 al 20 de Noviembre de 2009, <https://www.policia.es/iep_web/publicaciones/revista_policia/2009/228/reportaje2.php> [01.02.2021].

19 *Ballbé M.*, El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización, № 174, 2007, 251.

20 *Fernández Pereira J. P.*, La Seguridad Humana, Ariel, Barcelona, 2006, 165.

1994 წელს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციამ უკვე ცალკე გამოსცა ადამიანის უსაფრთხოების შესახებ წლიური ანგარიში. სადაც გამოყოფილია ადამიანის უსაფრთხოების კონცეფციის ოთხი ძირითადი მახასიათებელი:

1. უნივერსალურობა (რომელიც ეხება პლანეტის თითოეულ მოსახლეს და იმდენად, რამდენადაც გადაწყვეტილებებს მხოლოდ ერთეულები იღებენ, აღნიშნული ეხება თითოეულ ინდივიდს);
2. მისი კომპონენტების ურთიერთდამოკიდებულება, რადგან დღეს არსებული საფრთხეები ურთიერთკავშირშია;
3. ანთროპოცენტრულობა, რადგან იგი ფოკუსირებულია ადამიანზე და აღრეული პრევენცია არის გარანტი;
4. თავისუფლება, რადგან გლობალური დაუცველობის წინააღმდეგ ბრძოლის საუკეთესო გზა არის თავისუფლება, რომელიც გამოხატულ იქნა შემდეგი ფრაზებით: „freedom from want“ და „freedom from fear“.

ადამიანის უსაფრთხოება ინტეგრაციული კატეგორიისა და იგი სამხედრო ხასიათის თავდაცვითი უსაფრთხოების კონცეფციის ფარგლებს სცილდება. იგი ასევე სცილდება უსაფრთხოების კონცეფციის ტრადიციულ გაგებას. ადამიანის უსაფრთხოების კონცეფცია, ერთი მხრივ, ვერტიკალურად აღრმავებს უსაფრთხოების კლასიკურ კონცეფციას და იგი ფოკუსირებულია ინდივიდზე, ხოლო, მეორე მხრივ, იგი გულისხმობს პრევენციის გაფართოებას საფრთხეებთან და რისკებთან ურთიერთმიმართებაში. „თავისუფალი საზოგადოების ფუნქციონირებისათვის სრულიად გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს, რომ მოქალაქეებს ჰქონდეთ საშუალება და ნება, ისარგებლონ თავიანთი თავისუფლებით.“²¹

დღეისათვის, ადამიანის უსაფრთხოების კონცეფციის 7 ძირითად მიმართულებას გამოყოფენ: 1. ეკონომიკური უსაფრთხოება; 2. კვების უსაფრთხოება; 3. ჯანმრთელობის დაცვა; 4. გარემოს დაცვა (თანამედროვე პერიოდში სულ უფრო დიდი მნიშვნელობა შეიძინა სამართლის ეკოლოგიურმა ფუნქციამ, რადგან გარემოზე ადამიანის ზემოქმედების მასშტაბებმა კრიტიკულ ზღვარს მიაღწია და სტა-

21 ბაუმი გ., იხსენით ძირითადი უფლებანი! მოქალაქის თავისუფლება თუ უსაფრთხოება, ფრიდრიხ ნიუმანის ფონდი თავისუფლებისათვის, თბ., 2009, 118

ტისტიკა მეტად შემამოფოთებელია); 5. პირადი უსაფრთხოება; 6 სა-
ზოგადოებრივი უსაფრთხოება; 7. პოლიტიკური უსაფრთხოება.

„უპირველეს ყოვლისა, უნდა გავიაზროთ, რომ ადამიანის უფლე-
ბათა დაცვა მშვიდობის განმტკიცების ტყუპისცალია, ანდა ახალი
ტერმინი რომ გამოვიყენოთ - „Human security“: ორივე - ადამიანის
უფლებები და მშვიდობა - დიდ ძალისხმევას მოითხოვს. მათთვის
ბრძოლა უსასრულოა.“²²

ბიბლიოგრაფია:

1. ბაუმი გ., იხსენით ძირითადი უფლებანი! მოქალაქის თავისუფ-
ლება თუ უსაფრთხოება, ფრიდრიხ ნიუმანის ფონდი თავისუფ-
ლებისათვის, თბ., 2009, 20.
2. *Ballbé M.* (direc.), *Manual de Derecho Administrativo*, UAB-AECI, 2002,
35, 217.
3. *Ballbé M.*, *Seguridad Humana: Del Estado Anómico al Estado Regulador*,
en: Hood Ch., Rothstein H., Baldwin, R., *El Gobierno del riesgo*, Editorial
Ariel, S.A., Barcelona, 2006, 15.
4. *Ballbé M.*, *El futuro del Derecho administrativo en la globalización:
entre la americanización y la europeización*, № 174, 2007, 251.
5. *Ballbe M., Martínez R.*, *Law and Globalization: Between the United
States and Europe*, in: *Robalino J., Rodríguez-Arana J. (eds.)*, *Global
Administrative Law*, Londres: Cameron May, 2009, 137-215.
6. *European Security Strategy*, Brussels, 12/12/2003, <[https://eur-
lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:r00004](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:r00004)>
[01.02.2021].
7. *Estrategia Europea de Seguridad*, <[http://eur-lex.europa.eu/legal-
content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ar00004](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ar00004)> [01.02.2021].
8. *Fernández Pereira J.*, *La Seguridad Humana*, Ariel, Barcelona, 2006,
165.
9. *Martínez R.*, *Armas: ¿Libertad americana o prevención europea?* Ariel
Derecho, Barcelona, 2009, 133.

22 იქვე, 221.

10. *Pérez Francesch J. L., Gil Márquez T.*, Las transformaciones del Estado de Derecho, entre la libertad y la seguridad, en: *Pérez Francesch J. L. (coord.)*, Libertad, Seguridad y transformaciones del Estado, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2009, 21.
11. *Pérez Royo J.*, La democracia frente al terrorismo Global, en: *Pérez Royo J. (Dir.)*, *Carrasco Durán M. (coord.)*, Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y sociedades, S.A., Madrid, 2010, 8-9.
12. *Ramonet I.*, Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos nuevas amenazas, Barcelona, Arena Abierta, 2002, <<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72532/UNISCI9Sanso.pdf>> [01.02.2021].
13. *Solana J.*, Más necesaria que nunca/Análisis, El Tiempo, 25 de marzo 2017, <<https://www.eltiempo.com/mundo/europa/analisis-de-javier-solana-sobre-la-union-europea-71410>> [01.02.2021].
14. *Vidal R.*, Una guerra mundial en donde el frente está en todas partes, <<http://www.uma.es/foroparalapazenelmediterraneo/wp-content/uploads/2016/07/Una-guerra-mundial-en-donde-el-frente-esta-en-todas-partes.pdf>> [01.02.2021].
15. La página de la Comisión Europea, <http://eeas.europa.eu/archives/docs/us/docs/infopack_06_es.pdf> [01.02.2021].
16. <<https://definicion.de/seguridad/>> [01.02.2021].

TENSIONS BETWEEN FREEDOM AND SECURITY IN CONTEMPORARY WORLD

Various elements of the current tension between the values of freedom and security are analyzed, from the conception of the primacy of the first element. We believe that there is a tendency not to respect freedom for the benefit of an obsession with security, in the new post-11-S paradigm.

The democratic State must always guarantee the fundamental rights of the person. Security cannot be an excuse for leaving them without effect.

On the other hand, in the current digital world there is a “technological tyranny” that can produce an authentic death of freedom, especially in groups not very integrated into the system.

It also analyzes the consequences of robotics and artificial intelligence against the decisions of the person, as a problem that must be properly regulated.

We understand that a culture of security is needed, which implies public powers and citizenship, of special importance in the current times of uncertainty, perplexity and unlimited globalization. National Security Strategies must serve this purpose to the extent that they define threats, risks and challenges to which States must react.

Special attention must be given to misinformation and the fight against “fake news” even in contexts of hybrid wars.

Constitutional systems must be adapted and interpreted in the service of a “culture of rights” and a concept of citizenship that most of it is digital.

Key words: *Freedom, global threats, exceptional measures, security, technological tyranny, robotics and artificial intelligence, National Security Strategies, misinformation, fake news, digital world.*

1. GLOBAL THREATS AND RESTRICTION OF PEOPLE’S RIGHTS

The concept of global threat has taken over every reflection on security and any National Security Strategy nowadays. I consider that we should put into question freedom rather than security.

* Professor, Doctor of Law. Head of Chair of Constitutional Law and Director of ICPS (Institut de Ciències Polítiques i Socials), Autonomous University of Barcelona.

I also consider that the debate between these two concepts is untrue, given that the rule of law as the main structure into our civilization¹ bases on guarantee political freedom and therefore, cannot fulfil full security.

To keep the balance between Security and Freedom, the first concept have a main roll into western legal systems and the EU regulations due to September 11 terror attacks. Consequently, it comes up a new view: global threats into an interconnected and globalised world. In this scenario, a normalization of exceptional measures² has been developed without being declared as such, and even a “criminal right of the enemy” has been developed in a logic never seen before.³

In my opinion, this renewed concern for security cannot ignore the efforts of so many generations to consolidate a culture of freedom⁴.

The right to such protection can be inferred from the obligation of the State to guarantee the security of the individual, through Imperium (form of authority). Furthermore, making compatible with the respect for the rights and freedoms recognized in the European human rights agreement. Which leads to outlaw the prohibition of torture and inhuman treatment, so must be based on respecting the guarantees and precise controls that would restrict some people’s rights such as privacy, the secrecy of communications, protection of personal data, deprivation of liberty, so frequent nowadays, aim to prevent abuse.

In one hand, in this context, cyber security is a turning point in global threats development. It is a mechanism to fight against any threats coming from the space as well.

In the other hand, although both security and peace are an unavoidable and basic element of State’s concept itself, not always successfully guarantee by it, nowadays its assurance has overflowed the structures of state political power, so its sovereignty. In addition, global threats require not only interstate cooperation but also the creation of supra-state organizations at a regional or global level, because the impact of those can occur anywhere. Therefore, the need to integrate security policies is increasing with the maintenance

1 *Llorca Arimany A.*, *Civilització i barbàrie. La tasca cultural en la construcció d’una civilització humanitzada*, WP 353. Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2018. <<https://www.icps.cat/archivos/Workingpapers/wp353.pdf?noga=1>> [05.09.2019].

2 *Cfr. de Vergottini G.* de. *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti esfide alla democrazia*, Bologna. Il Mulino, 2004.

3 *Morales Prats F.*, *La utopía garantista del derecho penal en la nueva “Edad Media”*, Reial Academia de Doctors, Barcelona., 2015. *Flagrant cases are the legal limbo of the Guantanamo prisoners, or the irregular flights of CIA planes through the airspace of the European States.*

4 The symbol of the Statue of Liberty of New York is eloquent in this logic.

of the human freedom idea, which has to be linked with a world minimum ethical standard on the human condition. In this struggle, global terrorism or transnational organized crime have a lot to do with, as well as the unlimited development of the cyber world, but also the living conditions of people, submitted to immigration, environmental abuse, job insecurity, and global gender gap.

Globalization has not avoided inequalities in the various areas of the planet despite announcements such as the struggle to achieve Sustainable Development Goals⁵ Working for digital citizens can certainly be an effective mechanism to fight for all the ODS⁶ and definitely for a fair and secure world⁷.

Furthermore, the fight against the global threats mentioned before requires coordination of information, intelligence, police persecution and judicial controls, which must also be global, for reasons of mere effectiveness.

The “normalization of exceptional measures”, without limits, controls or temporality can become a great danger to the citizens themselves. The State may fall into the trap of worrying more about diffuse security than about the freedom of its citizens.

In recent years, the legislation that seeks to ensure maximum security has increased⁸, having an impact on rights such as privacy, secrecy of communications (which derives from the classic right to secrecy of correspondence), freedom of movement, etc. The massive use of communication and information technologies, not always completely judicially controlled, has contributed to this dangerous path of reformulation the exercise of fundamental rights. We cannot ignore the institutional design between the judge, who is responsible for the control of the proceedings, and the Prosecutors and the police in the prosecution of the crime. We must claim the centrality of the judge throughout the judicial process, his authorization or control of the measures taken, as a guarantee of them.

We must also take into account the new role of information and communication technologies, which can help police investigation but at the same time cover up a potential legal issue in its possible excessive use, to the

5 <<http://agendapublica.elpais.com/turquia-tercer-pais-en-un-ano-que-deroga-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos/>> [03.09.2019].

6 <<https://undocs.org/es/A/RES/70/1>>, <<http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>> [03.09.2019].

7 Barcelona Charter for Citizenship Rights in the Digital Era, drawn up at the request of ICAB (Illustrious Bar Association of Barcelona), <<http://www.icab.cat/files/242-500413-DOCUMENTO/CartaDretsDigitalsCAS-v1.pdf>> [03.09.2019].

8 Pérez Royo J (Dir.), Carrasco Durán M (coord.), Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2010.

extent that secrecy is affected of communications, the right to honour and privacy, data protection, or even self-image.

The digital environment has put new resources in the hands of police forces, very good to carry out the investigations, but potentially dangerous if there is no proper, weighted and controlled use. Judicial control of police measures is essential and must be the rule, as a classic and permanent principle of the rule of law.

We live today in a mass society, which is walking towards a “under surveillance world”, a society guided by the ease of control thanks to technological development (artificial intelligence, robots and drones). Moreover, the use of chips, files, fingerprints, wiretaps, video recordings, etc., has affected the Individual freedom. Technology at the service of surveillance makes to see our life “clearly”⁹. Surveillance has an impact on everything we do in our life, and that no longer depends directly on processing information techniques in the hands of human beings, but on machines which must be closely monitored so that they do not restrict human freedom¹⁰. The judge must authorize a weighted average of technical possibilities, at the hands of the police. States no longer care about protecting security but rather “restricting the rights of people to provide them this security.

2. TECHNOLOGY AND TYRANNY

Progressive automation and the replacement of traditional wage labour suggest unexpected challenges both in the field of Public Administration and in private companies or in everyday human relationships. It is difficult to deal with large financial companies and its own political interests. As well as the democracy in retreat due to the rise of authoritarianism and populism, people’s rights decrease in the context of job insecurity. All this are a real threat to freedom¹¹

The use of artificial intelligence and robots can lead us to a tyranny of technology in the name of progress. The European commission carried out a framework document about Artificial Intelligence: COM 2018 /237 25th April.

The AI’s significant part is based in algorithms, which think, make decisions, solve problems and even learn, so they can replace the human mind in certain decisions.

9 *Wattimo G.*, *La società trasparente*, Garzanti, Milano, 1989.

10 *Whitaker R.*, *The End of Privacy: How Total Surveillance Is Becoming a Reality*, The New Press, New York, 1999.

11 *Standing G.*, *The Precariat. The new dangerous class*. Bloomsbury Academic, London/New York, 2011. *Ramió C.*, *Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Libros de la Catarata, Madrid, 2018.

The relationship between these gadgets and humans raises the necessity to resolve access to personal data, copyright and, most importantly, responsibility for infringements and damages that may arise. Artificial intelligence assumes the existence of self-learning in machine based on combinations of algorithms and the use of big data.

The capacity of an autonomous decision, being able to predict and decide without human intervention raise an ethical challenge of great magnitude¹².

The relationship between man and robot has reached a point, which robots would pay contributions to Social Security; report on Civil Law Rules on Robotics, drawn up by the Committee on Legal Affairs. This Committee approve this European Parliament proposal¹³:

First, according to this proposal, it gives rights and obligations to robots, as they would be responsible for any damages caused, such as autonomous cars, drones and robots for medicine, agriculture and industry. This Committee has created a working group on laws needed for robots collaborating with robotic communities, which include member states, industry, universities and research centres. Secondly, Euro barometer of 2017 gathers 72% support for all these gadgets, since it is understood that its use is beneficial for society. Currently, the European Union supports more than 120 research projects in this field, through the SPARC program, with 700 million euros, under the Horizon 2020 program.

According to European parliament, in this list we can observe six important element regarding robots¹⁴:

1. Robots must have an emergency switch to avoid any dangerous situation.
2. They may not harm human beings. Robotics will be designed to help and protect people.
3. Emotional relationships cannot be generated.
4. The contracting of insurance for larger machines will be mandatory. In the event of any material damage, the owners will bear the costs.
5. Your rights and obligations will be legally classified.
6. The machines will pay contributions to Social Security. Once they entry into the labour market will have an impact to workforce of many companies. The robots must be paying unemployment benefits to help workfare.

As you can see, we are faced with a new scenario of great future projection, which will undoubtedly be installed between us, and that will need adequate legal treatment.

12 *Latorre J. I., Ética para máquinas, Ariel, Barcelona, 2019.*

13 <<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/robotics.html?tab=Introduction>> [05.09.2019].

14 <<https://www.iberdrola.com/te-interesa/tecnologia/inteligencia-artificial>> [05.09.2019].

3. THE ABSENCE OF A NATIONAL SECURITY CULTURE IN SPAIN

Let us talk a little about Spain now. If we maintain that the democratic rule of law has certain requirements in a security-freedom debate, the same goes for the composite state.

On the final stretch of Tenth Spanish Legislature, Law 36/2015, of September 28, on National Security was approved and published. An important law for ensuring collective security against current global threats. However, its rapid approval, without social, academic or parliament debate, was a missed opportunity to do pedagogical approach for Spaniards, regarding public and social terms.

The distrust, with which these issues are always treated, provoked tension among the majority groups of the cameras (PP and PSOE). Which agreed with this legal text with complaisance, and some public sectors such as Catalan or Basque nationalist groups, got surprised to understand that there could be an invasion of statute of autonomy powers, regarding the declaration of “national emergency situation”, which would imply a violation of the statutory powers over the autonomous and local police (art.132 and 164 SAC). As well as civil protection and emergency management.

Consequently, the Government Catalonia lodged an appeal of unconstitutionality, which was resolved through STC November 184/2016 dismissing it.

Nevertheless, with interpretative elements, namely the expression “reinforced coordination”, through which is intended to flee from suspicions or doubts and unilateral measures by the current government.

If we analyse the path of the legislative procedure from the bill presented by the Government, it seems to have a tendency to incorporate concepts such as coordination or shared responsibility in this law, with the intention to ease the criticisms received from the autonomous communities’ perspective.

This Law apply the National Security Strategy: “A shared project” (2013), and now the new National Security Strategy: “A shared project of all and for all” (2017), Which gives to Government and especially its Prime Minister, and the National Security Council, the ability to decide on extraordinary measures (without affecting fundamental rights).

The lack of calmness during the law procedure, as well as the core-periphery tension in the Country Basque case and especially Catalonia’s strained relations has prevented public opinion from participating in the debate about the importance of national security culture as a responsibility shared by citizens and all public authorities of the State.

Thus, there has been no talk of the most important: to find a useful reaction to the current threats of security derived from global terrorism, transnational crime or massive cyber-attacks. Today it is essential to deal with these new realities, for which traditional means three degrees of state of emergency (alarm, exception and siege) are no longer useful.

The constitutional article **three** of the law defines the concept of National Security in the following terms:

The State will protect freedom, rights and well-being of citizens, to guarantee the defence of Spain and its constitutional principles and values, as well as to contribute together with our partners and allies to international security in compliance with the commitments assumed.

It is about a “shared objective” between the different administrations: state, regional and local, the private sector and civil society.

The constitutional article **four** uphold that the National Security is a public policy under the control of Prime Minister, as well as Public Administrations to do participate “in accordance with their powers”. Therefore, it contemplates the Government to promote a “National Security culture” in which the society is involved. Cooperation with the Autonomous Communities is to carry out through the Public Sector Conference for National Security issues. In addition, the Government, in case of serious threats could give direct orders to autonomous administration officials but never, without and prior agreement.

Therefore, the established cooperation mechanisms should be subject to further development, to all institutions who participate in “National Security” to guarantee to participate positively. On the other hand, I wonder: do we not have to face common attacks on cyber security, economic and financial security, maritime security, airspace, energy security, health, environmental preservation, or critical infrastructure?

I truly believe that we need an in-depth debate about the culture of security in Spain and specifically on National Security as an important government matters to deal with the serious attacks and global threats mentioned before, which the 2017 National Security Strategy details it. As well as established in Law 36/2015, on National Security, which also establishes a “National Security System”.

Currently, the importance of global common spaces, such as cyberspace, maritime space and air and outer space have been stressed, while critical infrastructure has been given great value, for supplying essential services to society. In addition, this situation implies to promote a comprehensive security model and a culture of security, which all public institutions and

society participate how to define and implement these measures. In this inclusive Integral Security project, it is not allowable for our security that certain ruling party own this security idea, neither a pretext of competence nor territorial control, as if the conception of the State can vanish. As neither, the story about National Security could end up prevailing a certain conception of security against freedom.

4. SECURITY STRATEGIES

As explained in the presentation, today national security strategies and supranational strategies such as those of the European Union are very significant documents in the field of the global fight.

The European security strategy was drawn up in 2003, and adopted by the Brussels European Council of 12 and 13 December 2003. The aim is to respond global challenges and the main threats of the beginning of this new century: terrorism, weapons of mass destruction proliferation, regional conflicts, the nation-state breakdown, and organized crime. In addition, under the authority of the EU's High Representative for the Common Foreign and Security Policy, Javier Solana, introduced the report regarding the implementation of the European Security Strategy, and valued the actions taken by the EU regarding the implementation of the objectives and strategic lines fixed in it.

Finally, among others texts, the EU Global Strategy for Foreign and Security Policy was adopted by European Council on 28 and 29 June 2016.

In between, in February 2010, the European Council adopted the Internal Security Strategy on March 25 and 26, 2010. The European security model has several areas: the European Security Strategy, the External Dimension of EU Justice and Home Affairs, freedom and security, and the Information Exchange and Data Protection.

At the operational framework, the development of these lines of work must be supported by the internal security agencies of the Union (Europol, Frontex, Eurojust, Cepad and Sitcen), without forgetting that Lisbon Treaty created the Standing Committee on Operational Cooperation in Internal Security.

EU internal security requires that Member States share information in time to prevent crimes and bring perpetrators to justice:

“Our strategy, therefore, should underline prevention and anticipation based on a proactive and intelligence approach, as well as tending to obtain evidence to proceed with prosecution. It is only possible to carry out a successful legal action if all the necessary information is available ...”

Moreover, much later insists on the “European Information Exchange Model”. This model must include all the databases of the European Union, to improve security within a clear framework that also protects the citizen’s privacy.

In Spanish,¹⁵ the National Security Strategy 2013 is the key element of National Security. The said strategy This Strategy replaced a previous one of 2011, in a dynamic unfortunately linked to political partisanship. In addition, the current one was adopted in 2017. On the other hand, National Security Law 36/2015 constitutional article nº 18 constitute the National Security System, which we will refer next.

The Council of Ministers, of May 31, 2013, approved the regulation of the National Security Council through Royal Decree-Law 385/2013, of May 31, amending Royal Decree 1886/2011, of December 30, which they establish the Delegated Commissions of the Government, in their condition as Delegated Commission of the Government for National Security.

When NSE came into force in 2017, it established that “the design of the national strategic position regarding the governance and use of global common spaces will be addressed”. With this aim, the organic architecture of the National Security Council will be complementary with the genesis of an Aerospace Safety Council. And secondly, the strategic framework of the so-called common spaces will be adjusted to this new Strategy; Of course that it will force both to review the current National strategy for Maritime Security and the National Strategy for cyber security as well as the National Energy Security Strategy, as well as the development of a National Aerospace Security Strategy.

The National Security Summit is used, as an instrument of collaboration with the autonomous communities, as a responsible for exercising the “reinforced cooperation”. As for the Department of National Security, created in 2012, it is a public advisory board which advise the Prime Minister in matters of National Security, and acts as Technical Secretariat and permanent labour body of the Council.

The Spanish National Security Strategy has been complemented with the National Cyber security Strategy, promoted by the National Security Council

¹⁵ *Cfr. Pérez Francesch J. L., Gil Márquez T., Las Estrategias de Seguridad: instrumentos para la lucha por un mundo más libre y seguro. Una visión desde España, Revista de Derecho, Universidad del Norte, n. 44. 2015, 333-360.*

in order to respond to the huge challenge of preserving cyberspace against the risks and threats that loom over it, as well as in order to implement prevention, defence, detection, prompt reply and recovery actions against cyber threats.

Under the direction of the President of the Government, there is a structure, which has three bodies:

- The National Security Council as the Delegated Commission of the Government for National Security, and two new ones: the Specialized Cyber security Committee, which provides support to the National Security Council by giving assistance to the direction and coordination of the National Security Policy on cyber security. As well as promoting coordination, cooperation and collaboration between public administrations and the private sector.

- The Specialized Situation Committee, which with the support of the Situation Centre of the Department of National Security will manage the cyber security crises. As established, Order PCI / 870/2018, of August 3, has published the National Security Council Agreement, which approves the procedure for a new National Cyber security Strategy.

The National Maritime Security Strategy develops the 2013 National Security Strategy forecasts and it tries to adapt them to the special requirements of the maritime field, along with other international strategic documents.

The National Energy Security Strategy of 2015 or the National Plan for Critical Infrastructure Protection of 2011 complete, among other documents, the forecast of the State's reaction to global threats. However, the cyber security problem appears to us as something transversal as it affects any area already mentioned.

5. THE POST-TRUTH AND MISINFORMATION ERA

Within the European Union (paradigmatic cases are Poland, Hungary or Italy), or in the United States of the Trump era, which populism is a great threat to coexistence, because it generates xenophobia, rejection, discrimination and hate, with no limits to immigrants, as well as encouraging emotional and non-rational speech of national security.

In addition, in this context, the story becomes a main element for social control and fake news. It also have become a great threat, in the face of a public opinion "with little capacity for discrimination, little time to document oneself, who seeks emotion rather than truthfulness and who does not like

to be contradicted, but instead reinforces what he already thinks¹⁶. In a world less and less influenced by traditional media and increasingly by social networks and technological mechanisms for generating news, post-truth is able to do as it pleases.

Nowadays it is important to control the story, although this is not true, in order to generate a mass and confusing set of information, and generate adhesion, sympathy, even if it is not fully understandable.

As has been said in the presentation, besides the interference in the right to data protection from the perspective of security, another activity has been developed that has expanded the concept of war (hybrid warfare). Moreover, it moves in dynamics aiming to the attack on the truthfulness of information and the manipulation of facts in order to generate insecurity or weaken a State.

The “Information warfare” has generated concern within the European Union and members states such as Spain. Misinformation as an online threat, as well as orchestrated cyber-attacks, in order to destabilize the State, which can affect both the formation of public opinion and critical infrastructure, which are now serious threats not only to the right to freedom of expression but to sensitive elements of national security, especially in electoral periods, as I remain in the talk.

The debate focus on the difficult between deontological media self-regulation (social networks), and the establishment of supervisory institutions such as the National Cyber Security Council, or the Regulatory Information Councils.

6. FINAL DELIBERATION

In this text, I have highlighted some aspects that in my opinion are elements that contextualize the reflections that I expressed into the paper. We face a new paradigm, which is not only security, but also civilizing. The digital world has replaced the analogue, sometimes driven by official pressure such as electronic administration. So, generating big gaps between non-digital natives, among which there may be important social exclusions.

On the other hand, we are in a world that is supposedly safe and legally regulated in a logic, which technology always goes before the law. We are

16 *Aznar Fernández-Montesinos F.*, Algunas reflexiones sobre la posverdad desde la perspectiva de la seguridad. Documento de Análisis del Instituto Español de Estudios Estratégicos. 22/2018. 13 junio de 2018. Disponible en: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2018/DIEEEA22-2018_Posverdad-SegNacional_FAFM.pdf> [05.09.2019]. También recientemente, Quaderns del CAC, “Fake news, algoritmos y burbujas informativas”, n. 44. Vol. XXI - julio 2018. Disponible en <https://www.cac.cat/sites/default/files/2018-08/Q44_ES.pdf> [05.09.2019].

facing a change in the ways of life, which affect not only everyday nature and coexistence, but also going far beyond privacy or data protection to disturb the exercise of all rights.

I argue that we must be able to build a positive discourse on the use of ICTs since they are here to stay, and their reach is huge. Constitutional systems must be adapted and interpreted in the service of a “culture of rights” and a concept of citizenship that most of it is digital.

BIBLIOGRAPHY:

1. *Aznar Fernández-Montesinos F.*, Algunas reflexiones sobre la posverdad desde la perspectiva de la seguridad. Documento de Análisis del Instituto Español de Estudios Estratégicos. 22/2018, 13 junio de 2018, Disponible en: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2018/DIEEEA22-2018_Posverdad-SegNacional_FAFM.pdf> [05.09.2019].
2. *Latorre J. I.*, Ética para máquinas. Ariel, Barcelona, 2019.
3. *Llorca Arimany A.*, Civilització i barbàrie. La tasca cultural en la construcció d’una civilització humanitzada, WP 353. Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2018, <<https://www.icps.cat/archivos/Workingpapers/wp353.pdf?noga=1>> [05.09.2019].
4. *Morales Prats F.*, La utopía garantista del derecho penal en la nueva “Edad Media”, Reial Academia de Doctors, Barcelona., 2015.
5. *Pérez Francesch J. L., Gil Márquez T.*, Las Estrategias de Seguridad: instrumentos para la lucha por un mundo más libre y seguro. Una visión desde España, Revista de Derecho, Universidad del Norte, n. 44, 2015, 333-360.
6. *Pérez Royo J. (Dir.), Carrasco Durán M. (coord.)*, Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2010.
7. Quaderns del CAC, “Fake news, algoritmos y burbujas informativas”, Nº 44. Vol. XXI - julio 2018, <https://www.cac.cat/sites/default/files/2018-08/Q44_ES.pdf> [05.09.2019].
8. *Ramió C.*, Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público. Libros de la Catarata, Madrid, 2018.
9. *Standing G.*, The Precariat. The new dangerous class. Bloomsbury Academic, London, New York, 2011.
10. *Vergottini G.*, de. Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti esfide alla democrazia. Bologna. Il Mulino, 2004.
11. *Wattimo G.*, La società trasparente, Garzanti, Milano, 1989.
12. *Whitaker R.*, The End of Privacy: How Total Surveillance Is Becoming a Reality, The New Press, New York, 1999.

SOME REFLECTIONS ABOUT THE RELATION BETWEEN THE CONSTITUTION AND CRIMINAL LAW

1. ON CONSTITUTIONALISM

Of the many definitions of constitutionalism, a simple and expressive one focuses on limiting power through the action of law. We have two poles of a conflictive relationship there: power as an attribute of raw domain and law as a tool conceived to temper domain, and redirect it towards objectives of general acceptance.

2. ON POWER AND REASON

From any side that we observe the legal reality of any organized society, the ability to prohibit and the power to punish is probably the most essential attribute of sovereign power. In front of power and his stubborn predisposition to separate what is legal and what is not legal, and to define the corresponding punishments, there is a belief in the ability of reason to temper the tendency towards arbitrariness and excess. Let's look, for example, at the Magna Charta Libertatum granted in 1215 by the English monarch John, and its famous Clause 39: "No free man is to be arrested, or imprisoned (...), or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, except by the lawful judgment of his peers and according to the law of the land". From this starting point, we could find very similar dispositions in the several Declarations that accompany the practice of constitutionalism, specially in England, but also, before the enacting of the US Constitution, in the north- American colonies that acceded to its independence.

3. ANCIENT AND MODERN CONSTITUTIONALISM

In the clause that we have just reproduced, the substantive is combined with the procedural without being easy for us to discern what matters most, or what came before. They express the way of being of a constitutionalism that some call ancient constitutionalism for having been put into practice and reaffirmed at a time before the emergence of the written Constitutions. It is a common thought that the history of modern constitutionalism begins with the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, of 1789, a text that already places us on the horizon of guarantees that we enjoy today. But in the French Declaration of 1789, is the law, not the Constitution, what matters.

* Professor, Doctor of Law. Head of Chair of Constitutional Law, University of Cádiz and President Emeritus of the Association of Constitutionalists of Spain.

4. THE FRENCH DECLARATION OF RIGHTS OF 1789 AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY

As a matter of fact, not less than eleven times the Declaration is recreated in the virtues of the law, starting by praising it as the only source suitable for establishing limitations on freedom (article 4). With a specifically criminal dimension, the article 5 indicates the general margin of what can and cannot be prohibited (only the things that are harmful to society); and the articles 7, 8 and 9 state the essential features of the principles of legality (“No person shall be accused, arrested, or imprisoned except in the cases and according to the forms prescribed by law.”), and of *lex previa* and proportionality of the penalty (“The law ought only to establish penalties that are strictly and obviously necessary, and no one can be punished except by virtue of a law established and promulgated prior to the offence and legally applied.”), as well as presumption of innocence (“Every man being presumed innocent until he has been pronounced guilty”). In its genetic code, Constitutionalism has incorporated the demands of a power to punish compatible with the commitments that were simultaneously assumed explicitly. This is the very essence of a civilized criminal law, in conformity with what has been exposed three decades earlier in the famous passage of Beccaria’s work, *Treaty of crimes and penalties*, which is often cited: “that a punishment may not be an act of violence, of one or of many, against a private member of society, it should be public, immediate and necessary; the least possible in the case given; proportioned to the crime, and determined by the laws.”.

5. THE NORMATIVE CONSTITUTION

If we look at the essentials of contemporary constitutionalism, what have changed in the decades since the end of World War II is the quality of the Constitution; the character of the Constitution as a parametric norm (*norma normarum*) and the commitment with the fundamentality of certain rights, transforms the entire landscape. And this is so – as is the case in Georgia and in Spain as well – when there is a specialized court, separated from the Judicial Power and endowed with the task of guaranteeing the normativity of the Constitution in front of Parliament and the rest of public powers. Instead of vaporous and revocable guarantees at the mercy of political conveniences, we have then superior values and principles judicially enforceable, and fundamental rights.

6. CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW

The logic of the legal interpretation of the Constitution not only change the quality of the Constitution, but also transforms the way of reading and applying

the entire legal order. Being the Constitution the primary regulation in relation to the other branches of the legal system, what matters is the impregnation of Criminal Law with the values and principles that structure our constitutional systems and make them be as they are. Ours social and democratic States are today committed with the “centrality” of the person, with his dignity and his rights. And each part of this concatenation imposes conditions that fully affect the foundation of Criminal Law and the way in which it has to be applied.

7. CRIMINAL LAW AS “NEGATIVE CONSTITUTION”

One of the recurring topics of juridical science consists in qualifying the Criminal Code as “Constitution in negative”. For example, if we look to the (so called) “Preliminary Statements of Reasons” of the Spanish Criminal Code of 1995 (the Criminal Code which adapted our criminal juridical system to the requirements of democracy) this topic is written as follows: *“If the legal order has been defined as a set of rules that regulate the use of force, one may easily understand the importance of the Criminal Code in any civilised society. The Criminal Code defines criminal and misdemeanours that constitute the cases for application of the supreme action that may be taken by the coercive power of the State, that is, criminal sentencing. Thus, the Criminal Code holds a key place in the Law as a whole, to the extent that, not without reason, it has been considered a sort of “Negative Constitution”. The Criminal Code must protect the basic values and principles of our social coexistence. And when those values and principles change, it must also change”*.

8. BUT WHAT DOES THE “CONSTITUTION IN NEGATIVE” MEAN?

What do we exactly mean when we use the expression “Constitution in negative”? It is a way of justifying the restriction of freedom that comes with Criminal Law? Or it is, by contrast, the way for highlighting the intrinsically constitutional qualities that Criminal Law must have in the context of a Social and Democratic State of Law? If it is the first, it seems that Criminal Law runs in contradiction with the claims that illuminated the constitutional illusion of the age of Revolutions. Criminal Law is the strongest way of limiting liberty that one can imagine. In contemporary constitutionalism, the *“free development of personality”* formula that appears, for instance, in article 2 of the German Constitution, has been decisive to broaden the contents of fundamental rights. And Constitutional Courts have had a leading role for the creation of “new rights” not expressly included in the Constitution.

9. WHICH ARE THE REQUISITES FOR LIMITING LIBERTY?

What matters, at the end, is to stablish, in a categorical manner, the requirements that are inherent to the constitutionalism of rights when it comes to restricting, in the most extreme way, the self-determination of behavior. And in this sense, we can speak of a kind of rule of closure of the system of rights that, it could be expressed as follows: *“All individual conduct is permitted unless it is prohibited by a norm that is in conformity with the constitutional exigences, from the material and from the formal point of view”*. And this is, moreover, an expression of the general interdiction of the arbitrariness of public powers that is architectural in any constitutional system. For practical purposes it implies that any norm that criminalizes a specific conduct, and establishes a sanction, must have sufficient constitutional justification.

10. THE CANON OF PROPORTIONALITY

In contemporary constitutionalism, proportionality has become a hermeneutic canon of universal scope which gives consistency to fundamental rights. The canon of proportionality is just that: a structure for legal argumentation that determines the way to resolve disputes that arise in the field of fundamental rights, without determining the outcome. And when it is the legislator who is at the core of the conflict, then Constitutional Courts usually combine proportionality with other principles of constitutional interpretation. For instance, the presumption of constitutionality of the law, and the principle of interpretation of the law in coformity with the Constitution, in an attempt to temper the very strong political relevance of the judicial review of legislation.

11. A POSITIVE READING OF THE CRIMINAL LAW AS CONSTITUTION IN NEGATIVE: THE GUARATISM PARAGIGMA

We said before that the topic of Criminal Law as a Constitution in negative, was also susceptible of a positive reading. From this perspective, Criminal Law should reflects today the best outcome of illuminist tradition. Since the reconstruction of the legal universe (and in some ways also political) after World War II, the dignity of the person is the key concept. As a result, Criminal Law, as the Law of coercion par excellence, cannot be a Law of unfounded or unjustified violence, but a Law profoundly interconnected with guarantees, forms and restraint. Guarantism represents today a normative model, not only to find the place of Criminal Law on the map of the constitutional, but also to lay the foundations of a legal and political philosophy that takes seriously the realization of fundamental rights. Under Guarantism paradigma, Criminal

Law minimizes violence and maximizes freedom by placing the power to punish in the sphere of constitutional implications: dignity of everyone, but also freedom, equality, justice, pluralism as superior values. And at the same time, structural principles concerning the State coercion and faculty to punish according to the essence of a constitutionalized Criminal Law: coercion as final ratio, guilt principle, non bis in idem, proportionality, humanity, personality of the penalty and resocialization, to indicate only some of the signs that characterize it.

12. THE “CRIMINAL LAW OF THE ENEMY” AS THE OPPOSITE PARADIGMA

The “Criminal Law of the enemy” represents a paradigm of criminal coercion situated in the antipodes of Guaratism. It is a Schmittian survivance that exacerbates the need to prevent and the power to punish, operating a radical división between citizens and offenders; the latter located, for their conduct, or for their potential danger, outside the constitutional pact. Departing from the terrorist attacks in the United States in 2001, there has been a certain erosion of Constitutional State’s values, as a result of improper balances between liberty and security. The creation of new figures designed to circumvent the restrictions of humanitarian Criminal Law, the attempts to confer legal appearance to aberrant practices, and the creation of a kind of permanent state of exception, belong to the worst legacy of these first decades of the 21st century.

13. THE IMPACT ON THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND CODIFICATION

The Nineteen Century was the century of codification. The positivization of the law through complete Codes, and the impartial application of the rules enclosed in the Codes by independent judges were considered as a kind of culmination of the political program launched by constitutional revolution. The problem was – an in part continues to be today – that legal positivism has a strong potential of conflict with rights. To become truly fundamental, rights have to be pre-requisites of the validity of the law. The law has to be enacted and applied in a manner consistent with the content of rights. But regardless of this, there is something in the codification profoundly connected with the principle of legality, understood as *lex certa*. Legal forecast and legal certainty are principles that the European Court of Human Rights considers inexcusable for legitimate interference in the rights of the European Convention of 1950. In the Spanish case, the approval of Organic Law 10/1995 – the so called “Criminal Code of Democracy” – was therefore considered a great achievement both politically and legally. The anomaly is that, in the 24 years that have elapsed since then, it seems as if we have entered into a punitive

logic that has set aside the aspirations of certainty and stillness of codification, **to slip into** a frantic rhythm of reforms in criminal matters that seems to be a tribute to punitive populism. More than 30 reforms of the Criminal Code in 24 years denote a legislative frenzy at the service of pure political contingency that allows us to question what remains of the structural principles of punitive law that were established since the Enlightenment's era.

14. CRIMINAL LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS

By its very nature, each criminal reform is capable of producing a profound and direct impact on the exercise of certain fundamental rights. In the Criminal Code (article 20.7), acting in the legitimate exercise of a right is one of the causes of exemption of culpability. The legislator should take care not to promote, through defective or excessive or indeterminate typifications, recurrent conflicts caused by behaviors that may appear as criminal, and at the same time as legitimate exercise of a fundamental right. One thing and the other are incompatible; if there is exercise of a right there can be no criminal action; and, conversely, a criminal act can never be presented as belonging to the sphere of conduct made possible by the recognition of the right. The constitutionally guaranteed content of a right – let's say free speech – is not only immune in front of the legislator, but also in front of judicial understandings of it that lean towards excessive criminalization for the sake of preserving other rights (the right of honour, for instance) or constitutional values (national security, for instance). Obviously the ultimate decision in this regard corresponds to who has the last word, that is, in the case of Spain and in the case of Georgia as well, the Constitutional Court. But the essentially difficult nature of many of these cases often give rise to contradictory decisions.

15. CRIMINAL LAW AND MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM

In this field discordant opinions between Constitutional Courts and European Court of Human Rights are quite frequent. In the case of Spain, we have had a recent episode of this kind of confrontation about the crime of insults toward the Crown (article 490.3 of the Criminal Code). Speaking in general terms, the European Court of Human Rights sees with caution the specific and reinforced criminal protection of the figure of the Head of State. In Spain we have a trilogy of cases that began in 1992 with the conviction in *the Castells against Spain*, continued in 2011 (*Otegui Mondragón against Spain*) and has culminated at the moment in 2018 with the *Stern Taulats and Roura Capellera against Spain*. Certain words or expressive acts that were considered by Spanish judges, including those of the majority of the Constitutional

Court, as criminal, were seen in Strasbourg as legitimate forms of political criticism. And as consequence the response from the Spanish authorities was considered disproportionate and unnecessary from the point of view of the needs of a democratic society. In a scenario of multi-level protection of rights, discordances and disagreements between the courts are in the “nature of things.” And that is the reason why the dialogue and the “cross jurisdictional fertilization” are postulated as the way to avoid a frontal and irreversible contrast. The last of the cases cited in this regard seems particularly worrying because it denotes a deep disagreement between Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights. For the majority of the Spanish judges, the public burning of a portrait of the King fall clearly under the category of “hate speech” But this is very much problematic if we looks at what is considered as hate speech in certain normative instruments or official documents of the Council of Europe or of the European Union.

16. CONCLUDING REMARKS

Spanish society has been involved in debates that deeply divide society and that are both criminal and constitutional. The reform of the Criminal Code of 2015 brought, among other things, the introduction of the reviewable permanent prison sentence. This aspect of the reform has been the subject of an Action of Unconstitutionality brought to the Spanish Constitutional Court by several political parties. The question is at the moment pending of resolution. The TC has always been reluctant to make imperative pronouncements on the essential aspects of criminal policy. Any Constitution combines closed prohibitions to do with mandates to act equally closed and imperative. It also recognizes rights and institutes guarantees. The Constitution is a framework for the free deployment of different political options; not a concentrated nursery in which the germ of all future developments is found. Article 25.2 of the Constitution says: *“The deprivation of liberty and security measures shall be oriented towards reeducation and social reintegration and may not consist of forced labor.”* That is the language of a rule, not that of a principle that is formulated with an open texture. The constitutional rule links clearly the penalty to the fulfillment of some objectives: reeducation and reintegration. Constitutional debates about which are the most suitable means to achieve such objectives are normal. But in our opinion what the constitutional rule does not admit in any case is to replace reeducation and reintegration, as ultimate purposes of the penalty, by retribution and prevention. It is just an example. But expressive of how far the impulse *securitism* or punitive populism can distort constitutional rules to make them unrecognizable, and contrary to the ideals that inspired them at the time they were approved.

SOCIAL CHALLENGES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THE CASE OF LETHAL AUTONOMOUS SYSTEMS**

Artificial intelligence (AI) has the potential to transform our society in a way that is still difficult to predict but whose implications are going to be deeper than previous technological developments. For the first time in our history, we will be dealing with non-human intelligences, able to perform tasks with direct implications over our material reality with consequences that can even result in direct human casualties. Through this article, we will try to provide elements for the social debate that is structured around the future of AI and its relationship with humanity, by analysing some of the social challenges attached to its core, using the lethal autonomous systems as a paradigmatic manifestation of those risks. This article will present some of the main problems attached to the technology that underlines the urgent need for regulation and deeper analysis about its potentials ramifications.

Key words: *Artificial Intelligence, Social Challenges, Lethal Autonomous Systems.*

1. INTRODUCTION

We are living in a historical crossroad defined by the massive incorporation of advanced technologies in our daily lives and routines. Technologies that for the first time represent not only tools that can help us to develop complex tasks, but able to take decisions without meaningful human control on critical phases of their life cycle¹ with direct consequences for our physical reality². These technologies are able, for the first time, to connect the digital with the non-digital universe in a single plane of interaction, with the ability to gather new data to improve future actions. They even have the potential to determine the way we see and interact with the world, being necessary to

* Doctor of Law, Professor at the School of Prevention and Integral Safety and Security; Lecturer at the Faculty of Law of the Autonomous University of Barcelona; and a member of ICRAC (International Committee of Robot Arms Control).

** This article has been developed thanks to the joint research with *Dr. Roser Martínez Quirante* in the context of the book, *Artificial Intelligence and Lethal Autonomous Systems*, a new challenge for the United Nations. Also would like to acknowledge the support of *Dr. Manuel Ballbé* in this research.

1 *Winner L.*, *Autonomous Technology: Technics-Out-of-Control as a Theme in Political Thought*. Mit Press., 1978.

2 *Marx L.*, *The Idea of "Technology" and Postmodern Pessimism*. In *Technology, Pessimism, and Postmodernism*, Dordrecht, 1994, 11-28.

rethink the roles that should be reserved for humans, and the future of our species as well³.

We find ourselves lost in the midst of a fourth industrial revolution, a process that can radically transform both our material and cognitive realities. A transition time that anticipates a complete new holistic approach to a context, where the boundaries between the real and the hyperreal are practically non-existing. This is a time that can give shape to the worst fears of Baudrillard⁴ by generating a world where our perception is determined by technology, in a context where technology is able learn, react, and adapt itself to the necessities of a system that is been shaped by them; a time that will be defined by the presence of non-human intelligences which are called to play key roles in crucial aspects of our lives such as safety and security, finance, learning, communication, etc.; a moment where our tools will be able to shape our reality in a way never before experienced, generating a perception scope that can limit our understanding of complexity, uncertainty, and social and psychological stability through normality. *“We shape our tools and, thereafter, our tools shape us.”* — John Culkin (1967).

Besides, current development of the technological revolution theoretically implies a transformation of the “human condition” as it was understood and defined by Hannah Arendt,⁵ providing new meanings to our system of social organisation and individual comprehension of the context. This transformation incubates to the post-human condition⁶, a moment when human and non-human intelligence co-exist evolving into a complete new reality. A new context where both intelligences can reshape each other through language by transforming meanings and signifiers⁷, generating new social forms and new lights and shadows, able to determine how we perceive the context. This is a new time that represents a dramatic change from the previous and in desperate need of tools that provide new frameworks of social cohesion and comprehension.

A time that fits in Gramsci’s definition of “war of positions” when “the old world is dying, and the new world struggles to be born: now is the time of monsters”⁸. And in this war, our tools need to be renewed if we want to ensure

3 *Rodríguez J.*, La civilización ausente: tecnología y sociedad en la era de la incertidumbre, Gijón: Trea., 2016.

4 *Baudrillard J.*, Simulacra and Simulation, Random House: London, 1994.

5 *Arendt H.*, The Human Condition, University of Chicago Press, 2013.

6 *Braidotti R.*, Posthuman, All Too Human: Towards a New Process Ontology. Theory, Culture & Society, N. 23(7-8), 2006, 197-208.

7 *Nietzsche F.*, On the Genealogy of Morals and Ecce Homo, London, 2010.

8 *Bates T.*, Gramsci and the Theory of Hegemony, Journal of the History of Ideas, N. 32(2), 1975, 351-356.

a future of progress and wellbeing for human beings and other species that inhabit this planet. It has been a long time since the moment when Hobbes met Galilei, and the Leviathan was raised as our best attempt to generate certainty, not from an arbitrary system of values as the one provided by the Catholic church in Western Europe, but from a deep understanding of nature through mechanistic thinking. The dream of Hobbes of finding a methodology that can create certainty in chaos by providing a rational framework, with the notion of causality and humanist ethics at its core,⁹ is quickly fading while we feed this age of post-truth. Hobbes' time has passed and the law, understood as a technique¹⁰ as well as a philosophical resource, is showing dramatic signs of exhaustion in its current comprehension while dealing with the new technological frameworks^{11 & 12} i.e., transformations that raised questions related to one of the biggest challenges¹³ we have experienced in previous centuries in the rise of new forms of intelligence, or intelligence without consciousness, and how the public and the private must interact and relate to them.

The present article's main objective is to explore the erosion of paradigms that have been produced in the recent years with the rise of some technological developments, as well as the potential result of their combination, by exploring those deeply affected key elements of our reality, which was never designed to deal with non-human intelligent actors, and how these actors should be comprehended.

A new path where the philosophy of law its called to play a key role in the development of our theory by understanding that it's precisely the "spirit of the law" of the "Leviathan" the only possible way we have to face front, right now, the risk associated with the rise of non-human intelligent as active actor in our society. It is also important to understand the potential side effects of these technological developments and how the promises of a bright future elaborated by the industry at this stage of development could easily transform into our worst nightmare.

We also have to take into account that we are working with technical developments that we do not fully understand. These developments are giving birth to technologies that have the potential to determine the future paths of development of humanity. The gears of these technologies are controlled

9 Pardo J. E., *El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons., 2009.

10 Ellul J., *Ellul J., Jurist P., Ellul J., Juriste P., Ellul J.*, *La Technique ou l'enjeu du Siècle*, Paris, 1954.

11 Funtowicz S. O., *Ravetz J. R.*, *Science for the Post-Normal Age*, *Futures*, N. 25(7), 1993, 739-755.

12 *Ravetz J. R.*, *Scientific knowledge and its Social Problems*, Transaction Publishers, 1973.

13 *Barrat J.*, *Our Final Invention: Artificial Intelligence and the End of the Human Era*, Macmillan, 2013.

right now by the private sector, and not by the public sector, making us question the hidden agendas that have been put in place to generate states of consciousness oriented to comprehend the human as a consumer but not as a citizen who is a subject of rights that protect him/her from deception and manipulation.

With this purpose, we would structure the present article into three sections: The context, where we defined the characteristics of our system, the rise of artificial intelligence and the lethal autonomous systems where we would present those technologies. In the third section, we will focus on some of the challenges this technology represents and finally offer some recommendations for action in the last section of the paper.

2. CONTEXT

The systemic changes unleashed over the last decades have resulted in a profound reconfiguration of the pillars on which the old scientific, social, legal and other paradigms were based¹⁴. The old system has been eroded by chaos, contradictions, complexity and uncertainties¹⁵ as was illustrated by Ilya Prigogine, Nobel Prize winner in physics. His research laid the foundations of chaos theory, stating, "Chaos makes life and intelligence possible. The brain has been selected to become so unstable that the slightest effect can lead to the formation of order."¹⁶

However, even the concept of life evolves and has lately been often understood as an object of consumption and a mechanism of production. Values intrinsic to the subject, such as human dignity, are no longer central to the system, but very often ignored or degraded. Life is quantified through algorithms¹⁷, the body is a vital unit of consumption within the production cycle and death is assumed as collateral in a field that extends from the war to the productive.

In addition, safeguarding the rights of the subjects is contingent to the fiscal balances of the large corporations, which determine their working conditions not based on ethical, or even, legal criteria but simply economic criteria. However, this situation has led in parallel to the emergence of citizen

14 *Sardar Z.*, Welcome to Post-Normal Times, *Futures*, N. 42(5), 2010, 435-444.

15 *Funtowicz S. O., Ravetz J. R.*, Science for the Post-normal Age. *Futures*, N. 25 (7), 1993, 739-755.

16 Vid. el trabajo recopilatorio sobre la dignidad como derecho y como valor en *Barak A.*, Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right, Cambridge, 2015. También vemos una exhaustiva perspectiva interdisciplinar en *Düwell M. et al.*, The Cambridge Handbook of Human Dignity, Cambridge, 2014.

17 *Ray T., Liew K. M.*, Society and Civilization: An Optimization Algorithm Based on the Simulation of Social Behavior. *IEEE Transactions on Evolutionary Computation*, N. 7(4), 2003, 386-396.

movements in favour of disadvantaged groups to curb this trend. In the wake of such pressures, litigation, the outpouring of information, etc., little by little, minority rights have been recognised and business organisations have been forced to change their economic policies through corporate social responsibility¹⁸.

We are facing a phase of development of globalised capitalism in which we can observe a process of transition from Foucault's biopolitics^{19;20} to Mbembe's necropolitics²¹. Therefore, the efforts of citizen movements and international organisations will be necessary to stop the crystallization of a form of power defined by its necessity of exercising control over life from both a material and utilitarian perspective (movement control, thought control, etc.). A form of power that also uses to avoid regulating those fields of development that clearly represent risks for the society. This is a phenomenon that brings us to the current phase of expansion of the system that is impregnated with the domain of the simulacra of hyperreality²²; a context where new tools should be generated to adapt to the development of technology.

The structures of advanced capitalism unravelled by Jameson in his work, *Postmodernism or the Cultural Logic of Late Capitalism*,²³ and the concept of Casino Capitalism that Ballbé points out (almost more chaotic than in the origins of the anomic market²⁴) are no longer limited to exercising repressive control over the subject of a form both physical (material) and ideological (subjective), but objectivise the domain over life and death while we appreciate a counter-reaction from deregulation to re-regulation (environmental, financial, labour, etc.) as the only existing hope.

If such a change does not occur, a transmutation of traditional government will lead us to a private indirect management that does not destroy the state, but that transfers the exercise of coercive power to organised parastatal elites for whom the general interest is not a priority. From there, we will observe the rise of the establishment of a necropolitical order, based on the control and economic use of the power to kill; a system whose maintenance requires new and sophisticated social control systems.

18 Ballbe M., Martínez R., *Law and Globalization: Between the United States and Europe*, in: *Global Administrative Law*, Robalino J., Rodríguez J., Rodríguez-Arana J. (eds.), Londres: Cameron, 2009.
Ballbe M., Martínez R., *Soberanía dual y Constitución integradora*, Barcelona, 2003.

19 Foucault M., *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, US, 2012.

20 Paras E., *Foucault 2.0: Beyond Power and Knowledge*, 2006.

21 Mbembé J. A., Meintjes L., *Necropolitics*. *Public culture*, N. 15(1), 2003, 11-40.

22 Baudrillard J., *Simulacra and Simulation*. University of Michigan Press, 1994.

23 Jameson F., *Postmodernism, or, the Cultural logic of Late Capitalism*, Duke University Press, 1991.

24 Ballbé M., *Seguridad humana: del Estado anómico al Estado regulador*, prólogo a Hood C. *et alii*: *El gobierno del riesgo*, Barcelona, 2005.

In this phase, the system no longer seeks only to “Discipline and Punish²⁵” through a complex legal-institutional system. But, as a result of the exponential growth of scientific knowledge, the state and the community are more aware of the associated life processes to cycles like consumption.

A present, in which the system knows that it chooses to decide who lives and who dies, is being configured. How such death will occur is also being planned through generating a complex eschatological strategy that can materialise in an ample menu of possible endings such as violence, war, illness, intoxication, exhaustion, high cost, etc. This is happening in a world that, despite considerably reduced physical distances, thanks to communication and transport technologies, still reproduces models of past exploitation through practices based on massive extraction of resources from peripheral countries and in restricting people’s freedom of movement. Condemning many subjects to exploitation and death while the ecological exhaustion to which they have been subjected to certain territories increases the need for that freedom²⁶.

Whole regions of the globe suffer from desertification and water impoverishment that impede access to water to entire communities that are forced to abandon their lands due to the impossibility of maintaining traditional farming activities, where artificial intelligence can be used to provide answers and solutions. Because, climate change is also responsible for other phenomena like ecological emigration²⁷ that throws thousands of people into the arms of human trafficking mafias²⁸ every year, generating successive humanitarian crises while developed countries apply active policies of border control and entry limitations.

We are before a new system, a new servitude of the glebe, where the West supports its consumption dynamics in a refined version of the idea of a vital space that consists in the fact that it is no longer necessary to exercise effective control of a territory, but simply that of its economy. Extraction of materials is guaranteed while the free movement of individuals is restricted. Millions of men and women are condemned to poverty, their human dignity is ignored and neglected and new forms of risk commercialisation, such as emission rights, illuminate sophisticated social and environmental erosions. This dynamic contrasts with those of the social classes of Western countries and the elites of the rest of the planet, who benefit from a complex system of privileges²⁹.

25 *Foucault M.*, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, US, 2012.

26 *Balibar E., Wallerstein I. M., Wallerstein S. R. I.*, *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, Verso, 1991.

27 *Beine M., Parson C.*, Climatic Factors as Determinants of International Migration, *The Scandinavian Journal of Economics*, N. 117(2), 2015, 723-767.

28 *Janashvili L.*, *Human Trafficking: la nueva esclavitud*, 2018 [en prensa].

29 *Castells M.*, *Power of Identity: The Information Age: Economy, Society, and Culture*, Singapore, 1997.

The model thus configured leads to a social and ecological exhaustion and requires new instruments of control and consent manufacturing based on the reconfiguration of the human being as a consumer stripped of all intrinsic dignity. And our time is configured around the deregulation of 2000, with a view to a chaotic and deregulated capitalism³⁰ that turns our own life and bodies into objects of consumption.

Production processes are relocated to places where ecological or labour regulations are virtually non-existent and workers are not only exposed to unacceptable risks unthinkable in Europe, but also to extreme situations of labour exploitation bordering on slavery, including the use of child labour³¹. In this context, poorly applied artificial intelligence can play a key role as a tool for crystallising inequality and making humanitarian crises invisible. Examples like Cambridge Analytica and its role in the American presidential elections of 2016 give us clues about a model between Huxley and Orwell, in which the soma can be combined with high doses of repression, depending on the link of the chain in which individuals participate.

Life and bodies are not only referred to humans or anthropomorphs, but to all by taking into account the complex eco-systemic relationships of interdependence between species. Life „is a process capable of preserving its complexity and replicating itself. But what is replicated is not matter (made of atoms) but information (composed of bits) that specifies how atoms are arranged “. ³²

This conception forces us to consider a kind of post-human security that acquires a new dimension with the appearance of artificial intelligence and wetware (which means the interaction between software and organic tissue) in complex inter-species relations of interdependence. Cross-sectional studies that focus on integral security (a concept coined by the United Nations) and thus overcome the current phase, which is sustained in the constant consumption of vital bodies and units, for medical, scientific, labour, etc., are hence important.

The technological development will probably begin in the next phases of expansion to occupy layers of the system that until now were reserved for humans, thanks to the development of different forms of artificial intelligence, accelerating the dissolution of the human in favour of the non-human or perhaps, with some luck, the post-human leading to a life 3.0. A field of play

30 *Arrillaga J., Bollen M. H., Watson N. R., Power Quality Following Deregulation. Proceedings of the IEEE, N. 88(2), 2000, 246-261.*

31 *Wallison P. J., Deregulation and the Financial Crisis (No. 31059), 2009.*

32 *Tegmark M., Vida 3.0. Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial, Taurus, 2018, 40.*

is already being structured, in which the advances in robotics, nanotechnology and, especially, those related to so-called machine learning, pose a challenge for global peace. A new context of impunity and lack of democratic control is already being generated in which conflict and war are developed based on a logic that has nothing to do with that which inspired the fundamental treaties that regulate war and its development, such as The Hague Convention (1899 and 1907)³³.

It was Albert Einstein who, in an interview conducted by Alfred Werner in Liberal Judaism, stated the following: “I do not know with what weapons the third world war will be fought, but in the fourth world war they will use sticks and stones.” Today, we seem to be closer to offering an answer to the first question: if we do nothing to remedy it, the third world war will be fought with autonomous / independent weapon systems and its consequences, as anticipated by Einstein, can be disastrous for the species.

3. THE RISE OF AI AND LETHAL AUTONOMOUS SYSTEMS

Artificial Intelligence represents our next frontier, as space exploration in the 60's and 70's and decoding the human genome in the 90's and 00's, a new land of promises and dangers ready to be conquered. As happened with the previous technological developments, the concept has the ability to embody our wildest dream as pictured in Sci-Fi culture. Therefore, it is important to begin by offering a clear definition. Artificial intelligence “refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals. AI-based systems can be purely software-based, acting in the virtual world (e.g. voice assistants, image analysis software, search engines, speech and face recognition systems) or AI can be embedded in hardware devices (e.g. advanced robots, autonomous cars, drones or Internet of Things applications). We are using AI on a daily basis, e.g. to translate languages, generate subtitles in videos or to block email spam. Many AI technologies require data to improve their performance. Once they perform well, they can help improve and automate decision making in the same domain. For example, an AI system will be trained and then used to spot cyberattacks on the basis of data from the concerned network or system.³⁴ On the other hand, Misky, simplified the concept by

³³ *Susnstein C.*, *The World According to Star Wars*, NY, 2016.

³⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25.4.2018 COM(2018) 237 Final.

defining artificial intelligence as “the science of producing machines that can carry out tasks that require intelligence (if developed by humans).³⁵”

The critical difference between AI and the other technological revolutions, it's that even space exploration and genomic research required of a new legal corpus as the “Space Law Treaties and Principles”³⁶ or the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, those legal frameworks never were intended to deal with “man out-of-the-loop” situations in critical decision-making process. Therefore we are facing front a whole new way of understanding responsibility.

Our entire legal corpus, except for responsibilities derived from supervised persons or the possession of animals, is intended to regulate the social behaviour of adult self-conscious humans; even corporate law cannot be understood without this principle³⁷. Being the first time in our history dealing with potential critical situations conducted without meaningful human control, this provides us with a complete new framework in relation with assumptions of responsibility. There will be situations where algorithms will be fully responsible for actions that have deep implications for our material reality, from selling stocks to directly killing people through the use of weapons, while a big temptation to recognise these new players as persons exists³⁸. There will be a new layer of complexity that just adds risks to our equations³⁹.

Another important thing that we should consider is that AI found its origins back in the 1930s when Alan Turing described the first artificial intelligence system. It was an abstract computer machine with unlimited memory and a scanner that moved back and forth through it, symbol by symbol, reading what it found and writing more symbols. The actions of the scanner were dictated by an instruction program that was also stored in its memory in the form of symbols. This opened the possibility that the machine would work while modifying or improving its own program⁴⁰. Therefore, we can say that all modern computer systems are basically Turing machines.

35 *Minsky M.*, Society of Mind: A Response to Four Reviews, *Artificial Intelligence*, N. 48(3), 1991, 371-396.

36 *UNOOSA*, Out Space Law, <<http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html>> [10.09.2019].

37 *Zhi-peng H. E.*, Globalization and the Shift of International Law to Humanism, *Jilin University Journal Social Sciences*, Vol. 1, 2007, 014.

38 *Willick M. S.*, Constitutional Law and Artificial Intelligence: The Potential Legal Recognition of Computers as Persons. In *IJCAI*, 1985, 1271-1273.

39 *Perrow C.*, *Normal Accidents: Living with High Risk Technologies-Updated Edition*, Princeton, 2011.

40 *Turing A. M.*, Systems of Logic Based on Ordinals: Proceedings of the London Mathematical Society, N. 2-45(1), 1939, 161-228.

A few years later, in 1952, the Turing test⁴¹ was created to determine if a machine was really intelligent. To overcome it, the machine must be able to trick a human into thinking he/she was an equal, in a deeper way than the recent controversy related with Ashley Madison showed us⁴². Four years later, Minsky and McCarthy, with Shannon and Rochester, organised a conference in Dartmouth and published the term artificial intelligence⁴³.

Thus, we are in front of a system that has been evolving for more than 50 years and today those fields where AI has been already put in place are practically innumerable and its decisions-making has real, tangible and sometimes dramatic consequences. In this sense, an article published by The Atlantic entitled “How Algorithms Can Reduce Minority Credit Scores”⁴⁴ reveals how the massive use of artificial intelligence algorithms by financial entities can crystallise into marginalisation dynamics regarding minorities, making it necessary to include human controllers that can correct these biases. In the same way, The Guardian⁴⁵ warned about the appearance of “prejudices” related to gender and race in artificial intelligences due to the processing of natural language in open sources that alters the theoretical neutrality of artificial intelligence, something that was recognised by companies such as Facebook⁴⁶, who promised to increase the phases under human control.

Algorithms also played a decisive role in the 2008 financial crisis, as explained in an article published in The Guardian,⁴⁷ entitled “Was software responsible for the financial crisis?,” where it focuses on the manipulation of

41 *Turing A. M.*, Computing Machinery and Intelligence, in: *Parsing the Turing Test*, *Epstein R., Rogerts G., Beber G. (eds.)*, Netherlands, 2009, 23-66.

42 *Ashley Madison* created more than 70,000 female bots to send male users millions of fake messages, hoping to create the illusion of a vast playland of available women. *Newitz A.*, Ashley Madison Code Shows More Women, and More Bots, <<https://gizmodo.com/ashley-madison-code-shows-more-women-and-more-bots-1727613924>> [10.09.2018]. *Dans E.*, Ashley Madison: How Much AI do You Need to Trick a Horny Man?, <<https://medium.com/enrique-dans/ashley-madison-how-much-ai-do-you-need-to-trick-a-horny-man-b137f8c56002>> [10.09.2018].

43 *Alandete D.*, Necrológica: John McCarthy, el arranque de la inteligencia artificial, *El País*, 27.10.2011. Vid. *Guillén B.*, El verdadero padre de la inteligencia artificial, *OpenMind*, 4.09.2016.

44 *Waddell J.*, How Algorithms can Bring Down Minorities’ Credit Scores, *The Atlantic*, 5 de junio [en línea], 2018 <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/12/how-algorithms-can-bring-down-minorities-credit-scores/509333>> [20.08.2018].

45 *Devlin H.*, AI Programs Exhibit Racial and Gender Biases, Research Reveals, *The Guardian*, 13 de abril de 2017 <<https://www.theguardian.com/technology/2017/apr/13/ai-programs-exhibit-racist-and-sexist-biases-research-reveals>> [14.08.2018].

46 *Lee D.*, Facebook Adds Human Reviewers After ‘Jew Haters’ Ad Scandal, *BBC News*, 20 de septiembre [en línea], 2017 <<https://www.bbc.com/news/technology-41342642>> [20.08.2018].

47 *Dodson S.*, Was software responsible for the financial crisis?, *The Guardian*, 16 de octubre [en línea], 2008, <<https://www.theguardian.com/technology/2008/oct/16/computing-software-financial-crisis>> [14.08.2018].

perceptions exerted by the algorithms and the subsequent domino effect that was triggered due to the automation of sales orders before certain events. The resultant consequences, approximately a decade of recession, offers us a good example of the magnitude of the problems that can arise due to the extensive use of artificial intelligence without meaningful human control, especially so when some countries are actively researching and designing lethal autonomous systems⁴⁸. Some uses of AI represent some of the biggest risks humanity faces right now, whose implications can be dramatic for humanitarian law, the law of war, etc.

Among the vast range of technologies derived from artificial intelligence, its possible applications for military use will be the focus our attention in this paper due to the risks they represent for the evolution of the system itself and the guarantee of basic rights and freedoms. We focus specifically on our interest in lethal autonomous weapon systems (LAWS)⁴⁹. These systems are characterised by the integration of artificial intelligence in such a way that they have the intrinsic capacity to approach decision processes outside human control or supervision in a meaningful way⁵⁰.

The main difference between the autonomous weapon systems (AWS) and the LAWS would be that the former are merely defensive in nature (anti-missile shields, for example), while the latter have the ability to identify and eliminate military objectives, including people, without significant human control in the process. This means a delegation of lethal capabilities to robotic entities.

The risks not only affect the very nature of the technology itself but also its social and political consequences. Appearance of a varied list of new weapons systems gives rise to a new arms race that can determine the course of conflicts not only of the future, but of the present; in some cases they are fully operational (although not totally autonomous from human control). The Phalanx air defence system of the US Navy, which allows it to repel attacks in automatic mode is one such example⁵¹.

In 2018 census, the International Committee of the Red Cross counted some 130 autonomous weapon systems in the world, although other studies

48 *Future of Life Institute*, Benefits and risks of artificial intelligence [en línea], 2018, <<https://futureoflife.org/background/benefits-risks-of-artificial-intelligence/>> [14.08.2018].

49 *Waters R.*, AI progress sparks cyber weapons fears, *Financial Times*, 20 de febrero [en línea], 2018, <<https://www.ft.com/content/c54002ee-1668-11e8-9e9c-25c814761640>> [20.08.2018].

50 *Roff H.*, Meaningful human control or appropriate human judgment? Necessary limits on autonomous weapons, documento informativo preparado para la conferencia de revisión de la UNCCW, 2016.

51 *Horowitz M. C., Kreps S. E., Fuhrmann M.*, Separating fact from fiction in the debate over drone proliferation, *International Security*, N. 41(2), 2016, 7-42.

estimate the number to be 300^{52;53}. These would include semiautonomous weapons systems as they would be subject to human oversight at key stages, such as selection of targets. This applies to Patriot or drone missiles like the Reaper model.

However, the current article does not focus on the analysis of weapons systems with remote human control (AWS or weapons with significant human control), but on the potential risks for the future posed by the deployment of a type of technology with strong artificial intelligence, or without significant human control. These could be called lethal independent weapons systems (LIWS) or independent lethal weapons systems. Their regulation is urgent due to their possible hybridisation with other types of weapons, such as nuclear or biological, which together with AI are a real threat and more present than ever. Its emergence is framed, as we shown, in an increasingly unstable and unpredictable international scenario. As D. Mourelle says, “The world is making geopolitical tightrope walking about the abyss. But on this occasion, nothing guarantees that in the next nuclear crisis we will have as much luck as in the previous ones”⁵⁴.

Our analysis is focused in sum on those weapon systems capable of selecting and attacking targets without human intervention⁵⁵ and whose applicability is usually theoretically restricted to military objectives in non-populated areas. The rise of cybernetic systems capable of rapid development, high processing power and artificial intelligence forces us not to be naive and realise that there are no limits for their use as autonomous weapons in urban spaces, without a formal declaration of war. This is a technology that, if it reaches the hands of non-state actors such as terrorist organisations, can open a new scenario that condition the development of artificial intelligence even in non-weapon applications.

52 *Sassoli M.*, Can autonomous weapon systems respect the principles of distinction, proportionality and precaution?, conferencia celebrada durante el comité de expertos Autonomous weapons systems: technical, military, legal and humanitarian aspects, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra [Suiza], 2014.

53 *Roff H.*, Meaningful human control or appropriate human judgment? Necessary limits on autonomous weapons, documento informativo preparado para la conferencia de revisión de la UNCCW, 2016.

54 *Mourelle D.*, La amenaza nuclear del siglo XXI, *El Orden Mundial*, 27 de noviembre [en línea], 2017, <<https://elordenmundial.com/2017/11/27/la-amenaza-nuclear-en-el-siglo-xxi/>>, [17.08.2018].

55 *Asaro P.*, On banning autonomous weapon systems: human rights, automation and the dehumanization of lethal decision-making, *International Review of the Red Cross*, 94, 2012, 687-709.

One of the biggest challenges that we face, and that the United Nations wants to solve, is that there is no definition of autonomy or significant human control internationally agreed for the LAWS, nor consensus about the characteristics or traits to clearly identify them. It is necessary, then, to provide elements that allow us a classification that facilitates its regulation through a deeper understanding of their nature and AI itself.

Grosso modo, we could understand that this type of independent weapons has three basic characteristics:

- They can move independently through their environment to places they choose arbitrarily. Its capabilities are: mobility, persistence and orientation and navigation;

- They can select and shoot against targets in their environment. Their capacities are: identification of objectives, discrimination to categorise objectives, prioritisation of objectives and selection of the type of weapon appropriate for the objective⁵⁶; and

- They can create and/or modify their objectives by incorporating observation of their environment and communication with other agents. Its capabilities are: self-determination, self-commitment and autonomous communication with other systems⁵⁷.

Here arises a question which we must face: what degree of artificial intelligence or intelligent behaviour is necessary for the legal system to consider prohibition of AI? Whether they have significant human control during different phases of the lethal action process (implementation, validation and execution) will ultimately make the difference.

If we look at the census prepared by the Future of Life Institute, there would currently be 256 systems categorised and qualified as autonomous.⁵⁸ However, to date, most states argue that everyone has human control or adequate human judgment at some time. That is, all the systems developed so far depend, or should depend, on human supervision or prior human judgment in at least some of its critical phases (selection of objectives or cancellation of the order). However, parallel systems are investigated and developed with total autonomy, which sooner or later must be analysed to check if they meet legal requirements. Because, the current situation of

56 *Rothmer F.*, Robots in Court: Responsibility for Lethal Autonomous Weapons Systems, in: *Mensch und Maschine – Symbiose oder Parasitismus?*, *Bränli S., Harasgama R., Schister R., Tamò A. (eds.)*, Berna, 2014.

57 *Martinez R., Rodriguez J.*, Inteligencia Artificial y Armamento letal autónomo. El nuevo desafío para naciones unidas, TREA, 2018.

58 *Future of Life Institute*, Benefits and Risks of Artificial Intelligence [en línea], 2018, <<https://futureoflife.org/background/benefits-risks-of-artificial-intelligence/>> [14.08.2018].

practical non-regulation of the LAWS allows by the inactivity of the anomic can have as a result competitive race between governments.

States justify AWS by assuring that they are not intended to use in attacks but for defence, that is, simply as automatic weapons defence systems (AWDS)⁵⁹. But that does not seem more than a subterfuge to legitimise absolutely lethal systems endowed with the capacity to become independent of their creator and controller.

It is essential to develop an international regulation that allows for the restriction of its uses by not allowing the existence of communicating vessels between the development of defence systems and those whose purpose is lethal action against people. Otherwise, it could be attributed to a synthetic being, with humanity not having the power to decide, in a conflict, whom to target based on the general interest, that is, a license to kill that should be exclusive to the public power.

For this reason, several initiatives have emerged over recent years to generate an international ban on this type of weapon, such as the Stop Killer Robots campaign. It is a movement founded in 2013, made up of numerous non-governmental organisations that range from technology companies to human rights organisations. Its objective is to direct international normative processes towards the prohibition of autonomous weapons, considering that it represents a threat superior to that posed by nuclear weapons. It uses the report “Losing Humanity: The Case against Killer Robots” to argue that lethal autonomous weapons do not meet the requirements of international humanitarian law and argues about what should be done with the blinding laser, viz., preventive prohibition of their use and development.

4. MAIN PROBLEMS RELATED TO AI AND LAWS

One of the main characteristics of AI is its ability to gather new data to improve future actions through what is called machine learning. Therefore, deep learning defined learning techniques that combine layers of neural networks to identify the profiles of a set of data needed to make decisions. In this way, the existence of multiplicity of layers between the input data and the output data is recognised, configuring the outputs of the previous layers as inputs for the following, which generates what has been known as artificial neural networks⁶⁰.

According to Marcus Shingles, the opportunities derived from these technologies are huge and include obtaining information from “the

59 Warren A., Hillas A., *Lethal Autonomous Weapons Systems. Adapting to the Future of Unmanned Warfare and Unaccountable Robots*, 12, 2017, 71-85.

60 Kaplan J., *Artificial Intelligence*, Oxford, 2016.

sleeping giants of the data,”⁶¹ improving decision-making and “taking advantage of the collective wisdom of the community”. Perhaps this last one embodies one of the promises of greater social interest associated with artificial intelligence, but, at the same time, has the intrinsic ability to draw dystopian scenarios in which social control and lack of privacy give shape to an authoritarian society.

This is fundamentally because data is the raw material, the blood, of the system. Without extensive sets of available data, development of artificial intelligence would be a mere chimera. As T. Rosembuj says, the data are “the main raw material of the algorithm, such as cotton, wheat or fuel in the last century. Data processing is the digital and virtual essence: without data there is no algorithm and without algorithm it is difficult to argue that there is artificial intelligence, digital goods or virtual goods”⁶².

Thus, the value of data lies precisely in its infinite reuse: “The value of the data is calculated on the basis of all possible ways in which they could be used in the future and not simply on the basis of their current use.” In this way, the recombination of data, its accumulation and its extension are its real value and, therefore, the impulse for its accumulation by organisations such as Google, Facebook, Twitter, Amazon, Visa and a long list of other organisations.

The great paradox here seems to lie in the fact that the initial data is susceptible to being eternal, repeated and repeated continuously and applied systematically, which would facilitate processes of social evolution through a conservative vision of human and social progress by artificial intelligence. In addition, if personal data has been put in place, the subject will lose the trace of its identity due to the deprivation of personal rights. The origin of the data and the explicit consent of its owners for their use for weapons purposes is, therefore, another main problem related to the development of laws that should be addressed immediately⁶³.

Another problem that AI presents, at least theoretically, regarding the current state of development of technology is related to its potential development. The actual phase is dominated by what we know as narrow AI (specialised artificial intelligence, reduced or weak), which means that it is designed to perform a limited task (for example, only facial recognition, Internet searches or driving a car) according to our current technical capabilities. However, the long-term goal of many researchers is to create what has been called artificial general intelligence (SAI) or strong and independent Intelligence⁶⁴.

61 ITU, *XPRIZE, AI for Good Global Summit Report* [en línea], 2017, <https://www.itu.int/en/ITU-T/AI/Documents/Report/AI_for_Good_Global_Summit_Report_2017.pdf> [14.08.2018].

62 Rosemnuj T., *Governing Artificial Intelligence*, LLR, N. 2, 2017.

63 Sharkey N., *The Ethical Frontiers of Robotics*, Science, N. 32 (5909), 2008, 1800-1801. Sharkey N., *Saying No to Lethal Autonomous Targeting*, Journal of Military Ethics, 4(9), 2010, 299-313.

64 Goertzel B., Pennachin C. (eds.), *Artificial General Intelligence*, NY, 2007.

The difference between the two concepts is that while reduced artificial intelligence can surpass humans in what would become a specific task, such as playing chess or solving equations, the SAI can perform any cognitive task as well as humans and even overcome them in what is called Superintelligence⁶⁵. Therefore, the first objective of any state should be to develop a safe and beneficial AI whose objectives coincide with the wellbeing and progress of humanity, because *“if we stop being the most intelligent beings on the planet we may also lose control.”*⁶⁶

A hypothetical development of the SAI would entail profound consequences not only for our society but for the same legal order, since it would advance in the generation of systems that would behave rationally, or the same systems of behaviour automation that in the theoretical plane would be linked to the phenomenon of technological singularity. This implies a computer equipment, a computer network or robot that could improve itself recursively. It is said that the repetitions of this cycle would probably result in an out-of-control effect, an explosion of intelligence, as the mathematician Irving Good called it in 1965⁶⁷; a very difficult phenomenon to predict and whose consequences could be dramatic, or not. This scenario, despite being recognised as highly unlikely in the short and medium term, cannot be ignored and it is necessary to generate contingency systems for the potential and non-potential risks that such technology could unleash as a weapon of mass destruction.

Therefore, for the first time we are facing a technology that has the ability to act in both the digital and physical realities with unimaginable consequences. Furthermore, this technology can learn from each interaction, gathering new data that will allow it to improve its performance in the future and which in some cases even can learn without the necessity of data, as shown by AlphaGo Zero⁶⁸.

A set of characteristics that represent a dramatic change over some of the current pillars of the philosophy of law like the social contract, as it was understood from its beginning, like a tool able to grant freedom because all members of society forfeit the same number of rights and the same duties. Equality seems as humanity. What happens when critical decisions are not taken by humans? How deep can be the affectation to the very root of the system?

65 *Bostrom N.*, A History of Transhumanist Thought, *Journal of Evolution and Technology*, N. 14(1), 2005, 1-25.

66 *Tegmark M.*, *Vida 3.0. Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Taurus, 2018, 115.

67 *Chalmers D.*, The Singularity: a Philosophical Analysis, *Journal of Consciousness Studies*, N. 17 (9-10), 2010, 7-65.

68 *Silver D.*, Mastering the Game of Go Without Human Knowledge, *Nature*, Vol. 550, 2017, 354–359.

In his time, Rousseau argued that it is absurd for a man to surrender his freedom for slavery; thus, the participants must have a right to choose the laws under which they live. But now, these relations could change because the rise of new players, whose lack of responsibility is complete, but whose consequences could have deep affectations in our material reality, even conditioning the way we perceive reality and act, as Cambridge Analytica has shown us⁶⁹.

Although social contract imposed new laws, including those safeguarding and regulating property, there were theoretical restrictions on how that property can be legitimately claimed. As an example, land included three conditions, viz., land should be uninhabited, the owner claims only what is needed for subsistence and labour and cultivation give the possession legitimacy. But in the land of the AI and hyperreality, there are substantial doubts about the applicability of these ideas and how these restrictions should be put in placemaking it necessary to rethink social contract.

Presently we are dealing with non-conscious intelligences, at least in the current phase of development where just soft-AI has been developed and put in place. However, theoretical future scenarios, like the ones imagined by Bostrom⁷⁰ among other intellectuals, where a self-conscious intelligence could rise due to the combination of deep machine learning algorithms and big data, should make us rethink the fundamentals of our social tools to grant a humanistic approach to the design of technology, avoiding certain scenarios that could result in dramatic transformations of society due to the rise of new actors operating with autonomy/independence. Technological developments like the lethal autonomous systems represent some of the biggest challenges of the last century as a consequence of the existing possibility to delegate lethal capacities to non-human actors.

Besides, if we take into account the classification of artificial intelligence typologies, in addition to the one that distinguishes the narrow AI from the strong AI or the limited from the general, the investigations carried out over the last decades have allowed to establish another that distinguishes four major approaches: systems that think like humans, systems that think rationally, systems that act like humans and systems that act rationally. The first typology corresponds to systems that have information and process it for understanding and predicting⁷¹. The second, machines work based on the laws of Aristotelian

69 *El País*, <https://elpais.com/internacional/2018/05/17/estados_unidos/1526514308_942521.html> [17.05.2018].

70 *Bostom N.*, A History of Transhumanist Thought, *Journal of Evolution and Technology*, N. 14(1), 2005, 1-25.

71 *Battistutti C. O.*, *El hombre artificial: el futuro de la tecnología*, México, 2011.

thought. The third one refers to machines that can perform functions of humans and require limited intelligence. Fourthly, we would have systems that automate intelligent behaviour and linked in the theoretical plane to the phenomenon of technological singularity⁷². The laws, in their current state of development, fall into the third category and they are really dangerous, but can be even more so in the fourth category in hypothetical futures.

Hence, it is necessary to understand that the challenges this technology represents have critical implications for our legal systems and the philosophy that they are based on. The rise of AI opens us to a brave new world that has the inherent ability to transform humanity itself, because it has the potentiality to produce changes with deeper implications than the first industrial revolution, or even the agricultural revolution during the Neolithic era. When our ancestors evolved from a nomadic existence to the conquest of the physical space, building the first villages and giving a starting point to the urban phenomena, a phase of our history that still evolves is giving place to new geographies, physical and symbolic, in a century where half of the human population of the planet lives in cities.

The agricultural and urban revolution changed the way we organised our tribes, our systems of beliefs and our comprehension of the otherness. And represented of a new time for humanity, where we developed new technologies and techniques to deal with the growing complexity of the social-fabric, due to the needs of specialisations required by the evolution of technological frameworks and the needs to provide common sense and meaning to human existence⁷³. The rise of religion as an ideological system able to provide certainties in substitution of magic is a good example of how technology and human reasoning operate to solve those spiritual needs linked with the control strategies put in place by the dominant elites to generate social order⁷⁴. A process of transformation that could seem organic, just as a natural evolution of the ethics and aesthetics of the tribe associated with the needs generated by technology. But the truth is that this process can never be understood as neutral⁷⁵, because technology is just an amplifier of human will, especially the will of those who are in charge and whose aim is to maintain the status to perpetuate the system of privileges they benefit from.

In this sense, it is necessary to be extremely careful while analysing the potential impact of disruptive technologies such as AI, IoT, or BlockChain over

72 *Chalmers D.*, The Singularity: Philosophical Analysis, *Journal of Consciousness Studies*, N. 17 (9-10), 2010, 7-65.

73 *Ellul J.*, *Ellul J., Jurist P., Ellul J., Jurist P., Ellul J.*, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Paris, 1954.

74 *Frazer J. G.* *The Golden Bough*, in: *The Golden Bough*, London, 1990, 701-711.

75 *Heikkerö T.*, *Ethics in Technology: A Philosophical Study*, 2012.

our society, because their development is not neutral at all but respond to specific agendas and interests⁷⁶, which are more aligned with those of the shareholders of the companies that master newer techniques than those of general population that could be described as common interest⁷⁷. This reality used to be a hidden layer of promises of brilliant futures that take us to a technological utopia⁷⁸ where humanity is finally able discharge itself from all those painful and mundane activities necessary for our survival, being able to relegate these tasks to other intelligent beings without consciousness⁷⁹. It will finally break the course that expelled us from Eden's Garden, a historical moment where it will no more be necessary to "earn our bread with the sweat of our work", a moment where even the Marxist maxima of "work dignifies"⁸⁰ will lose its sense, because of radical transformation of the human condition.

However, the reality is much more complex and reproduces some patterns that have been observed previously in history by configuring what it could be described as a chiasmic society where the techno-scientific industrial complex is able to promise the fulfilment of new scenarios of wealth and comfort in order to explore disruptive technological frameworks that could generate new patterns of social control by crystallising the power of the ruling elites⁸¹. We have several examples along the last century where industries, like nuclear power, promise us bright futures of clean and cheap energy able to produce a new way of progress by allowing everyone in the planet to have access to energy, something that was far away from reality. One such example is generating a technological development that not only was unable to produce clean and safe energy but was even responsible for some of the biggest monsters created by humanity such as the Manhattan project. This was because we were developing what we comprehend today as a double-use technology, a technological framework that could be used both in the civil and the military sectors. As a result of the paradigm of the mutually assured destruction during the cold war, an entire generation grew up in fear despite the promises of bright futures. This is a technology that for the first time gave us the power not only of destroying our species, but also to completely transform life on the planet as understood before.

76 Marx L., *The Machine in the Garden. The Green Studies Reader: From Romanticism to Ecocriticism*, London: Routledge, 2000, 104-108.

77 Mumford L., *The Pentagon of Power*, Vol. 274, Harcourt, 1974.

78 Postman N., *Riggenbach J.*, *Technopoly*, Blackstone Audio Books, 1994.

79 Jasanoff S., *Jasanoff S.*, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Harvard, 2009.

80 Marz K., *The Poverty of Philosophy*, NY, 2008.

81 Rodríguez J., *La civilización ausente: tecnología y sociedad en la era de la incertidumbre*, Gijón: Trea, 2016.

Nuclear power is not the only example of the powers of destruction that human ingenuity has put in place in our planet in the middle of promises of social progress and human development. In the 90's, for example, the genetics industry promised a new age of food security for humanity through transgenic crops that can provide food in all kinds of ecosystems, growing by resisting all kind of threats (from insects to plagues). However, the manifestation of the technology was very different from its original promises, generating a system of capitalistic exploitation that has ended food independence of whole countries like Haiti, where, after an earthquake and the resultant massive destruction, Monsanto offered free seeds, without advising that the seeds were manipulated with the "terminator gene". The genetic modification of the seeds disabled the reproduction of the plant by avoiding the generation of new seeds, making Haiti a captive to Monsanto products for its survival⁸². The green revolution of India has concluded with suicides of thousands of farmers who have lost their way of economic survival⁸³ because of the genomic industries' strategies of economical exploitation and dependency generation. This is another example of the chiasmic dynamics where promises of utopia can easily evolve into a dystopic scenario where dreams and nightmares coexist as two faces of the same coin.

Maybe this is a lesson that the historic-cultural systems that preceded ours were always very aware of Janus, the Roman god of technology, was the only one in the Roman pantheon with two faces,⁸⁴ representing the forces of good and evil that technology is able to unchain. A deep comprehension of technology can deliver deep changes that can go in the opposite direction than the intended course. Furthermore, there is something that is even more important to the social fabric, viz., any kind of knowledge comes with a price. "Deep machine learning" and "Artificial neuronal networks", despite the categorisation into different kinds of concepts, potential applications, and phases of development, gave us the impression of having everything under control, when reality seems to be very different⁸⁵. It is necessary to fully understand that we are dealing with a technology that we are unable to fully comprehend, and whose risks are also beyond our current understanding.

One of the key points that to be addressed in this article is precisely the recognition of incomplete knowledge about the technological frameworks we are dealing with. Understanding that we are giving birth to a kind of society that could easily be described as an "algorithmic society" where in

82 *Mazzeo J.*, Assistance or Corporate Interest?, 2012.

83 *Sebby K.*, The Green Revolution of the 1960's and Its Impact on Small Farmers in India, 2010.

84 *Ellul* (1964) op. cit.

85 *Yudkowsky E.*, Artificial Intelligence as a Positive and Negative Factor in Global Risk. *Global Catastrophic Risks*, 1(303), 2008, 184.

its current phase of development algorithms do not try anymore to fit the necessities of the social fabric or the “human”. To the contrary, we are passing through a phase where human activity tries to adapt itself to the necessity of algorithms⁸⁶, producing changes in how we think and act to facilitate this kind of ethereal governance of human activity through automatization. In a system that represent a huge advantage in relation with the previous ones. Looking after all its implication, from the social, to the legal going through the ethical and technological challenges, we come to the conclusion that reliability it’s one of the key concepts related with the implementation of the technology.

Elon Musk, co-founder of SpaceX and Tesla, has warned that “in the age of artificial intelligence we could create an immortal dictator from which we would never escape.⁸⁷” He also warned that “the competition for the development of artificial intelligence has become the greater risk for a third world war, since the country that leads the research in artificial intelligence will come to dominate the global affairs.”

The next problem that we are going to present is related to the side effect of massive uses of artificial intelligence, viz., we, as humans, do not have any inherent mechanism that allow us to automatically distinguish between reality and fiction. For centuries, even millennia, different systems of beliefs rose and fell, linked to the destiny of cultures and civilisations and their technical capabilities. We have believed in magic, gods, the old ones and the new ones and we have thought that the earth was flat. Even in a highly scientifically developed context like ours, some of these ideas shown extraordinary persistence, being believed by broad layers of population.

In addition, perception represents an enormous inconvenience to establish relations of any kind based on a common truth⁸⁸. It does not matter how many times science proves itself worthy by curing illnesses, allowing us to launch satellites, making our smartphones work or turning on our home appliances. There are always going to be doubts, conspiracy theories or other kinds of attempts to provide answers, without considering their quality or applicability to daily life. This problem finds its roots in the very essence of human reason, which most of the time works as a justification method for our actions, providing a cohesive history while disregarding its feasibility. Organised religions are a good example of these intellectual efforts that are in clear dissociation with the laws of nature.

86 Postman N., *Riggenbach J.*, Technopoly. Blackstone Audio Books, 1994.

87 Browne R., Elon Musk warns a.i. could create an ‘immortal dictator from which we can never escape’ cnbs, <<https://www.cnbc.com/2018/04/06/elon-musk-warns-ai-could-create-immortal-dictator-in-documentary.html>> [13.06.2019].

88 Ricoeur P., The function of fiction in shaping reality. *Man and World*, 12(2), 1979, 123-141.

Numerous philosophers through the ages had analysed these problems and their conclusion is that reason by itself is not enough for comprehending the nature of our context⁸⁹. Experiences, individual as well the collective, are necessary to give factual sense to our analysis.

However, experience also represents several theoretical problems. The metaphor of Plato's cave is a good example to illustrate it, comprehending the possibility of perceiving not reality itself but just projections of reality, shadows that are hardly sufficient to help us to explain our context and our very own nature. The problem of experience has been deeply analysed and we can observe several answers to the problem. There are those who admit that our perception is conditioned by our own capability of senses; and then there are those who advocate that even perception based on senses can be wrong. We have to accept a common base for analysing reality. In other words, if you, me and all the people we share space with see that it is raining, we should accept it as a correct assumption⁹⁰. But even in this point we face another conflict, as developed by Nietzsche. In "The Genealogy of Morals,"⁹¹ he presents the words, as prison that needs to be broken in order to generate a new code that truly allows to express our context without the meaning and symbols attached to the current significance. The words we use go beyond the meaning that we want to apply to them in a very precise moment, because they carry all their history in relation with the collective, and even with the individual reminding the past experiences associated with the word.

This is something that can also happen to those algorithms that use natural language as basic data, being able to develop patterns that could be described as racism⁹². Words as gay, woman or black gave us good reference of this process as we have recent examples of the role of IA crystallising dynamics of marginalisation. We have to take into account that learning process could condition its reliability and be a major problem in the field of LAWS.

Our morals, as a codification of traditional values, act in a very similar way, being necessary to re-establish the basic parameters we work with to adapt to a new human condition brought by the massive incorporation of technologies in our daily lives This technology is able to have direct impact over our language and the way we communicate within a moment.⁹³

89 *Hegel G. W. F.*, *Fenomenología del espíritu*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1966.
Schopenhauer A., *The world as will and representation*, Seattle (Estados Unidos): University of Washington, 1959.

90 *Bhaskar R.*, *Reclaiming Reality: A Critical Introduction to Contemporary Philosophy*, Routledge, 2010.

91 *Nietzsche F.*, *On the genealogy of morals and Ecce Homo*, *Kaufman W. (ed.)*, Nueva York: Vintage, 1989.

92 *Crawford K.*, *Artificial Intelligence's White Guy Problem*. *The New York Times*, 25, 2016.

93 *Zadan N.*, *The Future of Human Communication: How Artificial Intelligence will Transform*

Also related to the problem of perception is the inherent ability that AI can develop to deceive people. The recent demonstration of Google Duplex, the new Google assistant, shows its ability to make people believe that they were interacting with another human, a clear must not from an ethical perspective. Therefore, no AI should be allowed to interact with humans without identifying itself as one and must ask for explicit consent to gather data from an interaction. The future is at stake and we should hurry developing legal tools capable of protecting our societies from dystopic evolutions of the technology.

Finally, the last challenge is related to power, its dynamics and how AI can be a determinant for the maintenance of the current status quo or be at the root of deep changes in the structure of the power relations. Technology has the ability to radically modify the sources of collective meaning⁹⁴. There is an interdependent relationship between material culture and cognitive process; our material capacities shape our worldviews. At the dawn of civilisation, old traditions and magical adorations disappeared and organised religion was born, which replaced the sorcerer by the priest and broke the ancient links with nature. From a system that professed its ability to modify the laws of nature through magic, it passed onto another in which nature was simply the playground in which the caprice of a pantheon of gods whose favour was to be won was manifested. This generated a new power structure for whose extension cities were a key element.

It was in the city where the temple stood, from whose peak the high priests monopolised the relationship with the gods and acquired immense power. They too were a technological class⁹⁵ that gained its power through knowledge; knowledge that could be scientific. Think of the Mayan rulers who went to the top of a pyramid and threatened their people with a solar eclipse and the fear that those people must have experienced at the moment when the Sun disappeared.

That knowledge can provide such power also explains the gimmicky ways and barriers of access that almost all societies in history have used to seek to protect the holders of this fundamental knowledge⁹⁶ from the threat that a generalisation could represent for them. The complexity of the Egyptian and Mayan hieroglyphics offers a good example of this purpose of structuring

the Way We Communicate, <<https://www.quantifiedcommunications.com/blog/artificial-intelligence-in-communication>> [12.09.2018].

94 *Ellul J.*, (1964) op. cit.

95 *Veblen T.*, *Teoría de la clase ociosa*, 3.ª ed., Madrid: Ariel, 1944.

96 *Veblen T.*, *The place of science in modern civilisation and other essays*, Nueva York: Huebsch, 1919.

knowledge in such a way that it would be difficult for ordinary people to access.

From antiquity to today, the role of technology has never diminished in importance; and this importance is easily traceable throughout history, manifested in the emergence of certain inventions that had the ability to profoundly transform the societies that created them. Lin White explains, for example, how the new war machine that was the stirrup gave birth to feudalism⁹⁷. The combination of a man, a horse and a sword gave rise to a new hegemony on the battlefield and the training needs of these new elite soldiers forced them to abandon their traditional ways of life (agriculture, crafts, etc.) and being full-time knights, becoming a third technical class between the monarchy, the church and the common people and weaving around them the feudal relationships typical of this system that runs through the Middle Ages. It is just one example; he industrial revolution, the communications revolution, etc., all of them reproduced the same mechanism later. Any new technology can provoke a drastic reversal of the internal equilibrium of a system. Let us also think about what the invention of the Gutenberg printing press, closely linked to Luther's Protestant revolution, meant for the power of the Catholic Church, the ideological monopoly of the Vatican over Europe proposing a relationship with god without intermediaries and a direct and wider access to religious arcana.

Any given community needs constant technological progress to perpetuate itself in a context of competition with others, strong control over the technological system to preserve the internal status quo, as well as a belief system that gives a collective meaning to the community while justifying the social order. In relation to all this, we can affirm that a more complex technological system needs more complex tools of government, and that a more complex system of government in turn requires beliefs that are also complex. Everything is interrelated and Marx affirmed that "the hand mill will give us society with the feudal lord; the steam mill, with the industrial capitalist⁹⁸".

We could talk about a tragedy in three acts that is repeated again and again. First act: a new technology appears and, linked to it, a new technical class associated with the knowledge necessary to implement it. Second act: those who hold power *stricto sensu* open the decision-making process to the technological class in response to an operational need of the system⁹⁹. Over time, knowledge can be extended to a large part of the community because

97 White L., *Tecnología mundial y cambio social*, Barcelona: Paidós, 1973.

98 Marx K. (2008) *op. cit.*

99 Nye R., *The anti-democratic sources of elite theory: Pareto, Mosca, Michels*, Nueva York: Sage, 1977.

it is necessary for the evolution and perpetuation of the system, bringing it closer to democratic participation and the provision of quality of life, security and order to broad sectors of society.

However, a situation may also arise that scientific progress begins to develop outside the margins of state control and a new technology that can destabilise the fragile equilibrium established between the technical class and the dominant class appears on the horizon, generating a shock as described by philosophers such as Gramsci¹⁰⁰, Pareto or Mosca¹⁰¹.

This situation can lead to two different main scenarios, viz., a new democratic opening of the decision-making process or an authoritarian re-concentration of the control of the material and symbolic means of production in a more closed group of people, which does not necessarily end democracy, but it erodes it or limits it¹⁰². In relation to democracy, we must understand that we are, as Nietzsche said, slaves of our own words¹⁰³, and also that this neither in theory nor in practice designates a one-way system. Democracy must be understood in a wide range of possible applications that can be very different from each other, some of which can be, and in fact are, compatible with the people in charge, different techniques oriented to control, the manipulation of public opinion through education, the media, and so on.

Artificial intelligence represents a radical redefinition of organisational and cognitive processes of the construction of otherness, the mechanisms of the state, the symbols that give collective meaning to our society and, in general, the relationship of the human being with its context. Again, we are facing a technology capable of transforming our material reality and called to form new elites and either to deconstruct existing systems of privilege, or to crystallise them even more. We face, therefore, the challenge of foreseeing the transformations to come, preparing our communities and defining frameworks that allow new decision-making processes.

In the specific case of the AI weapon application, we are faced with the advent of a new dystopian order. The delegation of the ability to kill in a system of which we are barely able to predict future behaviour and whose reliability cannot be guaranteed 100% in terms of execution of orders or in compliance with international law. A delegation of lethal capacities that cannot be justified from an ethical point of view (neither the efficiency, nor the cost, not even

100 Gramsci A., *Further selections from the prison notebooks*, Saint Paul (Estados Unidos): University of Minnesota, 1995.

101 Nye R., (1977) *op. cit.*

102 Pareto V., *The rise and fall of the elites: an application of theoretical sociology*, Nueva York: Transaction, 1991.

103 Nietzsche F., *On the genealogy of morals and Ecce Homo*, Kaufman W. (ed.), Nueva York: Vintage, 1989.

the protection of own soldiers), it is a suicide walk towards the abyss that we will only avoid if we are able to equip ourselves with instruments binding legal guarantees that human life cannot be stolen by non-human entities. Certain applications must be restricted while others are strengthened from the purpose of socialising the technology; to make it accessible to broad layers of the population in a way that helps to build an open and plural society.

5. WAYS FOR ACTION

As it has already been exposed, artificial intelligence represents a new phase of the domain of technology over reality, since it can act both digitally and materially in a way that is unprecedented. This requires a multidisciplinary approach that allows to evaluate its implications in a holistic way. To do this, it must begin by paying attention to key aspects such as the information on which the system has been built and the data that contributed to its development. In this sense, it is necessary to depart from D. J. Solove's definition of privacy, viz., not a preservation of personal interest against the social interest, but the protection of the individual based on the values of society. He explains, "You cannot fight for an individual right against the most important social good. Privacy issues imply a balance of social interests on both sides of the scale"¹⁰⁴. This notion of privacy and protection of the personal implies a property of the data on the part of the subject that, in case of being transferred, must be done through an explicit consent. Thus, those civilian companies that collaborate in military projects must inform their users if their data has been used in any way in the development of algorithms that may have military use. Explicit consent must be requested even if it is derived technologies that no longer include the original data sets. This measure could be effective to reduce the incentives that these companies may have to make their technology available for military use.

Another issue that needs attention is the new military escalation that weapons systems can produce, very similar to the one that at the time caused the atomic bomb. This did not lead humanity to its end, thanks to the mechanism of mutual nuclear deterrence, but nothing guarantees that this mechanism will work again with the AWS.

Those giants, who provide the LAWS with artificial intelligence with the necessary data to feed their metacognition, do so that they may end up having the most lethal discretionary decisions in their hands. As *The Economist* has pointed out, "the most valuable resource in the world is no longer oil, but

¹⁰⁴ *Solove D. J.*, I've nothing to hide and other misunderstandings of privacy, *San Diego L. Rev.*, 44, 2007, 745.

data”, and administrative law must act to prevent these monopolistic threats to security and privacy.

Consequently, and considering the last report of the International Human Rights Watch (HRW) and Harvard Law School entitled “Heed the Call: a Moral and Legal Imperative to Ban Killer Robots” of August 2018, it is urgent to carry out simultaneous actions of control and regulation of this type of weapons, such as:

- Clearly define the concept of a completely autonomous lethal system;
- Reiterate the general principle that all weapons systems must respect international humanitarian law, the principle of distinction and proportionality, and always with sufficient human control;
- Signing of international agreements on arms control and prohibition of research and development of such systems, as was done with the proliferation of nuclear or chemical weapons;
- Signing of international agreements to verify non-experimentation with weapons with total lethal autonomy;
- Signing of international conventions on the compatibility with international humanitarian law of the development or acquisition of autonomous weapons with human control, in compliance with Article 36 of Additional Protocol I of the Geneva Conventions;¹⁰⁵
- Approval of state laws to restrict such experimentation and innovation in private centres on these issues under administrative and criminal sanctions;
- Approval of state laws to establish the obligation to have inspectors and compliance delegates in the centres of experimentation and innovation of artificial intelligence.
- Promote multidisciplinary AI research; and
- Promote a general code of ethics For AI.

BIBLIOGRAPHY:

1. *Alandete D.*, Necrológica: John McCarthy, el arranque de la inteligencia artificial, *El País*, 27.10.2011. Vid. Guillén B., “El verdadero padre de la inteligencia artificial”, *OpenMind*, 4.09.2016.
2. *Arendt H.*, *The human condition*. University of Chicago Press, 2013.
3. *Arrillaga J., Bollen M. H., Watson N. R.*, Power quality following deregulation. *Proceedings of the IEEE*, 88(2), 2000, 246-261.

¹⁰⁵ *Sparrow R.*, Robots and respect: assessing the case against autonomous weapon systems, *Ethics and International Affairs*, 30, 1, 2016, 93-116.

4. *Asaro P.*, On banning autonomous weapon systems: human rights, automation and the dehumanization of lethal decision-making, *International Review of the Red Cross*, 94, 2012, 687-709.
5. *Balibar E., Wallerstein I. M., Wallerstein S. R. I.*, *Race, nation, class: Ambiguous identities*. Verso, 1991,
6. *Ballbe M., Martínez R.*, *Soberanía dual y Constitución integradora*, Barcelona: Ariel, 2003.
7. *Ballbe M., Martínez R.*, Law and globalization: between the United States and Europe, en *Robalino J., Rodríguez-Arana J. (eds.)*, *Global administrative law*, Londres: Cameron May, 2009.
8. *Ballbé M.*, *Seguridad humana: del Estado anómico al Estado regulador*, prólogo a C. Hood et alii: *El gobierno del riesgo*, Barcelona: Ariel, 2005.
9. *Barak A.*, *Human Dignity. The Constitutional value and the constitutional right*, Cambridge, 2015.
10. *Barrat J.*, *Our final invention: Artificial intelligence and the end of the human era*. Macmillan, 2013.
11. *Bates T.*, Gramsci and the theory of hegemony, *Journal of the History of Ideas*, 32(2), 1975, 351-356.
12. *Battistutti Cairo O.*, *El hombre artificial: el futuro de la tecnología*, México DF: Alfaomega, 2011.
13. *Baudrillard J.*, *Simulacra and simulation*. University of Michigan Press, 1994.
14. *Beine M., Parsons C.*, Climatic factors as determinants of international migration, *The Scandinavian Journal of Economics*, 117(2), 2015, 723-767.
15. *Bhaskar R.*, *Reclaiming reality: A critical introduction to contemporary philosophy*. Routledge, 2010.
16. *Bostrom N.*, A history of transhumanist thought, *Journal of Evolution and Technology*, 14(1), 2005, 1-25.
17. *Bothmer F. von.* Robots in court: responsibility for lethal autonomous weapons systems, en: *Brändli S., Harasgama R., Schister R., Tamò A. (eds.)*, *Mensch und Maschine – Symbiose oder Parasitismus?*, Berna: Stämpfli, 2014.
18. *Braidotti R.*, Posthuman, all too human: Towards a new process ontology. *Theory, Culture & Society*, 23(7-8), 2006, 197-208.
19. *Browne R.*, Elon Musk warns a.i. could create an ‘immortal dictator from which we can never escape’ cnbs, <<https://www.cnn.com/2018/04/06/elon-musk-warns-ai-could-create-immortal-dictator-in-documentary.html>> [13.06.2019].
20. *Brussels*, 25.4.2018 COM(2018) 237 final. Communication from the commission to the european parliament, the european council, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions. Artificial Intelligence for Europe.

21. *Castells M.*, Power of identity: The information age: Economy, society, and culture. Blackwell Publishers Inc., 1997.
22. *Chalmers D.*, The singularity: a philosophical analysis, *Journal of Consciousness Studies*, 17(9-10), 2010, 7-65.
23. *Crawford K.*, Artificial intelligence's white guy problem. *The New York Times*, 25, 2016.
24. *Devlin H.*, AI programs exhibit racial and gender biases, research reveals, *The Guardian*, 13 de abril de 2017 [en línea], <<https://www.theguardian.com/technology/2017/apr/13/ai-programs-exhibit-racist-and-sexist-biases-research-reveals>> [14.08.2018].
25. *Dodson S.*, Was software responsible for the financial crisis?, *The Guardian*, 16 de octubre, 2008 [en línea], <<https://www.theguardian.com/technology/2008/oct/16/computing-software-financial-crisis>> [14.08.2018].
26. *Düwell M. et al.*, *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge, 2014.
27. *El País*, 17 de mayo de 2018 [en línea], <https://elpais.com/internacional/2018/05/17/estados_unidos/1526514308_942521.html> [17.05.2018].
28. *Ellul J., Ellul J., Jurist P., Ellul J., Juriste P., Ellul J.*, *La technique ou l'enjeu du siècle*. Paris: A. Colin, 1954.
29. *Foucault M.*, *Discipline and punish: The birth of the prison*. Vintage, 2012.
30. *Frazer J. G.*, *The golden bough*. In *The Golden Bough*. Palgrave Macmillan, London, 1990, 701-711.
31. *Funtowicz S. O., Ravetz J. R.*, Science for the post-normal age. *Futures*, 25(7), 1993, 739-755.
32. *Future of Life Institute*, Benefits and risks of artificial intelligence, 2018 [en línea], <<https://futureoflife.org/background/benefits-risks-of-artificial-intelligence/>> [14.08.2018].
33. *Goertzel B., Pennachin C. (eds.)*, *Artificial general intelligence*, Nueva York: Springer, 2007.
34. *Gramsci A.*, *Further selections from the prison notebooks*, Saint Paul (Estados Unidos): University of Minnesota, 1995.
35. *Hegel G. W. F.*, *Fenomenología del espíritu*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1966.
36. *Heikkerö T.*, *Ethics in technology: A philosophical study*, 2012.
37. *Horowitz M. C., Kreps S. E., Fuhrmann M.*, Separating fact from fiction in the debate over drone proliferation, *International Security*, 41(2), 2016, 7-42.
38. *ITU, XPRIZE*, AI for Good global summit report [en línea], 2017, <https://www.itu.int/en/ITU-T/AI/Documents/Report/AI_for_Good_Global_Summit_Report_2017.pdf> [14.08.2018].

39. *Jameson F.*, Postmodernism, or, the cultural logic of late capitalism. Duke university Press, 1991.
40. *Janashvili L.*, Human trafficking: la nueva esclavitud [en prensa], 2018.
41. *Jasanoff S., Jasanoff S.*, Science at the bar: Law, science, and technology in America. Harvard University Press, 2009.
42. *Kaplan J.*, Artificial intelligence, Oxford University Press, 2016.
43. *Lee D.*, Facebook adds human reviewers after ‘Jew haters’ ad scandal», BBC News, 20 de septiembre [en línea], 2017, <<https://www.bbc.com/news/technology-41342642>> [20.08.2018].
44. *Martinez R., Rodriguez J.*, Inteligencia Artificial y Armamento letal autónomo. El nuevo desafío para naciones unidas. TREA, 2018.
45. *Marx K.*, The poverty of philosophy, Nueva York: Cosimo, 2008.
46. *Marx L.*, The idea of “technology” and postmodern pessimism. In Technology, pessimism, and postmodernism, Springer, Dordrecht, 1994, 11-28.
47. *Marx L.*, The machine in the garden. The Green Studies Reader: From Romanticism to Ecocriticism, London: Routledge, 2000, 104-108.
48. *Mazzeo J.*, Assistance or Corporate Interest?, 2012.
49. *Mbembé J. A., Meintjes L.*, Necropolitics. Public culture, 15(1), 2003, 11-40.
50. *Minsky M.*, Society of mind: a response to four reviews, Artificial Intelligence, 48(3), 1991, 371-396.
51. *Mourelle D.*, La amenaza nuclear del siglo xxi», El Orden Mundial, 27 de noviembre [en línea], 2017, <<https://elordenmundial.com/2017/11/27/la-amenaza-nuclear-en-el-siglo-xxi/>> [17.08.2018].
52. *Mumford L.*, The pentagon of power “Vol. 274”. Harcourt, 1974.
53. *Newitz A.*, Ashley Madison Code Shows More Women, and More Bots <<https://gizmodo.com/ashley-madison-code-shows-more-women-and-more-bots-1727613924>> [10.09.2018].
54. *Nietzsche F.*, On the genealogy of morals and Ecce Homo, *Kaufman W. (ed.)*, Nueva York: Vintage, 1989.
55. *Nye R.*, The anti-democratic sources of elite theory: Pareto, Mosca, Michels, Nueva York: Sage, 1977.
56. *Paras E.*, Foucault 2.0: Beyond power and knowledge. Other PressLlc, 2006.
57. *Pardo J. E.*, El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Marcial Pons, 2009.
58. *Pareto V.*, The rise and fall of the elites: an application of theoretical sociology, Nueva York: Transaction, 1991.
59. *Perrow C.*, Normal Accidents: Living with High Risk Technologies-Updated Edition. Princeton University Press, 2011.
60. *Postman N., Riggerbach J.*, Technopoly. Blackstone Audio Books, 1994.

61. *Ravetz J. R.*, Scientific knowledge and its social problems. Transaction publishers, 1973.
62. *Ray T., Liew K. M.*, Society and civilization: An optimization algorithm based on the simulation of social behavior. *IEEE Transactions on Evolutionary Computation*, 7(4), 2003, 386-396.
63. *Ricoeur P.*, The function of fiction in shaping reality, *Man and World*, 12(2), 1979, 123-141.
64. *Rodríguez J.*, La civilización ausente: tecnología y sociedad en la era de la incertidumbre, Gijón: Trea, 2016.
65. *Roff H.*, Meaningful human control or appropriate human judgment? Necessary limits on autonomous weapons, documento informativo preparado para la conferencia de revisión de la unccw, 2016.
66. *Rosembuj T.*, Governing artificial intelligence, *LLR*, n.2/2017.
67. *Sardar Z.*, Welcome to postnormal times. *Futures*, 42(5), 2010, 435-444.
68. *Sassoli M.*, Can autonomous weapon systems respect the principles of distinction, proportionality and precaution?, conferencia celebrada durante el comité de expertos Autonomous weapons systems: technical, military, legal and humanitarian aspects (Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra [Suiza]), 2014.
69. *Sharkey N.*, Saying – No! to lethal autonomous targeting, *Journal of Military Ethics*, 4(9), 2010, 299-313.
70. *Schopenhauer A.*, The world as will and representation, Seattle (Estados Unidos): University of Washington, 1959.
71. *Sebby K.*, The Green Revolution of the 1960's and Its Impact on Small Farmers in India, 2010.
72. *Sharkey N.*, The ethical frontiers of robotics, *Science*, 32(5909), 2008, 1800-1801.
73. *Silver D. et al.*, Mastering the game of Go without human knowledge, *Nature*, Vol. 550, 2017, 354–359.
74. *Solove D. J.*, I've nothing to hide and other misunderstandings of privacy, *San Diego L. Rev.*, 44, 2007, 745.
75. *Sparrow R.*, Robots and respect: assessing the case against autonomous weapon systems, *Ethics and International Affairs*, 30, 1, 2016, 93-116.
76. *Susnstein C.*, The world according to Star Wars, Nueva York: Dey Street, 2016.
77. *Tegmark M.*, Vida 3.0. Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial, Taurus, 2018, 115.
78. *Turing A. M.*, Systems of logic based on ordinals: proceedings of the London Mathematical Society, s2-45(1), 1939, 161-228.

79. *Turing A. M.*, Computing machinery and intelligence, in: *Epstein R., Roberts G., Beber G. (eds.)*, Parsing the Turing test, Dordrecht (Países Bajos): Springer Netherlands, 2009, 23-66.
80. *Unoosa*, Out Space Law, <<http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html>> [10.09.2019]
81. *Veblen T.*, The place of science in modern civilisation and other essays, Nueva York: Huebsch, 1919.
82. *Veblen T.*, Teoría de la clase ociosa, 3.^a ed., Madrid: Ariel, 1944.
83. *Waddell J.*, How algorithms can bring down minorities' credit scores, The Atlantic, 5 de junio [en línea], 2018, <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/12/how-algorithms-can-bring-down-minorities-credit-scores/509333>> [20.08.2018].
84. *Wallison P. J.*, Deregulation and the financial crisis (No. 31059), 2009.
85. *Warren A., Hillas A.*, Lethal autonomous weapons systems. Adapting to the future of unmanned warfare and unaccountable robots, 12, 2017, 71-85.
86. *Waters R.*, AI progress sparks cyber weapons fears, Financial Times, 20 de febrero [en línea], 2018, <<https://www.ft.com/content/c54002ee-1668-11e8-9e9c-25c814761640>>. [20.08.2018].
87. *White L.*, Tecnología mundial y cambio social, Barcelona: Paidós, 1973.
88. *Willick M. S.*, Constitutional Law and Artificial Intelligence: The Potential Legal Recognition of Computers as "Persons", IJCAI, 1985, 1271-1273.
89. *Winner L.*, Autonomous technology: Technics-out-of-control as a theme in political thought. Mit Press, 1978.
90. *Yudkowsky E.*, Artificial intelligence as a positive and negative factor in global risk. Global catastrophic risks, 1(303), 2008, 184.
91. *Zadan N.*, The Future of Human Communication: How Artificial Intelligence will Transform the Way We Communicate, <<https://www.quantifiedcommunications.com/blog/artificial-intelligence-in-communication>> [12.09.2018].
92. *Zhi-peng H. E.*, Globalization and the Shift of International Law to Humanism [J]. Jilin University Journal Social Sciences Edition, 1, 014, 2007.

FREE MOVEMENT OF PERSONS AND PUBLIC SECURITY IN THE EUROPEAN UNION. AN APPROACH FROM THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EU

Mobility of people is maybe one of the most relevant characteristics of the today's society. This mobility faces two important rights: mobility and public security. This contribution exposes how the EU resolves this dichotomy, and which tools the EU institutions use with the aim to balancing EU competences and Member States competences, and EU citizens' rights and guarantee of the protection of the society from the State Members.

Key words: Free movement of persons, public security, Jurisprudence of Court of Justice of the EU.

1. INTRODUCTION

One of the most important rights recognized by the EU legal order is the freedom of mobility. This topic has had an important evolution since the EEC was created. Probably the most important change has been to move from mobility linked to an economic activity to mobility as a right by itself, and not necessarily connected with economic activities.

In this evolution EU institutions have played an important role, but the most important institution in this evolution has been the Court of Justice of the European Union (CJEU). Their decisions and jurisprudence have contributed and are still contributing to develop the right of mobility and to point EU Member States authorities how they have to apply and to interpret the EU legislation in order to guarantee the rights of beneficiaries, and the fundamental interest of national societies.

To achieve these goals (mobility and respect of the public values and calm and physical security of the population) EU has introduced two elements: protection of the mobility but, at the same time, to establish some restrictions to this mobility. But, what element is the most important? Rightly from my point of view, the CJEU has opted to strength the right of mobility, and imposing restrictive interpretations for limiting this right. This jurisprudence, that is very

* Professor, Doctor of Law. Director of Institute of European Studies, Autonomous University of Barcelona.

important for this research, has offered relevant guidelines to the national authorities in order to implement this balance between mobility and security.

2. THE FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EU

The mobility of people constitutes one of the most important rights guaranteed by the European Union and that regulates both the original right and the right derived from the EU. In reality it is probably the right that best constitutes the essence of the European Union, that of a common space for all people. But at the same time it is also a right that can create a double feeling: that of belonging to a common project and contributing to a stronger consolidation of a stronger European Union; but also, in certain sectors and groups it generates reluctance and a growing need for greater local protectionism. The idea of rejection, then, is also not strange in the European Union¹. Likewise, it is not an absolute right, but is subject to conditions and limitations set forth in the original law and subsequently developed in the derived law.

This right of mobility is essentially recognized to the Member States nationals as one of the rights derived from the EU citizenship. The CJEU recognizes this right to the EU citizens as an own right, while their national relatives of third countries (not Member States) have recognized this right as a derived right². Taking into account this interpretation, citizenship becomes a fundamental element in the construction of the EU, and as indicated by the jurisprudence of the CJEU *Union citizenship is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States, enabling those who find themselves in the same situation to enjoy the same treatment in*

1 In part this rejection is one of the causes that has given rise to Brexit. A good part of those who demonstrated in favor of leaving the European Union used European mobility and immigration as causes that justified this exit since they were damaging British interests. *Henderson A., Jeffery Ch., Wincott D., Wyn J. R.*, How Brexit was made in England, *British Journal of Politics & International Relations* 19 (4), 2017, 613-646. *Parker O.*, Critical political economy, free movement and Brexit: beyond the progressive's dilemma. *British Journal of Politics & International Relations* 19 (3), 2017, 479-496. Particularly interesting in the latter case is the analysis - citing other authors - between free movement, the principle of equality and non-discrimination based on nationality and potential limitation of local social rights. Quoting Höpner and Schäfer writes *they suggest that there is a risk that the free movement of persons and an associated right of non-discrimination – including with respect to accessing public services and welfare – makes the EU more human but also at least contributes to making it less social.*

2 Case C-87/12, *Kreshnik Ymeraga and others v. Ministre de l'Emploi, du Travail et de l'Immigration* of May 8th 2013. In this case, like in a other important number of decisions, the CJEU established that *any rights conferred on third-country nationals by the Treaty provisions on Union citizenship are not autonomous rights of those nationals but rights derived from the exercise of freedom of movement by a Union citizen.*

law irrespective of their nationality, subject to such exceptions as are expressly provided for³. This citizenship will be the basis for the enjoyment of the rights that are inherent to it and that the Treaty of Functioning of the EU (TFEU) itself recognizes in articles 18 to 24.

2.1. CITIZENSHIP AND FREE MOVEMENT OF PERSONS

The right of free movement is recognized in different norms and provisions of both original law and derivative law. It is worth noting the recognition of this right in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in which article 45 recognizes the right to free movement and residence to citizens of the Union. This has been admitted by the CJEU in the Taouss Lassal case in which it has been established that *it must be observed that citizenship of the Union confers on each citizen a primary and individual right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and restrictions laid down by the Treaty on the functioning of the European Union and the measures adopted for their implementation, freedom of movement for persons being, moreover, one of the fundamental freedoms of the internal market, which was also reaffirmed in Article 45 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*⁴. However, this right is not intended exclusively for nationals of the EU Member States, and can also be applied to third-country nationals when the legally established requirements meet⁵.

Alongside this provision of the Charter, there are numerous articles of original Law that configure and regulate the right of free movement. In this context, it is worth mentioning Article 3.2 of the Treaty on European Union (TEU), Article 18 of the Treaty on the Functioning of the European Union

3 Case C-22/18, TopFit eV & Daniele Biffi v. Deutscher Leichtathletikverband e v., June 13th 2019. This principle considering Union Citizenship as fundamental status of nationals of the Member States have been introduced by the Court of Justice of the European Union in the Grcelczyk case of September 20th 2001 Case C-184/99. From then, this principle has been repeated and confirmed by the CJEU in all of the cases related to this subject. Nevertheless, the first case to take into account in the field of European citizenship is Martinez Sala case from 12th May 1998 C-85/96 where the Court *extended the incipient citizenship reasoning to a situation which did not involve an economic element of any type. Tryfonidou A.*, The impact of union citizenship on the EU's market freedoms, Hart Publishing, Oxford, 2016, 32.

4 Case C-162/09, Secretary of State for Work and Pensions & Taouss Lassal v. Child Poverty Action Group of October 7th 2010.

5 Art. 45 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2016/C 202/02) Freedom of movement and of residence 1. Every citizen of the Union has the right to move and reside freely within the territory of the Member States. 2. Freedom of movement and residence may be granted, in accordance with the Treaties, to nationals of third countries legally resident in the territory of a Member State.

(TFEU); Articles 20 and following also of the TFEU; Titles IV and V of the same Treaty; or Protocols 21 to 23 of the Treaty. All these provisions guarantee the right of free movement of citizens of the European Union (corresponding to nationals of the Member States of the European Union⁶), and guarantee them the right to move and reside freely in the territory of the Member States, with the benefit of the principle of non-discrimination based on nationality.

Therefore, the free movement of people becomes a fundamental element in the creation and development of the Internal Market, disconnected from the realization of economic activities as it had been happening before the Maastricht Treaty of 1990 and from which the status is incorporated of European citizenship⁷. This right of freedom of movement includes both the right for citizens of the EU to enter a Member State other than the one of origin and the right to leave the State of origin⁸. It is ultimately configured as an essential element for the consolidation of the European Union as a space for close cooperation between the peoples that configure it in order to improve the well-being of its citizens⁹.

This free movement is developed in the secondary law from Directive 2004/38 of April 29, 2004¹⁰. The purpose of this Directive is to facilitate the

6 As the CJEU argued in *Micheletti* case, *under international law, it is for each Member State, having due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality*. According to this interpretation, the EU citizenship doesn't substitute the nationality given by the State members, they have the exclusive competence in this field. Case C-369/90, *Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria* of 7th July 1992. This exclusivity also concerns the right of States to establish possible ways to lose the nationality, even though this loss implies to lose the condition and the benefits of the European Citizenship. Case C-221/17 *M.G. Tjebbes and G.J.M. Kopopmann v. Minister van Buitenlandse Zaken*, of March 12th 2019, or Case C-135/08, *Rottmann v. Freistaat Bayern*, of March 2nd 2010.

7 About this evolution *vid. O'leary S., The Evolving Concept of Community Citizenship: From the Free movement of persons to Union citizenship*, Kluwer Law International, The Hague, 1996; *Tryfonidou A., The impact of union citizenship on the EU's market freedoms*, Hart Publishing, Oxford 2016. This author writes *Union citizenship has, indeed, granted to Member State nationals rights which are over and beyond those which they were entitled under EEC law before the introduction and judicial development of this status*.

8 Case C-430/10, *Hristo Gaydarov v. Direktor na Glavna direksia 'Ohranitelna politzia' pri Ministerstvo na vatrešnite raboti*, of November 17th 2011, paragraph 25. The CJEU remembers that: *As the Court has already had occasion to state, the fundamental freedoms guaranteed by the EC Treaty would be rendered meaningless if the Member State of origin could, without valid justification, prohibit its own nationals from leaving its territory in order to enter the territory of another Member State (see Jipa, paragraph 18)*.

9 Art. 3.1 of the Treaty on European Union: *The Union's aim is to promote peace, its values and the well-being of its peoples*.

10 Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC. Official Journal of European Union L158 of April 30th 2004.

exercise of the primary and individual right to move and reside freely within the territory of the Member States, which is conferred directly on citizens of the Union by Article 21.1 TFEU¹¹. In order to achieve this goal, the Directive essentially regulates the beneficiaries of mobility (nationals of the member states but the right of residence to some relatives of the nationals is also recognized, even if they are third-country nationals¹²), the rights, conditions and limits to residence¹³, and it is only applicable in situations where intra-community mobility has occurred¹⁴, discarding from its application the situations in which this mobility has not occurred.

11 Case C-89/17, Secretary of State for the Home Department v. Rozanne Banger of July 12th 2018, 21.

12 The memorandum of the Directive justifies to include family members in its scope because the right of all Union citizens to move and reside freely within the territory of the Member States should, if it is to be exercised under objective conditions of freedom and dignity, be also granted to their family members, irrespective of nationality. There is an important number of cases of the Court of Justice of the EU confirming this principle. One of the most recent cases is the Case C-673/16 Relu Adrian Coman and others v. Inspectoratul General pentru Imigrari, of June 5th 2018. This case is important because the Court has applied for the first time this principle in a marriage between persons of the same sex. According to the Court of Justice: *In the light of all the foregoing considerations, the answer to the first question is that, in a situation in which a Union citizen has made use of his freedom of movement by moving to and taking up genuine residence, in accordance with the conditions laid down in Article 7(1) of Directive 2004/38, in a Member State other than that of which he is a national, and, whilst there, has created or strengthened a family life with a third-country national of the same sex to whom he is joined by a marriage lawfully concluded in the host Member State, Article 21(1) TFEU must be interpreted as precluding the competent authorities of the Member State of which the Union citizen is a national from refusing to grant that third-country national a right of residence in the territory of that Member State on the ground that the law of that Member State does not recognize marriage between persons of the same sex.*

13 According to the jurisprudence of the CJEU the *right of citizens of the Union to reside in a Member State other than that of which they are a national is recognised subject to the limitations and conditions imposed by the FEU Treaty and by the measures adopted to give it effect (judgment of 19 October 2004, Zhu and Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, paragraph 26). Those limitations and conditions must be applied in compliance with the limits imposed by EU law and in accordance with the general principles of EU law, in particular the principle of proportionality (see to this effect, in particular, judgments of 17 September 2002, Baumbast and R, C-413/99, EU:C:2002:493, paragraph 91, and of 19 October 2004, Zhu and Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, paragraph 32).*

14 Many cases have argued that the rights of the Directive are only applicable when the relationship is not "local". According to the Court of Justice, in a large number of decisions, it must be borne in mind that the Treaty rules governing freedom of movement for persons and the measures adopted to implement them cannot be applied to situations which have no factor linking them with any of the situations governed by European Union law and which are confined in all relevant respects within a single Member State (see, to that effect, Case C-212/06 *Government of the French Community and Walloon Government* [2008] ECR I-1683, paragraph 33; *Metock and Others*, paragraph 77 and, *McCarthy*, paragraph 45). Case C-256/11, Murat Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres, of November 15th 2011.

However, we must not forget that mobility is only one of the rights derived from European citizenship. And this reflection has been important in the jurisprudence of the CJEU. As stated by the CJEU, non-mobility or strict non-compliance with the requirements established in the Directive only implies the non-applicability of these regulations. But it should not mean that all situations excluded from such regulations should be considered purely internal situations. Such interpretation could mean that people who hold European citizenship are unable to exercise the rights derived from this citizenship and, therefore, unprotected from their rights. This has been stated by the CJEU in a large number of decisions¹⁵ in which it has decided to apply Article 21 of the TFEU to guarantee the exercise of the rights derived from citizenship to people who have not made free movement, but who otherwise would have been forced to leave the EU territory. According to the CJEU, in these cases *the conditions under which that derived right of residence may be granted should not, in principle, be stricter than those provided for by Directive 2004/38 for the grant of such a right of residence to a third-country national who is a family member of a Union citizen in a case where that citizen has exercised his right of freedom of movement by becoming established in a Member State other than that of which he is a national*¹⁶.

Therefore, the free movement of people and the right of residence that are generated around the condition of European citizenship are articulated as basic rights in the construction of the Internal Market and in the consolidation of the objectives of the European Union. In this area, the interpretation of the CJEU has been very important and has made it possible to avoid limitations from restrictive applications by the Member States.

15 Case C-256/11, *However, the situation of a Union citizen who, like each of the citizens who are family members of the applicants in the main proceedings, has not made use of the right to freedom of movement cannot, for that reason alone, be assimilated to a purely internal situation (see Case C-403/03 Schempp [2005] ECR I-6421, paragraph 22, and McCarthy, paragraph 46). Case C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano v. Office National de l'Emploi of March 8th 2011. Accordingly, the answer to the questions referred is that Article 20 TFEU is to be interpreted as meaning that it precludes a Member State from refusing a third country national upon whom his minor children, who are European Union citizens, are dependent, a right of residence in the Member State of residence and nationality of those children, and from refusing to grant a work permit to that third country national, in so far as such decisions deprive those children of the genuine enjoyment of the substance of the rights attaching to the status of European Union citizen.* Other cases that could be taken into account are, e.g., Case C-165/14, Alfredo Rendón, of September 13th 2016, or Case C-200/02, Zhu and Chen of October 19th 2004.

16 Case C-89/17, Secretary of State for the Home Department v. Rozanne Banger of July 12th 2018, 29.

2.2. THIRD COUNTRY NATIONALS AND MOBILITY IN THE EU

But if the mobility that is articulated around European citizenship is one of the backbone of the European Union, not only its nationals circulate in its territory but also third-country nationals. The European Union and the countries that make it up constitute a space in which, together with nationals, people who do not benefit from European citizenship move and live together. And these people also have mobility that the European Union wants to guarantee¹⁷. At this point, within the scope of the European Union, rules of different origins (national and European) coexist with a different objective. There are more generic norms, such as those derived from the Schengen area, and more specific norms that regulate more particularly some aspects of immigration. In the next sections attention will be paid to these situations related to the mobility of third-country nationals in the European Union.

2.2.1. ENTRY AND CIRCULATION OF THIRD-COUNTRY NATIONALS IN THE SCHENGEN AREA

The Schengen area, which does not affect all the Member States of the European Union¹⁸ and that also includes countries that are not members of the Union¹⁹. It is articulated around two principles: the abolition of internal borders by the States that are part of that space, and the creation of a common external border. This means that any person, regardless of nationality and origin, once the requirements for the entry into the territory of a State that is part of that space have been fulfilled, may circulate and move to the territory of the other Schengen States without undergoing controls additional²⁰. And the States parties must refrain from carrying out any control activity that may qualify as border inspection or equivalent²¹, nor impose this control on

17 *The adoption of measures under Article 77(2)(e) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), with a view to ensuring the absence of any controls on persons crossing internal borders, forms part of the Union's objective of establishing an area without internal frontiers in which the free movement of persons is ensured, as set out in Article 26(2) TFEU.* Point 2nd of the Memorandum of the Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code)

18 The EU countries no members of the Schenghen space are: Bulgaria, Cyprus, Croatia, Ireland, United Kingdom and Rumania.

19 Iceland, Liechtenstein, Norway and Switzerland.

20 Respecto al inicio, evolución y miembros del espacio Schenghen vid. *Olesti R. A.*, El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea. *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, Vol. 15, 2012, 44-84.

21 Cases C-188/10 and 189/10, *Aziz Melik, and Selim Abdeli*, of June 22nd 2010. In these cases, the Court of Justice of the European Union decided that: *Article 67(2) TFEU, and Articles 20 and 21*

third parties²². This situation does not imply a waiver of the exercise of their powers to ensure security and public order in their territory. The CJEU, in the aforementioned sentences, has recognized the competence of the States parties so that their security agents can carry out identity checks in areas close to the borders, provided that this control does not have an effect equivalent to border checks. Likewise, the Court itself has also recognized that third-country nationals who have entered illegally through the external border of a country in the Schengen area, when they cross the internal borders, are also in an irregular situation in the country they have accessed. But in the country of access, border crossing regulations and sanctions can no longer be applied because their external borders have not been used for access to the Schengen area²³.

This is based on two essential aspects: a strengthening of a common external border, and a mutual trust by States to border controls carried out by the authorities of another Member State. These two elements allow the relaxation of the internal borders and facilitate the movement of people in these areas.

As for the legal basis of this space, it is currently communed and incorporated into the TFEU through articles 4, 67.2 and 77. There is also a significant number of rules of derived law that have an impact on the crossing

of Regulation No 562/2006, preclude national legislation which grants to the police authorities of the Member State in question the power to check, solely within an area of 20 kilometers from the land border of that State with States party to the CISA, the identity of any person, irrespective of his behaviour and of specific circumstances giving rise to a risk of breach of public order, in order to ascertain whether the obligations laid down by law to hold, carry and produce papers and documents are fulfilled, where that legislation does not provide the necessary framework for that power to guarantee that its practical exercise cannot have an effect equivalent to border checks.

22 Cases 412/17 and 474/17, *Bundesrepublik Deutschland v. Tourin Tours und Travel GmbH*, of December 13th 2018. According to the Court of Justice *Article 67(2) TFEU and Article 21 of Regulation (EC) No 562/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code), as amended by Regulation (EU) No 610/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, must be interpreted to the effect that they preclude legislation of a Member State, such as that at issue in the main proceedings, which requires every coach transport undertaking providing a regular cross-border service within the Schengen area to the territory of that Member State to check the passports and residence permits of passengers before they cross an internal border in order to prevent the transport of third-country nationals not in possession of those travel documents to the national territory, and which allows, for the purposes of complying with that obligation to carry out checks, the police authorities to issue orders prohibiting such transport, accompanied by a threat of a recurring fine, against transport undertakings which have been found to have conveyed to that territory third-country nationals who were not in possession of the requisite travel documents.*

23 Case C-444/17, *Prefet des Pyrénées-Orientales v Abdelaziz Arib*, of March 19th 2019.

of borders that affect both common visa policy²⁴ as at the border crossing. In this last aspect, the Regulation establishing the Union Code governing the movement of persons across borders is especially important²⁵, applicable to any person crossing the internal or external borders of Member States (art. 3 of the Regulation).

2.2.2. THE EU LEGAL SYSTEM AND IMMIGRATION: DIFFERENT SITUATIONS AND DIFFERENT REGULATIONS

Immigration regulation in the European Union is a complex issue and not resolved at the community level. Unlike borders, there is no Union Code governing the immigration. There are parallel rules of origin of the European Union and national standards that regulate different aspects, and therefore there are rules of different origin that regulate different aspects of the same issue. Therefore, the immigration regulations of the Member States are composed of rules of national origin and rules of community origin, depending on each area.

However, at the European Union level there are rules that affect the mobility of third-country nationals who are in a Member State. In this sense it is necessary to distinguish different situations: third-country nationals who are relatives of citizens of the European Union; third-country nationals residing in a member state; and third-country nationals in vulnerable situations.

Another group would be those third-country nationals who are in an irregular situation, but are not subject to analysis on these pages.

The first group is constituted by persons who have not the status of the EU citizenship but have strength relationship with EU citizens²⁶. From the mobility

24 In this field it is important to consider three EU regulations: *Council Regulation (EC) No 539/2001 of 15 March 2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement* DO L 81 de 21.3.2001, 1/7 and their amendments; *Regulation (EC) No 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation)* DO L 218 de 13.8.2008, 60/81; and *Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code)* DO L 243 de 15.9.2009, 1/58.

25 Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) DO L 77 de 23.3.2016, 1/52.

26 In the Case C-40/11, *Yoshikazu Iida*, of November 8th 2012 the Court of Justice remembered that not all third-country nationals derive rights of entry into and residence in a Member State from Directive 2004/38, but only those who are a 'family member' within the meaning of Article 2(2)

point of view, these persons have the right to benefit of the same privileges than the EU citizens have. Even though for them the rights arising from this directive are not autonomous rights, they enjoy of these rights as a derived rights²⁷. In these cases the Directive 2004/38 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States is applicable, and these third countries nationals have right to install themselves in the same State of the EU citizen²⁸. The Court of Justice, in an important number of cases has recognized this right, including the right to return to the Member State of the nationality after having enjoyed EU mobility²⁹, or the right for nationals of a non-Member State to maintain

of that directive of a Union citizen who has exercised his right of freedom of movement by becoming established in a Member State other than the Member State of which he is a national. In a recently case, C-129/18, SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section, of March 26th 2019, the CJEU said The concept of a 'direct descendant' of a citizen of the Union referred to in Article 2(2)(c) of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC must be interpreted as not including a child who has been placed in the permanent legal guardianship of a citizen of the Union under the Algerian kafala system, because that placement does not create any parent-child relationship between them.

- 27 Op. cit. Case C-165/14, Alfredo Rendón, of September 13th 2016. “...it should be noted at the outset that any rights which are granted to third-country nationals by provisions of EU law on citizenship of the Union are not autonomous rights of those nationals, but rights derived from the exercise of freedom of movement and residence by a Union citizen (see, to this effect, judgments of 8 May 2013, *Ymeraga and Others*, C-87/12, EU:C:2013:291, paragraph 35; of 10 October 2013, *Alokpa and Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, paragraph 22; and of 12 March 2014, *O. and B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, paragraph 36 and the case-law cited). Thus, a derived right of residence of a third-country national exists, in principle, only when it is necessary in order to ensure that a Union citizen can exercise effectively his rights to move and reside freely in the European Union” (36).
- 28 Case C-40/11, *Yoshikazu Iida*, of November 8th 2012, 64, *the right of a third-country national who is a family member of a Union citizen who has exercised his right of freedom of movement to install himself with that Union citizen pursuant to Directive 2004/38 can be relied on only in the host Member State in which that citizen resides (see, to that effect, in relation to the similar provisions of the instruments of European Union law prior to Directive 2004/38, Case C-291/05 Eind [2007] ECR I-10719, paragraph 24).*
- 29 Cases C-370/90 *the Queen and Appeal Tribunal and Surinder Singh* of July 7th 1992; C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v. Hacene Akrich* of September 23rd 2003; C-456/12 *O. v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* of March 12th 2014; Case C-89/17, *Secretary of State for the Home Department v. Rozanne Banger* of July 12th 2018. The principle applied in these cases is that when a national of a member State, after having exercised the right of mobility wants to return to her/his State of origin, cannot be subjected in a less favorable conditions than the conditions imposed for the mobility to another Member State. This situation would demotivate this national to use her/his right of free movement. *She/he would in particular be deterred from so doing if her/his spouse and children were not also permitted to enter and reside in the territory of origin under conditions at least equivalent to those granted them by*

their right of residence after divorcing of an EU citizen and this citizen returns to her/his national State³⁰. Nevertheless, in many decisions the CJEU has given legal alternatives permitting nationals of third countries to enter or to remain in a Member State applying art. 21st of the TFEU³¹ or the Charter of Fundamental Rights of the European Union³²

Community law in the territory of another Member State (19 C-370/90). It is also important to take into account that case C-456/12 has changed the jurisprudence of the CJEU in the Akrich case: *It is true that the Court held in paragraphs 50 and 51 of Akrich that, in order to benefit from the rights provided for in Article 10 of Regulation No 1612/68, the national of a non-member country who is the spouse of a Union citizen must be lawfully resident in a Member State when he moves to another Member State to which the citizen of the Union is migrating or has migrated. However, that conclusion must be reconsidered. The benefit of such rights cannot depend on the prior lawful residence of such a spouse in another Member State* (see, to that effect, MRAX, paragraph 59, and Case C-157/03 *Commission v Spain*, paragraph 28).

30 Case C-218/14, *Kuldip Singh and others v. Minister for Justice and Equality* of July 16th 2015. A third-country national, divorced from a Union citizen, whose marriage lasted for at least three years before the commencement of divorce proceedings, including at least one year in the host Member State, cannot retain a right of residence in that Member State on the basis of that provision where the commencement of the divorce proceedings is preceded by the departure from that Member State of the spouse who is a Union citizen.

31 Vid. A.e. Case C-165/16, *Toukik Lounes v. Secretary of State for the Home Department*, of November 14th 2017 where the CJEU has remembered that: *It should be recalled that the Court has already acknowledged, in certain cases, that third-country nationals, family members of a Union citizen, who were not eligible, on the basis of Directive 2004/38, for a derived right of residence in the Member State of which that citizen is a national could, however, be accorded such a right on the basis of Article 21(1) TFEU* (see, to that effect, judgments of 12 March 2014, *O. and B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, paragraphs 44 to 50, and of 10 May 2017, *Chavez-Vilchez and Others*, C-133/15, EU:C:2017:354, paragraph 54). However, like Directive 2004/38, Article 21(1) TFEU does not confer any autonomous right of residence on a third-country national; rather it confers only a right derived from the rights enjoyed by the Union citizen concerned (judgments of 8 November 2012, *Iida*, C-40/11, EU: C: 2012:691, paragraphs 66 and 67, and of 12 March 2014, *O. and B.*, C-456/12, EU: C:2014:135, paragraph 36). Thus, a derived right of residence of a third-country national who is a family member of a Union citizen exists, in principle, only when it is necessary in order to ensure that the Union citizen can exercise his freedom of movement effectively. The purpose and justification of a derived right of residence are therefore based on the fact that a refusal to allow such a right would be such as to interfere, in particular, with that freedom and with the exercise and the effectiveness of the rights which Article 21(1) TFEU affords the Union citizen concerned (see, to that effect, judgments of 8 November 2012, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, paragraph 68; of 12 March 2014, *O. and B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, paragraph 45; and of 13 September 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, paragraphs 36 and 73). 46-48.

32 C-129/18, *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, of March 26th 2019 where the CJEU, in a Kafala legal relationship has said: *However, it is for the competent national authorities to facilitate the entry and residence of such a child as one of the other family members of a citizen of the Union pursuant to Article 3(2)(a) of that directive, read in the light of Article 7 and Article 24(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, by carrying out a balanced and reasonable assessment of all the current and relevant circumstances of the case which takes account of the various interests in play and, in particular, of the best interests of the*

The second group is composed by third countries nationals installed in a Member State as a regular migrants. Even though for these cases EU has not developed a specific code for it, and the EU rules don't foresee all the aspects relating all the immigration legal aspects, there is some important EU legality that it is important to take into account. In this field it is possible to distinguish three groups of EU legislation: legislation introducing rights for third countries nationals³³; legislation on access and residence of third countries nationals³⁴, and legislation concerning more administrative aspects of immigration³⁵. From the legal perspective, in all of these cases, EU tries to offer a uniform solution for these aspects of immigration, and the guarantee of the uniform interpretation provided by the CJEU. But with these rules, EU also pays attention to establish some common rights specific for the nationals of third countries legally installed in the EU³⁶ in order to promote

child concerned. In the event that it is established, following that assessment, that the child and its guardian, who is a citizen of the Union, are called to lead a genuine family life and that that child is dependent on its guardian, the requirements relating to the fundamental right to respect for family life, combined with the obligation to take account of the best interests of the child, demand, in principle, that that child be granted a right of entry and residence in order to enable it to live with its guardian in his or her host Member State.

33 Council Directive 2003/86, of 22 September 2002, on the right of family reunification, OJ L 251 of 3.10.2003, 12/18; Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents OJ L 16 de 23.1.2004/44/53; Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment OJ L 155 de 18.6.2009, 17/29; Directive (EU) 2016/801 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing OJ L 132 de 21.5.2016, 21/57.

34 Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers OJ L 94 de 28.3.2014, p. 375/390; Directive 2014/66/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the conditions of entry and residence of third-country nationals in the framework of an intracorporate transfer OJ L 157 de 27.5.2014, p. 1/22

35 Council Regulation (EC) No 1030/2002 of 13 June 2002 laying down a uniform format for residence permits for third-country nationals, OJ L 157 de 15.6.2002, p. 1/7; Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State, OJ L 343 de 23.12.2011, p. 1/9. *This Directive, in the article 11 recognizes the right of mobility for third countries nationals Third-country nationals who are in possession of a valid travel document and a single permit issued by a Member State applying the Schengen acquis in full, should be allowed to enter into and move freely within the territory of the Member States applying the Schengen acquis in full, for a period up to three months in any six-month period (point 28 of the memorandum of the Directive)*

36 A.e. in the Case C-257/17, C and A v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie of November 7th 2018 the CJEU argued that *It should be noted, first, that Article 2(c) Directive 2003/86 states that*

the integration of these persons, and the economic and social cohesion in the EU space³⁷.

Finally, the third group of third countries nationals is constituted by nationals of third countries in the EU in vulnerable position. To prevent these cases³⁸ and to protect victims³⁹ EU institutions have also accorded some legal dispositions. Even though these directives don't permit mobility for third countries nationals their rules recognize the right of victims to obtain a residence card.

3. PUBLIC POLICY, SECURITY AND MOBILITY: LIMITS TO THE FREE MOVEMENT OF PEOPLE IN THE EUROPEAN UNION

In the precedent pages the right of mobility into the EU among the member States has been presented as one of the pillars of the EU and one of the basis of the Internal Market. But this right it's also an important tool to consolidate the EU cohesion. Nevertheless, the right of mobility is not absolute. There are limits, and primary and secondary EU law introduce some possibilities to restrict the exercise of this right⁴⁰. These possibilities are public order, public security and public safety.

the term 'sponsor' necessarily refers to a third country national and, second, that Article 3(3) of that directive provides that the directive is not to apply to members of the family of a Union citizen. The EU legislature did not therefore intend the directive to apply to a third country national family member of an EU citizen who has not exercised his right of free movement, such as the applicants in the main proceedings, as indeed corroborated by the travaux préparatoires for Directive 2003/86.

37 Council Directive 2003/86, of 22 September 2002, on the right of family reunification, OJ L 251 of 3.10.2003, p. 12/18. Vid also Communication from the commission to the European Parliament and the Council on guidance for application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification Brussels, 3.4.2014 COM(2014) 210 final. Directive 2009/50 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment has some special rules for family reunification (art. 15).

38 Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorized entry, transit and residence, OJ L 328, 5.12.2002, 17–18; Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA.

39 Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities, OJ L 261, 6.8.2004, 19–23.

40 In the Case C-191/16, Romano Piscioti v. Bundesrepublik Deutschland of April 10th 2018 the CJEU has admitted that *measures which restrict a fundamental freedom, such as that laid down in Article 21 TFEU, may be justified by objective considerations only if they are necessary for the protection of the interests which they are intended to secure and only in so far as those objectives cannot be attained by less restrictive measures (judgments of 12 May 2011, Runevič-Vardyn and Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, paragraph 88 and the case-law cited, and of 6 September 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, paragraph 38) paragraph 48.*

3.1. THE RIGHT OF FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EU AND THE LIMITS TO THIS RIGHT

Directive 2004/38 is the most important EU rule that develops the right of mobility of EU citizens and some of their family members. But the Directive not only introduces rights and conditions for all of the direct and indirect beneficiaries. The Directive introduces also limits to the mobility and to the residence in another member State. Art. 27 admits the possibility for the member States to *restrict the freedom of movement and residence of Union citizens and their family members, irrespective of nationality, on grounds of public policy, public security or public health*. The result of applying one of these exceptions would be the inadmissibility of the persons to which one of these grounds have been applicable, or their expulsion.

But the Directive introduces some conditions and some limits for applying the restrictions of art. 27. As a first approach, it is possible to say that when the EU legislation admits that member States restricts in some cases the freedom of mobility has always taken into account that we are in front of one of the most important rights recognized by the EU, and in this case restrictions have to be restrictively applied and interpreted⁴¹. EU introduces special guarantees for beneficiaries of the Directive that limits are a real exception for an important right, and States have to apply these exceptions always prioritizing the rights of the EU citizens. And in this context, Directive introduces that it could be considered two levels of exceptions: one more general, and another more specific and more protective for beneficiaries having more integration in the Member State of residence⁴². But in both cases conditions and limits imposed

41 Case C-482/01, Georgios Orfanopoulos and others v. Land Baden-Württemberg of April 29 2004, where regarding the free movement of persons the CJEU has remembered that *a particularly restrictive interpretation of the derogations from that freedom is required by virtue of a person's status as a citizen of the Union*, paragraph 65.

42 Art. 28.3 of the Directive 2004/38 says *An expulsion decision may not be taken against Union citizens, except if the decision is based on imperative grounds of public security, as defined by Member States, if they: (a) have resided in the host Member State for the previous 10 years; or (b) are a minor, except if the expulsion is necessary for the best interests of the child, as provided for in the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989*. Concerning this article, the CJEU has established that *it thus follows from the wording and the structure of Article 28 of Directive 2004/38 that the protection against expulsion provided for in that provision gradually increases in proportion to the degree of integration of the Union citizen concerned in the host Member State. Article 28(3)(a) of Directive 2004/38 considerably strengthens their protection against expulsion by providing that such a measure may not be taken except where the decision is based on 'imperative grounds of public security, as defined by Member States'*. Cases C-316/16 and 426/16B. v. Laden Baden Württemberg, and Secretary of State for the Home Department v. Franco Vomero, of April 17th 2018, paragraphs 47 and 48. This 10-year period of residence referred to in that provision must, in principle, be continuous and

by articles 27 and 28 are applicable.

In this area it is important to distinguish two different aspects: the content of public policy or public security, and the control of the application of those limits. From the first field, it is important to take into account that the concepts and the content of public policy and public security vary from a State to another, and they are not static, they evolve because they are linked to the social evolution. In this context, States have the competence to delineate the content and the requirements⁴³ of these legal institutions. But at the same time, because these restrictions are applied in the EU and affecting one of the most important rights and freedoms, according to the CJEU, States, for applying these measures have to take into consideration only the case (*measures on ground of public policy or public security must be taken only following a case-by-case assessment by the competent national authorities showing that the personal conduct of the individual concerned*)⁴⁴ and at the same time they must respect some conditions and limits. In this way, for instance, in the field of public policy the CJEU has repeatedly established

must be calculated by counting back from the date of the decision ordering the expulsion of the person concerned... The periods of imprisonment cannot be taken into account for the purposes of granting the enhanced protection provided for in Article 28(3)(a) of Directive 2004/38 and that, in principle, such periods interrupt the continuity of the period of residence for the purposes of that provision. Nevertheless these periods may be taken into account by the national authorities. Case C-400/12, Secretary of State for the Home Department v. M.G. of January 16th 2014, paragraphs 24, 33, 36 and 38.

43 Case C-33/07, Ministerul Administratiei si Internelor v. Gheroghe Jipa, of July 10th 2008, where de CJUE said: *In that respect, the Court has always pointed out that, while Member States essentially retain the freedom to determine the requirements of public policy and public security in accordance with their national needs, which can vary from one Member State to another and from one era to another, the fact still remains that, in the Community context and particularly as justification for a derogation from the fundamental principle of free movement of persons, those requirements must be interpreted strictly, so that their scope cannot be determined unilaterally by each Member State without any control by the Community institutions* (paragraph 23). It is also very relevant Case C-434/10, Peter Aladzhov, of November 17th 2011, where the CJEU has established that *it is also of no relevance that, as stated by the referring court, the Constitution of the Republic of Bulgaria, as regards justification for restricting the freedom of movement of Bulgarian citizens, does not rely on grounds of public policy, public security or public health but adopts, in particular, a ground relating to the protection of the rights and freedoms of other citizens, on the basis of which the ZBLD was adopted. All that matters is whether the restriction on the freedom of movement of a Bulgarian national which is imposed in order to secure the recovery, as in the main proceedings, of a tax liability and which is justified, according to national law, in the interests of protecting the rights of other citizens, is based on a ground which can be regarded as within the scope of a ground of public policy, within the meaning of European Union law* (paragraph 33).

44 Case C-331/16 and C-366/16 K. v. Staatssecretaris vor Veiligheid en Justitie and H.F. v. Belgische Staat, May 2nd 2018, paragraph 52.

that the concept of public policy presupposes, in any event, the existence, in addition to the perturbation of the social order which any infringement of the law involves, of a genuine, present and sufficiently serious threat to one of the fundamental interests of society⁴⁵. And these perturbation and infringement have to be based on the personal conduct of the individual concerned and always respecting the principle of proportionality and the fundamental rights of the person concerned⁴⁶ and cannot be applied on considerations of general prevention⁴⁷. Under any circumstances public policy or public security can be invoked to serve economic ends⁴⁸.

Ultimately, the CJEU has introduced a balance⁴⁹ between the benefit of the free movement guaranteed by EU Treaties and secondary law, and the right of member States to introduce restrictions to this movement in specific circumstances (public policy, public security or public health). But the CJEU has also introduced an important element to take into consideration in these cases. Even though States maintain this competence, because limits have as a consequence to restring EU freedoms, limits to the general principle and to the basic rights have to be interpreted restrictively by national authorities. The core of this idea is to guarantee as much as possible, and in the largest number of cases, the EU freedom of movement. Only in a very exceptional cases, and after having check a large number of conditions, national authorities can apply the limits. Only when one of the fundamental interest of the society is involved, and after applying the principle of proportionality, it is not possible to find a less harmful measure⁵⁰. At the same time, the principle of legal

45 From 1975, in the Rutili Case, the CJEU has argued that national authorities can not apply the restriction of public policy only from the national perspective, and in a broad sense. Case 36/75, *Roland Rutili v. Minister for the Interior* of October 28th 1975, paragraph 28, or more recently Case C-544/13 *Z.Zh. v. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie* of June 11th 2015, paragraph 60; or Cases C-331/16 and C-366/16 *K. v. Staatssecretaris vor Veiligheid en Justitie and H.F. v. Belgische Staat*, May 2nd 2018, paragraph 51.

46 Case C-371/08, *Nural Ziebell v. Land Baden-Württemberg* of December 8th 2011, paragraph 82.

47 Case C-202/13, *Sean Ambrose McCarthy* of December 18th 2014, *justifications that are isolated from the particulars of the case in question or that rely on considerations of general prevention are not to be accepted (judgments in Jipa, C-33/07, EU:C:2008:396, paragraph 24, and Aladzhov, C-434/10, EU:C:2011:750, paragraph 42)* paragraph 46.

48 Case C-434/10, *Peter Aladzhov* of November 17th 2011, paragraph 30.

49 Case C-145/09 *Land Baden-Württemberg v. Panagiotis Tsakouridis*, of November 23 2010, Paragraph 50.

50 Case C-191/16, *Romano Piscioti v. Bundesrepublik Deutschland* of April 10th 2018 *measures which restrict a fundamental freedom, such as that laid down in Article 21 TFEU, may be justified by objective considerations only if they are necessary for the protection of the interests which they are intended to secure and only in so far as those objectives cannot be attained by less restrictive measures (judgments of 12 May 2011, Runevič-Vardyn and Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, paragraph 88 and the case-law cited, and of 6 September 2016, Petruhin,*

protection and the right of effective judicial remedy⁵¹ guarantee to the persons concerned by these restrictions the right to be informed about the grounds on which a decision taken is based (they have the right of defence and the right to an effective legal remedy), and only in exceptional cases, by reasons of State Security, national authorities can limit this information. But even in these cases *the court with jurisdiction in the Member State concerned must have at its disposal and apply techniques and rules of procedural law which accommodate, on the one hand, legitimate State security considerations regarding the nature and sources of the information taken into account in the adoption of such a decision and, on the other hand, the need to ensure sufficient compliance with the person's procedural rights, such as the right to be heard and the adversarial principle. To that end, the Member States are required, first, to provide for effective judicial review both of the existence and validity of the reasons invoked by the national authority with regard to State security and of the legality of the decision taken under Article 27 of Directive 2004/38 and, second, to prescribe techniques and rules relating to that review, as referred to in the preceding paragraph of the present judgment.*⁵²

3.2. SPECIFIC ASPECTS CONCERNING THE RESTRICTION ON PUBLIC SECURITY

The limit of public security presents some aspects that it is important to take into account. First aspect is the scope of this concept. If the limit from public policy has a more internal dimension, and the objective is to protect some very essential aspects of the society; the limit from public security presents a double dimension: internal and external dimensions.

According to the jurisprudence of the CJEU, the EU Institution has always repeated that public security is a concept that⁵³ *covers both the internal and external security of a Member State (judgment of 23 November 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, paragraph 43).*

Internal security may be affected by, inter alia, a direct threat to the peace of mind and physical security of the population of the Member State concerned

C-182/15, EU:C:2016:630, paragraph 38).

51 Case C-430/10, Hristo Gaydarov v. Direktor na Glavna direksia 'Ohranitelna politisia' pri Ministerstvo na vatreshnite raboti, of November 17th 2011, paragraph 42.

52 Case C-300/11, ZZ v. Secretary of the State for the Home Department, of June 4th 2013, paragraphs 57 and 58.

53 Joint Cases C-331/16 and 366/16 K. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie and H.F. v. Belgische Staat of May 2nd 2018, paragraph 42.

(for example, in the case C-348/09 where Spanish authorities decided to expulse an Italian national on the ground that he had been sentenced for repeated offences of child abuse)⁵⁴ the CJEU has considered that *the sexual exploitation of children is one of the areas ... constituting a particularly serious threat to one of the fundamental interests of society, which might pose a direct threat to the calm and physical security of the population and thus is capable of being covered by the concept of 'imperative grounds of public security', capable of justifying an expulsion order under Article 28(3) of Directive 2004/38.*

As regards external security, that may be affected by, inter alia, the risk of a serious disturbance to the foreign relations of that Member State or to the peaceful coexistence of nations (see, to that effect, judgment of 23 November 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, paragraph 44).

This double aspect of the public security makes larger the scope of this limit. Many different situations may be included in its field, and this specific characteristic may result in a large interpretation and in a large number of cases included in its scope. In this sense, it is very important the interpretation of the CJEU because the Court has always stressed the importance of the restrictive interpretation, and specifically in the case of the application of the limit of public security. In this case it is important to remember that the restriction of free movement based on public security grounds has a special protection on art. 28.3 of the Directive 2004/38, it has to be a very strict concept, and it is only applicable when some strict conditions are met⁵⁵.

According to different decisions of the CJEU, different activities would be considered as activities affecting public security. The Court has held that a threat to the functioning of the institutions and essential public services and the survival of the population, as well as the risk of a serious disturbance to foreign relations or to peaceful coexistence of nations, or a risk to military interests, may affect public security. Activities like trafficking in narcotics as part of an organised group could also be considered affecting the public security when they reach a level of intensity that might directly threaten the calm and physical security of the population as a whole or a large part of it⁵⁶. Also, a

54 Case C-193/16 E. v. Subdelegación del gobierno en Álava, of July 13th 2017.

55 Case C-348/09, P. I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid of May 22nd 2012. According to the Court, it follows from the wording and scheme of Article 28(3) of Directive 2004/38 that, by subjecting all expulsion measures in the cases referred to in that provision to the existence of 'imperative grounds' of public security, a concept which is considerably stricter than that of 'serious grounds' within the meaning of Article 28(2), the European Union legislature clearly intended to limit measures based on Article 28(3) to 'exceptional circumstances', paragraph 19

56 Case C-145/09 Land Baden-Württemberg v. Panagiotis Tsakouridis, of November 23 2010, paragraphs 44 and 47.

conduct that shows the persistence of a disposition hostile to the fundamental values enshrined in Articles 2 and 3 TEU (crimes against humanity), is, for its part, capable of constituting a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society⁵⁷. And offences related to sexual abuses and sexual exploitation of children could also be considered as constituting a particularly serious threat to one of the fundamental interests of society, which might pose a direct threat to the calm and physical security of the population⁵⁸.

But in all of these cases the CJEU has restricted the scope of the limit of public security and has imposed to national authorities of the host Member State that before to decide the expulsion of an individual it is compulsory to take into account considerations such as the nature and the seriousness of the offence committed, how long the individual concerned has resided on its territory, the period which has passed since the offence was committed and the conduct of the person concerned during that period, his/her age, state of health, family and economic situation, social and cultural integration into that State and the extent of his/her links with the country of origin⁵⁹.

Consequentially, national authorities cannot impose directly the restriction from public security infringements, and they cannot to take into account only the offence or the infringement. It is mandatory to consider the personal conduct, to assess the integration of the individual, to evaluate if this subject represents a genuine, present and sufficiently serious threat to one of the fundamental interests of society, and in all of the cases to respect the principle of proportionality in order to assess if the sanction (restriction to the mobility imposed applying the grounds of public security) is proportionate to the legitimate aim pursued.

As the CJEU has indicated, *a balance must be struck more particularly between the exceptional nature of the threat to public security as a result of the personal conduct of the person concerned, assessed if necessary at the time when the expulsion decision is to be made (see, inter alia, Joined Cases C-482/01 and C-493/01 Orfanopoulos and Oliveri [2004] ECR I-5257, paragraphs 77 to 79), by reference in particular to the possible penalties and the sentences imposed, the degree of involvement in the criminal activity,*

57 Cases C-331/16 and 366/16 K. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie and H.F. v. Belgische Staat of May 2nd 2018, paragraph 60

58 Case C-348/09, P. I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid of May 22nd 2012, paragraphs 26 and 28

59 Case C-145/09 Land Baden-Württemberg v. Panagiotis Tsakouridis, of November 23 2010, paragraph 53, and Case C-348/09 P. I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid of May 22nd 2012, paragraph 34.

*and, if appropriate, the risk of reoffending (see, to that effect, inter alia, Case 30/77 Bouchereau [1977] ECR 1999, paragraph 29), on the one hand, and, on the other hand, the risk of compromising the social rehabilitation of the Union citizen in the State in which he has become genuinely integrated, which, as the Advocate General observes in point 95 of his Opinion, is not only in his interest but also in that of the European Union in general*⁶⁰.

And in their decisions, national authorities, before to expulse a citizen for grounds of public security, among the previous other aspects, they also must consider the evolution of her/his conduct and factual matters which occurred after the final decision of the competent authorities which may point to the cessation or the substantial diminution of the present threat which the conduct of the person concerned constitutes to the requirements of public policy⁶¹.

To sum it up, in order to apply the exception of public security and to limit by this way the free movement of persons in the EU, national authorities must consider an important number of conditions. The conduct itself considered, or a previous criminal conviction, are not enough to justify the refusal of a non-national EU citizen, or her/his expulsion, and the limit to her/his mobility. This principle is very important in the EU context, because all of the conditions included in the EU primary and secondary law and interpreted by the CJEU underline the importance of free movement of persons in the EU and seek to prioritize mobility and citizenship rights, and to avoid large applications from national authorities devoted to restring these rights. The jurisprudence in this area of the CJEU is a guarantee for EU citizens and for third countries nationals that their rights of mobility covered by the EU legislation will be applied and interpreted in a uniform way in all of the Member States, even though the content and the scope of these limitations are competence of the Member States.

4. CONCLUSION

One of the most important rights introduced and recognized by the EU Treaties is the right of free movement of persons, and the right of residence in all of the Member States for EU citizens. This right is also extended to some third countries nationals, who can benefit of this mobility. Primary and secondary EU legislation establish and develop beneficiaries, conditions and limits to this very fundamental right for the EU construction and integration.

⁶⁰ Vid. *Ibid*, Case C-145/09 paragraph 50.

⁶¹ Case C-482/01, *Georgios Orfanopoulos and others v. Land Baden-Württemberg* of April 29 2004, paragraph 82.

But the EU construction and the assembling among EU and Member States is based on the principle of competence, and in this area (freedom of mobility) live together interests and competences of the EU and interests and competences of the Member States. One of the most prominent examples is focused on the limits of free movement. The limits of free movement, values of the legal order, assumptions and conditions to admit restrictions are governed for the EU legal system, and controlled by the EU institutions. But the control of mobility, and the values of the legal order, content and the cases that could be included as an exception are governed by national legislations, and it would be different from a Member State to another Member State.

In this context, a balance between mobility and public security, and a balance between EU competences and National competences has been imposed. And the analysis and jurisprudence of the CJEU has been fundamental in order to protect the rights of EU citizens and the rights of some Third Countries Nationals in the EU, and to guarantee their mobility in this area. In this balance between mobility and security the CJEU has paid attention on the principle of protecting mobility, and has introduced limits on how to interpret restrictions. Member States and their authorities maintain the right to control the EU mobility and have the competence to guarantee the stability of their societies and to protect its fundamental interests. But in this objective, they have to respect the EU legal conditions.

This balance and this EU control have permitted Member States to maintain the safety of their societies and population, but at the same time the strict control of the exceptions to the mobility imposed by the jurisprudence of the CJEU is a guarantee for the beneficiaries to enjoy a greater recognition of their rights, and to be sure that these rights will have the same guarantee in all of the Member States. This is one of the most important goals in the construction of the EU and in the construction of the Internal Market, and one of the most important areas where citizens have the possibility to feel directly the benefits of membership of EU.

BIBLIOGRAPHY:

1. Communication from the commission to the European Parliament and the Council on guidance for application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification Brussels, 3.4.2014 COM(2014) 210 final.
2. Charter of Fundamental Rights of the European Union (2016/C 202/02).

3. Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorized entry, transit and residence, OJ L 328, 5.12.2002, 17–18.
4. Directive 2003/86/CE, of 22 de September de 2003, on the right of family reunification OJ L 251 de 3.10.2003, 12/18.
5. Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents OJ L 16 de 23.1.2004, 44/53.
6. Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC. Official Journal of European Union L158 of April 30th 2004.
7. Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities, OJ L 261, 6.8.2004, 19–23.
8. Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment OJ L 155 de 18.6.2009, 17/29.
9. Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA.
10. Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State, OJ L 343 de 23.12.2011, 1/9.
11. Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers OJ L 94 de 28.3.2014, 375/390.

12. Directive 2014/66/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the conditions of entry and residence of third-country nationals in the framework of an intracorporate transfer OJ L 157 de 27.5.2014, 1/22.
13. Directive (EU) 2016/801 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing OJ L 132 de 21.5.2016, 21/57.
14. Regulation (EC) No 539/2001 of 15 March 2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement DO L 81 de 21.3.2001, 1/7 and their amendments.
15. Regulation (EC) No 1030/2002 of 13 June 2002 laying down a uniform format for residence permits for third-country nationals, OJ L 157 de 15.6.2002, 1/7.
16. Regulation (EC) No 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation) DO L 218 de 13.8.2008, 60/81.
17. Regulation (EC) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code) DO L 243 de 15.9.2009, 1/58.
18. Treaty on European Union (2012/C326/01).
19. *Henderson A., Jeffery Ch., Wincott D., Wyn J. R.*, How Brexit was made in England, *British Journal of Politics & International Relations* 19 (4), 2017, 613-646.
20. *O'leary S.*, The Evolving Concept of Community Citizenship: From the Free movement of persons to Union citizenship, *Kluwer Law International*, The Hague, 1996.
21. *Olesti R. A.*, El espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, Vol 15, 2012, 44-84.
22. *Parker O.*, Critical political economy, free movement and Brexit: beyond the progressive's dilemma. *British Journal of Politics & International Relations* 19 (3), 2017, 479-496.
23. *Tryfonidou A.*, The impact of union citizenship on the EU's market freedoms, *Hart Publishing*, Oxford, 2016, 32.

24. Case 36/75, Roland Rutili v. Minister for the Interior of October 28th 1975.
25. Case C-369/90, Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria of July 7th 1992.
26. Cases C-370/90 the Queen and Appeal Tribunal and Surinder Singh of July 7th 1992.
27. Case C-413/99, Baumbast of September 17th 2002.
28. C-109/01 Secretary of State for the Home Department v. Hacene Akrich of September 23rd 2003; Case C-200/02, Zhu and Chen of October 19th 2004.
29. Case C-482/01, Georgios Orfanopoulos and others v. Land Baden-Württemberg of April 29 2004.
30. Case C-33/07, Ministerul Administratiei si Internelor v. Gheroghe Jipa, of July 10th 2008.
31. Case C-135/08, Rottmann v. Fresitaat Bayern, of March 2nd 2010.
32. Case C-371/08, Nural Ziebell v. Land Baden-Württemberg of December 8th 2011.
33. Case C-34/09 Gerardo Ruíz Zambrano v. Office National de l'Emploi of March 8th 2011.
34. Case C-145/09 Land Baden-Württemberg v. Panagiotis Tsakouridis, of November 23 2010.
35. Case C-162/09, Secretary of State for Work and Pensions & Taous Lassal v. Child Poverty Action Group of October 7th 2010.
36. Case C-348/09, P. I. v. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid of May 22nd 2012.
37. Cases C-188/10 and 189/10, Aziz Melik, and Selim Abdeli, of June 22nd 2010.
38. Case C-430/10, Hristo Gaydarov v. Direktor na Glavna direktsia 'Ohranitelna politsia' pri Ministerstvo na vatreshnite raboti, of November 17th 2011.
39. Case C-434/10, Peter Aladzhev, of November 17th 2011.
40. Case C-40/11, Yoshikazu Iida, of November 8th 2012.
41. Case C-256/11, Murat Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres, of November 15th 2011.
42. Case C-300/11, ZZ v. Secretary of the State for the Home Department, of June 4th 2013.
43. Case C-87/12, Kreshnik Ymeraga and others v. Ministre de l'Emploi, du Travail et de l'Immigration of May 8th 2013.

44. Case C-400/12, Secretary of State for the Home Department v. M.G. of January 16th 2014.
45. C-456/12 O. v. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel of March 12th 2014.
46. Case C-570/12, Jessy Saint Prix v. Secretary of State for Work and Pensions, of June 19th 2014.
47. Case C-202/13, Sean Ambrose McCarthy of December 18th 2014.
48. Case C-544/13 Z.Zh. v. Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie of June 11th 2015.
49. Case C-165/14, Alfredo Rendón, of September 13th 2016.
50. Case C-218/14, Kuldip Singh and others v. Minister for Justice and Equality of July 16th 2015.
51. Case C-191/16, Romano Piscioti v. Bundesrepublik Deutschland of April 10th 2018.
52. Case C-193/16 E. v. Subdelegación del gobierno en Álava, of July 13th 2017.
53. Cases C-331/16 and 366/16 K. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie and H.F. v. Belgische Staat of May 2nd 2018.
54. C-366/16 K. v. Staatssecretaris vor Veiligheid en Justitie and H.F. v. Belgische Staat, May 2nd 2018.
55. Case C-673/16 Relu Adrian Coman and others v. Inspectoratul General pentru Imigrari, of June 5th 2018.
56. Case C-89/17, Secretary of State for the Home Department v. Rozanne Banger of July 12th 2018.
57. Case C-257/17, C and A v. Sttaatssecretaris van Veiligheid en Justitie of November 7th 2018.
58. Cases 412/17 and 474/17, Bundesrepublik Deutschland v. Tourin Tours und Travel GmbH, of December 13th 2018.
59. Case C-221/17 M.G. Tjebbes and G.J.M. Kopopmann v. Minister van Buitenlandse Zaken, of March 12th 2019.
60. Case C-444/17, Prefet des Pyrénées-Orientales v Abdelaziz Arib, of March 19th 2019.
61. Case, C-129/18, SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section, of March 26th 2019.
62. Case C-22/18, TopFit eV & Daniele Biffi v. Deutscher Leichtathletikverband e v., June 13th 2019.

RECEPTION OF ECONOMIC LAW IN GEORGIA**

I. HISTORICAL BACKGROUND

1. POST-SOVIET REALITY AND EUROPEAN TRADITION

After the demise of Soviet Union, Georgia's scheduled economy demanded total transformation, in order to make the country enrolled in global competition. That, nonetheless of the aim to develop liberal-constitutional independent state,¹ which in fact had to be the necessary prerequisite for developing modern commercial relationship, turned out to be a severe (difficult, complicated, complex, elaborated) task. Current economical-political circumstances in post-Soviet states stirs up the doubts, that all this could not be realized in isolation.² Dirigisme economy was created on a peculiar platform, which was based on political and economical reality. After demolishing the existed markets, trading relations,³ the state turned out to be alienated, on the one hand, in front of newly developed states, on the other hand, in front of rest civilized world. In that situation, the entrepreneur legislation should have played the role of regulator for economical relations. That is why, it became unavoidable and necessary to create new legal system.

In post-Soviet states, the development of corporate law should have been unimaginable (seemed impossible) without sequential economical-legislative

* Professor, Doctor of Law, Deputy Dean of the Faculty of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University.

** The article was published as: *Burduli*, Nekrezeption in Transformationsgesellschaften in: FS Hanns Prütting, Carl Heymanns, 2018, 3-15.

1 *Schwartz H.*, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, *Aleksidze K. (trans.)*, *Kublashvili K., Kapanadze N. (eds.)*, Tbilisi, 2003, 35 (in Georgian).

2 The practice of formatting modal law for post-Soviet countries can be used to justify this, that is based on west-European principles and aims its adaptation in post-Soviet states law. *Knieper R., Chanturia L., Schramm H. -J.*, *Das Privatrecht im Kaukasus und Zentralasien*, Berlin, 2010, 3.

3 For example: *Chanturia L.*, Corporate Governance and Managerial Liability in Corporate Law, Tbilisi, 2006, 46 and following (in Georgian); *Burduli I.*, Foundations of the Corporate Law, Volume I, Tbilisi, 2010, 391 and following (in Georgian). In countries with many years of together living experience, consistent reforms were needed. Restoration of statehood neither was the solid ground for modern economic development. Regardless of the consequences of "shocking therapy", it was not enough for sustainable economic development. Keeping preexisting economical connections should have been the guarantee of economic success, which was in need of reinforcement by legal frame-condition. Carrying out "Balzerovich's plan", analyzing economic reforms. See: *Papava V.*, Economic of Georgia. Reforms and Pseudo Reforms, Tbilisi, 2015, 42 and following (in Georgian).

constructions, without considering national peculiarities and without accompanying social-political, cultural phenomenon. For example, mass privatization, could be the best example, which had to play crucial role in the development of organizational economy, has suffered fiasco (collapse, crash).⁴

Traditionally Georgia belonged to the Continental-European (common law) family of legal system,⁵ that was the characteristic for central and Eastern Europe,⁶ which was influenced by Roman-German legislation.⁷ That, in fact, was a determining factor for the country that took a course toward European law reception. Emphasis was made on the reception of German law. However, the process was based not only on political or personal phenomena,⁸ but on judicial-cultural as well. Proximity to German legislation, supporting various project in law-making process⁹ was a determining factor that Georgia took the German law as a basement of its own legislation.¹⁰

2. DEVELOPMENT STAGES OF CORPORATE LAW

Grounds of modern corporate law takes its date from the 90's second half of the last century¹¹ and was created priori under the logical synthesis

4 See for example: *Chanturia L.*, Corporate Governance and Managerial Liability in Corporate Law, Tbilisi, 2006, 46 and following (in Georgian); *Burduli I.*, Foundations of the Corporate Law, Volume I, Tbilisi, 2010, 391 and following (in Georgian). During privatization process the legal form of Joint-Stock company was disregarded, because primarily it was created not as a consequence of capital concentration and investment, but was based merely on distribution of property among employees. The classic model of Joint-Stock Company is based on different conception in west industrial states. *Chanturia L.*, Chancen und Schatten des Self-Enforcing-Modells im postsowjetischen Aktienrecht, WiRO, 4/2009, 97-128, 97.

5 For example: *Zoidze B.*, Reception of European Private Law in Georgia, Tbilisi, 2005, 5 ff. (in Georgian).

6 Before establishing socialism.

7 *Ajani G.*, By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe, The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, № 1, 1995, 93-117, 94.

8 *Shevardnadze E.*, Memoirs, Tbilisi, 2006, 315, 317 (in Georgian).

9 For example: GIZ activity in Georgia. Vastly about the organization's legal activities in CIS (Community of Independent States): *Knieper R.*, Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse, Berlin, 2006. Referred in speech of *Chanturia* on German-Japanese symposium in Berlin on March 14th, 2009: "Die Rolle des Rechts und juristischen Zusammenarbeit bei der Schaffung einer Zivilgesellschaft", *Chanturia L.*, Voraussetzungen einer juristischen Zusammenarbeit aus der Sicht der Transformationsgesellschaften, 1, Fn. 2.

10 About approachment to European Law see for example: *Chanturia L.*, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, in: *Basedow J., Drobniq U., Ellger R., Hopt K. J., Kötz H., Kulms R., Mestmäcker E. -J. (Hrsg.)*, Aufbruch nach Europa – 75 Jahre nach MPI, Tübingen, 2001, 893-904, 894-895; *Chanturia L.*, Die europäisierung des georgischen Rechts – Blosser Wunsch oder grosse Herausforderung?, *RabelsZ*, 74, 2010, 154-179, 155 ff.

11 *Chanturia L.*, Law on Entrepreneurs and the Origin of Corporate Law in Georgia, in: Anniversary Collection — S. Jorbenadze. 70., Tbilisi, 1996, 32-50, 32 ff. (in Georgian).

of German enterprise (company) and trade law.¹² It was set up as a lawful legislation, underlying German principles. German corporate law is different from US corporate law, which establishes not only systematic but functional distinctions as well. Exactly the functional mingling (confusion, mixing) became an important issue in relation to our country to attach it to the German, European legal system. Legislative gaps, the scale of marginal differentiation of organizational-judicial forms became the guarantee for demolishing national entrepreneur law, which in fact were the reasons that made Georgia to face reforms a couple of times. The development of Georgian corporate law covers mainly three stages: 1. Since 1995, i. e. from adoption of Georgian law of entrepreneurs till 2008. 2. From 2008 till 2014. 3. From 2014 till now. Initially it was formed as statutory legislation; however, optional (default) regime had a proper scope in partnerships law. As for capital societies, imperative rules prevailed. These generally concerned the stock societies and registered co-operatives. Statutory capital freedom was left open for the limited liability societies. After settling a complete liberal approach towards the Georgian economy (since 2004) total liberalization and “unbridled” regime of deregulation gripped the Georgian law of entrepreneurs, that is expressed merely in the abolition of legislative norms (articles, rules, section, regulations). This way deregulated “regulation” is forming, which ultimately is the beginning for various problems: in accordance with the undeveloped court practice and scarcity for norm explanation (commentaries), nonexistent cautelary jurisprudence, legal experts’ (legal specialist’s) low level of education, development of corporate relationships is being delayed. The eradication of the gaps starts from 2014 when a new edition of the law of entrepreneurs was drafted, which represents the main source of corporate law in Georgia.

II. REFORM WITH THE USE OF NECRO RECEPTION

1. RECEPTION AND STABILITY OF LEGAL SYSTEM

In a post-soviet reality, legislation should have been arisen as a result of reception,¹³ especially within the creation of legal state and market economy after demising of a social system, where total reform of legal system should

¹² *Zoidze B.*, Reception of European Private Law in Georgia, Tbilisi, 2005, 185 (in Georgian).

¹³ For example: *Knieper R.*, Das neue turkmenische Zivilgesetzbuch im Überblick, *WiRO* 2/2002, 53 ff; *Khamidov Kh.*, Die Rechtsreform in der Republick Tadschikistan, in: *Boguslavski L.*, *Knieper R.* (Hrsg.), *Wege zu neuem Recht*, Berlin, 1998, 86-88, 86 f.; Also: *Knieper R.*, *Chanturia L.*, *Schramm H.* –J. (Hrsg.), *Grundlagen des Zivilrechtsordnung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens in Theorie und Praxis*, Berlin, 2008.

have been realized.¹⁴ Reception process is accompanied with different factors. In the formation of legal systems country is mostly nourished with institutions that have been transferred from various law regimes throughout its history, with legal ideas and particular norms.¹⁵ The reception may have positive and negative sides, moreover, when the case regards to it's voluntarily¹⁶ or "compulsory" execution (realization).¹⁷ The Success of reception depends on the development of the law that is target of reception, as far as it regards to transfer of experienced legal institutions. And, if national peculiarities will be taken into account in the process, there is a strong possibility that process will be successful.¹⁸

14 E.g.: *Knieper R., Chanturia L., Schramm H. –J.*, *Das Privatrecht im Kaukasus und Zentralasien*, Berlin, 2010, 1 ff.

15 See also: *Kurzynsky-Singer E.*, *Wirkungsweise der legal transplants bei den Reformen des Zivilrechts*, in: *Kurzynsky-Singer E. (Hrsg.)*, *Transformation durch Rezeption?*, Tübingen, 2014, 4.

16 *Knieper's* position is persuasive here, that the reception can be the conscious or unconscious step from the different international organizations. *Knieper R.*, *Rechtsimperialismus?*, in: *Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse*, Berlin, 2006, 62.

17 For that "subjective" example can be Britain's constitutional policy in India, which implicates grounding of national industrial entrepreneurship, legally blocking English market for Indian production, whereas absolute opening of Indian market for British. *Nehru J.*, *The Discovery of India*, 1982, see Russian translation of the book: *Неру Д., Открытие Индии*. Пер. с англ. — М.: Политиздат, 1989. — Кн. 2, 22-26. Economical "expansion" is determined by forcible supporting legal mechanisms, which means establishing foreign constructions in a national legal system. Such "neo-colonize" may exist in the nearest history. See: *Bregvadze L.*, *Legal Culture between Globalism and Localism: for the Functional Elucidation of Legal Transfers, State's and Law Institute's herald*, 2006/1, 5- 37, 26 (in Georgian).

18 The blind implementation of norm in a national legislation would not work without consideration of existed traditions, and/or cultural phenomenon. For example: transferring the norm from Swiss family law, during the Turkish Civil law reception, which states: Spouse do not have right for divorce, if she/he gave concord in advance for conjugal infidelity, or condoned infidelity. This norm was exempted, as an unacceptable phenomenon for Turkish mental-traditions and legal conscious. *Jorbenadze S.*, *Basic Problems of Future Civil Code of Georgia*, in a collection: *Law Reform in Georgia*, *Jorbenadze S., Knieper R., Chanturia L. (eds.)*, Tbilisi, 1994, 139-154, 142 (in Georgian). From this point of view it is very important to reckon with the values that is typical to people. *Kekelia M.*, *Crimes against Human Live, Health, Honor and Dignity in Old Georgian Law*, Tbilisi, 2015, 3 (in Georgian). With that inspiration *Dernburg* puts rhetorical question and responds to himself. Cited from: *Kekelia M.*, *Ibid*, 5. In a global world corporate law, doing business characterizes with united principles. In the global world, corporate law is characterized by the operation of business on a unifying principle. Accordingly, there might be less space for historical-cultural national phenomena (unlike to Georgian Criminal Law, because historical tradition existed in Georgia), especially for Georgia, with its weak economy and lack of traditions in these field. Corporate Law system of financially strong country makes it possible to reflect national cultural (and moreover, religious) mentality on a legislative level. As an example, for that can be given specific structure of corporate governance in Islamic state that implies cultural-religious postulates integration in companies. See for example: *Casper M.*, *Sharia Boards and Corporate Governance* in: *Anniversary Collection — Klaus J. Hopt 70.*, Berlin, 2010, 446-477.

Stability of a legislation, that was created under the reception is very important.¹⁹ It supports the stability of legal system. And all that plays the role of prevision and predicting in society. Legal stability does not exist without stability of the legal system which has been established in the framework of reception. The reception, that consists of a lot of components, is a long-term process.²⁰ Lawmaking is the one side of the coin. The use of law and conforming of law is another, more significant. In it is considered country's dogmatic-legal grounds, characteristics of interpretation and enforcement of norms, that must have been managed simultaneously with the German-European thinking style, with a translation of different materials concerning norm interpretation, commentaries, researches, educational programs. Systematically it should have been set up as following: legislation, it's implementation in practice, institutional structure, extending and propagating received law.²¹ The process started exactly as mentioned, but after the "Rose Revolution" it took different direction. In a reception process, institutional memory (knowledge, heritage) should be taken into account, which is undoubtedly necessary for the process. United legal system is based on historical memory.²² When such a memory demises or suffers demolishment, the united system cannot develop further. Accordingly, reception is a historical process and its success depends on historical memory (recollection).

2. THE NECESSITY OF INTERNATIONAL COOPERATION WITHIN THE FRAMEWORK OF RECEPTION

25 years-long history of transformation of law proves the necessity of international cooperation in regard to the reception process.²³ The reception relies on different countries' experience, established practice, interpretation of norms, comparative legal system studies, adapting it with the national

19 Here, reception is used for broader meaning. Under it, is considered transformation and transplanting process of law. Comp. *Knieper R.*, *Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse*, Berlin, 2006, 17.

20 Comp. *Bregvadze L.*, *Legal Culture between Globalism and Localism*, for the Functional Elucidation of Legal Transfers, *State's and Law Institute's Herald*, 2006/1, 5- 37, 25-26 (in Georgian).

21 See, *Knieper R.*, *Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext*, Eschborn, 2004.

22 In this context comp. *Chanturia L.*, *The Basic Inclinations of "Entrepreneur" Law Reform*, in the collection: *Feradze G. (ed.)*, *Essays of Law and Political Thinking*, Book III, Tbilisi, 2015, 651 ff, 650-666 (in Georgian).

23 *Chanturia L.*, *Voraussetzungen einer juristischen Zusammenarbeit aus der Sicht der Transformationsgesellschaften*, 1.

law reality, etc.²⁴ Considering all procedures that regards to the reception is the ultimate way for success. This process is staged in one complex. The reception goes beyond the law-making process, comprising broader spectrum of activities. Meaning not only creation of norm, but its implementation into reality. Implementation and conforming norm to an event, needs international experience that requires examining the legal system of a country that completed the reception. Accordingly, without the theory and practice of the country the reception process is impossible to imagine. Thus, subjective support in a transformable society is important, as far as the country like ours is not ready to make its regulations relevant to internationally acknowledged standards, on its own.²⁵ It is welcoming, that in the reform process international cooperation takes place and is based on specific projects or development strategy.²⁶ It must be persuasive consideration from *Zommermann*, that “often conversation is about initiating the idea of reform, about conceptualization and practical support”.²⁷ These helps transformable state to establish systematic view of law system with the help of experts.²⁸ Corporate Law should also be formed as a part of the unified legal system, which is yet unachievable.

3. THE RECEPTION, AS A CULTURAL PHENOMENON AND AS A ROLE FOR COMPARATIVE LAW

The reception process needs culture, which will help foreign country’s norm implementation in a national legislation to be cultural phenomenon.²⁹ This leads to the integration of national socio-economic and cultural

24 In post-Soviet law a lot of work was dedicated to the reception. E.g.: *Knieper R., Chanturia L., Schramm H. -J.*, *Das Privatrecht im Kaukasus und Zentralasien*, Berlin, 2010; *Kurzynsky-Singer E. (Hrsg.)*, *Transformation durch Rezeption?*, Tübingen, 2014; *Bregvadze L.*, *Theory of Autopoietic Legal Culture: Legal Transfers and Legal Self-Regulation in a Global Society*, Doctoral Thesis, Tbilisi, 2016 (in Georgian).

25 *Chanturia L.*, *Voraussetzungen einer juristischen Zusammenarbeit aus der Sicht der Transformationsgesellschaften*, 1.

26 *Dann Ph.*, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, 2012, 27 ff., cited: *Sommermann K. -P.*, *Deutsch-georgische wissenschaftliche Zusammenarbeit – Ein Erfahrungsbericht am Beispiel der Einrichtung eines Master-Studiengangs “public administration” an der TSU in: Ogniois L. (Hrsg.)*, *Grenzüberschreitende Entwicklungszusammenarbeit*, speyerer Arbeitsheft Nr. 212, Speyer, 2013, 8.

27 *Sommermann K. -P.*, at 8.

28 The main “culprit” is “demise of united system of law” according to *Chanturia L.*, *Statutory Autonomy in Corporate Law*, in the collection: *Feradze G. (ed.)*, *Essays of Law and Political Thinking*, Book I, Tbilisi, 2010, 650-666, 651 (in Georgian).

29 Without taking into consideration legal culture the process will be useless. For example: *Bregvadze L.*, *Legal Culture between Globalism and Localism: for the Functional Elucidation of Legal Transfers*, *State’s and Law Institute’s Herald*, 2006/1, 5- 37, 5 and following (in Georgian).

peculiarities in the process of formulating the rule of conduct as a legislative norm. The reception will not achieve its goal, without taking the national peculiarities into account.³⁰ It differs from so called “legal transplants”.³¹ The later mentioned means the direct transfer of the foreign country’s norm in a national law.³² It is defined, as an “annulation and replacement”. Transmission and relocation; transportation in another country”. Transfer is exactly the issue, which takes place on the intersection of jurisdictions, when the regulation is unfamiliar for the importer country and it comes in a national legislation from foreign country.³³ It might be useful for a national law reality,³⁴ might not. In transformable society, systematic execution of reform will be preferred then spontaneous transfer of the norm. The law should be imagined as a cognitive institution, where particular norms are not isolated from each other, but rather presents the part of a united system and for properly execution, local law practitioners need to understand and accept it correctly.³⁵ Comparative law is of great importance in understanding and interpreting the law formulated under the reception. Formulated norm exists independently in a national legislation. Norm is a “living organism” and subordinates to evolution, which means it can be developed in an independent functional-essential way. For its functioning ability it is necessary to implement it correctly, and for this matter

30 *Knieper R., Chanturia L., Schramm H. -J.*, *Das Privatrecht im Kaukasus und Zentralasien*, Berlin, 2010, 30.

31 About this phenomenon, for example: *Mattei U.*, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, *International Review of Law and Economics*, 1994, 14, 3-19, 3 ff; *Kurzynsky-Singer E.*, at 4 f.

32 About the notion of legal transfers, its socio-legal-cultural phenomenon: *Bregvadze L.*, *Legal Culture between Globalism and Localism: for the Functional Elucidation of Legal Transfers*, *State’s and Law Institute’s Herald*, 2006/1, 5- 37, 23 ff (in Georgian).

33 *Ajani G.*, *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, № 4, 1997, 111-142, 111.

34 For illustration can be given amendment in German Law on Joint Stock Company paragraph 93rd, transplantation of American Business Judgement Rule institute. About the institute see. USA Case Law with commentaries: *Allen W. T., Kraakman R., Subramanian G.*, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 3rd ed., US, 2009, 250-255 (Kamin vs. American Express Co. 54 A.D.2d 654 (N.Y. 1976)). In German Law: *Henssler M., Strohn L., Dauner-Lieb B.*, *AktG*, 2. Auf., München, 2014, § 93 Rn. 17 ff; And for the reform itself, for example: *Fleischer H.*, *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht*, *NZG*, 24/2004, 1130 ff; In the frame of other country, see (modified norms for director’s fiduciary duties in Japanese Corporate Law) also: *Kanda H., Milhaupt C. J.*, *Re-examining Legal Transplants: The Director’s Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, № 4, 2003, 887-901. About transplanting Western legal models in Eastern Europe’s law, for example: *Ajani G.*, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, № 1, 1995, 93-117.

35 For example: *Pristor K.*, *The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies*, *Am. J. Comp. L* 50, 2002, 97, cited: *Kurzynsky-Singer E.*, at 5.

the role of comparative law is priceless.³⁶ Comparison of norm will turn out to be “the additional interpreter method itself”.³⁷ Also, it is a phenomenon of cultures comparison.³⁸ This is also because, according to comparative law thesis, comparative law helps to study not only national law, but also examines the interdependence of law and society,³⁹ which makes it appear as a social-cultural phenomenon.⁴⁰ This is mostly significant to transformable corporate law, as far as for the precise development it needs comparative analyses.

III. THE RECEPTION IN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN LAW “TYING UP”

1. POLITICAL TOUCHING (POLITICAL INSTABILITY, AS A PRECONDITION OF LAW NIHILISM)

Georgian “tolerant” law is always nourished by different country’s legal system.⁴¹ However, European Law presents⁴² its (Georgian Law) natural orbit⁴³ (grounds). With the beginning of the reception in Georgia, the issue of adapting to European law emerged.⁴⁴ Corporate Law envisaged European Corporate Law

36 Comp. *Zweigert K., Kötz H.*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auf., Tübingen, 1996, 1 ff.

37 *Rabel*, *RabelsZ*, 1953, 602; *Häberle P.*, *JZ* 1992, 1036, cited: *Kalss S., Burger Ch., Eckert G.*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, Wien, 2003, 25, 26.

38 *Häberle P.*, *JZ*, 1992, 1036; *Häberle P.*, Europäische Rechtskultur, 16 ff., cited: *Kalss S., Burger Ch., Eckert G.*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, Wien, 2003, 25.

39 *Ewald W.*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, № 4, 1995, 489-510, 496-497.

40 “Therefore, integrating comparative legal culture in the form of comparative law format in the real legal process aims to compare the different socio-cultural and legal systems’ living law comparison, which is not satisfied with only the state structures, the official legal system and legislation comparison and also includes a infrastructural, spontaneous, non-state, non-official or alternative legal regularization comparisons”. *Bregvadze L.*, Legal Culture between Globalism and Localism, for the Functional Elucidation of Legal Transfers, State’s and Law Institute’s Herald, 2006/1, 5-37, 8 (in Georgian).

41 See: *Zoidze B.*, Reception of European Private Law in Georgia, Tbilisi, 2005, 39, 57-92 (in Georgian).

42 *Jorbenadze S.*, Basic Problems of Future Civil Code of Georgia, in a collection: Law Reform in Georgia, *Jorbenadze S., Knieper R., Chanturia L. (eds.)*, Tbilisi, 1994, 142 (in Georgian).

43 It is assumed, modern legal system (established in 18th-19th century). However, Georgian law, because of various factors was experiencing the huge influence of Eastern law, accordingly, Georgian law history was vastly depended on, for example, Persian law, see: *Surguladze N.*, Persian Sources about History of Georgian Law (“Dastur al-muluqi”, “Tazqirat al-muluqi”), Herald of State and Law Institute, 2006/1, 38-48 (in Georgian).

44 *Ibid*, 139 ff.

approaches.⁴⁵ For the illustration, *Chanturia* provides a couple of examples,⁴⁶ but this approach was kept during next years as well, before totally ignoring European Law by the government of that time (in 2004). Georgian legislation would have been unimaginable without European Law. *Basedow* also indicates the necessity of proximity between Georgian Private and European Law, who underlines the need for reception not only German, but European Unified law as well.⁴⁷ However, German Law completely harmonizes European Corporate Law by considering national peculiarities⁴⁸ and that in fact, has lightened the work for Georgia in transplanting European Law process.

The political side is also very important in this case, because according to Georgians firm will and association agreement was established with the obligation to unify Georgian Law with the European one. This will provoke investor's interest in our country. Ensuring political stability in a transformable society is very important. That in fact will play the role in the sustainable development of the established law system. Political culture is a must need requisite. Even with the "good" law, rapid progress is unachievable. With the absence of culture, attitude towards reformism opportunities is changing radically, which leads to legal nihilism. Because of the poor cultural-educational level in society, devaluation of law occurred in hierarchy, which was considerably the result of lower understanding of legal culture from political elites.⁴⁹ Policy covered the law.

2. POLITICAL-SOCIAL TOUCHING

Ill-informed purpose-groups should not be the reason for alienation of professional society. Promoting innovative initiations is necessary to make the content of reform understandable for broad circles. This will assist the norm

45 *Chanturia L.*, Die europäisierung des georgischen Rechts – Blosser Wunsch oder grosse Herausforderung?, *RabelsZ*, 74, 2010, 155 f.

46 *Ibid*, fn. 5.

47 *Basedow J.*, Georgien und die Europäisierung des Privatrechts in: *Kurzynsky-Singer E.* (Hrsg.), Transformation durch Rezeption?, Tübingen, 2014, 462-463.

48 For example, worker-servants collaboration in German corporations. About this institute, for example: *Vetter E.*, in: *Marsch-Barner R., Schäfer F. A.* (Hrsg.), Hdb börsennotierte AG, 2. Auf., Köln, 2009, § 24 Rn. 1 ff.; *Raiser Th., Veil R.*, Recht der Kapitalgesellschaft, München, 2010, 158 ff.; About the necessity of reforming this institute in German reality, for example: *Neubürger H. – J.*, Die deutsche Mitbestimmung aus der Sicht eines international operierenden Unternehmens. Reformbedarf unter Corporate Governance Gesichtspunkten? in: *Hommelhof P., Hopt K. J., v. Werder A.* (Hrsg.), Hdb Corporate Governance, Köln, 2003, 180 ff; *Chanturia L.*, Corporate Governance and Managerial Liability in Corporate Law, Tbilisi, 2006, 131 ff (in Georgian); For comparing to Georgian circumstances also: *Burduli I.*, Foundations of the Corporate Law, Volume II, Tbilisi, 2013, 465-477 (in Georgian).

49 *Khubua G.*, Institutional Balance of Authority Assembly: Constitution of Georgia after 20 years, Tbilisi, 2016, 115 (in Georgian).

implementation process into day-to-day life, that will simplify the use of law. It is necessary to prepare society and “spreading the law among citizens”.⁵⁰ Society prepared for the novelty will be more loyal towards reform, than alienated one. This will ensure the legal consciousness⁵¹ in the state that will become a precondition to respect and practically enforce the law.⁵²

3. LEGAL-POLITICAL DISCOURSE: IN FRONT OF REGULATION AND RE-REGULATION DILEMMA

Since 2014 the tendency to “turn to” the European legal system is being observed. In this case, legal-political side is very important, that regards to the issue of correlation of regulation, de-regulation and re-regulation.⁵³ Liberal approach has implanted the absolute statutory autonomy, which was depicted in an annulation of legislative norms and in a de-regulation of regularization.⁵⁴

50 “The law form an objective perspective”, will be practical only then, when it will be perceived as a unity of rights and duties”. It is necessary, not only for particular specialists, but for ordinary people as well, to know how they can realize or use their rights. *Knieper R.*, Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext, Eschborn, 2004, 100.

51 This is in connection with the legal awareness phenomenon, that is different from legal culture. Legal awareness is concentrated on separate individuals. Legal awareness in itself assumes the “popular perception” of law in everyday life”. *Bregvadze L.*, Legal Culture between Globalism and Localism: for the Functional Elucidation of Legal Transfers, State’s and Law Institute’s Herald, 2006/1, 5-37, 19 (in Georgian). In a reception process, the correct mechanism of legal understanding should be integrated, so that judicial norm could reach its purpose. For that, the legal cognition is necessary, that derives from various factors. *Zoidze B.*, An Attempt of Cognition a Practical Existence of Law. Primarily, within Human Rights, Tbilisi, 2013, 332-33 (in Georgian). In the positive context, law should be spelling around an individual. If a particular individual accepts the Law, it will work in society. *Zoidze’s* proposition is persuasive: “one = to all. All, as a value, that exists for one. All is a form for one’s existence.” Ibid, 30, 70 ff, 72.

52 Participation of an academical circles in the reform process (which benefits the deep understanding of the reception and which has not happened in Georgia, yet), society’s large-scale awareness will extinguish the fear of implementation of new institutions. That is why proposition: “fear, to establish new, should not become adverse factor for progress” (*Chanturia L.*, Law on Entrepreneurs and the Origin of Corporate Law in Georgia , in: Anniversary Collection — S. Jorbenadze. 70., Tbilisi, 1996, 32-50, 37 (in Georgian)). Direct communication should be with the informational daring of the public. That is just a chance to establish the culture with a high law consciousness rapidly, which is the prerequisite to respect the law in every country.

53 See: *Chanturia L.*, The Basic Inclinations of “Entrepreneur” Law Reform, in the collection: *Feradze G. (ed.)*, Essays of Law and Political Thinking, Book III, Tbilisi, 2015, 654 ff, 650-666 (in Georgian). Supporting advantages of normative-regulatory (balance) model is persuasive, that is precondition of the Corporate Law reform in transformable society. Ibid.

54 In a transformable economy establishing the principles of “Washington Consensus” has a positive side as well, as far as it takes into consideration the privatization of State companies and bringing private investors in, liberalization of trade, financial market, international transaction and capital circulation, “Deregulation of industrial entrepreneurship” taking into consideration

This made use of law complicated. De-regulation regime has an economical effect; however, economical side of issue cannot be discussed without its connection to judicial reality. In times of de-regulation developed case law, highly educated lawyers, and developed cautelary jurisprudence should exist in the country. The frequent unsystematic changes in a legislation created many legal deadlocks. This created the sense of nihilism and mistrust towards to law.⁵⁵ To neutralize it in the post-Soviet country, there is a legal normative regime, however it should be taken into account, that regularization of any social-economical field should not be overload with “quantity of law”.⁵⁶ Before creating the legal norm, its necessity should be examined for regulating a particular relationship. It should be considered, if other kinds of social norms fit the relationship and solve the subject of interest better.⁵⁷ Where the customary norms operate (act, function) well, regulating some kind of relationship by the law might be an extra.⁵⁸ However, the specification of corporate relations, its novelty in Georgian reality should be taken into account. Traditions, the best practice, which exists in this field, could not be the best mechanism for regulation. In this case, exactly legislation should take the “didactic” function and create the norm for regulating corporate relations.⁵⁹ Hence, the state’s attitude should be addressed to the establishment of a regulated regime that generally means interference in market structure from the stateside or expresses in correcting market outcomes. The traditional motive of that is the realization of economical-political aims based on public interest.⁶⁰ However, that does not mean that law can usurp relationship regulation and limit free area without purpose. “Freedom should be preserved in a -regulated reality... if there is no urgent need, it is possible to abstain from legal intervention”.⁶¹

It should have been a mistake to justify deregulation of law only for the purpose of economic development. When the motive for deregulation expediency is deserted, doubts are revealed in post-Soviet states, that with

the protection of private property, etc. *Williamson J.*, What Washington means by Policy Reform, in: *Williamson J. (ed.)*, Latin American Adjustment D. C., 1990, cited: *Knieper R.*, Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse, Berlin, 2006, 19.

55 Legislative regulations might not be on the opposite side of the liberal law. “Together with the regularization, realization of liberalization is absolutely possible”. *Jibuti N.*, Interview with the Professor *Fastrih*, *Private Law Review*, № 1, 2015, 138-142, 139 (in Georgian).

56 *Zoidze B.*, *Reception of European Private Law in Georgia*, Tbilisi, 2005, 19-20 (in Georgian).

57 *Ibid.*, 19.

58 *Ibid.*

59 See: *Chanturia L.*, *Corporate Governance and Managerial Liability in Corporate Law*, Tbilisi, 2006, 485 (in Georgian).

60 For example, regulation of capital market, that ensures its functioning and investor defense on legislation level.

61 *Zoidze B.*, *Reception of European Private Law in Georgia*, Tbilisi, 2005, 20 (in Georgian).

liberalization of economy only limited part of society receives a benefit.⁶² Consequently, an economic system does not exist without a legal system.⁶³ Law should not accept unsystematic temper. It is necessary to create the best way out between regulated and re-regulated regimes, that is the state's task.

The development of statutory autonomy is also very important. It establishes inside corporative freedom, however, "without legislative frame-conditions it will be difficult to develop statutory autonomy".⁶⁴ The aim of imperative norms is to defend participants' interest and safety.⁶⁵ In each case of imperative norm, it is important to identify what is the purpose of it. The content of reform should be following: implementing systematic principles, that is impermissible to change with complete freedom of statutory autonomy.

Establishing limits for statutory autonomy should be reckoned corresponding to the issue of companies' typology mingling. The fact that a limited liability company (not to mention the company of individual entrepreneur) by its nature might be more based on statutory autonomy, than a joint stock company, is without doubts.⁶⁶ However, limiting freedom of statutory autonomy by the law, defines the typology nature, economical purpose of a joint stock company. That function is fulfilled by the corporate law legislation (for example, Germany, Austria) or by the capital market (USA).

BIBLIOGRAPHY:

1. *Ajani G.*, By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, № 1, 1995, 93-117.
2. *Ajani G.*, The Impossibility of 'Legal Transplants', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, № 4, 1997, 111-142, 111.

62 *Sukhanov E. A.*, Problems of Corporate Relations in New Editorial Project of Civil Code of Russian Federation, in the collection: *Civil Rights and Corporate Relations*, Almaty, 2013, ct. 51-64 (in Russian).

63 Development, as a united phenomenon, is unimaginable without united development of various social fields. Accordingly, developed country needs, developed Legal system, that would not be alienated from a whole process. *Sen A.*, What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process, *Speech on the Global Conference on Legal and Traditional Reform*, Washington, 2000, 8, cited: *Knieper R.*, *Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse*, Berlin, 2006, 20.

64 *Chanturia L.*, Statutory Autonomy in Corporate Law, in the collection: *Feradze G. (ed.)*, *Essays of Law and Political Thinking*, Book I, Tbilisi, 2010, 560-570, 562 (in Georgian).

65 *Ibid.*

66 One of the "wrongdoer" might be the limits of statutory autonomy freedom. For example: *Kiria A.*, Corporate Law System in Georgia in: *Burduli I. (ed.)*, *Corporate Law Collection*, Book I, Tbilisi, 2011, 15-69 (in Georgian).

3. *Allen W. T., Kraakman R., Subramanian G.*, Commentaries and Cases on the Law of Business Organization, 3rd ed., US, 2009, 250-255.
4. *Basedow J.*, Georgien und die Europäisierung des Privatrechts, in: *Kurzynsky-Singer E. (Hrsg.)*, Transformation durch Rezeption?, Tübingen, 2014, 462-463.
5. *Burduli I.*, Foundations of the Corporate Law, Volume I, Tbilisi, 2010, 391 and following (in Georgian).
6. *Burduli I.*, Foundations of the Corporate Law, Volume II, Tbilisi, 2013, 465-477 (in Georgian).
7. *Bregvadze L.*, Legal Culture between Globalism and Localism: for the Functional Elucidation of Legal Transfers, State's and Law Institute's Herald, 2006/1, 5-37 (in Georgian).
8. *Bregvadze L.*, Theory of Autopoietic Legal Culture: Legal Transfers and Legal Self-Regulation in a Global Society, Doctoral Thesis, Tbilisi, 2016 (in Georgian).
9. *Casper M.*, Sharia Boards and Corporate Governance, in: Anniversary Collection — Klaus J. Hopt 70., Berlin, 2010, 446-477.
10. *Chanturia L.*, Corporate Governance and Managerial Liability in Corporate Law, Tbilisi, 2006, 46, 131 ff., 485 and following (in Georgian).
11. *Chanturia L.*, Chancen und Schatten des Self-Enforcing-Modells im postsowjetischen Aktienrecht, WiRO, 4/2009, 97-128.
12. *Chanturia L.*, Voraussetzungen einer juristischen Zusammenarbeit aus der Sicht der Transformationsgesellschaften, 1, Fn. 2.
13. *Chanturia L.*, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, in: *Basedow J., Drobniq U., Ellger R., Hopt K. J., Kötz H., Kulms R., Mestmäcker E. –J. (Hrsg.)*, Aufbruch nach Europa – 75 Jahre nach MPI, Tübingen, 2001, 893-904, 894-895.
14. *Chanturia L.*, Die europäisierung des georgischen Rechts – Blosser Wunsch oder grosse Herausforderung?, RabelsZ, 74, 2010, 154-179, 155 ff.
15. *Chanturia L.*, Law on Entrepreneurs and the Origin of Corporate Law in Georgia, in: Anniversary Collection — S. Jorbenadze. 70., Tbilisi, 1996, 32-50 (in Georgian).
16. *Chanturia L.*, Statutory Autonomy in Corporate Law, in the collection: *Feradze G. (ed.)*, Essays of Law and Political Thinking, Book I, Tbilisi, 2010, 560-570, 650-666 (in Georgian).
17. *Chanturia L.*, The Basic Inclinations of "Entrepreneur" Law Reform, in the collection: *Feradze G. (ed.)*, Essays of Law and Political Thinking, Book III, Tbilisi, 2015, 651 ff, 650-666 (in Georgian).
18. *Ewald W.*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, № 4, 1995, 489-510, 496-497.

19. *Fleischer H.*, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG, 24/2004, 1130 ff.
20. *Henssler M., Strohn L., Dauner-Lieb B.*, AktG, 2. Auf., München, 2014, § 93 Rn. 17 ff.
21. *Jibuti N.*, Interview with the Professor *Fastrih*, Private Law Review, № 1, 2015, 138-142 (in Georgian).
22. *Jorbenadze S.*, Basic Problems of Future Civil Code of Georgia, in a collection: Law Reform in Georgia, *Jorbenadze S., Knieper R., Chanturia L. (eds.)*, Tbilisi, 1994, 139-154 (in Georgian).
23. *Kanda H., Milhaupt C. J.*, Re-examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, № 4, 2003, 887-901.
24. *Kalss S., Burger Ch., Eckert G.*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, Wien, 2003, 25, 26.
25. *Kekelia M.*, Crimes against Human Live, Health, Honor and Dignity in Old Georgian Law, Tbilisi, 2015, 3, 5 (in Georgian).
26. *Khamidov Kh.*, Die Rechtsreform in der Republick Tadschikistan, in: *Boguslavski L., Knieper R. (Hrsg.)*, Wege zu neuem Recht, Berlin, 1998, 86-88, 86 f.
27. *Khubua G.*, Institutional Balance of Authority Assembly: Constitution of Georgia after 20 Years, Tbilisi, 2016, 115 (in Georgian).
28. *Kiria A.*, Corporate Law System in Georgia, in: *Burduli I. (ed.)*, Corporate Law Collection, Book I, Tbilisi, 2011, 15-69 (in Georgian).
29. *Knieper R., Chanturia L., Schramm H. -J.*, Das Privatrecht im Kaukasus und Zentralasien, Berlin, 2010, 1, 3, 30.
30. *Knieper R., Chanturia L., Schramm H. -J. (Hrsg.)*, Grundlagen des Zivilrechtsordnung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens in Theorie und Praxis, Berlin, 2008.
31. *Knieper R.*, Das neue turkmenische Zivilgesetzbuch im Überblick, WiRO, 2/2002, 53 ff.
32. *Knieper R.*, Rechtsimperialismus?, in: Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse, Berlin, 2006, 62.
33. *Knieper R.*, Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse, Berlin, 2006, 17, 19, 20.
34. *Knieper R.*, Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext, Eschborn, 2004, 100.
35. *Kurzynsky-Singer E.*, Wirkungsweise der legal transplants bei den Reformen des Zivilrechts, in: *Kurzynsky-Singer E. (Hrsg.)*, Transformation durch Rezeption?, Tübingen, 2014, 4, 5.

36. *Kurzynsky-Singer E. (Hrsg.)*, Transformation durch Rezeption?, Tübingen, 2014.
37. *Mattei U.*, Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics, *International Review of Law and Economics*, 1994, 14, 3-19, 3 ff.
38. *Neubürger H. – J.*, Die deutsche Mitbestimmung aus der Sicht eines international operierenden Unternehmens. Reformbedarf unter Corporate Governance Gesichtspunkten? in: *Hommelhof P., Hopt K. J., v. Werder A. (Hrsg.)*, Hdb Corporate Governance, Köln, 2003, 180 ff.
39. *Nehru J.*, The Discovery of India, Russian trans., Moscow, 1989, 22-26 (in Russian).
40. *Papava V.*, Economic of Georgia. Reforms and Pseudo Reforms, Tbilisi, 2015, 42 and following (in Georgian).
41. *Raiser Th., Veil R.*, Recht der Kapitalgesellschaft, München, 2010, 158 ff.
42. *Schwartz H.*, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, *Aleksidze K. (trans.), Kublashvili K., Kapanadze N. (eds.)*, Tbilisi, 2003, 35 (in Georgian).
43. *Shevardnadze E.*, Memoirs, Tbilisi, 2006, 315, 317 (in Georgian).
44. *Sommermann K. –P.*, Deutsch-georgische wissenschaftliche Zusammenarbeit – Ein Erfahrungsbericht am Beispiel der Einrichtung eines Master-Studiengangs “public administration” an der TSU in: *Ognois L. (Hrsg.)*, Grenzüberschreitende Entwicklungszusammenarbeit, speyerer Arbeitsheft Nr. 212, Speyer, 2013, 8.
45. *Surguladze N.*, Persian Sources about History of Georgian Law (“Dastur al-muluqi”, “Tazqirat al-muluqi”), *Herald of State and Law Institute*, 2006/1, 38-48, 139 ff. (in Georgian).
46. *Sukhanov E. A.*, Problems of Corporate Relations in New Editorial Project of Civil Code of Russian Federation, in the collection: *Civil Rights and Corporate Relations*, Almaty, 2013, ct. 51-64 (in Russian).
47. *Vetter E.*, in: *Marsch-Barner R., Schäfer F. A. (Hrsg.)*, Hdb börsennotierte AG, 2. Auf., Köln, 2009, § 24 Rn. 1 ff.
48. *Zoidze B.*, An Attempt of Cognition a Practical Existence of Law. Primarily, within Human Rights, Tbilisi, 2013, 30, 70 ff, 72, 332-333 (in Georgian).
49. *Zoidze B.*, Reception of European Private Law in Georgia, Tbilisi, 2005, 5 ff., 19-20, 39, 57-92, 185 (in Georgian).
50. *Zweigert K., Kötz H.*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auf., Tübingen, 1996, 1 ff.
51. *Kamin vs. American Express Co.* 54 A.D.2d 654 (N.Y. 1976).

RELIGIOUS FREEDOM IN SPAIN AND ITS LIMITS: AN ANSWER TO CONSTITUTIONAL STATE GLOBAL THREATS

Religious Freedom exercised within its legal sphere can help to preserve public order and therefor being an answer to state global threats. In this article we will focus in where does this fundamental right comes from (principles that guide all kind of relations between the political power and religion), then we will try to explain the legal concept of religion. And finally, we will analyse the most common manifestation of religious freedom and its limits.

Key words: Religious freedom, religion, human dignity, discrimination, human rights.

1. INTRODUCTION

I always believed that number three was a magic number. I have the intuition that all concepts, even the most complicated ones, can be explained under a framework linked to three parts or references, as if was fit in the interior of a triangle. I am not sure why I have this intuition the more I approach to this kind of mysterious creed the more I believe in it. Therefore, I am going to follow that believe and I am going to structure this article in three parts. First, I will start with the legal principles that should guide all kind of relations between the political power and religion nowadays in Spain and in most countries of Europe. Then, from the light given to us by the narrative of the principles I will try to explain the legal concept of religion. Finally, I will examine one fundamental right related to religion: the religious freedom of individuals and communities: the scope of this fundamental right and the limits which are linked to the duty of preserving the public order and as the title of this volume reads, respecting this concept, in other words, exercising religious freedom in its framework, without breaking the legal limits can be considered as an “answer to the constitutional State Global Threats”.

2. RELATIONS BETWEEN POLITICAL POWERS AND DENOMINATIONS

All relations between public powers such as the central government, autonomous regions and municipalities and religious groups are expected

* Professor, Doctor of Law. Head of Chair of Religious Freedom of the University of Corunna.

to respect the constitutional tenets. These last principles are enshrined in article 16 of the Constitution of Spain of 1978. It should be considered that the Religious Freedom Act 5/ 7/1980 (hereafter RFA) is not referring to having religious creeds only but also to not having them, i.e. to non-believers. Religious freedom is not only the right to believe but also the right not to hold any religious creed. The law protects those two options in the same way, with the same strength. The second paragraph of Article 16, also referring to individuals, bans forced statements of personal beliefs. It proclaims the following: 'No one can be forced to declare his/her ideology, religion or beliefs.'

This article specifies that neither public powers nor any person can force anybody to make declarations about his or her beliefs. But it should be taken into consideration that the consequences of keeping silence can be negative or harmful. For example, Spanish legislation permits any person to get the identity card (DNI) with a passport photo wearing a headscarf as long as the face is visible so that that person can be identified. But what happens sometimes is that when women go to the police station in order to get their identity card and present a photo with a headscarf, the police not only inquire whether they are Muslim or not but also requires the presence of a document from the official representative of the Spanish Muslims, i.e. the Islamic Commission of Spain, as a testimony that the person is Muslim (on which more is said in section 5 below). So, in that case, if the woman refuses to answer or does not present that certificate she would not have her identity card; so she would be punished for the silence regarding her creeds, which is clearly banned by the Spanish Constitution.

The third paragraph of Article 16 proclaims the following: 'No religion shall have a State character. The public authorities shall take into account the religious beliefs of Spanish society and shall consequently maintain appropriate cooperation relations with the Catholic Church and other confessions.'

This paragraph deals with the constitutional model of relations between State and religious denominations in three domains: municipalities, autonomous regions, and the central government. These relations should be developed within the framework of two constitutional tenets, namely the principle of the non-confessional State, also called 'Secularism of the State' and the principle of Cooperation between the State and religious groups. More on these principles in the following sections.

2.1. PRINCIPLE OF NON-CONFESSIONAL STATE

Spain changed from a confessional State to a non-confessional one. During the dictatorship of General Franco (1939-1975) the fundamental laws

proclaimed that Catholicism was the official religion of the State. After the death of the dictator, Spain went through a transition from a confessional to a non-confessional State, which was ultimately established in the constitutional principles. The principle of the non-confessional State is based on two pillars: the separation between Church and State and the neutrality of the State vis-à-vis religious affairs. This tenet is contained in the first sentence of the Constitution's third paragraph, which reads as follows: 'No religion shall have a State character.'

The formula established in the Constitutional draft was at the time quite strict and therefore convincing: 'The State is to be non-confessional.' However, that expression did not thrive. Perhaps because it was too close to the formula that had been coined in the Constitution of 1932 (The Second Republic), which maintained in Article 3: 'The State has no official religion'¹.

The formula adopted by the Constitution of 1978 in order to show the features of the non-confessional State could be considered 'shy' or modest for two reasons. Firstly, because that paragraph had not been included in the Preliminary Title. The Preliminary Title is the part of the Constitution where the State presents itself, in other words, where the State shows its ontological features, also regarding the relations with the sacred. Secondly, the expression 'No religion shall have a State character' is considered shy or modest because it avoids any specific reference to the word 'State', which should be the subject of the sentence. Perhaps this 'modesty' is the result of the Constituent Assembly's attempt to find a middle ground between those MPs who wanted to maintain that the religion of the State was Catholicism as in the previous regime and those who fought for a strict secularism defending that any mention to the Catholic Church should disappear from the Constitutional text. Taking into account that some principles are difficult to reconcile, the Constituent decided to adapt the core of secularism to the needs of cooperation, in order to avoid traumatic changes and preserve social peace. The memory of the end of the unfortunate Spanish Second Republic that ended in a civil war (1936-1939) seemed to enhance this.

Nonetheless, in spite of its modesty the constitutional expression, 'No religion shall have a State character', perfectly reflects the secularism or the non-confessional State. The basic idea encapsulated in the principle is that religious denominations and public powers, represented by the central government, autonomous regions and municipalities, are independent and autonomous entities. There is a consequence deriving from this: the principle

¹ *Ferreiro Galguera J.*, *Relaciones Iglesia-Estado en la II República Española*, Atelier, Barcelona, 2005, 62.

of non-interference in both directions. The State must not interfere in the realm of faith and religious denominations must not meddle in the sphere of the State. In other words, public powers cannot interfere in the internal realm of Churches, which are entitled to organize themselves freely. As the Spanish Constitutional Court has reiterated in its decisions, public powers must avoid any kind of confusion between State and religious functions². However, it is common that State powers, in virtue of the principle of cooperation (as will be explained further on) should be ready to offer legal advice to denominations, at their request, but only if they request such legal advice.

The inverse consequence of the principle of non-intervention is that denominations cannot interfere in the realm of the State. According to this, no official posts must be reserved to religious ministers. They have the same rights as any other citizen to participate in public affairs, for example being a Member of Parliament, or an official. An imam, a priest or a rabbi may become a civil servant, like any citizen, if they pass the ordinary public examinations, which are inspired by and based on the constitutional principles of equality, merit and capacity.

In some European countries, there are still reminiscences of confusion between Church and State. For example, in Denmark the law that regulates the Lutheran Church is an Act of the Parliament. Or in Great Britain where the House of Lords still reserves 27 seats for Anglican bishops. In Spain, seats are no longer reserved in Parliament for the high representatives of Catholic bishops, which was the case during Franco's regime. That would go against the spirit of separation between Church and State and thus undermining the principle of non-confessional State.

The other column on which the non-confessional principle rests is neutrality. But what does neutrality mean? The Spanish Constitutional Court has said it very clearly: 'The State is not competent in religious affairs.'³ Thus, believing in a religious creed or not is a choice (a right) only for individuals and communities. As the Constitutional Court has established in its verdicts, individuals and groups are the real holders of the right to religious freedom, and consequently the only ones who can assess or evaluate if religion is true or not, not the State⁴.

² Among others, STC 24/1982 F.J. I. <<http://tc.vlex.es/vid/1-2-15034884>> [13.02.2020].

³ STC 46/2001. <<http://mbarral.webs.ull.es/stc46-2001.html>> [13.02.2020].

⁴ 'The articulation of a Register (...) does not empower the State to undertake an activity of control to determine the legitimacy of religious beliefs (...) but only to verify, deriving to that end a mere act of stating and not rating, that the applicant group is not one of those entities excluded by article 3.2 of the LOLR, and that the activities and behaviours developed for its practice do not threaten the rights of others in the exercise of their fundamental freedoms and rights, nor do they threaten the security, health and morality of the public, as elements that enshrine the public order protected by the law in a democratic society, which are referred to in article 16.1 CE.' (STC 46/2001 FJ 8º), <<http://mbarral.webs.ull.es/stc46-2001.html>> [13.02.2020].

For this reason, the term 'sect', which has negative connotations, is not considered a legal term but rather, a sociological one⁵. The State cannot distinguish between the religious heterodoxy and orthodoxy of a specific religious group. So, the State should accept that religious communities are groups that consider themselves as such, and so they enrol in the Register of Religious Entities (referred to hereafter as the RER, its abbreviated form in Spanish), under the Ministry of Justice, once verified that they comply with the formal requisites imposed by the current legislation. Of course the State controls whether any group (religious or not) acts within the limits of the law and whether it breaches a law or undermines the public order or the human rights of others.

Officials in the RER must examine if the applying groups fulfil the legal requirements as described above. Regarding to the requirement that they are expected to proclaim that they follow religious purposes, the State cannot assess these. It should just control if the religious entity aiming to be registered fulfils the formal requirements established in the law. As long as it cannot be proven that those declared religious goals are illegal, officials belonging to RER have to admit them. As an example, the Scientology Church has been admitted in 2007 – RER had already rejected it three times but the National Court (*Audiencia Nacional*), lower than the Constitutional Court, stated in November 2007 that it should be included in the Register of Legal Entities of the Ministry of Justice (RER).⁶ As Article 22.2 of the Spanish Constitution proclaims, those associations (of any nature, including religious ones) pursuing goals or using means typified as criminal will be deemed illegal, and will therefore not only be prevented from registering, but may also be prosecuted.⁷ So, in the case that the RER, in the absence of evidence, detects indications suggesting the applicant group is undertaking activities against public order, it would be legitimate for the person in charge of the RER to suspend the procedure of that application and send the dossier to the Public Prosecutor in order to initiate the relevant procedures. The Basic Law 1/2002 regulating the Right to Association fixes this for associations (Articles 30. 3 and 4)⁸.

5 *Motilla A.*, 1999, *Las sectas en el Ordenamiento español*, XVIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Sínodos españoles. Confesiones y sectas, Salamanca, 1999, 112; *Martí J. M.*, *Sectas y protección de los menores en el Derecho*, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. 36, 2014, 13.

6 Sentencia Audiencia Nacional de 11.10.2007. <<http://audiencia-nacional.vlex.es/vid/inscripcion-registro-entidades-religiosas-34438671>> [13.02.2020].

7 As the Constitutional Court decrees (STC 46/2001): 'Only when the existence of a certain danger against the public security, health and morality, as they should be recognized in a democratic society, has been accredited before the court, it is pertinent to invoke public order as a boundary to the exercise of the right to religious freedom and freedom of worship' (FJ11).

8 *Pelayo D.*, *Las comunidades ideológicas y religiosas, la personalidad jurídica y la actividad registral*, Madrid, 2007, 313.

A lot of religious entities are registered in RER: 13,101 of them belong to the Catholic Church and 2,462 to non-Catholic religious groups.⁹ As already indicated, the Register is like a cupboard where the entities that consider themselves religions and comply with the legal requirements are registered. The main civil effect religious organizations get from being registered is acquiring a legal personality as religious entities and thus the possibility of organizing themselves in an autonomous way.¹⁰

Neutrality has certain consequences for the State. Firstly, from an institutional point of view, public authorities are, as citizens, free to follow any faith or not. Secondly, the State is neither confessional nor atheist; only citizens or groups can adopt these ideological positions. Lastly, the State should not maintain a radical secularism attitude towards citizens. In this sense, it would be convenient not to mix up, which is often the case, the terms 'neutral' (*laico*) and 'radically secularist' (*laicista*). For example, the State maintains a radical secularist attitude (*laicista*) when it shows prejudices against religious groups, as in the State's administrative performance, in laws or in courts. A radical secularist attitude would for example be developed when the State treats religious groups worse than how it treats other associations of a sportive, cultural, or culinary nature. The principle of equality allows public authorities to establish differences between people or groups. However, these differences should be proportional and reasonable. If these differences are not reasonable or based on reasons related to birth, gender, race, or religion, they would turn into discriminatory differences. Another example of a radical secularist attitude could be the confinement of religious manifestations to the private sphere, understood as the intimacy of home while forbidding religious manifestations expressing themselves in the public sphere, i.e. in the street. The State would in that case not be neutral because religious groups, like any other group, can obviously express themselves in the public sphere as long as they do it within the legal limits of the fundamental right of demonstration. The effort to relegate religious expressions to the private realm would be a prejudice, because it denies a group the fundamental right of demonstration.

9 Accessed 28 January 2019. 352/2005.

10 Article 6 of Law 7/1980: 'Registered Churches, Faiths and religious communities shall be fully independent and may lay down their own organizational rules, internal and staff bylaws. Such rules, as well as those governing the institutions they create to accomplish their purposes, may include clauses on the safeguard of their religion identity and own personality, as well as the due respect for their beliefs, without prejudice to the rights and freedoms recognized by the Constitution and in particular those of freedom, equality and non-discrimination.'

2.2. THE PRINCIPLE OF COOPERATION BETWEEN STATE AND DENOMINATIONS

The second area of relations between State and Church is Cooperation. This principle is implicitly reflected in Article 9.2 of the Spanish Constitution;¹¹ but it is enshrined in a more convincing way in the second sentence of article 16.3. After the mentioned definition of the non-confessional State, i.e. ‘no religion will have a State character’, the Constitution gives two very clear orders to the public authorities:

- To take into account the religious beliefs of the Spanish population.
- To maintain relations of cooperation with the Catholic Church and other denominations.

The Constitution does not declare how cooperation with denominations should be developed. But from this double mandate, it is possible to extract the following consequences:

- Cooperation refers to religious faiths; in other words, it is referred to the ‘faith option’. Although the State can obviously cooperate with non-religious ideological groups as well, Article 16.2 refers to the cooperation of the State with the Catholic Church, whose religious character is reflected in the *Magna Carta*, and with other religious denominations;

- Relations of cooperation imply the existence of two different subjects: public authorities and religious groups, both of which are independent and autonomous. In other words, cooperation further strengthens the principle of separation.

- The order to cooperate implies a positive appreciation of the religious phenomenon by the Constitution. The Constitution is recognizing that denominations are at least potentially positive, otherwise it would have spared that imperative order to cooperate.

- In line with the principle of freedom, cooperation of the State with denominations should only take place at the request of the denomination, because some denominations, by virtue of their autonomy, may not want any cooperation with the State.

Direct mention of the Catholic Church has not been a peaceful issue in the debates on this article of the Spanish constitution. Some people considered it an implicit confessional State declaration. Those in the Constituent Assembly who had declared to be against such a mention argued that it was contradictory

¹¹ Art 9.2 of the Constitution: ‘It is the responsibility of the authorities to promote the conditions for the freedom and equality of individuals and the groups they conform to be real and effective; to remove the obstacles which impede and complicate their plenitude; and facilitate the participation of all citizens in the political, economic, cultural and social life.’

with the already proclaimed non-confessional State. At the end, mentioning the Catholic Church persisted. Some of its supporters argued that even though that mention was, from a legal point of view, a problematic issue, from a political point of view it was reasonable because the intention at that moment, related to the Spanish political transition, was that the transition from a denominational State, i.e. the previous regime, to a non-denominational or secular State was to be accomplished in a way that would not lead to future traumas.

In that sense, the attitude of the Communist Party's representative, Santiago Carrillo, during the sessions of the Constituent Assembly seems eloquent. He had supported the specific mention of the Catholic Church mainly, he declared, in order to avoid that those who had sided with Franco at the end of the Second Republic would support the reactionary forces opposed to democracy.¹²

In the end, the cooperation tenet, which at that point played the role of tempering secularism, turned out to be a very effective tool for the integration of immigrants in Spanish society. Evidently, when the Constitution was approved in 1978, nobody had foreseen the big numbers of immigrants that came to Spain mainly after 2000. The Constitution stipulates that the State must cooperate with denominations in terms of future action ('the authorities will take into account ...') but, as was already mentioned above, it did not suggest any specific way: it did not say how to cooperate. However, the Parliament 'answered' that open question on two different occasions.

Five days after the Constitution entered into force, on 3 January 1979, the Holy See signed four Cooperation Agreements with the Spanish State concerning legal affairs, educational and cultural affairs, economic affairs, chaplaincy to the Armed Forces and the military service of clergymen and members of religious orders. Of course, these agreements had not been prepared in five days. Negotiations were held during the formation of the Constitution. As the Holy Sea is a State, those cooperation agreements have the legal status of international treaties, so, they enjoy a higher status compared to ordinary law. Therefore, they cannot be abrogated or modified by an ordinary law.

The second step to implement the constitutional mandate of cooperation was through the above-mentioned Religious Freedom Act of 1980 (RFA). One year after the Cooperation Agreements with the Holy See were ratified by the Parliament, the Religious Freedom Act was enacted. According to its article 7.1 the State may establish cooperation Agreements with those registered religious entities, which, given their scope or number of followers, have

¹² Diary of the Members of Parliament's Congress Sessions. Year 1978, N^o 106. Plenary Session, 3994.

obtained the classification of a ‘deeply rooted’ (*notorio arraigo*) denomination. Such cooperation agreements have to pass as laws in the Parliament. In order then to sign a Cooperation Agreement with the State, a religious group must fulfil two requirements:

– To be registered in the RER located in the Ministry of Justice (Department of Relations with Denominations). We have already explained this above.

– To obtain the recognition of deeply rooted (*notorio arraigo*) denomination in Spain.

The ‘deeply rooted condition’ was a new legal concept. As was already stated above, the Religious Freedom Act only offers two terminological hints: scope or extent and the number of believers. This vagueness gave the Ministry of Justice the possibility to develop the concept of ‘deeply rooted’ by means of a regulatory norm in order to put it in objective terms. However, it failed in the end to do so. The convenience of defining those requirements of objectivity in an administrative norm was discussed in the Advisory Commission of Religious Freedom, which took place on 23 June 1982, but the outcomes of the discussion were rejected. Some believed that this function had to be carried out through a law of the Parliament. Others thought that with the approval of such a regulation the Government, and specifically the Advice Commission of Religious Freedom (provided by article 7 of RFA),¹³ would lose the margin of the discretionary powers it enjoyed. The Advisory Commission of Religious Freedom is a consultative body appointed by the Ministry of Justice, whose task and mission, according to the Religious Freedom Act, is to undertake studies, reports and proposals for all those issues applicable to that Act, and particularly, preparing mandatory reports about future Agreements of Cooperation.¹⁴ The Advisory Commission only proposed that, given the ambiguity of the term, its reach should have to be measured on a case-to-case basis. Nevertheless, it offered some interpretative criteria related to the legal terms ‘context’ and ‘number of believers’¹⁵. For example, the concept ‘context’ was not only used to refer to a number of followers being sufficiently and significantly extended

13 This commission was created by the royal decree 159/2001, 26 October, <<http://mbarral.webs.ull.es/calr.html>> [13.02.2020].

14 Art. 8.2: Framed within the Ministry of Justice, this Advisory Commission of Religious Freedom is composed of pair numbers and with a stable character by representatives of the State’s administration, churches, denominations, religious communities or federations, within which will certainly be those with a well-established following in Spain, and by people recognised as competent in the field whose advice is considered to be of interest and relevance to the material related to the present law. Royal Decree 932/2013.

15 *Fernández Coronado A.*, Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: leyes 24, 25 y 26 de 1992, Civitas, Madrid, 1995, 45-47.

throughout the Spanish territory, but also to aspects such as the historical presence of that denomination in the country, the importance of their social, charitable and cultural activities, the number of places of worship, and the number of ministers of cult in proportion to its members.

Even though there is no specific legal prescription as such, the Government, which 'de facto' grants the status of a deeply rooted denomination so far, is in the end that same Advisory Commission for Religious Freedom. It plays therefore an important role in the field of cooperation between State and denominations.

The Catholic Church did not need to obtain the classification of a 'deeply rooted' denomination because it was obvious, and, besides that, it is somehow set out in Article 16 of the Constitution where the Catholic Church is specifically mentioned.

In 1984, the Advisory Council of Religious Freedom granted the Jewish community and Protestant churches the classification of 'deeply rooted' denominations. Muslims received the classification of a 'deeply rooted' denomination in 1989. In the year 1992, three agreements came into effect, those signed between the Spanish State and the Protestant churches, the Jewish Community, and the Muslim Community of Spain respectively. As set out in the Religious Freedom Act, these agreements were approved by Parliament as Laws 24, 25, 26/1992 of 10 November.

The negotiations preceding the agreements were held with the following entities that represented their respective denominations: the Federation of Jewish Communities in Spain (*Federación de Comunidades Judías de España* – FCJE), the Federation of Evangelical Religious Entities of Spain (*Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España* – FEREDE), and the Islamic Commission of Spain (*Comisión Islámica de España* – CIE). When the Agreement was signed CIE integrated two other Muslim federations: the Union of Islamic Communities in Spain (*Unión de Comunidades Islámicas de España* – UCIDE) and the Spanish Federation of Religious Islamic Entities (*Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas* – FEERI). They were compelled to unify in a Commission in order to sign the Agreement with the State. Otherwise, the Agreement would not have been signed (as is the case of Muslims in Italy).

2.3. COOPERATION AGREEMENTS

It was already mentioned above that the Holy See reached Cooperation Agreements with the Spanish State in 1979. These four specific agreements, which have the legal status of international treaties, contain however more privileges than those reached by the Protestants, Muslims and Jews in 1992.

Among other things, in the agreement concerning economic affairs, the State promises to collaborate with the Catholic Church in order to obtain 'its adequate economic support'. This Agreement foresees a system that has been implemented by further norms, and which nowadays stands mainly on the possibility for all tax payers to allocate a percentage of their income tax – currently 0.7 per cent – to the Catholic Church and/or to NGOs (included catholic ones). Other important benefits regard religious education in public schools. The Agreement on Educational and Cultural Affairs foresees an educational system in which teaching the Catholic religion must be offered by all public and private schools funded by the State, the so-called 'concertados', although it is voluntary for pupils. Other benefits refer to chaplaincy. According to the system established in the Cooperation Agreements, implemented by several norms, Catholic religious assistance in public establishments is regulated and paid by the State.

Once the respective federations that represented Jews, Protestants and Muslims received their 'deeply rooted' status from the Advising Council for Religious Freedom, the three denominations negotiated three different but basically similar Cooperation Agreements that, as soon as they were reached, were passed as laws in the Parliament (Laws 24, 25, and 26 of 10 November 1992). Some of the special rights enshrined in the Cooperation Agreements are the following:

- Legal definition (juridical status) of places of worship and religious ministries.
- Civil effects of weddings celebrated according to the respective religious ceremonies.
- Spiritual guidance in public establishments.
- The right of parents to demand religious education for their children in public school.
- Tax exemptions, more or less the same exemptions the Catholic Church has, except for the perception of the 0'7% of the income tax – so far only prescribed for the Catholic Church.
- Celebration of religious festivities and protecting the respective cultural and historical heritages.

The benefits of the agreements only affect those religious communities that belong to the federations or commissions that have signed those agreements with the State.

3. CONCEPT OF RELIGION

Is it necessary Definition of Religion? If only, for public security shake, it is. We are all aware that some groups, commit crimes in the name of religion. So it would be interesting to approach to this concept. We will advance a concept from a sociological point of view and then from a legal point of view.

From a Sociological approach, the concept Religion is based on the stereotype of traditional religions. Those are the common features of the old denominations. First, they explain life from a transcendental point of view (where do we come from, where do we go...). Second, they normally defend the existence of a Supreme Being. Third, they use to have a doctrine, defined by dogmas based on Faith (for example the mystery of Trinity for the Catholics); they follow a moral expressed in norms related to how people should behave in their lives. They also have liturgies (rituals, public worship...) and finally, they have followers.

Even if we can consider it is a popular definition, it is not a close one. Because, the features we have just mentioned sometimes don't work because there are some groups that even if they fulfil those descriptions are not socially considered as denominations. For example, Satanic cults. They have also a liturgy: public worship and a Supreme Being (Satan).

In the other hand we can observe that there are some groups that even if they don't fulfil the common descriptions above mentioned are socially considered as religions. For example, Buddhism. It is a religion without God as a reference (Buda, was the enlightened 500 b.c.). In the same way, Scientology.

In other words, it is not easy to find an accurate sociological definition of a religious denomination.

We can also defend that the differences among religion and ideology, is that the latter search for answers based on reason (immanent answers) not from Faith (transcendent answers). Examples of ideology are many words that end in -ism: feminism, Marxism, Liberalism, narcissism...

Ideologies have similarities with religions; for example, they have also dogmas and they suggest or impose norms about how to behave. In general terms we can say that the differences are mainly two: ideologies are no linked with an specific God and don't have liturgy (public worship). But, sometimes those differences are no that clear. For example, we can see how a political or ideological leader are considered by his/her followers almost like divine creatures (cult to personality). And also, some political acts have the appearance of religious acts...

As a conclusion: sociological definitions about religion & ideology are not closed ones.

3.1. LEGAL DEFINITION OF RELIGION

¿Can the State define what is religion? If we stick to the principle of neutrality (as we have seen above, one of the two pillars, of Non-confessional State), the State is not empowered in religious issues. It cannot define the orthodox content of a religion, but it can recognize them.

Saying that State is not competent in religious matters doesn't mean that is indifferent (blind) before religion. State must accept, respect and protect the free choice of individual to practise and profess what they believe.

According to article 10.2 of Spanish Constitutions, human rights (religious freedom is a human right) should be interpreted: "according to the Universal Declaration of Human Rights and international treaties and agreements thereon ratified by Spain. Article 18 of Universal Declaration of Human Rights stands that everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion. According to the Official commenter of the Council of United Nations, this art 18 protects: Theistic & Non theistic believes even atheist, in other words, it also protects the right not to profess any religion. This term (religion) should be interpreted in a wide sense (not influenced by the traditional religions. So, the groups considered by some individuals as cults are admitted in this denomination.

3.2. REGISTER OF RELIGIOUS ENTITIES

In Spain there is a 'Register of Religious Entities' as stipulated by the Royal Decree 594/2015, on the organization and function of the Register of Religious Entities. This register falls under the authority of the Ministry of Justice. To be entitled to religious freedom, groups do not need to adopt any special legal form, but they do have the option to enrol in this Register. Registration is not compulsory. Registered denominations have only a limited number of legal advantages. The main one is that, once they are registered, they are guaranteed legal representation as religious entities. There are diverse requirements to be enrolled in the Register of Religious Entities. Registration shall firstly be made by request of the respective religious entity in a written request. This written application must be accompanied by a reliable document containing data such as:

- Notice of the foundation or establishment of the religious entity in Spain.
- Entity name. The chosen name should be appropriate. That means that it must be a name which has not been chosen by a previous group, or that does not lead to misunderstanding referring to its religious nature. The religious entity should also present the address of its central organism or at least an address to receive the notifications from the Ministry of Justice.
- Declaration of religious purposes. These described religious purposes cannot go beyond the limits established in the RFA: respect for the fundamental rights of others and public order. More on this later in this chapter.
- Representative bodies of the religious entity. Rules of procedure established in their internal norms, including the powers of the representative bodies and requisites for a valid designation thereof.

Regarding religious foundations, until now (i.e. 2020) there is a norm that allows only Catholic Church foundations to be enrolled in the register or Religious

Entities. As most of religious foundations existing in the past were linked to the Catholic Church, Royal Decree 589/1984 of 8 July was passed. But this norm permits only foundations of the Catholic Church to be enrolled in that Register. The idea was then to pass other royal decrees so that foundations belonging to other denominations could also be enrolled in the Register of Religious Entities. But, for the time being, no royal decrees allowing foundations belonging to Islam, Judaism or Protestantism have been passed yet. It is clear that in order to comply with the principle of equality or avoid any shadow of discrimination the Government should create such royal decrees. It is a political decision.

3.3. CLASSIFICATION OF RELIGIONS IN SPAIN FROM A LEGAL PERSPECTIVE

Based on Spanish law, four types of religions can be distinguished.

First, there are non-registered religious entities. Religious entities need not register in order to act freely and to be entitled to religious freedom. The Constitution guarantees the right of religious freedom for all religious communities, whatever legal form they adopt, on the condition that they respect fundamental rights of others and public order. Article 2 of RFA reveals several manifestations of the religious freedom of individuals and communities. Among others, the right of religious groups to: hold worship celebrations, commemorate feast days, celebrate marriage rites, impart religious teaching, establish places of worship, appoint and train ministers of cult, spread the group's creed, maintain relations with their own organizations and with other religious denominations, and provide religious assistance in public institutions such as army, prisons and hospitals.

Registering in the Register of Religious Entities (hereafter RRE) is not the only way for a religious group to become a legal entity. Religious entities may also opt to constitute an association under the Law of Association¹⁶. In this case, the requirements would be to submit an agreement among at least three individuals and also an internal regulation (in a public or private document) approving the organization of the association. If the religious group opt for this choice (being just a civil association), they can enrol either in the National Registry of Associations of the Ministry of Interior, if their sphere of activity refers to the whole country, or, if their sphere of activity is located only within one of the seventeen autonomous regions of Spain, in any of the registers of associations existing in each of them. In any case intervention or approval by a public authority is not necessary for a group to be entitled to the fundamental right of religious freedom.

¹⁶ Organic Law 1/2002, 22 March, on the Right of Association.

Second, there are religious entities enrolled in the Register of Religious Entities (RRE). The most controversial requirement for registration is the so-called 'declaration of religious purposes. According to the Spanish Constitutional Court, the administration should not assess religious purposes. Thus, registration can be refused only if the applicant religious group does not fulfil the requirements (mentioned above) or if it is legally proven (for example by a legal sentence) that the applicant group uses methods or seeks illegal activities or goals. Nowadays, there are more than 13.000 Catholic religious entities registered in the RRE and more than 2500 non-Catholic religious entities.

Thirdly, there are registered religious groups that also have the status of 'deeply or firmly rooted' denominations. Regulated by Royal Decree 593/20015,¹⁷ this character is granted by the Ministry of Justice to denominations that have been enrolled in the RRE at least 30 years or only 15 if the accredit the have existed in a foreign country at least 60 years. If Minister of Justice, following the procedure established in the Royal Decree grants a registered religious group the 'deeply rooted' status, it would give them further legal effects, like the right to have a representative member in the Advisory Commission of Religious Freedom. But the main ones are that their clergy can celebrate religious marriages and those marriages will have civil effects. Only religious groups with deeply rooted status have the possibility of reaching a Cooperation Agreement with the State. So far, four denominations have obtained the deeply rooted status (*notorio arraigo*) but they have not yet signed a cooperation agreement with the State. They are: Mormons, Jehovah Witnesses, Buddhists, and Christian Orthodox churches.

Fourthly, there are religious groups, which have been registered in the RRE, which have got the 'deeply rooted' status and have signed a Cooperation Agreement with the State. At this point, we may distinguish between the agreements signed by the Catholic Church (international treaties one in 1976¹⁸ and four in 1979¹⁹), on the one hand, and the three cooperation agreements signed by the official bodies of Protestants, Jews, and Muslims on the other, mentioned above (Laws 24,25,26, November 11th 1992).

4. RELIGIOUS FREEDOM IN SPAIN

Article 16 of the Spanish Constitution recognizes the fundamental right of religious freedom, not only for individuals, but also for groups and

17 <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8642> [13.02.2020].

18 <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1976-18294>> [13.02.2020].

19 On legal affairs, <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1979-29489>; On economic affairs <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1979-29490> [13.02.2020]. On Education <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1979-29490> [13.02.2020]. On Chaplaincy <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1979-29492> [13.02.2020].

communities. So, the holders of this fundamental right are individuals and communities. Obviously, non the State.

Religious freedom of individuals have two dimensions: inner dimension and external dimension.

The inner dimensions exist inside the individual. It is the pure freedom of believing religious Faith, not believing in any religion, change or just abandon previous believes. As it happens inside us therefore, it doesn't have limits. No one can limit what we live inside use.

4.1. MANIFESTATIONS OF RELIGIOUS FREEDOM

According to the external expressions of religious freedom, art. 2 of RFA of 1980 recognizes several manifestations.

4.1.1. THE RIGHT TO EXPRESS, OR NOT, RELIGIOUS BELIEVES

The right to freely express the creed any individual has or the absence of religious believes. This statement can be expressed by words, but also through an indirect ways as dressing up according to a religion (student wearing a hiyab in a public school or bus driver wearing a kippa while driving).

The right to keep silence about religious believes. Article 16.2 of the Spanish Constitution establishes that no one may be compelled to make statements regarding his ideology, religion or beliefs. This statement forbids not asking someone about his creeds but forcing to answer. And when we talk about forcing we mean not only physically (which is not very common) but when not responding brings negative consequences. For example if an entrepreneur asks the applicant for a job about his/her religion and because he doesn't answer he is not hired. In our legal system. sometimes the State asks the citizens about their believes. For example, in the Income Tax the State asks contributor if he wants to address 0,7 % of the tax debt to the Catholic Church. Or in Public School, where there are courses on Catholicism optional for the students the Director at the beginning of the year term ask the parents if they want to receive the religious course or an alternative issue. Same thing in prisons. When an inmate enters the jail, he is asked if he wants to receive religious assistance (chaplancy) or not.

We should take into account that in these three examples we are not talking about direct questions referring the religious creed they profess, because their answer don't imply their faith (I can decide give my tax portion to the Catholic Church and not being catholic). Besides, keeping silence in these examples doesn't mean negative consequences for the silent citizen. We can add that these questions are necessary to foster other religious freedom, for example

in the case of inmates in a prison or the right of parents so that their children receive a moral or religious education according to their creed.

4.1.2. THE RIGHT TO RELIGIOUS WORSHIP

Right to worship in public or in private (or not to join them). That means the right of citizens to pray in public or in private or the right to participate or attend religious events. It is a manifestation of a fundamental right. It can never be an obligation. No one can force another person to attend to acts of worship²⁰.

For example, in a private faith school, do teachers have the obligation to assist to a mass celebrated in the school). It was a clash between one manifestation of religious freedom of the school (as a legal person): his right to preserve and protect their religious beliefs and the religious freedom of the teacher that may include his right not to participate in a religious celebration. Even if the religious celebration was held in a religious school that want to preserve their creed the Constitutional Court said that not assisting to that mass the teacher did not breach the duty of respect for the ideology of the school which was the limit.

In the case of a soldier that did not want to take part in a military act that stopped before a statue of Virgin Mary and was sanctioned by this refusal, the Constitutional Court said his religious freedom had been undermined because the military authorities should have taken into consideration the option offered by the sanctioned soldier to have been replaced by another soldier (STC 177/1996) his religious freedom was undermined.

4.1.3. RIGHT TO RECEIVE RELIGIOUS ASSISTANCE OF HIS OWN RELIGION

Inmates in public places like hospitals, jail, or military facilities cannot get out from the place where they are staying. Therefore, they cannot get out to participate in religious celebrations. That's why one manifestation of their religious freedom is their possibility to receive in the hospital, prison or religious facilities clergy (normally chaplains) in order that they can comply with their religious obligations. Even in states, like France, where the separation Church-State is very solid, the salary of the chaplains is paid by the public authorities. It is not a way of cooperation with the religious group but fostering one human right of the inmates: their religious freedom.

²⁰ It is punished in our Penal Code (art. 522).

4.1.4. THE RIGHT TO COMMEMORATE RELIGIOUS FESTIVITIES

Commemorate is to remember or to honor the memory of something or someone by some observance. When we talk about commemorate religious festivities we not only remember that religious festivity but sometimes we honor the festivity by dedicating this day to the divinity and not working. In other words a weekly day off so they can worship God. For example, Sundays for the Catholics or Saturday for the Jews.

According to the Spanish Law (art 37 of Workers Statute), the workers have the right to rest day and a half weekly. The general rule is Sunday & Saturday afternoon or Monday morning. Catholics don't have any problem (the day of worship, Sunday) but other religions, like Jews, Adventist have their holy day other day than Sunday (Saturday).

According to the art. 12 of the Cooperation Agreements of 10 november1992 between the Spanish State and the representative bodies of Muslims (Islamic Commission of Spain), Jews (Federation of Israelite Communities of Spain) and Protestants (Federation of Evangelical Religious Entities) the weekly days of rest for the followers of the Union of Seventh Day Adventist Churches and Jews, whose day of obligation is Saturday, may include Friday afternoon and all day Saturday, replacing those established in article 37.1 of the Workers' Statute, provided an agreement is reached to this between the employer and employee. In other words, if it has been agreed in the contract. Regarding to Muslims, their cooperation agreement with the State establishes in his art. 12 that "the members of the Islamic communities that are members of the Islamic Commission of Spain, may, if they wish, ask to stop work on Fridays from 1.30 to 4.30 p.m. to attend weekly mandatory congregational prayer, and to leave work an hour before sunset during the month of fasting (Ramadan).

According the General Law 37.2 of the Workers' Statute working holidays shall be paid and not recoverable and may not exceed 14 a year, of which 2 shall be local²¹. But the Cooperation Agreements with Muslims and Jews also establish some religious holy days and ads that the stablished holy days of these two denominations may replace those established in art 37.2 of the Workers' Statute only if requested by the worker and if it has been foreseen in the contract. Regarding to Muslims or Jews students in Public schools, they are excluded to assist to class and to do exams those days, at their own request or at the request of their parents.

21 In any case, the festivities of Christmas, New Year, 1st of May (Labor Day) and 12th October (National Day of Spain) shall be respected nationwide.

Regarding to public examinations to enter the public Administration, if they are scheduled in one of those religious festivities, those exams might be held at an alternative day provided there is no reason to prevent it (art. 12).

4.1.5. RIGHT TO CELEBRATE RELIGIOUS MARRIAGES

According to art. 32.1 of Spanish Constitution Man and woman have the right to marry with full legal equality. RFA of 1980 establishes that one manifestation of religious freedom is the right to hold marriage ceremonies. We have to distinguish between this right and the possibility that those religious marriages have civil effects. According to Spanish Law the only religious marriages that have civil effects (they are, legally, as a civil wedding) are catholic marriages (According to the Agreement between the Catholic Church and the Spanish State on Legal Affairs²² those marriages celebrated by denominations that have signed cooperation agreement (Muslims, Jews and Evangelic)²³, and marriages according to the rites of deeply rooted denominations (Mormons, Buddhists, Jehovah's witnesses, Orthodox)²⁴. Followers of other denominations can of course celebrate religious marriages, but those weddings will not have civil effects. In order to obtain them a further civil wedding would be required.

4.1.6. RIGHT TO RECEIVE BURIAL, WITHOUT DISCRIMINATION FOR RELIGIOUS REASONS

In our country, for centuries, cemeteries were under the jurisdiction of Catholic Church. Several factors, like epidemics in XVII century, fostered local governments to claim for the legal competence over those places. And even cemeteries became public Catholic Church maintained its control over them deciding, for example, whether anyone (heretic, not baptized) should be buried there or in a civil cemetery (a place separated from the ordinary graveyard by walls).

An Act 49/1978 of burials in the local cemeteries (previous to the Constitution) establish that town councils are obliged to carry out burials in their cemeteries without discrimination on the grounds of religion or any other reason (art. 1). This law gives all the local governments one year to demolish the wall of the so-called *civil cemeteries*.

22 Art VI. I: "The State recognizes the civil effects of marriages celebrated according to Canon Law. Canon marriage is considered legal under civil law from the moment of the celebration. For full recognition of these effects, the marriage must be registered in the Civil Registry; this may be done with the presentation of the church certificate of the existence of the marriage".

23 Art 7 of the three agreements.

24 Article 60 of the Civil Code.

The RFA of 1980 recognize, as a manifestation of religious freedom, the right to receive dignified burial without discrimination on religious grounds. The Cooperation Agreements of 1992 with Muslims, Jews and Protestants establish the right of the communities to possess cemeteries of their Own (at their expenses), their right of Muslims, Jews and Evangelic to have a plot within the public cemetery and to observe their burial or funeral rites.

Currently in Spain there are 11 Jewish burials (6 private cemeteries²⁵ and 5 plots in municipal cemeteries AND 28 Muslim burials (4 private cemeteries²⁶ and 24 burial plots in local cemeteries).

4.1.7. RIGHT TO RECEIVE & TRANSMIT RELIGIOUS INFORMATION

Article 2.1.c) recognises the right to receive and transmit religious information orally, by writing or by any other procedure (ex: by mass media. This right includes the right to exercise Proselytism. According to *Kokinankis v. Greece* [1993] ECHR, religious freedom includes the right to try to (attract, persuade) other people towards their own beliefs (the right to convince others, to proselytize).

A law implementing this human right that prohibits this manifestation of religious freedom would violate the core content of religious liberty. The ECHR has also underlined what improper proselytism is. For example, an excessive pressure over people. Especially if the people that are being proselytized are in distress or need. For instance, using techniques of brainwashing or violence (it would be the case of coercion). We have to consider that acts of legal proselytizing may be transformed illegal in the framework of labour or hierarchical relations (superior-subordinate). According to ECHR, apparently respectful conversations on religious issues can be considered illegals if in the framework of military to subordinates (Colonel to soldiers). And it would not be illegal if the proselytism is freely offered, for instance, to people in the street.

4.2. LIMITS OF RELIGIOUS FREEDOM

There are not unlimited fundamental rights. According to art 16 of the Constitution: 'Freedom of ideology, religion and worship of individuals and communities is guaranteed, with no other restriction on their expression than may be necessary to maintain public order as protected by law.' In other words, The only limits to manifestations of religious freedom whether of

25 Línea de la Concepción (Cádiz), Casabermeja (Málaga), Hoyo de Manzanares (Madrid), Palma de Mallorca, Ceuta y Melilla.

26 Griñón (Madrid), el cementerio "suhail" de la mezquita de Fuengirola (Málaga), Ceuta y Melilla.

individuals or of groups are those necessary for the maintenance of public order, which is protected by the law. ¿What is public order? RFA 1980 implemented the concept of public order mentioned by the Constitution. When speaking about the limits of religious freedom this act enshrines two kinds of limits:

- Respect for the fundamental rights of others (like physical integrity, equality, and freedom of expression). All manifestations of religious freedom should respect, and thus, not undermine, fundamental rights of others.
- Public Order. Law 7/1980 presents this public order as a kind of triangular concept with the following sides: public health, public morality, and public security. Thus, everybody can express his or her religion as long as he or she respects the area of this ‘triangle’.

4.2.1. PUBLIC HEALTH

This concept is mentioned in art. 43.2 of the Constitution²⁷ which is under chapter III (principle of economic and social policies). It is referred to the obligation of public powers to protect and prevent public health, for instance through some policies: TV campaigns on dental care, against pregnancy of minors.

In our penal code we can see articles that establish crime against Public Health. We shouldn't mistake Public Health with individual health. This was the case of a Jehovah's witness woman that had suffer a haemorrhage (heavy bleeding) giving birth. The doctors asked his husband for permission to intervene because they told him she needed urgently a blood transfusion. The husband, Jehovah's witness himself, rejected the permission, based on religious grounds (a text in the bible saying they cannot eat blood). Transfusion was order at the end, but her wife died anyways. Then, the husband sued doctor for violation of their religious freedom. The judges in a wrong decision presented as a limit of religious freedom the health of the people instead public health.

The Autonomy of the patient Act (Law 41/2002) (art. 8) establish that any medical intervention in the sphere of the health of the patient needs the free and voluntary conscience of the patient.

Another example could be if a cook in a public hospital which is follower of the sij denomination don't want to shave his beard on religious bases. Public health could be in some cases a limit for his decision on religious basis.

27 Article 43.1. The right to health protection is recognized. 2. It is incumbent upon the public authorities to organize and safeguard public health by means of preventive measures and the necessary benefits and services. The law shall establish the rights and duties of all concerned in this respect. 3. The public authorities shall promote health education, physical education and sports. Likewise, they shall encourage the proper use of leisure time.

4.2.2. PUBLIC SECURITY

It is mentioned in art 149, 1º 29 of the Constitution when referring to the exclusive competences of the State. One of them is “ Public safety, without prejudice to the possibility of Self-governing Communities creating police forces, as provided for in their respective Statutes of Autonomy ...”

So, the concept of public security it is here referred to that kind of security Guaranteed by Security forces as it is said 104 CE: The Security Forces serving under the Government have the duty to protect the free exercise of R^{oS} and liberties and to guarantee the safety of citizens.

But another meaning of public security can be legal security in the sense that all laws must be obeyed. In general, religious manifestation, as they are manifestation of a fundamental right can only be limited by an appropriate norm respecting the legal Hierarchy. I mean, religious freedom, as Human Right, can only be regulated, and therefor limited, by an Organic Law. That’s why if the right of dressing according to one’s religious creed is forbade not by a law (like in France) but by some bylaws of a School that ban would undermine legal security because it should be implemented not by bylaws or inferior norms but by an organic Law.

4.2.3. PUBLIC MORALITY

According to our constitutional court, public morality is a “Ethical Minimum” (Case 62/1982 SCC). Public morality is a changing concept because it is formed by ideas an values that have been accepted by society but they might have been forbidden in the past.

Public morality cannot be identified with a religious morality. There might be coincidences between religious and civic values. But their legal character do not come from their legal status. In modern democracies public moral can be resumed by the respect to human dignity and human rights.

BIBLIOGRAPHY:

1. Agreements of January 3th 1979 between the Spanish State and the Holy See concerning Legal Affairs, Education and Cultural Affairs, Economic Affairs and Religious attendance to the Armed Forces and Military service of clergy.
2. Association Act 1/2002, 22 March.
3. Autonomy of the patient Act (41/2002).

4. Burials Act (49/1978).
5. Constitution of Spain, 28/12,1978.
6. Criminal Code of Spain, 08/11/1995.
7. Religious Freedom Act, 05/07/1980.
8. Law 24/ 1992 of November 10th Cooperation Agreement between the Federation of Evangelical Religious Entities of Spain.
9. Law 25/ 1992 of November 10th Cooperation Agreement between the Spanish State and the Federation of Jewish Communities of Spain.
10. Law 26/ 1992 of November 10th Cooperation Agreement between the Spanish State and the Islamic Commission of Spain.
11. Royal Decree ,159/2001, 26 October, <<http://mbarral.webs.ull.es/calr.html>> [13.02.2020].
12. Royal Decree, 932/2013.
13. Royal Decree, 593/20015.
14. Royal Decree, 594/2015, on the organization and function of the Register of Religious Entities.
15. STC, 46/2001.
16. STC, 24/1982 .
17. National Court Sentence, 11.10.2007.
18. Diary of the Members of Parliament's Congress Sessions, 1978.
19. *Fernandez Coronado A.*, Estado y confesiones religiosas: un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: leyes 24, 25 y 26 de 1992), Madrid: Civitas,1995.
20. *Ferreiro Galguera J.*, Relaciones Iglesia-Estado en la II República Española, Barcelona: Atelier, 2005.
21. *Ferreiro Galguera J.*, Islam and State in the European Union: Church-State Relationships, Reality of Islam, Imams Training Centres, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2011.
22. *Marti Sánchez J. M.*, Sectas y protección de los menores en el Derecho, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 36 (2014).
23. *Motilla A.*, Las sectas en el Ordenamiento español, XVIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Sínodos españoles. Confesiones y sectas, Salamanca: Universidad Pontificia, Salamanca, 1999.
24. *Pelayo Olmedo J. D.*, Las comunidades ideológicas y religiosas, la personalidad jurídica y la actividad registral, Madrid: Ministerio de Justicia, 2007.

**LEGAL HISTORY PROFILES OF MODERN
CONSTITUTIONALISM IN ITALY.
FROM THE CONSTITUTIONS OF THE FIRST NORTH
AMERICAN STATES TO THE ITALIAN CHARTERS
OF RIGHTS OF THE JACOBIN PERIOD****

The essay analyzes the influence that had the American constitutional experience of the Seventies of the Eighteenth century on the French post-revolutionary constitutionalism and on the Italian States of the so-called Jacobin period. In particular is emphasized the incidence of the constitution of Philadelphia in 1776 on the constitution of Naples in 1799, that provided the original institution of the Ephorate to guarantee the balance of power and Council of Censors would have the task of preserving and protecting public education.

Key words: *Italian modern constitutionalism, American constitutionalism, French constitutionalism, Ephorate, Council of Censors, Balance of Power.*

1. AT THE ORIGINS OF MODERN CONSTITUTIONALISM

The North American and French “charters of rights” of the mature Eighteenth century were the first expressions of modern constitutionalism¹. They have represented an important point of reference for the constituents of the so-called “triennio giacobino” (*Jacobin three-year period*:1796-1799) in Italy². In fact, the “constitutional fever”³ that broke out in 1776 in the former colonial States of North American that declared themselves independent from England⁴ and the strong contagion in revolutionary France triggered epidemic

* Professor, Doctor of Law, Jonico Department at the University of Bari Aldo Moro.

** This contribution is a translation of the essay: *Vinci S., Da Philadelphia a Napoli. Il costituzionalismo moderno dalle Constitutions dei primi Stati nordamericani alle Carte dei diritti italiane del triennio giacobino, Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri, Vol. IV, L'età moderna e contemporanea. Giuristi e istituzioni tra Europa e America, Maffei P., Varanini G. M. (eds.), Firenze, 2014, 279-290.*

1 *Grossi P., L'Europa del Diritto, Roma/Bari, 2010*⁶, 116.

2 Important contributions on the subject have been provided by *De Felice R., Il triennio giacobino in Italia (1796-1799). Note e ricerche, Roma 1990; Ghisalberti C., Le costituzioni «giacobine» (1796-1799), Milano, 1957; Zaghi C., L'Italia di Napoleone dalla Cisalpina al Regno, Torino, 1991.*

3 *Martucci R., Stati Uniti e Francia tra due Rivoluzioni costituzionali (1776-1792), Giornale di storia costituzionale, n. 17, I semestre 2009, 44.*

4 *Maranini G., La Costituzione degli Stati Uniti d'America, Capozzi E. (ed.), Soveria Mannelli, 2003; Teodori M., Storia degli Stati Uniti e il sistema politico americano, Roma, 2004; de Tocqueville A.,*

influences in many European states⁵. France itself had looked with curiosity and admiration at the overseas experience which provided a “practical example of the correct functioning of representative institutions”, free from pollution of corruption spread in that period by Sir Robert Walpole in Great Britain⁶.

The French interest for the North-American constitutionalism (born with the experience of Virginia of 1776, which is the first legislative act called “constitution”⁷) stemmed from the fact that those constitutions incorporated “the enlightened ideal of equality between men, natural law and the contractual theory of the state, the concept of limited government and the principle of popular sovereignty, the right to revolution⁸. For these reasons the American constitutions (whose experimental phase lasted about 15 years, from 1776 to 1791) had immediate spread in Europe and especially in France, where from 1778 the texts of constitutions were published in the «Affaires de l’Angleterre et de l’Amérique» with the translation of the Duke Louis-Alexandre de la Rochefoucauld, secretary of the American ambassador Benjamin Franklin⁹. These were also subject of study, comment and debate in journals such as the *Journal encyclopédique* of Bouillon¹⁰, on which also appeared the writings of the Abbé de Mably, whose observations on American constitutions had an impressive echo throughout Europe and especially in Italy¹¹. Between scepticism and enthusiasm, numerous writings were published in France in those years, which included the propaganda works of Jacques-Pierre Brissot, Filippo Mazzei and Jean-Nicolas Desmeunier, and also the discouraged comments of Turgot and his pupil Condorcet. The latter, although in favour of the «constitution d’un corps législatif unique», contested the excessive subordination of American leaders to a polycentric political model such as the English one, with competences separated among a plurality of bodies

La democrazia in America, *Tesini M. (ed.)*, Troina, 2005; *Floridia G. G.*, *Lex facit regem, rex facit legem*, Teramo, 2005; *Stroppiana L.*, Stati Uniti, Bologna, 2006.

- 5 See the studies collected in: *Martucci R. (ed.)*, *Constitution & révolution aux États-Unis d’Amérique et en Europe (1776-1815)*, Macerata, 1995.
- 6 *Martucci R.*, *Opinion frondeuse, opinion éclairée, opinion publique nella Francia di Antico regime*, *Giornale di Storia costituzionale*, n. 6, II semestre 2003, 113-115.
- 7 *Martucci R.*, *La rivoluzione dei due Mondi. Dal Settantasei virginiano all’Ottantanove francese*, *I viaggi di Erodoto*, 1992, 16, 115-143.
- 8 *Stroppiana*, Stati Uniti, 27. The reference is mainly to the *Declaration of Independence*, 1776, 4 July.
- 9 See also *Lacorne D.*, *L’invention de la république. Le modèle américain*, Paris, 1991, 78.
- 10 *Charlier G., Mortier R.*, *Le Journal encyclopédique, 1756-1793*, Paris, 1952; *Lénardon D.*, *Index du Journal encyclopédique, 1756-1793*, Genève, 1976.
- 11 *Cugnetti P.*, *Mably, analyste de la constitution américaine*, in: *Martucci R.*, *Constitution & révolution cit.*, 209-224; *Costituzione e diritti fondamentali in Mably*, *Atti della Giornata di studio*, Genova, 25 novembre 1998, *Mazzanti Pepe F. (ed.)*, Genova, 2001.

(chambers, governor, council), and expressing suspicion on the mechanism of *balance of powers*¹².

Among these experiences of American constitutions, the most used by the French reforming opinion were those of the States of Virginia, Pennsylvania, Massachusetts «parce que, à l'époque, ces trois états de la Confédération américaine étaient envisagés comme des modèles presque parfaits d'organisation des pouvoirs publics»¹³. The Pennsylvania Constitution of 28 September 1776 aroused particular interest in Europe¹⁴, which, thanks to the popularity enjoyed in the old continent by its author Benjamin Franklin, was translated into French language and published in several editions¹⁵. It had «considerable influence in the circles of physiocracy and democratic and radical constitutionalism, more particularly on the doctrine of Turgot, Condorcet, Dupont de Nemours and La Rochefoucauld-Liancourt»¹⁶. In fact, its characteristics of the strong prevalence of legislative power and monocameralism - taken as a model by Paine, Turgot and Condorcet, contrary to the English model of the balanced constitution - had a significant impact in the first phase of the French constitutional debate, in which the attention was focused above all on the problem of the separation and *balance of powers*¹⁷.

It is sufficient to mention the constitution draft of 6 September 1789 which proposed the *balance du Législatif*, in the form of the royal veto on acts of the legislative power, following the example of the Philadelphia Constitution on the presidential veto on acts of Congress. It was also taken as an example by the Grand Duke Pietro Leopoldo for a constitutional project for Tuscany, who wrote on this topic some *Observations*¹⁸: the interest shown by the Grand

12 Dicey A. V., Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese, Torre A. (ed.), Bologna, 2003.

13 Martucci R., Desmeunier et le droit public moderne, L'Encyclopédie méthodique (1782-1832): des Lumières au positivisme, in Blanckaert C., Porret M. (eds.), Genève, 2006, 253.

14 The text of the Constitution of 1776 is published in Swindler W. F., Sources and Documents of United States Constitutions, VIII, New York, 1979, 277-285.

15 The constitution of Pennsylvania was published in France in March 1777 in *Affaires de l'Angleterre et de l'Amérique*, then as a supplement to the edition of the *Science du Bonhomme Richard* published in France in the same year, again the following year in *Recueil des Lois Constitutives des Colonies Anglaises*, and finally in 1783 in *Constitutions des Treize États-Unis*. See, Aldridge A. O., Franklin and his French Contemporaries, New York, 1957, 86.

16 Casalini B., L'esprit di Montesquieu negli Stati Uniti d'America durante la seconda metà del XVIII secolo, Montesquieu e i suoi interpreti, Felice D. (ed.), Pisa, 2005, I, 325-355

17 Peuchot É., L'influence des idées américaines sur les constituants, in La France de la Révolution et les États-Unis d'Amérique, Bodinier G. (ed.), Paris, 1995, 23-34.

18 The manuscript by Pietro Leopoldo *Observations sur les Constitutions de la République de Pensylvanie*, which can be dated before the final drafting of his constitutional project in 1782, is kept in the Haus- Hof- und Staatsarchiv in Vienna, Familienarchiv, Sammelbande, Karton 13, Leopold II, "Sheets to be added to the general states", n. 10. See Davis G. H., Observations of Leopold of Habsburg on the Pennsylvania Constitution of 1776, Pennsylvania history, 29, 1962, 4, 373-380.

Duke concentrated on the rules concerning the Assembly, which were seen «as a possible curb on the temptations of his successors to leave the road he had traced, but without prejudice to his absolute conception of sovereignty and the centrality and intangibility of the figure of the Prince-father of the *polizei-licher Wohlfahrtsstaat*»¹⁹.

Few years later, the constitutional text of Philadelphia was also published in Italian language in Venice in 1797 by the “Venetian Jacobins” Antonio Marcantoni and Bernardo Maria Calura. Such publication contained two writings by Benjamin Franklin, *Il Buon uomo Ricciardo e la costituzione di Pensilvania italianizzati per uso della democratica veneta ristaurazione (The Good Man Richard and the Constitution of Pennsylvania italianized for use in the democratic venetian restoration)*²⁰. Here above its preface:

The spread of the latter text instead of the constitutional texts of other American states is justified by taking into account at least a couple of aspects: on one hand it should be pointed out that the constitution of Pennsylvania was the closest, among the American ones, to the French constitution, as it was based on a monocameral system; on other hand, it should be kept in mind that for the majority of Venetian people Pennsylvania, Franklyn’s homeland, seat of the General Congress and inhabited by those Quakers who constituted the most widespread American myth of those years, was by far the most famous among the States, provided that it was not a synecdoche in place of the entire federation²¹.

What were the relevant features of this constitution? The text opened with a *A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the State of Pennsylvania*, in which were mentioned the principles of equality between the “born free and independent” men to whom were attributed “innate and inalienable rights”, including the enjoyment and defence of life and freedom, the acquisition, possession and protection of property, the pursuit and achievement of happiness and security (art. 1)²². The constitution adopted the principle of the separation of powers, entrusting the “supreme legislative power” to a Chamber composed of representatives of free men with particular caution aimed at avoiding forms of perpetuation in representative mandates²³; the

19 *La Rosa G.*, Il sigillo delle riforme. La ‘Costituzione’ di Pietro Leopoldo di Toscana, Milano, 1997, 144.

20 *Calura B.M., Marcantoni A.*, Il Buon uomo Ricciardo e la costituzione di Pensilvania italianizzati per uso della democratica veneta ristaurazione, Venezia, 1797.

21 *Del Negro P.*, Il mito americano nella Venezia del ‘700, Padova, 1986; *Pillinini G.*, 1797, Venezia “giacobina”, Venezia, 1997.

22 *A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the State of Pennsylvania*, Swindler, *Sources and Documents*, 277.

23 Section 11 of the Constitution of Pennsylvania provided for a limit of two years in the duration of the mandate with the possibility of being re-elected only after an interval of three years. See *Grimaldi A.*, Disegno storico del costituzionalismo moderno, Roma, 2007, 155.

executive power to a President and a Council (section 3)²⁴; the judiciary power to «Courts of Justice in the city of Philadelphia and in each counties that make up the State» (section 4). A particularity of this Constitution - which underlined its extremely radical character - was the provision in section 15 of the “examination of the people” for those laws having a public interest: before the last reading by the General Assembly, and apart from the case in which speed was essential, the proposed laws would be printed in order to be submitted to the examination of the people and then passed into law in the session of the following Assembly²⁵.

The most original part of the Constitution of Pennsylvania - which we will not find in the French Constitution of the year III, but which will be contained in the Neapolitan Constitution of 1799 - was represented by the last section which provided for the creation of a political body of control of the constitutionality of the laws, the *Council of Censors*. This body was elected directly by the people every seven years, «in order that the freedom of the Commonwealth may be preserved inviolate forever»²⁶. This *Council* (based on the examples of the spartan ephoruses and the roman censors, already mentioned in the writings of Machiavelli, Montesquieu and Rousseau²⁷) had the “duty” to examine whether the constitution was preserved in all its parts without the slightest infringement and whether the Institutions in charge of the legislative and executive powers had fulfilled their functions as guardians of the people, or whether they had arrogated and exercised other or greater rights than those granted them by the Constitution. Moreover the *Censors* had the function of examining whether public taxes had been rightly imposed and collected in all parts of the Republic, what use had been made of public funds and whether the laws had been well and properly enforced. What were the powers? The *Censors* had the power to demand all necessary papers and records; to make public censorships; to order trials for state crimes and to

24 Sections 19 and 20 of the Constitution of Pennsylvania provided for particular limits on the powers of the President, Vice-President and members of the Supreme Executive Council by providing that these offices be all elective and of limited duration.

25 Lutz D. S., *Popular Consent and Popular Control. Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Baton Rouge/London, 1980, 139.

26 Ibid.

27 According to *Guerci L.*, *Libertà degli antichi e libertà dei moderni. Sparta, Atene e i «philosophes» nella Francia del Settecento*, Napoli, 1999, the myth of Sparta departed with the *Essai sur le droit naturel* of Hübner and was welcomed by thinkers such as Rousseau, Hëlvetius and Mably.

recommend to the legislative power the abrogation of laws contrary to the Constitution; to call a convention in case of absolute necessity to correct some defective articles of the Constitution²⁸.

2. EXAMPLES OF FRENCH CONSTITUTIONALISM (1791-1795)

The spread in France of texts and translations of the American Constitutions led to the diffusion of conflicting opinions and comments between those who would have liked to import American examples into Paris and those who (inspired by the theories of Rousseau²⁹ or by the English model taken as an example from Montesquieu³⁰) considered them, instead, inappropriate to the French reality. Girondins exponents, among whom stood out the names of Brissot and Condorcet, looked carefully at the American lessons from which they drew some principles that would be recovered in the contents of the draft of the so-called "Girondin Constitution", submitted to the Convention on 15 February 1793. In fact, Brissot and Condorcet were the authors who, since the mid-1780s, have commented most acutely on American constitutional developments, grasping their new aspects in relation to immediate reforms and in view of the progress of political institutions. Although distant in their philosophical approach and temperament, their republican thought developed into the progressive acquisition of three categories developed through reflection on the American experience: a notion of a Constitution based simultaneously on human rights and popular consensus; clear distinction between constituent power and constituted power; a conception of representation marked by a search for democratic limits to democracy³¹.

Differently from the first French Charter drawn up by the Constituent Assembly in 1791³², whose characteristics were still flawed by a difficult

28 This institute, introduced for the first time in the constitution of Pennsylvania, was taken over only by the state of Vermont. Other states adopted different procedures, but they always tended to reaffirm the different nature of the constitutional revision process, compared to the ordinary legislative process. *Casalini B.*, *Nei limiti del compasso: Locke e le origini della cultura politica e costituzionale americana*, Milano, 2002, 79.

29 *Fioravanti M.*, *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793*, *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 2007, n. 8.

30 *Platania M.*, *Montesquieu e la virtù. Rappresentazioni della Francia di Ancien Régime e dei governi repubblicani*, Torino, 2007.

31 *Magrin G.*, *La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario*, Milano, 2007, 54.

32 *Lemay E. H.*, *Les législateurs de la France révolutionnaire (1791-1792)*, *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, n. 347, 3-28.

compromise between the monarchy and the bourgeoisie³³, the so-called “Girondin constitution” was strongly american influenced because it was designed on the basis of the provision of primary Assemblies, which recalled County Assemblies provided for Constitution of Massachusetts. Those Assemblies had the right of legislative initiative, the power to express themselves by referendum on the laws proposed by the monocameral legislative body and the possibility of starting a censorship process on ordinary laws, as well as the provision of a mechanism of constitutional revision as an embankment to the threat of deterioration of the constitution by the legislative power³⁴.

These characteristics of representative democracy and of the forecast of a strict control of the primary assemblies over the legislative power would have constituted the most relevant differences with respect to the Montagnard project (Rousseau inspired). This project was elaborated by a Comité de Constitution in the aftermath of the Jacobin *coup d'état* which marked the exit from the scene of the “Girondins”³⁵. This Constitution was approved on 24 June 1793, but it was never applied because of internal difficulties, such as the threat of the federalist revolt and the popular pressure of the Enragés and the Sans-culottes, who did not allow to govern in accordance with the constitutional rules. In fact, it presented regulatory provisions that significantly reduced the role of the primary assemblies and made the right of censure inapplicable. And here we must grasp the fundamental difference between the liberal and democratic conception of the Girondins and the univocally democratic conception of the Montagnards: “between a modern theory of the Republic, indebted to the American experience, in which an extensive political participation of the citizens is put at the service of a limitation of the power of the representatives, and a theory of the Republic still tense, in the Rousseauian perspective, in the search for a moral and political identification between representatives and represented”³⁶.

33 The problem of the veto power, which was one of the main prerogatives of the President of the United States of America as a tool to counter the decisions of the legislative power, was widely debated in France where it met with strong opposition, including that of *J. E. Sieyès*. See, *Le Pillouer A.*, *Le veto suspensif dans «la» Constitution de 1791*, *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, 2006, 625-637.

34 *Magrin G.*, *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, Milano, 2001, 133-176; *Persano P.*, *La catena del tempo. Il vincolo generazionale nel pensiero politico francese tra Ancien régime e Rivoluzione*, Macerata, 2007, 194.

35 *Marie-Jean Héroult de Séchelles* was the main editor of that montagnard project. See *Locherer J. -J.*, *Héroult de Séchelles, l'aristocrate du Comité de Salut public*, Paris, 1984.

36 *Magrin*, *La repubblica*, 61.

The Constitution of the 5 *fructidor* of the year III (22nd August 1795), approved after the fall of Robespierre and the dissolution of the Public Health Committee, represented the most exported and imitated constitutional example as a bourgeois solution of the whole French revolutionary movement from 1789 until the end of the Convention³⁷: in it, the *Commission des Onze* unanimously adopted the bicameral system with the provision of two chambers elected for three years called *Conseil des Anciens* and *Conseil des Cinq cent*³⁸ (inspired by the Senate of the United States of America). Through that, it was intended to avoid that a single representative Assembly could stifle the attribution of the other constitutional powers, as had already happened in the past with the Constituent Assembly, the National Legislative Assembly and the Convention³⁹. In order to avoid any form of perpetuation in the representative mandates, the Commission provided - following the example of the Constitution of Philadelphia - that the deputies could not leave the mandate simultaneously: articles 53-55 established, in fact, the annual renewal of one third of the members of the two Councils; the prohibition of re-application of outgoing members for a third mandate only after a legislative interval of two years; the prohibition of being members of the legislative body for more than six consecutive years⁴⁰.

The organization of the executive power, on the other hand, was widely debated in the Commission, which was divided between those who claimed it should have a monocratic structure - following the example of the President of the American States with the veto power over the Councils - and those who preferred a collegial solution. The monocratic idea was not approved because too many were the fears of a return to dictatorship as that of Robespierre and so prevailed the collegial solution in the number of five members who would make up the executive board that was called Directory⁴¹. Unlike the President of the American States, this latter body did not have the recognition of veto power, but only the possibility of suggesting legislative solutions without participating in the elaboration of draft laws. This meant a weakness of the executive power resulting from a bad separation of powers that had made gears divided - not separated - into two different compartments, without there being any balance⁴².

37 *Grimaldi*, *Disegno storico*, 153.

38 *Martucci R.*, *Lesa nazione, lato oscuro dell'ottantanove. La rivoluzione francese e il suo nemico interno (1789-1791)*, Quaderni fiorentini, 38, 2009, 1, 337.

39 *Saitta A.*, *Le costituenti francesi del periodo rivoluzionario (1789-1795)*, Roma, 1989, 185-190.

40 *Grimaldi*, *Disegno storico*, 155.

41 *Materazzo L.*, *Il modello costituzionale degli Stati Uniti nel processo costituente francese dell'anno III*, *Storicamente*, 2, 2006, 3.

42 *Colombo P.*, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, 1993, 489.

During the fifty days of the constituent debate, there were attempts to balance the abuses of legislative power against the executive power through proposals - which were rejected by the Convention - to introduce Bodies in order to control the constitutionality of laws, inspired by the institute of Censorship provided for by the Constitution of Pennsylvania: Jacques-Marie Rouzet proposed in February 1793 the creation of a collegiate body, called "Ephorate", of 85 members which would have to carry out a preventive check on the constitutionality of laws⁴³. Two years later, Abbot Sieyès proposed the introduction of a *Jury constitutionnaire* which would have the task of pronouncing "on the violations and attacks against Constitution", which will be denounced by *Conseil des Anciens*, *Conseil des Cinq cent*, the electoral assemblies, the primary assemblies, the Court of Cassation⁴⁴. The rejection of these projects was determined by the conviction of the twelve commissioners that there was no need for external controllers of the Constitution, which, moreover, it was feared could end up overtaking others. In their opinion it was sufficient to provide those bodies with guarantees able to resist any kind of attack on the powers themselves⁴⁵. In fact - as Thibaudeau observed in his *Mémoires* - the *Council of Censors* of Pennsylvania itself had been considered ineffective in preventing all violations, so true that it was doubted that preventive action had any effect⁴⁶.

3. THE ITALIAN CONSTITUTIONS OF THE JACOBIN THREE-YEAR PERIOD (1796-1799). THE ORIGINALITY OF THE NEAPOLITAN PROJECT

The afore mentioned Pietro Leopoldo's constitutional project, inspired by the Pennsylvania Charter, drawn up in 1782 for Tuscany, never came into force "perhaps for fear of reforms, perhaps for other reasons"⁴⁷. It is certain that if an enlightened Sovereign like the Grand Duke of Tuscany had no longer carried out the reforms, "it doesn't take much imagination to understand how the other States, whose governments hadn't even conceived such designs, remained

43 Rouzet J. M., *Project de Constitution Française*, Paris, 1793.

44 Sieyès J. E., *Opere e testimonianze politiche*, *Troisi Spagnoli G. (ed.)*, Milano, 1993, 833. See, Fioravanti M., *Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, *Le Carte e la Storia*, 11, 2005, n. 1, 175-188; Goldoni M., *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze, 2009, 173-216.

45 Materazzo, *Il modello*, 5.

46 Thibaudeau A. C., *Mémoires sur la Convention et le Directoire*, Paris, 1824, 387. See, Manca A. G., Lacchè L., *Parlamento e costituzioni nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, Bologna, 2003, 84.

47 Ghisalberti, *Le costituzioni giacobine*, 79.

tenaciously attached to the traditional institutions”⁴⁸. This “constitutional immobility” (which reflected the model of the French absolute state before the Revolution⁴⁹) received a strong shock the day after the advance of the Napoleonic army that favored in every Italian State the adoption of a constitution along the lines of the French Constitution of 1795. Napoleon’s entry into Milan unleashed, in fact, the constitutional ambitions of the Italian Enlightenment who soon had the opportunity to present their ideas in the competition announced on 27 September 1796 by the general administration of Lombardy on the problem: *Which of the free governments agrees to the happiness of Italy?*⁵⁰, to which fifty-seven projects were presented, some even inspired by the American charters of rights⁵¹.

Hence a flourishing, in the various nascent republics, of draft constitutions drawn up following the example of the Thermidorian Constitution of the year III⁵²: in Bologna, a constitution Council in July 1796 prepared a text for the Republic that was being established, which turned out to have more the appearance of a city constitution than that of a unitary Republic⁵³. Few months later, within the congress of Reggio Emilia, which had proclaimed the Cispadanic Republic “one and indivisible” (erected in the territories of Modena, Ferrara, Reggio and Bologna), a constitution committee was charged with drafting a text “fully compliant with the French constitution in all those parts that are compatible with the circumstances of our republic”⁵⁴. In Milan, Bonaparte gave the French text of year III to the Cisalpine Republic⁵⁵. In Genoa (where the process of

48 Ibid.

49 Venturi F., *Saggi preparatori per Settecento riformatore*, Roma, 2002.

50 Si veda Saitta A., *Alle origini del Risorgimento: i testi di un celebre concorso (1796)*, Roma, 1964; Formica M., *Le repubbliche giacobine*, Almanacco della Repubblica. Storia d’Italia attraverso le tradizioni, le istituzioni e le simbologie repubblicane, *Ridolfi M. (ed.)*, Milano, 2003, 20.

51 Spini G., Mastellone A. M., Luraghi R., Bonazzi T., Ruffilli R., *Italia e America dal Settecento all’età dell’imperialismo*, Venezia, 1976.

52 A first scheme of “political constitution of every Italian republic” was elaborated by Filippo Buonarroti (Pisa, 11 November 1761 - Paris, 16 September 1837) and was inspired, however, more by the text of the French constitution of 1793 than by that of 1795. See Federici L., *L’egualitarismo di Filippo Buonarroti*, Saonara, 2006.

53 Barbera A., *La prima costituzione italiana: la costituzione di Bologna del 1796*, *Clio*, 34, 1998, 279.

54 Dippel H., *Constitutions of the world from the late 18th century to the middle of the 19th century*, Göttingen, 2010, 279-318.

55 The creation of the Cisalpine Republic, proclaimed on July 9, 1797, was announced by Bonaparte in a proclamation in which he declared that France renounced its right of conquest over it, transferring to the new republic the sovereignty that until then had belonged to the House of Austria. Zaghi C., *Cispadana, Cisalpina e Repubblica italiana*, *La grande storia di Milano*, III, *L’Italia di Napoleone*, Torino, 2010.

democratization took place without the invasion of the French army⁵⁶) the new provisional government of the Ligurian Republic commissioned a legislative commission to draw up a constitution whose text (subject to modifications suggested by Bonaparte himself, which made it very similar to the French one of 1795) was approved by the people almost unanimously⁵⁷. In Rome without a Pope, the proclamation of the Republic was followed by the granting of a constitution drawn up by a French commission, which was very similar to the French Constitution of the Year III⁵⁸. In the small republic of Lucca in 1799 there was a brief democratic constitution that can be defined as a synthesis of the French example⁵⁹. And finally in Naples, where the arrival of General Championnet led to the creation of a provisional government within which the Neapolitan Jacobins elaborated the project of the Neapolitan Constitution⁶⁰.

The latter is the most original⁶¹ and the most criticized of the texts written in Italy in the Jacobin three-year period⁶². Its preparation was entrusted to the Committee of Legislation chaired by Francesco Mario Pagano⁶³ and composed of Domenico Forges-Davanzati, Giuseppe Logoteta and Carlo Lauberg. According with Gioele Solari, the project was a personal work, rather

56 The interest of the French to agree with that republic to ensure the important routes of communication with the mother country allowed, while respecting the territorial integrity, the creation of a representative government, in which the legislative power was entrusted to two councils of five hundred and three hundred members and the executive in the hands of the Senate composed of the Doge and twelve senators appointed by the Councils. *Ronco A.*, *Gli anni della rivoluzione: da Ventimiglia a Sarzana il dramma della Liguria nell'epoca giacobina*, Genova, 1991.

57 See *Lamponi M.*, *La meravigliosa storia di Genova dal 1797 ai giorni nostri*, I, Genova nell'impero francese, Genova, 1986.

58 *Formica M.*, *Sudditi ribelli. Fedeltà e infedeltà politiche nella Roma di fine Settecento*, Roma, 2004; *Caffiero M.*, *La repubblica nella città del Papa*, Roma, 2005.

59 The provisional constitution of the Republic of Lucca established only the organization of an executive directorate and two legislative councils, with the usual characteristics but with a small number of members (24 senior and 48 juniors). The declaration of human rights was missing. *Arrighi G.*, *Una trama contro la repubblica di Lucca organizzata a Livorno nel 1796*, *Rivista di Livorno*, n. 5, 1956.

60 Among the many editions, the text of the project is now published in *Progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana [1799]*, *Mastroberti F. (ed.)*, Macerata, 2012.

61 *Castagna P.*, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1861, 238 stresses the originality of the text prepared by the Committee for Legislation: "Naples only departs in its constitution of 1799 from the French of 95 confirming by luminous act the characteristic mark of Neapolitan philosophy, intellectual independence, originality of thinking".

62 See *Battaglini M.*, *Mario Pagano e il progetto di costituzione della Repubblica Napoletana*, Roma, 1994, 24-26; *Mastroberti F.*, *Il progetto costituzionale di Francesco Mario Pagano tra storia e storiografia*, *Progetto di Costituzione*, *Mastroberti F. (ed.)*, IX-XIII.

63 On the lawyer Francesco Mario Pagano (Brienza, 1748 - Naples, 1799) see, *Firpo L.*, *Francesco Mario Pagano*, Napoli, 1998.

than exclusive work of Pagano⁶⁴, to whom we owe the full paternity of the text in which he transferred all the principles that had matured through his enlightenment cultural formation. This explains the originality of the project, the result of the thought of a Jacobin “lawyer-philosopher”, fascinated by the epochal upheavals that the American and French revolutions had involved⁶⁵. In fact, Pagano, quickly elaborating the constitution (which was finished in only two months because of the staggering political situation of the Neapolitan Republic), was very inspired by the French Constitution of the year III. In respect of that, Pagano considered necessary to make changes related to local conditions also in consideration of the crisis of the French directorial system. He also was inspired by the Constitution of Pennsylvania of 1776, which represented one of the most original and suggestive American examples.

Pagano’s Project was preceded by a “Declaration of the Rights and Duties of Man, Citizen, People and their Representatives”, which followed the French example of 1795, although with some variations concerning the distinction between the rights of man from those of citizen and people and the duties of man from those of citizen and public officials⁶⁶. The Neapolitan text implemented the principle of separation of powers with the provision of a *Senate of 50 members*, widowed or married at least 40 years of age, which was responsible for the legislative initiative on the basis of the belief that “few and mature men can do it better, rather than ardent multitude of young people” and, in reverse with respect to the French model, of a *Council of 120 members* of age not less than 30 years, which would approve or reject proposals for legislation coming from Senate. As for the Directory, the executive power was entrusted to a college of five members, which Pagano called *Arcontato*, with the task of promulgating laws, enacting measures for the enforcement of laws and preserving the internal and external security of the Republic.

To guarantee the balance of power, the Neapolitan project provided for the establishment of a body unknown to the French charters, which was given the name of Ephorate (already identified by Pagano in his political essays of 1783, as a “balance” that would ensure the inviolability of the Constitution and put a damper on the overflow of powers of the Republic⁶⁷) which recalled

64 *Solari G.*, Studi su Francesco Mario Pagano, Torino, 1963.

65 *Ippolito D.*, I diritti politici nella costituzione della repubblica napoletana (1799), *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 2001, n. 12, 99-109.

66 Furthermore, the principle of equality - which was included in the French text as a human right - was placed in first place as the basis for all other rights. *Mastroberti*, Il progetto, XXXIII.

67 *Pagano F. M.*, Saggi politici in Opere filosofico-politiche ed estetiche, Capolago Cantone Ticino, 1837, 296.

the functions of the Council of Censors of the Constitution of Philadelphia⁶⁸. This institution - the introduction of which was favoured by the need to avoid the crisis of the institutions that was affecting France - would have constituted a real “Constitutional Court *ante litteram*”⁶⁹, as external body in respect to legislative and executive powers in order to ensure their own balance⁷⁰.

The title XIII entitled “Custody of the Constitution” - which Vincenzo Cuoco called “the most beautiful part of the Project”, because it guaranteed a certain stability of the Constitution against possible revolutionary attempts⁷¹ – attributed to the seventeen Ephoruses: the control of the constitutionality of laws, to be implemented through the rule according with each power of government should stay within the respective limits and duties, deleting acts exceeding constitutional limits; the proposal to the Senate of the revision of some articles of the Constitution, if experience did not find it appropriate; the representation to the Legislative Body of the abrogation of “those laws that are opposed to the principles of the Constitution”⁷².

Finally, as for France, the judiciary was separated from the executive and legislative powers⁷³ and administered free of charge by the elective judges of courts⁷⁴. The project deviated from the Thermidorian model for two aspects: with reference to civil judgments, it provided that appeals should not be presented to the court of another department, as was the case in France with a system “very uncomfortable, and still expensive to litigants”⁷⁵, but to a different section of the same court. As far as criminal justice is concerned, it was entrusted to the “Juries of Prosecution and Judgment”, which should also

68 *Mazzanti Pepe F.*, La circolazione di culture costituzionali estere nel triennio “giacobino” in Italia, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 7, 2006, 307 pointed out that the novelties introduced by Pagano would be explained by the influence of Gabriel Bonnot de Mably, whose observations on the American constitutions were well known to Pagano who mentions them in his *Political Essays*.

69 See *Ghisalberti C.*, Dall’antico regime al 1848: le origini costituzionali dell’Italia moderna, Roma/Bari, 1987, 81.

70 Rapporto del Comitato di legislazione, Progetto di Costituzione, 15.

71 *Cuoco V.*, Frammenti di lettere a Vincenzo Russo, Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli, *Cortese N. (ed.)*, Firenze, 1926, 405.

72 The *Ephori* lasted for one year, they were not immediately eligible for other republican positions, they could not be re-elected to the eforato for five years and they could not exercise during their mandate any function within the powers of the Republic. See *D’Eufemia G.*, La Censura e l’Eforato nel progetto di Costituzione di Mario Pagano, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, 7-8, 1947, 141-151.

73 Progetto di Costituzione, art. 202: «Judges cannot mingle in the exercise of Legislative Power, nor can they make any rules. They may not arrest or suspend the execution of any law, or sue the Directors before them for reasons of their functions».

74 *Rao A. M.*, L’ordinamento e l’attività giudiziaria della Repubblica napoletana del 1799, *Archivio Storico per le Province Napoletane*, 13, 1973, 73-145.

75 Rapporto del Comitato di legislazione, 10.

have worked for minor criminal justice cases⁷⁶, unlike France, which provided for the intervention of jurors only for the most serious offences⁷⁷.

A distinctive and innovative feature compared to other Italian and French Jacobin Constitutions was represented by the Court of Censorship, which, “in imitation of the ancient republics”, would have the task of preserving and protecting public education, constitutionally guaranteed, through the power to judge the behaviours of the citizens, both by office and by complaints received from the Judges of the Peace⁷⁸. The focus on physical, moral and intellectual education in the Neapolitan project was a novelty compared to the Thermidorian Constitution, which only promoted education as intellectual training⁷⁹. The objective of educating the man to become a good citizen (resulting from the fear of corruption, which so feared the Italian Jacobins in the face of the bad example set by some French officials and agents of that period⁸⁰) was concretely answered in title X of Pagano’s project entitled “Education, and public instruction”. In it, public education was distinguished from education: the first one provided that there were public places intended for the performance of “gymnastics and warrior exercises”; that on holidays the over seven years were called “in places established by law to hear the explanation of the Republican Catechism”; that were established “Republican Theaters, where the performances are directed to promote the spirit of freedom” and “National holidays to excite the republican virtues”. The second provided, however, the promotion of school instruction, through the establishment of “primary schools, in which young people learn to read, to write, and the elements of arithmetic, and the Republican Catechism” and High Schools, the number of which will be regulated, at least one for each department⁸¹.

BIBLIOGRAPHY:

1. *Aldridge A. O.*, *Franklin and his French Contemporaries*, New York, 1957.
2. *Arrighi G.*, *Una trama contro la repubblica di Lucca organizzata a Livorno nel 1796*, *Rivista di Livorno*, n. 5, 1956.

76 Progetto di Costituzione, art. 240.

77 *Ghisalberti*, *Le costituzioni «giacobine»*, 248-249.

78 Progetto di Costituzione, artt. 304-305.

79 The “duty to educate and enlighten others” had already been stated by Pagano in his *Saggi Politici*, 257.

80 *Ghisalberti*, *Le costituzioni «giacobine»*, 251.

81 Progetto di Costituzione, artt. 290-298.

3. *Barbera A.*, La prima costituzione italiana: la costituzione di Bologna del 1796, *Clio*, 34, 1998, 279.
4. *Battaglini M.*, Mario Pagano e il progetto di costituzione della Repubblica Napoletana, Roma, 1994.
5. *Caffiero M.*, La repubblica nella città del Papa, Roma, 2005.
6. *Calura B. M.*, *Marcantoni A.*, Il Buon uomo Ricciardo e la costituzione di Pensilvania italianizzati per uso della democratica veneta ristaurazione, Venezia, 1797.
7. *Casalini B.*, L'esprit di Montesquieu negli Stati Uniti d'America durante la seconda metà del XVIII secolo, Montesquieu e i suoi interpreti, *Felice D. (ed.)*, Pisa, 2005, I, 325-355.
8. *Casalini B.*, Nei limiti del compasso: Locke e le origini della cultura politica e costituzionale americana, Milano, 2002.
9. *Castagna P.*, Diritto costituzionale, Napoli, 1861.
10. *Charlier G.*, *Mortier R.*, Le Journal encyclopédique, 1756-1793, Paris, 1952.
11. *Colombo P.*, Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese, Milano, 1993.
12. *Cugnetti P.*, Mably, analyste de la constitution américaine, in: *Martucci R.*, Constitution & révolution, 209-224.
13. *Cuoco V.*, Frammenti di lettere a Vincenzo Russo, Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli, *Cortese N. (ed.)*, Firenze, 1926.
14. *D'Eufemia G.*, La Censura e l'Eforato nel progetto di Costituzione di Mario Pagano, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, 7-8, 1947, 141-151.
15. *Davis G. H.*, Observations of Leopold of Habsburg on the Pennsylvania Constitution of 1776, *Pennsylvania history*, 29, 1962, 4, 373-380.
16. *De Felice R.*, Il triennio giacobino in Italia (1796-1799). Note e ricerche, Roma 1990;
17. *De Tocqueville A.*, La democrazia in America, *Tesini M. (ed.)*, Troina, 2005.
18. *Del Negro P.*, Il mito americano nella Venezia del '700, Padova, 1986.
19. *Dacey A. V.*, Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese, *Torre A. (ed.)*, Bologna, 2003.
20. *Dippel H.*, Constitutions of the world from the late 18th century to the middle of the 19th century, Göttingen, 2010, 279-318.
21. *Federici L.*, L'egualitarismo di Filippo Buonarroti, Saonara, 2006.
22. *Fioravanti M.*, Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793, *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 2007, n. 8.
23. *Fioravanti M.*, Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire, *Le Carte e la Storia*, 11, 2005, n. 1, 175-188.
24. *Firpo L.*, Francesco Mario Pagano, Napoli, 1998.
25. *Floridia G. G.*, Lex facit regem, rex facit legem, Teramo, 2005.

26. *Formica M.*, Le repubbliche giacobine, Almanacco della Repubblica. Storia d'Italia attraverso le tradizioni, le istituzioni e le simbologie repubblicane, *Ridolfi M. (ed.)*, Milano, 2003.
27. *Formica M.*, Sudditi ribelli. Fedeltà e infedeltà politiche nella Roma di fine Settecento, Roma, 2004.
28. *Ghisalberti C.*, Dall'antico regime al 1848: le origini costituzionali dell'Italia moderna, Roma/Bari, 1987.
29. *Ghisalberti C.*, Le costituzioni «giacobine» (1796-1799), Milano, 1957.
30. *Goldoni M.*, La dottrina costituzionale di Sieyès, Firenze, 2009, 173-216.
31. *Grimaldi A.*, Disegno storico del costituzionalismo moderno, Roma, 2007.
32. *Grossi P.*, L'Europa del Diritto, Roma/Bari, 2010⁶.
33. *Guerci L.*, Libertà degli antichi e libertà dei moderni. Sparta, Atene e i «philosophes» nella Francia del Settecento, Napoli, 1999.
34. *Ippolito D.*, I diritti politici nella costituzione della repubblica napoletana (1799), *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 2001, n. 12, 99-109.
35. *La Rosa G.*, Il sigillo delle riforme. La 'Costituzione' di Pietro Leopoldo di Toscana, Milano, 1997.
36. *Lacorne D.*, L'invention de la république. Le modèle américain, Paris, 1991.
37. *Lamponi M.*, La meravigliosa storia di Genova dal 1797 ai giorni nostri, I, Genova nell'impero francese, Genova, 1986.
38. *Le Pillouer A.*, Le veto suspensif dans «la» Constitution de 1791, *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, 2006, 625-637.
39. *Lénardon D.*, Index du Journal encyclopédique, 1756-1793, Genève, 1976.
40. *Lemay E. H.*, Les législateurs de la France révolutionnaire (1791-1792), *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, n. 347.
41. *Locherer J. -J.*, Hérault de Séchelles, l'aristocrate du Comité de Salut public, Paris, 1984.
42. *Lutz D. S.*, Popular Consent and Popular Control. Whig Political Theory in the Early State Constitutions, Baton Rouge/London, 1980.
43. *Magrin G.*, Condorcet: un costituzionalismo democratico, Milano, 2001, 133-176.
44. *Magrin G.*, La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario, Milano, 2007.
45. *Manca A. G., Lacchè L.*, Parlamento e costituzioni nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi, Bologna, 2003.
46. *Maranini G.*, La Costituzione degli Stati Uniti d'America, *Capozzi E. (ed.)*, Soveria Mannelli, 2003.
47. *Martucci R. (ed.)*, Constitution & révolution aux État-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815), Macerata, 1995.

48. *Martucci R.*, Desmeunier et le droit public moderne, L'Encyclopédie méthodique (1782-1832): des Lumières au positivisme, *Blanckaert C., Porret M. (eds.)*, Genève, 2006.
49. *Martucci R.*, La rivoluzione dei due Mondi. Dal Settantasei virginiano all'Ottantanove francese, I viaggi di Erodoto, 1992, 16, 115-143.
50. *Martucci R.*, Lesa nazione, lato oscuro dell'ottantanove. La rivoluzione francese e il suo nemico interno (1789-1791), Quaderni fiorentini, 38, 2009, 1.
51. *Martucci R.*, Opinion frondeuse, opinion éclairée, opinion publique nella Francia di Antico regime, Giornale di Storia costituzionale, n. 6, Il semestre 2003, 113-115.
52. *Martucci R.*, Stati Uniti e Francia tra due Rivoluzioni costituzionali (1776-1792), Giornale di storia costituzionale, n. 17, I semestre 2009.
53. *Mastroberti F. (ed.)*, Progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana [1799], Macerata, 2012.
54. *Materazzo L.*, Il modello costituzionale degli Stati Uniti nel processo costituente francese dell'anno III, Storicamente, 2, 2006.
55. *Mazzanti Pepe F. (ed.)*, Costituzione e diritti fondamentali, Mably, Atti della Giornata di studio, Genova, 25 novembre 1998, Genova, 2001.
56. *Mazzanti Pepe F.*, La circolazione di culture costituzionali estere nel triennio "giacobino" in Italia, Revista Electrónica de Historia Constitucional, 7, 2006.
57. *Pagano F. M.*, Saggi politici in Opere filosofico-politiche ed estetiche, Capolago Cantone Ticino, 1837.
58. *Persano P.*, La catena del tempo. Il vincolo generazionale nel pensiero politico francese tra Ancien régime e Rivoluzione, Macerata, 2007.
59. *Peuchot É.*, L'influence des idées américaines sur les constituants, La France de la Révolution et les États-Unis d'Amérique, *Bodinier G. (ed.)*, Paris, 1995, 23-34.
60. *Pillinini G.*, 1797, Venezia "giacobina", Venezia, 1997.
61. *Platania M.*, Montesquieu e la virtù. Rappresentazioni della Francia di Ancien Régime e dei governi repubblicani, Torino, 2007.
62. *Rao A. M.*, L'ordinamento e l'attività giudiziaria della Repubblica napoletana del 1799, Archivio Storico per le Province Napoletane, 13, 1973, 73-145.
63. *Ronco A.*, Gli anni della rivoluzione: da Ventimiglia a Sarzana il dramma della Liguria nell'epoca giacobina, Genova, 1991.
64. *Rouzet J. M.*, Project de constitution française, Paris, 1793.
65. *Saitta A.*, Alle origini del Risorgimento: i testi di un celebre concorso (1796), Roma, 1964.
66. *Saitta A.*, Le costituenti francesi del periodo rivoluzionario (1789-1795), Roma, 1989, 185-190.

67. *Sieyès J. E.*, Opere e testimonianze politiche, *Troisi Spagnoli G. (ed.)*, Milano, 1993.
68. *Solari G.*, Studi su Francesco Mario Pagano, Torino, 1963.
69. *Spini G., Mastellone A.M., Luraghi R, Bonazzi T., Ruffilli R.*, Italia e America dal Settecento all'età dell'imperialismo, Venezia, 1976.
70. *Stroppiana L.*, Stati Uniti, Bologna, 2006.
71. *Swindler W. F.*, Sources and Documents of United States Constitutions, VIII, New York, 1979, 277-285.
72. *Teodori M.*, Storia degli Stati Uniti e il sistema politico americano, Roma, 2004.
73. *Thibaudeau A. C.*, Mémoires sur la Convention et le Directoire, Paris, 1824.
74. *Venturi F.*, Saggi preparatori per Settecento riformatore, Roma, 2002.
75. *Vinci S.*, Da Philadelphia a Napoli. Il costituzionalismo moderno dalle Constitutions dei primi Stati nordamericani alle Carte dei diritti italiane del triennio giacobino, Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri, Vol. IV, L'età moderna e contemporanea. Giuristi e istituzioni tra Europa e America, *Maffei P., Varanini G.M.*, Firenze, 2014, 279-290.
76. *Zaghi C.*, Cispadana, Cisalpina e Repubblica italiana, La grande storia di Milano, III, L'Italia di Napoleone, Torino, 2010.
77. *Zaghi C.*, L'Italia di Napoleone dalla Cisalpina al Regno, Torino, 1991.

THINKING ABOUT SECURITY

They are, the current times, times of profound changes, someone could answer that we have always been in times of change, but the current ones have certain characteristics that make them worthy of a rigorous observation, that allows us to understand what is happening around us and design Future scenarios The world that we met until a few years ago has gradually vanished, quietly, but without pause. Eastern Europe, the so-called iron curtain, was revealed to us as a rusty world, which fell, like a “house of cards”, before the envy of a brave Pope, John Paul II, discovering, a few years later, that perhaps, before the fall of the Berlin wall, we were calmer, even knowing that those who lived behind the iron curtain lacked freedom, all victims of a brutal experiment: the creation of a new man, far from God, who He became a true slave of the “jailer” state, created by Lenin and consecrated, years later, by Stalin.

The terrorism that we had known has become a new monster, global terrorism, which threatens large territories of the Muslim world and Europe itself, migratory phenomena toward us and show the most miserable faces of what some defined as “quiet” Europe: xenophobia, racism and emerging populisms, even in our beloved Spain today we are witnessing the onslaught of political groups of this profile that stain with stormy clouds that agitate the sky.

Innocent of us, we now know that they spy on us, listen to us, intercept our communications on social networks, including those of European political leaders, Our, happy and naive, Rule of Law, is stunned by the knowledge that human rights have been violated in the fight against new terrorism, that there were, perhaps still exist, secret prisons beyond judicial control, that the famous CIA flights were not an imagination, but a shameful reality and that manuals have even been prepared containing torture procedures in defense of security, the rule of law, today becomes a matter of faith.

Key words: *Public security, civil society, individual/personal freedom.*

1. INTRODUCTION

Mass society of the latter 20th century and the earlier 21th century is heading toward a very closely monitored world, a society, driven by the ease of control, due to technological development and particularly due to ICTs (information and communication technologies).

Today, individual/personal freedom is conditioned, not to say threatened, by the use of chips, fingerprints, telephone tapping (interception of telephone

* Professor, Doctor of Law, Chair of Constitutional Law, Autonomous University of Barcelona.

communications) and the use of videotaping. This marks a significant shift since the anthropometry of the nineteenth century. Actually, the modern monitoring and surveillance tools and mechanism are rooted in “the Echelon project” conceived after the Second World War, for the purpose of establishing an interception network, thanks to the initial agreement reached by the United States (US) and the United Kingdom (UK). An agreement that other countries such as Australia, Canada and New Zealand joined.

Nowadays, technological means and resources have been put at the disposal of the fight against a diffuse and landless enemy as is the case of global terrorism. Technology at the service of surveillance has rendered our lifestyle transparent. Surveillance touches all areas of daily life. There is a time (there comes a certain point in life) where that surveillance is no longer dependant on processing techniques lying in our hands, but on machines which have to be strictly and closely managed if we don’t want them to “stole” our freedom.

One of the most significant traits of the post-industrial societies is the sense of a persistent insecurity within an uncertain life where the risky situations are experienced in an acute and anxious form. One may say that people are living increasingly with feelings of fear and a sense of vital threat.

Those feelings are, more often than not, a by-product of internal perceptions more than a reality. Nevertheless these perception breeds hysterical and “over-the-top reactions” as well as radical solutions.

All this makes up an architecture of the fear and a “mania” for security where the civilized social order is progressively replaced by a new order based on security, on the defensive order of the State, on the expansion of criminal law and on the notion of law-and-order.

Security appears to be the supreme value, which is “commodified” as if it was a mere omnipresent expendable commodity. The demand for security is so great, that public police is unable to meet it. This is why the security supply in private hands increases.

But it is worth remembering that in a democratic State it is important to maintain public order not because of imposition, but rather because of civic responsibility. For fear and psychological coercion alone on citizens (through vigilance and control) are typical of authoritarian states. The presence of areas of freedom can often lead to the existence of pockets of crime. It is therefore important, aside from the surveillance, not to neglect the provision of basic welfare and social services.

As we are often reminded, with the increases of the number of policemen and courts we will maybe have less detainees but not necessarily less criminals. Statistics show that an intense, massive, visible and constant police presence does not always entails a reduction in criminality or a greater/increased sense of security.

Then, it becomes necessary to dive into the fears of the society of the latter 20th century arising from societal changes. European society starts to find the need to address new security challenges because of social changes. These challenges results from/can be attributed to new phenomena, hitherto unknown, such as global terrorism, emerging forms of crime and transnational organized crime. These new phenomena feed on a world of drug trafficking, money laundering, trafficking of human beings and cybercrime. The above overview has got worse because of the emergence of new territorial hotspots of conflict due to the fall of Berlin wall and the collapse of Soviet Union.

In this context, Man becomes increasingly isolated and lonely, and suffers because of it. He feels ever more powerless before these new phenomena occurring in quick succession, all the more so states are unable to master them because of their old security schemes which have now become inadequate.

According to Minc, “psychosis about insecurity is, also at least, a product of the fear of “the other” (fear of one another)” “The crime rate in France has increase fourfold in the last 25 years. Armed robbery have grown tenfold. Major crime keep spreading, and petty criminality is shooting up. This occurs in the mist of a current state of hyper-emotiveness. Even the partisans of human rights come to believe that it is necessary to “release ballast” considering the pressure of public opinion which verges on obsession”¹.

The monopoly of the legitimate use of physical force (monopoly on violence), first described in sociology by Max Webber (even though it existed before Webber essays) is no longer enough to address security issues. The very concept of security has, in this historical time, acquired a multifaceted nature that cannot be dealt with, from an action-reaction perspective.

Security is not exclusively a police or a “State thing” anymore because the former (police) need sources of information way ahead of their territorial jurisdiction, and the latter (the State) doesn’t comply with the long-standing principle of sovereignty. Sovereignty is right now a weakened notion within a globalized world, ruled by supra-national institutions, the economic life and the new forms of modern criminality. At the same time, the elements aforementioned can create even greater slices of political corruption within the states.

Following Clifford Shearing and Jenifer Wood²: “Police and law enforcement authorities, were created as a quintessential, hobbesian institution. Today, we should reconsider this approach for the notions of State, Sovereignty and power have become rather ambiguous. It is therefore necessary to adapt to the new times in order to achieve useful strategies to fight against insecurity”. We must find new notions for our very new times.

1 Minc A., *La Nueva Edad Media*, Madrid, 1994, 122.

2 Shearing C., Wood J., *Pensar la Seguridad*, Barcelona, 2011, 52.

This way, the notion of human security arises, as set out in *The human development report* (United Nations, 1994). The notion of human security, recognised by United Nations in 1994 Human development report states that:

“The concept of security has for too long been interpreted narrowly: as security of territory from external aggression,[...] It has been related more to nation-states than to people[...] : as security of territory from external aggression, or as protection of national interests in foreign policy. For too long nations were overly concerned in arming themselves. [...] . Forgotten were the legitimate concerns of ordinary people who sought security in their daily lives. For many of them, security symbolized protection from the threat of disease, hunger, unemployment, crime, social conflict, political repression and environmental hazard. [...] For most people, a feeling of insecurity arises more from worries about daily life than from the dread of a cataclysmic world event. Will they and their families have enough to eat? Will they lose their jobs? Will their streets and neighbourhoods be safe from crime? Will they be tortured by a repressive state Will they become a victim of violence because of their gender? Will their religion or ethnic origin target them for persecution?”

This idea was already captured in a letter sent in 1995 by the Secretary of State of The United States of America to the Government, to report on the result of San Francisco’s conference. That letter stated that: “the fight for people should be articulated on to fronts.” The first one, was the front of insecurity where victory meant absence of fear. The second one was the economic and social front where victory meant absence of need.

Several years latter, the arguments that have been put forward have not lost their relevance today (they remain valid): Neither the world is a safer place, nor the notion of human security, which implies the ability to meet basic needs such as food, water and others, has disappeared. A human dimension of safety (a vital safety we would say) is indispensable to human dignity, especially if we take into account the world that we are living in, full of contrasts, where the affluence of some is perceived (live broadcast) by those most in need.

With regard to these issues, Jaume Curbet submits that criminality in its very many forms seems to go hand-in-hand with the progress of our society.³ Perhaps, the society that we have created is marked among many other things, by an enormous growth of consumer goods in a social inequality scenario, where mass media are always ready to induce us to consume excessively, even if we cannot compete on an equal footing.

The phenomenon of criminality along the XX century has been analysed in greater depth by David Garland in his work “the culture of control”. This work provides economical explanations developed in the field of criminality,

3 Curbet J., *El rey desnudo*, Girona, 2010, 7.

explanations such as the theory of opportunities. Garland rightly points out how in Europe's post-war period, the absolute moral standards and the unquestionable restrictions lost credibility and got weaker, as the rigid social hierarchies, with a long historical tradition, started to fade.⁴

All this concerns need to be taken into account, to my mind, in order to understand that security is not just the responsibility of policemen, but also in its dimension, other determining factors are at play. These factors would allow us to shape the security within new changing parameters. At the same time, the above-mentioned parameters, that change according to *diversiform* topics, will entail consequences into the security paradigm.

According to Garland, the control of tradition, the community control, the church control and the family/parental control over the individual became weaker, less imperative so-to-speak. The cultural milieu emphasized rights and individual freedoms, dismantling at the very same time the legal, economical and moral barriers that until then (to date) had kept women, men and youth in their place.⁵

Security issues cannot be analysed only from a one-directional approach. Those who try to reduce the notion of security to a mere cold statistical analysis of crime rates (statistics that are sometimes disguised) are mistaken. Even if they do it to satisfy decision-makers and public managers and to derive the applause from the audience therefrom.

On the analysis of security issues, there are other variables involved, whose ignorance prevents a true scientific debate. This is in line with Jaume Curbet's thoughts, "we need to see things clearly. There is a pressing need to ground public security policies on a correct and an appropriate diagnosis adapted to the problems that must be solved".⁶

It is in this context where the changes in the field of security can be understood. These changes, sometimes carrying huge repercussions in strategic sectors like private security, lead to the creation of private police forces. This blurs the differences between public and private and creates spaces of an unclear control. As Jaume Curbet says: "Never before a fatal combination of higher and persistent rates of criminality and the chronification of a widespread fear took place."⁷

The foregoing highlights that it exists a considerable concern on security. This is nevertheless used by some (political) actors to put security at the heart (at the top) of the political agenda, opening the doors to penal populism and to the theory of the Criminal law of the enemy.

4 *Garlan D.*, La cultura del control, Barcelona, 2005, 156.

5 *Ibid*, 157.

6 *Curbet J.*, El rey desnudo, Girona, 2010, back over.

7 *Ibid*, 7.

All in all, a change in security policies in its most extreme forms puts us in a position where some of us could justify social exclusion. This is what some specialist call “the architecture of fear”. A sudden swing has occurred as Jean Danet describes accurately: The overall movement consists of the following: To wait for the criminal justice to solve everything. Criminal law is asked to compensate for the lack of social controls in school, family and neighbourhoods. The legislator is constantly expanding the scope of penal sanctions. We are seeing an enhancement of the criminalization over time and space.⁸

Changes in our lives and in our communities breed the feeling of insecurity which, in turn, is the trigger for other phenomena such as the rise of security business and the formulation of security policies, which put our freedoms at risk. Simultaneously new penal responses emerge such as zero tolerance-policy the creation of excluded and exclusive spaces among most of the citizens, zones without rights, the development of security technologies and finally the implementation of the so-called theory of control. All this makes a big difference in our lives. As Jaume Curbet recalls, the “neoliberal commodification” turns citizens into security consumers. This has certainly a direct impact on public police forces understood as a cohesive and articulate *ensemble* dedicated to the maintenance of peace, who are now affected by the action of contradictory forces.⁹

One of the emerging phenomena due to those changes in our old Europe, is the emergence of slums and shanty towns. These marginalized neighbourhoods result from social exclusion. These marginalized neighbourhoods, which can also be found in places other than the suburbs, are spaces where young people feel neglected because of lack of opportunities, and the high rates of academic failure. Those places could often be described as ghettos within close proximity of an affluent world. This leads to frustrations because these areas differ enormously from one another. These neighbourhoods are fertile grounds for delinquency, as we also have to bear in mind that social marginality provides of the necessary ingredients to deviant behaviours/tendencies. Among those ingredients, they can be found the breakdown of the family and the community, as well as the failure of schools to draw children and to retain them enough (only part-time). Thus, these children will fall sooner rather than later into truancy, as Alain Minc points out. “Deep down, public opinion feels that an invisible society is forming inside a visible society. The former keeps gaining ground at the expense of the latter.”¹⁰

What happened at the end of the century can lead us to think about Alain Minc’s words: “ The State is loosing ground on its social functions and on its

8 *Matterlart A.*, *Un mundo vigilado*, Barcelona, 2008, 225.

9 *Curbet J.*, *El rey desnudo*, Girona, 2010, 75.

10 *Minc A.*, *La nueva Edad media*, 1993, 112.

ability to constraint. It is incapable of framing a reality that turns back to its more primal rules and ways of working. Repression tries to face (cope with) new forms of more and more sophisticated criminality. Nevertheless, it has to coexist with a strongly expanding illegality/lawlessness.¹¹

Since the 1970's (the) fear of crime has become increasingly and particularly important. What looked like a situational and local anxiety, only affecting individuals and poorest neighbourhoods is regarded currently as a fundamental social problem and as one of the main characteristics of our contemporary culture.

Tony Blair put forward during his tenure, the proposals on the fight against loutishness across United Kingdom that included shocking measures such as a three-month expulsion from the neighbourhood of "the systematically troublemaker". He also built academies to educate parents and he foresaw sanctions, which aimed to punish those parents who did not take their children to school, graffiti, noises, anti-social behaviour and forms of incivility such as a shove will be punishable. The measures that the labour party was ready to implement would be very rare in Spain; not because of the vandalism borne by citizens, but because of permissiveness, that has turned into transgression.

Proposals dismissed:

1. A 24h-working (24/7) Misdemeanor court.
2. Police powers to take the thugs to the ATM (cash machine) to make them pay at once and *in cash* the fines for anti-social behaviour.
3. Complete ban on alcohol consumption on public transport, including alcohol consumption on-board long distance trains and plains.

To refresh our memory. At the end of the eighteenth-century, Patrick Colquhoun¹² developed his ideas on the design of a crime-control model to respond to the increasing rates of crime in London and in other large cities.

The model devised by Colquhoun envisaged full-time government officials/civil servants, working in a centralised organization. Colquhoun also emphasized the need for identification and prosecution of criminals, a duty that should be carried out by a specialized agency.

Colquhoun, instead of relating crime to criminality of specific individuals, thought that crime was a normal response to temptations of the lower classes, closely linked to laziness, vagrancy and poverty. The strategic response was not to prosecute and not to punish individuals, but to focus on the prevention of opportunities for crime and on the police surveillance of vulnerable situations

¹¹ Ibid, 87.

¹² Colquhoun P, A Treatise on the Police of the Metropolis, London, 1797.

(It is my belief that Colquhoun was a man ahead of his time because he anticipated the paradigm of situational crime prevention (SCP) dating from the late 20th century). His writings led to the creation of a modern police force that began to emerge in the 1820s.

The initial impact of late modernity led to the emergence of a much more likely high rates of crime as a direct consequence of new socio-economic structures. The aforementioned impact of late modernity on rates of crime was multidimensional, involving: 1) more chances to commit crimes. 2) less situational controls. 3) An increase of population “at risk. 4) Constraints of efficiency on social control as well as a reduced autocontrol because of/due to changes in social ecology and cultural norms.

2. THE DEBATE ON PUBLIC SECURITY

Private security companies already employ in Spain more than 88.000 workers nearly 25.000 of whom are in charge of the surveillance of public buildings or state enterprises. Those companies generate a turnover of 2.800 million euros.

The private security sector is reaching in Spain the dimensions of a truly state body, comparable to National Police or to Spanish military-nature police (Guardia Civil). More than 75.000 security guards, 7.900 escorts/bodyguards and 4.500 explosive countermeasures members prove so. The turnover for this year will exceed 2.800 millions euros. The annual joint-budget of the two above-mentioned public bodies is smaller than 3.600 millions euros. The staff of this two bodies amounts less than 120.000 workers (45.900 belong to the National Police and 71.477 belong to the Civil Guard).

While the revenues of private sector increases yearly by more than 10%, last governments have simply applied increases barely covering the CPI in the budget appropriation of security forces. Thus, in 1999 the joint budget of the National Police and the Civil Guard was around 3.386 millions euros whereas last year it was around 3.587.

It is also the case that the administration is the main costumer of those companies. One in three guards are in charge of the custody of public buildings or is employed by State companies according to the figures provided by the Professional Association of Security Companies (APROSER), figures corroborated by trade unions.

The above means that, 25.000 security guards serve in State companies, guarding public buildings, a work that was assigned before to national polices and civil guards. This results in an unstructured third security body composed

of private companies acting as an intermediary between the State and its subjects.

Those private agents have replaced the policemen standing on static police surveillance points, even in the very ministries with the exception of The State Presidency, the Defence ministry, the Ministry of Internal affairs and the Ministry of Public administrations. These ministries were better by its very nature under the custody of public servants. More often than not, the fundamental premise is that private guards can perform the same duties thereby getting the State, a cheaper service. This way, the State can assign its police officers to other tasks

According to the data provided by APROSER there are currently 7.900 active private escorts/bodyguards affiliated to their own trade unions. While a Spanish trade-union(UGT) put the figures of private bodyguards at less than 4.000 it admits that there are too many and that, in any case, they constitute an authentic third body performing tasks of custody of victims threatened by terrorism.

Moreover, private companies report that they cannot meet the need for security workers because there are not enough people in the labour market interested in this kind of jobs. By the end of last year, APROSER estimated that the number of private guards was around 71.631 and that there was a market for the recruitment of more than 17.000 potential workers.

The situation in Spain is no different from the rest of the major European countries. Germans, Frenchmen, British, they all have sectors of private security with a stronger tradition as well as more crowded workforces. In the United Kingdom, for instance, there were more than 200.000 guards recruited and in Germany almost 170.000. The Spanish example is closer to the aforementioned countries than to other countries in the Mediterranean Europe where private custody of private assets has not yet reached such dimensions.

Following Clifford Shearing and Jenifer Wood¹³ "Police and law enforcement authorities, were created as a quintessential, hobbesian institution. Today, we should reconsider this approach for the notions of State, Sovereignty and power have become rather ambiguous. It is therefore necessary to adapt to the new times in order to achieve useful strategies to fight against insecurity. We must find new notions for our very new times.

The overall movement consists of the following: To wait for the criminal justice to solve everything. Criminal law is asked to compensate for the lack of social controls in the school, the family and the neighbourhood. The legislator is constantly expanding the scope of penal sanctions.

European society of the first third of 21st century starts to find the need to address new security challenges as a result of social changes. These challenges results from/can be attributed to new phenomena, hitherto unknown, such as global terrorism, emerging forms of crime and transnational organized crime.

13 *Shearing C., Wood J., Pensar la Seguridad, Barcelona, 2011, 52.*

These new phenomena feed on a world of drug trafficking, money laundering, trafficking of human beings and cybercrime.

3. THE CIVIL SOCIETY

“I believe to be correct to include civil society as an actor/player in the field of security. Civil society has become an international actor whose actions could be complementary or alternative to governmental action. (Admiral Jose Maria Terán elices, Chairman of the Joint Defence Staff of the Armed Forces — EMACON)”.

Considering to reflect on security is not only risky but also a formidable challenge.

In ancient times happily overcome, the notion of security was used as a bait to trap the most conservative sectors in. Those sectors even monopolized the concept of security and appropriated one of its most representative (*prima facie*) instruments: The police.

Public security system must be based on making the police an effective tool to fight against criminality. It shouldn't be only a simply generator of cold statistics that shows us committed crimes, clarified crimes, types of crimes, the day, the hours and the places of those crimes but also it should be able to address critical issues such as the degree of victim satisfaction with the security system, the criminological profiles of the offenders (repeat offenders or occasional offenders), the socio-economic strata etc.

The philosophy of this very new system of public security should overcome traditional schemes and roles. It should allow us to articulate a security apparatus based on the study and grounded on reflection and an objective analysis of what is happening in our society. Moreover, this new system should be devoid of endogamous character and still away from false corporatism.

Security it is not only up to policemen.

We shouldn't have a system founded on external analysis that leaves internal analysis to other operators such as universities, schools of criminology or research centres.

Security is an essential part of public policies subject to an intense debate, but not from the perspective of the past when the police apparatus was conceived as the reference of the formula action-reaction.

Studies on safety and security and the proposals carried out on that basis should also revolve around the participation of citizens as actors within the system.

Studies and analysis on public security should reach think-thanks and allow social partners to participate, as society is increasingly changing and plural.

The philosophy of security system should be focused on promoting civil participation as well as bringing in professionals in the fields of sociology, law and other social sciences.

Crime and criminals must not be solely an element of concern for police. Crime and criminality must be approached through a multidisciplinary system capable enough to respond to the phenomenon of criminality.

It also feels necessary to design a security system based on the philosophy of joint responsibility. It must be equipped with mechanisms capable of explaining to society, what is being done, how it is being done and how much does it costs the taxpayer.

Explaining, in short, how the money for security issues is spent. We should consolidate a security system in which citizens become engaged even further. It must be a system based on openness with regard to leadership and community relations.

That system shouldn't be a police chiefs generator *stricto sensu* but a security directors generator. Some of those directors performing police duties could come from the Police while some others not. They should, during their studies, be trained in Police Schools as well as in institutes for higher learning for public managers.

Police authorities, now more than ever, must be truly managers of public services having a deep sense of commitment to the community.

Today's society is becoming increasingly complex and dynamic. It is not a managed society anymore but a society involved in decision-making that exerts a healthy monitoring over public powers.

Under the current circumstances, traditional conflict resolution mechanisms hitherto used should be replaced by others, which allow us to meet the new needs of our time: Immigration, organized crime, youth problems, domestic violence etc.

1. Citizens' participation gives individuals the opportunity to establish direct relations with security decision-makers within a particular territory.

2. Citizens' participation is a crucial instrument of social control in a democratic society.

3. Citizen's participation is the channel through which one can visualize transparency and accountability.

Police organizations need flexibility and dynamism to respond to upcoming challenges. Public security policies must design more transversal organizations, coordinated by a common objective and distanced from rational and bureaucratic criteria that undermine the adaptive capacities to new circumstances.

The assessment of results must be guided by professional standards and by a high degree of objectivity.

I consider that the use of such concepts in the field of public security must be framed in our constitutional model of public security.

Public security falls within the form of the state designed in article 1 of Spanish constitution: a social and democratic state governed by the rule of law.

All this thoughts shouldn't be interpreted in any way as the denial of the values that private sector has brought and keeps bringing to our security system. This question is no longer a matter of discussion. I just simply try to delineate clearly the responsibilities of the private and the public sector although such a delimitation is clearly stated in article 104 of Spanish constitution.

Police duties and functions must be imbued with strategic thinking. This will let us design and elaborate projects for action on the basis of collected, analysed and verified information. Thus, we will be able to advance and interpret future scenarios, which could become reality and cease being a mere hypothesis.

If we cannot design possible scenarios and their correlative action guides we will have fossilised organizations. I agree in this matter with Mark. H. Moore when he affirms that: "The adaptation of organizations is what determines the long-term value of private corporations".¹⁴ I believe this principle to be perfectly transferable to public security.

Several months after being invited as an expert by a parliamentary committee of the regional parliament of Catalonia, that was created *ad hoc* to discuss about the advisability of the carriage of Taser-Weapons by the autonomic Catalan police force, I am still unable to find an explanation to what happened:

Modernity should not be neither an obstacle nor a impeding way of interpretation to the improvement of police work conditions. This improvement is increasingly necessary.

The ideology of some make them loose sight of reality. They persist in the *do-godism* and in a permanent sense of distrust and suspicion of the police: This is the ideology of the anti-establishment movement at least in Catalonia: The CUP.

4. CONCLUSIONS

1. Strategic thinking and quality among police organizations are good tools in accordance with Mark. H. Moore words: "Public executives should strive to define purposes of value for the collectivity and be able to produce them. In

¹⁴ Moore M. H., Creación de valor y gestión estratégica en el sector public, 1998, 87.

addition to their own continuity, they must be ready to tailor and to reposition their own organizations in the political and operational environment¹⁵.

2. The managers responsible for police organizations, in Moore words, should rebrand/reinvent their organizations in order to flee from routine, adapt to new requests and to fulfil with quality the legitimate expectations of citizens.

3. Traditionally, this activity has been redirected towards statistics. Nevertheless, statistics on their own will be useless unless the procedure followed is correct. Methodology is a key issue when talking about outcomes. We should not merely provide figures but provide also data allowing us to draw reliable conclusions and to modify strategies. Today, we learn of the upgrading and modernisation of public administration as well as objective-based planning and available resources, unknown concepts hitherto. Such terms were firstly used in the private sector, and we assist now to its transposition to the public sector.

BIBIOGRAPHY:

1. *Curbet J.*, *El rey desnudo*, Girona, 2010, 7.
2. *Colquhoun P.*, *A Treatise on the Police of the Metropolis*, London, 1797.
3. *Garlan D.*, *La cultura del control*, Barcelona, 2005, 156, 157.
4. *Matterlart A.*, *Un mundo vigilado*, Barcelona, 2008, 225.
5. *Minc A.*, *La Nueva Edad Media*, Madrid, 1994, 87, 112, 122.
6. *Moore M. H.*, *Creación de valor y gestión estratégica en el sector public*, 1998, 87, 91.
7. *Shearing C., Wood J.*, *Pensar la Seguridad*, Barcelona, 2011, 52.
8. *United Nations*, *The Human Development Report*, 1994.

15 *Ibid*, 91.

HUMAN RIGHTS & PRIVATE LAW: HOW PRIVATE LAW PROTECTS HUMAN RIGHTS AND REACTS AGAINST THEIR VIOLATION (ABSTRACT)

If one asks a lawyer or scholar which part of the legal system comes to his mind when he hears somebody speaking of human rights, the most probable answer will be public law. The fight for human rights that has been carried out all over the world since the middle of the twentieth century, is a fight against the excessiveness or the unfairness of public power. Human rights iconic figures like Nelson Mandela, Martin Luther King or Gandhi are known as people that struggled against an oppressive state power or who tried to make public authorities change the legal system. Nevertheless, the moment one thinks about how and where human rights violations might happen in the immediate surroundings, it is quite easy to realise that this kind of abuses may have its origin many times in decisions or actions taken by private citizens. Even more, some specific types of violations, characteristic of the current time, are much more frequent in private relationships than in the public sphere: labour harassment, school bullying, women discrimination in labour relations, or privacy infringements performed by social networks or internet browsers, are just some examples of this reality.

The question of how -and if- private law should worry about human rights protection is not new. As a matter of fact, the doctrine of natural rights (the precedent of human rights) was created by the Spanish School of Natural Law (it attributed a divine origin to these rights), from which it passed to the Modern School of Natural Law (where natural rights were explained as intrinsically linked to human nature). Both schools argued that human beings had natural and inherent rights that must be respected by any other individual. It was the State's duty to guarantee that nobody violates the other's natural rights. Thus, these rights were seen as producing effects basically in private relationships. Philosophers of the Enlightenment like Rousseau, Locke and Montesquieu brought the doctrine of natural human rights to the liberal ideology of the liberal revolutions of the nineteenth century. It was during that time when human rights started to be contemplated as something that must be conquered from a reluctant State power, an idea that remains still today in many people's minds.

* Professor, Doctor of Law, Chair of Private Law of Law School at the University of Corunna.

Private law, however, never ceased to be worried and protect those natural rights affirmed by the Natural Law thinkers. In many jurisdictions -and Spain is one good example of it- they adopted a new name within the continental law countries: “personality rights”. This kind of rights has traditionally included many of the most important human rights: right to life, to privacy, to body integrity, to liberty. The personality rights legal theory explains that they are intended to protect every person’s physical, psychological and moral identity as well as the external expression of such characteristics. It is remarkable that during the Franco dictatorship in Spain, for example, the personality rights (a catholic church doctrine since the XVII century) were the only way in which a citizen could claim protection to his right to life or to liberty without falling into the unwelcomed (and politically persecuted) discourse of the “antiquated” western democracies.

Therefore, under this name of “personality rights”, what people ordinarily call human rights has been always a private law issue. Nowadays most of the scholars who tackle the problem of human rights protection in private law starts by studying the rules, doctrine and jurisprudence on the rights of personality. In Spain, the Constitutional Court, which is the Court in charge of interpreting the fundamental rights declaration made by the Spanish Constitution of 1978, has always recognised this fact and it has frequently used the existing private law doctrine and theories on the personality rights. Certainly, some new rights have been added in the last decades to the list of human rights that produce effects in private law relationships that were not included in the traditional list of personality rights. It has happened with the freedom of expression, the right to equality and the religious freedom that were not questions disputed by the time in which the personality rights doctrine was conformed. This, obviously does not change the fact that human rights had efficacy in private law, it just adds some new characters to the film.

Asserting that human rights produce effects both in public and private law does not mean that they play the same role way on these two branches of the legal system. In public law, as it has been said before, human rights are fundamentally a tool to prevent abuses and oppression on the State’s end. They are used as legal weapons to reduce and to avoid -when necessary- the excesses of public power in the name of the people’s interests. On the other hand, in private law human rights appear normally at odds with one another. The typical legal human rights case in private law involves the fundamental right of one person against a different fundamental right of another citizen. The rights appear in confronting pairs: right to dignity vs. right to freedom,

right to privacy vs. freedom of information. It is the task of the human rights jurist to define the scope and mutual limits of the different rights in order to let people know how and to what extent they may exercise the powers inherent to each right. Additionally, in private law human rights are often posing questions on the validity and scope of the right-holder consent (the legislation on informed consent for medical interventions is a good example of this feature), which is something less habitual in public law.

Another interesting problem regarding the role of human right in private law practice is the way in which they are applied to private law cases. From this point of view, there can be distinguished three models in comparative law. The first one is the *indirect application model*, according to which courts interpret private law from the human rights standpoint. This view defends that all private law rules must be coherent with human rights and must be given a meaning pursuant to what human rights require. But the indirect application model does not recognise a specific cause of action that anyone may use to request from a court protection of one specific human right. The second is the *direct application model*. According to it every person has a cause of action to sue whoever violates his human rights in a private law relationship. Of course, as in the previous model, courts must interpret the legal rules from the perspective of human rights and any lawyer may argue that this or that provision must have a certain meaning according to human rights. But, moreover, all citizens are entitled to file a lawsuit against any other private person because he has violated one of his human rights. Anyhow, it is interesting to add that, even in those countries, like Spain, which have adopted the direct application model, the most frequent way of alleging human rights violations is not, although it is available, by means of the specific remedy to protect one the plaintiff's human rights. On the contrary, human rights violations are normally contested by means of general private law remedies, such as injunctions or actions in contract and in tort. In fact, one of the most debated issues in any country regarding human rights protection in the private sphere is how damages derived from violations to human rights, such as life, mental health, physical integrity or privacy (in any of its old or modern versions -like the right to be forgotten-) have to be compensated.

CARMEN GARCIMARTÍN*

RELIGIOUS FREEDOM ON THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ABSTRACT)

The European Court of Human Rights has become a kind of “Supreme Court” of human rights in Europe, aiming to set common standards of interpretation of the scope of human rights. This poses a real challenge for State members of the European Convention on Human Rights, as the juridical systems, history, religion and culture of European countries are diverse. Besides, some current trends, like secularization or immigration from Muslim countries, have fuelled the controversies related to religion. Although States enjoy a margin of appreciation to construe and implement the rights, according to the doctrine of the European Court of Human Rights, there are some limits that must be respected.

Since 1993, the judicialisation of religion is an increasingly relevant phenomenon. Therefore, there is already a number of decisions of the European Court of Human Rights that bind the States. The lectures deal with this case-law. Initially, there is an analysis of section 9 of the Convention and related articles. The presentation follows with an explanation of the elements of the right of religious freedom and its scope. After that, it comes the content of that right, both in the positive and in the negative aspects, dealing with the most important topics that fall into its aim. Finally, the lectures refer to the Government actions. The State duties comprise the abstention, in order to be neutral in matter of religion, and positive obligations to guarantee that freedom of religion is effective in all situations.

* Professor, Doctor of Law, Vice-Dean for International and Institutional Relations, Law School of University of Corunna.

TERRITORIAL ORGANIZATION AND ITS PROBLEMS: THE CASE OF SPAIN (ABSTRACT)

At the international conference “Answers to the Constitutional State Global Threats”, held on October 18th, 2019, *Prof. Santiago A. Roura Gómez* gave a speech on the topic entitled “Territorial Organization and Its Problems: The Case of Spain”. He addressed the following questions: What are the aims of the territorial organization? Moreover, is it just efficiency? Concerning the questions, topics such as nationalities and the territorial organization were discussed. There are two fundamental Constitutional purposes of territorial divisions within one unique State: the efficiency approach and an approach derived from the idea of how to deal with the existence of different Nationalities within the State. There are two main models, but many peculiar examples, such as: The Unitary State, The Federal State and Confederations, devolutions, Regional States, and everything in between. In terms of the Spanish way to federalism, *Prof. Santiago A. Roura Gómez* deliberated the question: Does Spain have a territorial model within its Constitution? Territorial constitutional challenges in Spain relates to Catalonia along with the topics of the nationalities, the constitution, and the constitutional history. Additionally, further topics were also addressed: constitutional challenges in Spain, territorial model and beyond: global constitutionalism; algorithm and political process; dealing with political instability; new rights and social cohesion, and much more.

* Tenured Professor of Constitutional Law, Doctor of Law, Head of Chair of Public Law, University of Corunna.

ძირითადი უფლებები დემოკრატიულ სახელმწიფოში და ქართული გამოწვევები (თეზისები)

1. თავისუფალი ადამიანი — სახელმწიფოს მიზანი

უდავოა, რომ თანამედროვე დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფოს საფუძველს თავისუფალი ადამიანი წარმოადგენს. სწორედ პიროვნებაა ქვეყანაში უზენაესი ფასეულობა, რომლის თავისუფლების უზრუნველყოფა საჯარო ხელისუფლების უპირველესი ვალდებულებაა. ამ მიზანს ეს უკანასკნელი, უპირატესად, კონსტიტუციით აღიარებული და გარანტირებული ძირითადი უფლებების პატივისცემით ახორციელებს. როგორც ილია ჭავჭავაძე ამბობდა, „სახელმწიფო იმისთანა წყობაა, რომელიც მარტო იმისთვის არის, რომ თითოეული ადამიანის ფარიც იყოს და ხმალიც საჭიროებისამებრ... იგი სხვა არა არის რა, გარდა იმისა, რომ ადამიანის „მე“ თავის ჯეროვანს ადგილას დასვას ისე, რომ მის ცალკე ბედნიერებას, ცალკე კეთილდღეობას არა აბრკოლებდეს რა, თუ რომ სხვის ბედნიერებას არას ერჩის და არას უშავებს.“ ძირითად უფლებათა დაცვის და უზრუნველყოფის ხარისხი ქვეყნის დემოკრატიულობის ობიექტური საზომია.

2. ძირითადი უფლებების ისტორია

ფორმალური აღიარება. ძირითადი უფლებების შესახებ მოძღვრების წარმოშობა შუა საუკუნეებს უკავშირდება. მათი ფორმალური დეკლარირება კი პირველად ინგლისში, 1215 წლის თვალსაჩინო დოკუმენტში — *Magna Carta Libertatum*-ში განხორციელდა. უფლებათა ამ კატალოგით ბარონებმა მეფისგან მთელი რიგი პრივილეგიები მოიპოვეს. თუმცა, ცალკეულ შემთხვევებში, თანამედროვე ძირითადი უფლებების ჩანასახიც გამოჩნდა. მათი შინაარსის არსებითად გაფართოვება 1679 წლის *Habeas Corpus Act*-სა და 1689 წლის *Bill of Rights*-ში მოხდა. პირველი მათგანის მთავარი მიზანი საპროცესო უფლებების აღიარება იყო თავისუფლების აღკვეთის დროს, ხოლო მეორე კი, პარლამენტის უფლებებთან ერთად, ცნობდა რიგ ინდივიდუალურ უფლებებს, მათ შორის პეტიციის უფლებას, რაც იმ ეპოქაში ადამიანთა ინტერესების დაცვის მნიშვნელოვანი ბერკეტი იყო.

რაც შეეხება უფლებების საყოველთაო აღიარებას, მოგვიანებით, ამერიკის შეერთებულ შტატებში 1776 წელს, ე. წ. ვირჯინიის ბილით, ხოლო

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის კონსტიტუციური სამართლის მიმართულების პროფესორი.

ევროპაში, 1789 წელს, საფრანგეთის ადამიანის და მოქალაქის უფლებათა დეკლარაციით, განხორციელდა. მათში მკაფიოდ გაჟღერდა ბუნებრივი სამართლისა და განმანათლებლობის იდეები. მოხდა ადამიანის უფლებების თანაბარი აღიარება, განურჩევლად სოციალური მდგომარეობისა. მალევე, ძირითადი უფლებების კონსტიტუციური განმტკიცების ეპოქა დაიწყო.

რასაკვირველია, ძირითად უფლებათა ფორმალური აღიარების მნიშვნელოვანი ეტაპი საერთაშორისო კონვენციებითა და დეკლარაციებით გაგრძელდა და მთავარი ღირებულებების უზრუნველყოფის მყარ გარანტიად იქცა. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია, ევროპის საბჭოს სოციალური ქარტია, სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების საერთაშორისო პაქტი და სხვა დოკუმენტები სახელმწიფოს და საზოგადოების უმთავრესი ფასეულობის — ადამიანის თავისუფლებას უზრუნველყოფენ.

ქართული რეალობა. საქართველოში ადამიანის უფლებების ჩამოყალიბების ხელშესახები ისტორია 1921 წლის კონსტიტუციიდან აითვლება, რომლის უფლებათა ვრცელი კატალოგი, მთელი ტექსტის მსგავსად, შესაბამის ექსპერტთა შეფასებით, იმ პერიოდის სამართლებრივ სტანდარტს მაღალ ხარისხში აკმაყოფილებს. სამწუხაროა, რომ შინაარსობრივად და სტრუქტურულად სანიმუშოდ ჩამოყალიბებულ დოკუმენტს ამოქმედება არ ეწერა. ძირითად უფლებათა ფორმალიზაციის შემდგომი მნიშვნელოვანი ეტაპი 1995 წლის კონსტიტუციის ტექსტი იყო. მასში ჩამოყალიბებული ძირითადი უფლებები, დანარჩენი ტექსტისგან განსხვავებით, ნაკლებ კითხვებს წარმოშობდა. თუმცა, ეტაპობრივად, ძირითადი კანონის ამ ნაწილის რეფორმირებაც განხორციელდა.

3. ძირითადი უფლებების ცნება და არსი

ძირითადი უფლებების მთავარი მახასიათებელი მისი კონსტიტუციით გარანტირებაა, რომელსაც სახელმწიფოსა და საჯარო ხელისუფლებაზე მბოჭავი ეფექტი გააჩნია. ადამიანი სახელმწიფოსთვის მიზანია, სუბიექტია და არა მიზნის მიღწევის საშუალება, ხელქვეითი ან ობიექტი. ძირითად უფლებებს თავისი სტრუქტურა აქვს, რომელიც მოიცავს შემდეგ კომპონენტებს: ა) უზრუნველყოფილია კონსტიტუციით; ბ) უშუალოდ მოქმედი სამართალია; გ) წინასახელმწიფოებრივი უფლებებია, როგორც წესი; დ) საჯარო ხელისუფლების და არა კერძო პირისგან დამცავი უფლებებია.

ძირითადი უფლებების ფუნქციები. ძირითადი უფლების ფუნქციები წარმოაჩენს პიროვნების და სახელმწიფოს დამოკიდებულებას. აქედან

გამომდინარე, მას აქვს სუბიექტური და ობიექტური მნიშვნელობა. სუბიექტური მნიშვნელობა სახელმწიფოს თავდაცვით (*Status negativus*), მფარველობით (*Status positivus*) და თანამონაწილეობით (*Status aktivus*) ფუნქციებში გამოიხატება. ობიექტური მნიშვნელობა უფლებების ინსტიტუციურ გარანტირებას, საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლებისთვის მიმართულების მიცემას გულისხმობს.

ძირითად უფლებათა კლასიფიკაცია. ადამიანის უფლებების სამართალში უფლებათა კლასიფიკაცია სხვადასხვა კრიტერიუმების საფუძველზე ხდება. მაგალითად, საჯარო ხელისუფლების ვალდებულებიდან გამომდინარე უფლებები იყოფა თავისუფლების უფლებებად („ნეგატიური სტატუსი“), სამოქალაქო უფლებებად („აქტიური სტატუსი“) და სოციალურ უფლებებად („პოზიტიური სტატუსი“). ცნობილია უფლებების კლასიფიკაცია ქრონოლოგიური ნიშნის მიხედვით. ის „ადამიანის უფლებების სამი თაობის კონცეფციად“ იწოდება და სამ სახედ იყოფა: პირველი, მეორე და მესამე თაობის უფლებებად. დაცული სამართლებრივი სიკეთის მიხედვით უფლებების გამიჯვნა ხდება თავისუფლების უფლებებად, თანასწორობის უფლებებად და საპროცესო უფლებებად. უფლების მფლობელი სუბიექტის მიხედვით ადამიანის უფლებებად და მოქალაქის უფლებებად და ა. შ.

წინასახელმწიფოებრივი უფლებები. ადამიანს უფლებათა დიდი ნაწილი ბუნებისგან, დაბადებით აქვს ბოძებული და არა სახელმწიფოსგან წყალობით მიღებული. საჯარო ხელისუფლება ვალდებულია, რომ დაიცვას ისინი და შექმნას განხორციელების პირობები.

ძირითადი უფლებები — უშუალოდ მოქმედი სამართალი. უფლებათა უშუალოსამართლებრივ მოქმედებას რამდენიმე პირობა უზრუნველყოფს: ა) საჯარო ხელისუფლებას ძირითადი უფლებები ბოჭავს, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართალი. ბ) ძირითადი უფლებები კონსტიტუციითაა განმტკიცებული, ამიტომ მათი იურიდიული ძალა უზენაესია; გ) დარღვეული უფლების გასაჩივრების მექანიზმების არსებობა აუცილებელია.

შეზღუდვის შესაძლებლობა. ძირითად უფლებათა უზენაესობა და წარუვალობა მათ აბსოლუტურობას არ გულისხმობს. მხოლოდ გამონაკლისი ღირებულებებია შეუზღუდავი ხასიათის მატარებელი. როგორც წესი, უფლებათა შეზღუდვა შესაძლებელია სხვა პირთა უფლებების ან საზოგადოებრივი ინტერესის დასაცავად. ამასთან, შეზღუდვის შესაძლებლობა ეფუძნება კონსტიტუციურ-სამართლებრივი გამართლების აღიარებულ სქემას.

ძირითად უფლებათა დარღვევის შემოწმება ხდება სპეციალური მეთოდით. თავისუფლების უფლების დარღვევის შემოწმება სტრუქტურულად სამი საფეხურისგან შედგება: ძირითადი უფლებით დაცული სფე-

როს განსაზღვრა (1), დაცულ სფეროში ჩარევა, ანუ უფლების შეზღუდვა (2) და ჩარევის, ანუ შეზღუდვის კონსტიტუციურსამართლებრივი საფუძველი (3). თითოეული ეტაპის ანალიზს დიდი მნიშვნელობა აქვს უფლების დარღვევის ფაქტის დასადგენად. კონსტიტუციურ-სამართლებრივი გამართლების სქემას განსაზღვრულობის პრინციპთან ერთად, თანაზომიერების პრინციპი ასრულებს, რომლის გამოყენებით ხორციელდება ლეგიტიმური საჯარო მიზნის, გამოსადეგობის, აუცილებლობის და პროპორციულობის შეფასება. თანასწორობის უფლების დარღვევის შემოწმება კი ხდება ორსაფეხუროვანი სქემით: არათანასწორი მოპყრობის დადგენა და დადგენილი არათანასწორი მოპყრობის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი გამართლება.

ძირითადი უფლებების სუბიექტი. სამართალსუბიექტურობა ფიზიკური ან იურიდიული პირის სამართლებრივი უნარია, იყოს ძირითადი უფლების მატარებელი. რასაკვირველია, არა მხოლოდ ფიზიკური და იურიდიული პირების სამართალსუბიექტურობის ხარისხი განსხვავდება ერთმანეთისგან, არამედ მოქალაქეებისა და უცხოელების და კერძო და საჯარო სამართლის იურიდიული პირების შესაძლებლობაც ისარგებლონ ძირითადი უფლებებით. უფლების სუბიექტის შეფასება მოუწია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოსაც,¹ რომლის მიხედვითაც დაიხვეწა შესაბამისი საკანონმდებლო ნორმები.

სამართალსუბიექტურობის ნაწილში, ძირითადი უფლებების სამართალში, ახალი ტენდენციებიც გამოიკვეთა. ამის დასტურია, მაგალითად, უცხოელთა საარჩევნო უფლება, რომელიც ერთმნიშვნელოვნად მოქალაქის შესაძლებლობად განიხილებოდა. დღესდღეობით, მთელ რიგ ქვეყნებში ადგილობრივ არჩევნებში მონაწილეობის უფლება უკვე გააჩნიათ უცხოელებს, რომლებიც ცხოვრობენ ქვეყნის ტერიტორიაზე და იხდიან გადასახადებს. „ადგილობრივ დონეზე საჯარო ცხოვრებაში უცხოელთა მონაწილეობის შესახებ“ კონვენციაში მითითებულია, რომ მონაწილე სახელმწიფოები ვალდებულია იღებენ, მიანიჭონ ყველა უცხოელს ადგილობრივი ორგანოების არჩევნებში ხმის მიცემისა და თავისი კანდიდატების წარდგენის უფლება იმ დათქმით, თუ პირი აკმაყოფილებს იმავე სამართლებრივ მოთხოვნებს, რაც წაეყენება მოქალაქეს.² ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაციაში ადგილობრივ საჯარო საქმეებში მოქალაქეთა მონაწილეობის თაობაზე ცალკე დათქმა გაკეთდა უცხოელებთან დაკავშირებით და ხაზი გაესვა, რომ „ადგილობრივი

1 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 28 ივნისის გადაწყვეტილება № 1/466 საქმეზე: „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, სსმ, 56, 06/07/2010.

2 იხ. *Council of Europe, Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level*, European Treaty Series № 144, Strasbourg, 05/11/1992, Article 6-1, <<https://rm.coe.int/168007bd26>> [01.02.2021].

თემის ცხოვრებაში მათი აქტიური მონაწილეობის წახალისება არადისკრიმინაციულ საფუძველზე, ადგილობრივ დონეზე საჯარო ცხოვრებაში უცხოელთა მონაწილეობის შესახებ 1992 წლის ევროსაბჭოს კონვენციის მოთხოვნების შესაბამისად, მაშინაც კი, როცა ამ კონვენციის მოთხოვნები სახელმწიფოებისათვის იურიდიულად მავალდებულებელი არ არის, აქ ხსენებული მექანიზმების პათოსი გასათვალისწინებელია.“³

4. ადამიანის ძირითადი უფლებების მომწესრიგებელი დოკუმენტები

როგორც აღვნიშნეთ, ძირითად უფლებად აღიარების აუცილებელი პირობა მისი კონსტიტუციის დონეზე მოწესრიგებაა. რასაკვირველია, ძირითადი კანონის ტექსტებში, დროის შესაბამისად, ცვლილებები ხორციელდება. ამის ნათელი მაგალითი საქართველოში ჩატარებული უკანასკნელი საკონსტიტუციო რეფორმაცაა.

ამასთან, უფლების უფექტიანი რეალიზაციისთვის, როგორც წესი, კონსტიტუციით დაცული ფასეულობის ნამდვილი შინაარსის დაზუსტება ხდება როგორც მიმდინარე კანონმდებლობით, ისე სასამართლო პრაქტიკით და შესაბამისი იურიდიული ლიტერატურით. პირობითად, გამოხატვის თავისუფლების შინაარსი მოწესრიგებულია „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონით, რომელიც კონსტიტუციის სულიდან გამომდინარე, განსაზღვრავს გამოხატვის თავისუფლების საზღვრებს, საკვანძო ტერმინებს (მაგალითად, საჯარო პირის ცნება, დიფამაცია...), პოლიტიკური და სასამართლო სიტყვის თავისუფლების ფარგლებს, სასამართლო გარანტიებს, უფლების შეზღუდვის საფუძვლებს, პასუხისმგებლობის ფარგლებს, კანონის ინტერპრეტირების მოცულობას და ა. შ. იმავდროულად, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები პასუხობს არაერთ პრობლემურ კითხვას (მაგალითად, ადგენს მიჯნას აზრსა და გამოხატვას შორის, აზრებს და ფაქტებს შორის და ა. შ.), ასევე, არაერთი მეცნიერ-მკვლევარი უძღვნის თავის შრომას გამოხატვის თავისუფლების არსს. შესაბამისად, მათ შორის, ინფორმაციული „სიუხვე“ ძირითადი უფლებების გარანტირების აუცილებელი პირობაა.

საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა ასევე მნიშვნელოვანია ადამიანის უფლებების მარეგულირებელი მიმდინარე კანონმდებლობის სრულყოფისთვის. მთელი რიგი გადაწყვეტილებები განაპირობებს ცალკეული დებულებების გადასინჯვას და დროის შესაბამის გამოწვე-

3 ადგილობრივ საჯარო საქმეებში მოქალაქეთა მონაწილეობის თაობაზე ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია № R (2001) 19 წევრი სახელმწიფოების მიმართ, დანართი II, პუნქტი 5, მინისტრთა მოადგილეების 776-ე შეხვედრა, 6 დეკემბერი 2001 წელი, ევროპის საბჭოს რეკომენდაციები ადგილობრივი თვითმმართველობის საკითხებზე, გამომცემლობა „პოლიგრაფი“, 2009, 306.

ვებთან დაახლოვებას. მაგალითად, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებამ საქმეზე მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება „მოდრაობა ერთიანი საქართველოსთვის“, მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება „საქართველოს კონსერვატიული პარტია“, საქართველოს მოქალაქეები ზვიად ძიძიგური და კახა კუკავა, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, მოქალაქეები დაჩი ცაგური და ჯაბა ჯიშკარიანი, საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ⁴ არსებითად შეცვალა „შეკრებებისა და მანიფესტაციების კანონის“ შინაარსი.

5. საკონსტიტუციო რეფორმის შედეგი საქართველოში ძირითადი უფლებების ნაწილი

2017–2018 წლებში ქვეყნის ძირითადი კანონის გადასინჯვა დღის წესრიგში დადგა, რადგან დამფუძნებელი ხელისუფლების განმარტებით, მათ შორის „მოქმედი კონსტიტუცია არ ადგენდა საკმარის გარანტიებს კონკრეტული ძირითადი უფლებების დაცვისა და კონსტიტუციური ორგანოების დამოუკიდებლობის მატალი სტანდარტის უზრუნველსაყოფად“.⁵ შესაბამისად, საკონსტიტუციო რეფორმის მიზანი იყო კონსტიტუციის სრული შესაბამისობის უზრუნველყოფა კონსტიტუციური სამართლის ფუნდამენტურ პრინციპებთან.⁶ განხორციელდა ადამიანის ძირითადი უფლებების მომწესრიგებელი ნორმების არსებითი გადასინჯვა. მათი უდიდესი ნაწილი, ცვლილებების შემდეგ, უდავოდ, უფრო ოპტიმალურადაა მოწესრიგებული და მიმართულია თავისუფალი ადამიანის ინტერესებზე. ცალკეულ შემთხვევებში კვლავ დარჩა განსხვავებული მოსაზრებები.

6. ადამიანის ძირითადი უფლებები და ფუნდამენტური კონსტიტუციური პრინციპები

როდესაც საუბარია საკონსტიტუციო რეფორმის შედეგზე ადამიანის უფლებების ნაწილში, პირველ რიგში, აღსანიშნავია კანონმდებლის გადაწყვეტილება ძირითადი კანონის ზოგად დებულებებში ფუნდამენტური კონსტიტუციური პრინციპების ჩამოყალიბებასთან დაკავშირებით. მნიშვნელოვანია, რომ დემოკრატიული, სამართლებრივი და სოციალური სახელმწიფოს, ასევე ეკონომიკური თავისუფლების განმამტკიცე-

4 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2011 წლის 18 აპრილის გადაწყვეტილება № 2/482,483,487,502.

5 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კონსტიტუციური კანონის პროექტზე „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილების შეტანის შესახებ“.

6 იქვე.

ბელი ნორმები საფუძვლად დაედო ადამიანის ძირითადი უფლებების კონსტიტუციურ კატალოგს. მითითებული პრინციპების ცალკეულ დებულებებზე დაშენებულია უფლებათა და თავისუფლებათა აღიარების, რეალიზაციის და დაცვის გარანტიები. ამ თვალსაზრისით გამორჩეულია შემდეგი ნორმები: სახელმწიფო ცნობს და იცავს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებს. ასევე, ხელისუფლების განხორციელებისას ხალხი და სახელმწიფო შეზღუდული არიან ამ უფლებებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით. აღნიშნული დებულებები უპირობოდ მიუთითებენ უფლებებზე, როგორც ხალხის და ხელისუფლების თანაცხოვრების გადამწყვეტ საფუძველზე. ცალკე აღნიშვნის ღირსია კიდევ ერთი დებულება: კონსტიტუცია არ უარყოფს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, რომლებიც აქ არ არის მოხსენიებული, მაგრამ თავისთავად გამომდინარეობს კონსტიტუციის პრინციპებიდან. მითითებული ნორმა კონსტიტუციის რეფორმამდელ ვერსიაში, „ადამიანის ძირითადი უფლებების“ თავში იყო ჩამოყალიბებული. ზოგად დებულებებში მისმა გადატანამ ექსპერტთა ერთ ნაწილს გაუჩინა განცდა, რომ საკონსტიტუციო სამართალწარმოების კანონმდებლობიდან გამომდინარე, მისი გამოყენების ეფექტურობა შეიზღუდებოდა, რამაც ფართო დისკუსიები გამოიწვია.

7. სიანლაეები კონსტიტუციის მეორე თავში

ადამიანის ძირითად უფლებებისადმი მიძღვნილი თავი, საკონსტიტუციო რეფორმის შედეგად, სრულიად ახალი სტრუქტურით ჩამოყალიბდა.

ადამიანის ღირსების ხელშეუვალობა. კონცეპტუალური მნიშვნელობის მატარებელი აღმოჩნდა ადამიანის ღირსების ძირითადი უფლების პირველ ადგილზე გადატანა უფლებათა კატალოგში. ამასთან, აღსანიშნავია მისგან პატივის უფლების გამიჯვნა, რომლის დაცვაც, მათ შორის, პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლების ფარგლებში განხორციელდება. გარდა ამისა, ღირსების უფლების დაცვის სტანდარტის ამადლებას ხელს უწყობს ცალსახა ჩანაწერი ახალ რედაქციაში, რომელიც სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებას განსაზღვრავს.

გამოიკვეთა ტენდენცია, რომელიც გულისხმობს ტერმინი „ხელშეუვალის“ გამოყენებას მხოლოდ აბსოლუტურად დაცული უფლების მიმართ. შესაბამისად, სიცოცხლის უფლების უზრუნველყოფ ნორმამიც კი იგი ჩანაცვლდა ტერმინით „დაცულია“, რაც, რასაკვირველია, არ ნიშნავს ამ უზენაესი ღირებულების დაცვის სტანდარტის შემცირებას და სრულფასოვნად ფარავს სიცოცხლის უფლების ნეგატიურ და პოზიტიურ სივრცეს.

თანასწორობის უფლება. რეალურად ახალი მასშტაბი შეიძინა თანასწორობის კონსტიტუციური უფლების შინაარსმა, რომელშიც რამდე-

ნიმე არსებითი ხასიათის ცვლილება განხორციელდა. კერძოდ, ა) ჩანაწერი „კანონის წინაშე თანასწორი“ ჩანაცვლდა „სამართლის წინაშე თანასწორით“, რაც მიანიშნებს არა მხოლოდ თანასწორობაზე კანონის წინაშე, ასევე კანონის ჩამოყალიბების აუცილებლობაზეც სწორედ თანასწორობის პრინციპის დაცვით. ბ) არსებითი შინაარსობრივი დატვირთვის მატარებელია კონსტიტუციური ცვლილება, რომლის თანახმადაც გაფართოვდა „დისკრიმინაციის კრიტერიუმების“ ნუსხა, რადგან მანამდე არსებულ ამომწურავ ჩამონათვალს დაემატა „და სხვა“. ვენეციის კომისია მიესალმა დისკრიმინაციის აკრძალული საფუძვლების ამომწურავ ჩამონათვალზე უარის თქმას და პოზიტიურად შეაფასა ის გარემოება, რომ „ეს იყო შესაძლებლობა სასამართლოებისა და კანონებისთვის, რომ თითოეულ საქმეზე მოახდინონ დისკრიმინაციის აკრძალვის ადაპტაცია კონკრეტულ შემთხვევებთან.“⁷ გ) ჩამოყალიბდა „არსებითი თანასწორობის ცნება“ და იმპერატიულად განისაზღვრა სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულება ქალისა და მამაკაცის თანასწორობის რეალიზაციისთვის. დ) ძირითადი კანონის დონეზე დამკვიდრდა სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებებისა და ინტერესების უზრუნველსაყოფად.

რელიგიის თავისუფლება. კონსტიტუციის ახალი ვერსიით, როგორც შინაარსობრივად, ისე ტექნიკურად, გაცილებით ოპტიმალურად მოწესრიგდა და გაიმიჯნა გამოხატვის და რელიგიის თავისუფლების არსი. აღსანიშნავია, რომ პროექტის თავდაპირველი ვერსიის შესაბამისი ნორმა რწმენისა და სინდისის თავისუფლებათა შეზღუდვას უშვებდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ გამოვლინება ლახავდა სხვათა უფლებებს. ვენეციის კომისიამ დაინახა საშიშროება სათანადო წონასწორობის დამყარების საფრთხეში და ჩათვალა, რომ აუცილებელი იყო მითითებულ უფლებათა შეზღუდვის იმ სხვა ლეგიტიმური მიზნების ჩართვაც, რომლებიც გათვალისწინებულია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-9 მუხლით.⁸ რაც, გათვალისწინებულ იქნა. სხვათა შორის, ვენეციის კომისია რეკომენდაციას იძლეოდა ცალსახად მომხდარიყო აღიარება რელიგიის თავისუფლების, რომელიც ადამიანის უფლებათა ქარტიებით აღიარებული ერთ-ერთი უძველესი უფლებათაგანია და რომელიც გათვალისწინებულია ევროპის კონსტიტუციების უმეტესობაში. მას მიაჩნდა, რომ რწმენა ზოგადი უფლებაა, მაგრამ შეიძლება სხვადასხვა შინაარსს მოიცავდეს. რელიგიის თავისუფლების დაკონკრეტებას, მისი აზრით, შეეძლო სიცხადე შეეტანა უფლების გარანტიებში⁹.

7 ევროპული კომისია სამართლის მეშვეობით დემოკრატიის დასაცავად (ვენეციის კომისია) მოსაზრება კონსტიტუციის გადასინჯვის კანონპროექტზე საქართველო მიღებულია ვენეციის კომისიის მიერ 111-ე პლენარულ სხდომაზე (ვენეცია, 2017 წლის 16-17 ივნისი), სტრასბურგი, 19 ივნისი, 2017 წ. CDL-AD(2017)013, 66.

8 ვენეციის კომისიის მითითებული დასკვნა, 68.

9 იქვე, 97.

გამონატვის თავისუფლება. ერთ მუხლში ჩამოყალიბდა აზრის, ინფორმაციის, მასობრივი ინფორმაციის საშუალებათა და ინტერნეტის თავისუფლების უფლებები. ასეთი გადაწყვეტილებით აღმოიფხვრა ის ერთგვარი სირთულე, რასაც წარმოშობდა რეფორმამდელი კონსტიტუციის ტექსტში სხვადასხვა მუხლებით მოწესრიგებული აზრის და გამონატვის სიკეთეების გამიჯვნა. თუმცა, ხაზგასასმელია, რომ ამ მიმართულებით, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ შექმნა თვალსაჩინო პრაქტიკა, რამაც ხელი შეუწყო მითითებული ღირებულებების „განცალკევებას“ და ადეკვატურად გამოყენებას.

ეპოქალური ევოლუციის შედეგად, ლოგიკურად, ძირითად კანონში გაჩნდა ინტერნეტზე წვდომისა და ინტერნეტით თავისუფალი სარგებლობის ძირითადი უფლება. ასევე, კონსტიტუციურ სიახლედ მოგვევლინა საზოგადოებრივი მაუწყებლის დამოუკიდებლობა სახელმწიფო უწყებებისგან და პოლიტიკური და არსებითი კომერციული გავლენისგან.

საკუთრების უფლება. ცალკე შეფასების საგანია საკუთრების უფლების, განსაკუთრებით მისი ცალკეული კომპონენტების, ახლებური რეგულაცია. საერთაშორისო პრაქტიკის გათვალისწინებით, ტერმინოლოგიურმა ცვლილებებმა — „ხელშეუვალის“ „უზრუნველყოფილი“, ხოლო „აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროებისათვის“ „საჯარო ინტერესებისათვის“ ჩანაცვლებამ ახალი დატვირთვა შესძინა კონსტიტუციით დაცულ ამ გამორჩეულ სიკეთეს. უკეთ გაიმიჯნა საკუთრების უფლების შეზღუდვისა და საკუთრების ჩამორთმევის მიმართ დადგენილი სტანდარტი. საკუთრების უფლების შეზღუდვის პირობად „საჯარო ინტერესებისათვის“ ტერმინის გამოყენებამ ლოგიკურად დააზუსტა „აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროების“ მიღმა, სხვა საკანონმდებლო დებულებებით საკუთრების უფლების შეზღუდვის შესაძლებლობა.

განსაკუთრებული დისკუსიის საგანი აღმოჩნდა მიწაზე უცხოელთა საკუთრების რეგულირების საკითხი, რომელსაც, ერთგვარად, წინ უძღოდა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები.¹⁰ პროექტის თავდაპირველი ვერსიის ჩანაწერი — „მიწა შეიძლება იყოს მხოლოდ საქართველოს მოქალაქის საკუთრება“, მიუღებელი აღმოჩნდა როგორც ვენეციის კომისიისთვის,¹¹ ისე ქართველ ექსპერტთა ნაწილისთვის და საბოლოოდ ამგვარ რეგულაციაზე უარი ითქვა. მოქმედი ძირითადი კანონის ძალით, მიწას მიეკუთვნა განსაკუთრებული მნიშვნელობის რესურსის სტატუსი და დადგინდა მისი მოწესრიგების აუცილებლობა ორგანული კანონით, რომლის მიღებისთვისაც განისაზღვრა

10 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის გადაწყვეტილება № 3/1/512 საქმეზე: „დანის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“; საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის გადაწყვეტილება № 1/2/563 საქმეზე: ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

11 ვენეციის კომისიის მითითებული დასკვნა, 67.

განსაკუთრებული წესი. რასაკვირველია, ამგვარი რეგულაცია უპირობოდ ვერ შეზღუდავს უცხოელთა მიწაზე საკუთრებას, ამასთან, ქმნის განსაკუთრებული რეჟიმის დაწესების შესაძლებლობას. ორგანულ კანონში „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის საკუთრების შესახებ“ (25/06/2019), დაზუსტდა მოცემული მიზნისთვის „საქართველოს მოქალაქის“ ცნება და უცხოელისთვის სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის საკუთრებაში ფლობის პირობები.

შეკრების თავისუფლება. ხაზგასასმელია, რომ ვენეციის კომისიამ საკონსტიტუციო კანონმდებელს სიფრთხილისკენ მოუწოდა შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლების შემზღუდველი ნორმების ჩამოყალიბებისას.¹² მისი აზრით, ისინი ძალზე ფართოდ არ უნდა ყოფილიყო ფორმულირებული, რათა არ გაჩენილიყო განცდა, რომ ყველა სახის შეზღუდვა არის ნებადართული, როდესაც ამას ითვალისწინებს კანონი. შეკრების თავისუფლების რეგულირების ფარგლებში, ხაზგასასმელია, იმ პირობა ამომწურავი ჩამონათვალის დაზუსტება, რომელთაც შეკრების კონსტიტუციური უფლების გამოყენება, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამო, ეკრძალებათ და რომელიც „განვრცობის“ შესაძლებლობას მიმდინარე კანონმდებლობით არ ტოვებს.

პოლიტიკური პარტიების თავისუფლება. სიახლე აღმოჩნდა გაერთიანების თავისუფლების გამიჯვნა პოლიტიკური პარტიების თავისუფლებისგან, რაც გაერთიანების უფლების გარანტირების უფრო მაღალ სტანდარტზე მიუთითებს. არსებითი ცვლილებებია პოლიტიკური პარტიების კონსტიტუციური სტატუსის ნაწილში, რაც მეტად განაპირობებს ამ თვალსაჩინო ინსტიტუტის დაცულობისა და განვითარების შესაძლებლობას, მათ შორის, ახალი გამოწვევებისთვის მზაობას, რომელიც მმართველობის საპარლამენტო მოდელის დამკვიდრებამ მოითხოვა. სხვათა შორის, ვენეციის კომისიამ დასკვნაში მიუთითა, რომ არ მომხდარიყო პოლიტიკური პარტიის შექმნის შეზღუდვა ტერიტორიული ნიშნით, რაც რეფორმის ნაწილი იყო. ქართული რეალობიდან გამომდინარე არგუმენტები გადამწყვეტი აღმოჩნდა და რეკომენდაცია არ იქნა გათვალისწინებული.

საარჩევნო უფლება. საკონსტიტუციო რეფორმის შედეგად მეტად ლიბერალური გახდა საარჩევნო უფლება და დადგინდა მისი რეალიზების უფრო მაღალი სტანდარტი. გაფართოვდა საარჩევნო უფლების მქონე სუბიექტთა წრე. ა) ტერმინი „ქმედუნარო“ ჩანაცვლდა „მოქალაქით, რომელიც ცნობილია მხარდაჭერის მიმღებად და მოთავსებულია შესაბამის სტაციონარულ სამედიცინო დაწესებულებაში“. ასეთი ჩანაწერი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების შედეგია.¹³

¹² იქვე, 69.

¹³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის გადაწყვეტილება № 2/4/532,533 საქმეზე: „საქართველოს მოქალაქეები — ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

მიუხედავად ლიბერალური ტენდენციისა, ვენეციის კომისიამ, ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაზე დაყრდნობით (*Alajos Kiss* უნგრეთის წინააღმდეგ), განაცხადა, რომ ასეთი ბლანკეტური აკრძალვა ეწინააღმდეგება საერთო ევროპულ და საერთაშორისო სტანდარტებს. ბ) საარჩევნო უფლების შეზღუდვა დაწესდა მხოლოდ განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში. კონსტიტუციის რეფორმამდელი ვერსიით, არჩევნებში მონაწილეობის უფლება ჰქონდათ მხოლოდ ნაკლებად მძიმე დანაშაულისთვის მსჯავრდებულ პირებს, მისი თავდაპირველი ვარიანტით კი პირი, გამამტყუნებელი განაჩენის ძალაში შესვლისთანავე, ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმის მიუხედავად, ვერ მონაწილეობდა არჩევნებში.

აღსანიშნავია, რომ საკონსტიტუციო რეფორმის ფარგლებში მომზადებული ცვლილებების თავდაპირველ ვარიანტში საარჩევნო უფლება, ერთგვარად, ვალდებულებად იყო გამოცხადებული, რომელზეც ნეგატიური პოზიცია გამოხატა ვენეციის კომისიამ და ცალსახად მიუთითა, რომ ტერმინი „ვალი“ არ შეიძლება განიმარტოს, როგორც სამართლებრივი ვალდებულება შექმნა, რომელსაც მოსდევს სამართლებრივი შედეგები.

ქორწინების უფლება. ცალკე განხილვის საგანია საკონსტიტუციო რეფორმის პროცესში ქორწინების უფლების ახლებურ რეგულირებასთან დაკავშირებული დებატები. ძირითად კანონში გაჩნდა ჩანაწერი, რომელშიც, რეალურად საზოგადოების ემოციური დამოკიდებულებიდან გამომდინარე, განისაზღვრა ქორწინების სამოქალაქო-სამართლებრივი ცნება. ვენეციის კომისიამ მიიჩნია,¹⁴ რომ შესაბამისი კონსტიტუციური დებულება ავიწროვებდა ქორწინების უფლების მანამდე განსაზღვრულ შინაარსს, რომელიც არ გულისხმობდა შეთანხმებას მხოლოდ საწინააღმდეგო სქესის პირებს შორის. მან მიუთითა მთელ რიგ დოკუმენტებზე,¹⁵ რომლებიც ამკვიდრებენ ქორწინების თანასწორობის ისეთ სტანდარტს, რომ გამოირიცხოს ერთსა და იმავე სქესის პირთა შორის კავშირი. მანვე ხაზი გაუსვა ტენდენციას, რომლის შესაბამისად ევროპული ქვეყნების ერთმა ნაწილმა სამართლებრივად აღიარა ერთსქესიან პირთა ქორწინება (მაგალითად, გაერთიანებული სამეფო, დანია, ესპანეთი, ნორვეგია, პორტუგალია, საფრანგეთი და ა. შ.), მეორე ნაწილი სამართლებრივად აღიარებს სამოქალაქო პარტნიორობის ამა თუ იმ ფორმას, (მაგალითად, ავსტრია, გერმანია, იტალია, საბერძნეთი, შვეიცარია და ა. შ.). ვენეციის კომისიის დასკვნაში იმპე-

14 ვენეციის კომისიის მითითებული დასკვნა, 59.

15 გაერთიანებული ერების ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების კომიტეტი მოწოდება წევრი სახელმწიფოებისადმი, სამართლებრივად აღიარონ ერთსა და იმავე სქესის პარტნიორებს შორის ურთიერთობა. მათ შორის, სომხეთის და იუგოსლავიის ყოფილი რესპუბლიკა მაკედონიის საკონსტიტუციო რეფორმასთან დაკავშირებით მიღებულ თავის მოსაზრებაში. ასევე, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს შესაბამისი მრავალფეროვანი პრაქტიკა.

რაციულადაა ჩაწერილი,¹⁶ რომ საქართველო, ისევე, როგორც ყველა სხვა დანარჩენი ევროპის საბჭოს წევრი სახელმწიფო, ვალდებულია, გაითვალისწინოს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის სტანდარტები და შესაბამისად, სამართლებრივად უნდა აღიაროს სამოქალაქო კავშირები, ან რეგისტრირებული პარტნიორობა ერთი და იმავე სქესის წყვილებისთვის. ნიშანდობლივია, რომ ქართული ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობა ახორციელებს ყოველგვარი უმცირესობის სამართლებრივ დაცვას.

სხვა უფლებები. სამართლიანი სასამართლოს უფლების რეგულირების ნაწილში განსაკუთრებით საინტერესოა დაცვის უფლებისა და ადვოკატის საქმიანობის შეუფერხებელი განხორციელების გარანტიები. მნიშვნელოვანია მტკიცებულების სტანდარტის გამიჯვნა ბრალდებისა და განაჩენისათვის, ბრალდების დაფუძნება დასაბუთებულ ვარაუდზე, ხოლო განაჩენის — უტყუარ მტკიცებულებებზე.

ძველ რედაქციასთან შედარებით უფრო ფართოდ ჩამოყალიბდა შრომის თავისუფლების შინაარსი, რადგან ძირითადი კანონის ფარგლებში რიგი კომპონენტების მოწესრიგება აღნიშნული ღირებულების სრულყოფილი დაცვის მეტი გარანტიაა. გაფიცვის უფლებასთან დაკავშირებული საკითხები, კონსტიტუციის ძალით, ამჯერად არა ჩვეულებრივი, არამედ ორგანული კანონით მოწესრიგდება. განსხვავებულად მოწესრიგდა ინტელექტუალური შემოქმედების თავისუფლების შინაარსი, ერთგვარად ამაღლდა უფლების დაცვის სტანდარტი, რადგან შემოქმედებითი ნაწარმოების გავრცელების აკრძალვა დასაშვებია მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტილებით. თვალსაჩინოა საჯარო ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის, აკადემიური თავისუფლების, მეწარმეობის თავისუფლების, ჯანმრთელობის და გარემოსდაცვითი უფლებების დაცვის სტანდარტის განმტკიცება და სხვა სიახლეები.

მნიშვნელოვანია, რომ ვენეციის კომისიის რეკომენდაციით, რომელიც გულისხმობდა „თანაბარზომიერების პრინციპის“ მოხსენიებას ცალკე დებულებებში, კონსტიტუციის ტექსტში ჩაიწერა, რომ ადამიანის უფლების შეზღუდვა უნდა შეესაბამებოდეს იმ ლეგიტიმური მიზნის მნიშვნელობას, რომლის მიღწევასაც იგი ემსახურება.

ბიბლიოგრაფია:

1. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კონსტიტუციური კანონის პროექტზე „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილების შეტანის შესახებ“.
2. საქართველოს ორგანული კანონი „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის საკუთრების შესახებ“, № 4848-III, 25/06/2019.

16 ვენეციის კომისიის მითითებული დასკვნა, 63.

3. საქართველოს კანონი „სიტყვისა და გამონათქვამის თავისუფლების შესახებ“, სსმ, 19, 15/07/2004.
4. ევროპული კომისია სამართლის მეშვეობით დემოკრატიის დასაცავად (ვენეციის კომისია) მოსაზრება კონსტიტუციის გადასინჯვის კანონპროექტზე საქართველო მიღებულია ვენეციის კომისიის მიერ 111-ე პლენარულ სხდომაზე (ვენეცია, 2017 წლის 16-17 ივნისი), სტრასბურგი, 19 ივნისი, 2017 წ. CDL-AD(2017)013, 66.
5. ადგილობრივ საჯარო საქმეებში მოქალაქეთა მონაწილეობის თაობაზე ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია № R (2001) 19 წვერი სახელმწიფოების მიმართ, დანართი II, პუნქტი 5, მინისტრთა მოადგილეების 776-ე შეხვედრა, 6 დეკემბერი 2001 წელი, ევროპის საბჭოს რეკომენდაციები ადგილობრივი თვითმმართველობის საკითხებზე, გამომც. „პოლიგრაფი“, 2009, 306.
6. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის გადაწყვეტილება № 2/4/532,533 საქმეზე: „საქართველოს მოქალაქეები — ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.
7. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის გადაწყვეტილება № 1/2/563 საქმეზე: ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.
8. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის გადაწყვეტილება № 3/1/512 საქმეზე: „დანიის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.
9. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2011 წლის 18 აპრილის გადაწყვეტილება № 2/482,483,487,502 საქმეზე: „მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება „მოდრობა ერთიანი საქართველოსთვის“, მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება „საქართველოს კონსერვატიული პარტია“, საქართველოს მოქალაქეები ზვიად ძიძიგური და კახა კუკავა, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, მოქალაქეები დარი ცაგურია და ჯაბა ჯიშკარიანი, საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.
10. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 28 ივნისის გადაწყვეტილება № 1/466 საქმეზე: „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, სსმ, 56, 06/07/2010.
11. იხ. *Council of Europea*, Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level, European Treaty Series № 144, Strasbourg, 05/11/1992, Article 6-1, <<https://rm.coe.int/168007bd26>> [01.02.2021].

„კანონიერი ქურდების“ ზეგავლენა პოლიტიკურ და საზოგადოებრივ ცხოვრებაზე (ძირითადი თეზისები)

1. ორგანიზებული დანაშაულის ცნება

სისხლის სამართლის კოდექსის 27-ე მუხლის თანახმად, დანაშაული ორგანიზებული ჯგუფის მიერაა ჩადენილი, თუ იგი განახორციელა დროის განსაზღვრულ პერიოდში არსებულმა, შეთანხმებულად მოქმედმა, სტრუქტურული ფორმის მქონე ჯგუფმა, რომლის წევრები წინასწარ შეკავშირდნენ ერთი ან რამდენიმე დანაშაულის ჩასადენად ან რომლის მიზანია პირდაპირ ან არაპირდაპირ ფინანსური ან სხვა მატერიალური სარგებლის უკანონოდ მიღება.

ტორე ბიორგოს თანახმად, ორგანიზებული დანაშაული არის ფინანსური სარგებელის მისაღებად განხორციელებული უკანონო აქტივობების ერთობლიობა, რომელსაც რამდენიმე მონაწილე ახორციელებს დროის გარკვეულ პერიოდში, მათ გააჩნიათ გარკვეული სტრუქტურა და როლების სათანადო გადანაწილება.¹

გერმანიის ბუნდესტაგის თანახმად, ორგანიზებული დანაშაული არის მოგების ან ძალაუფლების მიღების მიზნით სისტემატიურად და ხანგრძლივი პერიოდით დანაშაულის ჩადენა, თუ იგი ჩადენილია ორზე მეტი პირის მიერ: პროფესიული ან სამეწარმეო სტრუქტურების, ბ) ძალადობის ან დაშინების, გ) პოლიტიკაზე, მედიაზე, იუსტიციასა და ეკონომიკაზე გავლენის მოხდენის, გამოყენებით.²

2. ორგანიზებული დანაშაულებრივი ჯგუფის „კანონიერი ქურდების“ ცნება, შექმნის და განვითარების მოკლე ისტორია

2.1. „კანონიერი ქურდების“ ცნება

საქართველოს კანონი „ორგანიზებული დანაშაულისა და რეკეტის შესახებ“ განმარტავს „ქურდული სამყაროს“, „ქურდული სამყაროს“ საქმიანობას, „ქურდული სამყაროს“ წევრის, „კანონიერი ქურდის“, „ქურდული გარჩევის“ და „ქურდული შეკრების“ ცნებებს. ამ კანონის მიხედვით:

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი, ჰამბურგის (გერმანია) უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი.

1 ბიორგო ტ., დანაშაულის პრევენცია. ყოვლისმომცველი მიდგომა, ბახტაძე უ. (თარგმ.), შალიკაშვილი მ., გიორგაძე გ. (რედ.), თბ., 2019, 173.

2 შალიკაშვილი მ., კრიმინოლოგია, მე-3 გამოც., თბ., 2017, 76.

- „ქურდული სამყარო“ — პირთა ნებისმიერი ერთობა, რომელიც შეთანხმებულია „ქურდული სამყაროს“ საქმიანობის განხორციელებაზე;
- „ქურდული სამყაროს“ საქმიანობა — „ქურდული სამყაროს“ წევრის/„კანონიერი ქურდის“ საქმიანობა, განხორციელებული დაშინებით, მუქარით, იძულებით, დუმის პირობით, „ქურდული შეკრებით“/„ქურდული გარჩევით“, დანაშაულებრივ ქმედებებში არასრულწლოვანთა ჩაბმით, დანაშაულის ჩადენით, დანაშაულის ჩადენისკენ წაქეზებით, საკუთარი კრიმინალური გავლენის გამოყენებით ან სხვა უკანონო ქმედებით, რომლის მიზანია თავისთვის ან სხვისთვის სარგებლის ან უპირატესობის მიღება, ძალაუფლების ან/და გავლენის მოპოვება/მინიჭება;
- „ქურდული სამყაროს“ წევრი — პირი, რომელიც აღიარებს „ქურდულ სამყაროს“ და აქტიურად მონაწილეობს მის საქმიანობაში, აგრეთვე პირი, რომელიც აღიარებს „ქურდულ სამყაროს“, კავშირი აქვს მასთან და სახეზეა ამკარად გამოხატული ნიშნების ერთობლიობა, რომ პირი თავისი ქმედებით გამოხატავს მზადყოფნას „ქურდული სამყაროს“ საქმიანობაში მონაწილეობისთვის;
- „კანონიერი ქურდი“ — პირი, რომელიც ნებისმიერი ფორმით მართავს ან/და ორგანიზებას უწევს „ქურდულ სამყაროს“ ან „ქურდული სამყაროს“ საქმიანობის მეთოდების გამოყენებით მართავს ან/და ორგანიზებას უწევს პირთა გარკვეულ ჯგუფს;
- „ქურდული გარჩევა“ — „ქურდული სამყაროს“ წევრის/„კანონიერი ქურდის“ მიერ პირის ქმედების შეფასება ან/და დავის განხილვა/გადაწყვეტა ნებისმიერი ფორმით (მათ შორის, ელექტრონული კომუნიკაციის საშუალებით), „ქურდული სამყაროს“ საქმიანობის განხორციელების მიზნით;
- „ქურდული შეკრება“ — ორი ან ორზე მეტი პირის შეკრება ან დაკავშირება ნებისმიერი ფორმით (მათ შორის, ელექტრონული კომუნიკაციის საშუალებით), პირთა „ქურდულ სამყაროში“ გაწევრების ან წევრობის შეწყვეტის, სტატუსის შეცვლის ან „ქურდული სამყაროს“ საქმიანობასთან დაკავშირებული ნებისმიერი საკითხის (მათ შორის, ფინანსური/მატერიალური რესურსების განკარგვის საკითხის) განხილვის/გადაწყვეტის მიზნით.

2.2. „კანონიერი ქურდების“ შექმნა და განვითარება

ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს მიერ განხილულ იქნა საქმე „აშლარბა საქართველოს წინააღმდეგ“ (განაცხადი № 45554/08), რომელზეც გადაწყვეტილება 2014 წლის 15 ივლისს გამოქვეყნდა. ამ გადაწყვეტილებაში საკმაოდ კარგად და ლაკონურად არის აღწერილი „ქურდული სამყაროს“ რაობა და ძირითადი ინსტიტუტე-

ბი. სასამართლოს თანახმად, „ე. წ. „ქურდული სამყარო“ საქართველოსა და ყოფილი საბჭოთა კავშირის ქვეყნებში მიიჩნევა თანამედროვე ორგანიზებული დანაშაულის სტრუქტურის ხერხემლად. ამ პროფესიონალურ კრიმინალურ სამყაროს ყავს თავისი ცნობადი ლიდერები, წინასწარ შემუშავებული ინიცირების რიტუალები და ქცევის წესები. ამ სამყაროს აქვს კარგად ორგანიზებული მართვის სტრუქტურა, სუბორდინაციისა და მისი წევრების კონტროლის მკაცრი სისტემა, ასევე, გავლენა ვრცელდება საზოგადოების სხვადასხვა სექტორებზე. ამ საბჭოური ეპოქის ინსტიტუტის ისტორია იწყება იმპერიული რუსეთიდან. საბჭოური კრიმინალური დაჯგუფების ტრადიციული სტრუქტურა 1917 წლის რევოლუციიდან მოყოლებული, ეფუძნებოდა იერარქიასა და „ქურდული კანონისადმი“ (სპეციალური წესები, რომელიც არეგულირებს ქურდული სამყაროს წევრების ქცევას) მკაცრ მორჩილებას. ამ კრიმინალური ორგანიზაციების წევრები იმ დროს იყვნენ ანტი-კომუნისტური განწყობის, და ძირითადად ევალუბოდათ ჰქონოდათ მოკრძალებული, არამატერიალისტური ცხოვრება. საბჭოთა ეპოქის პროგრესირებასთან ერთად, ახალი ტიპის კრიმინალები და კრიმინალური სტრუქტურები შეიქმნა, რომელთა საზრუნავს წარმოადგენდა მატერიალური სიმდიდრისა და ძალაუფლების მოხვეჭა. ეს ინდივიდები გაემიჯნენ „ქურდული სამყაროს“ ტრადიციულ ხედვებს და ჩამოაყალიბეს სრულად მატერიალისტური ინტერესების მქონე ახალი დაჯგუფებები. მეცნიერების აზრით, საბჭოთა კავშირმა თავისი წვლილი შეიტანა ტრადიციული სტრუქტურის რღვევაში, რამაც გამოიწვია „კანონიერი ქურდების“ სტატუსის გამითიურება“.³

საბჭოთა კავშირში მიმდინარე პროცესებმა დიდად შეუწყო ხელი „კანონიერი ქურდების“ კრიმინალური ინსტიტუტის ჩამოყალიბებას და საზოგადოებაში ნდობის მოპოვებას. სახელმწიფო ტერორი, ბიუროკრატია, კორუფცია, უსამართლობის და უსაფრთხოების ნაკლებობა პირდაპირ უწყობდა ხელს ისეთი უკანონო სტრუქტურების ჩამოყალიბებას, რომელიც მოსახლეობას სწორედ იმის დაკმაყოფილებას სთავაზობდა, რასაც სახელმწიფო ვერ ახერხებდა.⁴ ასეთი კვაზი სახელმწიფოდ იქცა „კანონიერი ქურდების“ კრიმინალური ორგანიზაცია თავისი სოციალური ავტორიტეტით და დავების გადაწყვეტის მექანიზმით,⁵ რომელმაც სახელმწიფო სწორედ იმ ასპექტებში ჩაანაცვლა, სადაც სახელმწიფომ მოსახლეობის წინაშე თავისის ვალდებულებები ვერ შეასრულა.

ათწლეულების განმავლობაში „კანონიერი ქურდების“ კრიმინალური ორგანიზაცია ჩამოყალიბდა ერთ-ერთ გავლენიან კრიმინალურ

3 ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს 2014 წლის 15 ივლისის გადაწყვეტილება „ამლარბა საქართველოს წინააღმდეგ“, განაცხადი № 45554/08, II, 22.

4 შალიკაშვილი მ., კრიმინოლოგია, მე-3 გამოც., თბ., 2017, 94-96.

5 ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს 2014 წლის 15 ივლისის გადაწყვეტილება „ამლარბა საქართველოს წინააღმდეგ“, განაცხადი № 45554/08, II 23.

სტრუქტურად თავისი ინსტიტუტებით (ქურდული შავი სალარო — „ობ-შიაკი“, საერთო კრება — „სხოლკა“, იერარქია ციხეში და ციხის გარეთ, საკუთარი სასაუბრო ჟარგონით და დაუწერელი ნორმებითა და მათი აღსრულების მკაცრი მექანიზმით).⁶

ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლომ ხაზი გაუსვა ქართველი „კანონიერი ქურდების“ რაოდენობას და გავლენას და აღნიშნა, რომ „ქართველი „კანონიერი ქურდები“ ითვლებოდნენ, რომ იყვნენ ერთ-ერთი ყველაზე ძლიერი და გავლენიანი ეთნიკური ჯგუფი საბჭოთა კავშირის მთლიან კრიმინალურ ელიტაში (სტატისტიკური თვალსაზრისით, ქართველი „კანონიერი ქურდები“ შეადგენდნენ მთლიანად კრიმინალური ბოსების 31.6%, და იყვნენ სიდიდით მეორე ყველაზე დიდი ეთნიკური ჯგუფი რუსი „კანონიერი ქურდების“ შემდეგ, რომლებიც ამ საზოგადოების 33.1% წარმოადგენდნენ). ქართველი „კანონიერი ქურდების“ მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებს ტრადიციულად განსაკუთრებული წონა ჰქონდა იმავე დონის, ან უფრო დაბალ საფეხურზე მყოფი კრიმინალებისთვის“.⁷ საქართველოში კრიმინალური ბოსების არაფორმალური ავტორიტეტი ფართოდ გასცდა დანაშაულებრივ სამყაროს და ასევე აბინძურებდა საზოგადოებრივი ცხოვრების მრავალ სფეროს. შესაბამისად, ახალგაზრდები ცდილობდნენ დამსგავსებოდნენ კრიმინალურ ავტორიტეტებს. მაღალი თანამდებობის საჯარო მოხელეზეც ცნობილი იყო, რომ ისინი თანამშრომლობდნენ და მხარს უჭერდნენ ამ ავტორიტეტებს და ამის სანაცვლოდ ფინანსურ მხარდაჭერას იღებდნენ ბიზნეს წრეებიდან „შემოწირულობის“ სახით.⁸

3. „კანონიერი ქურდების“ გაძლიერების გამოწვევი მიზეზები

კრიმინალური ორგანიზაცია „კანონიერი ქურდების“ განვითარებას და გაძლიერებას ხელი შეუწყო შემდეგმა ფაქტორებმა/გარემოებებმა:⁹

- 1987 წლამდე კრიმინალური ორგანიზაცია „კანონიერი ქურდების“ არსებობა ოფიციალურად არ დასტურდებოდა. შესაბამისად, არ მომხდარა მისი მეცნიერული აღწერა, შეფასება, კრიტიკა და სამომავლო პროგნოზირება. კრიმინალური ორგანიზაცია „კანონიერი ქურდები“ თავისი იერარქიით, ინსტიტუტებით, საკუთარი ენით, ქცევის წესებით, თუ მყარი ერთიანობით ჯერ კიდევ (დღემდე) არ გამხდარა იურ-

6 შალიკაშვილი მ., კრიმინოლოგია, მე-3 გამოც., თბ., 2017, 86-88; შალიკაშვილი მ., მიქანაძე გ., ხასია მ., სასჯელაღსრულების სამართალი, თბ., 2014, 423-450.

7 ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს 2014 წლის 15 ივლისის გადაწყვეტილება „აშლარბა საქართველოს წინააღმდეგ“, განაცხადი № 45554/08, II, 24.

8 იქვე, II, 24, 28.

9 შალიკაშვილი მ., კრიმინოლოგია, მე-3 გამოც., თბ., 2017, 97-99.

ისტების, ფსიქოლოგების და სოციოლოგების ინტენსიური მეცნიერული კვლევის ობიექტი. დიდი ხნის განმავლობაში სპეციალისტებმა არაფერი იცოდნენ ამ ფენომენის არსებობის და ფუნქციონირების შესახებ, შესაბამისად, ძნელი ხდება ამ კრიმინალურ ფენომენტთან ბრძოლის მექანიზმების შემუშავება;

- საბჭოთა კავშირში დანაშაული სახელმწიფო იდეოლოგიის მიხედვით იყო განმარტებული. იგი (დანაშაული) არსებობდა, როგორც კაპიტალიზმის გადმონაშთი და რომ იგი დროთა განმავლობაში საერთოდ გაქრებოდა. დანაშაულისადმი ამგვარი მიდგომა ხელს უშლიდა „კანონიერი ქურდის“ არსებობის შესახებ მეცნიერულ განმარტებებს. ეს ფაქტი, თავის მხრივ, ბრწყინვალედ იქნა გამოყენებული ორგანიზაცია „კანონიერი ქურდის“ მიერ, რომელიც უფრო ღრმად და წარმატებულად იჭრებოდა საბჭოთა საზოგადოებრივ ცხოვრებაში;
- საბჭოთა კავშირის მაღალჩინოსანთა კორუმპირებულობამ და კრიმინალურმა საქციელმა სრულიად დააკარგვინა საბჭოთა მოქალაქეს სახელმწიფოსადმი ნდობა. მას ერთმანეთისაგან ვეღარ გაერჩია ვინ იყო „კარგი“ და ვინ „ცუდი“. ყოველივეს შემხედვარემ, მან დაკარგა იმის უნარი, სახელმწიფო მოხელე ჩვეულებრივი დამნაშავისაგან გაერჩია. ამიტომ ხშირად მიმართავდა იგი ავტორიტეტულ დამნაშავეს მისთვის პრობლემური საკითხის გადაწყვეტისათვის. გასათვალისწინებელია ასევე ის გარემოება, რომ სასამართლო ერთ ჩვეულებრივ კორუფციულ სახელმწიფო ორგანოს წარმოადგენდა;
- საბჭოთა კავშირის ძალოვან სტრუქტურათა კორუმპიულობამ ნოყიერი ნიადაგი შექმნა „კანონიერი ქურდების“ გაძლიერებისათვის. კრიმინალები ძალოვანი სტრუქტურებისათვის თანხის მიცემით ახერხებდნენ, როგორც „სხოდკის“ მოწყობას და კრიმინალებისათვის ციხის პირობებში დახმარების გაწევას, ასევე თავს აღწევდნენ დაპატიმრებებს და აგრძელებდნენ თავის კრიმინალურ ცხოვრებას;
- საბჭოთა კავშირის მოქალაქემ მის მაღალჩინოსანთა შემხედვარემ ისწავლა, რომ იმისათვის, რომ კარგად ეცხოვრა უნდა მოეპარა, მოეტყუებინა და ეთაღლითა. შესაბამისად, ბევრი მათგანი იქნა დაპატიმრებული. არაოფიციალური მონაცემებით 50-იან წლებში 20 მილიონი, ხოლო 1961-1985 წლებში 30 მილიონი საბჭოთა მოქალაქე იხდიდა საბჭოთა ციხეებში სასჯელს. ციხეში ისინი ეცნობოდნენ და ბევრი მათგანი „მოიწამლა“ კიდეც, „კანონიერი ქურდების იდეოლოგიით“. მათ ერთგვარი „დამნაშავეთა უნივერსიტეტი“ დაამთავრეს, რომლის „ცოდნასაც“ ისინი ციხის დატოვების შემდეგ, ადამიანებთან ურთიერთობაში იყენებდნენ, ანუ მათმა ერთმა ნაწილმა „კანონიერი ქურდების“ ნორმებით და ქვევის წესებით დაიწყო ცხოვრება და საბჭოთა საზოგადოებაში დაამკვიდრა ცხოვრებისა და ქვევის კრიმინალური წესები;

- საბჭოთა ლიტერატურაში, კინოსა და მასობრივ მედიაში „კანონიერი ქურდები“ წარმოდგენილნი იყვნენ დადებით პიროვნებად. ამან ხელი შეუწყო მათ პოპულარიზაციას მოსახლეობაში. საბჭოთა ახალგაზრდა ორ ცხოვრებისეულ გზას ირჩევდა: სახელმწიფო აპარატში კარიერას ან „კანონიერ ქურდობას“;
- სტალინისტური გულაგი აღარ არსებობდა მხოლოდ ქაღალდზე, სინამდვილეში ციხის ცუდი პირობები და პატიმრებისადმი არაადამიანური დამოკიდებულება დღის წესრიგში იდგა. ციხის სისტემა რესოციალიზაციას კი არ უწყობდა ხელს, არამედ პატიმრის გაკრიმინალებას. ასე, რომ კრიმინალურ ორგანიზაცია „კანონიერ ქურდებს“ ყოველთვის ჰყავდათ რეზერვი, ის ყოფილი, თუ მოქმედი პატიმრები, ვინც განაწყენებული იყო საბჭოთა სასჯელაღსრულების სისტემაზე და თავის ადგილს ორგანიზაცია „კანონიერ ქურდებში“ პოულობდა;
- საბჭოთა კავშირში განხორციელებული ტერორი და კრიტიკულად განწყობილ მოქალაქეთა დევნა, მიმართული იყო ინტელიგენციისაკენ, ანუ სახელმწიფომ მოსპო საზოგადოების საღად მოაზროვნე ნაწილი, ის ვისაც უნარი გააჩნდა კრიტიკულად ეაზროვნა. გადარჩენილებს სახელმწიფო ძალადობის ისე ეშინოდათ, რომ ისინი იძულებულნი იყვნენ თავი შეეკავებინათ ან უნარი არ გააჩნდათ სახელმწიფოს თუ საზოგადოების ან „კანონიერი ქურდების“ იდეოლოგია გაეკრიტიკებინათ;
- კორუმპირებული სასამართლო სისტემა ქმნიდა მოსახლეობაში უსამართლობის გრძნობის ჩამოყალიბების მაღალ რისკს. საბჭოთა საიდუმლო სამსახურებმა იცოდნენ მოსამართლეთა კორუმპირებულობის შესახებ. ამის აღიარებას შეიძლება გამოეწვია საბჭოთა კავშირის იმიჯის საგრძნობი შელახვა და დაშლა. მოსახლეობაში სამართლიანობის გრძნობის დასაკმაყოფილებლად საბჭოთა საიდუმლო სამსახურები იძულებულნი იყვნენ შეექმნათ „კვაზი სასამართლო“ სისტემა „კანონიერი ქურდების“ სახით. სწორედ, „კანონიერი ქურდები“ უზრუნველყოფდნენ მოსახლეობაში სამართლიანობის განცდას საქმეების გარჩევით და კონფლიქტების მოგვარებით. აღნიშნულმა კი, ხელი შეუწყო საზოგადოებაში მათ პოპულარიზაციას;
- მეორე მსოფლიო ომში დაიღუპა რამდენიმე ათეულობით მილიონი საბჭოთა მოქალაქე. დაღუპულების შვილები დარჩნენ სოციალური კონტროლისა და ემოციური კავშირების გარეშე. შესაბამისად, ბევრი მათგანისთვის ციხე და „კანონიერი ქურდის“ იდეოლოგია იქცა „თავშესაფრის“ ერთადერთ საშუალებად. მე-20 საუკუნის 60-იანი წლების სტატისტიკის თანახმად, არასრულწლოვანთა სასჯელაღსრულების დაწესებულებაში მყოფი 200 ბავშვიდან 101 იზრდებოდა უმამოდ, 3 – უდედოდ, ხოლო 5 – ორივე მშობლის გარეშე“.

4. „კანონიერი ქურდების“ არსებობა 21-ე საუკუნეში

4.1. „კანონიერი ქურდების“ არსებობა საზოგადოებაში

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მონაცემებით ქურდული სამყაროს წევრობისთვის 2015 წლის მონაცემებით საერთო სასამართლოების სისტემაში სულ შესულია 9 საქმე, აქედან გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანით დამთავრდა 3, 2016 წლის მონაცემებით შესულია 11 საქმე, გამამტყუნებელი განაჩენით დამთავრდა 8, 2017 წელს გამამტყუნებელი განაჩენით დამთავრდა 13, 2018 წელს — 8, 2019 წელს — 15.

აღნიშნული სტატისტიკური მონაცემები ნათლად ცხადყოფს „კანონიერი ქურდების“ არსებობას. სტატისტიკური მონაცემების წარმოების დროს პრობლემას წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ ძალიან ძნელია მოსახლეობის მხრიდან ამ სახის დანაშაულის პოლიციაში შეტყობინება, რის გამოც „კანონიერი ქურდების“ ირგვლივ არსებული დანაშაული ლატენტურ ხასიათს ატარებს.

დანაშაულის ლატენტურ ხასიათზე მეტყველებს სატელეფონო საუბრის ფარული მიყურადებასა და ჩაწერაზე 2019 წლის შუამდგომლობების შესახებ სტატისტიკური მონაცემები. კერძოდ, ყველაზე მეტი ფარული მიყურადების შუამდგომლობა დაყენებული და დაკმაყოფილებულია სსკ 223¹ მუხლით გათვალისწინებულ დანაშაულზე (კანონიერი ქურდობა და ქურდული სამყაროს წევრობა). 2019 წელს განხილული 118 შუამდგომლობიდან დაკმაყოფილდა 94. მიუხედავად იმისა, რომ ეს საკმაოდ მაღალი მაჩვენებელია, მიუხედავად ამ ციფრებისა, დანაშაულის სტატისტიკა გვიჩვენებს, რომ „ქურდული სამყაროსთვის“ კარგად არის ცნობილი, რომ ისინი შედიან იმ რისკთა ჯგუფში, რომელთაც სახელმწიფო ყველაზე ხშირად უსმენს, შესაბამისად, ისინი ფრთხილად იქცევიან და იყენებენ კომუნიკაციის ახალ საშუალებებს, რის გამოც, ხშირ შემთხვევაში, ფარული მიყურადება უშედეგოდ მთავრდება და დანაშაულის შესახებ ინფორმაციის მიღება ვერ ხდება.

გერმანიის ბუნდესტაგმა 2016 წლის 19 ივლისს გამოსცა დოკუმენტი სახელწოდებით: *Russisch-eurasische organisierte Kriminalität in Gestalt der „Diebe im Gesetz“: Hintergrund und aktueller Sachstand* — რუსულ-ევრაზიული ორგანიზებული დანაშაული „კანონიერი ქურდების“ სახით: საფუძველი და აქტუალური მდგომარეობა.

დოკუმენტი აღწერს კრიმინალური ორგანიზაცია „კანონიერ ქურდებს“ და მათგან მომდინარე საფრთხეებს.¹⁰ დოკუმენტში აღნიშნულია, რომ კანონიერი ქურდები ევროპის სხვადასხვა ქვეყანაში (ესპანეთი,

10 Russisch-eurasische organisierte Kriminalität in Gestalt der „Diebe im Gesetz“. Hintergrund und aktueller Sachstand, Deutsche Bundestag, 2016, <<https://www.bundestag.de/resource/blob/438928/4a685ee0ff919d6567c7b80bfb711c3e/wd-7-112-16-pdf-data.pdf>> [20.12.2020].

საფრანგეთი, ავსტრია, იტალია, საბერძნეთი და გერმანია) ცხოვრობენ და თავიან უკანონო საქმიანობას ახორციელებენ. 2011 წელს გერმანიაში რუსულენოვანი ორგანიზებული დანაშაულებრივი ჯგუფების წინააღმდეგ 40 სისხლის სამართლის საქმე იქნა წარმოებული.¹¹

4.2. „კანონიერი ქურდების“ არსებობა პენიტენციურ სისტემაში

კრიმინალური ორგანიზაცია „კანონიერი ქურდები“ საკმაოდ დიდი გავლენით სარგებლობენ პენიტენციურ დაწესებულებებში. საბჭოთა კავშირის არსებობის დროის „კანონიერი ქურდები“ გამოიყენებოდნენ როგორც პოლიტიკური პატიმრების (საბჭოთა კავშირის მოწინააღმდეგეების) დასამორჩილებლად და მათზე შურისძიების გამოსაყენებლად, ასევე გადატვირთული ციხეების სამართავად.¹²

ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს მიერ განხილულ იქნა საქმე „ცინცაბაძე საქართველოს წინააღმდეგ“ (განაცხადი № 35403/06), რომელზეც გადაწყვეტილება 2011 წლის 15 თებერვალს იქნა გამოტანილი და სასამართლომ აღნიშნა საქართველოს პენიტენციურ სისტემაში „მაყურებლის“ ინსტიტუტების თაობაზე, რომელიც მსჯავრდებულებზე ზეწოლას ახდენდნენ. ამ გადაწყვეტილებაში აღინიშნა, რომ ციხეში პატიმრების მხრიდან „ზედამხედველების“ ორი ტიპი არსებობდა: „საკნის „მაყურებელი“ და შენობის „მაყურებელი“. საკნის „მაყურებელი“ სიტუაციას აკონტროლებდა საკანში იმის უზრუნველსაყოფად, რომ საკანში მყოფ პატიმრებს თავიანთი შესატანი დროულად გადაეხადათ, ხოლო შენობის „მაყურებელი“ უფრო მაღალ დონეზე მოქმედებდა და მთელს ციხეში „ობშიაკის“ შეგროვების პროცესს ზედამხედველობდა. არ იყო აუცილებელი, რომ „მაყურებელი“ მაფიის ბოსი ყოფილიყო... ის იყო გავლენიანი პატიმარი, რომლის ავტორიტეტს ციხის ადმინისტრაციაც პატივს სცემდა“.¹³

ბოლო წლებში საქართველოს სახალხო დამცველი ყოველწლიურ ანგარიშში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის შესახებ ხაზს უსვამს ქართულ პენიტენციურ დაწესებულებებში „კანონიერი ქურდების“ სტრუქტურული ერთეულის, მაყურებლების, არსებობას და მათ მიერ პატიმრებზე ზეწოლის ფაქტებს.

2018 წლის საქართველოს სახალხო დამცველის ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის შესახებ საპარლამენტო ანგარიშის

11 იქვე.

12 *Shalikhvili M.*, „Diebeim Gesetz“: Eine kriminelle Organisation im deutschen Jugendstrafvollzug? Die aus der ehemaligen UdSSR stammende kriminelle Organisation „Wor v Sakone“ - „Diebe im Gesetz“ und ihre subkulturelle Existenz unter russischsprachigen Gefangenen in einer deutschen Jugendstrafanstalt bei Hamburg. (Wissenschaftlicher Verlag), Berlin, 2009, 95-116.

13 ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს 2011 წლის 15 თებერვლის გადაწყვეტილება „ცინცაბაძე საქართველოს წინააღმდეგ“, განაცხადი № 35403/06, II. 68.

თანახმად, „2018 წელს განხორციელებული მონიტორინგების დროს მიღებული ინფორმაციით (პატიმრებთან და პენიტენციური დაწესებულებების თანამშრომლებთან გასაუბრება), დაწესებულებებში კვლავ მნიშვნელოვან გამოწვევად რჩება ციხის კრიმინალური სუბკულტურა და არაფორმალური მმართველობა. სპეციალურ პრევენციულ ჯგუფს მიაჩნია, რომ კრიმინალური სუბკულტურისა და არაფორმალური მმართველობის დასაძლევად, აუცილებელია მიზანმიმართული, კომპლექსური ღონისძიებების გატარება და შესაბამისი სტრატეგიის შემუშავება“.¹⁴

2019 წლის საქართველოს სახალხო დამცველის ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის შესახებ ანგარიშში კი ვკითხულობთ: „საანგარიშო პერიოდში პრობლემური იყო არაფორმალური მმართველობის გავლენა ამ მიმართებით. დაწესებულების პატიმართა გარკვეული ნაწილი აცხადებს, რომ საკანში განთავსების შემდეგ, „ციხის წესები“ და მათი უფლება-მოვალეობები მათ არაფორმალურმა მმართველებმა აუხსნეს და წესების დარღვევის შემთხვევაში, მოსალოდნელ შედეგებზეც გააფრთხილეს. კერძოდ, „მაყურებლები“ ახალ პატიმრებს აფრთხილებენ, რომ პრობლემის არსებობის შემთხვევაში, მათ მიმართონ და არა ადმინისტრაციას ან სახალხო დამცველის აპარატს“.¹⁵

იმავე 2019 წლის ანგარიშის მიხედვით, „№2 პენიტენციურ დაწესებულებაში კრიმინალური სუბკულტურის წარმომადგენლები თავისუფლად გადაადგილდებიან დაწესებულების ტერიტორიაზე, აკონტროლებენ პატიმრებს, აგროვებენ ე. წ. „საერთოს“, შედიან საკნებში და ურჩი პატიმრებს ფიზიკურად უსწორდებიან; ვინც არ დაემორჩილება მათ მოთხოვნებს, იმათ სოციუმიდან რიყავენ და სხვა კორპუსში გადაჰყავთ, პატიმრებს ართმევენ ოჯახის მიერ გამოგზავნილ ტანსაცმელს. ე. წ. „ციხის მაყურებლები“ სამეურნეო სამსახურში ჩარიცხული პატიმრის დახმარებით აკონტროლებენ პატიმრების ბარათებზე დარიცხულ თანხებს. ამისთვის აქვთ სპეციალური ჟურნალები, სადაც მითითებულია პატიმრის სახელი და გვარი, ბარათის შემოწმების დრო და ბარათზე დარიცხული თანხის ოდენობა“.¹⁶

5. „კანონიერი ქურდების“ გავლენა საზოგადოებრივ ცხოვრებაზე

ქურდული სამყაროს გავლენა საზოგადოებრივ ცხოვრებაზე დასტურდება როგორც ფარული მოსმენის სტატისტიკური მონაცემებით, ასევე ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს 2014 წლის

14 2018 წლის საქართველოს სახალხო დამცველის ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის შესახებ საპარლამენტო ანგარიში, 46.

15 2019 წლის საქართველოს სახალხო დამცველის ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის შესახებ საპარლამენტო ანგარიში, 75.

16 იგივე, 65.

გადაწყვეტილებებში „აშლარბა საქართველოს წინააღმდეგ“ მოყვანილი არგუმენტებით, სახალხო დამცველის საპარლამენტო ანგარიშებითა და ბოლო წლებში სისხლის სამართლის კოდექსში შესული დამატებებით.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსს 2018 წლის 18 აპრილს დაემატა სამი მუხლი, რომელიც პირდაპირ კავშირშია კრიმინალური ორგანიზაცია „კანონიერი ქურდების“ წინააღმდეგ ბრძოლასთან. კერძოდ, მუხლი 223². „ქურდულ შეკრებაში“ მონაწილეობა, მუხლი 223³. „ქურდული სამყაროს“ საქმიანობის მხარდაჭერა და მუხლი 223⁴. „ქურდული სამყაროს“ წევრისთვის/„კანონიერი ქურდისთვის“ მიმართვა ან ამ მიმართვის შედეგად მატერიალური სარგებლის ან მატერიალური უპირატესობის მიღება.

6. „კანონიერი ქურდების“ გავლენა პოლიტიკურ ცხოვრებაზე

საინტერესოა, რა შეიძლება იყოს „კანონიერი ქურდების“ ქვეყნის პოლიტიკურ ცხოვრებაზე გავლენის ერთ-ერთი წინაპირობა. დღეს არსებული მდგომარეობით საერთო სასამართლოების თბილისისა და დიდი ქალაქების საქალაქო სასამართლოების სამოქალაქო საქმეთა განმხილველ მოსამართლეებს ძალიან ბევრი საქმე აქვს. ხშირად, ერთი ჩვეულებრივი, მარტივი სახის საქმისთვის გადაწყვეტილების მიღებას მოდავე მხარეები წლები ელოდებიან. თუ საქმე ბიზნეს ქონების დაყადაღებას ეხება, ბიზნესი ზარალდება, როგორც დაყადაღებული ქონების გამოუყენებლობის, ასევე გრძელვადიანი დავის წარმოების გამო.

2019 კალენდარულ წელს თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიაში დაახლოებით 55 მოსამართლე იყო დასაქმებული. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სტატისტიკური მონაცემების მიხედვით, განსახილველ სამოქალაქო სამართლის საქმეთა რაოდენობა ამავე წელს შეადგინა 63407.¹⁷ ერთ მოსამართლეს განსახილველი ჰქონდა დაახლოებით 1000-1200 საქმე. ამ მონაცემებით ერთი საქმის განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღებისთვის მოსამართლეს აქვს საშუალოდ დღის მესამედი, ანუ 2-3 საათი.

სასამართლოს გადატვირთულობამ შეიძლება დღის წესრიგში დააყენოს კონფლიქტის მოგვარების ალტერნატიული საშუალებების გამოყენება, მათ შორის, კრიმინალური ავტორიტეტების ჩართვაც. ბიზნესმენი, რომელმაც იცის, რომ სასამართლოში დავა შეიძლება წლები გაგრძელდეს, ბევრი დრო და ფული დაეხარჯოს და ბიზნეს საქმიანობაშიც ხელი შეეშალოს, შეიძლება არჩიოს კრიმინალურ ავტორიტეტთან მიმართვა, თუ დავა მოკლე დროში და ნაკლები ხარჯით დასრულდება. აქვე ისიც არის გა-

17 <<http://www.supremecourt.ge>> [20.12.2020].

სათვალისწინებელი, რომ საქართველოს, როგორც ყოფილ საბჭოთა რესპუბლიკას საკმაოდ დიდი გამოცდილება ჰქონდა არაფორმალური, კრიმინალური ჯგუფების მიერ კონფლიქტების მოგვარების, საქმის გარჩევის.

შესაბამისად, სასამართლო გადატვირთულობამ და საქმეების განხილვის გაჭიანურებამ შეიძლება ხელი შეუწყოს კრიმინალური ავტორიტეტების პოლიტიკურ ცხოვრებაში ჩართულობას. რაც თავის მხრივ უფრო გააძლიერებს მათ გავლენას სახელმწიფო და საზოგადოებრივ სტრუქტურებზე.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, სსმ, 41(48), 13/08/1999.
2. საქართველოს კანონი „ორგანიზებული დანაშაულისა და რეკეტის შესახებ“, სსმ, 18, 09/07/2004.
3. *ბიორგო ტ.*, დანაშაულის პრევენცია. ყოვლისმომცველი მიდგომა, *ბახტაძე უ. (თარგმ.), შალიკაშვილი მ., გიორგაძე გ. (რედ.)*, თბ., 2019, 173.
4. *შალიკაშვილი მ.*, კრიმინოლოგია, მე-3 გამოც., თბ., 2017, 76, 86-88, 94-99.
5. *შალიკაშვილი მ., მიქანაძე გ., ხასია მ.*, სასჯელაღსრულების სამართალი, თბ., 2014, 423-450.
6. 2018 წლის საქართველოს სახალხო დამცველის ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის შესახებ საპარლამენტო ანგარიში, 46.
7. 2019 წლის საქართველოს სახალხო დამცველის ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის შესახებ საპარლამენტო ანგარიში, 65, 75.
8. ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს 2014 წლის 15 ივლისის გადაწყვეტილება „ამლარბა საქართველოს წინააღმდეგ“, განაცხადი № 45554/08, II. 22, 23, 24, 28.
9. ევროპის ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლოს 2011 წლის 15 თებერვლის გადაწყვეტილება „ცინცაბაძე საქართველოს წინააღმდეგ“, განაცხადი № 35403/06, II. 68.
10. Russisch-eurasische organisierte Kriminalität in Gestalt der „Diebe im Gesetz“. Hintergrund und aktueller Sachstand, Deutsche Bundestag, 2016, <<https://www.bundestag.de/resource/blob/438928/4a685ee0ff919d6567c7b80bfb711c3e/wd-7-112-16-pdf-data.pdf>> [20.12.2020].
11. *Shalikashvili M.*, „Diebe im Gesetz“: Eine kriminelle Organisation im deutschen Jugendstrafvollzug? Die aus der ehemaligen UdSSR stammende kriminelle Organisation „Wor v Sakone“ - „Diebe im Gesetz“ und ihre subkulturelle Existenz unter russischsprachigen Gefangenen in einer deutschen Jugendstrafanstalt bei Hamburg. (Wissenschaftlicher Verlag), Berlin, 2009, 95-116.
12. <<http://www.supremecourt.ge>> [20.12.2020].

კონსტიტუციით გარანტირებული ადამიანის უფლებების დაცვა ეროვნული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის მექანიზმების გამოყენებით

1. შესავალი

XXI საუკუნეში მსოფლიოს სხვადასხვა კუთხეში ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების სისტემატურმა დარღვევამ, მძიმე პოლიტიკურმა, ეკონომიკურმა და სოციალურმა მდგომარეობამ, შეძრა საერთაშორისო თანამეგობრობა.¹ ამის ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი იყო ხარვეზიანი ეროვნული მართლმსაჯულება, რომელმაც ვერ განახორციელა სათანადო ზომები ქვეყნის შიგნით ჩადენილ დარღვევებზე პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად. საერთაშორისო თანამეგობრობის მიზანია სახელმწიფოში დროულად გატარდეს სისხლისსამართლებრივი და საერთაშორისო-სამართლებრივი ზომები კონსტიტუციით გარანტირებული ადამიანის ფუნდამენტური უფლებებისა და თავისუფლებების დასაცავად, როგორებიცაა: სიცოცხლის უფლება, თავისუფლების და კანონის წინაშე თანასწორობის უფლება, პატივისა და ღირსების ხელშეუვალობის უფლება, დისკრიმინაციის აკრძალვა, სიტყვის, აზრის, სინდისის, აღმსარებლობისა და რწმენის თავისუფლება, წამების ან სხვაგვარი არაჰუმანური მოპყრობის აკრძალვა და სხვა. სამართლებრივი სახელმწიფოს ვალდებულებაა უზრუნველყოს ადამიანის უფლებების დაცვის მექანიზმები, ვინაიდან მას აქვს ძალაუფლების მონოპოლია.² სახელმწიფოს სუვერენული უფლებაა, გამოიძიოს მის ტერიტორიაზე ჩადენილი დანაშაულები, საერთაშორისო სამართლის ელემენტების ინტერვენციის გარეშე.³

* სამართლის დოქტორი, კიოლნის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პოსტ-დოქტორანტი; ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტ-პროფესორი.

1 იხ. *დგებუაძე გ.*, დანაშაულის ინდივიდუალური შერაცხვის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ., 2017, 15-23.

2 შუად. *ტურავა მ.*, მუხლი 42 – სამართლიანი სასამართლოს უფლება, კრებულში: *ტურავა პ. (რედ.)*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. თავი მეორე. საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბ., 2013, 517-518.

3 შუად. *Schabas W. A.*, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, 447. *დგებუაძე გ.*, სისხლის სამართლის საერთაშორისო მართლმსაჯულების ზეგავლენა ეროვნულ სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემაზე: კომპლემენტარულობის პრინციპი — ეროვნული

ეს უფლება ხშირად გამოიყენება საერთაშორისო მართლმსაჯულებისგან თავის დასაღწევად.⁴ საერთაშორისო თანამეგობრობა ადამიანის უფლებების დაცვას ცდილობს საერთაშორისო სამართლის და მართლმსაჯულების განმახორციელებელი სისხლის სამართლის საერთაშორისო მექანიზმებით, კერძოდ, საერთაშორისო სისხლის სამართლისა და საერთაშორისო სამართლის მექანიზმების ურთიერთქმედებით, ადამიანის უფლებების დაცვის ეროვნულ და საერთაშორისო სისხლის სამართლებრივ მექანიზმებს შორის ზღვარის გაკლებით.

2. საერთაშორისო სამართლის მექანიზმი

ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დაცვის საერთაშორისო სისხლის სამართლებრივი მექანიზმ(ებ)ი საერთაშორისო სამართალში ადრეულ პერიოდში არ იყო განვითარებული, იგი დამოუკიდებლად მოქმედებდა. საერთაშორისო სამართლის სუბიექტი ისტორიულად იყო სახელმწიფო და სამთავრობოთაშორისო ორგანიზაციები.⁵ ინდივიდების მიმართ საერთაშორისო-სამართლებრივი ნორმების გამოყენება შესაძლებელი იყო, თუმცა პასუხისმგებლობის ინდივიდუალიზაცია არ ხდებოდა.⁶ ინდივიდები არ არიან, პირდაპირი გაგებით, საერთაშორისო სამართლის სუბიექტები. ინდივიდუალურ პასუხისმგებლობას აფუძნებს თვითონ სამართლებრივი ნორმები.⁷ კერძოდ, საერთაშორისო სამართალში ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დაცვის საერთაშორისო სისხლის სამართლებრივი მექანიზმები ვითარდება, იმის ხაზგასმით, რომ მხოლოდ სახელმწიფო არ არის პასუხისმგებელი „საერთაშორისო არეულობისათვის“.⁸

მართლმსაჯულების მხარდაჭერა თუ „დისკრეციული ინტერვენცია“?, კრებულში: *თუმანიშვილი გ., ჯიშკარიანი ბ., შრამი ე. (რედ.)*, ევროპული და საერთაშორისო სამართლის ზეგავლენა ქართულ სისხლის საპროცესო სამართალზე, მერიდიანი, თბ., 2019, 717-718.

- 4 შუად. *Luban D.*, *The Enemy of All Humanity*, კრებულში: *Heller K. J., Megret F., Nouwen S. MH, Ohlin J. D., Robinson D. (eds.)*, *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 572-573.
- 5 იხ. *Bassiouni Ch. M.*, *Introduction to International Criminal Law: 2nd Revised Ed.*, Leiden, 2013, 59; *ალექსიძე ლ.*, თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, თბ., 2014, 8.
- 6 შუად. *Foakes J.*, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 181-183.
- 7 შუად. *O'Shea A. G.*, *Individual Criminal Responsibility*, კრებულში: *Wolfrum R. (ed.)*, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. V, Oxford University Press, Oxford, 2012, 142-143.
- 8 შუად. *O'Shea A. G.*, *Individual Criminal Responsibility*, კრებულში: *Wolfrum R. (ed.)*, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. V, Oxford University Press, Oxford, 2012, 145; *ალექსიძე ლ.*, თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, თბ., 2014, 197; *დგებუაძე გ.* დანაშაულის ინდივიდუალური პერსონის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ. 2017, 21-22.

საერთაშორისო სამართალში მოქმედებს სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის ფუნდამენტური პრინციპი, რომლის მიხედვითაც, „ყოველი სახელმწიფო ვალდებულია განახორციელოს თავისი სისხლის სამართლის იურისდიქცია იმ პირებზე, რომელთაც ეკისრებათ პასუხისმგებლობა საერთაშორისო დანაშაულთა ჩადენისათვის“.⁹ ერთი მხრივ, საერთაშორისო სამართალი საერთაშორისო დანაშაულის ცნებას ქმნის ინდივიდების სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისათვის, დამოუკიდებლად, ეროვნული სისხლის სამართლის ინტერვენციის გარეშე.¹⁰ თუმცა, მეორე მხრივ, სისხლის სამართლის ინტერვენციით ხორციელდება დანაშაულის ინდივიდუალური შერაცხვა — ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაფუძნება, ვინაიდან საერთაშორისო სამართალი მის მიერ განსაზღვრული ქმედების დასჯას სისხლის სამართლის მეშვეობით უზრუნველყოფს.¹¹

3. მართლმსაჯულების განმახორციელებელი სისხლის სამართლის საერთაშორისო მექანიზმი

საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული ნორმების მძიმე დარღვევამ სისხლის სამართლის საერთაშორისო მართლმსაჯულების განხორციელების თავისებური სისტემის ჩამოყალიბება გამოიწვია.¹² ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დაცვის მართლმსაჯულების განმახორციელებელ საერთაშორისო „მექანიზმს“ საერთაშორისო სისხლის სამართალი წარმოადგენს, რომელიც ოთხ მნიშვნელოვან სფეროს არეგულირებს. პირველი განსაზღვრავს სახელმწიფოთა სისხლის სამართლის იურისდიქციის განხორციელების ფარგლებს და მოიცავს ტერიტორიულობის, აქტიური და პასიური პერსონალურობის, დაცვის, მონაცვლეობითი მართლმსაჯულებისა და უნივერსალურობის სისხლის სამართლის საერთაშორისო პრინციპებს.¹³ მეორე არეგულირებს სის-

9 იხ. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წესდება — რომის სტატუტი, პრეამბულა, პარ. 6.

10 შუად. Waller J. E., *The Ordinarity of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Collective Violence*, კრებულში: *Smeulers A. (ed.), Collective Violence and International Criminal Justice, An Interdisciplinary Approach*, Antwerp, Intersentia, 2010, 8.

11 დაწ. იხ. დგებუაძე გ., დანაშაულის ინდივიდუალური შერაცხვის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ., 2017, 24-28.

12 იხ. დგებუაძე გ., სისხლის სამართლის საერთაშორისო მართლმსაჯულების მოდელები – სამართლიანობის ადდგენის მექანიზმები, კრებულში: *თუმანიშვილი ბ., ჯიშკარიანი ბ., შრამი ე. (რედ.), ევროპული და საერთაშორისო სამართლის ზეგავლენა ქართულ სისხლის საპროცესო სამართალზე*, თბ., 2019, 739-750.

13 დაწ. იხ. ტურავა მ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოც, თბ., 2013, 42-54; *Krefß C., Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de droit international*, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 563-576.

ხლის სამართლის საქმეებზე სახელმწიფოთა ურთიერთთანამშრომლობისა და ურთიერთდახმარების საკითხებს, სისხლისსამართლებრივ დახმარებას საერთაშორისო ხასიათის საკითხებზე სხვადასხვა მიმართულებით. მაგალითად, ექსტრადიციის, განაჩენთა აღსრულებისა და სხვა საკითხებზე. მესამე ეხება ტრანსნაციონალურ სისხლის სამართალს – ტრანსნაციონალური ხასიათის ე. წ. „ხელშეკრულებით“ დანაშაულებს. მაგალითად, ტერორიზმი, კიბერდანაშაული, კორუფცია, წამება და სხვა. მეოთხე არეგულირებს საერთაშორისო (სუპრანაციონალურ) სისხლის სამართალს, რომელიც იცავს საერთაშორისო თანამეგობრობის ფუნდამენტურ ფასეულობებს, როგორცაა საერთაშორისო მშვიდობა, კეთილდღეობა და უშიშროება.¹⁴

4. საერთაშორისო სისხლის სამართლის და საერთაშორისო სამართლის მექანიზმების ურთიერთქმედება

ადამიანის უფლებების დარღვევაზე სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაფუძნებით საერთაშორისო სისხლის სამართალმა მოახდინა ინდივიდთა ვალდებულებების იდენტიფიკაცია საერთაშორისო სამართალში. სახელმწიფოს მართავენ ინდივიდები, როგორც აბსტრაქტულ ორგანიზაციას. შესაბამისად, მათ უნდა უზრუნველყონ საერთაშორისო სამართლით გათვალისწინებული ადამიანის უფლებების დაცვის ვალდებულება.¹⁵ მიუხედავად იმისა, რომ საერთაშორისო სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის სუბიექტს ინდივიდი წარმოადგენს,¹⁶ ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის დაფუძნებისას საერთაშორისო სისხლის სამართალი, მათ შორის, აანალიზებს სახელმწიფოს ქმედებას.¹⁷ კერძოდ, გენოციდის, ომისა და ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებს შესაძლოა ჰქონდეს სახელმწიფოებრივი წარმომადგენლობის ელემენტები¹⁸, მაგრამ ამ მხრივ განსაკუთრებით, აღსანიშნავია

14 საერთაშორისო სისხლის სამართლის აღნიშნული ოთხი მიმართულების შესახებ, მის ცნებასა და არსზე იხ. *Kreß C.*, International Criminal Law, კრებულში: *Wolfrum R. (ed.)*, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. V, Oxford University Press, Oxford, 2012, 717-732, დაწ. პარ. 1-14; *ტურავა მ.*, საერთაშორისო სისხლის სამართლის საფუძვლები, თბ., 2015, 1-13; *დგებუაძე გ.*, დანაშაულის ინდივიდუალური შერაცხვის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ., 2017, 15-16.

15 იხ. *Simbeye Y.*, Immunity and International Criminal Law, Ashgate, Aldershot, 2004, 71-72.

16 შუად. *Cryer R., Robinson D., Vasiliev S.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 4th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 7-8.

17 შუად. *Sunga L. S.*, Individual Responsibility in International Criminal Law for Serious Human Rights Violations, Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, 16-17. მაგალითად, თუ რამდენად ჰქონდა მას საომარი მოქმედებების დაწყების უფლება (*jus ad bellum*) და რამდენად დაიცვა ომის სამართალი (*jus in bello*), რომლისთვისაც არსებობს, ასევე, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართალი.

18 იხ. *Fletcher G. P.*, The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt, 111 The Yale Law Journal, 2002, 1514-1526.

სახელმწიფოს მაღალი თანამდებობის პირების მიერ ჩადენილი აგრესიის დანაშაული, რომელიც მიმართულია სხვა სახელმწიფოს სუვერენიტეტის, ტერიტორიული მთლიანობის ან პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ¹⁹.²⁰

საერთაშორისო სამართალი სახელმწიფოზე პასუხისმგებლობის დაკისრებისას, მათ შორის, ითვალისწინებს ინდივიდუალური სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრებას საერთაშორისო დანაშაულის ჩადენისათვის. ასეთი ვალდებულების შეუსრულებლობისთვის საერთაშორისო სისხლის სამართალიც როდესაც აწესებს ინდივიდუალურ (და არა კოლექტიურ) სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობას, ეს გავლენას „არ ახდენს საერთაშორისო სამართლით გათვალისწინებულ სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობაზე“²¹.²² სახელმწიფოს ვალდებულების შეუსრულებლობამ შეიძლება, ერთი მხრივ, გამოიწვიოს უშუალოდ სახელმწიფოს საერთაშორისო-სამართლებრივი და, მეორე მხრივ, სახელმწიფოს სახელით მოქმედი ინდივიდის საერთაშორისო სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა.²³

5. სად გადის ზღვარი ადამიანის უფლებების დაცვის ეროვნულ და საერთაშორისო სისხლისსამართლებრივ მექანიზმებს შორის?

ეროვნული სისხლის სამართლის სუვერენიტეტის მთავარი გარანტიორი თავად საერთაშორისო სისხლის სამართალია. სწორედ იგი,

19 დაწ. იხ. ტურავა მ., დგებუაძე გ., აგრესიის დანაშაულის კომენტარების მიმოხილვა, „სამართლის ჟურნალი“, № 2, 2018, 335-354; კრესი კ., აგრესიის დანაშაულზე სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს იურისდიქციის ამოქმედების შესახებ, დგებუაძე გ. (თარგმ.), „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი“, № 2, 2018, 7-26; Krefß C., On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression, 16 Journal of International Criminal Justice, 2018, 1-17; Krefß C., The State Conduct Element, კრებულში: Krefß C., Barriga St. (ed.), Crime of Aggression Library, The Crime of Aggression: A Commentary, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 412, 418-421.

20 იხ. დგებუაძე გ., დანაშაულის ინდივიდუალური შერაცხვის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ., 2017, 20-22.

21 იხ. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წესდება — რომის სტატუტის 25(4)-ე მუხლი.

22 შეად. Schabas W. A., El Zeidy M. M., Article 17, Issues of Admissibility, კრებულში: Triffterer O., Ambos K. (ed.), The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, C.H. Beck.hart.Nomos., München, 3rd ed., 2016, 786-787; Schabas W. A., The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford, 2nd ed., 2016, 447. დგებუაძე გ., დანაშაულის ინდივიდუალური შერაცხვის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ., 2017, 20-28, 72-82.

23 იხ. დგებუაძე გ., დანაშაულის ინდივიდუალური შერაცხვის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ., 2017, 20-23.

კომპლემენტარულობის პრინციპზე დაყრდნობით, ადგენს ეროვნული სისხლის სამართლისა და საერთაშორისო სისხლის სამართლის მოქმედების ფარგლებს.²⁴ ასეთი „მექანიზმის“ არსებობა აუცილებელია, ჰორიზონტალური გაგებით, სახელმწიფოთა შორის იურისდიქციის ან, ვერტიკალური გაგებით, ეროვნულ და საერთაშორისო დონეზე გამოძიებისა და სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების საკითხის გადასაწყვეტად.²⁵ კერძოდ, ეროვნულ საფეხურზე კონკრეტული საქმის გამოკვლევის შემდეგ, საერთაშორისო სისხლის სამართალი, მართლმსაჯულების საუკეთესო განხორციელების მიზნით, საერთაშორისო თანამეგობრობის — სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს მანდატით იღებს გადაწყვეტილებას თუ რომელ დონეზეა (ეროვნულ/საერთაშორისო) მიზანშეწონილი საქმის განხილვა.^{26, 27}

თუ კონკრეტული საკითხი არ ან ვერ წყდება ეროვნულ დონეზე (მაგალითად, სახელმწიფო ვერ იძიებს მის ტერიტორიაზე ჩადენილ დანაშაულებს, რაც მისი სუვერენული უფლებაა²⁸), იგი შესაძლოა გახდეს საერთაშორისო სისხლის სამართლის განხილვის საგანი. ასეთი გადაწყვეტილება საერთაშორისო სისხლის სამართალში მიიღება დანაშაულის ჩადენის განმაპირობებელი პოლიტიკური, სოციალური, ეკონომიკური, კულტურული ან/და სხვა გარემოებების შეფასების შემდეგ, ეროვნული სისხლის სამართლისგან განსხვავებით, სადაც გამოძიება იწყება კონკრეტულ შემთხვევაზე (დანაშაულზე).²⁹

24 შუად. *Stahn C.*, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 221. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წესდების — რომის სტატუტის პრეამბულის მე-10 პარაგრაფისა და პირველი მუხლის მიხედვით, სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო „წარმოადგენს ეროვნული სისხლის სამართლის იურისდიქციის დამატებას“. ეს დებულება, ასევე, ხაზგასმულია მე-17 მუხლის პირველ პუნქტში.

25 შუად. *Schabas W. A.*, *El Zeidy Mohamed M.*, Article 17, *Issues of Admissibility*, კრებულში: *Triffterer O.*, *Ambos K.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, 3rd ed., C.H. Beck.hart.Nomos., München, 2016, 783-784.

26 იხ. *ტურავა მ.*, საერთაშორისო სისხლის სამართლის საფუძვლები, თბ., 2015, 63-67.

27 დაწ. იხ. *დგებუაძე გ.*, სისხლის სამართლის საერთაშორისო მართლმსაჯულების ზეგავლენა ეროვნულ სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემაზე: კომპლემენტარულობის პრინციპი — ეროვნული მართლმსაჯულების მხარდაჭერა თუ „დისკრეციული ინტერვენცია“?, კრებულში: *თუმანიშვილი გ.*, *ჯიშკარიანი ბ.*, *მრამი ე.* (რედ.), *ევროპული და საერთაშორისო სამართლის ზეგავლენა ქართულ სისხლის საპროცესო სამართალზე*, მერიდიანი, თბ., 2019, 716-718.

28 შუად. *Schabas W. A.*, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, 447.

29 შუად. *Ambos K.*, *Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to the 'Most Responsible'*, კრებულში: *Nollkaemper A.*, *Van der Wilt H.* (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 128; დაწ. იხ. *დგებუაძე გ.*, დანაშაულის ინდივიდუალური პერსონის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და

6. დასკვნა

ადამიანის უფლებების დაცვის სისხლისსამართლებრივი მექანიზმების პროდუქტიულობა მათ სწორ გამოყენებაზეა დამოკიდებული. საერთაშორისო (სისხლის) სამართლის სუბიექტის მიერ მათი იმპლემენტაცია უნდა მოხდეს მაქსიმალური სიფრთხილით, ენდემური გარემოებების გათვალისწინებით, რომ გამოირიცხოს ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების შემთხვევები. ეროვნულ დონეზე, ძირითადად, კონსტიტუციით გარანტირებული ადამიანის უფლებების დარღვევას არ უნდა მიეცეს კანონიერი სახე ისეთი მიზეზების ფორმირებით, როგორებიცაა: „სახელმწიფო ინტერესის“ დაცვა, „დემოკრატიის“ აღდგენა, „საჭირო“ ღონისძიებების გატარება და სხვა.³⁰ ამ საფრთხეებისა და ადამიანის უფლებების დარღვევის სიმძიმის მიუხედავად, უპირველეს ყოვლისა, ეროვნულ მექანიზმს უნდა მიენიჭოს უპირატესობა. ეროვნულ მართლმსაჯულებაში პირდაპირი „ინტერვენცია“ მხოლოდ განსაკუთრებულ შემთხვევაში უნდა მოხდეს, თუ საერთაშორისო (სისხლის) სამართლის სუბიექტს არ სურს ან არ შესწევს უნარი სწორად გამოიყენოს სისხლისსამართლებრივი მექანიზმები, როდესაც ადამიანის უფლებების დარღვევა კომპლექსურ, ფართომასშტაბიან, სისტემატურ და სისტემურ ხასიათს იძენს. საერთაშორისო (სისხლის) სამართლის გავლენა ეროვნულ სისხლის სამართალზე უდავოა. პრაქტიკულად, იგი ემსახურება ეროვნული მართლმსაჯულების მხარდაჭერას, თუმცა, შესაძლოა, კონკრეტული მიზნების მისაღწევად, ეროვნულ სისხლის სამართალში „დისკრეციული ინტერვენციის“ საშუალებაც გახდეს, იმის გათვალისწინებით, რომ სისხლის სამართლის ეროვნულ და საერთაშორისო მართლმსაჯულებას შორის საქმის წარმოებაში მიღების ელემენტები მკაცრად დადგენილი არაა. საერთაშორისო სისხლის სამართლის ასეთი „დისკრეციული ინტერვენციის“ შესაძლებლობას თავად სახელმწიფოებიც აცნობიერებენ. მთავარია, იგი არ ემსახურებოდეს საერთაშორისო თანამეგობრობის კონკრეტული ჯგუფების ინტერესებს და იცავდეს ეროვნული სისხლის სამართლის სუვერენიტეტს, აუცილებლობის შემთხვევაში, საერთაშორისო მართლმსაჯულების აღსრულებისათვის მყარი გარანტიების შესაქმნელად.³¹

გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ., 2017, 24-25.

30 შეად. *Kreß C.*, *The State Conduct Element*, კრებულში: *Kreß C., Barriga St. (eds.)*, *Crime of Aggression Library, The Crime of Aggression: A Commentary*, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 502-507.

31 დაწ. იხ. *დგებუაძე გ.*, სისხლის სამართლის საერთაშორისო მართლმსაჯულების ზეგავლენა ეროვნულ სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემაზე: კომპლემენტარულობის პრინციპი — ეროვნული მართლმსაჯულების მხარდაჭერა თუ „დისკრეციული ინტერვენცია“?, კრებულში: *თუმანიშვილი გ., ჯიშკარიანი ბ., შრამი ე. (რედ.)*, *ევროპული და საერთაშორისო სამართლის ზეგავლენა ქართულ სისხლის საპროცესო სამართალზე*, თბ., 2019, 716-736.

ბიბლიოგრაფია:

1. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წესდება — რომის სტატუტი, 17/07/1998.
2. *ალექსიძე ლ.*, თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, თბ., 2014, 8.
3. *დგებუაძე გ.*, დანაშაულის ინდივიდუალური შერაცხვის მოდელი საერთაშორისო სისხლის სამართალში და მისი განვითარება ანგლოამერიკული და გერმანული სისხლის სამართლის სისტემების ზეგავლენით, თსუ, თბ., 2017, 15-23, 20-28, 72-82.
4. *დგებუაძე გ.*, სისხლის სამართლის საერთაშორისო მართლმსაჯულების ზეგავლენა ეროვნულ სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემაზე: კომპლემენტარულობის პრინციპი — ეროვნული მართლმსაჯულების მხარდაჭერა თუ „დისკრეციული ინტერვენცია“?, კრებული: *თუმანიშვილი გ., ჯიშკარიანი ბ., შრამი ე. (რედ.)*, ევროპული და საერთაშორისო სამართლის ზეგავლენა ქართულ სისხლის საპროცესო სამართალზე, „მერიდიანი“, თბ., 2019, 716-736, 739-750.
5. *კრესი კ.*, აგრესიის დანაშაულზე სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს იურისდიქციის ამოქმედების შესახებ, *დგებუაძე გ. (თარგმ.)*, „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი“, № 2, 2018, 7-26.
6. *ტურავა მ.*, *დგებუაძე გ.*, აგრესიის დანაშაულის კომენტარების მიმოხილვა, „სამართლის ჟურნალი“, № 2, 2018, 335-354.
7. *ტურავა მ.*, მუხლი 42 — სამართლიანი სასამართლოს უფლება, კრებული: *ტურავა პ. (რედ.)*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. თავი მეორე. საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბ., 2013, 517-518.
8. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოც, თბ., 2013, 42-54.
9. *ტურავა მ.*, საერთაშორისო სისხლის სამართლის საფუძვლები, თბ., 2015, 1-13, 63-67.
10. *Ambos K.*, Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to the ‘Most Responsible’, კრებული: *Nollkaemper A., Van der Wilt H. (eds.)*, System Criminality in International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 128.
11. *Bassiouni Ch. M.*, Introduction to International Criminal Law: 2nd Revised Ed., Leiden, 2013, 59.
12. *Cryer R., Robinson D., Vasiliev S.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, Cambridge, 4th ed., 2019, 7-8.
13. *Foakes J.*, The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2014, 181-183.

14. *Fletcher G. P.*, The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt, 111 *The Yale Law Journal*, 2002, 1514-1526.
15. *Kreß C.*, Universal Jurisdiction over International Crimes and the *Institut de droit international*, *Journal of International Criminal Justice*, 2006, 563-576.
16. *Kreß C.*, International Criminal Law, კრებულში: *Wolfrum R. (ed.)*, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. V, Oxford University Press, Oxford, 2012, 717-732.
17. *Kreß C.*, On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression, 16 *Journal of International Criminal Justice*, 2018, 1-17.
18. *Kreß C.*, The State Conduct Element, კრებულში: *Kreß C., Barriga St. (ed.)*, Crime of Aggression Library, The Crime of Aggression: A Commentary, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 412, 418-421, 502-507.
19. *Luban D.*, The Enemy of All Humanity, კრებულში: *Heller K. J., Megret F., Nouwen S. MH, Ohlin J. D., Robinson D. (eds.)*, The Oxford Handbook of International Criminal Law, Oxford University Press, Oxford, 2020, 572-573.
20. *O'Shea A. G.*, Individual Criminal Responsibility, კრებულში: *Wolfrum R. (ed.)*, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. V, Oxford University Press, Oxford, 2012, 142-143.
21. *Schabas W. A.*, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, 447.
22. *Schabas W. A., El Zeidy M. M.*, Article 17, Issues of Admissibility, კრებულში: *Triffterer O., Ambos K. (eds.)*, The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, 3rd ed., C.H.Beck.hart.Nomos., München, 2016, 783-784, 786-787;
23. *Simbeye Y.*, Immunity and International Criminal Law, Ashgate, Aldershot, 2004, 71-72.
24. *Stahn C.*, A Critical Introduction to International Criminal Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 221.
25. *Sunga L. S.*, Individual Responsibility in International Criminal Law for Serious Human Rights Violations, Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, 16-17.
26. *Waller James E.*, The Ordinarity of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Collective Violence, კრებულში: *Smeulers A. (ed.)*, Collective Violence and International Criminal Justice, An Interdisciplinary Approach, Antwerp, Intersentia, 2010, 8.

თვითაცილების ინსტიტუტის მნიშვნელობა მოსამართლის დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის ევროპული სტანდარტის დაცვის ჭრილში

ნაშრომის მიზანია მოსამართლის დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის ევროპული სტანდარტის მნიშვნელობის თეორიული და პრაქტიკული გააზრება. დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა ერთმანეთისაგან განსხვავებული, მაგრამ მჭიდროდ ურთიერთდაკავშირებული ცნებებია. მიუკერძოებლობის აუცილებელ წინაპირობას მოსამართლის დამოუკიდებლობა წარმოადგენს, თუმცა, დამოუკიდებელი სამართალშემფარდებელი აპრიორი არ გულისხმობს მიუკერძოებელს.

სტატიაში განხილულია მოსამართლის დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის ევროპული სტანდარტის ამსახველი როგორც შიდასახელმწიფოებრივი, ასევე საერთაშორისო აქტები, რომელთაგან ერთერთ უმნიშვნელოვანესს სამოსამართლო ქცევის ბანგალორის პრინციპები წარმოადგენს. ნაშრომში ასევე გაანალიზებულია როგორც საქართველოს საერთო სასამართლოების, ისე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული გადაწყვეტილებები, შეფასებულია მოსამართლის თვითაცილების, როგორც მიუკერძოებელი და ობიექტური მართლმსაჯულების განხორციელების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ბერკეტის გამოყენების საკითხი. თვითაცილების ინსტიტუტის მეცნიერული ანალიზის შედეგად აშკარა ხდება თუ რა შემთხვევებშია აღნიშნული მექანიზმი მოსამართლის მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის გარანტი და რა ვითარებაში შეიძლება იქცეს იგი მართლმსაჯულების განხორციელებაზე უარის თქმის საშუალებად.

ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, ნაშრომს გააჩნია როგორც თეორიული, აგრეთვე პრაქტიკული ღირებულება. „მიზეზი, თუ რატომ არის სასამართლოს დამოუკიდებლობა ასეთი მნიშვნელოვანი საზოგადოებისათვის, ისაა, რომ საზოგადოება მხოლოდ მაშინაა თავისუფალი, როდესაც მასში სამართალი და კანონი ბატონობს.“

საკვანძო სიტყვები: თვითაცილების ინსტიტუტი, მოსამართლის დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის სტანდარტი.

* აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი, სამართლის დოქტორი. გორის რაიონული სასამართლოს მოსამართლე.

„მთავარი მორალური ვალდებულება, რომელიც მოსამართლეს აკისრია, ეს არის დემოკრატიულ საზოგადოებაში ცხოვრების ვალდებულება და დემოკრატიული საზოგადოების ამ მოთხოვნის შესრულება. თუ მოსამართლე გრძნობს, რომ ეს მის ძალებს აღემატება, მაშინ უარი უნდა თქვას მანტიაზე!“

ანტონინ სკალია —
აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლე, 1986 წ.

1. შესავალი

სამართლებრივი სახელმწიფოს ერთ-ერთ დამახასიათებელ ნიშანთვისებას სასამართლო სისტემის გამართული ფუნქციონირება წარმოადგენს. ობიექტური მართლმსაჯულების განხორციელების და საზოგადოებაში სამართლიანობის გრძნობის განმტკიცებისათვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება მოსამართლის დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის მაღალი სტანდარტის დამკვიდრებას.

„მიზეზი, თუ რატომ არის სასამართლოს დამოუკიდებლობა ასეთი მნიშვნელოვანი საზოგადოებისათვის ისაა, რომ საზოგადოება მხოლოდ მაშინაა თავისუფალი, როდესაც მასში სამართალი და კანონი ბატონობს — კანონი, რომელიც ერთნაირად ზღუდავს მათაც, ვინც მართავს, და მათაც, ვისაც მართავენ, რომელიც მიუკერძოებლად გამოიყენება და რომლის წინაშეც თანასწორია ყველა ისიც, ვისაც ესაჭიროება კანონით დადგენილი დამცავი საშუალებები და ისიც, ვისგან დასაცავადაცაა მოწოდებული ეს საშუალებები. რა ბუნდოვანიც არ უნდა იყოს წარმოდგენა იმის თაობაზე, თუ რა არის სამართლის უზენაესობა, და რამდენად გაურკვევლადაც არ უნდა იყოს ჩამოყალიბებული კანონის ბატონობის შესახებ აზრი, მისკენ მიილტვის უკლებლივ ყველა ადამიანი — ქალი იქნება თუ კაცი. მისი განხორციელება კი იმაზეა დამოკიდებული, რამდენად მიუკერძოებლად აღასრულებენ კანონს მოსამართლეები. ამ საპასუხისმგებლო ფუნქციის შესრულებისათვის საჭიროა, რომ მოსამართლეები დამოუკიდებლები იყვნენ და აღიქმებოდნენ ასეთებად.“¹

დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა განსხვავებული დატვირთვის მატარებელი, თუმცა, მჭიდრო კავშირში მყოფი ცნებებია. სახელ-

1 Sir Brennan G., Chief Justice of Australia, Judicial Independence, The Australian Judicial Conference, Canberra, 2 November 1996, <www.hcourt.gov.au> [13.03.2020].

დობრ: დამოუკიდებლობა მიუკერძოებლობის არსებობისათვის აუცილებელი წინაპირობაა, თუმცა, არ არსებობს გარანტია იმისა, რომ დამოუკიდებლობის პირობებში მოსამართლე აპრიორი მიუკერძოებელი იქნება. ამდენად, აღნიშნული ორი ცნება, კომპეტენტურობასა და კეთილსინდისიერებასთან ერთად, ის ძირითადი მახასიათებლებია, რაც სასამართლო სისტემის ეფექტიან ფუნქციონირებასა და სამართლის აღსრულებას უზრუნველყოფს. ამდენად, მიუხედავად იმისა, რომ დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა განსხვავებული ცნებებია, მათი ურთიერთკავშირის გამო ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მათ ერთობლიობაში განიხილავს.²

მოსამართლის დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის მნიშვნელობა განმტკიცებული და აღიარებულია როგორც თანამედროვე საერთაშორისო კანონმდებლობით, აგრეთვე შიდასახელმწიფოებრივი სამართლით. ამასთან, აღნიშნულ ინსტიტუტს გააჩნია მყარი ისტორიული წინაპირობები, მაგალითისთვის, ბაგრატ კურაპალატის სამართლის წიგნის თანახმად: „ვინცა საბჭოდ სჯდებოდეთ და მართსა საჩივარსა მართლად მოიხსენებდეთ, თქუნთა გულთა შიგან ღმრთის შიში უნდა დაიჭიროთ და არავის სთნოთ, არა მამასა და დედასა, არა პატრონსა, არა ძმათა და მეყვსთა, არას ქრთამის ქალებისათვის, არა! არამედ მართალი სამართალი უნდა გააჩინოთ.“

სამართალშემფარებლისათვის ზემოაღნიშნული თვისებების არსებობის აუცილებლობაზე ხაზგასმულია აგრეთვე შემდგომი პერიოდის ქართული სამართლის ძეგლებში: „მოსამართლე დიდად მიხრეკელი, მიმხუდარი, გამომეძიებელი, გონება-აუჩქარებელი, დაწყნარებული, გამგონე, საჩივრის ყურის მიმგდები, გამსინჯავი, მოჩივრის მოადის (მოპასუხის) მომცდელი და სხვისაც კითხველი, თუ ამისი სამართალი თქვენგან როგორ ისინჯვის, მოწმის მაძებარი უნდა იყოს, უქრთამო, ღვთის მოშიში.“³

ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ მოსამართლისადმი დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის მაღალი მოთხოვნის დაწესება საქართველოში, დღევანდელი მსგავსად, უცხო არც ისტორიულად ყოფილა.

მოსამართლის დამოუკიდებლობა მოიცავს რამდენიმე ასპექტს: დამოუკიდებლობას კოლეგებისგან, მხარეებისგან, საზოგადოებრივი აზრისა თუ ხელისუფლების საკანონმდებლო და აღმასრულებელი შტოებისგან. მოსამართლე უნდა იყოს კანონისა და ფიცის ერთგული, ხოლო

2 *სარედაქციო კოლეგია*, სამართლიანი სასამართლოს განხილვის უფლება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის თანახმად (მე-6 მუხლი), 2008, თბ., 65.

3 ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნი.

მართლმსაჯულებას ახორციელებდეს მხოლოდ კანონის შესაბამისად — კრიტიკის შიშის გარეშე.⁴

მოსამართლის დამოუკიდებლობის ერთ-ერთი ასპექტია მისი დამოუკიდებლობა მხარეებისგან. ამ თვალსაზრისით, საინტერესოა შემთხვევა საქართველოს საერთო სასამართლოების პრაქტიკიდან, როდესაც მოსამართლეს პროცესის მონაწილესთან გარკვეული ურთიერთობა აკავშირებს — ჩაითვლება თუ არა სამართალშემფარდებელი დამოუკიდებლად მისივე შინაგანი განწყობისაგან და რა ბერკეტი გააჩნია მოცემულ შემთხვევაში სასამართლოს.

სისხლის სამართლის საქმის არსებითი განხილვის პირველ სხდომაზე მოსამართლემ განაცხადა თვითაცილება იმის გამო, რომ მოსამართლის თანამდებობაზე გამწესებამდე, წლების განმავლობაში, იგი ერთ-ერთი ბრალდებულის ინტერესების დამცველ ადვოკატთან ერთად სხვა სახელმწიფო უწყებაში მუშაობდა და იყო რა მისი უშუალო ხელმძღვანელი, ახორციელებდა მასზე უშუალო სამსახურეობრივ ზედამხედველობას. ამდენად, იმის უზრუნველსაყოფად, რომ მოსამართლე ყოფილიყო დამოუკიდებელი პროცესის მონაწილისადმი მისი შინაგანი განწყობისაგან (მას წლების განმავლობაში სამსახურეობრივი ურთიერთობა ჰქონდა ადვოკატთან, მონაწილეობა ჰქონდა მიღებული მის მიმართ დისციპლინური სამართალწარმოების განხორციელებაში, რის საფუძველზეც ადვოკატს გამოეცხადა საყვედური) და აგრეთვე არ შექმნილიყო ეჭვი მისი მიუკერძოებლობის თაობაზე, მოსამართლემ განაცხადა თვითაცილება. მოსამართლემ ანალოგიური გადაწყვეტილება მიიღო, როდესაც ბრალდებული აღმოჩნდა მისი ოჯახის წევრის ახლო მეგობარი. ამ შემთხვევაში წინა პლანზე იყო წამოწეული ის გარემოება, რომ ამგვარი ურთიერთობა ობიექტური დამკვირვებლის თვალში გააჩნდა გონივრულ ეჭვს მოსამართლის მიუკერძოებლობის თაობაზე.⁵

მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპი ასახულია როგორც კონსტიტუციაში, აგრეთვე „საერთო სასამართლოების შესახებ“ საქართველოს ორგანულ კანონში. საქართველოს კონსტიტუციის 63-ე მუხლის თანახმად, მოსამართლე მის საქმიანობაში დამოუკიდებელია და ემორჩილება მხოლოდ კანონს, ხოლო მასზე რაიმე ზემოქმედება აკრძალული და დასჯადია. ამასთან, კონსტიტუციით გარანტირებულია მოსამართლის შეუცვლელობა, რაც გამორიცხავს სამართალშემფარდებლის კონკრეტული საქმისგან თვითნებურ ჩამოცილებას შესაბამისი, კანონმდებლობით განსაზღვრული, საფუძვლის არსებობის გარეშე. ეს

4 საქართველოს სამოსამართლო ეთიკის წესები, მუხლი 1-2.

5 ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს № 1/23-2015 საოქმო განჩინება. გორის რაიონული სასამართლოს N1/256-19 საოქმო განჩინება.

კი, თავის მხრივ, მოსამართლის დამოუკიდებლობის ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს გარანტს წარმოადგენს. მოსამართლის მიერ გადაწყვეტილება მიიღება კანონისა და შინაგანი რწმენის საფუძველზე და არავის აქვს უფლება მოსთხოვოს მას ანგარიში ან მიუთითოს თუ როგორი გადაწყვეტილება უნდა მიიღოს მან.⁶ ამდენად, კანონი ადგენს გადაწყვეტილების მიღების ორ კუმულაციურ პირობას: იგი უნდა იყოს კანონისმიერი და გამომდინარეობდეს მოსამართლის შინაგანი რწმენიდან, რაც, თავის მხრივ, გულისხმობს იმას, რომ გადაწყვეტილების მიღების პროცესში სამართალშემფარდებელი თავისუფალი უნდა იყოს ნებისმიერი სახის ზეგავლენისგან.

იმისათვის, რომ მოსამართლის დამოუკიდებლობის კონსტიტუციური პრინციპი რეალურად ფუნქციონირებდეს, საჭიროა აღნიშნულს პატივს სცემდეს ხელისუფლების სამივე შტო, თუმცა, უპირველესი მნიშვნელობისაა თავად სასამართლო კორპუსის პოზიცია — გათავისება იმისა, რომ ისინი არ არიან არავისზე დამოკიდებულნი და მათ მიმართ ანგარიშვალდებულნი⁷, ვინაიდან „მოსამართლეები ტახტის მცველ ლომებს ჰგვანან, ოღონდ ამ ტახტზე არა ხელისუფალნი, არამედ კანონი მეფობს, აგრეთვე მოსამართლეების მიერ იმის შეგნება, თუ რა არის საჯარო ინტერესი. მხოლოდ ამ კანონისა და საზოგადოების ინტერესების თაობაზე საკუთარი წარმოდგენის ერთგულნი არიან ისინი“.⁸

საქართველოს საერთო სასამართლოების პრაქტიკიდან საინტერესოა შემთხვევა, როდესაც საკითხი ეხებოდა სასამართლოს თავმჯდომარის მიმართ კანონსაწინააღმდეგო ქმედების სავარაუდო ჩადენის განხილვის ფაქტს. მოცემულ შემთხვევაში, დაცვის მხარემ დააყენა შუამდგომლობა მოსამართლის აცილების თაობაზე იმაზე მითითებით, რომ განიხილებოდა სასამართლოს თავმჯდომარის შეურაცხყოფის საქმე, ამავე სასამართლოს მოსამართლე კი საქმის განხილვისა და გადაწყვეტისას ობიექტური და მიუკერძოებელი ვერ იქნებოდა. სასამართლომ არ დააკმაყოფილა დაცვის მხარის აღნიშნული შუამდგომლობა და განმარტა, რომ „მოსამართლე თავის საქმიანობაში დამოუკიდებელია და სამსახურებრივი თვალსაზრისით, სამართლებრივად, არ არის დაკავშირებული და დამოკიდებული სასამართლოს თავმჯდომარეზე. სასამართლოს თავმჯდომარე ასრულებს მხოლოდ ორგანიზაციულ, მენეჯერულ ფუნქციებს სასამართლოს აპარატთან მიმართებაში და მას არ-

6 მუხლი 7, საქართველოს ორგანული კანონი „საერთო სასამართლოების შესახებ“, სსმ, 41, 08/12/2009.

7 გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, მოსამართლეთა ქცევის ბანგალორის პრინციპები და მისი კომენტარები, თბ., 2015, 68.

8 Griffith J. A. G., *The Politics of the Judiciary*, 3rd ed., London, Fontana Press, 1985, 199.

ავითარი სამართლებრივი ბერკეტი არ გააჩნია მოსამართლის მიმართ რაიმე სახის ხელმძღვანელობითი ფუნქციების თუ რაიმე სახის ზემოქმედების განსახორციელებლად. აღნიშნულის გათვალისწინებით, მოცემულ შემთხვევაში, არავითარი საფუძველი იმისა, რომ მოსამართლის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებზე რაიმე ზეგავლენა შეიძლება მოახდინოს სასამართლოს თავმჯდომარემ, ობიექტურად არ არსებობს.“ ამდენად, მოცემულ შემთხვევაში, სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა მოსამართლის დამოუკიდებლობასა და სასამართლოს თავმჯდომარის მხრიდან მის საქმიანობაში ჩაურევლობის მნიშვნელობაზე.⁹

სამოსამართლო ქცევის ბანგალორის პრინციპები მოსამართლის დამოუკიდებლობას არაერთ ჭრილში განიხილავს:¹⁰

მართლმსაჯულების დამოუკიდებლად განხორციელება არა მოსამართლის არჩევანს, არამედ მის ვალდებულებას წარმოადგენს — იგი ვალდებულია იყოს დამოუკიდებელი. ბანგალორის პრინციპები განსაზღვრავს დამოუკიდებლობის ორ ასპექტს — მოსამართლე უნდა იყოს რეალურად თავისუფალი გარეშე ზემოქმედებისგან და იგი ასეთად უნდა ჩანდეს ობიექტური დამკვირვებლის თვალში. მოსამართლემ მის საქმიანობაში უნდა დაიცვას გარანტიები, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს სასამართლო სისტემის ინსტიტუციონალური და ოპერაციული დამოუკიდებლობა, რაც თავის მხრივ განამტკიცებს საზოგადოების ნდობას სასამართლო სისტემისადმი.

ამდენად, დამოუკიდებლობა მოიცავს როგორც ინდივიდუალურ, აგრეთვე ინსტიტუციურ ასპექტს, რაც გულისხმობს, ერთი მხრივ, მოსამართლის ღირებულებათა სისტემას — პროფესიულ მრწამსს, ხოლო, მეორე მხრივ კი — იმ ღონისძიებათა ერთობლიობას, რომელიც უზრუნველყოფს სამართალშემფარებლის პიროვნულ და აგრეთვე მთლიანად სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობას. ამდენად, შესაძლებელია, მოსამართლე დამოუკიდებელი იყოს მის შეხედულებებსა და მსჯელობაში, თუმცა თუკი ის სასამართლო, სადაც იგი საქმეებს განიხილავს, არ არის არსებითად დამოუკიდებელი, ამგვარი მოსამართლე დამოუკიდებლად ვერ ჩაითვლება, ვინაიდან იგი ამგვარად არ აღიქმება ობიექტური დამკვირვებლის თვალში.¹¹

ბანგალორის პრინციპები, მოსამართლის დამოუკიდებლობის ძირითად გარანტიად სამ გარემოებას გამოყოფს:

9 ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს საოქმო განჩინება სისხლის სამართლის N22/01-2015 საქმეზე.

10 ღირებულება 1, სამოსამართლო ქცევის ბანგალორის პრინციპები, ჰააგა, 25-26/11/2002.

11 გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, მოსამართლეთა ქცევის ბანგალორის პრინციპები და მისი კომენტარები, თბ., 2015, 23.

- თანამდებობაზე ყოფნის დროის უზრუნველყოფა — მოსამართლე პენსიაზე გასვლამდე/გარკვეული დროით უნდა სარგებლობდეს გარეშე პირის (ორგანოსაგან) ჩაურევლობის გარანტიით.
- მატერიალური კეთილდღეობა — ხელფასისა და საპენსიო ანაზღაურების კანონით დადგენილი ოდენობით მიღების უფლება, რაც არ უნდა იქცეს აღმასრულებელი ხელისუფლების მხრიდან იმგვარი თვითნებური ჩარევის ობიექტად, რომელიც უარყოფითად აისახება მოსამართლის დამოუკიდებლობაზე.
- ინსტიტუციური დამოუკიდებლობა — არავითარ გარეშე ძალას არ უნდა ჰქონდეს იმის შესაძლებლობა, რომ ჩაერიოს სამოსამართლეო საქმიანობაში. ხელისუფლების შტოებს შორის (საკანონმდებლო, აღმასრულებელი, სასამართლო) ბუნებრივია ინსტიტუციური ურთიერთობის არსებობა, თუმცა, აღნიშნულის ფარგლებში უზრუნველყოფილ უნდა იქნეს თითოეული მოსამართლის და ზოგადად სასამართლო სისტემის თავისუფლება.¹²

ამდენად, „კარგი კანონები აუცილებელია სასამართლოს დამოუკიდებლობისათვის, მაგრამ საკმარისი არ არის. საჭიროა სათანადო წონასწორობა და კონტროლი ძალაუფლების დანაწილებისათვის თავად სასამართლო სისტემაში... მოსამართლეებს უნდა ესმოდეთ, რომ დამოუკიდებლობა მათი პრივილეგია კი არ არის, არამედ პასუხისმგებლობაა, რომელიც გულისხმობს მიუკერძოებელი გადაწყვეტილებების მიღებას...“¹³

მოსამართლეთა ეთიკის საერთაშორისო სტანდარტების, ე. წ. „სამოსამართლო ქცევის ბანგალორის პრინციპების“ თანახმად, სამოსამართლო ქცევის ერთ-ერთ მთავარ სახელმძღვანელო პრინციპს წარმოადგენს მოსამართლის მიუკერძოებლობა, რომელიც სამოსამართლო ვალდებულებების ჯეროვნად განხორციელებისათვის უმნიშვნელოვანეს გარანტიას ქმნის და ვრცელდება არა მხოლოდ თვით სასამართლოს გადაწყვეტილებაზე, არამედ მოსამართლის მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესზე.

„სამოსამართლო ქცევის ბანგალორის პრინციპების“ 2.4 და 2.5 პუნქტების შესაბამისად, მოსამართლემ წინასწარი შეცნობით არ უნდა გააკეთოს კომენტარი მის მიერ განხილულ ან შესაძლო განსახილველ საქმეზე, რომელმაც გონივრულ ფარგლებში შეიძლება გავლენა იქონიოს

¹² იქვე, 26.

¹³ ამონარიდი ევროპის საბჭოს გენერალური მდივნის ანგარიშიდან „დემოკრატიის, ადამიანის უფლებათა და სამართლის უზენაესობის მდგომარეობა, პოპულიზმი — რამდენად მყარია ევროპის წონასწორობა და კონტროლი?“ 2017 წელი.

ამ საქმის შედეგზე, ან ხელი შეუშალოს პროცესის სამართლიანად განხორციელებას. ამასთან, მოსამართლეს არ აქვს უფლება გააკეთოს საჯარო ან სხვაგვარი კომენტარი, რომელმაც შეიძლება გავლენა იქონიოს რომელიმე პირის ან საკითხის მიმართ სამართლიან პროცესზე.

მოსამართლემ თვითთავილება უნდა მოითხოვოს ნებისმიერი საპროცესო მოქმედების განხორციელებისაგან, რომელშიც მას საკითხის მიუკერძოებლად გადაწყვეტა არ შეუძლია ან შეიძლება გონიერ დამკვირვებელს მოეჩვენოს, რომ მოსამართლეს საკითხის გადაწყვეტა მიუკერძოებლად არ შეუძლია. მაგალითისთვის, როდესაც არსებობს ეჭვი წინასწარ შექმნილი აზრის თაობაზე, მნიშვნელოვანია, დადგინდეს არსებობს თუ არა საბაბი იმისა, რომ გონიერმა დამკვირვებელმა ივარაუდოს მიუკერძოების არსებობა. „მნიშვნელოვანია მართლმსაჯულების არა მხოლოდ აღსრულება, არამედ ამის საზოგადოებისათვის თვალსაჩინოდ, ღიად გაკეთება.“¹⁴ წინასწარ შექმნილი დამოკიდებულება ან აზრი გულისხმობს გადახრას კონკრეტული მხარის მიმართ — პირადი სიმპათიის საფუძველზე, რომელსაც აქვს როგორც სიტყვიერი აგრეთვე ფიზიკური გამოვლინება.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მიუკერძოებლობის საკითხს ორ ასპექტად განიხილავს:

ა) არის თუ არა სასამართლო სუბიექტურად დამოუკიდებელი, რაც მოსამართლის მხარეთაგან პერსონალურ დამოუკიდებლობას გულისხმობს;

ბ) ობიექტური თვალსაზრისით, სასამართლო მიუკერძოებელი ჩანს თუ არა, კონკრეტულ შემთხვევაში, მიუკერძოებლობის არსებული გარანტიები გამორიცხავს თუ არა ამ საკითხზე წარმოქმნილ ნებისმიერ გონივრულ ეჭვს.

2. სუბიექტური ტესტი

მიუკერძოებლობის სუბიექტური ტესტი გულისხმობს მოსამართლის შინაგან რწმენას კონკრეტულ საქმეზე. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს (შემდგომში: სასამართლო) განმარტებით, მიუკერძოებლობა, როგორც წესი, გულისხმობს წინასწარ ჩამოყალიბებული აზრისა თუ განწყობის არარსებობას.¹⁵ თუმცა, ძალზე რთულია მოსამართლის

14 Rv Sussex Justices, ex parte McCarthy, King’s Bench Division of the High Court jf Justice jf England and Wales (1924) 1KB 256 at 259, per Lord Chief Justice Hewart.

15 *მიკალეფი მალტას წინააღმდეგ*, Micallef v. Malta [15.10.2009], ECHR, no. 17056/06, § 93.

პერსონალური მიკერძოების დამტკიცება კონკრეტული ფაქტობრივი გარემოებების დამადასტურებელი მტკიცებულებების არსებობის გარეშე, მით უფრო, რომ სასამართლოს მიდგომით, მოსამართლე ითვლება მიუკერძოებლად, ვიდრე საწინააღმდეგო არ დამტკიცდება¹⁶.

მიუხედავად იმისა, რომ რთულია პერსონალური მიკერძოების დამტკიცება, სასამართლო პრაქტიკაში არის არაერთი შემთხვევა, როდესაც მიუკერძოებლობის სუბიექტური ტესტის დარღვევა დადგინდა:

საქმის არსებითი განხილვისას მოსამართლის მიერ გაკეთებულმა განცხადებებმა დაცვის ხარისხისა და ხასიათის შესახებ სერიოზულ ეჭვქვეშ დააყენა მოსამართლის მიუკერძოებლობა სუბიექტური თვალსაზრისით. მოსამართლემ განცხადებაში ფაქტობრივად შეაფასა საქმის მოსალოდნელი შედეგი, როდესაც გამოხატა გოცება ბრალდებულის დაჟინებულ მტკიცებასთან დაკავშირებით მისი უდანაშაულობის შესახებ. სასამართლომ დაადგინა, რომ ამგვარი განცხადებები ნიშნავდა საქმის შედეგზე განსაზღვრული პოზიციის ქონას და ამკარად ბრალდების მხარისკენ გადახრას. ამდენად, სასამართლომ საფუძვლიანად ჩათვალა ბრალდებულის შიში იმასთან დაკავშირებით, რომ მოსამართლე არ იყო მიუკერძოებელი და დაადგინა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 (1) მუხლის დარღვევა.¹⁷

საქმეში *კიპრიანუ კვიპროსის წინააღმდეგ* მოსამართლეებმა, რომლებმაც განმცხადებელი სასამართლოსადმი უპატივცემულობისათვის გაასამართლეს, სასამართლო სხდომაზე განაცხადეს, რომ „ისინი შეურაცხყოფილნი იყვნენ“ განმცხადებლის ქცევით. განცხადების ამგვარი ფორმა და შინაარსი, ისევე როგორც პროცესის ჩატარების ხანგრძლივობა, გახდა საფუძველი იმისა, რომ სასამართლომ დაადგინა კონვენციის მე-6 (1) მუხლის დარღვევა სწორედ მიუკერძოებლობის სუბიექტური ტესტიდან გამომდინარე.

ზემოაღნიშნულ საკითხთან მიმართებით საინტერესოა პარალელის გავლება საქართველოს საერთო სასამართლოების პრაქტიკაში არსებულ შემთხვევებთან. მაგალითად, გორის რაიონულ სასამართლოში სათადარიგო მოსამართლეს არსებითი განხილვის გასაგრძელებლად გადაეცა სისხლის სამართლის საქმე საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 178-ე მუხლის მეორე ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით და ამავე მუხლის მესამე ნაწილის „ა“, „ბ“ და „დ“ ქვეპუნქტებით გათვალისწინებული დანაშაულის ნიშნებით, თუმცა, საქმის არსებითი განხილვის

16 ა.კ. ლიხტენშტაინის წინააღმდეგ, A.K. v. Liechtenstein [09.07.2015], ECHR, no. 38191/12, § 66.
17 Lavents v. Latvia [28.11.2002], ECHR, no. 58442/00.

მორიგ სხდომაზე, ბრალდებული — ო. ხ. არაერთგზის არ დაემორჩილა მოსამართლის განკარგულებებს და გამოსატა უხეში უპატივცემულობა როგორც სასამართლოს, ასევე, ადვოკატის მიმართ. იმის გათვალისწინებით, რომ ბრალდებულის ქმედებები მიმართული იყო სასამართლო პროცესის ჩაშლისაკენ, მოსამართლის მითითებით, სასამართლოს მანდატურის სამსახურის მანდატურთა მიერ, იგი დაკავებულ იქნა საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 85-ე მუხლით დადგენილი წესით, ხოლო სხდომაზე გამოცხადდა შესვენება.

იმავე დღეს, შესვენების შემდეგ გამართულ სასამართლო სხდომაზე, სახელმწიფო ბრალმდებლის განცხადებით, მან მოხსენებითი ბარათით მიმართა ზემდგომ პროკურორს და მოითხოვა ბრალდებულის მიერ განხორციელებული ქმედებების გამო შესაბამისი ზომების მიღება სისხლის სამართლის წესით, რის საფუძველზეც დაიწყო გამოძიება მოსამართლისა და სამართალწარმოების მონაწილის შეურაცხყოფის ფაქტზე, ხოლო ო. ხ. ცნობილ იქნა ბრალდებულად. მოცემულ შემთხვევაში, სასამართლომ განმარტა, რომ იმ პირობებში, როდესაც მიმდინარეობდა ო. ხ.-ს მიმართ სისხლისსამართლებრივი დევნა მოსამართლისა და პროცესის მონაწილის შეურაცხყოფის ფაქტზე, ამავე მოსამართლის მიერ საქმის არსებითი განხილვის გაგრძელება დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილი ძარცვის ფაქტზე ეჭვქვეშ დააყენებდა მოსამართლის მიუკერძოებლობას, რაც გახდა სასამართლოს მიერ თვითაცილების საფუძველი.¹⁸

სასამართლოს თავმჯდომარე ჩაითვალა მიკერძოებულად საქმეში იმ სამშენებლო კომპანიის წინააღმდეგ, რომელმაც მანამდე სასამართლოს შენობა უფასოდ გაარემონტა.¹⁹

სასამართლომ საფუძვლიანად ჩათვალა სკოლის წარმომადგენლის შიში მოსამართლის მიუკერძოებლობის მიმართ, რადგან ამ მოსამართლის შვილი გარიცხეს სწორედ ამ სკოლიდან და მოსამართლე სკოლას სამაგიეროს გადახდით ემუქრებოდა.²⁰

სასამართლომ აგრეთვე დარღვევა დაადგინა მიუკერძოებელ სასამართლოსთან მიმართებით იმის გამო, რომ პროკურორი არაფორმალურად დაუკავშირდა ერთ-ერთ მსაჯულს, ხოლო მოსამართლემ უარი თქვა მსაჯულის გამოამჟღავნებაზე და ამ გარემოების დაფიქსირებაზე.²¹

18 გორის რაიონული სასამართლოს № 1/582-15 საოქმო განჩინება.

19 ბელუხა უკრაინის წინააღმდეგ, Belukha v. Ukraine [09.11.2006], ECHR, no. 33949/02.

20 ტოკონო და პროფესორი პრომეთეისტი მოლდოვას წინააღმდეგ, Tocono and Profesorii Prometeiști v. Moldova [26.07.2007], ECHR, no. 32263/03.

21 ფარჰი საფრანგეთის წინააღმდეგ, Farhi v. France [16.02.2007], ECHR, no. 17070/05.

ამდენად, მიუკერძოებლობის სუბიექტური ტესტი მოიაზრებს მოსამართლის შინაგან რწმენას, რომელიც უნდა იყოს თავისუფალი ყოველგვარი ზეგავლენისგან და ყალიბდებოდეს დამოუკიდებლად — კონკრეტულ, სამართლებრივად დადასტურებულ გარემოებებზე დაყრდნობით. თუმცა ვინაიდან შინაგანი რწმენა არსებობს პიროვნების შიგნით, რთულია იმის მტკიცება, რომ მოსამართლეს ჰქონდა წინასწარ ჩამოყალიბებული აზრი ან განწყობა, სანამ საწინააღმდეგო არ დამტკიცდება. ამდენად, მიუკერძოებლობის სუბიექტური ტესტის დარღვევა ბევრად რთული სამტკიცებელია, ვიდრე ობიექტურის.

3. ობიექტური ტესტი

ობიექტური ტესტით მოსამართლის მიუკერძოებლობის შემოწმებისას სასამართლო ძირითადად ხელმძღვანელობს შემდეგი მიდგომით: მართლმსაჯულება არა მხოლოდ უნდა განხორციელდეს, არამედ უნდა ჩანდეს კიდევ, რომ განხორციელდა²².

ობიექტური ტესტი გულისხმობს იმის შემოწმებას, მოსამართლის ქცევის გარდა, არის თუ არა დადასტურებადი ფაქტები, რომლებიც წამოჭრის ეჭვებს მოსამართლის მიკერძოების თაობაზე. იმის გადაწყვეტისას, არსებობს თუ არა მოსამართლის მიკერძოების შესახებ ვარაუდის ლეგიტიმური საფუძველი, მხარის პოზიცია მნიშვნელოვანია, მაგრამ არა გადამწყვეტი. გადამწყვეტი არის ის, ეს შიში ობიექტურად დასაბუთებულია თუ არა.²³

საქმეში *ჰიერსკი ბელგიის წინააღმდეგ*²⁴ სასამართლომ განაცხადა, რომ მოსამართლემ უნდა მოიპოვოს საზოგადოების ნდობა, განსაკუთრებით, სისხლის სამართლის საქმეებზე. ნებისმიერი მოსამართლე, რომლის მიუკერძოებლობის მიმართაც არსებობს საფუძვლიანი ეჭვი, უნდა იყოს აცილებული.

სასამართლოს მიდგომით, ობიექტურად საკმარისი მიუკერძოებლობა ამკარა არ იყო, როდესაც მოსამართლე ადრე იყო პროკურატურის იმ დეპარტამენტის უფროსი, რომელიც პასუხისმგებელი იყო სისხლის სამართლებრივ დევნაზე.

სასამართლომ არაერთ გადაწყვეტილებაში ხაზი გაუსვა იმას, რომ ბევრ სახელმწიფოში სავსებით ნორმალურია, რომ მოსამართლე მანამდე პროკურორის თანამდებობაზე მუშაობდა. თავისთავად ეს ფაქტი მი-

²² *ოლექსანდრ ვოლკოვი უკრაინის წინააღმდეგ*, Oleksandr Volkov v. Ukraine [09.01.2013], ECHR, no. 21722/11, § 106.

²³ *მორისი საფრანგეთის წინააღმდეგ*, Morice v. France [23.04.2015], ECHR, no. 29369/10, § 76.

²⁴ *Piersack v. Belgium* [01.10.1982], ECHR, no. 8692/79.

უკერძოებლობას ეჭვქვეშ არ აყენებს, თუმცა, მიუკერძოებლობა საექჯო განდება მაშინ, როდესაც პროკურორობისას პირს შეეძლო რაიმე ფორმით იმ საქმეში მონაწილეობა, რომელიც შემდგომ განიხილა, როგორც მოსამართლემ.²⁵ მოცემულ სისხლის სამართლის საქმეში საქმის განმხილველი მოსამართლე ადრე გამოძიების მწარმოებელი იყო.

ამდენად, გადაწყვეტია არა ის გარემოება, რომ ადრე მოსამართლეს მიღებული აქვს გადაწყვეტილება კონკრეტულ პირთან მიმართებით, არამედ ის თუ რა შინაარსის გადაწყვეტილებაზეა საუბარი. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ, საქმეზე *იოკტენი თურქეთის წინააღმდეგ*, განჩინებაში დაუშვებლობის თაობაზე, დაადგინა, რომ ის ფაქტიც კი, რომ მოსამართლეს კონკრეტულ პირთან დაკავშირებით მიღებული აქვს გადაწყვეტილებები, „თავისთავად არ ამართლებს მოსამართლის მიკერძოების შესახებ ეჭვებს“.²⁶

საქმეზე *ლებედვი და ხოდორკოვსკი რუსეთის წინააღმდეგ*, განმცხადებლები (თანაბრალდებულები) ამტკიცებდნენ, რომ მათი საქმე ერთმა მოსამართლემ განიხილა არსებითად, რის გამოც დაირღვა მათი უფლება მიუკერძოებელ სასამართლოზე. სასამართლომ კვლავაც დაადგინა, რომ ის უბრალო ფაქტი, რომ მოსამართლემ უკვე განიხილა თანაბრალდებულის საქმე, არ იყო საკმარისი მოსამართლის მიუკერძოებლობაში ეჭვის შესატანად ამ ბრალდებულის საქმის განხილვისას. სასამართლომ განმარტა, რომ, წინააღმდეგ შემთხვევაში, სისხლის სამართლის სასამართლოების მუშაობა შეუძლებელი იქნებოდა.²⁷

საქმეზე *ჰუსშილდტი დანიის წინააღმდეგ*²⁸ სასამართლომ დაადგინა მე-6 (1) მუხლის დარღვევა, რადგან მოსამართლე არსებით განხილვამდე ამავე საქმეზე იღებდა გადაწყვეტილებას ბრალდებულისათვის წინასწარი პატიმრობის შეფარდების შესახებ, როცა იგი უნდა დარწმუნებულიყო ბრალდებულის მიერ დანაშაულის ჩადენის შესახებ „განსაკუთრებულად დადასტურებული ეჭვის“ (დასაბუთებული ვარაუდის) არსებობაში. მოცემულ შემთხვევაში, სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმ გარემოებას, რომ მხოლოდ აღკვეთის ღონისძიების სახით პატიმრობის შეფარდების საკითხის განხილვა თავისთავად არ ნიშნავს მიკერძოებულობას, თუმცა, ამ კონკრეტულ საქმეში, დანაშაულის ჩადენის შესახებ ეჭვის განსაკუთრებული ხარისხის პირობებში, განსხვავება წინასწარი გამოძიების სტადიაზე დაყენებულ და არსებითი განხილვისას წამოჭ-

25 *დე კუბერი ბელგიის წინააღმდეგ*, De Cubber v. Belgium [26.10.1984], ECHR, no. 9186/80.

26 *Ökten v. Turkey* [03.11.2011], ECHR, no. 22347/07, § 41.

27 *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia* [25.10.2013], ECHR, no. 11082/06, 13772/05, § 544.

28 *Hauschildt v Denmark* [24.05.1989], ECHR, no. 10486/83.

რილ საკითხებს შორის ძალზე უმნიშვნელო იყო, ამიტომ ობიექტურად მოსამართლის მიუკერძოებლობა საეჭვოდ იქნა მიჩნეული.

მხოლოდ იმ საკითხზე გადაწყვეტილების მიღება, არსებობს თუ არა საფუძვლიანი ეჭვი პირის მიერ დანაშაულის ჩადენის შესახებ (დასაბუთებული ვარაუდი) თავისთავად არ იწვევს მოსამართლის მიუკერძოებლობის ეჭვქვეშ დაყენებას, თუმცა, სასამართლო შეისწავლის და აანალიზებს იმას, რამდენად შეუძლო მოსამართლის მიერ წინასწარი გამოძიებისას მიღებულ დასკვნებს არსებითი განხილვისას პირის დამნაშავედ ცნობა გამოეწვია²⁹.

თავად ის ფაქტი, რომ საქმის არსებითად განმხილველი მოსამართლე მანამდე მონაწილეობდა არამხოლოდ აღკვეთის ღონისძიების შეფარდებაში, არამედ რაიმე ფორმით პირის წინააღმდეგ სისხლისსამართლებრივი დევნის ინიცირებაში ან პირის ბრალეულობასთან დაკავშირებით საკმარისი მტკიცებულებების არარსებობის შესახებ დასკვნის გაკეთებაში, წინააღმდეგობაში მოდის მე-6 (1) მუხლთან.³⁰

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მხოლოდ ის გარემოება რომ მოსამართლეს მანამდე ჰქონდა შემხებლობა პროცესის მონაწილესთან, ვერ განდება მისი მიკერძოებულად მიჩნევის საფუძველი, თუმცა, გამამწყვეტია შემხებლობის ხასიათი და ხარისხი. იმისათვის, რომ მოსამართლემ გააქარწყლოს მის მიმართ არსებული ეჭვი მიკერძოების თაობაზე, მას აქვს შესაძლებლობა განაცხადოს თვითაცილება, თუმცა, როგორც აღინიშნა, ეჭვი უნდა იყოს გონივრული, წინააღმდეგ შემთხვევაში, თვითაცილების ინსტიტუტი შეიძლება გადაიქცეს ერთგვარ ბერკეტად, რომლის მეშვეობითაც შესაძლებელი გახდება მართლმსაჯულების განხორციელებაზე უარის თქმა.

ობიექტური ტესტით მოსამართლის მიუკერძოებლობის საკითხის შეფასებისას საინტერესოა საქართველოს საერთო სასამართლოების პრაქტიკაში არსებული შემთვევების მიმოხილვა. მაგალითისათვის შეგვიძლია დავასახელოთ ერთ-ერთი გადაწყვეტილება: მოსამართლეს არსებითად განსახილველად გადაეცა სისხლის სამართლის საქმე, რომლის შესწავლის შედეგადაც დადგინდა, რომ სწორედ საქმის არსებითი განმხილველი მოსამართლის მიერ გაცემულ იქნა განჩინება ბრალდებულის დაკავების თაობაზე. ამავე მოსამართლის მიერ განხილულ იქნა საკითხი ბრალდებულის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების სახით გამოყენებული პატიმრობის ძალაში დატოვების აუცილებლობის თაობაზე. ამასთან, პატიმრობის გადასიჯვისას, აღვოკატმა ეჭვქვეშ დააყენა აღ-

29 *ჯასინსკი პოლონეთის წინააღმდეგ*, *Jasinska v. Poland* [01.06.2010] ECHR, no. 28326/05.

30 *პეროტე პელონი ესპანეთის წინააღმდეგ*, *Perote Pellon v. Spain* [25.07.2002], ECHR, no. 45238/99.

ნიშნული პირის მიმართ წარდგენილი ბრალდების კვალიფიკაცია, რის გამოც მოსამართლეს მოუწია კონკრეტული საქმის ფაქტობრივი გარემოებების და წარდგენილი კვალიფიკაციის სამართლებრივი ასპექტების განხილვაში შესვლა და ადვოკატის მიერ ჩამოყალიბებული არგუმენტების გაბათილება. აღნიშნულმა გარემოებამ გარკვეულწილად განაპირობა მოსამართლის მოსაზრების დაფიქსირება ინკრიმინირებულ დანაშაულში კონკრეტული ბრალდებულის შესაძლო მონაწილეობის თაობაზე. ამდენად, იმის გათვალისწინებით, რომ აღნიშნულ ფაქტს შესაძლოა გამოეწვია ეჭვი საქმის არსებითი განხილვისას მოსამართლის ობიექტურობისა და მიუკერძოებლობის შესახებ, მან განაცხადა თვითაცილება. ამდენად, მოცემულ შემთხვევაში, მოსამართლის შემხებლობის ხასიათი და ხარისხი პროცესის მონაწილესთან (ბრალდებულთან) იყო იმგვარი, რაც თვითაცილების განუხორციელებლობის შემთხვევაში, ობიექტური დამკვირვებლის თვალში, წარმოშობდა გონივრულ ეჭვს მოსამართლის შესაძლო მიკერძოების თაობაზე.³¹

თვითაცილება აზრის გამოთქმის გამო წარმოადგენს აცილების ერთ-ერთ კანონისმიერ საფუძველს. შემაჯამებელი გადაწყვეტილების მიღებამდე მოსამართლეს იმპერატიულად ეკრძალება აზრის გამოთქმა პირის დამნაშავედ თუ უდანაშაულოდ ცნობის თაობაზე. აქ მოიაზრება არაერთი შემთხვევა: საპროცესო შეთანხმების დამტკიცებაზე უარის თქმა შესაბამისი მტკიცებულებითი სტანდარტის არარსებობის გამო, ადვოკატის ღონისძიების გაუქმება ფაქტობრივი საფუძვლების გაქარწყლების მოტივით და სხვ. ამდენად, როდესაც მოსამართლე მიიღებს გადაწყვეტილებას ზემოაღნიშნულ გარემოებებთან დაკავშირებით და იგი კვლავ განაგრძობს საქმის განხილვას საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების მიზნით, აღნიშნული შესაძლოა გახდეს მოსამართლის მიუკერძოებლობაში ეჭვის შეტანის საფუძველი. ამგვარ შემთხვევებში მოსამართლემ უნდა გამოიყენოს თვითაცილების ინსტიტუტი ან გააქარწყლოს ობიექტურად წარმოქმნილი გონივრული ეჭვები. აღნიშნულის უკეთ გასაანალიზებლად მნიშვნელოვანია კონკრეტული შემთხვევების განხილვა, სადაც სასამართლომ განსხვავებული საფუძვლებით განაცხადა თვითაცილება, ხოლო რიგ შემთხვევებში, არ დააკმაყოფილა მხარის შუამდგომლობა აცილების თაობაზე.

პროკურორს უარი ეთქვა ბრალდებულ დ.ხ.-სთან დადებული საპროცესო შეთანხმების დამტკიცებაზე სისხლის სამართლის საქმეში სათანადო მტკიცებულებათა ერთობლიობის არარსებობის გამო. მოგვიან-

31 იხ. აგრეთვე, ამონაწერი სასამართლო სხდომის ოქმიდან, გორის რაიონული სასამართლო, საქმე № 1/205-19.

ებით, მოცემული სისხლის სამართლის საქმე არსებითად განსახილველად გადაეცა იმავე მოსამართლეს.

სასამართლომ მოცემულ საქმეზე, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 59-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ე“ ქვეპუნქტისა და 62-ე მუხლის საფუძველზე, განაცხადა თვითაცილება³², რასაც საფუძვლად დაედო შემდეგი მოტივაცია: „მოსამართლეთა ეთიკის საერთაშორისო სტანდარტების შესაბამისად, სახელდობრ, სამოსამართლო ქცევის ბანგალორის პრინციპების თანახმად, სამოსამართლო ქცევის ერთ-ერთ მთავარ სახელმძღვანელო პრინციპს წარმოადგენს მოსამართლის მიუკერძოებლობა, რომელიც სამოსამართლო ვალდებულებების ჯეროვნად განხორციელებისათვის უმნიშვნელოვანეს გარანტიას ქმნის და ვრცელდება არამხოლოდ თვით სასამართლოს გადაწყვეტილებაზე, არამედ მოსამართლის მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესზე.

სამოსამართლო ქცევის ბანგალორის პრინციპების 2.4 და 2.5 პუნქტების შესაბამისად, მოსამართლემ წინასწარი შეცნობით არ უნდა გააკეთოს კომენტარი მის მიერ განხილულ ან შესაძლო განსახილველ საქმეზე, რომელმაც გონივრულ ფარგლებში შეიძლება გავლენა იქონიოს ამ საქმის შედეგზე, ან ხელი შეუშალოს პროცესის სამართლიანად განხორციელებას. ამასთან, მოსამართლეს არ აქვს უფლება გააკეთოს საჯარო ან სხვაგვარი კომენტარი, რომელმაც შეიძლება გავლენა იქონიოს რომელიმე პირის ან საკითხის მიმართ სამართლიან პროცესზე.“

სასამართლოს განმარტებით, მოსამართლეს აქვს ვალდებულება მოითხოვოს თვითაცილება, როდესაც მას საკითხის მიუკერძოებლად გადაწყვეტა არ შეუძლია, ან შეიძლება გონიერ დამკვირვებელს მოეჩვენოს, რომ მოსამართლეს საკითხის გადაწყვეტა მიუკერძოებლად არ შეუძლია, რაც განპირობებულია მოსამართლის მიერ წინასწარი შექმნილი აზრით ან შეხედულებით.

ზემოაღნიშნული პრინციპი ასახულია საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაშიც. სახელდობრ, განსახილველ საქმეზე წინასწარი შეცნობით აზრის წინასწარ გამოხატვის აკრძალვას ითვალისწინებს საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 25-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ე“ ქვეპუნქტი, რომლის

³² ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს საოქმო განჩინება 1/210-15 საქმეზე. იხ. აგრეთვე ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს საოქმო განჩინება 1/2 -15, 1/284 -15 საქმეებზე; გორის რაიონული სასამართლოს საოქმო განჩინება № 1/222-16 საქმეზე.

თანახმად, განაჩენის ან სხვა შემაჯამებელი სასამართლო გადაწყვეტილების გამოტანამდე მოსამართლეს უფლება არა აქვს, აზრი გამოთქვას ბრალდებულის (მსჯავრდებულის) დამნაშავედ თუ უდანაშაულოდ ცნობის თაობაზე.

საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 59-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ე“ ქვეპუნქტის თანახმად, მოსამართლე ვერ მიიღებს მონაწილეობას სისხლის სამართლის პროცესში, თუ არსებობს სხვა გარემოება, რომელიც საეჭვოს ხდის მის ობიექტურობასა და მიუკერძოებლობას.

ამავე კოდექსის 62-ე მუხლის თანახმად, თუ არსებობს სისხლის სამართლის პროცესში მოსამართლის მონაწილეობის გამომრიცხავი გარემოება, მან დაუყოვნებლივ უნდა განაცხადოს თვითაცილება. მოსამართლე თვითაცილების შესახებ განცხადებას აკეთებს სასამართლოს თავმჯდომარესთან.

ამავე კოდექსის 65-ე მუხლის შესაბამისად, საქმის განმხილველი მოსამართლის აცილების შემთხვევაში საქმე გადაეცემა სასამართლოს თავმჯდომარეს, რომელიც მას განსახილველად გადასცემს იმავე სასამართლოს სხვა შემადგენლობას.

იმის გათვალისწინებით, რომ მოსამართლემ უარი განაცხადა საპროცესო შეთანხმების დამტკიცებაზე შესაბამისი მტკიცებულებითი სტანდარტის არარსებობის გამო, განჩინების სამოტივაციო ნაწილში გაკეთდა გარკვეული სამართლებრივი შეფასებები პირის ბრალეულობის თაობაზე. აღნიშნულიდან გამომდინარე, ვინაიდან შესაძლოა ეჭვქვეშ დამდგარიყო სასამართლოს ობიექტურობა და მიუკერძოებლობა საქმის შემდგომი განხილვისა და საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების დროს, მიზანშეწონილად იქნა მიჩნეული თვითაცილება.

საყურადღებოა აგრეთვე ის გარემოება, რომ ზემოაღნიშნული გადაწყვეტილების მიღებისას, ყურადღება იქნა გამახვილებული სამართლიანი სასამართლოს უფლებაზე³³ — სახელდობრ: აღნიშნული უფლება უზრუნველყოფილ უნდა იქნეს სწორედ სასამართლოს მიერ და ბრალდებულს უნდა ჰქონდეს კანონიერი მოლოდინი იმისა, რომ მის საქმეს განიხილავს მიუკერძოებელი მოსამართლე, რაც შესაძლოა ეჭვქვეშ დამდგარიყო თვითაცილების განუცხადებლობის შემთხვევაში.

სწორედ ზემოაღნიშნული არგუმენტაცია დაედო საფუძვლად ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს საოქმო განჩინებას თვითაცილების

33 მე-6 მუხლი, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულება და შეთანხმება, 20/05/1999.

თაობაზე (სისხლის სამართლის № 1/285-15 საქმე) მოცემულ შემთხვევაში, სასამართლოს განსახილველად გადაეცა სისხლის სამართლის საქმე ხულიგნობის ჩადენის ფაქტზე, დანაშაულისათვის, რაც გათვალისწინებულია საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 239-ე მუხლის პირველი ნაწილით. ნ. ა.-სთვის წარდგენილ ბრალდებას საფუძვლად დაედო 2015 წლის 24 ივლისს სავარაუდოდ მომხდარი ინციდენტი. საქმის მასალების გაცნობის შედეგად კი დადგინდა, რომ 2015 წლის 25 ივლისის დადგენილებით, რომელიც გამოტანილ იქნა სწორედ იმ მოსამართლის მიერ, ვისაც მოცემული საქმე გადაეცა განსახილველად, ნ. ა. ცნობილ იქნა სამართალდამრღვევად და დაეკისრა შესაბამისი აღმინისტრაციული სახდელი. ამდენად, მოსამართლის მიერ სამართლებრივად შეფასებულ იქნა არსებითად იგივე ფაქტი და გარემოებები, რაც მოცემულ სისხლის სამართლის საქმეზე ბრალდებულისათვის ბრალის წარდგენას დაედო საფუძვლად. აღნიშნული კი გახდა მოსამართლის მიერ თვითაცილების საფუძველი.

გორის რაიონულმა სასამართლომ თვითაცილების საფუძვლად მიიჩნია იმგვარი შემთხვევა, როდესაც მოსამართლემ განჩინებით გააუქმა პირისადმი აღკვეთის ღონისძიების სახით შეფარდებული პატიმრობა შესაბამისი ფაქტობრივი (მტკიცებულებითი) საფუძვლების გაქარწყლების გამო. პატიმრობის გაუქმების თაობაზე განჩინების სამოტივაციო ნაწილში გარკვეული სამართლებრივი შეფასება მიეცა ბრალდების არსს, რასაც შეეძლო ეჭვქვეშ დააყენებინა მოსამართლის ობიექტურობა და მიუკერძოებლობა საქმის არსებითი განხილვისა და საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების დროს.³⁴

5. დასკვნა

ამრიგად, ზემოთ მიმოხილული დოქტრინალური განმარტებებისა თუ სასამართლო გადაწყვეტილებების გაანალიზების და ობიექტური შეფასების საფუძველზე, სასამართლო პრაქტიკაში მოსალოდნელი შესაძლო ხარვეზების პრევენციის მიზნით, დასკვნის სახით, შეგვიძლია ჩამოვყალიბოთ შემდეგი მოსაზრებები:

მოსამართლის მიუკერძოებლობის ევროპული სტანდარტი მოიცავს ორ ასპექტს: სუბიექტურსა და ობიექტურს. მიუკერძოებლობის სუბიექტური ტესტის დასაკმაყოფილებლად აუცილებელია, რომ მოსამარ-

³⁴ გორის რაიონული სასამართლოს საოქმო განჩინება № 1/496-17 საქმეზე.

თლეს არ ჰქონდეს წინასწარ შექმნილი განწყობა განსახილველი საქმის ან მხარის მიმართ. ობიექტური ტესტი კი გულისხმობს მოსამართლის მიუკერძოებლობის არსებობას ობიექტური დამკვირვებლის თვალში. სამართალშემფარდებელი შესაძლებელია რეალურად მიუკერძოებელი იყოს, თუმცა, კონკრეტული გარემოებების გათვალისწინებით, იგი ასეთად არ ჩანდეს. ამ შემთხვევაში, მას ევალება გააქარწყლოს აღნიშნული ეჭვი ან განაცხადოს თვითაცილება, თუმცა, აცილების ინსტიტუტი გონივრულ ფარგლებში უნდა გამოიყენებოდეს. მოსამართლემ თვითაცილება უნდა განაცხადოს მხოლოდ საამისოდ აშკარა და აუცილებელი საფუძვლების არსებობისას. წინააღმდეგ შემთხვევაში, თვითაცილების ინსტიტუტი, რომელიც მიუკერძოებლობის ევროპული სტანდარტის დასაკმაყოფილებლად ერთ-ერთ მნიშვნელოვან მექანიზმს წარმოადგენს, შესაძლოა მართლმსაჯულების განხორციელებაზე უარის თქმის იარაღად იქცეს.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს კონსტიტუცია, საქართველოს პარლამენტის უწყებები, 31-33, 24/08/1995.
1. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულება და შეთანხმება, 20/05/1999.
2. საქართველოს ორგანული კანონის „საერთო სასამართლოების შესახებ“, სსმ, 41, 08/12/2009.
3. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, სსმ, 31, 03/11/2009.
4. საქართველოს სამოსამართლო ეთიკის წესები.
5. ადამიანის უფლებები მართლმსაჯულების განხორციელებისას, სახელმძღვანელო ადამიანის უფლებების შესახებ მოსამართლეების, პროკურორებისა და ადვოკატებისათვის, პროფესიული მომზადების გამოცemათა სერია № 9, გაერო, ნიუ-იორკი, ჟენევა, 2003.
6. ბაგრატი კურაპალატის სამართლის წიგნი.
7. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, მოსამართლეთა ქცევის ბანგალორის პრინციპები და მისი კომენტარები, თბ., 2015, 68.

8. ევროპის საბჭოს გენერალური მდივნის ანგარიში, „დემოკრატიის, ადამიანის უფლებათა და სამართლის უზენაესობის მდგომარეობა, პოპულიზმი - რამდენად მყარია ევროპის წონასწორობა და კონტროლი?“, 2017.
9. ვანტანგ VI-ის სამართლის წიგნი.
10. *კუბლაშვილი ვ.*, 42-ე მუხლის კომენტარი, წიგნში: *იზორია ლ., კორკელია ვ., კუბლაშვილი ვ., ხუბუა გ.*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები, თბ., 2005.
11. *კუბლაშვილი ვ.*, ძირითადი უფლებები, თბ., 2008.
12. *მაკბრაიდი ჯ.*, ადამიანის უფლებები და სისხლის სამართლის პროცესი, თბ., 2011.
13. *სარედაქციო კოლეგია*, სამართლიანი სასამართლოს განხილვის უფლება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის თანახმად (მე-6 მუხლი), თბ., 2008.
14. *ტრექსელი შ.*, ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში, *გოგელია ვ. et al. (მთარგ.), ვარძელაშვილი ვ. et. al (რედ.)*, თბ., 2009.
15. *ტურავა მ.*, 42-ე მუხლის კომენტარი, წიგნში: *იზორია ლ., კორკელია ვ., კუბლაშვილი ვ., ხუბუა გ.*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თბ., 2013.
16. *ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ.*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013.
17. *ფაფიაშვილი ლ.*, მე-18 მუხლის კომენტარი, წიგნში: საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, თბ., 2015.
18. *შვაბე ი.*, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, *ჩაჩანიძე ე. (მთარგ.), კუბლაშვილი ვ., ნინიძე თ., ლოლაძე ბ., ერემაძე ე. (რედ.)*, თბ., 2011.
19. ძირითადი პრინციპები სასამართლოს დამოუკიდებლობის შესახებ, გაეროს დანაშაულის საწინააღმდეგო და სამართალდამრღვევთა მიმართ მოპყრობის შესახებ მეშვიდე კონგრესი, 1985.
20. გორის რაიონული სასამართლოს № 1/256-19 საოქმო განჩინება.

21. ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს № 1/23-2015 საოქმო განჩინება.
22. ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს № 22/01-2015 საოქმო განჩინება.
23. ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს № 1/210-15 საოქმო განჩინება.
24. გორის რაიონული სასამართლოს № 1/496-17 საოქმო განჩინება.
25. გორის რაიონული სასამართლოს № 1/582-15 საოქმო განჩინება.
26. გორის რაიონული სასამართლოს № 1/205-19 საოქმო განჩინება.
27. ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს № 1/285-15 საოქმო განჩინება.
28. *Brown-Blake C.*, Fair Trial, Language and the Rights to Interpretation, IJMGR, 13, 2006.
29. *Ecer A.*, Concurrent Jurisdiction and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, Freiburg, 2003.
30. *Griffith J. A. G.*, The Politics of the Judiciary, 3rd ed., London, Fontana Press, 1985, 199.
31. *Juratowitch B.*, Retroactive Criminal Liability and International Human Rights Law, BYIL 75, 2004.
32. *Loucaides L. G.*, Questions of Fair Trial under the European Convention on Human Rights, EHRLR 8, 2003.
33. *Murphy C. C.*, The Principle of Legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights, EHRLR 15, 2010.
34. *Rv Sussex Justices, ex parte McCarthy*, King's Bench Division of the High Court of Justice of England and Wales (1924) 1KB 256 at 259, per Lord Chief Justice Hewart.
35. *Sir Brennan G.*, Chief Justice of Australia, Judicial Independence, The Australian Judicial Conference, 2 November 1996, Canberra, <www.hcourt.gov.au> [13.03.2020].
36. *A.K. v. Liechtenstein* [09.07.2015], ECHR, no. 38191/12, § 66.
37. *Belukha v. Ukraine* [09.11.2006], ECHR, no. 33949/02.
38. *De Cubber v. Belgium* [26.10.1984], ECHR, no. 9186/80.
39. *Farhi v. France* [16.02.2007], ECHR, no. 17070/05.

40. Hauschildt v Denmark [24.05.1989], ECHR, no. 10486/83.
41. Jasinska v. Poland [01.06.2010] EHCR, no. 28326/05.
42. Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia [25.10.2013], ECHR, no. 11082/06, 13772/05, § 544.
43. Lavents v. Latvia [28.11.2002], ECHR, no. 58442/00.
44. Micallef v. Malta [15.10.2009], ECHR, no. 17056/06, § 93.
45. Morice v. France [23.04.2015], EHCR, no. 29369/10, § 76.
46. Oleksandr Volkov v. Ukraine [09.01.2013], EHCR, no. 21722/11, § 106.
47. Ökten v. Turkey [03.11.2011], ECHR, no. 22347/07, § 41.
48. Piersack v. Belgium [01.10.1982], EHCR, no. 8692/79.
49. Perote Pellon v. Spain [25.07.2002], ECHR, no. 45238/99.
50. Tocono and Profesorii Prometeiști v. Moldova [26.07.2007], ECHR, no. 32263/03.

ენერგეტიკის უსაფრთხოების ევროპეიზაცია

ირაკლი სამხარაძის 2019 წლის 17 ოქტომბრის მოხსენება „ენერგეტიკის უსაფრთხოების ევროპეიზაცია“ შეეხო ქართული სამართლის ევროპეიზაციისა და ჰარმონიზაციის ტენდენციებს ენერგეტიკის სამართლის, უფრო კონკრეტულად კი ენერგოსაფრთხოების სფეროში, რომელიც ერთ-ერთ ყველაზე აქტუალურ საკითხს წარმოადგენს ენერგეტიკული რეფორმის ირგვლივ მიმდინარე ქართულ სამეცნიერო დისკურსში. საქართველოს ენერგეტიკული კანონმდებლობის რეფორმა და სტაბილური, საბაზრო ეკონომიკურ პრინციპებზე დაფუძნებული მარეგულირებელი გარემოს შექმნა შეუქცევადი და რთული პროცესია. დრომოჭმული კანონმდებლობის მოდერნიზაციისათვის აუცილებელია ე.წ. „შეხედულებათა ცვლილება“ და თანმიმდევრული საკანონმდებლო ცვლილებები.

უკანასკნელ წლებში, ამ რეფორმების მნიშვნელოვანი ნაწილი საქართველოსა და ევროპის კავშირის (ევროკავშირი) თანამშრომლობას და ევროპული კანონმდებლობის ფარგლებში ქართული ენერგეტიკის სამართლის ჰარმონიზაციას უკავშირდება. ამას შესაძლოა ენერგეტიკის სამართლის ევროპეიზაცია ეწოდოს, რა დროსაც ადგილი აქვს ევროპის ენერგეტიკული კანონმდებლობის, ანუ “Acqui Communautaire“-ს შიდასახელმწიფოებრივ სამართლის სისტემაში გადმოღებას.

მოხსენება, არსებითად, სამი ძირითადი ნაწილისგან შედგებოდა შემდეგ ძირითად საკითხებს ფარავდა: 1. ენერგოსაფრთხოების მნიშვნელობა და მისი მთავარი ელემენტების გამოკვეთა; 2. ევროპეიზაციის ფაქტორებისა და იმპულსების წარმოჩენა; 3. ევროკავშირის ენერგეტიკული კანონმდებლობის ქართულ სამართალთან შესაბამისობის შეფასება.

1. პრეზენტაციის ფარგლებში გამოამკარავდა, რომ ენერგეტიკული უსაფრთხოება ენერგორესურსების უწყვეტ და უსაფრთხო მოხმარებას ნიშნავს. იგი ეროვნული უსაფრთხოების და საგარეო პოლიტიკური სტრატეგიის უმნიშვნელოვანესი კომპონენტია. ეს გაპირობებულია ენ-

* სამართლის დოქტორი, ერასმუსის როტერდამის უნივერსიტეტის სამართლის მაგისტრი (LL.M.); ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის მოწვეული ლექტორი.

ენერგეტიკული დამოუკიდებლობისკენ სწრაფვით. ნაკლები ენერგოდამოკიდებულება უცხოურ ენერგორესურსებზე ყველა ქვეყნისთვის ეროვნული უსაფრთხოების საფუძველს წარმოადგენს. ეს არ ეხება მხოლოდ ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს. ენერგეტიკულ რესურსებზე მუდმივი წვდომა და ენერგეტიკული უსაფრთხოების გაუჯობებსა საქართველოს ენერგოპოლიტიკის ქვაკუთხედაა. 2012 წლის მონაცემებით, ენერგეტიკული მოთხოვნის მხოლოდ 35 %-ია დაკმაყოფილებული შიდა ეროვნული რესურსებით მაშინ, როცა ენერგომომხმარებლის 65 % (განსაკუთრებით კი ბუნებრივი გაზი) ენერგომომპორტით, ძირითადად კი აზერბაიჯანით მარაგდება (USAID, 2014). იგი ეროვნული დამოუკიდებლობის რანგშია აყვანილი. საქართველოს ენერგეტიკის დარგში სახელმწიფო პოლიტიკის ძირითადი მიმართულებების განმსაზღვრელი დადგენილებით, ენერჯის უწყვეტად და მისაღებ ფასად მიწოდება საქართველოს ენერგეტიკის სამართლის ბაზისია. ენერგეტიკული უსაფრთხოების პრობლემა მიწოდების უსაფრთხოების პრობლემაა. გარემოებას ის ართულებს, რომ არ არსებობს მსოფლიო დონეზე ენერგეტიკული უსაფრთხოების შესახებ დიალოგის მრავალმხრივი ფორმატი.

ენერგოუსაფრთხოების ძირითადი ამოცანა არის ენერჯიაზე მოთხოვნის, მასზე დამოკიდებულების შემცირება და ენერგეტიკული სისტემის მდგრადობა. რთულად თუ მოიძებნება მსოფლიოში ისეთი ქვეყანა ან რეგიონი, რომელიც, თუნდაც მინიმალური დოზით, არაა დამოკიდებული ენერგომომპორტზე. ეს ეხება ევროკავშირსაც. ხშირად, ევროპა საკუთარ ენერგოდეფიციტს ისეთ ქვეყნებთან თანამშრომლობით ავსებს, რომლებიც ენერგეტიკას ევროკავშირთან ურთიერთობის პოლიტიკურ „იარაღად“ იყენებენ. შესაბამისად, ენერგოუსაფრთხოების რისკები და მოთხოვნა-მიწოდების სათანადო უზრუნველყოფა სულ უფრო და უფრო მწვავე პრობლემა ხდება ევროპისთვის და ევროპაც აქტიურადაა დაკავებული საკუთარი ენერგეტიკული წყაროების დივერსიფიკაციით.

ფუნქციური და უსაფრთხო შიდა ევროპული ენერგობაზარი წარმოუდგენელია საგარეო ფაქტორების გათვალისწინების გარეშე. ჯერ კიდევ 2006 წელს აცხადებდა ევროკომისია, რომ ენერგეტიკა ევროპის საგარეო ურთიერთობების ცენტრალური ელემენტია. ამ პოლიტიკას ევროკავშირი ერთგვარი პან-ევროპული ენერგეტიკული გაერთიანების ჩამოყალიბებით ახორციელებს. ამით ის, ერთი მხრივ, დღევანდელ და ხვალინდელ ევროპელ მომხმარებლებს იცავს გაუთვალისწინებელი

ენერგეტიკული რისკებისაგან. მეორე მხრივ კი „საერთო სიკეთის“ მკეთებლადაც გვევლინება, რადგან მდგრადი ენერგეტიკის პრინციპებზე დაფუძნებულ იდეოლოგიას ფარგლებს გარეთ ავრცელებს.

2. ამ ყოველივეს ევროკავშირი ევროპეიზაციის ფარგლებში ახორციელებს, რასაც მოხსენების მეორე ნაწილი დაეთმო. „ევროპეიზაცია, როგორც კლუბის პოლიტიკის ტრანსფერი“ ჯერ კიდევ სათანადოდ გამოუკვლეველი ფენომენია და მას არ უკავია განსაზღვრული ადგილი სამეცნიერო ლიტერატურაში. იგი პროცესია, რა დროსაც ევროკავშირის არა წევრი სახელმწიფოს ეროვნული სამართლის ორიენტაციის განსაზღვრისას გადამწყვეტ როლს თამაშობს ევროპის სამართლის დინამიკა.

ენერგეტიკის სამართლის ევროპეიზაცია, რომელსაც პირობითად ევროპის კავშირის ენერგეტიკული ნორმების „ექსპორტი“ შეიძლება ეწოდოს, გლობალური ენერგეტიკული სამართლებრივი წესრიგის უბადლო ნიმუშია. ევროპა სულ უფრო და უფრო ინტერესდება საკუთარი გეოგრაფიული არეალის გაფართოებით, რაც დიდ გავლენას ახდენს ე. წ. „მესამე სახელმწიფოების“ შიდა ეროვნული სამართლის სისტემებზე, განსაკუთრებით კი ენერჯის მიმართულებით, როცა აღნიშნული სახელმწიფოები შიდასაკანონმდებლო რეგულაციებს საჭიროებენ, რათა ჩაებან გლობალიზაციის ფერხულში მოწინავე პოზიციებზე.

მოხსენების ფარგლებში ევროპეიზაციის ირგვლივ მსჯელობა ევროპეიზაციის რეგიონულ ინსტრუმენტების კვლევას დაეფუძნა და განხილულ იქნა საქართველო-ევროკავშირის ასოცირების შეთანხმებითა და ენერგეტიკული გაერთიანებით ნაკისრი ვალდებულებების სამართლებრივი ბუნება. ამდენად დადგინდა, რომ ორმხრივი საკანონმდებლო ჩარჩოს გარდა (ასოცირების ხელშეკრულება), საქართველო სულ ახლახან მიუერთდა „ევროპის ენერგეტიკულ გაერთიანებას“. ამ ფაქტმა, ერთი მხრივ, ასოცირების ხელშეკრულებით უკვე ნაკისრი ვალდებულებები „დაამოწმა“ და მეორე მხრივ, ევროპასთან სტაბილური ენერგონაწარმოების მზაობა წარმოაჩინა. ასოცირების შეთანხმების მსგავსად, ენერგეტიკული გაერთიანება შესასრულებლად სავალდებულო სამართლებრივი აქტების ნუსხას განსაზღვრავს. ამასთან, ენერგეტიკული გაერთიანების წევრობა არ გულისხმობს ასოცირების ხელშეკრულებისგან რაიმე განსხვავებული მოთხოვნების დაკისრებას. პირიქით, ევროკავშირი ამ ფორმით შესასრულებლად კიდევ უფრო რთულ ვალდებულებათა კატეგორიას განსაზღვრავს. მეორე მხრივ კი, ენერგეტიკული

გაერთიანების სამდივნოსთან მჭიდრო თანამშრომლობის ფარგლებში, ცდილობს პოლიტიკური, ტექნიკური და ფინანსური დახმარება აღმოუჩინოს სახელმწიფოებს, რათა მათ ეფექტური რეფორმების გატარება შეძლონ.

3. მესამე ნაწილში მოხსენება ევროპის ენერგეტიკული კანონმდებლობის ქართულთან შესაბამისობის საკითხის გამოკვლევით დაკავდა. ენერგეტიკული კანონმდებლობის ევროპულ სტანდარტებთან დაახლოება შეთანხმების ერთ-ერთი საკვანძო საკითხია. აქ ორმხრივი ბუნება შეინიშნება. პირველ რიგში, ხელშეკრულების 297-ე მუხლი ენერგეტიკულ სფეროში თანამშრომლობის ძირითად პოლიტიკურ მიმართულებებს განსაზღვრავს, რომლებიც ქვეყნის სტრატეგიული გეოგრაფიული მდებარეობით უნდა იყოს განპირობებული. საქართველო ევროკავშირისთვის ენერგოსექტორის დივერსიფიკაციის კარგი ალტერნატივაა ცენტრალური აზიიდან ევროპულ ბაზრამდე ნავთობისა და ბუნებრივი გაზის ტრანსპორტირების ნაწილში. ამავდროულად, ხელშეკრულება იმ კონკრეტულ სამართლებრივ აქტებს ჩამოთვლის, რომლებიც ითვალისწინებენ ენერგოსაფრთხოების განმტკიცებას, საკანონმდებლო მოწყობას ელექტროენერგეტიკის, ბუნებრივი გაზის, ნავთობის, განახლებადი ენერჯისა და ენერგოეფექტურობის სფეროში.

ამრიგად, საქართველოსა და ევროკავშირის შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმებისა და ენერგეტიკული თანამეგობრობის დამფუძნებელ ხელშეკრულებაზე მიერთების ოქმზე ხელმოწერის შედეგად საქართველომ საკუთარი კანონმდებლობის ევროკავშირის კანონმდებლობასთან დაახლოების ვალდებულება იტვირთა. ეს კი ენერგეტიკული კანონმდებლობის განვითარებაზე მაღალი პოლიტიკური ნების გამოვლენას მოითხოვს.

ეს საკმარისი როდია. სფეროს სამომავლო განვითარება-დახვეწისთვის ევროპული კანონმდებლობის ეროვნულ სამართლის სისტემაში სარკისებური რეცეფცია და ფორმალური იმპლემენტაცია ვერ გამოიღებს სასურველ შედეგს. ამ თვალსაზრისით უმნიშვნელოვანესია სათანადო და ეფექტიანი აღსრულების მექანიზმების შექმნა. არსებითი მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს ენერგეტიკული გაერთიანების სამდივნოსთან მჭიდრო თანამშრომლობას და სამოქმედო გეგმის შემუშავებას, რომელიც გაითვალისწინებს მისაღწევ შუალედურ და საბოლოო შედეგებს და დაადგენს შესაბამის ანგარიშვალდებულებების მოთხოვნებს.

ამასთან, არსებული ეროვნული კანონმდებლობის ევროპული სამართლებრივ აქტებთან მიახლოება არ ნიშნავს ნაციონალური სამართლის ჩანაცვლებას. ნორმის გადმოღება კანონშემოქმედებითი საქმიანობაა და იგი არ შეიძლება გაიგივებულ იქნას ნაწარმოების თარგმნასთან. სამართლის ჰარმონიზაციის პროცესში „მთარგმნელი“ არ არის შეზღუდული: „როცა სჭირდება უმატებს, ავრცობს, როცა სჭირდება – აკლებს, ამოკლებს და რაც მთავარია, ხშირ შემთხვევაში თარგმნის არა სიტყვა-სიტყვით, არამედ წაიკითხავს მუხლს, გაიაზრებს და მერე წერს.“

დირექტივებისა და რეგულაციების სწორი იმპლემენტაციისთვის აუცილებელია ქვეყანაში არსებობდეს ყველა საჭირო უფლებამოსილებით აღჭურვილი, ქმედითი, დამოუკიდებელი, გამჭვირვალე და ძლიერი მარეგულირებელი ორგანო, რათა არ დაირღვეს ბაზრის არც ერთი მონაწილის უფლებები და ინტერესები. თავად ჰარმონიზებული კანონმდებლობის საბოლოო „პროდუქტი“ უნდა იყოს მოდერნიზებული ენერგეტიკული კანონმდებლობა. სწორედ ამიტომ, თანამედროვე ენერგეტიკული სამართლებრივი რეგულირების ამოცანა ისეთი ჯანსაღი სისტემის შექმნა და ორგანიზაციული სტრუქტურის გამართვაა, რომელიც კონკურენციისა და გამჭვირვალობის მაღალ სტანდარტებს ქმნის, ორმხრივად მომგებიანია და საერთაშორისო წესების დაცვის არადისკრიმინაციულ საფუძველზეა წარმოებული. საკანონმდებლო სრულყოფა ხელს შეუწყობდა ქვეყანაში კვალიფიციური სტრატეგიული ინვესტირების მოზიდვას, სატრანზიტო ფუნქციის გაძლიერებას და სამომავლო მასშტაბური ენერგეტიკული პროექტების განხორციელებას.

დაბოლოს, ევროპული ენერგეტიკის სამართლის ქართულ კანონმდებლობაზე ზემოქმედების ხარისხი, თეორიული თვალსაზრისით, საკმაოდ მაღალია და ეროვნული ენერგოსექტორის ევროპეიზაციაც გარდაუვალია, თუმცა, მისი დროული და ეფექტური განხორციელება მოითხოვს მაღალ პოლიტიკურ ნებას და სამართლის აღსრულების რეალური მექანიზმების ამოქმედებას.

ISBN 978-9941-9725-6-0



9 789941 972560