

შენიშვნები უშანგი ბახტაძის დისერტაციაზე: „კრიმინალიზაციის პროცესის კრიმინოლოგიური ანალიზი“*

ასისტ. პროფ. დოქ. თემურ ცქიტიშვილი

თსუ, თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფო და სამართლის ინსტიტუტის მეცნიერი თანამშრომელი

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სისხლის სამართლის მიმართულების დოქტორანტ უშანგი ბახტაძის დისერტაცია ეხება ისეთ აქტუალურ თემას, როგორიცაა „კრიმინალიზაციის პროცესის კრიმინოლოგიური ანალიზი“. გარდა იმისა, რომ დისერტაცია აქტუალურ თემას ეხება, ის იმ მხრივაც იძენს განსაკუთრებულ მნიშვნელობას, რომ ისეთი იურიდიული მეცნიერება, როგორიც კრიმინოლოგიაა, საქართველოში ნაკლებადაა განვითარებული. ქმედების კრიმინალიზაციის პროცესის კრიმინოლოგიური ანალიზი არა მხოლოდ თეორიული, არამედ ასევე პრაქტიკული თვალსაზრისითაც არის მნიშვნელოვანი, ვინაიდან საქმე ეხება იმ პროცესის ანალიზს, რომელიც კანონშემოქმედებასთანაა მჭიდროდ დაკავშირებული. კანონშემოქმედებითი პროცესი პრაქტიკული პროცესია. კრიმინალიზაციის პროცესის კრიმინოლოგიური ანალიზი იმ თვალსაზრისით არის საყურადღებო, რომ კვლევის შედეგად გამოვლინდეს ის ხარვეზები, რომლებიც აღნიშნულ პროცესს ახლავს და შემუშავდეს რეკომენდაციები, რომელიც კრიმინალიზაციის პროცესში იქნება გათვალისწინებული. აღნიშნული კი ხელს შეუწყობს დანაშაულის პრევენციის მიზნის წარმატებით განხორციელებას. დასახელებული მიზნის მისაღწევად მნიშვნელოვანია არა მხოლოდ ქმედების კრიმინალიზაცია, არამედ ის, თუ რამდენად

ნად სწორად, უხარვეზოდ და ეფექტურად მიმდინარეობს აღნიშნული პროცესი.

სადისერტაციო თემა განხილულია როგორც ქართულენოვანი, ისე უცხოენოვანი ლიტერატურის გამოყენებით. თემის ავტორი განსახილველ თემაზე არაერთ საგულისხმო მოსაზრებას გამოთქვამს, მაგრამ უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ დისერტანტის მიერ გამოთქმული არაერთი მოსაზრება საკამათოა და შეიძლება ინვევდეს განსხვავებულ ინტერპრეტაციას. სწორედ აღნიშნულთან დაკავშირებით გამოთქმული შენიშვნები იქნება ქვემოთ წარმოდგენილი.

1. ვინაიდან სადისერტაციო თემა კრიმინალიზაციის პროცესის კრიმინოლოგიურ ანალიზს ეძღვნება, დისერტანტმა საგანგებო ყურადღება დაუთმო კრიმინალიზაციის საფუძველს, რომელთან დაკავშირებითაც სადისერტაციო ნაშრომში აღნიშნულია, რომ „კრიმინალიზაციის პროცესისთვის მნიშვნელოვანია ქმედება მართლსაწინააღმდეგო იყოს“ (მე-10 გვ.). მართლსაწინააღმდეგობა მიჩნეულია ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძველად (70-ე გვ.). აღნიშნული დებულება საკამათოა ვინაიდან კრიმინალიზაციის საფუძველი არის არა მართლსაწინააღმდეგობა, არამედ ქმედების სოციალური საშიშროება. ამ თვალსაზრისით, ქმედების სოციალური საშიშროება წინ უძღვის ქმედების მართლსაწინააღმდეგობას. ქმედება მართლსაწინააღმდეგო ხდება კრიმინალიზაციის შედეგად. კანონიერების პრინციპიდან გამომდინარე, ქმედება მართლსაწინააღმდეგოდ ვერ შეფასდება, თუ არ არის კრიმინალიზებული და დასჯადად გამოცხადებული.

* აღნიშნული შენიშვნები ეხება დისერტაციის იმ ვერსიას, რომელიც დისერტანტმა დაცვისთვის წარმოადგინდა.

2. დისერტანტი აღნიშნავს, რომ „სახელმწიფომ ქმედების აკრძალვის თაობაზე კვლევა უნდა დაიწყოს იმის გარკვევით, არის თუ არა ეს ქმედება მართლსაწინააღმდეგო“ (61-ე გვ.). აღნიშნული მსჯელობიდან გამომდინარეობს, რომ ქმედება მართლსაწინააღმდეგო შეიძლება იყოს სახელმწიფოებრივი აკრძალვის გარეშე, ქმედების აკრძალვა კი არ არის მისი მართლსაწინააღმდეგობის საფუძველი, არამედ მართლსაწინააღმდეგობა ყოფილა აკრძალვის და კრიმინალიზაციის საფუძველი. მოცემული მოსაზრება არ არის გასაზიარებელი, ვინაიდან აკრძალვის გარეშე ქმედების მართლსაწინააღმდეგობა არ არსებობს და აქ სწორედ სახელმწიფოებრივი აკრძალვაა განმსაზღვრელი.

დისერტანტის მოსაზრებით, „დიდი მნიშვნელობა ენიჭება მართლსაწინააღმდეგობის დადგენას ქმედების კრიმინალიზაციის მიზნით“ (61-ე გვ.), მაგრამ თუ ამ შეხედულებას გავიზიარებთ, გამოდის, რომ კრიმინალიზაციამდე შეიძლება ყოფილა ქმედების მართლსაწინააღმდეგობის დადგენა და ქმედების შემადგენლობა არ ყოფილა მართლსაწინააღმდეგობის ინდიცია. როგორ შეიძლება მართლსაწინააღმდეგობა დადგინდეს მართლსაწინააღმდეგობის გამომრიცხავ გარემოებათა გარეშე? აღნიშნული გარემოება კი ქმედების შემადგენლობის განხორციელების გარეშე არ ხორციელდება. ამიტომაც არის ქმედების შემადგენლობა მართლსაწინააღმდეგობის ინდიცია და ამიტომ იკავებს მართლსაწინააღმდეგობა დანაშაულის სისტემაში მეორე ადგილს ქმედების შემადგენლობის შემდეგ, რასაც თვით დისერტანტიც იზიარებს (61-ე გვ.).

ქმედების შემადგენლობის და მართლსაწინააღმდეგობის ურთიერთმიმართებაზე საყურადღებოა გერმანიის სსკ-ის მე-11 პარაგრაფში მოცემული განმარტება, რომლის თანახმადაც, მართლსაწინააღმდეგო მხოლოდ ისეთი ქმედებაა, რომლითაც ხორციელდება სსკ-ით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა. მართლსაწინააღმდეგობის აღნიშნულ გაგებას დიდი მნიშვნელობა ენიჭება კანონიერების პრინციპიდან გამომდინარე. თუ მართლსაწინააღმდეგობა არ არსებობს სსკ-ით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობის გარეშე, ეს იმას ნი-

შნავს, რომ ქმედების მართლსაწინააღმდეგობა ვერ იქნება მოცემული იმ ამკრძალავი ნორმის გარეშე, რომელთანაც ქმედების შემადგენლობაა დაკავშირებული.

3. დისერტანტი, ერთი მხრივ, არ იზიარებს იმას, რომ სასჯელი აკრძალვაა, ხოლო მეორე მხრივ, თვლის, რომ სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის ნორმა ამკრძალავია. დისერტანტი აკრძალვად თვლის თავად სისხლის სამართლის ნორმის არსებობას (64-ე გვ.). როგორც ჩანს, ავტორი სანქციას არ განიხილავს ნორმის ნაწილად და ნორმის მიღმა მოიაზრებს. სხვაგვარად შეუძლებელია აღნიშნული მოსაზრების განმარტება. თუ სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის ნორმა ამკრძალავია, სწორედ სასჯელი აძლევს მას ასეთ ხასიათს. მართალია, არსებობენ ამკრძალავი ნორმებიც, რომლებიც სასჯელს არ ითვალისწინებენ² და სასჯელი შეიძლება სხვა ნორმით იყოს გათვალისწინებული, მაგრამ ეს მაინც არ გამოირიცხავს სასჯელის აკრძალვით ბუნებას და იმას, რომ სისხლის სამართლის ნორმის აკრძალვითი ხასიათი უპირატესად სასჯელიდან გამომდინარეობს. როდესაც დისერტანტი თვით სისხლის სამართლის ნორმას მიიჩნევს აკრძალვად, საინტერესოა, თვლის თუ არა იგი ამკრძალვად მაგალითად, სსკ-ის 322-ე მუხლს, რომელიც სახელმწიფოს წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულთან დაკავშირებით ქმედითი მონაწილების გამო პირის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლებას ეხება ან სსკ-ის 382-ე მუხლს, რომელშიც სამხედრო სამსახურის საწინააღმდეგო დანაშაულის ცნებაა ჩამოყალიბებული და სასჯელის ზომას არ განსაზღვრავს. მიზანშეწონილი იყო, დისერტანტს დაეკონკრეტებინა მიიჩნევს თუ არა სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის ყველა ნორმას ამკრძალვად.

4. დისერტანტი, ერთი მხრივ, არ იზიარებს მართლსაწინააღმდეგობის ვიწრო, სისხლისსამართლებრივ გაგებას, ხოლო მეორე მხრივ, ქმედების დეკრიმინალიზაციას აკრძალვის გაუ-

² მაგალითად, ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ საქართველოს კანონის ის ნორმები, რომლითაც აკრძალულია უკანონო აბორტი. თუმცა, ეს არ გამოირიცხავს სსკ-ის 133-ე მუხლით გათვალისწინებულ აკრძალვას.

ქმებად მიიჩნევს (69-70-ე გვ.). აღნიშნული პოზიცია არ არის თანმიმდევრული. ქმედების დეკრიმინალიზაციის მიჩნევა აკრძალვის გაუქმებად, სწორედ მართლწინააღმდეგობის სისხლისსამართლებრივი გაგების სასარგებლო არგუმენტად შეიძლება დასახელდეს. თუ მართლწინააღმდეგობა არსებობს ზოგადად, მაშინ მასზე გავლენა არ უნდა მოახდინოს ქმედების დეკრიმინალიზაციამ, ვინაიდან აკრძალვა შეიძლება არსებობდეს სხვა ნორმითაც.

5. დისერტანტი აკრძალვის გაუქმებას არ მიიჩნევს ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამორიცხვის საფუძვლად და თვლის, რომ ქმედების დეკრიმინალიზაციის, აკრძალვის გაუქმების მიუხედავად, ქმედება შეიძლება რჩებოდეს მართლწინააღმდეგოდ საზოგადოებისთვის. მაგრამ ჩნდება კითხვა, სისხლის სამართალში რა მნიშვნელობა შეიძლება ჰქონდეს მართლწინააღმდეგობის ასეთ გაგებას? ასეთი „მართლწინააღმდეგობა“ ხომ არ შეიძლება დანაშაულის ნიშნად მივიჩნიოთ და კანონიერების პრინციპიდან გამომდინარე, დეკრიმინალიზებული ქმედებისთვის პირს პასუხისმგებლობა დავაკისროთ?

6. დისერტანტი უთითებს, რომ ქმედების კრიმინალიზაციით სახელმწიფო აკანონებს ქმედების მართლწინააღმდეგობას და ქმნის გარანტიას, რომ ქმედების ბრალეულად ჩადენის შემთხვევაში ქმედების ჩამდენი დაისჯება (70-ე გვ.). აღნიშნული მსჯელობიდან არ ჩანს თუ როგორი ურთიერთმიმართებაა ქმედების შემადგენლობასა და მართლწინააღმდეგობას შორის, როგორ უნდა გაიმიჯნოს ქმედების შემადგენლობა და მართლწინააღმდეგობა. ფაქტობრივად, მართლწინააღმდეგობა წარმოდგენილია ქმედების შემადგენლობის ნიშნად.

დისერტანტი არაერთგზის იმეორებს, რომ სახელმწიფო ქმედების მართლწინააღმდეგობაზე ქმედების კრიმინალიზაციამდე მსჯელობს (76-ე გვ.), რაც იძლევა არასწორი დასკვნის გაკეთების საფუძველს, რომ მართლწინააღმდეგობა ყოფილა ქმედების შემადგენლობის ნიშანი, რომლის გარეშე ქმედების შემადგენლობა ვერ განხორციელდება. ქმედების შემადგენლობა ყალიბდება კრიმინალიზაციის შედეგად და თუ მართლწინააღმდეგობა კრიმინალიზაციის

საფუძველია, ქმედების შემადგენლობაც შეუძლებელი იქნება ქმედების მართლზომიერების პირობებში. აღნიშნულთან დაკავშირებით ჩნდება კითხვა, როგორ შეიძლება აუცილებელმა მოგერიებამ მართლწინააღმდეგობა გამორიცხოს? აუცილებელი მოგერიება ხომ ქმედების შემადგენლობას არ გამორიცხავს, ქმედების შემადგენლობა არა მხოლოდ ქმედების მართლწინააღმდეგობის დროს, არამედ აუცილებელი მოგერიების (ქმედების მართლზომიერების პირობებში) დროსაც ხორციელდება? თუ დისერტანტის პოზიცია იქნა გაზიარებული, მივალთ იმ დასკვნამდე, რა დასკვნამდეც მიდიოდნენ ნეგატიური ნიშნების თეორიის წარმომადგენლები, რომლებიც მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხავი გარემოების არარსებობას ქმედების შემადგენლობის ნეგატიურ ნიშნად განიხილავდნენ და მართლწინააღმდეგობის გამორიცხვის გზით ქმედების შემადგენლობის გამომრიცხვამდე მიდიოდნენ.³

7. დისერტანტი ერთი მხრივ, ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძვლად მართლწინააღმდეგობას თვლის, მაგრამ მეორე მხრივ, თავად მიდის იმ დასკვნამდე, რომ ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძვლად მართლწინააღმდეგობის მიჩნევა პრობლემურია და უთითებს ბლანკეტურ შემადგენლობებს (73-ე გვ.), სადაც საქმე ეხება ისეთ ქმედებებს, რომლებიც ზოგადად კი არ არის აკრძალული, არამედ ცალკეულ შემთხვევებში. დისერტანტი სვამს კითხვას, თუ რა შეიძლება იყოს ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძველი ბლანკეტურ დელიქტებში და აკეთებს დასკვნას, რომ სახელმწიფოს გააჩნია სათანადო მორალური საფუძველი ქმედების ასაკრძალად, ვინაიდან ის არის ხელისუფალი (73-ე გვ.). თუ აღნიშნულ მოსაზრებას გავიზიარებთ, გამოდის, რომ ქმედების აკრძალვის საფუძველს სახელმწიფო ქმნის, რაც მეტად საკამათოა. აღნიშნული მოსაზრება შეიძლება გასაზიარებელი იყოს ადმინისტრაციულ გადაცდომებთან მიმართებით, სადაც დაცვითზე მეტად რეგულაციური ფუნქცია ხო-

³ ნეგატიური ნიშნების თეორიაზე იხ. C. Roxin, *Strafrecht*, AT, Band I, München, 2006, S. 630, §14 H Rn. 72; H-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996, S. 248-251.

რციელდება, მაგრამ რაც შეეხება სისხლის სამართლის დანაშაულს, აქ ქმედების აკრძალვის საფუძველი ქმედების სოციალური საშიშროებაა, მიუხედავად იმისა, თუ როგორ დელიქტს ეხება საქმე. ვინაიდან სისხლის სამართალი უკიდურესი საშუალებაა სახელმწიფოს ხელში, არ შეიძლება ქმედების კრიმინალიზაცია მოხდეს ქმედების სოციალური საშიშროების გარეშე.

დისერტანტი უთითებს, რომ სახელმწიფოს ქმედება მაშინ იქნება გამართლებული, თუ ის შექმნის სათანადო საფუძვლებს (75-ე გვ.), რითაც კვლავ ადასტურებს იმას, რომ ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძველი მოცემული კი არ არის სახელმწიფო ძალისხმევის გარეშე, არამედ სახელმწიფო თვითონ ქმნის ასეთ საფუძველს.

8. დისერტანტი სვამს კითხვას, ქმედების კრიმინალიზაციის საწყისი წერტილი მართლწინააღმდეგობაა თუ ის ზიანი, რომელიც ქმედებას მოაქვს (77-ე გვ.) და მიდის დასკვნამდე, რომ ეს შემთხვევაზეა დამოკიდებული. ის რომ დისერტანტს ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძველად ცალკეულ შემთხვევაში ზიანის გამოწვევა მიაჩნია და არა მართლწინააღმდეგობა, იმაზე მეტყველებს, რომ დისერტანტსაც უჭირს თანმიმდევრულად დაიცვას საკუთარი პოზიცია, რომლითაც ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძველად მართლწინააღმდეგობაა მიჩნეული.

9. დისერტანტი თვლის, რომ ზიანის გამოწვევას შეიძლება ახლდეს მართლწინააღმდეგობის ან ბრალის გამომრიცხავი გარემოებები (97-ე გვ.), მაგრამ ქმედების კრიმინალიზაციის ეტაპზე ზიანი არა მხოლოდ აბსტრაქტული, ზოგადი და ობიექტური, არამედ ამავდროულად მართლსაწინააღმდეგოც უნდა იყოს (98-ე გვ.). აღნიშნული მსჯელობა ურთიერთგამომრიცხავია. მართლწინააღმდეგობის და ბრალის გამომრიცხავ გარემოებებზე მსჯელობა ხდება არა კრიმინალიზაციის ეტაპზე, არამედ შემდგომ ეტაპზე მოსამართლის მიერ, მაგრამ მაშინ როგორ არის მართლსაწინააღმდეგოდ გამოწვეული ზიანი კრიმინალიზაციის საფუძველი? ზიანი არის თუ არა მართლსაწინააღმდეგოდ გამოწვეული, ამაზე მსჯელობა მოი-

თხოვს მსჯელობას მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხავ გარემოებებზე, რასაც ადგილი ვერ ექნება კრიმინალიზაციის ეტაპზე, ვინაიდან ეს არის არა კანონმდებლის, არამედ მოსამართლის პრეროგატივა. მართლწინააღმდეგობა აბსტრაქტულად ვერ დადგინდება, მისი დადგენა ხდება ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში.

10. დისერტანტი თვლის, რომ თუ არ არის მსხვერპლი, არ არის ზიანი (99-ე გვ.), ხოლო ზიანის პრინციპის მიხედვით, ზიანის გამოწვევას ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძველად განიხილავს. დისერტანტი იზიარებს იმ მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც მსხვერპლის გარეშე ზიანი არ არსებობს, შესაბამისად, დანაშაულიც (მე-100 გვ.). თუმცა, ჩნდება კითხვა, ყავს თუ არა მსხვერპლი სსკ-ის 212-ე მუხლით დასჯად ისეთ ქმედებას, როგორიცაა ყალბი ფულის დამზადება გასაღების მიზნით, როცა გასაღებაც არ არის საჭირო ქმედების დასჯადობისთვის, სადაც აბსტრაქტული საფრთხე იქმნება და ქმედებას არ ყავს კონკრეტული ადრესატი დანაშაულის მომზადებისგან განსხვავებით.

11. დისერტანტი, ერთი მხრივ, ფიქრობს, რომ დანაშაული ყოველთვის იწვევს ზიანს და მსხვერპლს, ხოლო მეორე მხრივ, უშვებს დანაშაულის არსებობას, რომელსაც არ ყავს მსხვერპლი (101-ე გვ.), რაც ურთიერთგამომრიცხავ მსჯელობას წარმოადგენს.

12. დისერტანტი ო. გამყრელიძეს ერთიანი მართლწესრიგის თეორიის მიმდევრად თვლის (64-ე გვ.), მაშინ, როცა იგი კ. ბინდინგის თეორიის მიმდევრად შეიძლება მივიჩნიოთ.⁴ აღნიშნულ თეორიებს შორის არსებობს საერთო კვების წერტილები, მაგრამ მათი გაიგივება არ იქნება მართებული, ვინაიდან აღნიშნული თეორიები გვთავაზობენ ქმედების მართლწინააღმდეგობის განსხვავებულ გაგებას. თუ ბინდინგის თეორიით გამოირიცხება სისხლისსამა-

⁴ მართლწინააღმდეგობაზე ო. გამყრელიძის შეხედულება იხ. ო. გამყრელიძე, მართლწინააღმდეგობის ცნება და სისხლის სამართლის კანონი, „ცხოვრება და კანონი“, 2013, #2 (17), ნოემბერ-დეკემბერი, გვ. 3-12; ო. გამყრელიძე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, მესამე გამოცემა, წიგნში, მისივე, სისხლის სამართლის პრობლემები, III ტომი, თბ., 2013, გვ. 331-332; 168-172.

რთლებრივი ნორმის აკრძალვითი ხასიათი და სისხლის სამართლის ნორმას დასჯის ფუნქციას მიაწერს, ერთიანი მართლწესრიგის თეორია არ გამოირიცხავს სისხლის სამართლის ნორმის აკრძალვით ხასიათს. თუმცა, ერთიანი მართლწესრიგის თეორიის მიხედვით, ქმედების მართლწინააღმდეგობა მხოლოდ სისხლის სამართლის ნორმით გათვალისწინებულ აკრძალვას არ ეფუძნება და საკმარისად მიიჩნევა ის აკრძალვაც, რომელიც სამართლის სხვა დარგიდან გამომდინარეობს. მაშასადამე, ქმედების მართლწინააღმდეგობისთვის არ აქვს მნიშვნელობა იმას, აკრძალვა უშუალოდ თუ რომელ სამართლებრივ ნორმას უკავშირდება, ვინაიდან სამართლის ყველა დარგი განიხილება არა ფრაგმენტულად, არამედ როგორც ერთიანი მართლწესრიგის განუყოფელი ნაწილი.⁵

დისერტანტის მიერ შეცდომის დაშვებისა და ო. გამყრელიძის შეხედულების არასწორი გაგების საფუძველი ის გახდა, რომ დისერტანტი მეცნიერის ნაშრომს უთითებს სხვა ნაშრომზე დაყრდნობით, რაც ნიშნავს იმას, რომ დისერტანტი პირველწყაროს არ გასცნობია, მაშინ, როცა აღნიშნული ნაშრომი ხელმისაწვდომი იყო. ნაშრომის წერის დროს ავტორმა ამა თუ იმ ავტორის შეხედულება შეიძლება გადმოსცეს არა პირველწყაროზე, არამედ სხვის ნაშრომზე დაყრდნობითაც, მაგრამ თუ ნაშრომი ხელმისაწვდომია, პირველწყაროდან ციტირება არა მხოლოდ სასურველი, არამედ აუცილებელიცაა.

13. ქმედებისთვის სანქციის განსაზღვრა დისერტანტის მიერ მიჩნეულია კრიმინალიზაციის მეორე ეტაპად (მე-9 გვ.), რაც შეიძლება საკამათო იყოს, ვინაიდან იგი მეორე, ცალკე, მაგრამ კრიმინალიზაციის მიღმა მდგომი ეტაპია, რომელსაც თავისი სახელი აქვს და მოიხსენიება, როგორც პენალიზაცია. სამწუხაროა,

როდ, დისერტანტი აღნიშნულ ტერმინს ერთხელაც არ ახსენებს.

14. დისერტაციაში ქმედების კრიმინალიზაციის გამართლების საფუძველად ქმედებით გამოწვეული ზიანია წარმოჩენილი. ხომ არ იყო უმჯობესი, რომ კრიმინალიზაციის ლეგიტიმაციის საფუძველად სამართლებრივი სიკეთის დაცვა ყოფილიყო მიჩნეული? საკითხავია, უნდა მივიჩნიოთ თუ არა ზიანი გამოწვეულად დანაშაულის მცდელობის და მომზადების დროს? ეს კითხვა კიდევ უფრო ლეგიტიმურია, თუ გავითვალისწინებთ იმას, რომ ერთი მხრივ, დაუშვებელი დანაშაული დასჯადია, მაგრამ მცდელობისგან განსხვავებით, დანაშაულის მომზადება ყოველთვის არ არის დასჯადი და ის დამოკიდებულია დანაშაულის კატეგორიაზე, სიმძიმეზე. დასჯადია მძიმე, განსაკუთრებით მძიმე და ზოგიერთი ნაკლებად მძიმე დანაშაულის მომზადება (სსკ-ის მე-18 მუხლი). დანაშაულის მომზადება რომ ზოგადად იწვევდეს ზიანს, რატომ დაუკავშირებდა კანონმდებელი მომზადების დასჯადობას დანაშაულის კატეგორიას?

მაშინ, როცა დაუშვებელ დანაშაულებში ზიანის არსებობა საკამათოა, კამათის საგანს არ შეიძლება წარმოადგენდეს ის, რომ სამართლებრივი სიკეთე დაცულია არა მხოლოდ დამთავრებული, არამედ დაუშვებელი დანაშაულისგანაც. დისერტანტი მცდელობის დროს უშვებს „დაშორებული ზიანის“ არსებობას (113-ე გვ.). თუმცა, „დაშორებული ზიანი“ პირობითი ტერმინია და იმაზე მიუთითებს, რომ რეალურად არც არის ზიანი გამოწვეული.

სისხლის სამართლის კოდექსი ზოგჯერ ქმედების ძირითადი ან კვალიფიციური შემადგენლობის ნიშნად ითვალისწინებს „მნიშვნელოვანი ზიანის გამოწვევას“, მაგრამ ქმედების შემადგენლობა დამთავრებული დანაშაულის მოდელს აღწერს და აღნიშნული შედეგი დანაშაულის დასრულებისთვისაა მნიშვნელოვანი, ხოლო დაუშვებელი დანაშაულის დროს დასახელებული შედეგი არ არის გამოწვეული. თუ დაუშვებელი დანაშაულის დასჯადობის ლეგიტიმაციის საფუძველი ზიანის გამოწვევაა, როგორ გავმიჯნოთ დამთავრებული და დაუშვებელი დანაშაული ერთმანეთისგან?

⁵ ერთიანი მართლწესრიგის თეორიაზე იხ. C. Roxin, *Strafrecht*, AT, Band I, München, 2006, S. 613, § 14 E, Rn. 31, 32; *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht*, AT, Lehrbuch, 11. Aufl., Bielefeld, 2003, S. 302, § 16 Rn. 7; *Wessels/Beulke*, *Strafrecht*, AT, Die Straftat und ihre Aufbau, 40. Aufl., Heidelberg, 2010, S.101, Rn. 274; *R. Rengier*, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., München, 2011, S. 134; *U. Ebert*, *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., Heidelberg, 2001, S. 74.

15. დისერტანტი აღნიშნავს, რომ ზიანის პრინციპის მიხედვით, მრავალი უვნებელი ქმედებაც შეიძლება იყოს კრიმინალიზაციის ობიექტი (113-ე გვ.). თუ ქმედება უვნებელია, რატომ ხდება კრიმინალიზაცია და რამდენად შეესაბამება ეს ზიანის პრინციპს? დისერტანტი, ერთი მხრივ, თვით დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის ლეგიტიმაციის საფუძვლად აცხადებს ზიანის გამოწვევას თვლის, ხოლო მეორე მხრივ, უვნებელ ქმედებასაც აცხადებს კრიმინალიზაციის ობიექტად, რაც გაკვირვებას იწვევს.

16. დისერტანტი, ერთი მხრივ, დაშორებული ზიანის არსებობას უშვებს იარაღის შეძენის და დაუმთავრებელი დანაშაულების დროს (113-ე გვ.), ხოლო მეორე მხრივ, ეგუება ქმედების მართლწინააღმდეგობას ზიანის გამოწვევის გარეშე და ამის მაგალითად მოჰყავს ცრუ ჩვენების შემთხვევა (116-117-ე გვ.). ცრუ ჩვენება, ისევე როგორც იარაღის უკანონო შეძენა, ტარება, ფორმალური დანაშაულია და აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტია. თუ ერთ შემთხვევაში არსებობს დაშორებული ზიანი, რატომ გამოირიცხება ის იმავე ტიპის სხვა დანაშაულში? იქ, სადაც დისერტანტი დაშორებულ ზიანზე მსჯელობს, ფაქტობრივად გამოირიცხავს დანაშაულს ზიანის გარეშე და თვლის, რომ დანაშაული თუნდაც დაშორებულ ზიანს მაინც უნდა იწვევდეს, მაგრამ ნაშრომის მომდევნო გვერდებზე (116-ე გვ.) ამის საპირისპირო მსჯელობას ავითარებს და მიიჩნევს, რომ ფორმალური დანაშაული (ცრუ ჩვენება) ზიანს არ იწვევს და მისი კრიმინალიზაციის საფუძველია ქმედების მართლწინააღმდეგობა ზიანის გამოწვევის გარეშე, რაც ურთიერთგამომრიცხავ მსჯელობას წარმოადგენს.

დისერტანტი თვლის, რომ ცრუ ჩვენება კონკრეტულ ზიანს არ იწვევს (116-ე გვ.), თუმცა მისი აკრძალვა მაინც ეფუძნება ზიანს, რომელიც აღნიშნული ქმედების მნიშვნელოვანი ელემენტია (116-117-ე გვ.). ავტორი შემდგომ განაგრძობს, რომ ცრუ ჩვენების დროს ზიანი არ არის მართლწინააღმდეგობის წყარო (117-ე გვ.). თუ ზიანი ცრუ ჩვენების დროს ქმედების მნიშვნელოვანი ელემენტია და მისი აკრძალვა ზიანის პრინციპს ეფუძნება, რატომ არ განიხი-

ლება იგი მართლწინააღმდეგობის წყაროდ? ან რატომ გამოირიცხავს დისერტანტი ე. წ. დაშორებულ ზიანს?

17. დისერტანტი თვლის, რომ მკვლელობის მცდელობის მართლწინააღმდეგობა უფრო მეტად ქმედების ჩამდენის განზრახვას ეფუძნება (117-ე გვ.), რაც სიმართლეს არ შეესაბამება. დანაშაულის მცდელობა მხოლოდ მოქმედი პირის განზრახვის გამო არ არის დასჯადი. თანამედროვე სისხლის სამართალი ქმედების სამართალია, რაც იმას ნიშნავს, რომ ქმედების დასჯადობა პირველ რიგში ქმედებასა და მის საშიშროებას ეფუძნება. სუბიექტური თეორიის წარმომადგენლები მიიჩნევენ დანაშაულის მცდელობის დასჯადობის საფუძვლად მოქმედი პირის განზრახვას,⁶ მაგრამ აღნიშნული თეორია დიდი ხანია უარყოფილ იქნა და წარსულის კუთვნილებად იქცა. დღეისათვის გაზიარებულია სუბიექტურ-ობიექტური თეორია, რომლის მიხედვითაც, თანაბარი ყურადღება ექცევა როგორც სუბიექტურ, ისე ობიექტურ ნიშნებს.⁷ კერძოდ, განზრახვას და ქმედების საშიშროებას. დანაშაულის მცდელობა სუბიექტური თვალსაზრისით, მოითხოვს განზრახვას, ხოლო ობიექტური მხრივ, კონკრეტული საფრთხის შემცველ ქმედებას სამართლებრივი სიკეთის წინააღმდეგ.⁸ ობიექტური ნიშნების გარეშე, მხოლოდ სუბიექტურ ნიშნებზე დაყრდნობით, შეუძლებელია ჩვეულებრივი მცდელობის გამიჯვნა უვარგისი მცდელობისგან. ასევე შეუძლებელი გახდება იმის დასაბუთებაც თუ რატომ არ უნდა ისჯებოდეს აბსოლუტურად უვარგისი მცდელობა (სსკ-ის მე-20 მუხლი).

18. გაუგებარია დისერტანტის მსჯელობა აბსტრაქტულ საფრთხესთან დაკავშირებით, რომ „როდესაც აბსტრაქტული საფრთხის შემცველი ქმედების აკრძალვაზე მიდის საუბარი,

⁶ სუბიექტურ თეორიაზე იხ. B. Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 284, Rn. 634.

⁷ შერეულ (დუალისტურ) თეორიაზე იხ. B. Heinrich, *ebenda*, S. 285, Rn. 636. ქართულ სისხლის სამართალში დუალისტურ თეორიაზე და მის მნიშვნელობაზე იხ. მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, თბ., 2013, გვ. 314.

⁸ იხ. ქ. მჭედლიშვილი-ჭედრიხი, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, გვ. 40.

საფრთხე დაყვანილ უნდა იქნას კონკრეტულ საფრთხემდე და ამის საფუძველზე სახელმწიფომ იგი უნდა აკრძალოს“ (121-ე მუხ.). ავტორი აგრძელებს მსჯელობას და აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტებში რეალური, კონკრეტული საფრთხის შექმნაზე მიუთითებს (122-ე გვ.), მაგრამ არ სცემს პასუხს იმაზე, თუ რატომ არის აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტში ქმედებით კონკრეტული საფრთხის შექმნა აუცილებელი და თუ რეალური საფრთხე იქმნება, რატომ მიეკუთვნება განხილული ქმედება აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტებს. გარდა ამისა, დისერტანტი არ ითვალისწინებს იმას, რომ გადაჭარბებული სისწრაფით ავტომანქანით გადაადგილება ვერ იქნება მიჩნეული კონკრეტული საფრთხის დელიქტად იმის მიხედვით, მძღოლი ხედავს თუ არა გადაჭარბებული სისწრაფით მოძრაობის დროს საპირისპირო მიმართულებიდან მომავალ შემხვედრ მძღოლს. კონკრეტული, რეალური საფრთხის შექმნა დამოკიდებულია არა აღნიშნულ გარემოებაზე, არამედ იმაზე, მოხდება თუ არა სხვა პირის სამართლებრივი სიკეთე რეალური საშიშროების ზონაში. თუმცა, ერთმანეთისგან უნდა გაიმიჯნოს კონკრეტული საფრთხის შექმნა და კონკრეტული საფრთხის დელიქტიც. მართალია, კონკრეტული საფრთხის შექმნა კონკრეტული საფრთხის დელიქტის ნიშანია, მაგრამ კონკრეტული საფრთხის შექმნა შეიძლება მოხდეს აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტშიც, მაგრამ ამის მიუხედავად, მაინც აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტთან გვაქვს საქმე თუ კანონმდებელი არ მოითხოვს მიზეზობრივი კავშირის დადგენას ქმედებასა და შექმნილ საფრთხეს შორის. ამის ნათელ მაგალითად შეიძლება დავასახელოთ ყაჩაღობა (179-ე მუხ.), რომელიც ფორმალური დანაშაულია და კონკრეტული საფრთხე შეიძლება შეიქმნას მსხვერპლზე თავდასხმის განხორციელების შედეგად.

19. დისერტანტი ცალკე გამოყოფს აბსტრაქტული საფრთხის შემქმნელ ქმედებებს (120-ე გვ.) და მისგან მიჯნავს ისეთ შემთხვევებს, სადაც კანონმდებელი ახდენს სამომავლო ინტერვენციას (122-ე გვ.). დისერტანტის თქმით, ამ უკანასკნელი ტიპის დელიქტებთან მიმართებით საქმე ეხება ისეთი ქმედების აკრძალვას,

რომელიც „თავისთავად საფრთხის შემცველი არ არის, მაგრამ შეიძლება გამოიწვიოს რაიმე საფრთხე“. ასეთ ქმედებად განიხილავს იარაღის ტარებას. თუ ჩვენ გავიზიარებთ აღნიშნულ მოსაზრებას, მივალთ დასკვნამდე, რომ არსებობს დასჯადი ქმედება, რომელიც არც სამართლებრივ სიკეთეს ხელყოფს და არც საფრთხეს ქმნის, რაც სიმართლეს არ შეესაბამება. არ შეიძლება დასჯადად გამოცხადდეს ისეთი ქმედება, რომელიც საფრთხეს მაინც არ ქმნის. თუ ქმედება სიკეთეს არც ხელყოფს და არც საფრთხეს უქმნის, არ არსებობს ქმედების დასჯადად გამოცხადების საფუძველი. იარაღის უკანონოდ ტარება აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტია და ამიტომაც ისჯება იგი მოქმედი კანონმდებლობით.

20. სისხლისსამართლებრივი და კონსტიტუციურსამართლებრივი პრინციპების გვერდით დისერტანტი გამოყოფს ე. წ. ზეკანონურ პრინციპს (მე-11 გვ.). თუმცა, ჩნდება კითხვა, რა მოიაზრება აღნიშნული სახის პრინციპის ქვეშ და რამდენად მართებულია პრინციპების კლასიფიკაციაში ასეთი პრინციპის გამოყოფა? მართალია, არსებობს ე. წ. ზეკანონური გარემოებები, მართლწინააღმდეგობისა და ბრალის გამომრიცხავი გარემოებების სახით (სსკ-ის 32-ე და 38-ე მუხ.), მაგრამ აქ იგულისხმება გარემოება, რომელიც პირდაპირ არ არის დასახელებული, თუმცა, სისხლის სამართლის კანონმდებლობით იგულისხმება და ამ სახის გარემოებებზე სსკ-ში სპეციალური მუხლებიც არის გათვალისწინებული. პრინციპები უმეტეს შემთხვევაში კანონმდებლობაში არ არის პირდაპირ დასახელებული და მხოლოდ ნაგულისხმევია, ამ გაგებით თვით სისხლისსამართლებრივ პრინციპსაც კი შეიძლება ეწოდოს ზეკანონური, თუ ამ ტერმინს გავიზიარებთ მაშინ შეუძლებელი აღმოჩნდება მათი გამოყოფა სისხლისსამართლებრივი პრინციპებისგან. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ მატერიალური სისხლის სამართლის კოდექსში არ არის მოცემული პრინციპების ჩამონათვალი, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსისგან და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსისგან განსხვავებით. სასურველი იყო დისერტანტს

დაეკონკრეტებინა თუ რას გულისხმობს ზეკანონურ პრინციპში.

21. მიუღებელია დისერტანტის მტკიცება იმასთან დაკავშირებით, რომ პრინციპი *ultima ratio* თითქოს მხოლოდ კანონმდებელზე ვრცელდება (28-ე გვ.). აღნიშნული პრინციპი სამართალშეფარდების პროცესშიც გამოიყენება და განსაკუთრებულ როლს ასრულებს არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალში, სადაც სასჯელი დასახელებული პრინციპის საფუძველზე, მოსამართლის მიერ მხოლოდ უკიდურეს შემთხვევაში უნდა იქნას გამოყენებული, როდესაც სხვაგვარი საშუალების გამოყენება საკმარისი არ არის ან არასადასჯელო (აღმზრდელობითი) ღონისძიების გამოყენება ბრალის გამოსყიდვისთვის არასაკმარისია.⁹ დასახელებული პრინციპი სრულწლოვანთა სისხლის სამართალშიც გამოიყენება სასჯელის დანიშვნის დროს. სსკ-ის 53-ე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად, „სასჯელის უფრო მკაცრი სახე შეიძლება დაინიშნოს მხოლოდ მაშინ, როდესაც ნაკლებად მკაცრი სახის სასჯელი ვერ უზრუნველყოფს სასჯელის მიზნის განხორციელებას“. აღნიშნულ დებულებას სასჯელის დანიშვნის დროს მოსამართლისთვის სახელმძღვანელო პრინციპის მნიშვნელობა აქვს, რაც ნათლად მეტყველებს *ultima ratio* პრინციპის მნიშვნელობაზე ნორმის შემფარდებლობისთვისაც. გაუგებრობას იწვევს ასევე დისერტანტის მტკიცება, რომ აღნიშნული პრინციპის ადგილი მხოლოდ კონსტიტუციაშია.

22. დისერტანტი უთითებს, რომ კანონიერების და *ultima ratio* პრინციპები უარყოფითი პრინციპებია (28-ე გვ.), მაგრამ არ აკონკრეტებს თუ რას გულისხმობს მასში. კანონიერების პრინციპიდან გამომდინარე სისხლის სამართლის კოდექსი და ქმედების შემადგენლობა საგარანტიო ფუნქციას ასრულებენ და ამდენად, ჩნდება კითხვა, თუ რაში ვლინდება დასახელებული პრინციპის უარყოფითი როლი ან შეიძლება კი საერთოდ უარყოფითი მნიშვნელობა ჰქონდეს პრინციპს?

23. დისერტანტს ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძველზე მსჯელობისას ისეთი მაგალითები მოყავს, რომელიც სისხლისსამართლებრივად ირელევანტურია, რაც ვერ გამოდგება ქმედების სისხლისსამართლებრივი აკრძალვის საფუძვლის ასახსნელად. მაგალითად, მსაჯის მიერ ფეხბურთელისთვის წითელი ბარათის დაუსაბუთებლად ჩვენება და ა. შ. (75-ე გვ.). საკითხის განხილვისას მაგალითებიც ისეთი უნდა იქნას მოხმობილი, რომლებიც რელევანტური იქნება განსახილველ საკითხთან მიმართებით. აქვე უნდა ითქვას ისიც, რომ 41-ე გვერდზე განხილულ საკითხთან სადისერტაციო თემის კავშირი ნაკლებად იკვეთება.

24. დისერტანტი აღნიშნავს, რომ იშვიათია თეორეტიკოსი, რომელსაც ნაფიქრი ჰქონდეს სასჯელის გამოყენების აკრძალვის უფლებაზე (52-ე გვ.). საუბარია არა სახელმწიფოს, არამედ ინდივიდის უფლებაზე. თუმცა, არსებობს უფლებაში არათანაზომიერი ჩარევის აკრძალვა, რომელიც გამომდინარეობს თანაზომიერების პრინციპიდან, როგორც სამართლებრივი სახელმწიფოს ქვაკუთხედიდან. აღნიშნული პრინციპი მოითხოვს სასჯელის გამოყენების გამართლებას იმიტომ, რომ თითოეულ ადამიანს აქვს უფლება მისი თავისუფლება არ შეიზღუდოს შესაბამისი აუცილებლობისა და მიზანშეწონილობის გარეშე. არდასჯის უფლება რომ არათანაზომიერი ჩარევის აკრძალვას გულისხმობს, ამას ირიბად დისერტანტის მსჯელობაც ადასტურებს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებაზე (159-ე გვ.), სადაც განხილვის საგანს შეადგენდა ნორმის შესაბამისობა თანაზომიერების პრინციპთან.

25. დისერტანტი ფიქრობს, რომ „ნებისმიერი სისხლის სამართლის აკრძალვა ლახავს ადამიანის უფლებას“ (59-ე გვ.), რაც არ არის გასაზიარებელი. აღნიშნულთან დაკავშირებით ჩნდება კითხვა: ვის უფლებას ლახავს მკვლელობის აკრძალვა? თუ მკვლელობის აკრძალვა ლახავს ადამიანის უფლებას, რატომ არსებობს აუცილებელი მოგერიების უფლება აღნიშნული დანაშაულის საპირისპიროდ?

დისერტანტი ცდილობს გამიჯნოს უფლების შელახვა და უფლების დარღვევა (53-ე გვ.) და მიდის დასკვნამდე, რომ უფლება მაშინაც

⁹ F. Streng, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, 2012, S. 212, Rn. 424.

არის შელახული, როცა სასჯელის გამოყენება დამსახურებულია (იქვე). თუმცა, ეს მოსაზრება მეტად საკამათოა. უფლების შეზღუდვას სასჯელის გამოყენება ყოველთვის გულისხმობს, მაგრამ რამდენად არიან იდენტური ტერმინები უფლების შეზღუდვა და უფლების შელახვა? უფლების შეზღუდვა იმ რეალობას ასახავს, რაც სასჯელის შეფარდებასთან არის დაკავშირებული, ამიტომაც სასჯელს უწოდებენ ტკივილს, ხოლო სასჯელის შეფარდებას - ტკივილის მიყენებას. ხოლო შელახვა უფრო ნეგატიური დატვირთვის ტერმინია, რომელიც უფლების დარღვევასთან არის დაკავშირებული. სასჯელის გამოყენება არ გულისხმობს დამნაშავეს უფლების შელახვას, მიუხედავად იმისა, რომ იგი დაკავშირებულია გარკვეულ შეზღუდვებთან.

26. დისერტაციაში აღნიშნულია, რომ სისხლის სამართალი შექმნილია სახელმწიფოს დასაცავად (93-ე გვ.). მართალია, სისხლის სამართალი სახელმწიფო ინტერესებს იცავს, მაგრამ ამავდროულად და არანაკლებ ადამიანის ინტერესებს, ინდივიდუალურ სიკეთეს. მაშინ, როცა საბჭოთა სისხლის სამართლის კოდექსი სახელმწიფოს წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებს პირველ ადგილს უთმობდა, თანამედროვე საქართველოს მოქმედი სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი ადამიანის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულებით იწყება.

27. დისერტანტი აღნიშნავს, რომ სისხლის სამართალი თავისი არსით „სიბოროტეა“ (93-ე გვ.), მაგრამ არ არის ახსნილი და დასაბუთებული აღნიშნული დებულება. რატომ არის სისხლის სამართალი სიბოროტე, თუ მისი მიზანი მართლწესრიგის, სამართლებრივი სიკეთის დაცვა და დანაშაულის პრევენციაა? სამართლებრივ და დემოკრატიულ საზოგადოებაში სისხლის სამართალი არ შეიძლება „სიბოროტედ“ მიიჩნეოდეს. ასეთად სისხლის სამართალი მაშინ შეიძლება იქნას მიჩნეული, როცა იგი ადამიანის უფლებების დაცვას კი არ ემსახურება, არამედ გამოიყენება ადამიანის უფლებების შესაღებად.

28. დისერტანტის შეხედულებით, კრიმინალიზაციისა და დეკრიმინალიზაციის უფლებამოსილება მხოლოდ კანონმდებელს ეკუთვნის

(მე-100 გვ.). საინტერესო იქნებოდა დისერტანტის მსჯელობა იმ ავტორთა ნააზრევზე, რომლებიც თვლიან, რომ დეკრიმინალიზაციის უფლება მოსამართლეს და პროკურორსაც ეკუთვნის (ნ. თოდუა¹⁰ და ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი¹¹).

29. დისერტანტი თვლის, რომ გერმანული ტერმინი „Unrecht“ უფრო ამორალურობას და ანტისაზოგადოებრიობას ეხება, ვიდრე არასამართლიანობას (127-ე გვ.), რაშიც ვერ დავეთანხმებით. „Das Recht“ ნიშნავს სამართალს, ხოლო „un“ არის უარყოფის ნაწილაკი. შესაბამისად, „Unrecht“ არის უმართლობა. აღნიშნული სიტყვა პირდაპირ გვეუბნება, რომ აქ საქმე ეხება სამართლისა და სამართლიანობის საწინააღმდეგოს. ტერმინთან დაკავშირებით დისერტანტის პოზიცია განსაკუთრებით იმის გათვალისწინებით იწვევს გაკვირვებას, რომ ის სამართლის ბუნებითსამართლებრივ გაგებას უჭერს მხარს. პოზიტიური სამართალი შეიძლება იყოს როგორც უსამართლო, ისე სამართლიანი, მაგრამ ბუნებითი სამართლის თეორიის მიხედვით, სამართლის ასეთი დაყოფა შეუძლებელი ხდება, ვინაიდან სამართალი სამართლის იდეას არ შეიძლება იყოს დაშორებული და სამართალი არ არის მხოლოდ ის, რაც პოზიტიური, მოქმედი სამართლის სახით არსებობს. თუ სამართლის ასეთ გაგებას დავეყრდნობით, უმართლობა არა მხოლოდ პოზიტიური სამართლის, არამედ ასევე სამართლიანობის საწინააღმდეგოს გამომხატველ ტერმინადაც მოგვევლინება.

30. დისერტანტი ქმედების მცირე მნიშვნელობას მიიჩნევს ბრალის ხარისხის განმსაზღვრელ გარემოებად და არა ქმედების შემადგენლობის ან მართლწინააღმდეგობის ნიშნად. მას მოჰყავს მაგალითი, სადაც საქმე ეხება მცირე ღირებულების ნივთის დაუფლები-

¹⁰ ნ. თოდუა, ქმედების კრიმინალიზაცია-დეკრიმინალიზაციის საკითხები საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, წიგნში: თოდუა, ნონა (რედ.), სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, თბ., 2016, გვ. 105.

¹¹ ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, გვ. 27.

სთვის სხვის მფლობელობაში (მაღაზიაში) არამართლზომიერ შეჭრას (129-130-ე გვ.), თუმცა, არ ითვალისწინებს იმას, რომ ქმედების განხორციელების ხერხის და ადგილის გათვალისწინებით (სხვის მფლობელობაში შეჭრა) ქმედება ვერ იქნება მიჩნეული მცირე მნიშვნელობის მქონედ. ქმედებას სხვაგვარი შეფასება მიეცემოდა მაშინ, თუ ის არ განხორციელდებოდა სხვის მფლობელობაში შეჭრით. როდესაც საქმე ეხება სხვის მფლობელობაში უკანონო შეჭრით ქურდობის მცდელობას, ქმედების მცირე მნიშვნელობაზე მსჯელობას საფუძველს აცლის ის, რომ სხვისი მფლობელობის ხელშეუხებლობის დარღვევით ხდება დამოუკიდებელი სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა, რომელიც სსკ-ის 160-ე მუხლითაა დაცული.

დისერტანტის საწინააღმდეგოდ შეიძლება შემდეგი კითხვა დაისვას: როდესაც პირი უნებართვოდ მეზობლის ბაღში ვაშლს მოწყვეტს, მესაკუთრეს აქვს თუ არა აუცილებელი მოგერიების უფლება? ცალსახად უნდა გამოირიცხოს ასეთ დროს აუცილებელი მოგერიების უფლება.¹² ჩნდება კითხვა, თუ რა ინვესს აუცილებელი მოგერიების უფლების გამოირიცხვას აღნიშნულ შემთხვევაში? ბრალის დაბალი ხარისხი, თუ ქმედების მცირე მნიშვნელობა ან ქმედების არარელევანტურობა სისხლისსამართლებრივი გაგებით. მკაფიოდ უნდა ითქვას, რომ აუცილებელი მოგერიების უფლების გამოირიცხვა შეიძლება დაუკავშირდეს ქმედების არარელევანტურობას, ქმედების მცირე მნიშვნელობას და მართლსაწინააღმდეგო თავდასხმის არარსებობას, მაგრამ რაც შეეხება ქმედების არაბრალეულობას ან თუნდაც ბრალის დაბალ ხარისხს, ის ვერ გახდება აუცილებელი მოგერიების უფლების გამოირიცხვის საფუძველი, ვინაიდან აუცილებელი მოგერიების უფლება არსებობს არაბრალეულად განხორციელებული თავდასხმის დროსაც. მაგალითად, შეურაცხის მიერ განხორციელებული თავდასხმის შემთხვევაში.

31. დისერტანტის თქმით, სამართლებრივი სიკეთე არავითარ როლს არ თამაშობს ქმედების კრიმინალიზაციისას (134-ე გვ.), რაც არ არის გასაზიარებელი. სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილში ქმედების შემადგენლობათა კონსტრუირება და მათი ადგილის განსაზღვრა, კოდექსის კერძო ნაწილის თავებად დაყოფა სწორედ სამართლებრივი სიკეთის მიხედვით ხდება, რაც ქმედების კრიმინალიზაციისთვის სამართლებრივი სიკეთის მნიშვნელობაზე მეტყველებს.

ქმედების საკანონმდებლო შემადგენლობა ყალიბდება ქმედების კრიმინალიზაციის შედეგად. ქმედების შემადგენლობა კი იცავს განსაზღვრულ სამართლებრივ სიკეთეს. თუ ამას არ აქვს ადგილი ანუ ქმედების შემადგენლობა თუ არ არის ორიენტირებული სამართლებრივი სიკეთის დაცვაზე, ირლვევა კონსტიტუციის ის მოთხოვნა, რომლის მიხედვითაც, სისხლისსამართლებრივი ნორმა ლეგიტიმურია მაშინ, როცა ის ემსახურება სამართლებრივი სიკეთის დაცვას.¹³

32. დისერტანტი თვითმკვლელობის მცდელობის დასჯადობის მიზანშეუწონლობის დასაბუთებას ცდილობს პატერნალისტურად მოტივირებული დასჯადობის გაუმართლებლობის პოზიციიდან და უთითებს, რომ თუ სახელმწიფო ადამიანს თვითმკვლელობისთვის დასჯიდა, გაკიცხვა მას ცხოვრების ბოლომდე გაჰყვებოდა (151-ე გვ.). სინამდვილეში თვითმკვლელობის მცდელობის დასჯადობის მიზანშეუწონლობა სხვა მიზეზებს უფრო შეიძლება ეფუძნებოდეს. სასჯელი ასეთ შემთხვევაში პრევენციულ მიზნებსაა მოკლებული, ვინაიდან თუ ადამიანმა თავის მოკვლა გადაწყვიტა, ნიშნავს, რომ მან საკუთარ თავს მძიმე სასჯელი გამოუტანა. ასეთი ადამიანის დაშინება სასჯელით უშედეგო და არაეფექტურია.

33. დისერტანტს არ აქვს გამოყენებული პროფ. ნონა თოდუას ნაშრომი, რომელიც კრიმინალიზაცია-დეკრიმინალიზაციას მიეძღვნა (იხ. სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველო-

¹² მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 365; B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2012, S. 155-156, Rn. 363-364.

¹³ B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2012, S. 4, Rn. 8.

ში, თბ., 2016). ვინაიდან ქართული ლიტერატურა ისედაც მწირია, სასურველი იყო დისერტანტს სადისერტაციო თემაზე მანამდე გამოქვეყნებული ქართულენოვანი ნაშრომიც გამოეყენებინა. აღნიშნული ნაშრომის გამოყენება იმ თვალსაზრისითაც იყო მნიშვნელოვანი, რომ ნ. თოდუა ქმედების დეკრიმინალიზაციაზე დისერტანტისგან განსხვავებულ შეხედულებას გამოთქვამს.

34. დისერტანტი მსჯელობს ე.წ. ორეტაპიან კრიმინალიზაციაზე, რომელშიც გულისხმობს იმ ქმედების სისხლისსამართლებრივად დასჯადად გამოცხადებას, რომლის განხორციელებაც პირველად ისჯება ადმინისტრაციული გადაცდომის სახით, ხოლო მეორედ განხორციელების შემთხვევაში იწვევს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას (209-ე გვ.). თუმცა, არ მსჯელობს და შესაბამისი არგუმენტებით არ ასაბუთებს იმას, რამდენად მიზანშეწონილია საკითხის ასეთი გადაწყვეტა. ლიტერატურაში გაკრიტიკებულია საკითხის მსგავსი გადაწყვეტა იმ არგუმენტით, რომ გადაცდომასა და დანაშაულს შორის არსებობს სხვაობა ქმედების საშიშროების ხარისხის მიხედვით¹⁴, მაგრამ ქმედების განმეორებით ჩადენით ქმედების საშიშროება არ იცვლება.¹⁵ ქმედების განმეორება მხოლოდ მისი ჩამდენის პიროვნულ ხასიათზე მეტყველებს. დასაბუთებულია, რომ დისერტანტს განსახილველ საკითხთან დაკავშირებით ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრებების ყურადღება არ მიუქცევია.

¹⁴ თ. წერეთელი, მოძღვრება დანაშაულზე, წიგნში: სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტომი, თბ., 2007, გვ. 19-30; ნ. უგრეხელიძე, დანაშაულისა და ადმინისტრაციულ გადაცდომათა გამიჯვნის ზოგიერთი აქტუალური საკითხი, „მაცნე“, ეკონომიკისა და სამართლის სერია, 1982, #3, გვ. 94 და მომდევნო. თუმცა, გადაცდომისა და დანაშაულის გამიჯვნაზე არსებობს განსხვავებული მოსაზრებაც, რომლის მიხედვით, გადაცდომის და დანაშაულის გამიჯვნა არ ხდება ქმედების საზოგადოებრივი საშიშროების მიხედვით. იხ. ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტომი, თბ., 2011, გვ. 116.

¹⁵ მ. ლეკვეიშვილი, გ. მამულაშვილი, წიგნში: ლეკვეიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეშვიდე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 21; თ. ციტიშვილი, ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, თბ., 2015, გვ. 77, 164-ე სქოლიო.

35. დისერტანტი თვლის, რომ ქმედების სოციალური საშიშროება პოზიტიური სამართლიდან გამომდინარეობს (219-ე გვ.), რაც სიმაღლეს არ შეესაბამება. ქმედებას სოციალურად საშიშ ხასიათს სძენს ის, რომ იგი ვნებს საზოგადოებას ანუ ხელყოფს ან ხელყოფის საფრთხეს უქმნის სამართლებრივ სიკეთეს. ქმედება სოციალურად საშიში შეიძლება იყოს იმის მიუხედავად, არის თუ არა იგი მოქმედი კანონმდებლობით აკრძალული. ამიტომაც არის გამართლებული ქმედების სოციალური საშიშროების მიჩნევა ქმედების კრიმინალიზაციის საფუძვლად. იმის გასარკვევად, ქმედების სოციალური საშიშროება გამომდინარეობს თუ არა პოზიტიური სამართლიდან, მნიშვნელოვანია ისიც, სამართლებრივი სიკეთის თუ რომელი გაგება არის გაზიარებული. არსებობს სამართლებრივი სიკეთის ორგვარი - ფორმალური და მატერიალური გაგება. თუ ფორმალური გაგებით სამართლებრივი სიკეთე მხოლოდ ის არის, რასაც სამართლებრივ სიკეთედ მოქმედი სამართალი მიიჩნევს და სიკეთეს სამართლებრივი სიკეთის სტატუსს პოზიტიური სამართალი სძენს, მატერიალური გაგებით სამართლებრივი სიკეთის არსებობა არ არის დამოკიდებული იმაზე, არის თუ არა იგი დაცული პოზიტიური სამართლით. სამართლებრივი სიკეთის ამგვარი გაგების მიხედვით, კრიმინალიზაცია არ მიიჩნევა ქმედების სოციალურად საშიშად მიჩნევის აუცილებელ წინაპირობად, ქმედება სოციალურად საშიშად შეიძლება შეფასდეს კრიმინალიზაციამდეც.

36. დისერტანტი თვლის, რომ კონტინენტური სამართლის მეცნიერები სათანადო ყურადღებას არ უთმობენ კრიმინალიზაციასთან დაკავშირებულ პრობლემებს, რის მიზეზადაც მიაჩნია მათი მხრიდან ფილოსოფიური ნაშრომებისადმი ნაკლები დაინტერესება (27-ე გვ.). დისერტანტის აღნიშნული მტკიცება საფუძველს არის მოკლებული. საკმარისი იყო, დისერტანტი ყურადღებით გაცნობოდა მის მიერ ციტირებული გერმანელი მეცნიერის, მსოფლიოში აღიარებული იურისტი მკვლევარის - კლაუს როქსინის წიგნს, სადაც საკმაოდ ვრცელი ადგილი ეთმობა სამართლებრივი სიკეთის დაცვას და მის მნიშვნელობას ქმედების კრიმინა-

ლიზაციის ლეგიტიმაციისთვის¹⁶ და საპირისპირო დასკვნამდე მივიდოდა. დისერტანტის დაუსაბუთებელი მტკიცების საფუძველი გახდა ის, რომ დისერტანტი მის მიერ ციტირებულ ნაშრომს ყურადღებით არ გაცნობია. გაუმართლებელია ევროპელ და სახელდობრ, გერმანელ მეცნიერებს უსაყვედურო ის, რომ ისინი ფილოსოფიურ ნაშრომებს ნაკლებად იყენებენ,

მაშინ როცა გერმანია არის სამშობლო ცნობილი ფილოსოფოსებისა. საკმარისია გავიხსენოთ მსოფლიოში სახელგანთქმული ფილოსოფოსების - კანტის და ჰეგელის შეხედულებები სასჯელთან დაკავშირებით, რომელიც სასჯელზე ცნობილ მოძღვრებას წარმოადგენს და კლასიკური თეორიის სახელწოდებითაა ცნობილი.

¹⁶ C. Roxin, Strafrecht, AT, Band I, München, 2006, S. 8-63.