ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
იურიდიული ფაკულტეტი

სამართლის ჟურნალი

№2, 2017

ეძღვნება ქართული სამართლის მეცნიერების თვალსაჩინო წარმომადგენლის,
ემერიტუს პროფესორ გურამ ნაჭყებიას ნათელ ხსოვნას

უნივერსიტეტის
გამომცემლობა

UDC (უაკ) 34(051.2)
ს-216

მთავარი რედაქტორი

ირაკლი ბურდული (პროფ., თსუ)

სარედაქციო კოლეგია:

ლევან ალექსიძე (პროფ., თსუ)
გიორგი დავითაშვილი (პროფ., თსუ)
ავთანდილ დემეტრაშვილი (პროფ., თსუ)
ბესარიონ ზოიძე (პროფ., თსუ)
თევდორე ნინიძე (პროფ., თსუ)
ნუგზარ სურგულაძე (პროფ., თსუ)
პაატა ტურავა (პროფ., თსუ)
ლადო ჭანტურია (პროფ., თსუ)
ნათია ჩიტაშვილი (ასოც. პროფ., თსუ)
ლელა ჯანაშვილი (ასოც. პროფ., თსუ)
გიორგი ხუბუა (პროფ., თსუ)
ლაშა ბრეგვაძე (თ. წერეთლის სახ. სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის დირექტორი)
გუნთერ ტოიბნერი (პროფ., ფრანკფურტის უნივერსიტეტი)
ბერნდ შუნემანი (პროფ., მიუნხენის უნივერსიტეტი)
იან ლიდერი (პროფ., ფრაიბურგის უნივერსიტეტი)
ხესე ანტონიო სეოანე (პროფ., ლა კორუნიის უნივერსიტეტი)
კარმენ გარსიმარტინი (პროფ., ლა კორუნიის უნივერსიტეტი)
არტაკ მკრტიჩიანი (პროფ., ლა კორუნიის უნივერსიტეტი)

გამოცემულია ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საუნივერსიტეტო საგამომცემლო საბჭოს გადაწყვეტილებით

© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2016

ISSN 1987-7668

შ ი ნ ა ა რ ს ი

მარიამ გრიგალაშვილი
კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლება საქართველოსა და ამერიკის შეერთებული შტატების მაგალითზე 5

თამარ დიოგიძე
ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების ცნება და მისი არსებითი პირობები 22

ნინო ლიპარტია
საბანკო გარანტიის სამართლებრივი ბუნების მიმოხილვა დამოუკიდებლობისა და „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპებთან მიმართებით 36

მირანდა მაჭარაძე
ბრალეული პასუხისმგებლობის ზოგადი ჩარჩო და მისი მოდიფიცირების მიზანშეწონილობა შრომითსამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურებისას 57

ლევან ჟორჟოლიანი
შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობა ასოცირების ხელშეკრულების ჭრილში 84

ნინო ფაჩუაშვილი
ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულების რეგულირების მნიშვნელობა ქართულ საკანონმდებლო სივრცეში 101

ირაკლი ყანდაშვილი
მედიაცია – დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ახალი ფორმა და მისი საკანონმდებლო მოწესრიგების პერსპექტივა საქართველოში..... 114

ანა ხარაიშვილი
გამჭოლი პასუხისმგებლობისა და შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპების ურთიერთმიმართება სამეწარმეო სამართალში 123

დავით გვენეტაძე
რისკები და მათთან დაკავშირებული კორპორაციული მართვის პრობლემები 145

ბექა ხიტირი
კორპორაციული მართვის თეორიები: სამართლებრივი ანალიზი..... 159

კახი სამხარაძე
საქართველოს საელჩოებისა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლობების შექმნა, მათი ხელმძღვანელების დანიშვნა და გამოწვევა (განთავისუფლება)..... 198

ჯაბა უსენაშვილი
უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის მნიშვნელობა და მასთან დაკავშირებული ძირითადი სირთულეები** 224

იოსებ გაბარაევი
პასუხისმგებლობა გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენისთვის 246

† გურამ ნაჭყებია
სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები და სუბიექტები, როგორც სისხლის სამართლის ფილოსოფიის კატეგორიები 262

კახა წიქარიშვილი
დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობის თავისებურებანი ფრანგულ სისხლის სამართალში 272

კობა ყალიჩავა
ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაცია ევროინტეგრაციის ჭრილში – წარსულის გამოცდილება და მომავლის პერსპექტივები 287

დავით მაკარიძე
ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლისა და მოქმედების შეჩერების თავისებურებანი 304

დავით ჭურღულია
სამშენებლო დაგეგმვისა და მშენებლობის ნებართვის გაცემისას მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა უფლებების დაცვის პრობლემატური საკითხები 315

დარიუშ შპოპერი, პრშემისლავ დამბროვსკი, მარიამ ხოფერია
კავკასიის მკვიდრი ეროვნული უმცირესობები პოლონეთის ჯარში 1921–1939 წლებში 330

შნუც რუდოლფ დიური
საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ევროპული სისტემების შედარებითი მიმოხილვა 336

ვინფრიდ ჰასემერი
გერმანული სამართლის ფილოსოფია და სისხლის სამართალი 352

გუნთერ ტოიბნერი
ფრაგმენტირებული საფუძვლები: საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმი ეროვნულ სახელმწიფოს მიღმა 359

მარიამ გრიგალაშვილი*

კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლება საქართველოსა და ამერიკის შეერთებული შტატების მაგალითზე

წინამდებარე სტატიაში მიმოხილულია კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების მარეგულირებელი სამართლებრივი ნორმა და დამკვიდრებული პრაქტიკა.

კეთილსინდისიერების ცნება სიახლეა საგადასახადო სამართლისათვის. განსახილველი ნორმა არ იძლევა საშუალებას, სრულყოფილად დადგინდეს ის წინაპირობები, რომელთა არსებობის დროსაც გადასახადის გადამხდელი შესაძლებელია, გათავისუფლდეს დაკისრებული სანქციისგან. შესაბამისად, მისი პრაქტიკაში გამოყენების საკითხი კიდევ უფრო აქტუალური და საინტერესო ხდება, რადგან არსებული საკანონმდებლო ნორმა იწვევს უფლებამოსილი ორგანოების შეუსაბამოდ მაღალი დისკრეციული უფლებამოსილების გათვალისწინებით არასწორი პრაქტიკის დამკვიდრებასა და განსხვავებული მიდგომების ჩამოყალიბებას. ამ საკითხთან დაკავშირებით, სტატიაში მსჯელობა წარმართულია საქართველოსა და ამერიკის შეერთებული შტატების კანონმდებლობისა და პრაქტიკის შედარებითი ანალიზის საფუძველზე. ამერიკული მიდგომის ძირითადი მახასიათებლების კვლევა ყველაზე გამართული საგადასახადო სისტემის გამოცდილების შესწავლის საშუალებას იძლევა.

ნაშრომში შესწავლილი და შეფასებულია დღეს არსებული პრაქტიკა, როგორც დავის საგადასახადო სისტემაში, ასევე სასამართლოში არსებობის დროს. დღემდე, როგორც პრაქტიკაში, ასევე ლიტერატურაში, კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების საკითხი ერთ-ერთი ყველაზე ნაკლებად შესწავლილი და, შესაბამისად, პრობლემურია, რისგან გამოსავალიც, ავტორისეული ხედვით, ნორმის გამოყენების წინაპირობების განსაზღვრით მისი სწორად ინტერპრეტაცია, უფრო კონკრეტულად და გასაგები ფორმით ჩამოყალიბების აუცილებლობა და მტკიცების ტვირთის სტანდარტის დამკვიდრების აუცილებლობაა, რათა გარანტირებული იყოს დავის პროცესში როგორც საჯარო, ასევე კერძო ინტერესების დაცვა.

საკვანძო სიტყვები: *საგადასახადო, კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელი, სანქციისგან გათავისუფლება, სანქციისგან გათავისუფლების წინაპირობები, შეცდომა, არცოდნა, დისკრეციული უფლებამოსილება, მტკიცების ტვირთი.*

1. შესავალი

საქართველოს საგადასახადო კოდექსში (შემდგომში – სსკ) მნიშვნელოვანი ცვლილება განხორციელდა, როდესაც საგადასახადო ორგანოს, დავის განმხილველ ორგანოსა და სასამართლოს უფლებამოსილება მიენიჭათ, გადასახადის გადამხდელი გაათავისუფლონ დაკისრებული სანქციისგან, თუ სამართალდარღვევა გამოწვეულია გადასახადის გადამხდელის შეც-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი.

დომით/არცოდნით.[1]ეს ნორმა ფართო დისკრეციას ანიჭებს უფლებამოსილ ორგანოებს, რაც შესწავლასა და განმარტებას საჭიროებს. შესაბამისი უფლებამოსილების გამოყენება, როგორც ადმინისტრაციული ორგანოების, ასევე სასამართლოების მხრიდან, მოითხოვს საგადასახადო ინსტიტუტის არსისა და დანიშნულების კვალიფიციურ ანალიზსა და სამართლებრივი სტანდარტების დადგენას.[2]

აქტუალურობასთან ერთად, გადასახადები და საგადასახადო კანონმდებლობა სამართლის ერთ-ერთი ყველაზე მეტად რთული და კომპლექსური დარგია. ამერიკელი მეცნიერების შეფასებით, საგადასახადო სისტემა და საგადასახადო კანონმდებლობა ყველაზე ძნელად გასაგები და აღსაქმელია.[3]

ქვეყნის სწორ განვითარებაში განსაკუთრებული როლი ეკისრება კანონიერ ადმინისტრირებას საგადასახადო სისტემაში, რამდენადაც იგი პირდაპირ კავშირშია ქვეყნის საფინანსო-ეკონომიკურ მდგრადობასთან, სამეწარმეო აქტივობის ხარისხსა და მმართველობითი სისტემის მიმართ ნდობის ატმოსფეროს ჩამოყალიბება-დამკვიდრებასთან.[4] სსკ არ განმარტავს, თუ როგორი სახის ქმედება ითვლება შეცდომად, ან ვის ეკისრება მტკიცების ტვირთი, დაადგინოს, გადამხდელის მოქმედება განპირობებული იყო მისი მხრიდან კანონმდებლობის არცოდნით თუ შეცდომის ჩადენით. არ არის განსაზღვრული, სად გადის ზღვარი არცოდნასა და ცოდნას შორის, რამაც შეიძლება გამოიწვიოს პირის პასუხისმგებლობა. ეს უფლებამოსილ ორგანოებს ანიჭებს საკმაოდ დიდ დისკრეციულ უფლებამოსილებას, წინასწარ დადგენილი კრიტერიუმების გარეშე, გადამხდელის მოქმედება შეაფასონ კონკრეტულ შემთხვევაში, როგორც ჩადენილი შეცდომა ან კანონის არცოდნის შედეგი.[5] შესაბამისად, ამ ნორმის გამოყენება საჭიროებს განმარტებას, რათა ის არ იყოს გამოყენებული არამართლზომიერად, არ დაირღვეს თანასწორობის პრინციპი და, ამავე დროს, მიღწეული იყოს ნორმის არსებობის მთავარი მიზანი.

სამართლის სხვადასხვა დარგში კანონმდებლობით არის განსაზღვრული პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების საფუძვლები, მიუხედავად იმისა, ასრულებს თუ არა პირი მასზე დაკისრებულ მოვალეობას.[6] საგადასახადო სამართალდარღვევის ჩადენის შემთხვევაში კანონმდებლობა ითვალისწინებს პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების საფუძვლებს, რომლებიც დადგენილია საგადასახადო სამართალდარღვევათა თავისებურებებისა და მნიშვნელობის გათვალისწინებით.[7]

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ამ საკითხის კვლევა, დადგენილი პრაქტიკის შესწავლა და ნორმის გამოყენების წინაპირობების განსაზღვრა აქტუალური და საჭირო სამართლებრივი საკითხია.

---

1 საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, 269-ე მუხლის მე-7 ნაწილი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 12/12/2010.

2 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

3 *Painter K. Mc.G.*, There`s no Place Like Home: Projections on the Fate of the Home Mortgage Interest Deduction and the Ternative Minimum Tax in Light of Consumer Behavior, St John`s Journal of legal Commentary Journal, Vol. 22, Summer 2007, 295.

4 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

5 *გვარამაძე თ., სადისერტაციო ნაშრომი საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებით სამართლებრივი ანალიზი), 2012, 169.*

6 *როგავა ზ.*, გადასახადები, საგადასახადო სისტემა და საგადასახადო სამართალი, თბ., 2002, 325.

7 *გვარამაძე თ., სადისერტაციო ნაშრომი „საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებით სამართლებრივი ანალიზი)“, თბ. , 2012, 164.*

2. კეთილსინდისიერი გადამხდელის ცნება

კანონმდებელმა საგადასახადო სამართალში შემოიტანა გადასახადის გადამხდელის კეთილსინდისიერების ცნება.[8] ქართულ კანონმდებლობაში კეთილსინდისიერების პრინციპის დაცვის ვალდებულება თავდაპირველად გვხდებოდა სამოქალაქო კოდექსში.[9] სსკ თავად არ განმარტავს, თუ რა კრიტერიუმებით უნდა შეფასდეს გადასახადის გადამხდელის კეთილსინდისიერების ხარისხი, ამგვარი განმარტების სტანდარტი არ არის დადგენილი არც სასამართლო და არც საგადასახადო დავების განმხილველი ორგანოების გადაწყვეტილებებში, რაც უკიდურესად პრობლემურს ხდის კონკრეტული უფლებამოსილების კვალიფიციურ და კეთილსინდისიერ გამოყენებას. აღნიშნული არ შეესაბამება მმართველობისა და მართლმსაჯულების კანონიერების, სამართლიანობის პრინციპებით განხორციელების მიზანსა და ამოცანას, საჯარო წესრიგს.[10] საგადასახადო კოდექსი არ განსაზღვრავს „კეთილსინდისიერების“ ან „არაკეთილსინდისიერების“ ცნებას, თუმცა კეთილსინდისიერების საკითხს საგადასახადო დავების გადაწყვეტისა და კონკრეტული საგადასახადო სამართლებრივი ნორმების შეფარდების პროცესში განსაკუთრებული დატვირთვა აქვს.[11] საკასაციო სასამართლომ ერთ-ერთ თავის გადაწყვეტილებაში მიიჩნია, რომ ეს ვითარება გამოწვეულია კანონის ნორმის ზოგადი შინაარსით და იგი უნდა დაიძლიოს სამართლის ნორმის პროგრესული, დინამიკური და ლოგიკური განმარტების მეშვეობით.[12]

კეთილსინდისიერების მრავალგვარმა ფუნქციამ გამოიწვია ის, რომ სასამართლოებმა ის გამოიყენეს სამართლიანი შედეგის დადგომისთვის და, ამავე დროს, აშკარა უსამართლო შედეგის თავიდან ასაცილებლად.[13] კეთილსინდისიერება აბსტრაქტული და ყოვლისმომცველი ცნებაა, რომლის სტანდარტი შეფასებითი კრიტერიუმების საფუძველზე სამართალშეფარდებითი პრაქტიკის შედეგად უნდა დაკონკრეტდეს და დადგინდეს,[14] რათა მისი პრაქტიკაში გამოყენება შესაძლებელი გახდეს. სასამართლოს მიერ უნდა განისაზღვროს, თუ რა მოთხოვნები აქვს კეთილსინდისიერების პრინციპს ფაქტობრივი გარემოებების მიმართ. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ მოსამართლე უფლებამოსილი არ არის, თავისი სუბიექტური შეხედულებების მიხედვით იმოქმედოს. მან კეთილსინდისიერების პრინციპის გამოყენებისას, რამდენადაც შესაძლებელია, უნდა იმოქმედოს ობიექტურ კრიტერიუმებზე დაყრდნობით. [15]

კეთილსინდისიერების პრინციპი ბევრწილად დაკავშირებულია მორალურ სტანდარტებთან. კეთილსინდისიერება ნიშნავს: გულწრფელობას, სიწმინდეს, მიუკერძოებლობას, ობიექტურობას, სამართლიანობას, ერთგულებას და სხვ.[16]კეთილსინდისიერების პრინციპს ან სა-

---

[8] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება 32, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[9] საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, მე-8 მუხლი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, [26.06.1997].

[10] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219 (კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[11] იქვე.

[12] იქვე.

[13] *იოსელიანი ა.*, კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში (შედარებითი სამართლებრივი გამოკვლევა), ჟურნ. „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, სპეციალური გამოცემა, 2007, 12.

[14] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[15] *იოსელიანი ა.*, კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში (შედარებითი სამართლებრივი გამოკვლევა), ჟურნ. ,,ქართული სამართლის მიმოხილვა“ სპეციალური გამოცემა, 2007, 34.

[16] იქვე, 34.

მართალურთიერთობის კეთილსინდისიერი დაცვის პრინციპს ზოგადსამართლებრივი ბუნება აქვს, ვინაიდან „კეთილსინდისიერების“ ცნება, როგორც სამოქალაქო სამართალურთიერთობის უმთავრესი პრინციპი, ძირითად გამოყენებას პოვებს სამოქალაქო სამართალურთიერთობების მომწესრიგებელ სამართლებრივ აქტებში.[17]

კეთილსინდისიერების პრინციპი, ერთი მხრივ, ობიექტური ბუნებისაა. თუ მხარე მოქმედებს არაგონივრულად და არასამართლიანად, მაშინ საქმის სასამართლო განხილვისას არ იქნება მისთვის ხელსაყრელი, ამტკიცოს, რომ ეგონა, მოქმედებდა გონივრულად და სამართლიანად; მეორე მხრივ კი, კეთილსინდისიერების პრინციპი, ძირითადად, წარმოშობილია სუბიექტური კრიტერიუმით, რომლის თანახმადაც გადამწყვეტია პირის ფსიქიკური განწყობა.[18] საკასაციო სასამართლო განმარტავს, რომ გადასახადის გადამხდელის კეთილსინდისიერება გულისხმობს პირის სუბიექტურ დამოკიდებულებას მის მიერ ჩადენილი ქმედებისადმი. პირს სწამს, რომ მისი ქმედება კანონიერია და არ არის მართლსაწინააღმდეგო. ამასთან, პირი მოქმედებს საპატიებელი შეცდომის პირობებში, ანუ მან არ იცოდა და არც შეიძლება სცოდნოდა, რომ ჩადიოდა აკრძალულ ქმედებას. საპატიებელი შეცდომის დროს პირი ფიქრობს, რომ არ არსებობს ისეთი ნორმა, რომელიც მის ქმედებას კრძალავს. მაშასადამე, მას არ გააჩნია სამართალდარღვევის ჩადენის შეგნება. იმ შემთხვევაში, თუ შეცდომა საპატიებელი არ არის (მაგალითად, მოქმედებდა თვითიმედოვნებით ან დაუდევრობით), პირი არ შეიძლება გათავისუფლდეს საგადასახადო პასუხისმგებლობისგან.[19] კეთილსინდისიერების სუბიექტურ ასპექტთან დაკავშირებით საინტერესოა ფინანსთა სამინისტროს დავების განხილვის საბჭოს 2015 წლის 26 მარტის №9750/2/15 გადაწყვეტილება, რომლის თანახმადაც, საბჭომ გაათავისუფლა გადასახადის გადამხდელი სანქციისგან, რადგანაც მიიჩნია, რომ მომჩივნის მხრიდან სამართალდარღვევის ჩადენა გამოწვეული იყო გადასახადის გადამხდელის შეცდომით, იგი მოქმედებდა იმ რწმენით, რომ მისი ქმედება არ იყო მართლსაწინააღმდეგო.[20] ამ შემთხვევაში საბჭომ სწორედ კეთილსინდისიერებაზე სუბიექტური კრიტერიუმით იმსჯელა და გადამხდელის შეცდომა დაუკავშირა მის დამოკიდებულებას, რომ არ ჩადიოდა მართლსაწინააღმდეგო ქმედებას.

თუმცა დავების განხილვის საბჭოს გადაწყვეტილებაში არ ჩანს ის ობიექტური გარემოებები, რაც შეიძლება გამორიცხავდეს პირის დაუდევრობას. მხოლოდ სუბიექტური კრიტერიუმით კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელის დადგენა არასაკმარისი, თუმცა მნიშვნელოვანი გარემოებაა. ამრიგად, გადასახადის გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების დროს აუცილებელია, შეფასდეს კეთილსინდისიერების სუბიექტური და ობიექტური კრიტერიუმები. ამასთან, გონივრული მიზეზი სანქციისგან გათავისუფლების დროს შეიძლება არსებობს მაშინ, როცა გადასახადის გადამხდელს ხელი შეეშალა საგადასახადო ვალდებულების შესრულებაში და ეს პერიოდი, რომლის განმავლობაშიც მან ვერ მოახერხა ვალდებულების შესრულება, ასევე გონივრულია.[21]

---

[17] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[18] *იოსელიანია.*, კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში (შედარებითი სამართლებრივი გამოკვლევა), ჟურნ. „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, სპეციალური გამოცემა, 2007, 20.

[19] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[20] საქართველოს ფინანსთა სამინისტროს დავების განხილვის საბჭოს 2015 წლის 26 მარტის №9750/2/15 გადაწყვეტილება, <http://www.taxdisputes.gov.ge/Default.aspx?sec_id=4043&lang=1> [25.06.2017].

[21] Internal Revenue Manual- 29.1.1 Introduction and Penalty Relief, <https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>, [25.06.2017].

3. კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების წინაპირობები საქართველოსა და ამერიკის შეერთებული შტატების მაგალითზე

სსკ-ის 269-ე მუხლის მე-7 ნაწილის თანახმად, ამავე კოდექსით გათვალისწინებული სანქციისგან გადამხდელი შეიძლება გათავისუფლდეს, თუ იგი კეთილსინდისიერია და თუ მის მიერ ჩადენილი ქმედება გამოწვეულია გადასახადის გადამხდელის შეცდომით/არცოდნით.[22] ამერიკის შეერთებული შტატების შემოსავლების სამსახური, ისევე როგორც სასამართლო, ჯარიმებისგან გათავისუფლების მიზნით მხედველობაში იღებს იმ გარემოებას, თუ რამდენად ჰქონდა გადასახადის გადამხდელს გონივრული მიზეზი და რამდენად კეთილსინდისიერად მოქმედებდა იგი სამართალდარღვევის ჩადენისას.[23] გონივრული მიზეზი უნდა ემყარებოდეს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ყველა არსებულ ფაქტსა და გარემოებას. შესაბამისად, ის, რაც ერთი გადამხდელისთვის შეიძლება ჩაითვალოს საპატიოდ, მეორისთვის შეიძლება ჩაითვალოს დარღვევად.[24]

აშშ-ში არსებობს შემოსავლების სამსახურის შიდა სახელმძღვანელო (შემდგომში – სახელმძღვანელო), რომელიც გამოიყენება სანქციის დაკისრების დროს და მასში ასევე განმარტებულია, თუ რა პირობები უნდა არსებობდეს სანქციისგან გათავისუფლებისთვის.[25] სახელმძღვანელოს თანახმად, სანქციის დაკისრების ძირითადი მიზანი მიღწეულია მაშინაც, როცა გადამხდელი კეთილსინდისიერად ცდილობს შეასრულოს საგადასახადო კოდექსით დადგენილი მოთხოვნები.[26] ასეთ დროს ყველა გარემოება უნდა დადგინდეს, უნდა გაირკვეს, რა მოხდა და როდის, რა პერიოდით გაგრძელდა საგადასახადო ვალდებულების შეუსრულებლობა და რა ფაქტები უშლიდა ხელს გადამხდელს მის შესრულებაში. როგორ იმოქმედეს ამ ფაქტებმა და გარემოებებმა ვალდებულების შეუსრულებლობაზე და რა ძალისხმევა გაიღო ვალდებულების შესრულებისთვის გადამხდელმა. გარემოებების შეცვლის შემდეგ ცადა თუ არა მან საგადასახადო ვალდებულების შესრულება.[27]

სახელმძღვანელოში გამოკვეთილია ის ძირითადი გარემოებები, რამაც შეიძლება გავლენა მოახდინოს გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლებაზე, კერძოდ:

ა) მეწარმისთვის დამახასიათებელი საჭირო გულისხმიერება და წინდახედულების მიუხედავად შეცდომის დაშვება;

ბ) გარდაცვალება, სერიოზული დაავადება ან გარდაუვალი არყოფნა;

გ) გამოსაყენებელი ნორმის ბუნდოვანება და ორაზროვნება;

დ) საგადასახადო საკონსულტაციო კომპანიებისგან, საგადასახადო ორგანოებისგან არასწორი რჩევის მიღება;

ე) შეცდომა. [28]

---

[22] სსკ-ის 269-ე მუხლის მე-7 ნაწილი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 12/12/2010.

[23] 26 CFR 1. 6664-4- Reasonable cause and good faith exception to section 6662 penalties, Cornell University Law School, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.6664-4>, [26.06.2017].

[24] იქვე.

[25] Internal Revenue Manual 29.1.1, Introduction and Penalty Relief, <https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>, 25.06.2017.

[26] იქვე.

[27] იქვე.

[28] იქვე.

ზოგადი წესის მიხედვით, ყველაზე მნიშვნელოვანი გარემოება გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების დროს არის ის, თუ რა მოცულობით ცდილობს გადასახადის გადამხდელი საგადასახადო კანონმდებლობით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულებას. ის გარემოებები, რომლებიც მიუთითებენ გონივრულ მიზეზს და კეთილსინდისიერებას, უნდა დადგინდეს გადამხდელის გამოცდილების, ცოდნისა და განათლების გათვალისწინებით.[29]

3.1. მეწარმისთვის დამახასიათებელი საჭირო გულისხმიერება და წინდახედულების მიუხედავად შეცდომის დაშვება

სახელმძღვანელოს თანახმად, გადამხდელის მიერ მეწარმისთვის დამახასიათებელი საჭირო გულისხმიერებისა და წინდახედულების შესამოწმებლად უნდა დადგინდეს შემდეგი გარემოებები:

ა) ფაქტების, ახსნა-განმარტებებისა და მტკიცებულებების შესაბამისობა;

ბ) როგორია გადასახადის გადამხდელის საგადასახადო ისტორია. უნდა შემოწმდეს, ბოლო სამი წელი როგორ იხდის გადასახადის გადამხდელი გადასახადებს. არის თუ არა იმავე სამართალდარღვევაზე დაჯარიმებული, რაც მეწარმისთვის დამახასიათებელ გულისხმიერებას გამორიცხავს;

გ) მხედველობაში უნდა იყოს მიღებული დროის ხანგრძლივობა, მიზეზი როდის დადგა, ის გარემოებები, რამაც ხელი შეუშალა საგადასახადო ვალდებულების შესრულებას. ე.ი., უნდა დადგინდეს: (1) როდის უნდა შესრულებულიყო კანონით გათვალისწინებული ვალდებულება; (2) პერიოდი, როდესაც გადამხდელს არ შეეძლო ამ ვალდებულების შესრულება; (3) როდის შეასრულა ვალდებულება.

დ) გარემოებები, რომელიც გადასახადის გადამხდელის კონტროლს მიღმაა. უნდა იყოს დადგენილი, შეეძლო თუ არა გადასახადის გადამხდელს საგადასახადო ვალდებულების შესრულებაში ხელის შემშლელი გარემოებების წინასწარ განჭვრეტა. გადასახადის გადამხდელის მხრიდან უნდა გრძელდებოდეს საგადასახადო ვალდებულების შესრულების მცდელობები მას შემდეგაც კი, როდესაც უკვე დარღვეულია კანონმდებლობის მოთხოვნები.[30]

მსგავსი მიდგომა ჰქონდა საქართველოს უზენაეს სასამართლოს, როდესაც მიუთითა თავის გადაწყვეტილებაში, რომ სააპელაციო სასამართლომ არ მიიღო ზომები დამატებითი მტკიცებულებების, ინფორმაციის მოსაპოვებლად. ისე მიიჩნია მოსარჩელე კეთილსინდისიერ გადამხდელად, რომ არც კი გადაუმოწმებიათ მისი საგადასახადო ისტორია.[31] გადამხდელის საგადასახადო ისტორიასთან მიმართებით საინტერესოა ფინანსთა სამინისტროს დავების განხილვის საბჭოს 2015 წლის 26 მარტის 9750/2/15 გადაწყვეტილება, სადაც საბჭომ გაათავისუფლა გადასახადის გადამხდელი სანქციისგან და მხედველობაში მიიღო ის ფაქტი, რომ სამართალდარღვევა იყო პირველი შემთხვევა.[32] შესაბამისად, გადამხდელის საგადასახადო ისტორია მნიშვნელოვანი გარემოებაა კეთილსინდისიერი გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების შემთხვევებში.

---

[29] 26 CFR 1. 6664-4- Reasonable cause and good faith exception to section 6662 penalties, Cornell University Law School, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.6664-4>, [26.06.2017].

[30] Internal Revenue Manual- 29.1.1 Introduction and Penalty Relief., <https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>, [25.06.2017].

[31] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[32] ფინანსთა სამინისტროს დავების განხილვის საბჭოს 2015 წლის 26 მარტის №9750/2/15 გადაწყვეტილება, <http://www.taxdisputes.gov.ge/show_law.aspx?id=2741>, [25.06.2017].

3.2. გარდაცვალება, სერიოზული დაავადება ან გარდაუვალი არყოფნა

აშშ-ში გარდაცვალებამ ან სერიოზულმა დაავადებამ (გადამხდელის ან/და ოჯახის წევრის) შესაძლებელია, გაათავისუფლოს გადასახადის გადამხდელი სანქციისგან, როცა ეს გამომწვევი მიზეზია სამართალდარღვევის ჩადენისა, თუმცა ამ დროს უნდა შესრულდეს და გაირკვეს რამდენიმე პირობის არსებობა:

ა) გადასახადის გადამხდელისა და გარდაცვლილი პირის ურთიერთობა;

ბ) გარდაცვალების თარიღი;

გ) ხანგრძლივობა და სირთულე დაავადებისა;

დ) როგორ შეუშალა ხელი დაავადებამ ვალდებულების შესრულებაში;

ე) სხვა ბიზნესვალდებულებები შესრულდა თუ არა;

ვ) გონივრულ ვადაში გაგრძელდა თუ არა ვალდებულების შეუსრულებლობა.[33]

მაგალითად, *Fitch v. Commissioner*-ის საქმეში გადამხდელი ქვითავდა კომპანიის სუფთა საოპერაციო ხარჯებს. შემოსავლების სამსახურმა ეს დაუშვებლად მიიჩნია, რადგანაც გადამხდელს არ ჰქონდა სათანადო მტკიცებულებები, ხარჯის გამოქვითვის დამადასტურებელი დოკუმენტაცია. ქმარი, რომელიც მუშაობდა როგორც სერტიფიცირებული საჯარო ბუღალტერი, დაავადებული იყო ტვინის ანევრიზმით. სასამართლომ მხედველობაში არ მიიღო მისი ჯანმრთელობის მდგომარეობა, როგორც სანქციისგან გათავისუფლების საფუძველი.[34]

3.3. გამოსაყენებელი ნორმის ბუნდოვანება და ორაზროვნება

გადასახადის გადამხდელი შესაძლებელია, კეთილსინდისიერად ცდებოდეს კანონის არსთან მიმართებითაც, თუ აშკარად ბუნდოვანი და ორაზროვანი შინაარსის გამო ნორმა არაერთგვაროვანი განმარტების საშუალებას იძლევა.[35]

მოქალაქეთა კონსტიტუციური ვალდებულებების რეალიზაციის მიზნით საგადასახადო კანონმდებლობის ნორმები არ უნდა იყოს ბუნდოვანი და ორაზროვანი. ისინი ჯეროვანი სიზუსტით უნდა იყოს ფორმულირებული. ორაზროვანი და ბუნდოვანი ნორმები სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებთან შეუსაბამო და სახელმწიფო ორგანოებისა და უფლებამოსილი პირების თვითნებური მოქმედებების საფუძველია, რაც არღვევს კანონის წინაშე მოქალაქის თანასწორობის კონსტიტუციურ პრინციპს.[36]

კანონისა და ადმინისტრაციული ორგანოს წინაშე მოქალაქეთა თანასწორობის კონსტიტუციური რანგის პრინციპიდან გამომდინარე, სამართლის ნორმა უნდა იყოს მკაფიოდ განსაზღვრული, ნათელი და არაორაზროვანი. სამართალგამოყენებით პროცესში მოქალაქეთა თანასწორობა შეიძლება უზრუნველყოფილი იყოს მხოლოდ ნორმის ერთგვაროვანი გაგებისა და განმარტების პირობით. სამართლის ნორმის არაკონკრეტული შინაარსი იძლევა სამართალშეფარდებით პროცესში განსხვავებული გაგება-განმარტების, აგრეთვე თვითნებობის შესაძ-

---

[33] Internal Revenue Manual - 29.1.1 Introduction and Penalty Relief., <https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>, [25.06.2017].

[34] Taxpayer Advocate Service-2013 Annual report to Congress, Accuracy-related Penalty Under IRC 662(b)(1) and (2)., 343, იხ. ციტირება: T.C. Memo. 2012-358.

[35] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[36] იქვე.

ლებლობას, რაც, საბოლოოდ, უსათუოდ იწვევს თანასწორობისა და კანონის უზენაესობის პრინციპების დარღვევას.[37]

როგორც ზემოთ აღინიშნა, საგადასახადო კანონმდებლობა სამართლის ერთ-ერთი ყველაზე მეტად რთული და კომპლექსური დარგია. იგი რთულად გასაგები და აღსაქმელი კანონმდებლობაა.[38]

გადასახადის გადამხდელს მოეთხოვება, გამოიჩინოს შესაბამისი გულისხმიერება და ყურადღება მისი საგადასახადო ვალდებულების შესრულების განსაზღვრისთვის.[39] ზოგადი წესით კი, კანონის არცოდნა არ ათავისუფლებს პირს პასუხისმგებლობისგან.[40] საქართველოს საკასაციო სასამართლო დაუშვებლად მიიჩნევს გადამხდელის შეცდომის არასამართლებრივი, ანუ ყოფითი გაგებით, განმარტება-გამოყენების პრაქტიკაში დამკვიდრებას და განმარტავს, რომ ამ შემთხვევაში კანონის მიზანია, საგადასახადო პასუხისმგებლობისგან გაათავისუფლოს არა სტანდარტულად შეცდომის დამშვები პირი, არამედ პირი, რომელიც სამართლებრივი შეცდომის არეალში მოქმედებს, რადგან სამართლებრივი შეცდომის დროს პირი არასწორად აფასებს ჩადენილი ქმედების სამართლებრივ არსს და ამ ქმედებით გამოწვეულ სამართლებრივ შედეგს.[41]

სახელმძღვანელოს თანახმად, შემოსავლების სამსახურმა შეიძლება კანონმდებლობაში არსებული ბუნდოვანი ნორმის არსებობის გამო პირი გაათავისუფლოს სანქციისგან. ამ შემთხვევაში უნდა შემოწმდეს შემდეგი გარემოებები კანონის მოთხოვნების შეუსრულებლობასთან მიმართებით:

1) გადასახადის გადამხდელის განათლება;

2) გადამხდელს ადრე თუ უწევდა გადასახადის გადახდა;

3) თუ იყო დაჯარიმებული;

4) ბოლო დროს განხორციელდა თუ არა ცვლილებები საგადასახადო რეფორმით და რამდენად გონივრული და მოსალოდნელი იყო, რომ გადამხდელმა არ იცოდა ამის შესახებ;

5) მხედველობაში უნდა იყოს მიღებული საგადასახადო ვალდებულების შესრულების სირთულე.[42]

სამართლებრივი შეცდომა შეუძლებელია გავაიგივოთ კანონის არცოდნასთან, რომელიც ხდება იმ შემთხვევაში, თუ პირმა საერთოდ არ იცოდა საქართველოს საკანონმდებლო ორგანოს მიერ მიღებული და კანონით დადგენილი წესით ძალაში შესული კანონის არსებობის შესახებ, მაშინ, როდესაც უნდა სცოდნოდა და ობიექტურად შეეძლო სცოდნოდა ამის შესახებ. კანონის არცოდნა, როგორც წესი, არ ათავისუფლებს პირს პასუხისმგებლობისგან.[43]

---

[37] იქვე.

[38] *გვარამაძე თ.*, სადისერტაციო ნაშრომი, საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), 7, იხ. *Painter K. Mc. G.*, There`s no Place Like Home: Projections on the Fate of the Home Mortgage Interest Deduction and the Ternative Minimum Tax in Light of Consumer Behavior, St John`s Journal of legal Commentary Journal, Vol. 22, Summer 2007, 295.

[39] Internal Revenue Manual- 29.1.1 Introduction and Penalty Relief, ≤https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>, [25.06.2017].

[40] საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, [26.06.1997].

[41] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[42] Internal Revenue Manual - 29.1.1 Introduction and Penalty Relief, <https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>, [25.06.2017].

[43] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

სწორედ ამიტომ პირი შეიძლება გათავისუფლდეს საგადასახადო პასუხისმგებლობისგან, თუ იგი საგადასახადო ნორმის აშკარა, ბუნდოვანი და ორაზროვანი შინაარსის გამო კეთილსინდისიერად ცდებოდა კანონის არსთან მიმართებით. ამასთან, სასამართლო საგადასახადო კანონმდებლობაში არსებულ ბუნდოვანებას, წინააღმდეგობასა და ორაზროვნებას გადასახადის გადამხდელის სასარგებლოდ განმარტავს.[44] აშშ-ში სასამართლო უფრო ლოიალურია რთული საგადასახადო კოდექსის ვერგაგების დროს დაშვებული შეცდომების მიმართ[45], მაშინ როცა საკმაოდ მკაცრად უდგება გადამხდელის მიერ გულგრილ დამოკიდებულებას ვალდებულების შესრულებისადმი. მაგალითად, ***Striefel v. Commissioner***-ის საქმეში გადასახადის გადამხდელმა გაანადგურა დოკუმენტაცია, რადგანაც გაიგო, რომ მალე გარდაიცვლებოდა. მართალია, სასამართლო აანალიზებდა, რომ გადამხდელი იყო აღელვებული, მაგრამ მიიჩნია, რომ გადამხდელი მოქმედებდა დაუდევრად და დაარღვია დაბეგვრასთან დაკავშირებული დოკუმენტაციის შენახვის ვალდებულება.[46]

3.4. საგადასახადო საკონსულტაციო კომპანიებისგან, საგადასახადო ორგანოებისგან არასწორი რჩევის მიღება

პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევა, როცა გადასახადის გადამხდელს საგადასახადო კოდექსის გამოყენებასთან დაკავშირებით კითხვები უჩნდება. გადამხდელთა გარკვეულ ნაწილს, კეთილსინდისიერებიდან გამომდინარე, სურთ საკუთარი საგადასახადო ვალდებულებების შესრულება სახელმწიფოს წინაშე. საგადასახადო კოდექსსა და მის საფუძველზე გამოცემულ ნორმატიულ აქტებში კი ისინი ხშირად ვერ იღებენ პასუხებს ან აღმოაჩენენ დაბეგვრის რამდენიმე ვარიანტს.[47]

აშშ-ში კანონმდებლობით დადგენილია გადამხდელის გათავისუფლება პასუხისმგებლობისგან, იმ შემთხვევაში, თუ მათ განზრახ არ დაუმალავთ გადასახადები, ან მათი მხრიდან სამართალდარღვევის ჩადენა იყო საგადასახადო ორგანოების მიერ საგადასახადო კანონმდებლობის არასწორად გაკეთებული განმარტებების შედეგი.[48]

აშშ-ის შემოსავლების სამსახურის შიდა სახელმძღვანელოს თანახმად, რჩევა შეიძლება იყოს სამი სახის, რის გამოც შეიძლება მოხდეს სანქციისგან გათავისუფლება :

1) შემოსავლების სამსახურის წერილობითი რჩევა;
2) შემოსავლების სამსახურის მიერ გაცემული ზეპირი რჩევა;
3) საგადასახადო სფეროს პროფესიონალისგან მიღებული რჩევა.[49]

რჩევა არ უნდა იყოს დაფუძნებული არაგონივრულ ფაქტობრივ ან სამართლებრივ ვარაუდებზე და არ უნდა იყოს არაგონივრული ნდობა გადასახადის გადამხდელის მხრი-

---

[44] იქვე.

[45] Taxpayer Advocate Service-2013 Annual report to Congress, Accuracy-related Penalty Under IRC 662(b)(1) and (2), 342, იხ. ციტირება: Armstrong v. Cimm'r, 139 T.C. № 18, (2012)._

[46] Taxpayer Advocate Service-2013 Annual report to Congress, Accuracy-related Penalty Under IRC 662(b)(1) and (2). 343. იხ. სქოლიო 28._

[47] *ნადარაია ლ., როგავა ზ., რუხაძე კ., ბოლქვაძე ბ.,* საქართველოს საგადასახადო კოდექსის კომენტარები, წიგნი პირველი, 326.

[48] *გვარამაძე თ.,* სადისერტაციო ნაშრომი საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), 171, იხ Your Rights as a Taxpayer, Department of the Treasury. International Revenue Service, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p1.pdf>, [25.06.2017].

[49] Internal Revenue Manual- 29.1.1 Introduction and Penalty Relief, <https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>, [25.06.2017].

დან.[50] გადამხდელი არ უნდა ენდოს ისეთ რჩევას, რომელიც გამომდინარეობს ნორმიდან, რომელიც უკვე შეცვლილია, ძალადაკარგულია.[51]

გადასახადის გადამხდელს შესაძლებლობა აქვს, საგადასახადო ორგანოებიდან წინასწარ მიიღოს სპეციალური განმარტებები კონკრეტული გარიგების განხორციელებისას საგადასახადო კანონმდებლობის გამოყენების შესახებ.[52]

ერთ-ერთი საინტერესო საკითხია, საგადასახადო სფეროში სპეციალისტის ნდობა გულისხმობს თუ არა გადასახადის გადამხდელის გონივრულ ქცევას და გადამხდელის განათლება, ბიზნესგამოცდილება არის თუ არა შესაბამისი იმის შეფასებისთვის, გონივრული იყო თუ არა მისი მხრიდან საგადასახადო სფეროს სპეციალისტის რჩევაზე ნდობა. ამისათვის გადამხდელმა უნდა დაადასტუროს შემდეგი გარემოებები:

1) მრჩეველი იყო თუ არაკომპეტენტური, რომელსაც ჰქონდა საკმარისი გამოცდილება;

2) გადამხდელმა მრჩეველი უზრუნველყო თუ არა საჭირო და ზუსტი ინფორმაციით;

3) გადასახადის გადამხდელი ნამდვილად კეთილსინდისიერად ენდო თუ არა მრჩევლის გადაწყვეტილებას.[53]

როგორც ზემოთ აღინიშნა, საგადასახადო კანონმდებლობა გარკვეული სირთულით ხასიათდება და ამ დარგში განსაკუთრებით ხშირი შეიძლება იყოს საგადასახადო კანონმდებლობიდან გამომდინარე ბუნდოვანებები.

საქართველოში ამ საკითხთან დაკავშირებით განსხვავებული მიდგომაა, საგადასახადო კანონმდებლობის შესახებ საგადასახადო ორგანოს მიერ გაკეთებული განმარტება მხოლოდ სარეკომენდაციო ხასიათის შეიძლება იყოს,[54] რაც თავისთავად გამორიცხავს გადამხდელის მხრიდან რეკომენდაციის მიმართ კანონიერი ნდობის არსებობას და აშშ-ის მსგავსად საგადასახადო პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლებას, ასეთი განმარტების საფუძველზე სამართალდარღვევის ჩადენის შემთხვევაში.[55]ლოგიკური იქნებოდა, რომ კომპეტენტური ორგანოს პასუხს სამართლებრივი ძალა ჰქონოდა.[56]

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილების თანახმად, საპატიო მიზეზი შეიძლება იყოს საგადასახადო ორგანოს წერილობითი განმარტების შესრულება, რომელიც გამოხატავს საგადასახადო ორგანოს პოზიციას გადასახადის გადამხდელის მიერ შესრულებული ან შესასრულებელი სამეურნეო ოპერაციის განხორციელებისას საქართველოს საგადასახადო კანონმდებლობის გამოყენების შესახებ. თუ გადასახადის გადამხდელი მოქმედებს ასეთი განმარტების შესაბამისად, მას არ გააჩნია სამართალდარღვევის ჩადენის

---

[50] 26 CFR 1. 6664-4- Reasonable cause and good faith exception to section 6662 penalties, Cornell University Law School, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.6664-4>, [25.06.2017].

[51] იქვე.

[52] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[53] Taxpayer Advocate Service-2013 Annual report to Congress, Accuracy-related Penalty Under IRC 662(b)(1) and (2)., 344 Neonatology Associates, P.a. v. Comm'r, 115 T.C. 43,99(2000) (citations omitted), add'd, 299 F.3D 221(3d Cir.2002._

[54] *გვარამაძე თ.*, სადისერტაციო ნაშრომი „საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი)", 171, საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, 46-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 59, 12/12/2010, 2017 წლის 25 იანვრის მდგომარეობით.

[55] იქვე, 171.

[56] *ნადარაია ლ., როგავა ზ., რუხაძე კ., ბოლქვაძე ბ.*, საქართველოს საგადასახადო კოდექსის კომენტარები, წიგნი პირველი, 326.

შეგნება. წერილობითი განმარტების სარეკომენდაციო ხასიათის მიუხედავად, პირი ენდობა საგადასახადო ორგანოსა და მის მიერ გამოცემულ წერილობითი განმარტებას.[57] გადასახადის გადამხდელის შემოსავლების სამსახურის მიმართ ნდობის მაღალი ხარისხის გამო შესაძლებელია, უფლებამოსილმა ორგანოებმა სანქციისგან გათავისუფლების საკითხის გადაწყვეტისას გადამხდელის კეთილსინდისიერების განსაზღვრის დროს გამოიყენონ საგადასახადო ორგანოს მიერ გაცემულ რეკომენდაციაზე ნდობის ხარისხი.

Meinhardt v. Commissioner-ის საქმეში გადამხდელი არ იყო კარგად გარკვეული საგადასახადო კანონმდებლობაში და დაიქირავა პრაქტიკოსი პროფესიონალი. მას გადასცა ყველა ის საბუთი, რომლებსაც მიიჩნევდა საჭიროდ გადასახადის გამოანგარიშებისა და დეკლარაციის წარდგენისთვის. სასამართლომ უარი თქვა ჯარიმის გამოყენებაზე, რადგანაც დასტურდებოდა გადამხდელის კეთილსინდისიერება.[58]

აშშ-ისგან განსხვავებით, საქართველოში დამკვიდრებული პრაქტიკით საგადასახადო ორგანოს წერილობით განმარტებას, განსხვავებით საგადასახადო ორგანოს მიერ გამოცემული ფასიანი წინასწარი გადაწყვეტილებისაგან, იურიდიული ძალა არ გააჩნია. ამის არგუმენტია ის, რომ პირის მიერ შესრულებული ან შესასრულებელი სამეურნეო ოპერაციის განხორციელებისას საგადასახადო კანონმდებლობის გამოყენების შესახებ საგადასახადო ორგანოს წერილობითი განმარტება სახელმწიფო ორგანოს ოფიციალურ აქტს არ წარმოადგენს და იგი განმარტებით-სარეკომენდაციო ხასიათისაა.[59]

პროფესიონალი საგადასახადო მრჩევლის რჩევა და ნდობა უპირობოდ არ გულისხმობს კეთილსინდისიერებასა და გონივრულ მიზეზს. იგი წარმოიშობა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ამ რჩევაზე ნდობა გონივრული იყო და გადამხდელი კეთილსინდისიერი განზრახვით მოქმედებდა.[60] ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსით გათვალისწინებული ადმინისტრაციული ორგანოს ვალდებულება სამართლებრივი დახმარების გაწევის თაობაზე ასევე რეგლამენტებულია სსკ-ის 38-ე მუხლის პირველი ნაწილით, რომლის მიხედვითაც, გადასახადის გადამხდელს უფლება აქვს, საგადასახადო ორგანოსგან მიიღოს ინფორმაცია საქართველოს საგადასახადო კანონმდებლობის გამოყენების, გადასახადის გადამხდელის უფლებების დაცვის შესახებ.[61]

იმისთვის, რომ გადასახადის გადამხდელის ნდობა საგადასახადო სფეროს სპეციალისტის რჩევისადმი ჩაითვალოს სანქციისგან გათავისუფლების საფუძვლად, საჭიროა, რომ მხედველობაში მივიღოთ ყველა გარემოება, მაგალითად, გადამხდელის განათლება, ბიზნესგამოცდილება. ასეთი რჩევისადმი ნდობა არ უნდა იყოს გონივრულ მიზეზად და კეთილსინდისიერ ქცევად მიჩნეული, როცა გადამხდელმა იცოდა, ან უნდა სცოდნოდა მრჩევლის არაკვალიფიციურობა საგადასახადო კანონმდებლობაში, ან მის რომელიმე ნაწილში.[62]

---

[57] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[58] Taxpayer Advocate Service-2013 Annual report to Congress, Accuracy-related Penalty Under IRC 662(b)(1) and (2), 345.

[59] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[60] 26 CFR 1. 6664-4- Reasonable cause and good faith exception to section 6662 penalties, Cornell University Law School, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.6664-4>, [25.06.2017].

[61] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[62] 26 CFR 1. 6664-4- Reasonable Cause and Good Faith Exception to Section 6662 Penalties, Cornell University Law School, <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.6664-4>, [26.06.2017].

3. 5. შეცდომა

სახელმძღვანელოს თანახმად, შეცდომა არ შეიძლება სანქციისგან გათავისუფლების საფუძვლად იყოს მიჩნეული, მაგრამ შესაძლებელია, იყოს დამხმარე არგუმენტი, თუ დგინდება გადამხდელის მცდელობა და ბიზნესგულისხმიერება. აღნიშნულის დროს უნდა დადგინდეს შემდეგი გარემოებები: ა) როდის და როგორ გაიგო გადამხდელმა შეცდომის შესახებ; ბ) რა ფარგლებში გამოასაწორა შეცდომა; გ) რა ურთიერთობაა გადამხდელსა და დაქვემდებარებულ პირს შორის (თუ დელეგირებულია ეს უფლებამოსილება); დ) თუ გადადგა რაიმე ნაბიჯები შეცდომის გასწორებისთვის; ე) არსებობს თუ არა ამის დამადასტურებელი დოკუმენტაცია.[63]

4. უფლებამოსილი ორგანოების ფართო დისკრეციული უფლებამოსილება კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების დროს

იქ, სადაც ადმინისტრაციულ ორგანოს ენიჭება უფლებამოსილება, კონკრეტული შემთხვევები თვითონ მოაწესრიგოს, მას შეუძლია, გამოიყენოს დისკრეციული უფლებამოსილება.[64] დისკრეციული უფლებამოსილების მინიჭების ძირითადი საფუძველი არის კანონის მიღების დროს ყველა ცალკეული დეტალის წინასწარ განჭვრეტის შეუძლებლობა.[65]

კეთილსინდისიერი გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების ნორმა უფლებამოსილ ორგანოებს ანიჭებს საკმაოდ დიდ დისკრეციულ უფლებამოსილებას, წინასწარ დადგენილი კრიტერიუმების გარეშე, გადამხდელის მოქმედება შეაფასონ კონკრეტულ შემთხვევაში, როგორც ჩადენილი შეცდომა ან კანონის არცოდნის შედეგი.[66] შესაბამისად, ნორმაში არსებული განუსაზღვრელი ცნებების სიმრავლე დაუსაბუთებლად ზრდის საგადასახადო ორგანოს, დავის განმხილველი ორგანოსა და სასამართლოების დისკრეციულ უფლებამოსილებას.

დისკრეციული უფლებამოსილება ადმინისტრაციულ ორგანოს ანიჭებს შესაძლებლობას, მიიღოს გადაწყვეტილება საკუთარი პასუხისმგებლობით, რაც, პირველ რიგში, სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღებას ისახავს მიზნად. ადმინისტრაციული ორგანოს მთავარი მიზანი სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღებაა. საჭიროა, მან გაიაზროს, თუ რა მიზნის მისაღწევად მიენიჭა მას ეს უფლებამოსილება და რომელი ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებაა საჭირო.[67]

დისკრეციული უფლებამოსილების შეზღუდვა არა მხოლოდ აღმჭურველი ნორმის საფუძველზე ხდება, არამედ სამართლებრივი კონტექსტითაც. დისკრეციული უფლებამოსილების საფუძველზე მიღებული გადაწყვეტილება არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს სამართლის ნორმებს, პირველ რიგში, კონსტიტუციურ პრინციპს, რომ ყველა ადამიანი კანონის წინაშე თანასწორია, რაც დისკრეციული უფლებამოსილების განხორციელების მნიშვნელოვანი ზღვარია. ამ ნორმიდან გამომდინარეობს ადმინისტრაციული ორგანოს მის წინა მოქმედებაზე დამოკიდე-

[63] Internal Revenue Manual 29.1.1 Introduction and Penalty Relief, <https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>, [25.06.2017].

[64] *ციპელიუსი რ.*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, ბეკის გამომცემლობა, მიუნხენი, 2006, 131.

[65] იქვე.

[66] *გვარამაძე თ.*, სადისერტაციო ნაშრომი „საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), თბ., 2012, 169.

[67] *ნაჭყებია ა.*, ადმინისტრაციულ სამართლებრივი ნორმების განმარტებები უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში, 2015, 10., საქმე №ბს-567-557(კ-12) 26 მარტი, თბილისი, 2013.

ბულების ხასიათი.[68]უფლებამოსილმა ორგანოებმა ამ ნორმით მინიჭებული უფლებამოსილება უნდა გამოიყენონ გადასახადის გადამხდელის კეთილსინდისიერების შეფასების კრიტერიუმებით, საჯარო მმართველობის კანონიერების, კანონის წინაშე თანასწორობის, პირის კანონიერი ნდობის უფლებისა და მიუკერძოებლობის პრინციპების საფუძველზე განხორციელების მიზნით.[69] დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებში მიღებული იურიდიული გადაწყვეტილებები განეკუთვნება იმ ქმედებათა სფეროს, რომლებიც ხორციელდება სამართლებრივი უფლებამოსილების საფუძველზე.[70] უფლებამოსილი ორგანოების არჩევანის თავისუფლება შეზღუდულია იმითაც, რომ ნებადართულია მხოლოდ ფუნქციურად სამართლიანი, შესაბამისად, კანონის მიზნის აღსრულების განმაპირობებელი გადაწყვეტილების მიღება.[71]

სახელმწიფო ზოგადად თავის მოქმედებაში ეფუძნება სამართლიანობის პრინციპს, რომელიც არა მხოლოდ ინტერპრეტაციისთვის არის მნიშვნელოვანი, ასევე დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებში წარმართავს მოქმედებათა ალტერნატივების სწორ არჩევანს. გამომდინარე აქედან, დისკრეციულმა უფლებამოსილებამ ლეგიტიმურად უნდა მოახდინოს ინტერესთა ბალანსი.[72] საგადასახადო სანქციისგან გათავისუფლების თაობაზე უფლებამოსილ ორგანოებს დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებში შეუძლიათ მიიღონ გადაწყვეტილებები, რაც სათანადო დასაბუთებას მოითხოვს.[73]დისკრეციული უფლებამოსილების საზღვრები თვით უფლებამოსილებით აღმჭურველ ნორმაშია დადგენილი.[74] თუმცა განსახილველ ნორმაში ეს საზღვრები ძალიან ფართოა.

თუ კანონი შეიცავს განუსაზღვრელ სამართლებრივ ცნებებს, ასეთ შემთხვევაში მათი გამოყენება ქმნის შეფასებით სივრცეს. სწორედ ასეთ დროს ისმის კითხვა – რა ურთიერთდამოკიდებულებაში არიან ერთმანეთთან მოქმედების დისკრეციულობა და ინტერპრეტაცია, ე.ი., ერთი მხრივ, ქმედებათა ალტერნატივები და, მეორე მხრივ, ინტერპრეტაციისა და დაკონკრეტების სხვადასხვა შესაძლებლობა.[75] როგორც ერთ, ისე მეორე შემთხვევაში, ეს არჩევანი თავისუფალი არ არის, რადგანაც საჭიროებს დასაბუთებას. იგი იმ საზღვრებში უნდა მოთავსდეს, რომელთაც გამოსაყენებელი ნორმის განმარტება, კანონმდებლის ნება და ინტერესთა ოპტიმალური და სამართლიანი ბალანსი მოითხოვს.[76] თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ ადმინისტრაციული ორგანოს მთავარი მიზანი სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღებაა[77] და ადმინისტრაციულმა ორგანომ უნდა მიიღოს კანონის მიზნის აღსრულების განმაპირობებელი გადაწყვეტილება, [78] აღნიშნული არ უზრუნველყოფს დაუსაბუთებელი გადაწვეტილებების თა-

---

[68] *ციპელიუსი რ.*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, ბეკის გამომცემლობა, მიუნხენი, 2006, 132.

[69] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[70] *ციპელიუსი რ.*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, ბეკის გამომცემლობა, მიუნხენი, 2006, 130.

[71] იქვე, 132.

[72] იქვე, 133-134.

[73] *გვარამაძე თ.*, სადისერტაციო ნაშრომი „საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი)", 2012, 171.

[74] *ციპელიუსი რ*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, ბეკის გამომცემლობა, მიუნხენი, 2006, 131.

[75] იქვე, 134.

[76] იქვე, 134.

[77] *ნაჭყებია ა.*, ადმინისტრაციულ სამართლებრივი ნორმების განმარტებები უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში, 2015, 10, საქმე № ბს-567-557(კ-12) 26 მარტი, თბილისი, 2013.

[78] იქვე, *ციპელიუსი რ.*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, ბეკის გამომცემლობა, მიუნხენი, 2006, 132.

ვიდან აცილებას, რასაც მოწმობს ამ ნორმის გამოყენებასთან დაკავშირებული დღეს არსებული პრაქტიკა.[79]

5. მტკიცების ტვირთის თავისებურება კეთილსინდისიერი გადასახადის გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების დროს

საგადასახადო კანონმდებლობაში არ არის განმარტებული, თუ როგორი სახის ქმედება ითვლება შეცდომად, ან ვის ეკისრება მტკიცების ტვირთი, დაადგინოს, გადამხდელის მოქმედება განპირობებული იყო მისი მხრიდან კანონმდებლობის არცოდნით თუ შეცდომის ჩადენით.[80] გადასახადის გადამხდელის კეთილსინდისიერად მიჩნევის შემთხვევაში, ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი როლი ეკუთვნის მტკიცების ტვირთის გადანაწილების საკითხს, რადგანაც სწორედ მასზე იქნება დამოკიდებული უფლებამოსილი ორგანოს გადაწყვეტილება.

თავად ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსით არ არის განსაზღვრული სამართალდარღვევის თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრების სამართალწარმოებაში მტკიცების ტვირთის ადმინისტრაციულ ორგანოზე განაწილება. საკასაციო სასამართლოს მიაჩნია, რომ სადავო საკითხთან მიმართებით ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის მე-17 მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალისწინებული მტკიცების ტვირთის გადატანა ადმინისტრაციულ ორგანოზე არ უნდა იყოს გამოყენებული, რამდენადაც ამ შემთხვევაში სადავოა და დამტკიცებას ექვემდებარება არა დავის საგნის სამართლებრივი მხარე, არამედ სამართალდარღვევის ფაქტის არსებობა-არარსებობა, რა დროსაც მოდავე მხარეებზე მტკიცების ტვირთი აუცილებლად პროპორციულად უნდა იყოს გადანაწილებული.[81]ადმინისტრაციული აქტის ბათილად ცნობის ან ძალადაკარგულად გამოცხადების შესახებ სარჩელის წარდგენის შემთხვევაში მტკიცების ტვირთი ეკისრება იმ ადმინისტრაციულ ორგანოს, რომელმაც გამოსცა ეს აქტი.[82] შესაბამისად, სწორედ შემოსავლების სამსახურზე იქნება მტკიცების ტვირთი, დაამტკიცოს სამართალდარღვევის ჩადენის ფაქტის ნამდვილობა. თუმცა სანქციისგან კეთილსინდისიერი გადამხდელის გათავისუფლების მტკიცების ტვირთის გადანაწილების საკითხი კანონმდებლობით არ არის განმარტებული.[83] საკასაციო სასამართლო განმარტავს, რომ, დოქტრინის მიხედვით, ყოველი პროცესუალური კანონმდებლობა აირეკლავს და ითვალისწინებს შესაბამისი დარგის მატერიალური კანონმდებლობის ინსტიტუტებს, პრინციპებს, მიზანს. ადმინისტრაციული მართლმსაჯულების მეშვეობით პირი ახდენს თავისი სუბიექტური უფლების სასამართლოსადმი მიმართვის შესაძლებლობის რეალიზაციას, ხოლო სასამართლო ამოწმებს ადმინისტრაციის მოქმედების კანონიერებას.[84]

---

[79] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[80] *გვარამაძე თ.*, სადისერტაციო ნაშრომი „საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი“), 2012, 169.

[81] *ნაჭყებია ა.*, ადმინისტრაციულ სამართლებრივი ნორმების განმარტებები უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში, 2015, 266, საქმე №ბს-626-596 (კ-07), თბილისი, 2007.

[82] საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, გამოქვეყნებულია: საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 14/11/1997.

[83] *გვარამაძე თ.*, სადისერტაციო ნაშრომი „საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი)“, 2012, 169.

[84] *ნაჭყებია ა.*, ადმინისტრაციულ სამართლებრივი ნორმების განმარტებები უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში., 2015, 265, საქმე №ბს-626-596(კ-07) 25 დეკემბერი, თბილისი, 2007.

ყოველი კონკრეტული სამოქალაქო საქმის გადაწყვეტა სასამართლოში დაკავშირებულია შესაბამისი ფაქტების დადგენასთან.[85]ყველა მხარე, რომლებიც სასამართლო მტკიცების მონაწილეა, სხვადასხვა ფუნქციას ასრულებს, თუმცა ყველა მათგანის საქმიანობა მიმართულია სიმართლის გარკვევისკენ, რაც საქმის სწორად გადაწყვეტის აუცილებელი პირობაა.[86] უნდა აღინიშნოს, რომ განსხვავებით სამოქალაქო პროცესში მოქმედი შეჯიბრებითობის პრინციპისაგან,[87]ადმინისტრაციული სამართალწარმოების უმნიშვნელოვანესი პრინციპია ოფიციალურობის პრინციპი, რომელიც განსაზღვრავს ადმინისტრაციული მართლმსაჯულების როლს ადმინისტრაციულ სამართალწარმოებაში. სასამართლო პროცესუალური აქტივობის ცენტრში იმყოფება. ადმინისტრაციულ სამართალში მოქმედი საჯარო და კერძო ინტერესების პროპორციულობის პრინციპი ადმინისტრაციულ საპროცესო სამართალში სასამართლოს აკისრებს საპროცესო სამართალურთიერთობაში მხარეთა საპროცესო უფლებებში ბალანსის მიღწევისთვის აუცილებელ საპროცესო მოქმედებების შესრულებას.[88]

ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლოებში დავის დროს მტკიცების ტვირთი შემოსავლების სამსახურზეა – სწორედ მან უნდა წარადგინოს საკმარისი მტკიცებულებები, რომ დაადასტუროს სანქციის მართებულობა, შესაბამისად, სანქციის ჩადენის ფაქტი. მტკიცების ტვირთი შემდეგ გადადის გადასახადის გადამხდელზე, რომ დაადასტუროს რაიმე გამონაკლისის არსებობა, როგორიც შეიძლება იყოს გონივრული მიზეზი, გადამხდელის კეთილსინდისიერება.[89]

საქართველოში ოფიციალურობის პრინციპზე დაყრდნობით სასამართლო უფლებამოსილია, თავისი ინიციატივით მიიღოს გადაწყვეტილება დამატებითი ინფორმაციის ან მტკიცებულებების წარმოსადგენად. სასამართლოს ეს უფლებამოსილება კანონმდებლის მიერ განმტკიცებულია ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის მე-20 მუხლში ადმინისტრაციულ ორგანოთა ვალდებულების დადგენით, წარუდგინოს სასამართლოს საქმის განხილვისა და გადაწყვეტილებისთვის აუცილებელი დოკუმენტები და სხვა ინფორმაცია.[90] სასამართლოს უფლებამოსილება, თავისი ინიციატივით მოიპოვოს მტკიცებულებები ან ინფორმაცია, ნიშნავს, რომ სასამართლომ უნდა განსაზღვროს შემთხვევები, როდესაც საფრთხე ემუქრება მართლმსაჯულების ძირითად პრინციპს, მხარეთა თანასწორობას, ანუ თანაბარ შესაძლებლობას, დაიცვან თავიანთი უფლებები საჯაროსამართლებრივი დავების მონაწილეთა სუბორდინაციული მდგომარეობიდან გამომდინარე.[91]

განსახილველი მუხლის მიხედვით, სათანადო ორგანოების უფლებამოსილებაა, გაათავისუფლოს კეთილსინდისიერი გადამხდელი სანქციისგან, რაც თავისთავად გულისხმობს გადამხდელის უფლებას, მიმართოს უფლებამოსილ ორგანოებს, წარადგინოს შესაბამისი მტკიცებულებები და გათავისუფლდეს სანქციისგან, თუ დაამტკიცებს სამართლებრივი ნორმის გამოყენების წინაპირობების არსებობას.

---

[85] *ლილუაშვილი თ., ლილუაშვილი გ., ხრუსტალი ვ., ძლიერიშვილი ზ.*, 2014, 258.

[86] იქვე, 260.

[87] საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მე-4 მუხლი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 25.06.2017.

[88] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[89] Taxpayer Advocate Service-2013 Annual report to Congress, Accuracy-related Penalty Under IRC 662(b)(1) and (2)., 341, იხ ციტირება: IRC 7491 (a). , იხ. ასევე, Tax Court Rule 142 (a).

[90] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის №ბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>, [25.06.2017].

[91] იქვე.

6. დასკვნა

საქართველოში არსებული პრაქტიკის ანალიზის შედეგად ირკვევა, რომ საგადასახადო და სასამართლო ორგანოების მიერ სამართლის ნორმის გაგება, განმარტება და გამოყენება არ პასუხობს კანონის მოთხოვნებს და არ შეესაბამება სამართლის ინსტიტუტების მიზნებსა და ამოცანებს.[92] ამ ნორმის გამოყენების შედეგად დამკვიდრებული პრაქტიკა ზემოაღნიშნული ნორმით მინიჭებული უფლებამოსილების გამოყენებისას საზიანოა, ერთი მხრივ, ქვეყნის საგადასახადო და სასამართლო ორგანოების ავტორიტეტისთვის და, მეორე მხრივ, საგადასახადო სამართალურთიერთობათა კანონიერი მოწესრიგებისთვის.[93]

წარმოდგენილი მსჯელობიდან გამომდინარე, არსებული პრაქტიკა, იურიდიული ლიტერატურის ნაკლებობა ნათლად მიუთითებს კეთილსინდისიერი გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების საკითხთან დაკავშირებულ ბუნდოვანებასა და ნორმის განსხვავებული ფორმით ჩამოყალიბების აუცილებლობაზე.

თუ, ინტერპრეტაციის მიუხედავად, სამართლის ნორმების გამოყენებას არასამართლიან, მართლშეგნებისთვის მიუღებელ შედეგებამდე მივყავართ, მაშინ საჭიროა მისი განვრცობა და განმარტება.[94] თუმცა აღნიშნული ნორმა იმდენად ფართოა, რომ ინტერპრეტაციის შემთხვევაშიც იძლევა დაუსაბუთებელი გადაწყვეტილებების მიღების საშუალებას.

განსახილველი საკითხებიდან გამომდინარე, შესაძლებელია დავასკვნათ, რომ საჭიროა, უფრო მეტად იყოს შეზღუდული მოქმედების დისკრეციულობა და შეფასების არეალი, რითაც სასამართლო კონტროლის შესაძლებლობა იქნება გარანტირებული.[95] აუცილებელია კეთილსინდისიერი გადამხდელის სანქციისგან გათავისუფლების ნორმა უფრო კონკრეტულად ჩამოყალიბდეს და გათვალისწინებული იყოს ის წინაპირობები, რომელთა არსებობის შემთხვევაში იქნება შესაძლებელი, უფლებამოსილმა ორგანომ გაათავისუფლოს გადამხდელი სანქციისგან; ასევე უნდა არსებობდეს მტკიცების ტვირთის განსხვავებული სტანდარტი, რომელიც უზრუნველყოფს ნორმით გათვალისწინებული უფლებამოსილების განხორციელებას.

როგორც საქართველოს და ასევე აშშ-ის პრაქტიკა გვიჩვენებს, მხოლოდ შეცდომა და არცოდნა არ იძლევა საშუალებას, განიმარტოს უფლებამოსილების ფარგლები სწორად. ამიტომ საჭიროა ნორმის დაკონკრეტება, ხოლო უფლებამოსილ ორგანოებს მხოლოდ სათანადო დასაბუთების შემთხვევაში უნდა ჰქონდეთ უფლება, გაათავისუფლონ გადასახადის გადამხდელი სანქციისგან, რათა გამოჩნდეს ის ფაქტები, გარემოებები, რომელთაც დაეყრდნო უფლებამოსილი ორგანო გადაწყვეტილების მიღებისას და შეფასდეს, არსებობდა თუ არა ნორმით გათვალისწინებული წინაპირობები.

---

92 იქვე.

93 იქვე.

94 *ციპელიუსი რ.*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, ბეკის გამომცემლობა, მიუნხენი, 2006, 15.

95 იქვე, 135.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, 17/09/2010.
2. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26.06.1997.
3. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, 23/07/1999.
4. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, 14/11/1997.
5. *გვარამაძე თ.*, სადისერტაციო ნაშრომი „საგადასახადო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი)", თბ., 2012, 7, 164,169.
6. *იოსელიანი ა.*, კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში (შედარებითსა-მართლებრივი გამოკვლევა), ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოცემა, 2007, 12, 20, 34.
7. *ლილუაშვილი თ., ლილუაშვილი გ., ხრუსტალი ვ., ძლიერიშვილი ზ.*, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი , თბ., 2014, 258.
8. *ნადარაია ლ., როგავა ზ., რუხაძე კ., ბოლქვაძე ბ.*, საქართველოს საგადასახადო კოდექსის კომე-ნტარები, წიგნი პირველი, თბ., 2012, 326.
9. *ნაჭყებია ა.*, ადმინისტრაციულსამართლებრივი ნორმების განმარტებები უზენაესი სასამა-რთლოს პრაქტიკაში, თბ., 2015, 10, 265, 266.
10. *როგავა ზ.*, გადასახადები, საგადასახადო სისტემა და საგადასახადო სამართალი, თბ., 2002, 325.
11. *ციპელიუსი რ.*, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, მიუნხენი, 2006, 15, 130-132, 134.
12. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2014 წლის 7 ოქტომბრის Nბს-222-219(კ-14) გადაწყვეტილება.
13. საქართველოს ფინანსთა სამინისტროს დავების განხილვის საბჭოს 2015 წლის 26 მარტის №9750/2/15 გადაწყვეტილება.
14. *K McG. Painter*, There`s no Place Like Home: Projections on the Fate of the Home Mortgage Interest Deduction and the Ternative Minimum Tax in Light of Consumer Behavior, St John`s Journal of legal Commentary Journal, Vol. 22, Summer 2007, 295.
15. Taxpayer Advocate Service-2013 Annual report to Congress, Accuracy-related Penalty Under IRC 662(b)(1) and (2)., 343.
16. Internal Revenue Manual- 29.1.1 Introduction and Penalty Relief.
17. 26 CFR 1. 6664-4- Reasonable cause and good faith exception to section 6662 penalties, Cornell University Law School.
18. <http://mof.ge/4712>.
19. <https://www.irs.gov/>.
20. <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.6664-4>.
21. <https://www.irs.gov/irm/part20/irm_20-001-001r.html#d0e991>.

თამარ დიოგიძე*

ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების ცნება და მისი არსებითი პირობები

წინამდებარე სტატია ეძღვნება ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების ცნებისა და მისი არსებითი პირობების განსაზღვრას. სტატიის ძირითადი მიზანია ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების არსის განხილვა და ქართული სამეცნიერო დოქტრინის ამ კუთხით განვითარება; ასევე, ქართული სამომხმარებლო ბაზრის შესწავლით მომხმარებელთა უფლებების რეალიზებასთან დაკავშირებული პრობლემატიკის წარმოჩენა; ამ საკითხებთან დაკავშირებით არსებული ევროპული და ქართული საკანონმდებლო ბაზის მიმოხილვა და ამ უკანასკნელის სრულყოფის მიზნით რეკომენდაციების შემუშავება; ევროპული სამართლის ქვეყნების ანალოგიური ინსტიტუტების გამოკვლევით და ერთგვარი სინთეზის საშუალებით ქართულ სამართლებრივ რეალობაზე მაქსიმალურად კარგად მორგებული მოდელის შექმნა.

საკვანძო სიტყვები: *ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება, სამომხმარებლო სამართალი, მომხმარებელთა უფლებები, მომხმარებელთა უფლებების დაცვა, მომხმარებელი, მეწარმე.*

1. შესავალი

ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება საკმაოდ აქტუალურია თანამედროვე სამყაროს უამრავ ქვეყანაში – ის სამომხმარებლო სამართალთან მჭიდრო კავშირში მყოფი ხელშეკრულებაა. თითოეული ჩვენგანი მომხმარებელია, აქედან გამომდინარე, მომხმარებელთა უფლებების დაცვა ნებისმიერი სამართლებრივი სახელმწიფოს უმთავრესი ამოცანაა.

სამომხმარებლო ბაზრის სამოქმედო არეალის მრავალფეროვნება და „არასახელშეკრულებო გარემოში“ ხელშეკრულების დადება არცთუ ისე იშვიათია 21-ე საუკუნეში. თანამედროვე საქართველოშიც მრავლად ხდება მსგავსი ტიპის ხელშეკრულებების დადება, თუმცა იმის გამო, რომ საკითხის სამართლებრივი რეგულაცია პრაქტიკულად არ არსებობს, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მაღალი გარანტის შექმნაც ამ თვალსაზრისით თითქმის შეუძლებელია.

ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში – სსკ) ნაწილი 1997 წელს გახდა, როდესაც ძალაში შევიდა საქართველოს ახალი სამოქალაქო კოდექსი. თუმცა აღსანიშნავია, რომ ამ მუხლის პრაქტიკაში გამოყენება ქართულ სამართლებრივ რეალობაში არ ხდება, რაც დაკავშირებულია ნორმის შემადგენლობის ბუნდოვანებასთან. ბუნდოვანია როგორც ამ ტიპის ხელშეკრულებების ცნება, დადების ადგილი, ასევე მხარეთა უფლება-მოვალეობები. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ 1996 წლის საქართველოს კანონი „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ“ 2012 წელს ძალადაკარგულად გამოცხადდა. შესაბამისად, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის კუთხით საქართველოში კანონმდებლობა პრაქტიკულად არ არსებობს.

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, სტატიაში დეტალურად იქნება განხილული ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების ცნება, მისი დადების ადგილი, მხარეები და მათი უფლება-მოვალეობები. ნაშრომის ბოლო ნაწილი კი დაეთმობა სტატიაში განხილული საკითხების შედეგად მიღებულ დასკვნას.

2. ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მარეგულირებელი სამართლებრივი აქტები

ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების ცნებისა და მისი არსებითი პირობების განხილვამდე აუცილებლად მიმოხილულ უნდა იქნეს ის სამართლებრივი აქტები, რომელთა მიხედვითაც ხდება ამ ტიპის ხელშეკრულების სამართლებრივი რეგულირება. ყურადღება უნდა გამახვილდეს არა მარტო ქართველი კანონმდებლის მიერ მის მოწესრიგებაზე, არამედ მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული ევროპული სამართლის ქვეყნების მიერ მისი რეგულაცია. განსაკუთრებული ყურადღება უნდა დაეთმოს გერმანულ სამართალს, რადგან ქართული სამოქალაქო კოდექსი გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში – გსკ) მოდელის მიხედვით შეიქმნა. ნორმათა უმრავლესობა სწორედ გსკ-ისა და სხვა გერმანული კანონებიდან იქნა იმპლემენტირებული. საქართველო ბევრ ისეთ ქვეყანასთან ერთად, როგორებიცაა: ავსტრია, ლიხტენშტაინი, შვეიცარია, საბერძნეთი და სხვ. სწორედ „გერმანული სამართლის“ ოჯახს განეკუთვნება.[1] აქედან გამომდინარე, ქართული სამოქალაქო სამართალი გერმანული სამოქალაქო სამართლის დიდ ზეგავლენას განიცდის. ქუჩაში დადებული ხელშეკრულებაც სწორედ ერთ-ერთი ასეთი შემთხვევაა. თუმცა აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ქართულ კანონმდებლობაში ამ ნორმას რადიკალურად განსხვავებული შემადგენლობა აქვს.

ამასთან, ევროპულ კანონმდებლობაზე აქცენტი კეთდება ქვეყნის საგარეო კურსიდან გამომდინარე და ასევე, იმ ვალდებულებების უზრუნველყოფის მიზნით, რაც საქართველოს 2014 წლიდან აქვს. ქართულმა მხარემ იკისრა მთელი რიგი ვალდებულებებისა, მათ შორის ქართული კანონმდებლობის ევროპულ სტანდარტებთან მაქსიმალური შესაბამისობის უზრუნველყოფა მას შემდეგ, რაც 2014 წლის 27 ივნისს ხელი მოეწერა ასოცირების შესახებ შეთანხმებას, ერთი მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და, მეორე მხრივ, საქართველოს შორის (შემდგომში – ასოცირების შესახებ შეთანხმება[2]). შეთანხმების დარგობრივი თანამშრომლობის ნაწილი, კერძოდ, მე-6 კარის მე-13 თავი (*Consumer Policies*) (345-ე–347-ე მუხლები) მოიცავს მომხმარებელთა პოლიტიკასთან დაკავშირებულ საკითხებს. 345-ე–347-ე მუხლების მიხედვით, ქართულმა მხარემ უნდა უზრუნველყოს მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მაღალი გარანტის შექმნა და განახორციელოს საფუძვლიანი საკანონმდებლო ცვლილებები მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სფეროში. სწორედ ამ მიზანს ემსახურება პარლამენტის ევროპასთან ინტეგრირების კომიტეტის მიერ ინიცირებული კანონპროექტი „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ“ (შემდგომში – კანონპროექტი), რომლის ძირითადი ამოცანაა საქართველოში მომხმარებელთა უფლებების დაცვაზე ორიენტირებული კანონმდებლობის შექმნა და ამ კუთხით ევროპული

[1] *ხუბუა გ.*, სამართლის თეორია, თბ., 2004, 213.

[2] ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთი მხრივ ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და მეორე მხრივ, საქართველოს შორის, <http://eeas.europa.eu/georgia/pdf/eu-ge_aa-dcfta_en.pdf>.

ქვეყნების პრაქტიკის გაზიარება.

ევროპული სამართლის ქვეყნებისთვის აპრიორია მომხმარებელზე ორიენტირებული კანონმდებლობის შექმნა, „რამეთუ თანამედროვე სამართალი პიროვნების უზენაესობას აღიარებს, ხოლო პიროვნების უზენაესობის განმსაზღვრელი ფაქტორია მისი უფლებებისა და თავისუფლებების მაქსიმალური ეფექტურობით რეალიზება“[3]. უნდა აღინიშნოს, რომ პირველად ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება და მასთან დაკავშირებული საკითხები მოწესრიგებულ იქნა არაკომერციული დაწესებულებების ფარგლებს გარეთ მიღწეული მოლაპარაკების გზით დადებული ხელშეკრულების დროს (ქართული სამართლის მიხედვით – ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება) მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ ევროპული საბჭოს 1985 წლის 20 დეკემბრის №85/577 დირექტივაში (*Council Directive 85/577 EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises*[4]).

მოგვიანებით ზემოაღნიშნულ დირექტივას დაემატა კიდევ ერთი – დისტანციური ხელშეკრულებების დროს მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ ევროპარლამენტისა და ევროპული საბჭოს 1997 წლის 20 მაისის №97/7/EC დირექტივა (*Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts*[5]), რომელიც ერთგვარად ავსებდა მის წინამორბედს.

თუმცა თანამედროვე ტექნოლოგიების განვითარებამ და სამომხმარებლო ბაზრის არეალის გაფართოებამ შედარებით ახალი რეგულაციების შექმნის აუცილებლობა წარმოშვა. აქედან გამომდინარე, ევროპარლამენტმა შეიმუშავა ახალი დირექტივა და, დღეის მდგომარეობით, ქუჩაში დადებულ ხელშეკრულებას და მასთან დაკავშირებულ საკითხებს ევროპული სამართლის ქვეყნების უმრავლესობა არეგულირებს მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ ევროპარლამენტისა და ევროპული საბჭოს 2011 წლის 25 ოქტომბრის დირექტივით ((*Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*[6]) (შემდგომში – დირექტივა).

ახალი დირექტივის მიზანი იყო, უკვე არსებული გამოცდილების საფუძველზე მოეხდინა იმ ხარვეზებისა და შეუსაბამობების აღმოფხვრა, რაც არსებობდა. ამასთან, დირექტივამ დაამკვიდრა ზოგადი წესები დისტანციურ და ქუჩაში დადებულ ხელშეკრულებებთან მიმართებით, რაც საშუალებას აძლევს წევრ სახელმწიფოებს, თავიანთი შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა ერთგვარ შესაბამისობაში მოიყვანონ დირექტივასთან და ამით უზრუნველყონ მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მაღალი გარანტი.

---

[3] *ქარდავა ე.*, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ევროპული სტანდარტების შედარებითსამართლებრივი მიმოხილვა ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მაგალითზე, ჟურნ. „ქართული სამართლის მიმოხილვა“ , სპეციალური გამოცემა, თბ., 2007, 122.

[4] Council Directive 85/577 EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises,<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0577:en:HTML>.

[5] Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts,<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0007&from=en>.

[6] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Councilof 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council,<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2011.304.01.0064.01.ENG>.

3. ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების საგანი და მიზანი

სსკ-ის 336-ე მუხლის მიხედვით: *მომხმარებელსა და საკუთარი სარეწის ფარგლებში მოვაჭრე პირს შორს ქუჩაში, სახლის წინ და მსგავს ადგილებში დადებული ხელშეკრულება ძალაშია მხოლოდ მაშინ, თუ მომხმარებელი ერთი კვირის ვადაში ხელშეკრულებას წერილობით არ უარყოფს, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ხელშეკრულების შესრულება ხდება მისი დადებისთანავე.*[7]

უნდა აღინიშნოს, რომ სსკ-ის 336-ე მუხლის დეფინიციაში სრულიად უგულებელყოფილია ხელშეკრულების საგნის განსაზღვრის საკითხი. ქართული ნორმის მიხედვით, მომხმარებელს შეუძლია, უარი თქვას ნებისმიერი ტიპის ხელშეკრულებაზე, თუ ის არასახელშეკრულებო გარემოშია დადებული, კერძოდ: „ქუჩაში, სახლის წინ და მსგავს ადგილებში". მაშინ, როდესაც, გერმანული სამართლის მიხედვით, ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების საგანი აუცილებლად უნდა იყოს სასყიდლიანი შესრულება. ასეთი ტიპის ხელშეკრულებები შეიძლება იყოს ორმხრივმავალდებულებელი. ამასთან, „სასყიდლიანი შესრულება" არ უნდა გავიგოთ როგორც ფული, ჰონორარი ან ჯილდო. მასში შეიძლება მოიაზრებოდეს როგორც ნატურით შესრულება, ასევე მომსახურების გაწევაც. „სასყიდლიანი შესრულება", პირველ რიგში, ნასყიდობის ხელშეკრულებას მოიცავს, თუმცა შეიძლება ასევე გირავნობის ხელშეკრულებაც იყოს და ა.შ.[8] დირექტივა კი მე-3 მუხლში პირდაპირ უთითებს იმ ხელშეკრულებებს, რომლებზეც ის არ ვრცელდება. მაგ.: სოციალური ხასიათის ხელშეკრულებები, ლატარიები, თამაშები, აზარტული თამაშები და ა.შ.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ სსკ-ის 336-ე მუხლი არასრული და ბუნდოვანია, საჭიროებს მოქმედების სფეროს ისე გავრცობას, რომ როგორც მომხმარებელთა, ისე მოვაჭრეთა ინტერესები მაქსიმალურად იქნეს დაცული. სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა ინტერესების დაცვაზე ორიენტირებული კანონმდებლობის შექმნა ხომ ნებისმიერი სამართლებრივი სახელმწიფოს უმთავრესი ამოცანაა.

ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება ვალდებულების წარმოშობის სახელშეკრულებო საფუძველს განეკუთვნება. მომხმარებელი და მეწარმე თავად წყვეტენ, შევიდნენ თუ არა ერთმანეთთან სახელშეკრულებო ურთიერთობაში და იკისრონ თუ არა ამ ურთიერთობიდან გამომდინარე ვალდებულებები. ამ ხელშეკრულების მთავარი განმასხვავებელი ნიშანი სხვა ტიპის ხელშეკრულებებისგან არის ის, რომ ამ დროს ხელშეკრულების დადება ხდება „არასახელშეკრულებო გარემოში"[9], მომხმარებლისთვის მოულოდნელად, როდესაც მას არ აქვს დაფიქრების დრო. სწორედ მოულოდნელობის ეფექტს (*Überrumpelungseffekt*) აქვს გადამწყვეტი მნიშვნელობა ამ ტიპის ხელშეკრულებების დროს.[10] „ამგვარი ხელშეკრულებები, როგორც წესი, შემთხვევით იდება ისე, რომ მომხმარებელი წინასწარ არ არის მზად მათთვის; მას არ აქვს სრული წარმოდგენა დასადებ ხელშეკრულებაზე, ინფორმაცია საბაზრო ფასების თაობაზე."[11] მომხმარებელს არ აქვს შესაძლებლობა, მოახდინოს პროდუქციის შედარება სხვა მსგავსი ტიპის პროდუქტთან. სწორედ ამიტომ არ არის გამორიცხული, მეორე მხარემ შესთავაზოს მას ხელშეკრულების არასათანადო პირობები. მომხმარებლის გადაწყვეტილება, შევიდეს სახელშეკრულებო

---

7 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 336-ე მუხლი.

8 *Zerres Th.*, Bürgerliches Recht, Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grunzüge des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Berlin 2010, § 312, 109.

9 *Dauner-Lieb B., Heidel Th., Ring G.*, Anwaltkommentar, Band 2, Teilband 1: §§241 bis 610, Köln 2005, Rn.7.

10 *Brox H., Walker W-D.*, Allgemeines Schuldrecht, 35. Aufl., München 2011, Rn.2.

11 *ჭანტურია ლ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მესამე, თბ., 2001, 150.

ურთიერთობაში მეორე მხარესთან, არის სრულიად სპონტანური.[12] აქედან გამომდინარე, ქართველი კანონმდებელიც ანიჭებს მომხმარებელს უფლებას, უარი თქვას ასეთ ხელშეკრულებაზე და ამ უფლების მინიჭებით, გარკვეულწილად, იცავს მას შესაძლო ზიანისგან. კერძოდ, სსკ-ის 336-ე მუხლის მიხედვით, მომხმარებელს შეუძლია, ქუჩაში დადებულ ხელშეკრულებაზე ერთი კვირის განმავლობაში წერილობით უარი განაცხადოს. ამ შემთხვევაში დაცულია მომხმარებლის პირადი სფერო.[13] თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ, მიუხედავად არასრული ინფორმირებულობისა, მომხმარებელს მაინც იზიდავს მსგავსი ტიპის ხელშეკრულებები, ის „განიცდის თვითკმაყოფილებას, როდესაც მისდამი გამოვლენილია ინდივიდუალური ყურადღება, განსაკუთრებით სახლში ვიზიტისას"[14]. შესაბამისად, მომხმარებელი ასეთი ურთიერთობების დროს არის „სუსტი" მხარე, რადგან ნაკლებადაა დაცული ამა თუ იმ რისკისგან.[15] აქედან გამომდინარე, ამ ტიპის ურთიერთობების დროს ორიენტირი მომხმარებელზე, როგორც ურთიერთობის მონაწილე ნაკლებად დაცულ მხარეზე, კეთდება.[16]

ქართული სამართლის მიხედვით, ასეთი ტიპის ხელშეკრულების ნამდვილობა დამოკიდებულია იმაზე, გამოიყენებს თუ არა მომხმარებელი შეცილების უფლებას – განაცხადებს მასზე უარს წერილობით. მნიშვნელოვანია ასევე ისიც, რომ ხელშეკრულებაზე უარი მომხმარებელმა აუცილებლად წერილობითი ფორმით უნდა განაცხადოს, ზეპირ უარს სამართლებრივი ძალა არ აქვს. მიუხედავად მომხმარებლის ამ უფლებისა, ქართველი კანონმდებელი აკეთებს ისეთ დათქმას, რაც პრაქტიკულად ეწინააღმდეგება ნორმის მიზანს – მომხმარებლის უფლებების დაცვას. სსკ-ის 336-ე მუხლის მიხედვით, ხელშეკრულებაზე უარის თქმას წერილობითი ფორმით არ აქვს არანაირი ძალა, თუ ხელშეკრულების შესრულება მისი დადებისთანავე ხდება. ამ დროს ეჭვქვეშ დგება მომხმარებლის უფლებები – სამომხმარებლო ხელშეკრულებები ხომ უმრავლეს შემთხვევაში მისი დადებისთანავე სრულდება, საკმაოდ იშვიათია ისეთი შემთხვევა, როდესაც მხარეები, უბრალოდ, დებენ ხელშეკრულებას, შესრულებაზე კი მოგვიანებით თანხმდებიან.[17]

მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მიზანს ემსახურება დირექტივაც, რომლის პირველი მუხლის თანახმად, დირექტივის ძირითადი მიზანია, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მაღალი სტანდარტების შექმნის გზით, ხელი შეუწყოს და თავისი წვლილი შეიტანოს შიდა ბაზრის შესაბამის ფუნქციონირებაში და სამართლებრივი რეგულაციების კუთხით დახვეწოს ის ასპექტები, რომლებიც ეხება მომხმარებელსა და მოვაჭრეს შორის ხელშეკრულების დადებას.[18]

---

[12] *ცერცვაძე ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი, თბ., 2014, 192.

[13] ***Jacoby F., Hinden M., Kropholler J.,*** **Bürgerliches Gesetzbuch, Studienkommentar, 13 neubearbeitete Auflage, München 2011, Rn.2.**

[14] *ქარდავა ე.*, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ევროპული სტანდარტების შედარებითსამართლებრივი მიმოხილვა ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მაგალითზე, ჟურნ. „ქართული სამართლის მიმოხილვა", სპეციალური გამოცემა, თბ., 2007, 134.

[15] ***Erman,*** **Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, UklaG, VBVG, VersAusglG und WEG, Band 1., 13. neu bearbeitete Aufl., Köln 2011, Rn.2.**

[16] ***Staudinger J.,*** **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a, 312, 312a-f (Vertragschluss) Neubearbeitung Berlin 2005, Rn. 1.**

[17] *ჭეჭელაშვილი ზ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (შედარებითსამართლებრივი კვლევა ძირითადად ქართული სამართლის საფუძველზე), მეორე გადამუშავებული გამოცემა, თბ., 2010, 102.

[18] **Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 185/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, Article 1.**

მიუხედავად იმისა, რომ ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების სამოქალაქო კოდექსში იმპლემენტირებით ქართველი კანონმდებელი ორიენტირებული იყო სწორედ მომხმარებელთა უფლებების დაცვაზე, ნორმის ბუნდოვანი ფორმულირება და მის დეფინიციაში ხელოვნურად შექმნილი ბარიერები ვერ ემსახურება ნორმის მიზნის აღსრულებას, პირიქით, ხელს უშლის პრაქტიკაში მის გამოყენებას. აქედან გამომდინარე, აუცილებელია ამ მუხლის სრულყოფა ისე, რომ ის პრაქტიკაში მაქსიმალურად აპრობირებადი გახდეს.

4. ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მხარეები და შესაძლო მონაწილე მესამე პირები

ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების ერთ-ერთი მახასიათებელი ნიშანი მისი მხარეებია. სსკ-ის 336-ე მუხლის მიხედვით, მხარეებს წარმოადგენენ „მომხმარებელი" და „საკუთარი სარეწის ფარგლებში მოვაჭრე პირი".

საქართველოს 1996 წლის კანონი „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ" მომხმარებელს განმარტავდა როგორც ფიზიკურ პირს, რომელიც პირადი საჭიროებისათვის საქონელს (სამუშაოს, მომსახურებას) იყენებდა, იძენდა, უკვეთდა, ან ასეთი განზრახვა ჰქონდა. მომხმარებლის განმარტებას, ასევე, შეიცავს საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის 2006 წლის 17 მარტის N3 დადგენილება, რომლის მე-3 მუხლის „ლ" პუნქტის მიხედვით, მომხმარებელი არის პირი, რომელიც საკუთარი მოხმარებისთვის იყენებს, ან განზრახული აქვს გამოიყენოს, საერთო სარგებლობის ელექტრონული საკომუნიკაციო ქსელებითა და საშუალებებით განხორციელებული მომსახურება და მიზნად არ ისახავს მის შემდგომ მიყიდვას სხვა მომხმარებელზე. იურიდიული ენციკლოპედიის მიხედვით კი, მომხმარებელი არის მოქალაქე, რომელსაც სურს შეიძინოს, ან შეუკვეთოს რაიმე; საქონლის, მომსახურების შემძენი, შემკვეთი ან გამომყენებელი პირადი ან ოჯახური და სხვა საჭიროებისთვის, რაც არ უკავშირდება სამეწარმეო საქმიანობის განხორციელებას.[19] საბანკო სექტორში მომხმარებელი სულ სხვაგვარად განიმარტება. კერძოდ, საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის 2011 წლის №35/04 „კომერციული ბანკების მიერ საბანკო მომსახურების გაწევისას მომხმარებლისათვის აუცილებელი ინფორმაციის მიწოდების წესის დამტკიცების შესახებ" ბრძანების მე-2 მუხლის „ა" პუნქტის მიხედვით, მომხმარებელი არის საბანკო მომსახურების, გარდა სავაჭრო, სამეწარმეო და პროფესიული საქმიანობის მიზნებიდან გამომდინარე, მიმღები, ან ასეთი განზრახვის მქონე ფიზიკური პირი.[20]

სამწუხაროდ, თუ რა იგულისხმება ტერმინში: „საკუთარი სარეწის ფარგლებში მოვაჭრე პირი", ამას ზემოაღნიშნული კანონი „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ" არ განმარტავდა. სავარაუდოდ, მასში სწორედ მეწარმე (მოვაჭრე) სუბიექტი მოიაზრება. ამასთან, საკამათოა, ტერმინ „პირში" იგულისხმება მხოლოდ ფიზიკური პირი, თუ მასში უნდა მოვიაზროთ ასევე იურიდიული პირიც. სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით, პირი შეიძლება იყოს როგორც ფიზიკური, ასევე იურიდიული. მართალია, ტერმინოლოგიურ მხარეს დიდი შინაარსობრივი დატვირთვა ამ შემთხვევაში ნაკლებად აქვს, მაგრამ უპრიანი იქნებოდა, ქართველ კანონმდებელს პირდაპირ და გარკვევით მიეთითებინა ხელშეკრულების მხარეები

[19] *თეზელაშვილი ს.*, იურიდიული ენციკლოპედია, თბ., 2008, 373.

[20] საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის 2011 წლის N35/04 ბრძანება „კომერციული ბანკების მიერ საბანკო მომსახურების გაწევისას მომხმარებლისათვის აუცილებელი ინფორმაციის მიწოდების წესის დამტკიცების შესახებ". <http://nbg.gov.ge/cp/uploads/legal_acts/35_NEW_FOR_WEB.PDF>.

და შესაბამისად მოეხდინა მათი განმარტება. ბუნდოვანი ტერმინები ხომ ყოველთვის საეჭვო დამოკიდებულების „მსხვერპლია“.

ქართული კანონპროექტი კი უკვე ხაზგასმით ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მხარეებად მოიაზრებს „მომხმარებელსა“ და „მოვაჭრეს“. კერძოდ, მე-3 მუხლის „ა“ პუნქტის თანახმად, მომხმარებელი არის ფიზიკური პირი, რომელსაც სთავაზობენ, ან რომელიც იძენს, ან შემდგომ იყენებს საქონელს, ან მომსახურებას პირადი მოხმარების, და არა მისი სამეწარმეო, ან სხვა პროფესიული საქმიანობის მიზნით. ხოლო, „მოვაჭრე“, ამავე მუხლის „ბ“ პუნქტის მიხედვით, არის სამეწარმეო ან სხვა პროფესიული საქმიანობის ფარგლებში საქონლის შემთავაზებელი ან/და გამყიდველი, ასევე, მომსახურების გამწევი ფიზიკური ან იურიდიული პირი. დღეს არსებული ნორმისგან განსხვავებით, კანონპროექტი უკვე მხარეთა დეტალურ დეფინიციას შეიცავს.

ქართველი კანონმდებლისგან განსხვავებით, საკმაოდ კონკრეტულ განმარტებას ახდენს გერმანელი კანონმდებელი და ქართული მუხლის ანალოგ გერმანულ მუხლში ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მხარეები არიან მომხმარებელი და მეწარმე. მათ განმარტებას კი ვხვდებით გსკ-ის მე-13 (*Verbraucher* – მომხმარებელი) და მე-14 (*Unternehmer* – მეწარმე) პარაგრაფებში. გერმანული სამართლის მიხედვით, მომხმარებელი არის ნებისმიერი ფიზიკური პირი, რომელიც გარიგებას დებს იმ მიზნით, რაც არ განეკუთვნება მის სამეწარმეო და პროფესიულ საქმიანობას.[21] ხოლო მეწარმე არის ფიზიკური ან იურიდიული პირი, ანდა უფლებაუნარიანობის მქონე ამხანაგობა, რომელიც გარიგების დადებისას მოქმედებს სამეწარმეო ან დამოუკიდებელი პროფესიული საქმიანობის ფარგლებში. უფლებაუნარიანობის მქონე ამხანაგობა არის ისეთი ტიპის ამხანაგობა, რომელსაც მინიჭებული აქვს უნარი, შეიძინოს უფლებები და იკისროს ვალდებულებები.[22]

დირექტივის მიხედვით კი, ამ ტიპის ხელშეკრულების მხარეები არიან მომხმარებელი (*Consumer*) და მოვაჭრე (*Trader*). დირექტივის მე-2 მუხლის თანახმად, მომხმარებელი არის ნებისმიერი ფიზიკური პირი, რომელიც ამ დირექტივით გათვალისწინებულ ურთიერთობებში მოქმედებს იმ მიზნებისთვის, რომლებიც არის მისი ვაჭრობის, საწარმოს, საქმიანობისა და პროფესიის ფარგლებს გარეთ; ხოლო მოვაჭრე არის ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი, მიუხედავად იმისა, წარმოადგენს ის კერძო თუ საჯარო სამართლის პირს, რომელიც მოქმედებს, მათ შორის სხვა პირის მეშვეობით, როგორც თავისი სახელით, ასევე მისი დავალებით, ამ პირის ვაჭრობის, საწარმოს, საქმიანობისა და პროფესიის ფარგლებში, იმ ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით, რომლებზეც ვრცელდება ზემოაღნიშნული დირექტივა.

რაც შეეხება ქუჩაში დადებულ ხელშეკრულებაში, მომხმარებლისა და მეწარმის გარდა, სხვა პირების შესაძლო მონაწილეობის საკითხს, სსკ მსგავსი ტიპის მითითებას არ აკეთებს. დირექტივა კი ტერმინთა განმარტებაში, კერძოდ, მე-2 მუხლის მე-2 ნაწილში, „მოვაჭრის“ განმარტებისას პირდაპირ აღნიშნავს, რომ მოვაჭრე შეიძლება ასევე იყოს პირი, რომელიც მოქმედებს სხვა პირის მეშვეობით, როგორც თავისი სახელით, ასევე მისი დავალებით. მომხმარებელთან მიმართებით კი დირექტივა მსგავს დათქმას არ აკეთებს.

საკმაოდ დადებითად შეფასდება, თუ ქართველი კანონმდებელი გაიზიარებს უკვე არსებულ პრაქტიკას და ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მხარედ მოიაზრებს ასევე იმ პირებს, რომლებიც მოქმედებენ როგორც მომხმარებლის, ასევე მოვაჭრის სახელითა და მათი დავალებით.

---

[21] § 13 BGB - Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

[22] § 14 BGB - (1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. (2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

5. ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების ძალაში შესვლის დრო და მისი დადების ადგილი

სსკ-ის 336-ე მუხლის მიხედვით, ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება ძალაშია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მომხმარებელი მას 7 დღის ვადაში წერილობით არ უარყოფს; ასევე, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ხელშეკრულება მისი დადებისთანავე არ შესრულდა. ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება მერყევად ბათილ გარიგებათა რიცხვს განეკუთვნება, რადგან ის ძალაშია მხოლოდ მას შემდეგ, რაც გავა მომხმარებლისთვის ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების გამოსაყენებლად განსაზღვრული ვადა.

ქართულ ნორმასთან მიმართებით, ხელშეკრულების ძალაში შესვლის დროსთან დაკავშირებით უნდა განვიხილოთ ორი შემთხვევა: როდესაც ხელშეკრულება დადებისთანავე სრულდება და როდესაც ხელშეკრულება იდება, ხოლო მისი შესრულება რამდენიმე დღის შემდეგ ხდება. პირველ შემთხვევაში, რა თქმა უნდა, უდავოა ის ფაქტი, რომ ხელშეკრულების დადების და ძალაში შესვლის დრო ერთმანეთს ემთხვევა, რადგან, სსკ-ის 336-ე მუხლის თანახმად, მომხმარებელს აღარ აქვს უფლება, უარი თქვას ხელშეკრულებაზე; მეორე შემთხვევაში კი უნდა დადგინდეს, საიდან იწყება 7-დღიანი ვადის ათვლა, ხელშეკრულების დადების თუ მისი ძალაში შესვლის მომენტიდან? ქართული კანონმდებლობა ამ კითხვაზე კონკრეტულ პასუხს არ იძლევა, თუმცა ზოგადი სამართლიანობის პრინციპიდან და ამ მუხლის მიზნიდან გამომდინარე, რადგან ორიენტირი მომხმარებელზე, როგორც ნაკლებად დაცულ მხარეზე, კეთდება, 7-დღიანი ვადის ათვლა სწორედ ხელშეკრულების შესრულების მომენტიდან უნდა დაიწყოს.

როგორც დირექტივა, ისე გერმანელი კანონმდებელი ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების ძალაში შესვლის დროს უკავშირებენ მომხმარებლის მიერ მისი უარყოფის უფლების გამოყენებისთვის დადგენილი ვადის გასვლას. კერძოდ, ასეთი ხელშეკრულება ძალაშია, თუ მომხმარებელი მას 14 დღის განმავლობაში არ უარყოფს. ამასთან, დირექტივის მე-9 მუხლში კონკრეტულად გაწერილია, თუ რა ითვლება ხელშეკრულების ძალაში შესვლის დროდ მომხმარებლისთვის გათვალისწინებული 14-დღიანი ვადის ასათვლელად, მაგ.: მომსახურების ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით, ხელშეკრულების დადების დღიდან; ნასყიდობის ხელშეკრულების დროს, იმ დღიდან, როდესაც მომხმარებელი ან მის მიერ საამისოდ განსაზღვრული პირი ფიზიკურად დაეუფლება ნასყიდობის საგანს; იმ შემთხვევაში, როდესაც ხელშეკრულების საგანია სხვადასხვა საქონელი, იმ დღიდან, როდესაც მომხმარებელი ან მის მიერ საამისოდ განსაზღვრული პირი ფიზიკურად დაეუფლება ხელშეკრულების საგნის ბოლო საქონელს; წყლის, გაზის, ელექტროენერგიის მიწოდებისას ხელშეკრულების დადების დღიდან და ა.შ. ამასთან, დირექტივა პირდაპირ უთითებს, რომ მის შიდა კანონმდებლობაში იმპლემენტირებისას სახელმწიფომ არ უნდა აუკრძალოს მხარეებს, შეასრულონ თავიანთი სახელშეკრულებო ვალდებულებები უარის თქმის განხორციელების პერიოდში, მიუხედავად იმისა, რომ მათ უფლება აქვთ, შეინარჩუნონ არსებული შიდასახელმწიფოებრივი რეგულაციები, რომლებიც, მაგ., უკრძალავს მოვაჭრეს, მიიღოს ხელშეკრულებით გათვალისწინებული საფასური მომხმარებლის მიერ ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების გამოყენების პერიოდში.

სსკ-ის 336-ე მუხლის მიხედვით, ხელშეკრულების დადების ადგილი შეიძლება იყოს: „ქუჩაში, სახლის წინ და მსგავს ადგილებში“, რაც „განმარტებას მოითხოვს, რადგანაც ქუჩის პირდაპირი მნიშვნელობით გაგებამ შეიძლება ბევრი გაუგებრობა გამოიწვიოს“[23]. შესაძლოა, ნივთების გამოფენა-გაყიდვა ორგანიზებული იყოს ქუჩაში, სახლის წინ და ა.შ. ამ დროს რაიმე

[23] *ჭანტურია ლ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მესამე, თბ., 2001, 151.

ნივთის შეძენა ადგილმდებარეობის გამო ნამდვილად არის ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება, მაგრამ ის ვერ დაკვალიფიცირდება სსკ-ის 336-ე მუხლით, რადგან ამ დროს მომხმარებელი მზად იყო ხელშეკრულების დასადებად. ტერმინი „საკუთარი სარეწი", ზოგადად, მიიჩნევა მომსახურების გამწევი პირის ან საქონლის მიმწოდებლის მუდმივ ადგილსამყოფლად, მაგრამ ამ შემთხვევაში „არ წარმოადგენს კონკრეტულ ადგილზე არსებული სარეწის მუდმივ ადგილსამყოფელს".[24]

კანონპროექტის მიხედვით კი, ხელშეკრულება ითვლება ქუჩაში დადებულად, თუ ის იდება მოვაჭრის სარეწის (სამეწარმეო საქმიანობის ადგილი) ფარგლებს გარეთ და მოითხოვს მოვაჭრისა და მომხმარებლის ფიზიკურ თანყოფნას, ასევე რომელიც იდება მოვაჭრის სარეწის ფარგლებში ან დისტანციურად, მაგრამ დაუყოვნებლივ მას შემდეგ, რაც მომხმარებელმა აღნიშნულის თაობაზე პირადად და ინდივიდუალურად შეთავაზება მიიღო მოვაჭრის სარეწის ფარგლებს გარეთ.

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ 2014 წლის 13 ივნისიდან გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში მოქმედებს კანონი მომხმარებელთა უფლებების დაცვის დირექტივის იმპლემენტაციასთან დაკავშირებით,[25] რომელმაც ძირეული ცვლილებები შეიტანა ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მარეგულირებელ ნორმებში. გერმანელმა კანონმდებელმა სრულად გაიზიარა ევროპელი კანონმდებლის მიერ შემუშავებული დირექტივა და პრაქტიკულად მთლიანად მოახდინა მისი რეცეფცია შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობაში.[26] შეიცვალა ამ ტიპის ხელშეკრულების სახელწოდება, რომლის მიხედვითაც დამკვიდრდა ქართულ სამართალში ტერმინი – ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება. კერძოდ, გერმანული სამართლის მიხედვით, მას ერქვა ***Hautsürgeschäft*** – შემოსასვლელ კართან დადებული ხელშეკრულება, დღეს მოქმედი რეგულაციებით კი მას უკვე ***Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge*** – სამეწარმეო საქმიანობის ფარგლებს გარეთ დადებული ხელშეკრულებების სახელით მოიხსენიებენ, როგორც მის ევროპულ ანალოგს – ***Off-premises contracts***[27]. საკმაოდ დადებითად შეფასდება, თუ ქართველი კანონმდებელი გაითვალისწინებს უკვე არსებულ საერთაშორისო პრაქტიკას და ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების სახელთან მიმართებით, გაურკვევლობის თავიდან ასაცილებლად, ნორმის სახელწოდების ცვლილების შესაძლებლობასაც განიხილავს.

ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების დეტალურ დეფინიციასა და ამ ტიპის ხელშეკრულების დადების ადგილს განმარტავს დირექტივა, რომლის მიხედვით, საქმიანობის ფარგლებს გარეთ (ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება) დადებული ხელშეკრულება უნდა განიმარტოს, როგორც მომხმარებლისა და მეწარმის ერთად ყოფნის დროს, მათ შორის დადებულ ხელშეკრულებად, ისეთ ადგილას, რომელიც არ არის მეწარმის კომერციული საქმიანობის განხორციელების ადგილი, და შეიძლება იყოს, მაგალითად, მომხმარებლის საცხოვრებელი ან/და სამუშაო ადგილი. ამ ტიპის ხელშეკრულების დეფინიციაში, ასევე, უნდა იგულისხმებოდეს ის სიტუაცია, როდესაც მომხმარებელმა შეთავაზება ხელშეკრულების დადების თაობაზე მიიღო პირადად და ინდივიდუალურად „არასახელშეკრულებო გარემოში", მაგრამ ხელშეკრულების დადება მოხდა ამის შემდეგ, დაუყოვნებლივ, მეწარმის კომერციული საქმიანობის ფარგლებში, ან მხარეთა დაუსწრებლად, დისტანციური კომუნიკაციების საშუალებით. ამ მუხლის დეფინიცია არ უნდა მოიცავდეს სიტუაციებს, რომელთა დროსაც მეწარმე თავდაპირველად მიდის მომხმარებლის

---

[24] იქვე.

[25] Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (VerbrRRLUG), <http://www.buzer.de/gesetz/10934/index.htm>.

[26] *Prütting H., Wegen G., Weinreich G.*, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, Kommentar, 11 Aufl., 2016, §312 Rn. 1.

[27] German Civil Code in English, <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>.

სახლში, რათა გაუწიოს კონსულტაცია, წარუდგინოს ხარჯთაღრიცხვა, ან განახორციელოს აზომვითი საქმიანობა და მხოლოდ ამის შემდეგ, დროის გარკვეული მონაკვეთის გასვლისას, ხელშეკრულება დაიდოს მეწარმის კომერციული საქმიანობის განხორციელების ფარგლებში ან დისტანციური კომუნიკაციის საშუალებით. ამ შემთხვევებში ხელშეკრულება არ ითვლება დაუყოვნებლივ დადებულად, რადგან მომხმარებელს ჰქონდა საკმარისი დრო ხელშეკრულების დადებამდე, რათა გაეაზრებინა მეწარმის მიერ წარმოდგენილი შეფასება. საქმიანობის ფარგლებს გარეთ (ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება) დადებულ ხელშეკრულებებში მოიაზრება ასევე ის შენაძენები, რომელთაც მომხმარებელი ახორციელებს მეწარმის მიერ ორგანიზებული ექსკურსიების დროს, როდესაც ხდება პროდუქციის გასაყიდად შეთავაზება.

სამწუხაროდ, ამ ნორმის ქართული ანალოგი არ შეიცავს მსგავს დეტალურ დეფინიციას. მეცნიერული თვალსაზრისითაც ეს საკითხი შესწავლილი არ არის. მხოლოდ სსკ-ის კომენტარშია განხილული სამი შემთხვევა, რომლებითაც განიმარტება, თუ რა იგულისხმება 336-ე მუხლით ხელშეკრულების დადების ადგილში. მომხმარებელს კი საკმაოდ აბნევს ნორმის ბუნდოვანი შემადგენლობა და სათაური. ეს ყველაფერი, თავის მხრივ, საკმაოდ ართულებს პრაქტიკაში ზემოაღნიშნული ნორმის გამოყენებას. სწორედ ამიტომ ამ მუხლის გამოყენება ქართულ რეალობაში, ფაქტობრივად, არ ხდება.

6. მხარეთა უფლება-მოვალეობები

თითოეული ჩვენგანი ყოველდღიურად უამრავი სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილე ხდება ისე, რომ ამას ვერც კი აცნობიერებს. ვერ აცნობიერებს ამ ურთიერთობის სამართლებრივ ბუნებას ან მის შესაძლო შედეგს. რა თქმა უნდა, უმრავლესობა ვერც კი წარმოიდგენს მსგავსი ურთიერთობით ნაკისრი ვალდებულებების დარღვევით წარმოშობილ პასუხისმგებლობას. „ეს სრულიად ბუნებრივია, ვინაიდან ადამიანები ერთმანეთთან ურთიერთობენ არა სამართლებრივი ნორმების, კანონების შიშით, არამედ იმის გამო, რომ ეს მათი ბუნებრივი მოთხოვნილება, სასიცოცხლო აუცილებლობაა.“[28]

ნებისმიერი ხელშეკრულების დადებით თითოეული მხარე გარკვეული უფლება-მოვალეობების მატარებელი ხდება. სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპი მხარეებს, გარდა კანონით ზუსტად განსაზღვრული უფლება-მოვალეობებისა, ყოველი კონკრეტული ხელშეკრულების დადებისას ანიჭებს შესაძლებლობას, თავად განსაზღვრონ თავიანთი უფლება-მოვალეობების ფარგლები.

სსკ-ის 336-ე მუხლის დისპოზიციიდან შეიძლება დავასკვნათ, რომ სსკ-ით ზოგადად განსაზღვრულ მხარეთა უფლება-მოვალეობათაგან ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების დროს სახეზეა მომხმარებლის მხოლოდ ერთი უფლება – უარი თქვას ხელშეკრულებაზე. თუმცა აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ეს უფლებაც არ არის აბსოლუტური – მომხმარებელი ვერ იტყვის უარს ხელშეკრულებაზე, თუ მისი შესრულება მოხდა დადებისთანავე.

ქართველი კანონმდებლისგან განსხვავებით საკმაოდ მრავალფეროვანი უფლება-მოვალეობების ჩამონათვალს შეიცავს დირექტივა. ის ორიენტირებულია ე.წ. „ინფორმირებულ მომხმარებელზე“ – მომხმარებელმა თვითონ უნდა გადაწყვიტოს, დებს თუ არა ის ხელშეკრულებას რელევანტური ინფორმაციის საფუძველზე. აღსანიშნავია, რომ ქუჩაში დადებული ხელშეკრულებების დროს მხარეთა უფლება-მოვალეობები ერთგვარი სპეციფიკურობით ხასიათდება. კერძოდ, მხარეთა ძირითადი უფლება-მოვალეობები წარმოიშობა ხელშეკრულების

[28] *ჭანტურია ლ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მესამე, თბ., 2001, 23.

დადებამდე და ისინი, ძირითადად, მეწარმის მიერ მომხმარებლისთვის ინფორმაციის მიწოდებას უკავშირდებიან.

მაგალითად, დირექტივის მე-3 თავის მე-6 მუხლის (ინფორმირების ვალდებულება დისტანციური და ქუჩაში დადებული ხელშეკრულებების მიხედვით) თანახმად, სანამ მომხმარებელი ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მონაწილე მხარე გახდება, მოვაჭრე ვალდებულია, გასაგები ფორმით მიაწოდოს მას ინფორმაცია საქონლის ან მომსახურების ძირითადი მახასიათებელი ნიშნების თაობაზე; მოვაჭრის საიდენტიფიკაციო მონაცემთან დაკავშირებით, როგორიცაა, მაგ., მისი საფირმო სახელწოდება; მეწარმის გეოგრაფიული მისამართი, რომელზეც ის რეგისტრირებულია და მეწარმის ტელეფონის ნომერი, ფაქსის ნომერი და ელექტრონული ფოსტის მისამართი, სადაც მომხმარებელს ექნება შესაძლებლობა, დაუკავშირდეს მეწარმეს სწრაფად და ეფექტურად; საქონლის ან მომსახურების სრული ღირებულება გადასახადების ჩათვლით, ან ისეთ შემთხვევაში, როდესაც საქონლის ან მომსახურების საფასურის წინასწარი დადგენა ვერ ხერხდება, ინფორმაცია მათი გაანგარიშების მეთოდის შესახებ; გადახდის ფორმის, მიწოდებისა და დროის შესახებ, რაც სჭირდება მეწარმეს, მომხმარებლისათვის საქონლის მისაწოდებლად ან მომსახურების გასაწევად და ა.შ.

ამასთან, ამ დირექტივის მე-7 მუხლი, გარდა ზემოხსენებული ინფორმაციისა, განსაზღვრავს კონკრეტულად ქუჩაში დადებული ხელშეკრულებების დროს მეწარმის მიერ მომხმარებლისთვის მისაწოდებელი ინფორმაციის დამატებით კრიტერიუმებს. მაგ.: ზემოაღნიშნული ინფორმაცია მეწარმემ მომხმარებელს უნდა მიაწოდოს წერილობითი ფორმით, ან, თუ მომხმარებელი თანახმაა, ინფორმაციის სხვა მატარებლით; მეწარმემ მომხმარებელს უნდა მიაწოდოს ხელმოწერილი ხელშეკრულების ასლი, ან დამოწმებული ხელშეკრულება და ა.შ.

თუმცა დირექტივა პირდაპირ განსაზღვრავს, რომ წევრ სახელმწიფოებს შეუძლიათ, არ გაითვალისწინონ აღნიშნული დებულება. რა თქმა უნდა, დირექტივა არ ზღუდავს მათ ამ ჩამონათვალით და სრულ თავისუფლებას ანიჭებს თითოეულ მათგანს, შეამციროს ან უფრო სრულყოს ეს სია.

როგორც უკვე აღინიშნა, სსკ-ის 336-ე მუხლი მხარეთა ვალდებულებებთან დაკავშირებით საკმაოდ მწირია, რაც ერთგვარად გასწორებულია კანონპროექტით. კერძოდ, მხარეთა უფლება-მოვალეობები კანონპროექტის მე-2 თავის მე-7 და მე-8 მუხლებით რეგულირდება. უნდა აღინიშნოს, რომ კანონპროექტის დღეს არსებული რედაქცია სრულად იზიარებს დირექტივით გათვალისწინებულ როგორც მომხმარებლის მიერ ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებას, ისე მეწარმის ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავშირებულ ვალდებულებებს, თუმცა რამდენიმე მათგანი უფრო მეტ კონკრეტიკას საჭიროებს. მაგ.: კანონპროექტის მე-7 მუხლის პირველი პუნქტის „ე“ ქვეპუნქტი ეხება ინფორმაციას საქონლის ან მომსახურების სრული ფასის შესახებ, თუმცა დირექტივისგან განსხვავებით არ არის დაკონკრეტებული, საფასური მოიცავს თუ არა გადასახადებს; ასევე, როდესაც საქმე ეხება განუსაზღვრელი ვადით დადებულ ხელშეკრულებას, ან ხელშეკრულებას, რომელიც ეხება რაიმეს გამოწერას (ჟურნალის, გაზეთის და ა.შ.), საერთო ფასში უნდა შედიოდეს თუ არა თითოეული საანგარიშო პერიოდის სრული ღირებულება. დირექტივის მიხედვით, თუ ასეთ შემთხვევებში განსაზღვრულია ფიქსირებული გადასახადი, სრული ღირებულება ასევე გულისხმობს სრულ თვიურ ღირებულებასაც.

7. დასკვნა

სამართლის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ფუნქციაა, უზრუნველყოს მხარეთა თანასწორობა ნებისმიერი ტიპის ურთიერთობებში. ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების დროს მომხმარებელი უფრო ნაკლებად დაცული მხარეა. შესაბამისად, ქართველი კანონმდებელი სამართლებრივ აქტებში თავდაცვითი მექანიზმების იმპლემენტირებით ცდილობს, უზრუნველყოს მომხმარებელთა უფლებების, როგორც ამ ურთიერთობის მონაწილე „სუსტი“ მხარის, დაცვა.

როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, სსკ-ის 336-ე მუხლის შემადგენლობა საკმაოდ ბუნდოვანი, ზოგადი და არასრულია. მიუხედავად იმისა, რომ მისასალმებელია ქართველი კანონმდებლის მცდელობა, უზრუნველყოს მომხმარებელთა უფლებების დაცვა, საჭიროა, მოხდეს ამ ნორმის სრულყოფა, რათა ის პრაქტიკაში აპრობირებადი გახდეს.

წინამდებარე სტატიაში განხილული საკითხები საშუალებას იძლევა, შემუშავდეს გარკვეული ტიპის რეკომენდაციები. კერძოდ:

• პირველ რიგში, აუცილებელია, განისაზღვროს ხელშეკრულების დადების ადგილი – დაზუსტდეს, თუ რა იგულისხმება სსკ-ის 336-ე მუხლში აღნიშნულ „ქუჩაში, სახლის წინ და მსგავს ადგილებში“ დადებულ ხელშეკრულებაში. იმისათვის, რომ ნორმის მიზანი მიღწეულ იქნეს, მათი განმარტება აუცილებელია. მომხმარებელმა ზუსტად უნდა იცოდეს, თუ რა ადგილას დადებული ხელშეკრულების დროს აქვს მას უფლება, უარი თქვას მასზე სათანადოდ დადგენილ ვადაში;

• საკმაოდ დადებითად შეფასდება, თუ ხელშეკრულების დასახელება „ქუჩაში დადებული ხელშეკრულება“ შეიცვლება და გაუგებრობის თავიდან აცილების მიზნით ეწოდება, მაგალითად: „არასახელშეკრულებო გარემოში დადებული ხელშეკრულება“;

• ასევე, საკმაოდ მნიშვნელოვანი ცვლილება იქნება, თუ მომხმარებლის უარის თქმას არ ექნება სავალდებულო ფორმა – წერილობითი. გარდა იმისა, რომ ეს მოთხოვნა საკმაოდ რუტინულია მომხმარებლისთვის, ის ეწინააღმდეგება სამოქალაქო სამართლის ისეთ ფუნდამენტურ ღირებულებას, როგორიცაა ხელშეკრულების თავისუფლება. რადგან, სამოქალაქო ბრუნვაში მოქმედი ზოგადი პრინციპის თანახმად, ხელშეკრულებაზე უარის თქმა უნდა განხორციელდეს იმავე ფორმით, როგორი ფორმითაც მოხდა მისი დადება;

• საკმაოდ მნიშვნელოვანია დაიხვეწოს ხელშეკრულების მხარეთა განმსაზღვრელი ტერმინები. განსაკუთრებით, აუცილებელია განიმარტოს, თუ რა იგულისხმება ტერმინში – „საკუთარი სარეწის ფარგლებში მოვაჭრე პირი“.

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ ქართველი კანონმდებლის მცდელობა, დაიცვას მომხმარებელთა უფლებები, ძალზე მნიშვნელოვანია და მისი დახვეწის შემთხვევაში ეჭვგარეშეა, რომ ის საკმაოდ გამოყენებადი იქნება სამომხმარებლო ბაზარზე. ამ ნორმის მთავარი მიზანი ხომ მომხმარებლის – „სუსტი მხარის“ – უფლებების დაცვაა.

აღნიშნული რეკომენდაციების გათვალისწინება ხელს შეუწყობს როგორც მომხმარებლის, ისე მისი კონტრაჰენტის უფლებებისა და ინტერესების უკეთ რეალიზებას. თითოეული ადამიანის ინტერესებზე ორიენტირებული კანონმდებლობის შექმნა და მათი უფლებების დაცვის მაღალი სტანდარტების უზრუნველყოფა ნებისმიერი სამართლებრივი სახელმწიფოს უმთავრესი ამოცანაა.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997.
2. ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და, მეორე მხრივ, საქართველოს შორის, 27/06/2014.
3. საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის 2006 წლის 17 მარტის N3 დადგენილება, 17/03/2006.
4. საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის 2011 წლის 13 მაისის N35/04 ბრძანება „კომერციული ბანკების მიერ საბანკო მომსახურების გაწევისას მომხმარებელთათვის აუცილებელი ინფორმაციის მიწოდების წესის დამტკიცების შესახებ“, 13/05/2011.
5. *თეზელაშვილი ს.*, იურიდიული ენციკლოპედია, თბ., 2008, 373.
6. *ქარდავა ე.*, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ევროპული სტანდარტების შედარებითსამართლებრივი მიმოხილვა ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მაგალითზე, ჟურნ. „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, სპეციალური გამოცემა, თბ., 2007, 122, 134.
7. *ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი, სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის, თბ., 2014, 192.
8. *ჭანტურია ლ., ზოიძე ბ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მესამე, ვალდებულებითი სამართალი, ზოგადი ნაწილი, თბ., 2001, 23, 150-151.
9. *ჭეჭელაშვილი ზ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (შედარებითსამართლებრივი კვლევა ძირითადად ქართული სამართლის საფუძველზე), მეორე გადამუშავებული გამოცემა, თბ., 2010, 102.
10. *ხუბუა გ.*, სამართლის თეორია, თბ., 2004, 213.
11. Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands, 18/08/1896.
12. Directive 85/577 EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises.
13. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.
14. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.
15. *Brox, H., Walker, W-D.,* Allgemeines Schuldrecht, 35. Aufl., München 2011, Rn.2.
16. *Dauner-Lieb, B., Heidel, Th., Ring, G.,* Anwaltkommentar, Band 2, Teilband 1: §§241 bis 610, Köln 2005, Rn.7.
17. *Erman,* Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, UklaG, VBVG, VersAusglG und WEG, Band 1., 13. neu bearbeitete Aufl., Köln 2011, Rn.2.
18. *Jacoby, F., Hinden, M., Kropholler, J.,* Bürgerliches Gesetzbuch, Studienkommentar, 13 neubearbeitete Auflage, München 2011, Rn.2.
19. *Staudinger, J.,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a, 312, 312a-f (Vertragschluss) Neubearbeitung Berlin 2005, Rn. 1.
20. *Prütting H., Wegen G., Weinreich G.,* Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, Kommentar, 11 Aufl., 2016, §312 Rn. 1.
21. *Zerres, Th.,* Bürgerliches Recht, Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 6. Aufl., Berlin 2010, 109.

22. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/63556>
23. <http://eeas.europa.eu/georgia/pdf/eu-ge_aa-dcfta_en.pdf>
24. <http://nbg.gov.ge/cp/uploads/legal_acts/35_NEW_FOR_WEB.PDF>
25. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>
26. <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0577:en:HTML>
27. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2011.304.01.0064.01.ENG>
28. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>

ნინო ლიპარტია*

საბანკო გარანტიის სამართლებრივი ბუნების მიმოხილვა დამოუკიდებლობისა და „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპებთან მიმართებით

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი კრედიტორის მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალებებიდან გამომდინარე ურთიერთობის რეგულირების ნორმებს ითვალისწინებს. ეს საშუალებები კოდექსის სხვადასხვა თავში არის გაბნეული, მათი სამართლებრივი ბუნების გათვალისწინებით.

საბანკო გარანტია მოთხოვნის უზრუნველყოფის ერთ-ერთი საშუალებაა, სადაც გარანტი კისრულობს თანხის გადახდას და კრედიტორის მოთხოვნის დაკმაყოფილებას მოვალის მიერ ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში. იგი კრედიტორის მოთხოვნის დაკმაყოფილების ყველაზე სწრაფ და ეფექტურ საშუალებად მიიჩნევა. საბანკო გარანტია, როგორც უზრუნველყოფის საშუალება, 1960-იანი წლების შუა პერიოდიდან გამოჩნდა ამერიკის ადგილობრივ ბაზარზე, თუმცა 1970-იანი წლებიდან იგი ფართოდ გამოიყენება საერთაშორისო საბანკო პრაქტიკაში.[1]

საბანკო გარანტიის ინსტიტუტი ფართოდ გამოიყენება როგორც საერთაშორისო სავაჭრო-ეკონომიკურ ურთიერთობებში, ასევე, ქვეყნის საზღვრებს შიგნით. იგი უკავშირდება როგორც ფულადი, ისე არაფულადი ვალდებულების შესრულებას. გარანტია გამოიყენება ისეთი სახელშეკრულებო ურთიერთობების უზრუნველსაყოფად, რომლებიც დაკავშირებულია საქონლის მიწოდებასთან ან სამშენებლო სამუშაოთა შესრულებასთან.[2] *საბანკო გარანტიები დოკუმენტურ აკრედიტივთან ერთად თანამედროვე კომერციული ურთიერთობების უმთავრესი ელემენტია. საერთაშორისო სავაჭრო ურთიერთობებში გამოყენების ინტენსიური რაოდენობისა და რეგულირების პროცესში არსებული პრობლემების გამო, სახელმწიფოს მიერ მიღებული სამართლებრივი ნორმების გარდა, მისი რეგულირება საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ მიღებული უნიფიცირებული წესებისა და გაეროს სავაჭრო კომისიის კონვენციის*[3] *(შემდგომში – კონვენცია) საფუძველზე ხორციელდება.*

მრავალგვარი რეგულირების მიუხედავად, საბანკო გარანტია რთული სამართლებრივი ბუნებით გამოირჩევა. ამასთან, მისგან გამომდინარე მოთხოვნის სწორი მართვა აუცილებელი და სავალდებულოა. ვინაიდან მასთან პირდაპირ არის დაკავშირებული ურთიერთობების მონაწილე მხარეთა მოთხოვნებისა და ვალდებულებების არსებობა. ურთიერთობის ამგვარი კომპლექსურობა პრაქტიკაში საკმაოდ ბევრ პრობლემას იწვევს. ხელშეკრულების მხარეები სათანადოდ ვერ ახდენენ საკუთარი უფლებების რეალიზებას, მოთხოვნის მართვას და უფლების დაცვას, რაც უმეტეს შემთხვევაში, დავის საგანი ხდება.

---

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის, ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტისა და შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი.

1 *Bertrams R.*, Bank Guarantees in International Trade, 3rd ed., Kluwer Law International, 2004, 1.

2 *Kayembe G.L.*, The Fraud Exception in Bank Guarantee, 2008, 1.

3 დამოუკიდებელი გარანტიებისა და რეზერვული აკრედიტივების შესახებ კონვენცია, Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit.

საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე პრობლემური საკითხები მრავლად არის საქართველოს სინამდვილეშიც. მათი სიმრავლე სახელმწიფო შესყიდვების ურთიერთობაში საბანკო გარანტიების გამოყენების დანერგვამ და რაოდენობის ზრდამ გამოიწვია.

ნაშრომში განხილულია საბანკო გარანტიის სამართლებრივი ბუნება და მისი უმთავრესი პრინციპები, რომლებიც საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე მოთხოვნის მართვის პროცესში უმნიშვნელოვანეს როლს ასრულებენ.

საკვანძო სიტყვები: *გარანტია, დამოუკიდებელი ბუნება, სახელმწიფო შესყიდვები, უზრუნველყოფის საშუალება, გარანტი, პრინციპალი, ბენეფიციარი, მოთხოვნა, მოთხოვნის წარდგენის ვადა, „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპი, მოთხოვნის სწორი მართვა, საავანსო უზრუნველყოფის გარანტია, ხელშეკრულების შესრულების გარანტია, საბანკო გარანტიის პირობები, კონკურენცია, კონვენცია.*

1. შესავალი

სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობები მხარეთა შორის ხელშეკრულების თავისუფლების უმნიშვნელოვანეს პრინციპს ემყარება. იგი შეიძლება დასახელდეს სავაჭრო-ეკონომიკური ურთიერთობების განვითარების ერთ-ერთ საფუძვლად. 1991 წელს საქართველოს სახელმწიფო დამოუკიდებლობის გამოცხადებამ, კერძო საკუთრებისა და საბაზრო ეკონომიკის პრინციპის აღიარებით, აუცილებელი გახადა ახალი სამოქალაქო კოდექსის შექმნა.[4] ახალი სსკ-ის შექმნამ სამოქალაქო სამართლის ძირითადი ელემენტები ახლებურად განსაზღვრა: ხელშეკრულების მხარეებს მისცა უფლებამოსილება, საკუთარი შეხედულებისამებრ ჩამოეყალიბებინათ ხელშეკრულების პირობები, ამასთან, შეთანხმებულიყვნენ იმ სამართლებრივ ურთიერთობებზე, რომლებიც მოწესრიგებული არ არის სამოქალაქო კანონმდებლობით. კერძოდ, სსკ-ის მე-10 მუხლის მეორე ნაწილით განსაზღვრულია, რომ „კერძო სამართლის სუბიექტებს შეუძლიათ, კანონის ფარგლებში თავისუფლად დადონ გარიგებები და განსაზღვრონ ამ ხელშეკრულებათა შინაარსი. მათ შეუძლიათ, დადონ ისეთი ხელშეკრულებებიც, რომლებიც კანონით გათვალისწინებული არ არის, მაგრამ არ ეწინააღმდეგება მას.“ ამ პრინციპის საფუძველზე კერძო სამართლის სუბიექტებს გარანტირებული აქვთ იმის შესაძლებლობა, რომ საკუთარი შეხედულებისამებრ მიიღონ გადაწყვეტილება, შევიდნენ თუ არა კონკრეტულ ურთიერთობებში და ერთმანეთს შორის თვითონ განსაზღვრონ უფლება-მოვალეობები. მხარეთა ავტონომიურობის ფუძემდებლური პრინციპის საფუძველზე მონაწილეებს შეუძლიათ, განახორციელონ კანონით აუკრძალავი ნებისმიერი მოქმედება, მათ შორის ისეთი, რომელიც არ არის კანონით გათვალისწინებული.[5] სამოქალაქო სამართალი კერძო ინტერესებისა და ინიციატივის ხელსაყრელ ნიადაგს ქმნის, რაც, უპირატესად, აღნიშნული ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპით გამოიხატება, რომელიც სსკ-ის 319-ე მუხლშია განმტკიცებული.[6]

კერძო ავტონომიის პრინციპის შეზღუდვა გამოიხატება სამოქალაქო უფლებების კეთილსინდისიერად განხორციელების ვალდებულების დაკისრებითა[7] და უფლების ბოროტად

---

[4] საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, რედაქტორი ლ. ჭანტურია, 2017, 28.8.

[5] *ჭანტურია ლ.*, სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, 2011, 90.

[6] იქვე, 91.

[7] საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-8 მუხლის მესამე ნაწილი.

გამოყენების დაუშვებლობით.[8] ორივე შემთხვევაში ამ შეზღუდვის მიზანი არის სხვათა თავისუფლებათა დაცვა.[9] უფლების ბოროტად გამოყენების აკრძალვის მიზანს სამოქალაქო კოდექსი აღწევს, ერთი მხრივ, იმპერატიული ნორმების დაწესებით, რომლებიც ბათილად მიიჩნევენ უფლების ბოროტად გამოყენებას, ხოლო, მეორე მხრივ, უფლების ბოროტად გამოყენების[10] აკრძალვით.[11] სსკ-ის 115-ე მუხლით განსაზღვრულია ზოგადი აკრძალვა იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც უფლების ბოროტად გამოყენების კონკრეტული შემთხვევა სპეციალური იმპერატიული ნორმებით არ არის გათვალისწინებული.[12]

ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი მხარეთა შორის არა მარტო ტრადიციული ხელშეკრულების პირობების თავისუფლად განსაზღვრის წინაპირობა გახდა, არამედ მხარეებმა საკუთარი შეხედულებისამებრ განსაზღვრეს სრულიად ახალი სამართლებრივი ურთიერთობები. ამის მაგალითია სხვადასხვა სახის ახალი ხელშეკრულების წარმოშობა, რომელიც სავაჭრო-ეკონომიკური ურთიერთობების განვითარებით იყო ნაკარნახევი. საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ ქვეყნის საბაზრო ეკონომიკაზე გადასვლამ ხელი შეუწყო სხვადასხვა სახის სავაჭრო-ეკონომიკური ურთიერთობების განვითარებას, თუმცა პარალელურად აუცილებელი გახდა მათი მარეგულირებელი ნორმების დახვეწა, გაძლიერება და ხელშეკრულების მხარეთა შემბოჭავი მექანიზმების გათვალისწინება.

ახალმა სამოქალაქო კოდექსმა, წინამორბედებისაგან განსხვავებით, უფრო მეტი ხელშეკრულების ტიპი გაითვალისწინა. აღსანიშნავია კონკრეტული კრედიტორის მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალებათა სიმრავლე.

საბანკო გარანტია კომერციულ ურთიერთობებში კრედიტის უზრუნველყოფის ერთერთი ყველაზე საიმედო და გავრცელებული საშუალებაა.[13] საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი საბანკო გარანტიის სახეებს არ ითვალისწინებს, თუმცა საერთაშორისო პრაქტიკაში მრავალი ერთმანეთისაგან განსხვავებული გარანტია გამოიყენება. თითოეულ მათგანს აქვს დამოუკიდებელი ნიშნები, ბუნება, სახელწოდება და რეგულირების წესი. შესაბამისად, მათი ერთად და ერთნაირად განხილვა დაუშვებელია. სსკ მხოლოდ იმ საბანკო გარანტიის მარეგულირებელი ზოგადი ხასიათის ნორმებს ითვალისწინებს, რომლებიც მის თავდაპირველ რედაქციაში იყო მოქცეული. გასული საუკუნის 90-იანი წლების ქართული საბანკო სისტემის, საბანკო ურთიერთობების რაოდენობისა და სასამართლო პრაქტიკის გათვალისწინებით, შესაძლებელია ითქვას, რომ კოდექსის ნორმები სრულად პასუხობდა მის თანამედროვე გამოწვევებს. სამწუხაროდ, ეკონომიკური ურთიერთობების განვითარებისა და სამეწარმეო ბრუნვის გაზრდის მიუხედავად, კანონმდებლობაში შესაბამისი ცვლილებები არ განხორციელებულა. შესაბამისად, ზოგადი და მოძველებული საკანონმდებლო ნორმების ანალიზი და განზოგადება სასამართლოს პრაქტიკის საფუძველზე ხორციელდება. მიუხედავად იმისა, რომ სამოქალაქო კოდექსში არ განხორციელებულა შესაბამისი ცვლილება, რამდენიმე აქტმა გაითვალისწინა საბანკო გარანტიების შესახებ ჩანაწერი. ისინი შეიძლება მივიჩნიოთ სპეციალურ კანონებად, რომლებიც შესაბამისი რეგულირების სფეროს

---

[8] იქვე, მე-10 მუხლის მესამე ნაწილი.

[9] *ჭანტურია ლ. (რედ.)*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, 2017, 28, 59.

[10] საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 115-ე მუხლის მიხედვით, „სამოქალაქო უფლება უნდა განხორციელდეს მართლზომიერად. დაუშვებელია უფლების გამოყენება მარტოოდენ იმ მიზნით, რომ ზიანი მიადგეს სხვას“.

[11] *ჭანტურია ლ.(რედ.)*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, 2017, 28, 59.

[12] იქვე, 2017, 28, 654.

[13] *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 204.

მიზნებისთვის სპეციალურ მოთხოვნებს განსაზღვრავს, ვინაიდან აზუსტებს შესაბამისი სახისა და მიზნობრიობას საბანკო გარანტიებთან დაკავშირებით სამოქალაქო კოდექსის ზოგად ნორმებს.[14] მათ შორის აღსანიშნავია „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“[15] კანონსა და კანონქვემდებარე აქტებში არსებული ჩანაწერი გარანტიის სახეებთან, რაოდენობასა და პირობებთან დაკავშირებით. ამის მიუხედავად, პრაქტიკაში არსებული პრობლემები ცხადყოფს რეგულირების ნაკლებობას და ცვლილებების აუცილებლობას.

საბანკო გარანტიის ინსტიტუტი ფართოდ გამოიყენება მსოფლიო ქვეყნების სავაჭრო-ეკონომიკურ ურთიერთობებში. მისი დანერგვა ამერიკის შეერთებულ შტატებში დაიწყო, თუმცა დღეს მთელი მსოფლიოს მასშტაბით აქტიურად გამოიყენება. სახელმწიფოს მიერ მიღებული სამართლებრივი ნორმების გარდა, მისი რეგულირება ხორციელდება საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ მიღებული უნიფიცირებული წესებისა[16] და გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სავაჭრო კომისიის „დამოუკიდებელი გარანტიებისა და რეზერვული აკრედიტივების შესახებ კონვენციის[17] (შემდგომში – კონვენცია) საფუძველზე, რაც უდავოდ მიუთითებს ამ პროდუქტის მნიშვნელობასა და გამოყენების ინტენსივობაზე.

მრავალგვარი რეგულირების მიუხედავად, საბანკო გარანტია რთული სამართლებრივი ბუნებით გამოირჩევა და მისგან გამომდინარე მოთხოვნის სწორი მართვა საკმაოდ ბევრ პრობლემას წარმოშობს.

ქართულ სინამდვილეში საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე მოთხოვნის სწორად მართვა საკმაოდ რთული და პრობლემური საკითხია. ნაშრომში განხილულია საბანკო გარანტიის სამართლებრივი ბუნება და მისი სახეები. ამასთან, ყურადღება გამახვილებულია გარანტიათა რეგულირების წესსა და მის სამართლებრივ შედეგზე. საერთაშორისო პრაქტიკაში საკმაოდ დიდი ხნის წინ დანერგილი და გამოყენებადი რეგულირების სპეციფიკური პრინციპები და წესები საქართველოს სინამდვილეში მწირად არის გამოყენებული. ამასთან, იშვიათად ხდება სასამართლოსათვის მიმართვა საბანკო გარანტიით გათვალისწინებული თანხის ბენეფიციარისათვის გადახდამდე. აღსანიშნავია სარჩელის უზრუნველყოფათა ღონისძიებების გამოყენების მწირი და ერთმანეთისაგან განსხვავებული პრაქტიკა.

2. საბანკო გარანტია, როგორც მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალება

საბანკო გარანტია ხელშეკრულების მხარეთა მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალებაა. იგი, უმეტესად, გამოიყენება იმ შემთხვევაში, როდესაც სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების მიმართ კრედიტორს განსაკუთრებული ინტერესი აქვს. ასეთად შეიძლება მიჩნეულ იქნეს საინვესტიციო, საერთაშორისო ყიდვა-გაყიდვის, სამშენებლო და სხვა სახის ხელშეკრულებები.

---

[14] *ფოფხაძე გ.*, სამაგისტრო ნაშრომი, საბანკო გარანტიის სამართლებრივი ბუნება, 2016, 8.

[15] საქართველოს კანონი სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ, 20/04/2005, №1388.

[16] საერთაშორისო სავაჭრო პალატა დაფუძნდა 1919 წელს რამდენიმე ბიზნესლიდერი ორგანიზაციის მიერ და არის საერთაშორისო და არასამთავრობო ორგანიზაცია, რომელიც შედგება ათასობით წევრი ბიზნესსუბიექტისა და ასოციაციისაგან. იგი ოპერირებს სხვადასხვა ქვეყანაში, სათავო ოფისით პარიზში. მისი ძირითადი მიზანია ღია საერთაშორისო ვაჭრობისა და ინვესტირების სისტემათა განვითარება, ერთერთი უმთავრესი მიზანი კი საერთაშორისო სავაჭრო პრაქტიკის ჰარმონიზება უნიფიცირებული წესების დადგენითა და ამ წესების ხელშეკრულებაში ინკორპორირების გზით.

[17] ნიუ-იორკის 1995 წლის კონვენცია. ძალაშია 2000 წლის 1 იანვრიდან.

საბანკო გარანტია, როგორც ვალდებულების შესრულების უზრუნველყოფის ერთ-ერთი საშუალება, გათვალისწინებული იყო საბჭოთა პერიოდის ქართულ კანონმდებლობაშიც. 1964 წლის სამოქალაქო სამართლის კოდექსის 205-ე მუხლის მიხედვით, გარანტია ფაქტობრივად თავდებობის სახესხვაობა იყო, თუმცა იმ განსხვავებით, რომ გარანტად ქონებრივ ურთიერთობებში შეიძლება გამოსულიყო მხოლოდ ამა თუ იმ ორგანიზაციის ზემდგომი ორგანო, ხოლო თავდებად გამოსვლის უფლება ჰქონდა ნებისმიერ პირს.[18]

ახალმა სამოქალაქო კოდექსმა საბანკო გარანტიის განსხვავებული რეგულირების წესი დაადგინა, თუმცა 90-იანი წლების საქართველოში გარანტიების გამოყენების რაოდენობა, საბჭოთა პერიოდთან შედარებით, მნიშვნელოვნად არ იყო გაზრდილი. 2005 წლიდან გარანტიის გამოყენების რიცხვი განსაკუთრებით გაიზარდა, რისი საფუძველიც სახელმწიფო შესყიდვებთან დაკავშირებულ ურთიერთობებში გარანტიათა გამოყენების სავალდებულო ხასიათი გახლდათ.

საბანკო გარანტიის არსი სამოქალაქო კოდექსის 879-ე მუხლში არის გათვალისწინებული. კერძოდ, „საბანკო გარანტიის საფუძველზე ბანკი, სხვა საკრედიტორო დაწესებულება ან სადაზღვევო ორგანიზაცია (გარანტი) სხვა პირის (პრინციპალი) მოთხოვნით კისრულობს ფულადი თანხის გადახდის ვალდებულებას პრინციპალის, კრედიტორის (ბენეფიციარის) სასარგებლოდ.“[19] გარანტიის კოდექსისეული ვერსია ურთიერთობის შინაარსს გამოხატავს და განმარტების აღწერილობას არ იძლევა, თუმცა ნორმიდან ადვილად იკითხება მისი შინაარსი და მონაწილე სუბიექტები. ამ ნორმის შინაარსი სრულად შეესაბამება საბანკო გარანტიის საერთაშორისოდ აღიარებულ და მოქმედ განმარტებას.

მსგავსი, თუმცა უფრო ვრცელი, განმარტება მოცემულია საერთაშორისო სავაჭრო პალატის[20] მიერ შემუშავებული სახელშეკრულებო გარანტიის უნიფიცირებულ წესებში (*Uniform Rules for Demand Guarantees* (URDG №458))[21]. „ამ წესების მიზნებისათვის საბანკო გარანტია (შემდგომში – „გარანტია“) ნიშნავს ნებისმიერ გარანტიას, ან გადახდის შესახებ შეტყობინებას, რომელიც გაცემულია ბანკის, სადაზღვევო კომპანიის ან სხვა პირის მიერ (შემდგომში – „გარანტი“), რომელიც კისრულობს გადახდის ვალდებულებას წერილობითი მოთხოვნის წარდგენის (მაგალითად: არქიტექტურის ან საინჟინრო სერტიფიკატი, საარბიტრაჟო ან სასამართლო გადაწყვეტილება) შემთხვევაში, 1) (I) მხარის თხოვნის ან მოთხოვნის საფუძველზე და მისი პასუხისმგებლობით (შემდგომში – „პრინციპალი“); ან (II) ბანკის, სადაზღვევო კომპანიის ან სხვა პირის თხოვნისა და პასუხისმგებლობით (შემდგომში – „ინსტრუქციის მიმცემი მხარე“), რომელიც მოქმედებს პრინციპალის დავალებით სხვა პირის სასარგებლოდ (შემდგომში –„ბენეფიციარი“)[22].

გარანტიის არსებობის მიზანი კრედიტორის მოთხოვნის უზრუნველყოფაა, სადაც გარანტი კისრულობს საგარანტიო თანხის გადახდის ვალდებულებას. პრაქტიკაში საბანკო გარანტიების ტექსტი შეიცავს მითითებას, რომ მისი გადახდა მოხდეს „პირველივე მოთხოვნისთანა-

---

[18] *ხოტენაშვილი პ.*, საბანკო გარანტიათა სამართლებრივი ასპექტები, თბ., 2015, 7.

[19] საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997.

[20] იხ. მე-16 სქოლიო.

[21] მიღებულია საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ 1992 წელს და ძალაშია 1993 წლიდან. უნიფიცირებული წესები უნდა იქნეს გამოყენებული იმ ვალდებულებათა მიმართ, რომლებიც დამოუკიდებელი გარანტიებიდან გამომდინარეობს. ამ ვალდებულების საფუძველზე გარანტიის გამცემი ვალდებულია, გადაიხადოს თანხა წერილობითი მოთხოვნისა და გარანტიაში მითითებული დოკუმენტაციის წარდგენის შემთხვევაში.

[22] საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ მიღებული დამოუკიდებელი გარანტიების შესახებ №458 უნიფიცირებული წესების მუხლი №1.

ვე“ ან „მარტივი მოთხოვნის“ შემდგომ სხვა დამატებითი დოკუმენტაციის დარღვევის გარეშე[23]. მარტივ მოთხოვნაში შეიძლება იგულისხმებოდეს ზეპირი მოთხოვნა, თუმცა, როგორც წესი, მოთხოვნა წერილობითი ფორმით უნდა იქნეს წარდგენილი. სხვადასხვა ქვეყანაში ასევე დადგენილია, მოთხოვნასთან ერთად, სხვადასხვა დოკუმენტის წარდგენის ვალდებულება.[24]

უნიფიცირებული წესების მომდევნო ვერსიაში საბანკო გარანტიის განსაზღვრება უფრო ლაკონიურად არის მოცემული. URDG №758[25]-ის მიხედვით, გარანტია ნიშნავს ნებისმიერ ხელმოწერილ ვალდებულებას, მისი ხელმოწერისა და აღწერის მიუხედავად, რაც ითვალისწინებს გადახდას სათანადო მოთხოვნის წარდგენისას.“[26]

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სავაჭრო კომისიის[27] მიერ შექმნილი „დამოუკიდებელი გარანტიებისა და რეზერვული აკრედიტივების შესახებ“ კონვენცია შინაარსობრივად აღწერს გარანტიის ურთიერთობას. კონვენციის მე-2 მუხლის მიხედვით, „დამოუკიდებელი ვალდებულება, რომელიც ცნობილია საერთაშორისო პრაქტიკისათვის, როგორც საბანკო გარანტია ან რეზერვული აკრედიტივი, და გაცემულია ბანკის, სადაზღვევო კომპანიის, სხვა ინსტიტუტის ან სხვა პირის (გარანტი/გამცემი) მიერ, ითვალისწინებს ბენეფიციარისათვის ზუსტად ან განსაზღვრული რაოდენობით დადგენილი თანხის გადახდას მარტივი მოთხოვნის ან გარანტიაში მითითებული დოკუმენტების წარდგენის შემთხვევაში, თუ მოთხოვნა შეესაბამება საბანკო გარანტიის პირობებს. (მოთხოვნაში) უნდა აღინიშნოს, რომ გადახდა მოთხოვნილ იქნა პრინციპალის ვალდებულების დარღვევის, ან გაუთვალისწინებელი გარემოებების არსებობის, ვადამოსული მოთხოვნის გამო“.

საბანკო გარანტიის ყველა ზემოთ მითითებული დეფინიციისათვის საერთოა შემდეგი გარემოებები: 1) საბანკო გარანტიას, როგორც წესი, გასცემენ ძლიერი ფინანსური რესურსის მქონე პირები. მათ შორის: ბანკი და სადაზღვევო კომპანია, თუმცა უნიფიცირებულ წესებსა და კონვენციაში აღნიშნულია, რომ იგი შეიძლება გაიცეს ნებისმიერი პირის მიერ. ასეთ შემთხვევაში უნიფიცირებული წესები და კონვენცია გარანტიის გამცემ სუბიექტთა წრის განსაზღვრის უფლებამოსილებას სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობას ანიჭებს; 2) გარანტია გაიცემა პრინციპალის თხოვნით ბენეფიციარის წინაშე ნაკისრი ვალდებულების უზრუნველყოფის მიზნით; 3) გარანტი კისრულობს თანხის გადახდას სათანადო მოთხოვნის წარდგენის შემთხვევაში, თუ პრინციპალმა დაარღვია ძირითადი ვალდებულება.[28]

ზემოთ მითითებული დეფინიციების განზოგადების შედეგად შეიძლება, საბანკო გარანტიის განმარტება შემდეგნაირად ჩამოყალიბდეს: „ვალდებულება, რომელიც ითვალისწინებს საგარანტიო პირობების შესაბამისად თანხის გადახდას, შეტყობინებისა (როგორც წესი, ამგვარი შეტყობინება წარდგენილ უნდა იქნეს წერილობითი ფორმით) და გარანტიით განსაზღვრუ-

---

23 *Kelly-Louw M.*, The Documentary Nature of Demand Guarantee and Doctrine of Strict Compliance, 2009, 309.

24 იქვე, *Kelly-Louw M.*, 310, ციტირებულია, Guide to the URDG op cit 2, 9.

25 2007 წელს საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საბანკო კომისიამ დაიწყო დამოუკიდებელ გარანტიათა უნიფიცირებული წესების რევიზია. ამ პროცესის დასრულების შემდგომ მიღებული ახალი წესები გამოქვეყნდა 1992 წელს №758 პუბლიკაციით და ძალაშია 1993 წლის 1 ივლისიდან.

26 მუხლი №2, UEDG №756 მუხლი №2.

27 გაერთიანებული ერების ორგანიზაციამ 1966 წელს შექმნა კომერციული სამართლის კომისია საერთაშორისო სავაჭრო ურთიერთობებში სამართლებრივი ხარვეზებისა და დაბრკოლებების აღმოსაფხვრელად. მისი ძირითადი მიზანი იყო საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის უნიფიკაცია და ჰარმონიზაცია. კომისია არის გაეროს გენერალური ასამბლეის სამთავრობათაშორისო ორგანო, რომელიც ქმნის საერთაშორისო სამართლის ინსტრუმენტებს, რათა დაეხმაროს საერთაშორისო საზოგადოების მოდერნიზებისა და ჰარმონიზების პროცესს.

28 *De Ly P.*, The UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by letters of Credit, 1999, 831.

ლი სხვა დოკუმენტაციის (არსებობისას) საბანკო გარანტიის ვადაში წარდგენის შემთხვევაში.[29] ამ შემთხვევაში საბანკო გარანტიის განმარტება უფრო ფართოა და მასში საგარანტიო ურთიერთობის სამი ძირითადი პარამეტრი არის ხაზგასმული, კერძოდ: 1) საგარანტიო პირობები, 2) საგარანტიო თანხა, 3) გარანტიის ვადა. სამივე პარამეტრს უმნიშვნელოვანესი ყურადღება ენიჭება საგარანტიო შემთხვევის რეგულირების პროცესში.

3. საბანკო გარანტიის დამოუკიდებელი ბუნება

საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ურთიერთობების განსაზღვრისა და მონაწილეთა უფლებებისა და მოვალეობების სწორად მართვისათვის უმნიშვნელოვანესია გარანტიის ბუნების განსაზღვრა.

საბანკო გარანტიის ბუნებაზე მსჯელობისას აუცილებელია აღინიშნოს ძირითადი ვალდებულებითი ურთიერთობიდან მისი დამოუკიდებელი ხასიათი.[30] გარანტიისა და რეზერვული აკრედიტივის მსგავსად დოკუმენტურ აკრედიტივს დამოუკიდებელი ბუნება აქვს. ეს გულისხმობს, რომ აკრედიტივსა და გარანტიაში ასახული ძირითადი ვალდებულება, კერძოდ, გარანტიიდან გამომდინარე მოთხოვნის არსებობა, არ არის დამოკიდებული ძირითადი ვალდებულების მხარეთა უფლებებსა და მოვალეობებზე.[31]

საბანკო გარანტიების დამოუკიდებლობის პრინციპი ასახულია გაეროს სავაჭრო კომისიის მიერ შექმნილ დამოუკიდებელი გარანტიებისა და რეზერვული აკრედიტივების შესახებ 1996 წლის ნიუ-იორკის კონვენციაში (*UN Convention on demand guarantees and stand-by letters of Credit)* და საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ შექმნილ უნიფიცირებულ წესებში. კერძოდ, დამოუკიდებელი გარანტიების შესახებ (*The Uniform Rules for Demand Guarantees*) №458 და №758 უნიფიცირებულ წესებში[32]. კონვენციის მე-3 მუხლის შესაბამისად, „კონვენციის მიზნებისათვის გარანტიის ვალდებულება: ა) არ არის დამოკიდებული ძირითადი ვალდებულების არსებობასა ან კანონიერებაზე (მათ შორის ვალდებულებაზე, რომელიც გარანტიით ან რეზერვული აკრედიტივით არის უზრუნველყოფილი); ბ) ან რაიმე პირობაზე, რომელიც არ არის მითითებული გარანტიაში, ან რომელიც მომავალში შეიძლება წარმოიშვას, გარდა ბენეფიციარის მიერ მოთხოვნის დამადასტურებელი დოკუმენტაციის წარმოდგენისა“. გარანტიის დამოუკიდებელ ბუნებაზე ამავე სახით არის ასახული №458[33] და №758[34] უნიფიცირებულ წესებში.

---

[29] *Goode R.*, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, 1992, 751.

[30] *Kelly-Louw. M.*, Limiting exceptions to the autonomy principle of demand guarantees and letters of credit, 2008,197.

[31] *Oelofse A.*, The Law of Documentary Letters of Credit in Comparative Perspective, 1997, 354.

[32] დოკუმენტური აკრედიტივის დამოუკიდებლობისა და ავტონომიურობის პრინციპი გათვალისწინებულია მათ მიმართ მოქმედ უნიფიცირებულ წესებში. UCP 600-ის მეოთხე მუხლი განმარტავს, რომ „აკრედიტივი თავისი ბუნებით ნასყიდობის ან სხვა სახის ხელშეკრულებისაგან დამოუკიდებელია. ბანკი არ არის შეზღუდული და დამოკიდებული ამ ხელშეკრულებაზე, მიუხედავად იმისა, რომ აკრედიტივი შეიძლება შეიცავდეს მითითებას ამ ხელშეკრულებაზე“. აკრედიტივის დოკუმენტური ბუნების შესახებ ასევე საუბრობს ამავე წესების მე-5 მუხლი, რომელიც ადასტურებს, რომ „ბანკი ამოწმებს დოკუმენტებს და არა საქონელს, მომსახურებას ან შესრულებას, რომელთაც ეს დოკუმენტები ეხება“.

[33] მე-2 მუხლის „ბ“ ქვეპუნქტი ითვალისწინებს შემდეგს: „გარანტია თავისი ბუნებით დამოუკიდებელია ხელშეკრულების ან ტენდერის პირობებისაგან, რომლის უზრუნველსაყოფადაც გაიცა იგი. გარანტი არ არის შეზღუდული ან დაკავშირებული ამ ვალდებულების ან ტენდერის პირობებით, მიუხედავად იმისა, რომ გარანტია შეიცავს მასზე მითითებას. გარანტის ვალდებულება საგარანტიო თანხ(ებ)ის გადახდასთან დაკავშირებით გამოიხატება საგარანტიო თანხის მოთხოვნაში, რომელიც უნდა იყოს გარანტიის პირობების შესაბამისი“.

[34] მე-5 მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით: „საბანკო გარანტია თავისი ბუნებით დამოუკიდებელია ძირითადი ვალდებულებისაგან და გარანტი არ არის დაკავშირებული ან შეზღუდული ამ (ძირითადი)

კონვენციასა და უნიფიცირებულ წესებში გარანტიის ძირითადი ვალდებულების დამოუკიდებლობაა ხაზგასმული. ამასთან, აღნიშნავენ, რომ გარანტის პასუხისმგებლობა არ უნდა იქნეს დამოკიდებული ძირითადი ვალდებულების სუბიექტების პრეტენზიებსა და შესაგებელზე, მიუხედავად იმისა, რომ გარანტია შეიცავს მითითებას ძირითად ვალდებულებაზე. გარანტი არ არის ვალდებული, მოახდინოს წარდგენილი დოკუმენტაციის ნამდვილობის შემოწმება.[35] იგი შემოიფარგლება მხოლოდ დოკუმენტაციის შემოწმებით, რომელიც მასთან იქნა წარდგენილი. ამ გარემოების გამო საბანკო გარანტიასა და დოკუმენტურ აკრედიტივს დოკუმენტური ბუნების ოპერაციად მიიჩნევენ. მათ დოკუმენტურობას განაპირობებს ის, რომ ვალდებულების რაოდენობა და ხანგრძლივობა, გადახდის პირობები და ხელშეკრულების შეწყვეტის ვალდებულება განისაზღვრება გარანტიის პირობებით.[36] მოთხოვნის წარდგენის შემდგომ ბენეფიციარი ახდენს მისთვის მიწოდებული მასალების შემოწმებას და არ აგებს პასუხს მათ ავთენტურობაზე. გარანტი იკვლევს მოთხოვნის გარე ფაქტებს, როგორიცაა პრინციპალის მიერ ვალდებულების დარღვევა ან პრინციპალის მიერ ვალდებულების დარღვევით ბენეფიციარისათვის მიყენებული ზიანის ოდენობა.[37] გარანტისათვის ყველაზე მნიშვნელოვანია, წარმოდგენილი დოკუმენტები ან, უპირობო საბანკო გარანტიის შემთხვევაში, საგარანტიო თანხის ანაზღაურების შესახებ მოთხოვნა შეესაბამება თუ არა საბანკო გარანტიით განსაზღვრულ პირობებს.[38] ბენეფიციარი ახდენს საგარანტიო შემთხვევის რეგულირებას და იღებს გადაწყვეტილებას მოთხოვნის დაკმაყოფილების ან უარის თქმის შესახებ მის მიერ გაცემული საბანკო გარანტიის პირობების შესაბამისად.

3.1. დამოუკიდებლობის პრინციპი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით

საბანკო გარანტიის დამოუკიდებელი ბუნება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის[39] 881-ე მუხლში არის გამოკვეთილად გაწერილი. კერძოდ, „საბანკო გარანტიით გათვალისწინებული გარანტის ვალდებულება ბენეფიციარის წინაშე, მათ შორის ურთიერთობისას, არ არის დამოკიდებული იმ ძირითად ვალდებულებაზე, რომლის შესრულების უზრუნველსაყოფადაც არის ის გაცემული, მაშინაც კი, როცა გარანტია შეიცავს მითითებას ამ ვალდებულებაზე.“

ავტონომიურობის პრინციპი საბანკო გარანტიის უმთავრეს ღირსებად უნდა მივიჩნიოთ. გარანტი საკუთარი შეხედულებისამებრ ახდენს შემთხვევის რეგულირებას და ძირითადი ვალდებულების სუბიექტთა უფლებები და მოვალეობები გარანტის ქმედებაზე გავლენას ვერ ახდენს. გარანტის ვალდებულება ერთნაირად დამოუკიდებელია როგორც ძირითადი ვალდე-

ვალდებულების პირობებით. გარანტიაში არსებული მითითება ძირითად ვალდებულებაზე არ ცვლის გარანტიის დამოუკიდებლობის ბუნებას. გარანტიიდან გამომდინარე თანხის გადახდის ვალდებულება არ არის დამოკიდებული არცერთ სხვა ვალდებულებაზე, გარდა ბენეფიციარსა და გარანტს შორის არსებული ურთიერთობისა“.

35 *Kelly-Louw M.,* Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit, 2008, 311.

36 *Kelly-Louw M.,* The Documentary Nature of Demand Guarantees and the Doctrine of Strict Compliance, 2009, 301.

37 *Eitelber E.,* Autonomy of document Credit Undertakings in South African Law, 2002, 122.

38 *Hsun Ch.H.,* "The Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit," National Taiwan University Law Review, Vol. 1:2, 2006, 3.

39 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997.

ბულების, ასევე, თავად გარანტსა და პრინციპალს შორის დადებული საგარანტიო ხელშეკრულებისაგან.[40]

გარანტის ვალდებულება ბენეფიციარის მიერ მართლზომიერი და სამართლებრივად სწორი მოთხოვნის წარდგენის შემთხვევაში საგარანტიო თანხის გადახდაა, თუმცა ეს არ ნიშნავს მის პასიურ როლსა და ავტონომიურობის პრინციპის აბსოლუტურობას. არამართლზომიერი[41] მოთხოვნა დამოუკიდებლობის პრინციპის საერთაშორისოდ აღიარებული გამონაკლისია.[42] ამგვარი მოთხოვნის შემთხვევაში სასამართლო ვალდებულია, გამოიკვლიოს ის გარემოება, რაც ანაზღაურებაზე უარის თქმის საფუძველი გახდა. პრაქტიკაში საკმაოდ რთულია არამართლზომიერი და, ზოგ შემთხვევაში, არასწორი მოთხოვნის პრევენცია,[43] თუმცა გარანტი ვალდებულია, მოახდინოს ყველა გარემოების ძირეული გამოკვლევა, რათა არ მოხდეს არამართლზომიერი მოთხოვნის დაკმაყოფილება.

საბანკო გარანტიის დამოუკიდებელი ბუნების შესახებ ხაზგასმით აღნიშნა საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ არაერთ გადაწყვეტილებაში. კერძოდ, „სამოქალაქო კოდექსი საბანკო გარანტიას განიხილავს როგორც მოთხოვნის უზრუნველყოფის ერთ-ერთ საშუალებას, რომელიც სხვა უზრუნველყოფის საშუალებებისაგან განსხვავდება თავისი დამოუკიდებლობით – არააქცესორულობით, რაც გულისხმობს იმას, რომ ძირითადი ვალდებულება – ხელშეკრულება, რომლის უზრუნველსაყოფადაც საბანკო გარანტია გაიცა, გავლენას ვერ ახდენს ამ უკანასკნელზე“[44]... ასევე, „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 881-ე მუხლით საბანკო გარანტიით გათვალისწინებული გარანტის ვალდებულება ბენეფიციარის წინაშე მათ შორის ურთიერთობისას არ არის დამოკიდებული იმ ძირითად ვალდებულებაზე, რომლის შესრულების უზრუნველსაყოფადაც არის გაცემული.“[45] ასევე, „საბანკო გარანტიის ერთ-ერთი მთავარი დამახასიათებელი ნიშანი, რაც მას გამოარჩევს ვალდებულების შესრულების უზრუნველყოფის სხვა საშუალებებისაგან, არის საბანკო გარანტიის დამოუკიდებლობა ძირითადი ვალდებულებისაგან. საბანკო გარანტია ეფუძნება არა მხარეთა შეთანხმებას (ხელშეკრულებას), არამედ მისი გამცემი პირის (გარანტის) ცალმხრივ ვალდებულებას.“[46]

საბანკო გარანტიის დამოუკიდებლობის ბუნების ხაზგასმით სასამართლომ ერთმანეთისაგან განაცალკევა უზრუნველყოფილი ვალდებულება და გარანტის მიერ ბენეფიციარისათვის საგარანტიო თანხის გადახდის ვალდებულება. გარანტი ვალდებულია, იმოქმედოს მხოლოდ გარანტიის პირობებისა და წარდგენილი მოთხოვნის შესაბამისად. ამგვარად, გარანტი მოკლებულია შესაძლებლობას, მიუთითოს რაიმე საფუძველზე, რომელიც პრინციპალს აძლევს თანხის გადახდაზე უარის თქმის უფლებას უზრუნველყოფილი ვალდებულების ფარგლებში.

სახელშეკრულებო და საგარანტიო პირობების კონკურენციის ფარგლებში საგარანტიო

---

[40] *Barru D.J.*, (2005), "How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit," George Washington International Law Review, Vol. 37, Issue 1, 78-80.

[41] ამგვარი მოთხოვნა იწოდება როგორც „Fraud Demand".

[42] *Enonchong N.*, The Autonomy principle of letter of Credit: an Illegality Exception? Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 2006, 404.

[43] *Pugh-Thomas A.*, Letters of Credit –Injunctions-the Purist and the Pragmatist: Can a buyer bypass the guarantor and stop the seller from demand payment from the guarantor? 1996, 210.

[44] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატა, 2009 წლის 20 ოქტომბრის განჩინება, საქმე № ას-562-871-09, 10.

[45] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატა, 2001 წლის 20 იანვრის გადაწყვეტილება, საქმე №3კ-62-01 17, 3.

[46] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატა, 2009 წლის 17 მარტის გადაწყვეტილება, საქმე №ას-781-996-08, 14-15.

მოთხოვნის მართვისას გარანტმა უნდა იხელმძღვანელოს მის მიერ გაცემული დოკუმენტის პირობით, რომელიც ბოჭავს მას და ავალდებულებს თანხის გადახდას მოთხოვნის განხორციელების შემთხვევაში.

საქართველოს საერთო სასამართლოების სისტემაში მრავლადაა ისეთი დავა, სადაც გარანტი უარს აცხადებს მის მიმართ წარდგენილი მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე საგარანტიო პირობებთან მოთხოვნის შეუსაბამობის გამო. ამის საფუძველია გარანტიის პირობებთან შეუსაბამო მოთხოვნის წარდგენა, რაც გარანტიის ანაზღაურების ვალდებულებას გამორიცხავს.

კერძოდ, ერთ-ერთი დავის საგანი იყო ბენეფიციარის მოთხოვნა, რომელიც გარანტის მიერ არ დაკმაყოფილდა. საქმე ეხებოდა საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიას, რომლის მიხედვითაც პრინციპალმა სახელმწიფო შესყიდვების ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულების შესრულებისათვის წინასწარ მიიღო სახელშეკრულებო თანხა. ამ თანხის უზრუნველსაყოფად ბენეფიციარს წარედგინა საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტია, რომლის დანიშნულებაა საგარანტიო თანხის შემცირება. კერძოდ, მისი ზოგადი ბუნებიდან გამომდინარე, საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიის თანხის მოცულობის შემცირება დაკავშირებულია ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულების შესრულების ოდენობასთან. ხშირ შემთხვევაში, სახელმწიფო შესყიდვების ხელშეკრულებაში განსაზღვრულია საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიის ოდენობის შემცირების განსხვავებული წესი. გარანტიის ოდენობა შეიძლება შემცირდეს შესრულებული ვალდებულების სრული ან ნაწილობრივი ოდენობით. ამ შემთხვევაში თანხის შემცირება ხდება სხვადასხვა პროცენტული ოდენობით. ბენეფიციარსა და გარანტს შორის დავის წარმოშობის საფუძველი გარანტიის ეს პირობა ხდება. დავის გადაწყვეტისას უნდა განისაზღვროს საბანკო გარანტიის პირობებსა და ხელშეკრულების იმ პირობებს შორის კონკურენციის საკითხი, რომლებითაც გათვალისწინებულია საავანსო გარანტიის შემცირება. კერძოდ, საბანკო გარანტიის პირობების შესაბამისად, საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიის მოცულობა უნდა შემცირებულიყო პრინციპალის მიერ შესრულებული სამუშაოს ღირებულების ოდენობით. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინებით[47], ძალაში დარჩა თბილისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება ბენეფიციარის მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის შესახებ. ბენეფიციარსა და პრინციპალს შორის გაფორმებული ხელშეკრულების მიხედვით, განისაზღვრა საავანსო უზრუნველყოფის თანხის შემცირება (გაქვითვა) პრინციპალის მიერ შესრულებული სამუშაოს დამადასტურებელ ანგარიშფაქტურასა და ფორმა №2-ში მითითებული თანხის 20%-ის ოდენობით, ხოლო საგარანტიო პირობების შესაბამისად, საბანკო გარანტიით გათვალისწინებული თანხა მცირდება პრინციპალის მიერ ბანეფიციარის სასარგებლოდ განხორციელებული შესრულებული სამუშაოს ოდენობით. საქმეზე დადგინდა, რომ პრინციპალმა შეასრულა სამუშაოების ნაწილი[48]. საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიის გაუქვითავი ნაწილის გადახდაზე უარი განაცხადა გარანტმა და მიუთითა, რომ, საბანკო გარანტიის მიხედვით, საბანკო გარანტიით გათვალისწინებული თანხა მცირდება პრინციპალის მიერ ბენეფიციარის სასარგებლოდ განხორციელებული შესრულებული სამუშაოს ოდენობით. ამდენად, ვინაიდან საბანკო გარანტია გაცემული იყო

---

[47] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 7 ივლისის გადაწყვეტილება №ას-80, 77, 2014 .

[48] საქმის გარემოებებით დასტურდება შემდეგი: ბენეფიციარსა და პრინციპალს შორის დაიდო ხელშეკრულება მაგისტრალური გაზსადენის 20 კმ-იდან 50 კმ-ამდე მონაკვეთის მშენებლობასთან დაკავშირებით. პრინციპალმა ავანსის სახით მიიღო 3 020 000 ლარი, ხოლო ხელშეკრულების ფარგლებში შეასრულა 12 935 449.80 ლარის ღირებულების სამუშაოები, საიდანაც მოსარჩელის მიერ წინასწარ ავანსის სახით გადახდილი თანხის ჩათვლით ანაზღაურებულ იქნა 12 573 871.44 ლარი. ბენეფიციარმა მოითხოვა დარჩენილი სხვაობა 433 710 ლარისა და 10 თეთრის ოდენობით.

861 388.07 ლარზე, ხოლო ოქტომბრის თვის შესრულებამ შეადგინა 994 108.71 ლარი, მოპასუხე არ იყო უფლებამოსილი, დაეკმაყოფილებინა ბენეფიციარის მოთხოვნა. მოსარჩელე მოთხოვნას ამყარებდა ხელშეკრულების პირობებზე, რომელთა შესაბამისად, მოსარჩელე ავანსის სახით კონტრაქტორს გადაუხდიდა კონტრაქტის ჯამური ღირებულების 20%-ს, შესაბამისი ავანსის ღირებულების საბანკო გარანტიის წარდგენის შემთხვევაში. ამასთან, ანგარიშსწორებისას კონტრაქტორისთვის გადასახდელი თანხიდან მოსარჩელე გამოქვითავდა ანგარიშფაქტურასა და ფორმა №2-ში მითითებული თანხის 20%-ს, ვიდრე არ მოხდებოდა გადახდილი საავანსო თანხის მთლიანი მოცულობით გაქვითვა, რაც გულისხმობს სამუშაოს სრულად შესრულებას. ამ შემთხვევაში დავის საგანი სახელშეკრულებო და გარანტიის პირობების უპირატესობის საკითხის გარკვევა იყო. ბენეფიციარი ადასტურებდა, რომ ავანსის გაქვითვა მოახდინა ხელშეკრულების ნორმის მიხედვით, ხოლო გარანტის მითითებით თანხის შემცირება უნდა მომხდარიყო შესრულებული სამუშაოს ღირებულების სრული ოდენობით. სწორედ აქ დგება გარანტიის ძირითადი ვალდებულებისგან დამოუკიდებლობის საკითხი. გარანტიიდან გამომდინარე მოთხოვნა სწორედ საბანკო გარანტიის პირობებით განისაზღვრება და გარანტი ვერ შეიბოჭება უზრუნველყოფილი ვალდებულების შინაარსითა და მხარეთა უფლება-მოვალეობით. მიუხედავად, იმისა, რომ უზრუნველყოფილი ვალდებულების წარმოშობა წინ უსწრებდა გარანტიის გაცემას, გარანტის პასუხისმგებლობა მხოლოდ გარანტიის პირობით ხდება და ვერცერთ შემთხვევაში ვერ მოხდებოდა ხელშეკრულებით (ძირითადი ვალდებულებით) გათვალისწინებული ვალდებულების მასზე დაკისრება. პირობების კონკურენციის შემთხვევაში, გარანტმა უნდა იხელმძღვანელოს მის მიერ გაცემული გარანტიის პირობებით და უარი განაცხადოს მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე[49].

აღსანიშნავია, რომ ამ გადაწყვეტილებით დადგენილი პრაქტიკა არაერთ საქმეზე გაიზიარა სხვადასხვა ინსტანციის სასამართლომ[50], თუმცა, სამწუხაროდ, მსგავსი კატეგორიისა და იდენტური საფუძვლით წარმოებულ ყველა საქმეზე ვერ ხერხდება ამგვარი გადაწყვეტილების მიღება.[51] კერძოდ, გურჯაანის რაიონულმა სასამართლომ მოახდინა საგარანტიო მოთხოვნის დაკმაყოფილება საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე თანხის დაკისრებასთან დაკავშირებით. სასამართლომ განმარტა, რომ „სახელმწიფო შესყიდვების საავანსო ანგარიშსწორების საბანკო გარანტიით მხარეთა შეთანხმება იმის თაობაზე, რომ „გარანტმა ბენეფიციარის წინაშე იკისრა პრინციპალის მიერ პროექტით განსაზღვრული სახელმწიფო შესყიდვების ხელშეკრულების საავანსო ანგარიშსწორებასთან დაკავშირებულ ვალდებულებათა შეუსრულებლობის შემთხვევაში, პრინციპალისათვის საავანსო ანგარიშსწორების წესით გადახდილი თანხის დაბრუნების ვალდებულება“ განხილული უნდა იქნეს სახელმწიფო შესყიდ-

---

[49] ამ შემთხვევაში გარანტმა უარი განაცხადა დაკმაყოფილებაზე სსკს-ის 887-ე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად, მოთხოვნის საგარანტიო პირობებთან შეუსაბამობის გამო. გარანტის პოზიცია გაიზიარა სამივე ინსტანციის სასამართლომ.

[50] ხაშურის რაიონის სასამართლოს 2015 წლის 29 სექტემბრის გადაწყვეტილება №2-302-2015, №130210015001063580, რომელიც ძალაში დარჩა თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის მიერ 2017 წლის 16 თებერვლის გადაწყვეტილებით №2ბ/5563-15, №130210015001063580; თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 17 ივლისის გადაწყვეტილება საქმე №2/856-15; თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2016 წლის 9 ნოემბრის გადაწყვეტილება №2ბ/4559-15, №330210015703697, რომელიც ძალაში დატოვა საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ.

[51] გურჯაანის რაიონული სასამართლოს 2016 წლის 27 დეკემბერის გადაწყვეტილება №340110015001160711-ით დაკმაყოფილდა ბენეფიციარის მოთხოვნა საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიის თანხის დაკისრებასთან დაკავშირებით. სასამართლომ განმარტა, რომ ხელშეკრულების პირობებით განსაზღვრული მოცულობით უნდა მომხდარიყო საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიის გაქვითვა.

ვების ხელშეკრულების ნორმასთან ერთობლიობაში, რომლის მიხედვით, შესაძლებელია შემსყიდველის მიერ მთლიანი სახელშეკრულებო ღირებულების 30%-ის წინასწარი გადარიცხვა მიმწოდებლის მიერ წარმოდგენილი საავანსოდ გადასარიცხი თანხის იდენტური ოდენობით საავანსო საბანკო ან/და სადაზღვევო გარანტიის საფუძველზე. ხელშეკრულების თანახმად, ავანსის გაცემის შემთხვევაში ანგარიშსწორების განხორციელება შემდეგი თანმიმდევრობით: ფორმა №2 და მიღება-ჩაბარების აქტით დადასტურებული ფაქტობრივად მიწოდებული სამუშაოების ღირებულების 30% მიმართული იქნება გაცემული ავანსის დასაფარავად, ხოლო დანარჩენი 70% ანაზღაურდება შემსყიდველის მიერ. „სასამართლომ დაადგინა, რომ სახეზე იყო შეუსრულებელი სამუშაო და გაუხარჯავი ავანსის გარანტიის თანხის გადახდა სრულად დააკისრა გარანტს. ამ შემთხვევაში სასამართლოს ყურადღება არ გაუმახვილებია საბანკო გარანტიის პირობაზე, რომლის შესაბამისად ავანსის მოცულობა უნდა გაქვითულიყო არა 30%-ის, არამედ შესრულებული სამუშაოს სრული ოდენობით. სასამართლომ გადაწყვეტილება მიიღო სახელშეკრულებო ნორმების საფუძველზე და უგულებელყო საგარანტიო პირობები. მიგვაჩნია, რომ ამ გადაწყვეტილების გასაჩივრების შემდგომ ზემდგომი ინსტანცია სათანადოდ შეაფასებს გარემოებას და ჩამოყალიბებული პრაქტიკის შესაბამისად მოახდენს მის გაუქმებას.[52]

4. საბანკო გარანტიის „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპი

გარანტიების მიმართ დამოუკიდებლობის უმნიშვნელოვანესი პრინციპის გარდა მოქმედებს „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპი[53]. ამ პრინციპის შესაბამისად, ბენეფიციარის მოთხოვნა ზუსტად შესაბამისი უნდა იქნეს საბანკო გარანტიის პირობებთან და მასვე უნდა დაერთოს გარანტიაში გათვალისწინებული დოკუმენტები.[54] „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპის დაცვა ბენეფიციარის უმთავრესი ვალდებულებაა. ეს პრინციპი ურთიერთობის ორივე მონაწილის ინტერესებს იცავს. დოკუმენტური მოთხოვნის ზუსტად განხორციელების შემთხვევაში, კრედიტორი[55] მიიღებს თანხას სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევის მტკიცებისა და მითითების გარეშე. მოვალე[56] ინფორმირებულია, რომ თანხის გადახდა არ მოხდება ზუსტად შესაბამისი მოთხოვნის წარდგენის გარეშე.[57] მხარეთა შორის პრობლემა წარმოიშობა მათი განსხვავებული ინტერესების კოლიზიის დროს. აბსტრაქციის პრინციპის შესაბამისად, პრინციპალი/განმცხადებელი ატარებს ძირითადი ვალდებულების შესრულების შესახებ მტკიცების ტვირთს. მტკიცების შეუძლებლობის შემთხვევაში პრინციპალი უფლებამოსილია, დაეყრდნოს ზუსტი შესაბამისობის დოქტრინას და მიუთითოს დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის შესახებ.[58] ბენეფიციარი მოთხოვნის განხორციელების დროს ვალდებულია, ხელმძღვანელობდეს პრინციპის დაცვით. წინააღმდეგ შემთხვევაში, შეუსაბამოდ განხორციელებული მოთხოვნა თანხის გადახდაზე უარის თქმის საფუძველი შეიძლება გახდეს.

---

52 გადაწყვეტილება გასაჩივრებულია თბილისის სააპელაციო სასამართლოში, საქმე №2ბ/2835-17.

53 Principle of „Strict Compliance“.

54 *Mofleh A.I.*, Abstract payment undertaking: To what extent are they truly abstract? 2009, 10.

55 დოკუმენტური აკრედიტივის შემთხვევაში – გამყიდველი, გარანტიის შემთხვევაში – ბენეფიციარი.

56 დოკუმენტური აკრედიტივის შემთხვევაში – განმცხადებელი, გარანტიის შემთხვევაში – პრინციპალი.

57 *Mofleh A.I.* Abstract payment undertaking: To what extent are they truly abstract? 2009, 11.

58 იგივე, 12.

4.1. „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპი უნიფიცირებულ წესებში

საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ურთიერთობაში ბენეფიციარის უმთავრესი ვალდებულება მოთხოვნის სწორად წარდგენაა. გარანტი ამ მოთხოვნის შემოწმების შემდეგ იღებს გადაწყვეტილებას თანხის გადახდასთან დაკავშირებით. სახელშეკრულებო სამართლის ზოგადი პრინციპებიდან გამომდინარე, ბენეფიციარი ვალდებულია, მოახდინოს სწორი და ზუსტი მოთხოვნის წარდგენა, ხოლო გარანტი ვალდებულია, ჯეროვნად და გულისხმიერად გამოიკვლიოს მასთან წარდგენილი მოთხოვნა.[59] ბენეფიციარის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება უნდა იყოს გონივრული განსჯისა და შემოწმების შედეგად მიღებული. გარანტი ვალდებულია დარწმუნდეს, რომ შესამოწმებელი დოკუმენტაცია ზუსტად შეესაბამება გარანტიის პირობებს.[60]

დამოუკიდებელი გარანტიების შესახებ უნიფიცირებული №758 წესი აზუსტებს და განმარტავს „სათანადო მოთხოვნას“ და „სათანადო წარდგენას“[61]. წესების მიხედვით, გარანტია წარდგენილ უნდა იქნეს ან გარანტიის პირობების, ან უნიფიცირებული წესების, ან საერთაშორისო საბანკო პრაქტიკაში დამკვიდრებული წესების შესაბამისად. ამავე უნიფიცირებული წესების მიხედვით, „მოთხოვნა გამყარებული უნდა იქნეს გარანტიაში მითითებული სხვა დოკუმენტებით, მაგრამ ყველა შემთხვევაში – ბენეფიციარის მითითებით, თუ რა მხრივ დაარღვია აპლიკანტმა (პრინციპალმა) ძირითადი ვალდებულებები. ეს მითითება შეიძლება აღინიშნოს მოთხოვნაში ან არსებობდეს ცალკე ხელმოწერილ დოკუმენტად, რაც თან უნდა დაერთოს მოთხოვნას, ან გაიგზავნოს ცალკე, მაგრამ მასში უნდა მიეთითოს ეს მოთხოვნა.“[62]

ამგვარი ზუსტი მოთხოვნის დოქტრინის არსებობა, უპირატესად, პრინციპალის ინტერესების დაცვას ემსახურება[63] და გარანტს აღჭურავს უარის თქმის უფლებით, თუ მოთხოვნა არის შეუსაბამო დოკუმენტაციასთან. ამ პრინციპის მოთხოვნები ეხება მხოლოდ მოთხოვნის შინაარსობრივ ნაწილს. მოთხოვნის განხორციელებისას უმნიშვნელო და ტექნიკური შეცდომები არ შეიძლება გახდეს მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის საფუძველი.[64]

---

[59] დამოუკიდებელი გარანტიების შესახებ №458 უნიფიცირებული წესების მე-9 მუხლი: „ყველა დოკუმენტი, რომელიც გათვალისწინებულია ან წარდგენილია საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე, მათ შორის მოთხოვნა, უნდა შეამოწმოს გარანტმა გონივრული წინდახედულობის გათვალისწინებით, შეესაბამებიან თუ არა ისინი საბანკო გარანტიის პირობებს. იმ შემთხვევაში, თუ დოკუმენტები არ შეესაბამება პირობებს, გარანტია უნდა იქნეს უარყოფილი“. ამ მუხლით გათვალისწინებული პრინციპი გამოიყენება დოკუმენტური აკრედიტივის მიმართ. დოკუმენტური აკრედიტივის მიმართ გამოყენებადი უნიფიცირებული წესები UCP 600-ის მე-14 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი განმარტავს, რომ „აკრედიტივის გამცემი ბანკი ვალდებულია, მოახდინოს მოთხოვნის შემოწმება მხოლოდ წარმოდგენილი დოკუმენტაციის საფუძველზე, შეესაბამებიან თუ არა ისინი გარანტიის პირობებს“.

[60] *Kelly-Louw M.*, The Documentary Nature of Demand Guarantees and the Doctrine of Strict Compliance, (part 2) 2009, 478.

[61] დამოუკიდებელი გარანტიების მიმართ მოქმედი №758 უნიფიცირებული წესების მე-15 მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით: „სათანადოა მოთხოვნა, რომელიც აკმაყოფილებს სათანადოდ წარდგენის კრიტერიუმებს“, ხოლო „სათანადო წარდგენა არის: I) გარანტიის პირობების შესაბამისად მოთხოვნის წარდგენა: II) ამ წესების დაცვით წარდგენილი მოთხოვნა; III) გარანტიაში შესაბამისი პირობების მითითების არარსებობის ან ამ წესებზე შეუთანხმებლობის შემთხვევაში საერთაშორისო სტანდარტული საბანკო პრაქტიკით დამოუკიდებელი გარანტიების მიერ დადგენილი მოთხოვნის შესახებ წარდგენილი მოთხოვნა“.

[62] *Kelly-Louw M.*, Selective legal Aspects of bank Guarantees, 2008, 126.

[63] *ხატიაშვილი ა.*, „საბანკო გარანტია, როგორც ვალდებულების შესრულების უზრუნველყოფის დამოუკიდებელი საშუალება და ხელშეკრულების მხარეთა პასუხისმგებლობა, 36, 2011.

[64] *Barru D.J.*, „How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit,“ George Washington International Law Review, 2005, 74-75.

4.2. „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპი, კონვენციის შესაბამისად

კონვენცია საგარანტიო შემთხვევის რეგულირების პროცესში მხარეთა მიერ უფლება-მოსილების კეთილსინდისიერად განხორციელების ვალდებულებაზე მიუთითებს. იგი გარანტს აკისრებს საკუთარი უფლებების კეთილსინდისიერად და გონივრული წინდახედულობით განხორციელების ვალდებულებას. კერძოდ, გარანტი ვალდებულია, საკუთარი ვალდებულებები განახორციელოს კეთილსინდისიერად და უხეში გაუფრთხილებელი ქმედების გარეშე. ვალდებულების შესრულებისას ამ პრინციპის დაცვას ითვალისწინებს კონვენციის რამდენიმე მუხლი. მე-13 მუხლის შესაბამისად, ურთიერთობის მართვისას დამოუკიდებელი გარანტიისა და რეზერვული აკრედიტირების მიმართ დადგენილი წესების მე-14 მუხლის მიხედვით, გარანტი/გამცემი ვალდებულია, იმოქმედოს კეთილსინდისიერებისა და გონივრული განსჯით საბანკო გარანტიისა და დოკუმენტური აკრედიტივის მარეგულირებელი საერთაშორისო საბანკო სტანდარტის (*Standards for international practice*) შესაბამისად.[65] კონვენცია მიუთითებს „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპის დაცვის ვალდებულებას და განსაზღვრავს ბენეფიციარის ვალდებულებას, მოახდინოს სწორი და პირობების შესაბამისი მოთხოვნის წარდგენა[66]. გარანტი ამოწმებს საფუძვლიანობას და ახდენს დაკმაყოფილებას დამკვიდრებული საერთაშორისო საბანკო სტანდარტის (ISBP) შესაბამისად.[67] ამ სტანდარტებზე მითითებით, კონვენციამ აღიარა „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპი. შესაბამისად, კონვენციამ ხაზი გაუსვა ბენეფიციარის ზუსტი მოთხოვნისა და გარანტის მიერ საგარანტიო პირობებთან შესაბამისი მოთხოვნის დაკმაყოფილებას.[68] სასამართლო მკაცრად აკონტროლებს ბენეფიციარის სწორი და სამართლიანი მოთხოვნის განხროციელების ვალდებულებას.

ზუსტის შესაბამისობის პრინციპის შემადგენელ ნაწილად მიიჩნევა, არა მარტო შინაარსის, არამედ სწორი დოკუმენტაციის დართვის ვალდებულება. გარანტის მიერ ანაზღაურებაზე უარის თქმის საფუძველი შეიძლება გახდეს სათანადო და ამომწურავი დოკუმენტაციის დაურთველობა. ამასთან, ზუსტად შესაბამისი მოთხოვნის წარდგენა და სრულყოფილი დოკუმენტაციის ბენეფიციარისათვის გადაცემა უნდა განხორციელდეს საბანკო გარანტიის ვადის გასვლამდე[69]. შესაბამისად, დაგვიანებული მოთხოვნა, შეუსაბამო ან არასრული დოკუმენტაცია ან/და დეფექტური მოთხოვნა ანაზღაურებაზე უარის თქმის საფუძველი ხდება.[70]

---

[65] *Kelly-Louw M.*, The Documentary Nature of Demand Guarantees and the Doctrine of Strict Compliance, (part 2) 2009, 481.

[66] *Dolan J.F.*, The UN Convention on International Independent Undertakings: Do States with Mature Letter-of- Credit Regimes Need it", Banking and Finance Law Review, 1998, 13.

[67] კონვენციის მე-16 მუხლის მიხედვით, გარანტი ვალდებულია, მოახდინოს მოთხოვნისა და თანდართული დოკუმენტაციის შემოწმება ამ კონვენციის მე-14 მუხლში მითითებული სტანდარტის გათვალისწინებით. იმ შემთხვევაში, თუ მოთხოვნა შეესაბამება საბანკო გარანტიის პირობებს, გარანტი ვალდებულია, მოახდინოს მოთხოვნის დაკმაყოფილება საბანკო გარანტიისა და დოკუმენტური აკრედიტივის მარეგულირებელი საერთაშორისო სტანდარტის შესაბამისად“.

[68] *Kelly-Louw M.*, The Documentary Nature of Demand Guarantees and the Doctrine of Strict Compliance (Part 2) 2009, 481.

[69] უნიფიცირებული წესების მე-19 მუხლის მიხედვით: „საბანკო გარანტიის პირობების შესაბამისი მოთხოვნა წარდგენილ უნდა იქნეს გარანტიის ვადის გასვლამდე ან გარანტიაში მითითებული მოვლენის დადგომამდე. გარანტიის მიზნებიდან გამომდინარე, ყველა დოკუმენტი და განცხადება წარდგენილ უნდა იქნეს გარანტორისათვის ვადის გასვლამდე მითითებულ ადგილას. სხვა შემთხვევაში გარანტი ვალდებულია, უარი თქვას ანაზღაურებაზე“. იგივე პრინციპი დადგენილია დოკუმენტური აკრედიტივის მიმართ UCP 600-ის მე-6 მუხლის შესაბამისად.

[70] *Kelly-Louw M.*, The Documentary Nature of Demand Guarantees and the Doctrine of Strict Compliance (Part 2) 2009, 482.

ზუსტი შესაბამისობის პრინციპის საფუძველზე დასაბუთებული მოთხოვნა ეხება მოთხოვნის შინაარსსა და დოკუმენტაციას. მოთხოვნაში არსებული გრამატიკული, წერილობითი და სხვა სახის ტექნიკური შეცდომები არ არის მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის საფუძველი. გადაწყვეტილებაში – ***Seaconsar Far East Limited v. Bank Markazi Jomhouri Islami Iran***[71] – აკრედიტივი ითვალისწინებდა მყიდველის სახელის მითითებას ყველა გვერდზე, რაც მოთხოვნაში დაცული არ იყო. მოთხოვნის განხორციელებისას არ იყო დაცული ეს მოთხოვნა, რაც გარანტის მიერ ანაზღაურებაზე უარის თქმის საფუძველი გახდა. სასამართლომ განმარტა, რომ მსგავსი ტექნიკური ხასიათის შეცდომა არ შეიძლება გამხდარიყო თანხის გადახდაზე უარის თქმის საფუძველი.[72]

4.3. „ზუსტი შესაბამისობის პრინციპის" განმარტება სასამართლოების მიერ

„ზუსტი შესაბამისობის" პრინციპი არაერთხელ განიმარტა სხვადასხვა ქვეყნის სასამართლოების მიერ. გადაწყვეტილებაში – ***Howe Richardson Scale Co. Ltd. V. Poli-Mex-Cekop***[73] – განმარტებულია, რომ „მოთხოვნა მკაცრად უნდა შეესაბამებოდეს საბანკო გარანტიის პირობებს და დოკუმენტებს. ასევე, აკრედიტივიდან გამომდინარე მოთხოვნა უნდა იქნეს მკაცრად შესაბამისი მის პირობებთან". საქმეში – ***Frans Maas (UK) Ltd v. Habib Bank AG Zurich*** – ინგლისის სასამართლომ ზუსტი შესაბამისობის პრინციპი განმარტა ისე, რომ გარანტიის პირობის შესაბამისად, გარანტი კისრულობდა ბენეფიციარისათვის თანხის გადახდას წერილობითი მოთხოვნის განხორციელების, პრინციპალის მიერ ვალდებულების დარღვევის შემთხვევებში. ბენეფიციარის მიერ წარდგენილ მოთხოვნაში მითითებული იყო, რომ „პრინციპალმა ვერ შეასრულა სახელშეკრულებო ვალდებულება და მოითხოვა 500,00£-ს გადახდა". სასამართლომ მიუთითა, რომ მოთხოვნიდან ვერ დასტურდებოდა თანხის გადახდის საფუძველი, რომელიც პრინციპალის მიერ ძირითადი ვალდებულების დარღვევა იყო.[74] შესაბამისად, სასამართლომ მიიჩნია, რომ მოთხოვნა გარანტიის პირობებთან იყო შეუსაბამო.

საბანკო გარანტიის პირობების შესაბამისად მოთხოვნის წარდგენის ვალდებულება, სასამართლოს მიერ განმარტებულია საქმეზე – ***I.E. Contractors Ltd v. Lloyds Bank Plc and Rafidian Bank***[75]. მოსამართლემ განმარტა, რომ გარანტიიდან გამომდინარე მოთხოვნის შესაბამისობის დაცვის ვალდებულება დამოკიდებულია თავად გარანტიის პირობებზე[76]. საბანკო გარანტიის პირობის შესაბამისად, გარანტი „კისრულობდა პასუხისმგებლობას, გადაეხადა უპირობოდ გარანტიაში მითითებული თანხა, პრინციპალის მიერ ბენეფიციარისათვის ზიანის (მიყენების) გაცხადების შემთხვევაში". ძირითადი ვალდებულება ეხებოდა პრინციპალების მიერ ერაყში ფრინველთა სასაკლაოების მშენებლობას. 1984 წლის 4 დეკემბერს ბენეფიციარმა მიუთითა,

---

71 Seaconsar Far East Ltd v Bank Markazi Jomhouri Islami Iran: HL 15 Oct 1993.

72 *Michelle K.L.*, Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees, University of South Africa, 2008, 65.

73 სამხრეთ აფრიკის უმაღლესი სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება.

74 *Elliot F.*, Project Security: Bonds and Guarantees, <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/nick_gould_-_project_security_bonds_and_gurantees_paper_for_university_of_vienna.indd_.pdf>, 10. ბოლო შემოწმების თარიღი: 15/07/2017.

75 I.E. Contractors Ltd v. Lloyds Bank Plc and Rafidian Bank, Lloyd's Bank 1990 2 Lloyd's Rep.496, <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=150222>, ბოლო შემოწმების თარიღი: 15/07/2017.

76 მოსამართლე სტაუტონის მოსაზრებით, დოკუმენტური აკრედიტივის მიმართ დადგენილი ზუსტი შესაბამისობის პრინციპის მომეტებული ან ნაკლები სიმკაცრე დამოკიდებულია ვალდებულების შინაარსზე. ციტირებულია: *Kelly-Louw M.*, Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees, University of South Africa, 2008, 2

რომ პრინციპალმა ვერ შეასრულა სამუშაოები და მოითხოვა საგარანტიო თანხის გადახდა“. მოთხოვნაში მითითებული არ იყო ხელშეკრულების დარღვევის შედეგად მიყენებული ზიანის შესახებ. გარანტმა (*Rafidian Bank*) მოთხოვნა გადაუგზავნა კონტრგარანტს (*Lloyd's Bank*). აღნიშნულ საქმეზე პირველი და მეორე ინსტანციის სასამართლოთა გადაწყვეტილებები ერთმანეთისაგან განსხვავებულია. კერძოდ, პირველი ინსტანციის სასამართლომ არ დააკმაყოფილა ბენეფიციარის (*IE Contractors*) მოთხოვნა საგარანტიო თანხის გარანტისათვის დაკისრებასთან დაკავშირებით, მკაცრი მოთხოვნის დოქტრინის შესაბამისად, და განმარტა, რომ: 1) გარანტს არ მიუღია ხელშეკრულების შესრულების გარანტიის პირობებთან შესაბამისი მოთხოვნა; 2) კონტრგარანტს არ მიუღია კონტრგარანტიის პირობებთან შესაბამისი მოთხოვნა.[77]

სააპელაციო სასამართლომ საგარანტიო მოთხოვნა განმარტა უფრო ფართოდ, რაც გადაწყვეტილების შეცვლის საფუძველი გახდა. სააპელაციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ საბანკო გარანტიის შემთხვევაში ნაკლები აუცილებლობა არსებობს, გამოყენებულ იქნეს მკაცრი შესაბამისობის პრინციპი. „გარანტიის შემთხვევაში უმთავრესი მნიშვნელობა ენიჭება მოთხოვნას, როგორც თანხის გადახდის მატერიალურ საფუძველს და არა მის ზუსტ შესაბამისობას პირობებთან.[78] შესაბამისად, სასამართლომ დაადგინა, რომ მოთხოვნა იყო შესაბამისი გარანტიის პირობებთან და თანხის გადახდა ევალებოდა გარანტს“.

აღნიშნულ გადაწყვეტილებაში მითითებული მოსაზრება გაკრიტიკებულ იქნა სხვადასხვა ავტორის[79] მიერ. კერძოდ, მიიჩნევა, რომ ბენეფიციარის მიერ წარმოდგენილი მოთხოვნის შემდგომ გარანტი არ არის ვალდებული, აწარმოოს რთული და კომპლექსური „გამოძიება“ მოთხოვნის გარანტიის პირობებთან შესაბამისობის დადგენის მიზნით, თუმცა იგი ვალდებულია, შეისწავლოს მოთხოვნის მატერიალური საფუძვლები. უნიფიცირებული წესების კომენტარის ავტორი რ. გუდი განმარტავს: „სტანდარტი უნდა შეესაბამებოდეს საღ აზრს“.[80]

შესაბამისად, საბანკო გარანტიის ბუნებასა და მოთხოვნის „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპთან დაკავშირებით არსებობს ორი საწინააღმდეგო მოსაზრება: პირველი მოსაზრების შესაბამისად, ბანკი ვალდებულია, მხოლოდ მოთხოვნის ფორმალური შესაბამისობა შეამოწმოს და მოახდინოს ბენეფიციარის დაკმაყოფილება.[81] ამ შემთხვევაში „გარანტს აქვს ნაკლები რისკი, შეცდომაში იქნეს შეყვანილი და პასუხისმგებლობის რისკი პრინციპალს ეკისრება; მეორე მოსაზრების თანახმად, გარანტი ვალდებულია, სრულად და ამომწურავად შეამოწმოს საბანკო გარანტიის მოთხოვნის გარანტიის პირობებთან შესაბამისობა და შემდგომ გადაიხადოს თანხა. წინააღმდეგ შემთხვევაში, გარანტი დაკარგავს გადახდილი თანხის რეგრესიის წესით ანაზღაურების მოთხოვნის უფლებას პრინციპალისაგან.[82]

უნიფიცირებული წესებისა და კონვენციის მიერ „ზუსტი შესაბამისობის პრინციპის“ დადგენა პრინციპალის ინტერესების დაცვას ემსახურება. გარანტიიდან გამომდინარე, ბენეფიციარის მიმართ არსებობს ერთადერთი ვალდებულება, კერძოდ: გარანტს წარუდგინოს სწორი, გამართული და დროული მოთხოვნა. ამ ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში, გარანტისაგან თანხის მოთხოვნის უფლების დაკარგვა აბსოლუტურად კანონიერია.

---

77 Hein online, Citation: 9 Const. L. Int'l 13 2014. The usage of on-demand bonds has become more prevalent and calls more frequent, 2014,17., Citation: 9 Const. L. Int'l 13 2014, ბოლო შემოწმების თარიღი: 10/12/2016.

78 *Mofleh A.I.*, Abstract Payment Undertakings: To what extent are they truly abstract, University of Leicester, 2005, 35.

79 შეად.: *Goode R.,* Commercial Law, 1026, და Jack r. Documentary Credits, 2001, 366.

80 *Goode R.*, Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce, Saint Louis university Law Journal, 1995, 740.

81 ეს მოსაზრება მხარდაჭერილია მოსამართლე სტაუტონის მიერ და აღნიშნულია // წელს მიღებულ გადაწყვეტილებაში.

82 *Mofleh A.I.*, Abstract Payment undertakens: To what exent are they truly Asbitract. University of Lecihester, 2005, 36.

4.4. „ზუსტი შესაბამისობის პრინციპი“ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით

„ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპის დაცვის ვალდებულება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსშიც არის გათვალისწინებული. კერძოდ, 885-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, „საბანკო გარანტიით ბენეფიციარის მოთხოვნა ფულადი თანხის გადახდის შესახებ უნდა წარედგინოს გარანტს წერილობითი ფორმით, გარანტიაში მითითებული დოკუმენტების დართვით. მოთხოვნაში ან მის დანართში ბენეფიციარმა უნდა მიუთითოს, თუ რაში გამოიხატება პრინციპალის მიერ ძირითადი ვალდებულების დარღვევა, რომლის უზრუნველსაყოფადაც გაიცა გარანტია“.

ამასთან, ბენეფიციარის გამართული და ჯეროვანი მოთხოვნა წარდგენილ უნდა იქნეს საბანკო გარანტიით გათვალისწინებულ ვადაში. ამ ორი მოთხოვნის დაცვა ბენეფიციარის ვალდებულებაა, მისი დარღვევა გარანტისთვის წარმოშობს ანაზღაურების გაცემაზე უარის თქმის უფლებას.

„ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპის დაცვის ვალდებულების შეფასებასთან დაკავშირებით სასამართლო პრაქტიკა განვითარდა ბოლო რამდენიმე წლის განმავლობაში. თუმცა შესაბამისობის დადგენისას არ ხდება მოთხოვნის ფორმალურ შესაბამისობაზე ყურადღების მიქცევა. სასამართლომ განმარტა მოთხოვნის მატერიალური საფუძვლების შესაბამისობა გარანტიის პირობებთან.[83] თბილისის საქალაქო სასამართლომ განიხილა საავანსო უზრუნველყოფის საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე თანხის დაკისრებასთან დაკავშირებული დავა.[84] გარანტი უთითებდა მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის რამდენიმე საფუძველს: ა) საგარანტიო მოთხოვნის გადაცემას ვადის გასვლის შემდგომ, ბ) საავანსო გარანტიის შემცირებას შესრულებულ სამუშაოთა ოდენობის შესაბამისად, გ) მოთხოვნის შინაარსობრივ სიზუსტეს, რაც მოიცავს დარღვევის შესახებ მითითების არარსებობას. სსკ-ის 885-ე მუხლში არსებული იმპერატიული ჩანაწერის მიუხედავად, ბენეფიციარს არ აღუწერია პრინციპალის მიერ ვალდებულების დარღვევის შინაარსი და არ დაურთავს გარანტიაში მითითებული (დარღვევის დამადასტურებელი) დოკუმენტაცია. ბენეფიციარმა გარანტის სრულყოფილი ინფორმირება არ მოახდინა. სასამართლომ ყურადღების მიღმა დატოვა მოთხოვნის ფორმალური შესაბამისობის საკითხი და იმსჯელა მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის სხვა საფუძვლებზე. ბენეფიციარის მოთხოვნა არ დააკმაყოფილა არცერთი ინსტანციის სასამართლომ. სასამართლო ვალდებული იყო, გაემახვილებინა ყურადღება მოთხოვნის შინაარსობრივ ნაწილზე და განემარტა, იყო თუ არა ამგვარი მოთხოვნა დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის ერთ-ერთი საფუძველი.

საგარანტიო მოთხოვნის წარდგენის ფორმასთან დაკავშირებით საინტერესოა ერთი მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილება:[85] გარანტი უთითებდა, რომ მისი ჯეროვანი ინფორმირება პრინციპალის მიერ ვალდებულების დარღვევის შესახებ არ მომხდარა. კერძოდ, ბენეფიციარი

---

[83] თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 17 ივლისის გადაწყვეტილება, საქმე №2/856-15; თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2016 წლის 9 ნოემბრის გადაწყვეტილება №2ბ/4559-15, №330210015703697, რომელიც ძალაში დატოვა საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ.

[84] თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2016 წლის 21 ივნისის გადაწყვეტილება №2/7526-15. თბილისის სააპელაციო პალატის 2017 წლის 10 აპრილის გადაწყვეტილება №2ბ/4510-16, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 11 ივლისის განჩინება.

[85] თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 20 მაისის განჩინება №2ბ7114/14, №330210014403740.

ვალდებული იყო, მოთხოვნაში მიეთითებინა, რაში გამოიხატებოდა ძირითადი ვალდებულების დარღვევა და რამდენს შეადგენდა პრინციპალის მიერ ბენეფიციარისათვის მიყენებული ზარალი, რის შემდეგაც გარანტი უზრუნველყოფდა მოსარჩელისათვის გარანტიის თანხის ანაზღაურებას საგარანტიო თანხის ფარგლებში. გარანტის მიერ თანხის გადახდაზე უარის ერთადერთი საფუძველი ჯეროვანი მოთხოვნის განუხორციელებლობა იყო. სასამართლომ განმარტა, რომ გარანტი მხოლოდ იმ შემთხვევაშია უფლებამოსილი, უარი თქვას ბენეფიციარის წინაშე ნაკისრი ვალდებულების შესრულებაზე, თუ მოთხოვნა ან თანდართული დოკუმენტები არ შეესაბამება გარანტიის პირობებს, ანდა ისინი წარედგინა გარანტს გარანტიით განსაზღვრული ვადის დამთავრების შემდგომ[86], რაც კონკრეტულ შემთხვევაში არ არსებობდა.

კერძოდ, ამ საქმეზე დადგინდა, რომ გარანტი თანხის გადახდაზე უარს არ აცხადებდა არცერთი იმ საფუძვლით, როგორებიცაა: 1) შეუსაბამობა გარანტიის პირობებთან და/ან 2) მოთხოვნის წარდგენა გარანტიის ვადის გასვლის შემდგომ. სასამართლომ განმარტა, რომ მხარეთა მიერ ერთადერთი პირობა, რაც თანხის გაცემის სავალდებულო წინაპირობად განისაზღვრებოდა, იყო მოთხოვნის ვადაში წარდგენა. მოთხოვნის წარდგენის რაიმე სპეციალურ პირობებზე მხარეები არ შეთანხმებულან. ვინაიდან გარანტია რაიმე სპეციალურ პირობას არ ადგენდა და არც უარი თანხის გაცემაზე ამ კუთხით დასაბუთებული არ იყო, არ არსებობდა პრინციპალის მიერ ვალდებულების დარღვევის მიზეზების კვლევისა და დადგენის საჭიროება. შესაბამისად, სასამართლომ დააკისრა გარანტს თანხის გადახდა. სასამართლოს არ განუმარტავს სსკ-ის 885-ე მუხლით გათვალისწინებული იმპერატიული ვალდებულება, რომელიც გარანტის მიმართ ჯეროვნად ინფორმირების ვალდებულებას აკისრებს ბენეფიციარს. ამ მუხლის პირველი ნაწილი ბენეფიციარს ავალდებულებს მოთხოვნის განხორციელებისას: ა) მოთხოვნა წარმოადგინოს წერილობითი ფორმით, ბ) დაურთოს გარანტიაში მითითებული დოკუმენტაცია, გ) აუწყოს, რაში გამოიხატება ძირითადი ვალდებულების დარღვევა. ამ სამი მოთხოვნიდან ერთ-ერთის დარღვევა „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპის დარღვევით წარდგენილ მოთხოვნას ნიშნავს, რაც, საერთაშორისოდ დადგენილი პრაქტიკის შესაბამისად, გარანტს ათავისუფლებს თანხის გადახდისაგან. კანონში ამ ჩანაწერის მიუხედავად, სასამართლომ მოთხოვნის წარდგენის სპეციალური წესის არსებობა მხარეთა შეთანხმებას დაუკავშირა, რითაც უგულებელყო „ზუსტი შესაბამისობის“ საკმაოდ მნიშვნელოვანი პრინციპი.

გაურკვეველია, როგორ მოხდება ამ კუთხით ქართული სასამართლო პრაქტიკის განვითარება, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსს კონვენციისა და უნიფიცირებული წესების მსგავსი პოზიცია უჭირავს და აბსოლუტურად განამტკიცებს საერთაშორისო პრაქტიკაში გაბატონებულ პოზიციას. ბენეფიციარი ვალდებულია, მოთხოვნის წარდგენისას დაიცვას „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპი. ამ პრინციპის არსებობის უმთავრესი მოვალეობაა პრინციპალის ინტერესების დაცვა ბენეფიციარის არამართლზომიერი მოთხოვნის განხორციელებისაგან.

5. დასკვნა

საბანკო გარანტია, როგორც მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალება, ფართოდ გამოიყენება, როგორც საერთაშორისო, ისე შიდასახელმწიფოებრივ სავაჭრო და ეკონომიკურ ურთიერთობებში. თამამად შეიძლება ითქვას, რომ თანამედროვე ბიზნესგარიგებებში თითქმის არ არსებობს მსხვილი ეკონომიკური პროექტი, რომლის უზრუნველყოფის საშუალებად არ იქნა გამოყენებული გარანტია. ამგვარი ფართომასშტაბიანი ურთიერთობის რეგულირები-

[86] საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 887-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 26/06/1997.

სას სხვადასხვა სამართლებრივი პრობლემის არსებობა გამორიცხული არ არის. მეოცე საუკუნის მეორე ნახევრიდან აქტიურად ჩაერთო საერთაშორისო ორგანიზაციები და სახელმწიფოები გარანტიათა რეგულირების მოწესრიგების სფეროში. ამის შედეგად შეიქმნა სხვადასხვა სახის უნიფიცირებული წესები, რომლებიც სარეკომენდაციო ხასიათისაა და სახელშეკრულებო ურთიერთობის მხარეებს შეუძლიათ მათი გამოყენება ურთიერთობის მოწესრიგებისათვის.

უნიფიცირებული წესებისა და გაეროს სავაჭრო კომისიის მიერ კონვენციის ნორმების შესაბამისად ჩამოყალიბებული ძირითადი პრინციპები საბანკო გარანტიათა ბუნების განსაზღვრისათვის არსებითი მნიშვნელობის მქონეა. გარანტიათა დამოუკიდებლობისა და „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპი განასხვავებს მას უზრუნველყოფის სხვა საშუალებისაგან და მისი უმთავრესი ღირსებაა. თუმცა აღნიშნული არ უნდა განიმარტოს იმდაგვარად, რომ იგი ურთიერთობის მონაწილეებისათვის შემბოჭავი ფაქტორი იყოს.

დამოუკიდებლობისა და ზუსტი შესაბამისობის პრინციპი განამტკიცებს იმას, რომ გარანტს მხოლოდ მინისტერიალური ფუნქცია გააჩნია. მისი მთავარი მოვალეობაა, შეამოწმოს წარმოდგენილი დოკუმენტები, რათა დაადგინოს მათი გარანტიის პირობებთან შესაბამისობა.[87] ამ ორ პრინციპს შორის არსებობს გარკვეული ურთიერთმიმართება, რამდენადაც დამოუკიდებლობის პრინციპი ბენეფიციარის მხრიდან უფლების ბოროტად გამოყენების რისკის წინაშე აყენებს პრინციპალს. მისი ერთადერთი დამცველი სწორედ ზუსტი შესაბამისობის პრინციპია. ამრიგად, ეს ორი პრინციპი გამოიყენება ძირითადი ხელშეკრულების მხარეთა ინტერესების დაბალანსებისათვის.[88]

საბანკო გარანტიის დამოუკიდებლობის პრინციპი არაერთხელ იქნა განმარტებული სასამართლოს მიერ და ჩამოყალიბებული პრაქტიკის თანახმად, გარანტი ვალდებულია, იმოქმედოს გარანტიის პირობების შესაბამისად, თუმცა მოთხოვნის მართვისას უნდა მოახდინოს შემთხვევის რეგულირება გონივრული წინდახედულებისა და კეთილსინდისიერების პრინციპების მიხედვით. ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში გარანტიის დამოუკიდებელი ბუნებისაგან განსხვავებით არ ექცევა ყურადღება მოთხოვნის „ზუსტი შესაბამისობის“ პრინციპის შინაარსსა და მნიშვნელობას.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს კანონი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997, მუხლები: 881, 887, 885.
2. დამოუკიდებელი გარანტიებისა და რეზერვული აკრედიტივების შესახებ კონვენცია, მუხლები: 2,3,5, 12,14,16.
3. საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ მიღებული დამოუკიდებელი გარანტიების შესახებ №458 უნიფიცირებული წესების მუხლი №1, 2, 9.
4. საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ მიღებული დამოუკიდებელი გარანტიების შესახებ №758 უნიფიცირებული წესების მუხლი №3,13,14,15,19,22,20,6.
5. *ხატიაშვილი ა.*, საბანკო გარანტია, როგორც ვალდებულების შესრულების უზრუნველყოფის დამოუკიდებელი საშუალება და ხელშეკრულების მხარეთა პასუხისმგებლობა, 2011, 35, 36, 37.

[87] *ხატიაშვილი ა.*, საბანკო გარანტია, როგორც ვალდებულების შესრულების უზრუნველყოფის დამოუკიდებელი საშუალება და ხელშეკრულების მხარეთა პასუხისმგებლობა, 2011, 35.

[88] *Odeke A.*, Judicial Approach to Injunctions in Letters of Credit and Performance Bond Transactions: The Fraud Exception Re-examined, Denning Law Journal, Vol. 10,1995, 38.

6. *ხოტენაშვილი პ.*, საბანკო გარანტიათა სამართლებრივი ასპექტები, თბ., 2015, 7.
7. *ჭანტურია ლ.*, სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., 2011, 90.
8. *ლ. ჭანტურია*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, რედაქტორი, 2017, 28. 59.
9. *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 204.
10. *ფოფხაძე გ.*, სამაგისტრო ნაშრომი, საბანკო გარანტიის სამართლებრივი ბუნება, 2016, 8.
11. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 11 ივლისის განჩინება, №2ბ7114/14, №330210014403740.
12. თბილისის სააპელაციო პალატის 2017 წლის 10 აპრილის გადაწყვეტილება №2ბ/4510-16.
13. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის მიერ 2017 წლის 16 თებერვლის გადაწყვეტილება №2ბ/5563-15, №130210015001063580.
14. გურჯაანის რაიონული სასამართლოს 2016 წლის 27 დეკემბრის გადაწყვეტილება №340110015001160711.
15. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2016 წლის 09 ნოემბრის გადაწყვეტილება №2ბ/4559-15, №330210015703697.
16. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2016 წლის 21 ივნისის გადაწყვეტილება №2/7526-15.
17. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 17 ივლისის გადაწყვეტილება, საქმე №2/856-15.
18. ხაშურის რაიონის სასამართლოს 2015 წლის 29 სექტემბრის გადაწყვეტილება, №2-302-2015, №130210015001063580.
19. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 07 ივლისის გადაწყვეტილება №ას-80, 77, 2014.
20. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატა, 2009 წლის 17 მარტის გადაწყვეტილება, საქმე №ას-781-996-08, 14-15.
21. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატა, 2009 წლის 20 ოქტომბრის განჩინება, ქ. თბ., საქმე № ას-562-871-09, 10.
22. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატა, 2001 წლის 20 იანვრის გადაწყვეტილება, საქმე №3კ-62-01 17, 3.
23. *Odeke A.*, Judicial Approach to Injunctions in Letters of Credit and Performance Bond Transactions: The Fraud Exception Re-examined, Denning Law Journal, Vol. 10,1995, 38.
24. *Bertrams R.*, Bank Guarantees in International Trade, 3rd ed., Kluwer Law International, 2004, 1.
25. *Kayembe G.L.*, The Fraud Exception in Bank Guarantee", 2008, 1.
26. *Kelly-Louw M.*, The Documentary Nature of Demand Guarantee and Doctrine of Strict Compliance , 2009, 309.
27. *De Ly P.*, The UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by letters of Credit" 1999, 831.
28. *Goode R.*, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, 1992, 751.
29. *Kelly-Louw M.*, Limiting exceptions to the autonomy principle of demand guarantees and letters of credit, 2008,197, 311.
30. *Oelofse A.*, The Law of Documentary Letters of Credit in Comparative Perspective, 1997, 354.
31. *Eitelber E.*, Autonomy of document Credit Undertakings in South African Law, 2002, 122.
32. *Hsun Ch.H.*, The Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit," National Taiwan University Law Review, Vol. 1:2, 2006, 3.
33. *Barru D.J.*, (2005), "How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit," *George Washington International Law Review, Vol. 37, Issue 1, 78-80.*

34. *Enonchong N.,* The Autonomy principle of letter of Credit: an Illegality Exception? Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 2006, 404.
35. *Pugh-Thomas A.,* Letters of Credit –Injunctions-the Purist and the Pragmatist: Can a buyer bypass the guarantor and stop the seller from demand payment from the guarantor? 1996, 210.
36. *Mofleh A.I.* Abstract payment undertaking: To what extent are they truly abstract? 2009, 10,11,12.
37. *Kelly-Louw M.,* The Documentary Nature of Demand Guarantees and the Doctrine of Strict Compliance, (part 2) 2009, 301 478, 481.
38. *Kelly-Louw M.,* Selective legal Aspects of bank Guarantees, 2008, 126.
39. *Barru D.J.,* "How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit," George Washington International Law Review, 2005, 74-75.
40. *Dolan J.F.,* The UN Convention on International Independent Undertakings: Do States with Mature Letter-of- Credit Regimes Need it", Banking and Finance Law Review, 1998, 13.
41. Seaconsar Far East Ltd v Bank Markazi Jomhouri Islami Iran: HL 15 Oct 1993.
42. *Michelle K.L.,* Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees, University of South Africa, 2008, 65.
43. *Elliot F.,* Project Security: Bonds and Guarantees, <https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/nick_gould_-_project_security_bonds_and_gurantees_paper_for_university_of_vienna.indd_.pdf>, 10, [15/07/2017].
44. Hein online, Citation: 9 Const. L. Int'l 13 2014. The usage of on-demand bonds has become more prevalent and calls more frequent, 2014,17., Citation: 9 Const. L. Int'l 13 2014, [10/12/2016].
45. *Mofleh A.I.,* Abstract Payment Undertakings: To what extent are they truly abstract, University of Leicester, 2005, 35.
46. *Goode R.,* Commercial Law, 1026, და Jack r. Documentary Credits, 2001, 366.
47. *Goode R.,* Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce, Saint Louis university Law Journal, 1995, 740.

მირანდა მაჭარაძე*

ბრალეული პასუხისმგებლობის ზოგადი ჩარჩო და მისი მოდიფიცირების მიზანშეწონილობა შრომითსამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურებისას

საქართველოს შრომის კოდექსი არ ითვალისწინებს შრომითსამართლებრივ ჭრილში ზიანის ანაზღაურების სპეციალურ წესს. შრომითსამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურების წესი რეგულირდება საქართველოს კანონმდებლობით. სტატიაში განხილულია შრომითსამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურებისას ბრალის თავისებურების საკითხი – ზოგადად, რა სპეციფიკა ახასიათებს ბრალს, როგორც პასუხისმგებლობის ერთ-ერთ საფუძველს, შრომითსამართლებრივ დავებში. კერძოდ, სუბორდინაციის პირობებში, შრომითსამართლებრივი ურთიერთობისას ბრალის მოდიფიცირება ხშირ შემთხვევაში განსხვავებულ სამართლებრივ შედეგებს წარმოშობს ზიანის ანაზღაურების თვალსაზრისით.

საკვანძო სიტყვები: *დასაქმებულის სტატუსი, ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა, შერეული ბრალი, მტკიცების ტვირთის შებრუნება, მომეტებული საფრთხის წყარო.*

1. შესავალი

სუბორდინაციის პრინციპის არსებობის პირობებში წარმოუდგენელია, შრომითი ურთიერთობიდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურების საკითხის რეგლამენტაცია მოექცეს მხოლოდ სახელშეკრულებო ან დელიქტური პასუხისმგებლობის სტანდარტულ ჩარჩოში. სამუშაო ადგილას მუშაობის პროცესში დამდგარი ზიანის ანაზღაურების საკითხის კვლევისას მნიშვნელოვან ადგილს იკავებს კითხვა – რამდენად ადეკვატურია ბრალეული პასუხისმგებლობის ზოგადი პრინციპის გამოყენება ამგვარი ზიანის დადგომისას და ხომ არ არსებობს განსაკუთრებული გარემოებები, რისი გათვალისწინებითაც მიზანშეწონილი იქნება პასუხისმგებლობის ალტერნატიული თუ შერეული სქემების გამოყენების რელევანტურობის დასაბუთება როგორც დასაქმებულთა, ისე დამსაქმებელთა ინტერესების დაბალანსებისათვის.

2. ბრალი, როგორც პასუხისმგებლობის წინაპირობა

შრომითსამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე, ზიანის ანაზღაურების საკითხი, საქართველოს შრომის კოდექსის[1] (შემდეგში – სშკ) 44-ე მუხლის[2] თანახმად, ექცევა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის[3] (შემდეგში – სსკ) მოქმედების სფეროში.

---

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი.

1 საქართველოს შრომის კოდექსი, სსმ, 75, 27/12/2010.

2 სშკ-ის პირველი მუხლის II პუნქტის შესაბამისად, შრომით ურთიერთობასთან დაკავშირებული საკითხები, რომლებსაც არ აწესრიგებს ეს კანონი ან სხვა სპეციალური კანონი, რეგულირდება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ნორმებით.

3 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, საკანონმდებლო დამატება № 31, 1997, 1.

სსკ, ისევე როგორც გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (შემდეგში – გსკ),[4] ტრადიციულად ეყრდნობა ბრალეული პასუხისმგებლობის პრინციპს.[5]

თუმცა გსკ-ის 276-ე პარაგრაფის მეორე წინადადება ითვალისწინებს გამონაკლისს საერთო წესიდან, რაც გამოიხატება კანონის მიერ მკაცრი ან, პირიქით, უფრო მსუბუქი პასუხისმგებლობის დადგენით. ანალოგიურ მოწესრიგებას გულისხმობს სსკ-ის 395-ე I მუხლი.[6] ეს პრინციპი ვრცელდება როგორც სახელშეკრულებო, ისე დელიქტური პასუხისმგებლობის შემთხვევებზე,[7] თუმცა, დელიქტურ სამართალში მისი მოწესრიგების სფეროს გათვალისწინებით, გაცილებით ფართოა ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის პრინციპის გამოყენების არეალი.[8]

ბრალის ელემენტების შინაარსი, სსკ-ის მიხედვით, გარკვეულწილად, განსხვავებულია სისხლის სამართალში მოქმედი განზრახვისა და გაუფრთხილებლობის ანალოგიური ტერმინების მნიშვნელობისაგან. ეს განსაკუთრებით თვალშისაცემია გაუფრთხილებლობის ცნებასთან მიმართებით.[9] სამოქალაქო ბრუნვისათვის დამახასიათებელი აუცილებელი ყურადღებიანობის დარღვევა შესაძლოა განხორციელდეს უჩვეულოდ მაღალი ხარისხით (უხეში გაუფრთხილებლობა) და შედარებით დაბალი ხარისხით (მარტივი გაუფრთხილებლობა). გაუფრთხილებლობა ბრალის ყველაზე გავრცელებული ფორმაა სამოქალაქო სამართალში.[10] იგივე შეიძლება ითქვას შრომითი სამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურებისას.

2.1. „წმინდა“ ბრალეული პასუხისმგებლობის სქემა შრომით ურთიერთობებში

შრომითსამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე პასუხისმგებლობის საფუძველი შეიძლება იყოს წინასახელშეკრულებო ვალდებულების ან შრომითი ხელშეკრულების დარღვევით გამოწვეული ზიანი, ასევე პასუხისმგებლობა დელიქტური ვალდებულების დარღვევისათვის.

---

[4] გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>, [24.07.2017].

[5] გსკ-ის 276-ე I (1) პარაგრაფის, ასევე სსკ-ის 395-ე I მუხლის თანახმად, როგორც წესი, პასუხისმგებლობის საფუძველია პირის განზრახი ან გაუფრთხილებელი ქმედება. იხ. *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 153.

[6] იხ. სსკ-ის 395-ე I მუხლი, რომელიც, მიუხედავად იმისა, რომ გსკ-ის პარალელური ნორმისგან განსხვავებით პირდაპირ არ მიუთითებს უფრო მსუბუქი ან მკაცრი პასუხისმგებლობის გამოყენების შესახებ, თუმცა ჩანაწერი „...თუ სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული“, გულისხმობს ზოგადი წესიდან გამონაკლისის დასაშვებობაზე.

[7] იხ. სსკ-ის 992-ე მუხლი.

[8] დელიქტურ ვალდებულებებში ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის პრინციპის ფართოდ გამოყენებასთან დაკავშირებით იხ. *Van Dam C.*, Europian Tort Law, Oxford University Press, New York, 2006, 237.

[9] თუ განზრახვის დეფინიციის განსაზღვრისას სსკ ეყრდნობა სისხლის სამართალში შემუშავებულ ცნებას (შედეგის ცოდნა და სურვილი მართლწინააღმდეგობის შეგნებით), გაუფრთხილებლობის ცნებაში მას გარკვეული კორექტირება შეაქვს. გაუფრთხილებლობის ცნება არაა დამოკიდებული ყურადღებიანობის იმ ხარისხზე, რაც შეიძლება გამოიჩინოს ინდივიდუალურად ბრალეულმა პირმა. გაუფრთხილებლობა სამოქალაქო სამართალში განისაზღვრება მოთხოვნის ობიექტური მასშტაბით. იხ. ზოიძე ბ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, თბ., 2001, 384.

[10] იქვე.

2.1.1. პასუხისმგებლობა წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისათვის

წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას პასუხისმგებლობის საკითხი განსხვავებულად წყდება სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემაში. თუ გერმანული სამართალი ეყრდნობა *Culpa in contrahendo*-ს პრინციპს,[11] ფრანგული სამართალი წინასახელშეკრულებო ურთიერთობის დარღვევისას ზიანის ანაზღაურების საკითხს წყვეტს დელიქტური სამართლის მიხედვით,[12] თუმცა, შეიძლება ითქვას, რომ ორივე შემთხვევაში პასუხისმგებლობის საფუძველია კეთილსინდისიერების პრინციპი, რომელიც გულისხმობს არა მხოლოდ იმ ფაქტს, რომ მხარეებმა ერთმანეთს უნდა მიაწოდონ ინფორმაცია, არამედ მათ აქვთ ვალდებულება, ზიანი არ მიაყენონ მეორე პირის ინტერესებს.[13]

სსკ-ის 317-ე III მუხლი წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას პასუხისმგებლობის დაკისრებას ითვალისწინებს მეორე მხარის ბრალეული ქმედების შემთხვევაში. საინტერესოა „ბრალის" ცნების დატვირთვა წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას. აღსანიშნავია, რომ წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას ბრალი შეიძლება განისაზღვროს როგორც ქმედება, რომლითაც ირღვევა აუცილებელი სიფრთხილის გამოჩენის თაობაზე ნორმები. მოსარჩელეს არ ევალება, ამტკიცოს განზრახვა. არაკეთილსინდისიერი მოქმედება და საჭირო გულისხმიერების არგამოჩენა მიიჩნევა ბრალად.[14]

თუმცა ზოგიერთი ავტორი ხელშეკრულების მხარეს, რომელსაც ევალება ზიანის ანაზღაურება წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევის გამო, განიხილავს როგორც არაკეთილსინდისიერ მხარეს.[15] უფრო მეტიც, არსებობს მოსაზრებაც, რომ სსკ-ის 317-ე III მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვევაში „ბრალეული მოქმედება" „არაკეთილსინდისიერი მოქმედების" ტოლფასია.[16]

გსკ-ის მიხედვით, არ არსებობს სსკ-ის 317-ე III მუხლის ზუსტი ანალოგი. გსკ-ის 311-ე პარაგრაფი ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარ-

---

[11] Culpa in contrahendo ჩამოაყალიბა გერმანელმა მეცნიერმა იერინგმა და შეიძლება განისაზღვროს როგორც სახელშეკრულებო და დელიქტურ სამართალს შორის არსებული შუალედი, რომელიც არეგულირებს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობას. იხ. *სტურუა ნ.*, ზიანის ანაზღაურება წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას შრომის სამართალში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I ტომი, თბ., 2011, 237.

[12] ფრანგული სამართლის მიხედვით, წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად სახეზე უნდა იყოს დელიქტური პასუხისმგებლობის გამოყენებისათვის აუცილებელი ყველა წინაპირობა, მათ შორის ბრალის არსებობა. ბრალი უნდა იყოს არსებითი და უპირობო. იხ. სტურუა ნ., ზიანის ანაზღაურება წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას შრომის სამართალში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I ტომი, თბ., 2011, 272.

[13] *სტურუა ნ.*, ზიანის ანაზღაურება წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას შრომის სამართალში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I ტომი, თბ., 2011, 237.

[14] Nedzel N. E., A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing and Precontractual Liability, Tulane European and Civil Law, Vol.12, 1997, 6, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[15] შეად. *ჭანტურია ლ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, თბ., 2001, 51.; შეად. ასევე, იოსელიანია., კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში (შედარებითსამართლებრივი კვლევა), ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოცემა, თბ., 2007, 40. სადაც ავტორი პირდაპირ მიუთითებს, რომ „უფრო მართებული იქნებოდა, თუკი სსკ-ის 317-ე III მუხლში, ნაცვლად გაურკვეველი ცნებისა – „ბრალეული მოქმედება" – მითითებული იქნებოდა ცნება – „არაკეთილსინდისიერი მოქმედება".

[16] *იოსელიანია.*, კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში (შედარებითსამართლებრივი კვლევა), ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოცემა, თბ., 2007, 40.

ღვევისათვის, თუმცა, ვალდებულების დარღვევის ბრალეულობასთან დაკავშირებით, გსკ მიუთითებს 276-ე–278-ე პარაგრაფებზე.[17]

სსკ-ის 317-ე მუხლით გათვალისწინებული ვალდებულების დარღვევისათვის, ძირითადად, ზიანის ანაზღაურება მოიცავს მხოლოდ ხელყოფასა და კანონიერ ნდობასთან დაკავშირებულ ინტერესს. შრომითსამართლებრივ ჭრილში წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევის კუთხით მნიშვნელოვანია დისკრიმინაციის საკითხი. მიუხედავად სახელშეკრულებო ბოჭვის არარსებობისა, მოლაპარაკებების ეტაპზე მოლაპარაკების მწარმოებლები განიხილებიან ისევე, როგორც მხარეები. ხელშეკრულების დადებისკენ მიმართული მოლაპარაკებების დაწყებისას წარმოიშობა სახელშეკრულებო ნდობაზე დაფუძნებული ურთიერთობა.[18] შესაბამისად, წინასახელშეკრულებო ეტაპზე დისკრიმინაციის შემთხვევაში დაზარალებულს შეუძლია, მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება, სსკ-ის 394-ე I მუხლის შესაბამისად, ქონებრივი ზიანისათვის,[19] ხოლო თუ სახეზეა პიროვნული უფლებების ხელყოფა, სსკ-ის მე-18 VI მუხლიდან გამომდინარე, დასაშვებია ანაზღაურების მოთხოვნა როგორც ქონებრივი, ისე არაქონებრივი ზიანისათვის. ორივე შემთხვევაში სარჩელის წარმატების წინაპირობაა ბრალეული ქმედების დასაბუთება.[20]

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით დადგენილი ზოგადი პრინციპის თანახმად, დისკრიმინაციული შეკითხვის დასმით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების დავის შემთხვევაში, ვინაიდან სშკ განსხვავებულ წესს არ ადგენს, მტკიცების ტვირთს აკისრებს დაზარალებულს, რაც, შრომითი ურთიერთობის თავისებურების გათვალისწინებით, წაგებიან პოზიციაში აყენებს კანდიდატს. [21]

2.1.2. პასუხისმგებლობა სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისათვის

გსკ-ის შესაბამისად, დამსაქმებელი მხოლოდ მაშინ აგებს პასუხს დასაქმებულისათვის სამუშაოს შესრულებისას მიყენებულ ზიანზე, თუ განზრახ ან გაუფრთხილებლობით არღვევს ვალდებულებას, რომელიც მოიცავს უსაფრთხო სამუშაო გარემოს, მანქანა-დანადგარებისა

[17] *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 198.

[18] *კერესელიძე თ.*, შრომითი ხელშეკრულების დადებამდე დამსაქმებლის მიერ კანდიდატისათვის დასმული დისკრიმინაციული შეკითხვის სამართლებრივი შედეგები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I ტომი, თბ., 2011, 221.

[19] თუ კანდიდატს უარი უთხრეს გასაუბრებაზე ორსულობის ფაქტის გამო, ხოლო ის იმედოვნებდა, რომ ამ სამსახურს აუცილებლად მიიღებდა თავისი კვალიფიკაციის, გამოცდილებისა და გამოცხადებულ ვაკანსიასთან, სხვა კანდიდატებთან შედარებით, ყველაზე მეტად შესაბამისობის გამო, რისი გათვალისწინებითაც მან უარი თქვა ალტერნატიულ შემოთავაზებაზე, დაზარალებულს შეუძლია, მოითხოვოს დისკრიმინაციული გარემოებით გამოწვეული ქონებრივი ზიანის ანაზღაურება, რაც, გერმანული ლიტერატურის თანახმად, შრომითი ხელშეკრულების პირველ ჰიპოთეზურ მოშლამდე ხელფასის ოდენობის ფარგლებშია შესაძლებელი. იხ. *კერესელიძე თ.*, შრომითი ხელშეკრულების დადებამდე დამსაქმებლის მიერ კანდიდატისათვის დასმული დისკრიმინაციული შეკითხვის სამართლებრივი შედეგები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I ტომი , თბ., 2011, 224 და შემდგომნი.

[20] იხ. სსკ-ის მე-18 (VI) მუხლი, 413 (I).

[21] შეად. *კერესელიძე თ.*, შრომითი ხელშეკრულების დადებამდე დამსაქმებლის მიერ კანდიდატისათვის დასმული დისკრიმინაციული შეკითხვის სამართლებრივი შედეგები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), თბ., I ტომი, 2011, 221. „გერმანიაში „თანასწორი მოპყრობის შესახებ კანონის" 22-ე მუხლის შინაარსიდან იკვეთება, რომ დავის არსებობის შემთხვევაში, თუ მხარე დისკრიმინაციის შემცველი გარემოების ეჭვის ვარაუდს დაასაბუთებს, მეორე მხარეს დაეკისრება დისკრიმინაციისაგან დამცავ ნორმებთან წინააღმდეგობის არარსებობის მტკიცების ტვირთი. ეს კი დისკრიმინირებული პირისათვის სასამართლოსადმი მიმართვისა და სასარჩელო მოთხოვნის დასაბუთებას ამარტივებს."

და სამუშაო მასალით უზრუნველყოფას, ისევე როგორც დასაქმებულის ჯანმრთელობისა და სიცოცხლის დასაცავად არ იღებს პრევენციულ ზომებს. ეს დამსაქმებლის ნაწარმოები ვალდებულებაა, რომელიც მომდინარეობს შრომითი ხელშეკრულებიდან და რეგულირდება გსკ-ის 618-ე პარაგრაფით.

დამსაქმებლისათვის დასაქმებულის მიერ ზიანის მიყენებისას გამოიყენება ხელშეკრულების დარღვევიდან გამომდინარე მოთხოვნები (§280);[22] ასევე შესაძლებელია დელიქტური პასუხისმგებლობის შესახებ ნორმების გამოყენებაც. ვინაიდან ზიანის მიყენება ხორციელდება დასაქმებულისათვის მინდობილი საწარმოს საქმიანობის ფარგლებში, გასათვალისწინებელია, რომ დამსაქმებლის მიერ საწარმოს საქმიანობის ორგანიზება მნიშვნელოვნად ახდენს გავლენას დასაქმებულის პასუხისმგებლობის რისკზე.[23]

შრომითი ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულების დარღვევისას, როგორც წესი, მოქმედებს ბრალეული პასუხისმგებლობის პრინციპი. კერძოდ, შრომითი ხელშეკრულების კანონით გათვალისწინებული საფუძვლის გარდა, შეწყვეტისას, დასაქმებულს შეუძლია, მოითხოვოს სამუშაოზე აღდგენა და სამსახურის დაკარგვით გამოწვეული განაცდურის ანაზღაურება.[24] სარჩელის წარმატების შემთხვევაში, ანაზღაურების მოთხოვნის საფუძველია დაზარალებულის მოცდენა დამსაქმებლის ბრალით.[25]

2.1.3. პასუხისმგებლობა დელიქტური ვალდებულების დარღვევისათვის

შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის კონტექსტში დელიქტური პასუხისმგებლობის საფუძველია კანონით დადგენილი წესის დარღვევა[26] ან ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა მომეტებული საფრთხიდან გამომდინარე. სსკ-ის 992-ე და შემდეგი მუხლები ბრალეულობის შესახებ განსაკუთრებულ რეგულირებას არ შეიცავს, ვინაიდან სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლი და დელიქტური სამართლის მიხედვით მოთხოვნის სხვა საფუძვლები არეგულირებს კანონით გათვალისწინებულ ვალდებულებით ურთიერთობას, ასეთ შემთხვევებში დამატებით გამოიყენება – რამდენადაც სამოქალაქო კოდექსის 992-ე და შემდეგ მუხლებში არ არის მოცემული საწინააღმდეგო წესები – ნორმები, რომლებიც ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვა-

---

22 *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 460.

23 იქვე.

24 ქ.თბილისის სააპელაციო სასამართლოს განმარტებით, „მოცდენად უნდა ჩაითვალოს იმგვარი ვითარებაც, როდესაც შრომითი ხელშეკრულებისა რამართლზომიერად მოშლის შედეგად დასაქმებულს ხელშეკრულებით გათვალისწინებული მოვალეობების შესრულების შესაძლებლობა ესპობა, ვინაიდან, ამავე დროს, არსებობს დასაქმებულის ნება, განახორციელოს ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულება და მიიღოს შესაბამისი ანაზღაურება. შესაბამისად, შრომითი ხელშეკრულების არამართლზომიერად მოშლის მომენტიდან დასაქმებულის სამუშაოზე აღდგენამდე დრო დამსაქმებლის ბრალით გამოწვეული მოცდენაა. სააპელაციო სასამართლომ აქვე განმარტა, რომ შრომითი ხელშეკრულების საფუძვლის ბათილად ცნობა, შედეგობრივი თვალსაზრისით, იწვევს ხელშეკრულების საფუძვლის ბათილობამდე არსებული მდგომარეობის აღდგენასა და იმ ზიანის ანაზღაურებას, რომელიც დასაქმებულს დამსაქმებლის მხრიდან არამართლზომიერი გათავისუფლებით მიადგა, შესაბამისად, სამსახურში აღდგენა და განაცდურის ანაზღაურება სსკ-ის 408-ე და 411-ე მუხლების კონტექსტში ის სამართლებრივი შედეგებია, რაც დამსაქმებლის არამართლზომიერ ქმედებას სდევს თან.“ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 10 ოქტომბრის განჩინება საქმეზე – №ას-762-730-2014.

25 იხ. სშკ, 32-ე (I) მუხლი.

26 კანონით დადგენილი წესის დარღვევა განაპირობებს ბრალეული პასუხისმგებლობის პრინციპის ნაცვლად დელიქტურ სამართალში უპირატესად ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის პრინციპის გამოყენებას. იხ. Van Dam C., Europian Tort Law, Oxford University Press, New York, 2006, 237.

ლდებულებებს არეგულირებენ.[27] ამიტომ ბრალის შემთხვევაში შეიძლება გამოყენებულ იქნეს სსკ-ის 395-ე მუხლის პირველი აბზაცი, რომლის მიხედვითაც ზიანის მიმყენებელს პასუხისმგებლობა ეკისრება როგორც განზრახი, ისე გაუფრთხილებელი მოქმედებისათვის.[28]

სახელშეკრულებო ვალდებულების გარდა, უსაფრთხო სამუშაო გარემოთი და პირობებით უზრუნველყოფა დამსაქმებლის კანონისმიერი ვალდებულებაცაა. ეს ფუნდამენტური ნორმა, რომელიც უკავშირდება დასაქმებულის სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას, განთავსებულია არაერთ საჯაროსამართლებრივ აქტში,[29] ვინაიდან ეს ვალდებულება უკვე არის საჯარო სამართლის ნაწილი, რომელიც შეიძლება მიჩნეულ იქნეს სტანდარტად, რომელიც ზუსტად ახასიათებს სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევას გსკ-ის 618 1 პარაგრაფის მიხედვით.

გარდა სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობისა, დელიქტური სამართლის მიხედვითაც, დამსაქმებელი ვალდებულია, შექმნას უსაფრთხო სამუშაო გარემო და დაიცვას დასაქმებულები და კლიენტები საფრთხისაგან.

კანონით დადგენილი ვალდებულების დარღვევა, გსკ-ის მიხედვით, ზიანის ანაზღაურების საფუძველია მხოლოდ მაშინ, თუ დაზარალებული მიეკუთვნება კანონით დაცულ პირთა წრეს.[30] მაგალითად, საქმის – ***Hartley v. Mayoh& Co*** – მიხედვით, მეხანძრე, რომელიც ქარხანაში გაჩენილ ცეცხლს აქრობდა, გარდაიცვალა დენის დარტყმის შედეგად. სასამართლომ მისი ქვრივის სარჩელი ქარხნის მეპატრონის წინააღმდეგ, რომელიც ეფუძნებოდა მეპატრონის მხრიდან უსაფრთხოების წესების დარღვევას, არ დააკმაყოფილა იმ არგუმენტზე დაყრდნობით, რომ მსგავსი უსაფრთხოების წესები მოწოდებულია, დაიცვას დასაქმებულთა უსაფრთხოება და არა მეხანძრის უსაფრთხოება ხანძრის ჩაქრობისას. ამიტომ ქვრივის სარჩელი, რომელიც დაეფუძნა კანონით დადგენილი წესის დარღვევას, უარყოფილ იქნა, თუმცა დელიქტური სარჩელი, დაფუძნებული გაუფრთხილებლობაზე, სასამართლომ დააკმაყოფილა. ასევე მნიშვნელოვანია, რომ პირის დარღვეული ინტერესი ექცეოდეს დამცავი წესის ფარგლებში.[31]

როგორც გერმანიის სასამართლო პრაქტიკამ დაადგინა, თუ მოპასუხემ დაარღვია კანონით დადგენილი წესი და ეს წესი ითვალისწინებდა ქცევის სპეციალურ სტანდარტს,[32] მაშინ ივარაუდება, რომ მოპასუხე მოქმედებდა გაუფრთხილებლობით. თავის მხრივ, მოპასუხეს შეუძლია ამტკიცოს, რომ მის ქმედებაში არ იყო გაუფრთხილებლობის ნიშნები. [33]

---

[27] *ლუთრინგჰაუსი პ.*, დელიქტური სამართალი, თბ., 2011, 18.

[28] პირის ბრალეულობის შეფასებისათვის საჭიროა ობიექტური ტესტის გავლა, რომლისთვისაც ამოსავალია საშუალო, გონიერი ადამიანის სტანდარტი. კერძო სამართალში, განსხვავებით სისხლის სამართლისგან, ბრალი არ განისაზღვრება ინდივიდუალურად, ზიანის მიმყენებლის თვალსაწიერიდან, რადგან ზიანის დადგომისას დელიქტური სამართლის უპირატესი ინტერესი არა პირის დასჯა, არამედ ზიანის ანაზღაურებაა. ასევე მნიშვნელოვანია სოციალური მიზანიც, რაც გამოიხატება საზოგადოებაში დამკვიდრებული ადეკვატური ქცევის სტანდარტის შესაბამისად მოქმედებაში, ხოლო ვინც ამ სტანდარტს უგულებელყოფს, ის იხდის კომპენსაციას ამ ხელყოფისათვის. ***Van Dam.C.***, Europian Tort Law, Oxford University Press, New York, 2006, 221.

[29] Health and Safety at work Act, §3, <http://www.legislation.govt.nz>, [20.07.2017].

[30] იხ. გსკ-ის 823 § II.

[31] შეად. საფრანგეთის დელიქტურ სამართალში, კანონით დადგენილი წესის დარღვევას არ სჭირდება დამატებით ბრალის დასაბუთება, საკმარისია დაირღვეს კანონით დაცული ინტერესი. არგუმენტი არის ის, რომ კანონისმიერი ნორმების მიზანია, დაიცვას, ზოგადად, პირთა ინტერესები, ანუ არ ხდება პირთა წრის დაკონკრეტება, შესაბამისად, ვრცელდება ყველაზე განურჩევლად. კანონისმიერი ვალდებულებები მიჩნეულია აბსოლუტურად. თუმცა ეს აბსოლუტურობა შეზღუდულია მიზეზობრიობის დასაბუთების მოთხოვნით. იხ. ***Van Dam C.***, Europian Tort Law, Oxford University Press, New York, 2006, 245.

[32] იქვე.

[33] იქვე.

საქართველოს უზენაესი სასამართლო თავის რეკომენდაციებში საწარმოს ბრალეულ მოქმედებად განიხილავს შრომის კანონმდებლობის, შრომის დაცვის წესების, ნორმებისა და სხვა ნორმატიული აქტების მოთხოვნათა უგულებელყოფას ან არასათანადო შესრულებას. შესაბამისად, დამსაქმებელი სრულად ანაზღაურებს დამდგარ ზიანს.[34]

შრომითი მოვალეობის შესრულებისას დასაქმებულის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისათვის მიყენებული ზიანი განიხილება აბსოლუტური უფლებების დარღვევის კონტექსტში და ამიტომ მოქმედება, როგორც წესი, დელიქტურად ითვლება. შესაბამისად, ქმედების განმხორციელებელია ვალდებული, ამტკიცოს თავისი ქმედების მართლზომიერება.[35] ეს სამართლებრივი ურთიერთობა მაინც არის ზიანის მიყენების (დელიქტის) საფუძველზე წარმოშობილი ვალდებულება, ვინაიდან ვალდებულება წარმოიშობა დაზარალებულის აბსოლუტური სუბიექტური სამოქალაქო უფლებების დარღვევის შედეგად, ატარებს არასახელშეკრულებო ხასიათს და მიზნად ისახავს არაქონებრივი სიკეთისათვის (სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისათვის) მიყენებული ზიანის ანაზღაურებას. აქედან გამომდინარე, ამ სამართლებრივ ურთიერთობებზე ვრცელდება დელიქტური ვალდებულებისათვის დამახასიათებელი ყველა პრინციპი და აუცილებელია მისი წარმოშობისათვის გათვალისწინებული საფუძვლების – ზიანის მიმყენებლის ბრალსა და დამდგარ ზიანსა და ქმედებას შორის მიზეზშედეგობრივი კავშირის – არსებობა.

დელიქტური პასუხისმგებლობის ჩარჩოში ექცევა ფსიქოლოგიური ტრავმისას მიყენებული ზიანის ანაზღაურებაც. ზოგიერთ სისტემაში ანაზღაურების ვალდებულება არსებობს მხოლოდ მაშინ, თუ ფსიქოლოგიური ტრავმა სხეულის დაზიანების შედეგია. ზოგიერთი შტატის კანონმდებლობა ანაზღაურების წინაპირობად განიხილავს ფსიქოლოგიური ტრავმის წარმოქმნის აუცილებლობას იმავე შემთხვევის ფარგლებში.[36] გსკ-ის მიხედვით, როგორც წესი, ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლება აქვს მხოლოდ უშუალოდ დაზარალებულს. ამ წესიდან არსებობს **844-845** პარაგრაფებით დადგენილი მხოლოდ ორი გამონაკლისი. რაც შეეხება შოკს, რომელიც მიიღო ნათესავმა იმ ფაქტიდან გამომდინარე, რომ გახდა თვითმხილველი ან უეცრად შეიტყო პირის დაზიანების ან გარდაცვალების ფაქტი, ეს სასამართლო პრაქტიკის მიერ შექმნილი გამონაკლისია.

აშშ-ში შტატების უმრავლესობა უარყოფს სტრესით გამოწვეული ფსიქოლოგიური ტრავმის ანაზღაურებას, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ტრავმა გამოწვეულია არაორდინარული და უჩვეულო სტრესით.[37] ფსიქოლოგიური ტრავმის ანაზღაურების ბარიერები საჭიროა თვალთმაქცური სარჩელების თავიდან ასაცილებლად. მაგალითად, საქმეში – ***Bedini v. Frost*** – ვერმონტის უმაღლესმა სასამართლომ დააფიქსირა მტკიცების მაღალი სტანდარტი ფსიქოლოგიური ტრავმის ანაზღაურებასთან დაკავშირებულ სარჩელზე. ამ მოთხოვნის გამართლება სასამართლომ დაასაბუთა იმ ფაქტით, რომ ფსიქიკური ტრავმის დიაგნოზის დასმა საკმაოდ

---

[34] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რეკომენდაციები სამოქალაქო სამართლის სასამართლო პრაქტიკის პრობლემატურ საკითხებზე, 88-89 <http://www.supremecourt.ge>, [25 07.2017].

[35] *ლუთრინგჰაუსი პ.*, დელიქტური სამართალი, თბ., 2011, 16.

[36] *Janutis, R.M.*, The new Industrial System Crisis: Compensating Workers For Injuries In The Office, Loyola of Los Angeles Law Review, 2008-2009, 39, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[37] არაორდინარულად და უჩვეულოდ მიიჩნევა ისეთი განსაკუთრებული მნიშვნელობის სტრესი, რომელიც სამუშაო ადგილისათვის დამახასიათებელ ჩვეულებრივ სტრესს გაცილებით აღემატება. ფსიქოლოგიური ტრავმის ანაზღაურებისას სხეულის დაზიანებისგან განსხვავებით, პრობლემური საკითხია დიაგნოზის დასმის სირთულე. იხ. *Janutis, R.M.*, The new Industrial System Crisis: Compensating Workers For Injuries In The Office, Loyola of Los Angeles Law Review, 2008-2009, 41, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

რთულია.[38] დიაგნოზის დასმასთან ერთად მეორე არანაკლებ მწვავე პრობლემა დგას: არის თუ არა ფსიქოლოგიური ტრავმა ყოველთვის გამოწვეული სამსახურიდან გამომდინარე სტრესის ზეგავლენით? ეს საკითხი განსაკუთრებით აქტუალურია პერმანენტულად სამსახურიდან გამომდინარე სტრესის ზეგავლენით განვითარებულ ფსიქოლოგიურ ტრავმასთან მიმართებით, ვიდრე უცაბედი სტრესული ფაქტორით განვითარებული ტრავმა. როგორც წესი, ჩვეულებრივ და ყოველდღიურ დონეზე ფსიქოლოგიური ტრავმის განვითარების რისკს ატარებს დასაქმებული, განსხვავებით დასაქმებულთა კომპენსაციის სისტემისა, სადაც სამუშაო ადგილზე ჯანმრთელობის დაზიანებით გამოწვეულ რისკს, თუნდაც ყოველდღიურ და ჩვეულებრივ სიტუაციაში, არასოდეს არ ატარებს დასაქმებული.

2.2. შერეული ბრალი – პასუხისმგებლობის გადანაწილება

თანაბრალეულობის შემთხვევა გამონაკლისია ბრალეული პასუხისმგებლობის ზოგადი სქემიდან, ვინაიდან, როგორც წესი,[39] იწვევს პასუხისმგებლობის გადანაწილებას ზიანის გამომწვევის ბრალის პროპორციულად.[40] სსკ-ის 415-ე მუხლი, ისევე როგორც გსკ-ის 254-ე პარაგრაფი, შეეხება ზიანის სრული ანაზღაურების შეზღუდვის შემთხვევებს.

შერეული ბრალის პრინციპის დატვირთვა, ძირითადად, გამოიხატება პასუხისმგებლობის გადანაწილებით, თუმცა შრომითსამართლებრივ ურთიერთობაში შერეული ბრალის მნიშვნელობა რამდენადმე განსხვავებულია. ეს განსხვავება, მაგალითად, დასაქმებულის მიერ დამსაქმებლისათვის ზიანის მიყენების სიტუაციაში განპირობებულია დამსაქმებლის ფუნქციით, განახორციელოს საწარმოს მართვის ორგანიზება. სწორედ ეს იწვევს პასუხისმგებლობის რისკების განაწილებას.[41] გსკ-ის 254-ე პარაგრაფის შესაბამისად, მოქმედებს თანაბრალეულობის პრინციპი.

პასუხისმგებლობის გადანაწილების წესი არ შემოიფარგლება მხოლოდ იმ შემთხვევებით, სადაც აშკარაა საწარმოო საფრთხე ან მეტია რისკი, შესაბამისად, ყველა გარემოების გათვალისწინებით, ზიანის რისკის გადანაწილება დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის

---

[38] აღსანიშნავია, რომ 1980 წელს ამერიკის ფსიქიატრიის ასოციაციამ ჩამოაყალიბა ზუსტი დიაგნოზის კრიტერიუმების ნუსხა იმ გონებრივი აშლილობებისა, რაც შეიძლება განვითარდეს დასაქმების პროცესში. იხ. *Janutis, R.M.*, The new Industrial System Crisis: Compensating Workers For Injuries In The Office, Loyola of Los Angeles Law Review, 2008-2009, 42, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[39] რომის სამართალში შერეული ბრალი დაზარალებულს ართმევდა ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის შესაძლებლობას. ამ მიზნებისათვის მხედველობაში მიიღებოდა დაზარალებულის მხრიდან მარტივი გაუფრთხილებლობაც კი. იხ. *შუდრა თ.*, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა დასაქმებულის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი, თბ., 2013, 254.

[40] შერეული ბრალისა და რისკის გადანაწილების დოქტრინების მიხედვით, დელიქტურ სარჩელთან შედარებით გაცილებით შეიზღუდა დასაქმებულის სასარგებლოდ ზიანის ანაზღაურების შემთხვევები. შერეული ბრალის დოქტრინა დაზარალებული დასაქმებულის ნებისმიერი ხარისხით, თუნდაც მარტივი გაუფრთხილებლობის გამოკვეთისას საერთოდ გამორიცხავდა მის სასარგებლოდ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნას, იგივე შედეგი დგებოდა რისკის გადანაწილების დოქტრინის საფუძველზეც, თუ დასაქმებულმა იცოდა ან უნდა სცოდნოდა დაზიანების მოსალოდნელობის შესახებ. ამ პირობებში დასაქმებულთა სამართლიანი კომპენსაციის მიღების შესაძლებლობა წარმოუდგენელი იყო. ამიტომ შერეული ბრალისა და რისკის გადანაწილების დოქტრინები თითქმის გაუჩინარდა. იხ. *Forte G.*, Rethinking America's Approach To Workplace Safety: A Model for Advancing Safety Issues in the Chemical Industy, Cleveland Law Review, 2005-2006, 517. <http://heinonline.org,> [20.06.2017].

[41] კროპჰოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 460.

უნდა მოხდეს.[42] თუმცა გასათვალისწინებელია, რომ დასაქმებულის პასუხისმგებლობის განსაზღვრისათვის ასეთ შემთხვევაში დიდ როლს ასრულებს გაუფრთხილებლობის ხარისხი.[43]

რაც შეეხება სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას დასაქმებულის ჯანმრთელობის დაზიანების შემთხვევას, განსხვავებით დასაქმებულთა კომპენსაციის სისტემისაგან,[44] ზიანის ოდენობის განსაზღვრისას სასამართლო მხედველობაში იღებს დაზარალებულის ბრალსაც.[45]

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, შერეული ბრალის არსებობის შემთხვევაში, „ზიანის დადგომაში საწარმოს ბრალის არსებობა უკვე არის საწარმოს პასუხისმგებლობის საფუძველი. დაზარალებულის ბრალის არსებობა კი არის საკომპენსაციო თანხის შემცირების, და არა საწარმოს პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების, საფუძველი.“[46]

შერეული ბრალის პრინციპი მოქმედებს დაზარალებულის მიერ დამოუკიდებელი კონტრაქტორისა და კომპანიის წინააღმდეგ მიმართული სარჩელის პირობებში. თუ სასამართლო დაადგენს, რომ ორივე მხარის – დამოუკიდებელი კონტრაქტორისა და კომპანიის – ბრალეულობით მოხდა ზიანის დადგომა, პასუხისმგებლობა გადანაწილდება ბრალის პროპორციულად.[47]

შერეული ბრალის პრინციპის მნიშვნელობა არანაკლებია სსკ-ის 997-ე მუხლთან მიმართებითაც. თუ დაზარალებულის ბრალიც სახეზეა, ეს გავლენას მოახდენს დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის ხარისხზე.[48]

---

[42] *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 460.

[43] შრომის სამართლის საქმეების განმხილველი გერმანიის ფედერალური სასამართლოს პრაქტიკიდან გამომდინარე, მარტივი (მსუბუქი) გაუფრთხილებლობისთვის საერთოდ გამოირიცხება დამსაქმებლის მოთხოვნა დასაქმებულის მიმართ; საშუალო გაუფრთხილებლობისას ზიანის კვოტებად გადანაწილება ხორციელდება ცალკეული გარემოებების გათვალისწინებით, ხოლო უხეში გაუფრთხილებლობისას, როგორც წესი, დასაქმებული სრულად აგებს პასუხს. ამ წესიდან გამონაკლისია შემთხვევა, თუ არსებობს უხეში შეუსაბამობა დასაქმებულის შემოსავალსა (ხელფასსა) და ზიანის რისკს შორის. დაწვრ. იხ. *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 460-461.

[44] დასაქმებულთა კომპენსაციის სისტემა დაფუძნებულია ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის პრინციპზე. სათავეს იღებს ამერიკაში 1910 წლიდან, რომლის შესაბამისად, დამსაქმებელი თავიდანვე იღებს პასუხისმგებლობას, სამუშაო ადგილას ზიანის დადგომისას დასაქმებულის ბრალეულობის მიუხედავად აანაზღაუროს ზიანი. სწორედ ამ ნიშნით ზიანის ანაზღაურების ეს სისტემა ემსგავსება ხელშეკრულებას, რომლის შესაბამისად, დასაქმებულები უარს ამბობენ ზიანის ანაზღაურების შესახებ სარჩელზე იმ მოტივით, რომ დამსაქმებელი უზრუნველყოფს მათ ადეკვატური კომპენსაციით. იხ. ***Forte G.***, Rethinking America's Approach To Workplace Safety: A Model for Advancing Safety Issues in the Chemical Industy, Cleveland Law Review, 2005-2006, 518. <http://heinonline.org,> [20.06.2017].

[45] ამერიკის ზოგიერთი შტატის კანონმდებლობის მიხედვით (მაგ.: არიზონა, არკანზასი, კოლორადო, ჯორჯია, აიდაჰო, ნებრასკა), იმ შემთხვევაში, თუ დაზარალებულის ბრალი ზიანის დადგომაში 50%-ია, მას ზიანი საერთოდ არ აუნაზღაურდება. განსხვავებით სიტუაციისგან, როდესაც მოსარჩელის ბრალი 33,3%-ია, მას აუნაზღაურდება მიყენებული ზიანის 66,6%. იხ. ***Burns J.J.***, Respondeat Superior as an Affarmative Defence: How Employers Immunize themselves from Direct Negligence Claims, Michigan Law Review, 2010-2011, 665. <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[46] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რეკომენდაციები სამოქალაქო სამართლის სასამართლო პრაქტიკის პრობლემატურ საკითხებზე, 88-89 <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/rekomend.pdf>, [25.07.2017].

[47] ***Burns J.J.***, Respondeat Superior as an Affarmative Defence: How Employers Immunize themselves from Direct Negligence Claims, Michigan Law Review, 2010-2011, 669. <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[48] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პოზიცია დასაქმებულის ჯანმრთელობისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების საკითხზე ითვალისწინებს საწარმოს ბრალის ხარისხს ზიანის ოდენობის დადგენისას. შერეული ბრალის გამოკვეთისას დაზარალებულის ბრალის არსებობა არის საკომპენსაციო თანხის შემცირების, და არა საწარმოს პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების, საფუძველი. შინაარსობრივად

2.3. პასუხისმგებლობა სხვისი ბრალეული ქმედებისათვის (*Vicarious Liability*)

დასაქმებულის მიერ სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას განხორციელებული მართლსაწინააღმდეგო, ბრალეული ქმედება განაპირობებს დამსაქმებლის პასუხისმგებლობას სხვისი (დასაქმებულის) ბრალეული ქმედებისათვის (*vicarious liability*). ეს პრინციპი ეფუძნება არა ბრალის თეორიას, არამედ იმ ფაქტს, რომ დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის არსებობს სახელშეკრულებო ურთიერთობა, რომლის ფარგლებში დამსაქმებელი დასაქმებულის მიერ განხორციელებული საქმიანობის შედეგად იღებს სარგებელს,[49] ამასთან, მას, როგორც შრომით ურთიერთობაში ძლიერ მხარეს, უფრო მეტად შესწევს უნარი, აანაზღაუროს ხარჯები. საგულისხმოა, რომ დასაქმებულის ბრალეული ქმედებისათვის დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის საფუძველია ზიანის მიყენება სწორედ სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას.[50]

დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის საფუძველი დასაქმებულის ბრალეული ქმედებისათვის არის ქვემდებარეობის პრინციპი და უფრო კონკრეტულად ქვემდებარეობის პრინციპის ელემენტი – კონტროლისა და მითითების უფლება. სწორედ ამით განსხვავდება შრომითი ურთიერთობა დამოუკიდებელი კონტრაქტორის შემთხვევისა[51] და ნარდობის ხელშეკრულებისაგან, სადაც დამკვეთს შემსრულებლისადმი განსახორციელებელ საქმიანობაზე კონტროლის უფლებამოსილება არ აქვს.

სსკ-ის 997-ე მუხლის განმარტებისას თბილისის სააპელაციო სასამართლო მიუთითებს, რომ ამ მუხლის გამოყენების წინაპირობა ზიანის ანაზღაურების დაკისრების ზოგად წინაპირობებთან ერთად არის ზიანის მიმყენებლის შრომითი (ან ნარდობითი) ურთიერთობა მოპასუხესთან. ყურადსაღებია, რომ ბრალი, რომლის არსებობა სავალდებულო პირობაა ზიანის ანაზღაურებისათვის, უნდა მიუძღოდეს საწარმოს მუშაკს და არა თვით საწარმოს. [52]

საინტერესოა გერმანული სამართლის რეგულირება, რომელიც, განსხვავებით სსკ-ისაგან, სხვისი (დასაქმებულის) ბრალის ნაცვლად დამსაქმებლის ბრალზე აკეთებს აქცენტს.[53]

იგივე შეიძლება გავრცელდეს სხვისი ბრალეული ქმედებისათვის პასუხისმგებლობის შემთხვევაზე. იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რეკომენდაციები სამოქალაქო სამართლის სასამართლო პრაქტიკის პრობლემატურ საკითხებზე, 89, <http://www.supremecourt.ge>, [25.072017].

[49] *Neild D.*, Vicarious Liability and The employment Rationale, 2013, 707. <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[50] „სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების" ფარგლების განსაზღვრა მნიშვნელოვანია დამსაქმებლისათვის პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად. გერმანულ სამართალში დასაქმებულის ქმედება სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას არის განხორციელებული, თუ დასაქმებული ზიანის მიყენებისას ახორციელებდა მისთვის დადგენილ ფუნქციებს. იხ. *Markesines B.S., Unberath H.*, The German Law of Torts, A Comparative Treatise, Hart Publishing, Oxford, 2002, 696. საქართველოს უზენაესი სასამართლო თავის რეკომენდაციებში განმარტავს, რომ „სამსახურებრივ მოვალეობად შეიძლება ჩაითვალოს პირისათვის ნორმატიული აქტის, შრომის ხელშეკრულების ან ადმინისტრაციის დავალების საფუძველზე დაკისრებული მოვალეობები." დაწვრ. იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რეკომენდაციები სამოქალაქო სამართლის სასამართლო პრაქტიკის პრობლემატურ საკითხებზე, 89. <http://www.supremecourt.ge>, [25.07.2017].

[51] Independent Contractor.

[52] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2013 წლის 16 დეკემბრის გადაწყვეტილება, (№ას-660-627-2013), <http://prg.supremecourt.ge >, [25.07.2017].

[53] გსკ-ის 831-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის ფორმულირება შემდეგია: „პირი, რომელიც სხვა პირს ავალებს დავალების შესრულებას, პასუხისმგებელია, აანაზღაუროს ის ზიანი, რომელსაც ეს უკანასკნელი დავალების შესრულებისას აყენებს მესამე პირს. ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება არ დგება, თუ მარწმუნებელი იჩენს დაქირავებული პირის არჩევისას სამოქალაქო ბრუნვაში მიღებულ აუცილებელ ზრუნვას; ხოლო თუ მან უნდა შეიძინოს მოწყობილობები ან ხელსაწყოები, ან უხელმძღვანელოს დავალების შესრულებას, აუცილებელ ზრუნვას იჩენს შეძენისა თუ ხელმძღვანელობისას, ანდა, თუ ზიანი მაინც დადგებოდა

დამსაქმებლის ბრალი გამოიხატება დავალების შემსრულებლის შერჩევისას გამოვლენილი უყურადღებობით ან დასაქმებულის საქმიანობის არაჯეროვანი კონტროლით. პასუხისმგებლობის თავისებურება ისაა, რომ მარწმუნებლის ბრალი შემსრულებლის შერჩევისას და მისი კავშირი ზიანის დადგომასთან ივარაუდება. [54]

საინტერესოა, რამდენად შეიძლება ნარდობის ხელშეკრულების კონტექსტში 997-ე მუხლის გამოყენება. მითუმეტეს, სსკ-ის 997-ე მუხლის რედაქცია შეიცავს ფრაზას – „შრომითი (სამსახურებრივი) მოვალეობის შესრულებისას“.[55]

პირი, რომელიც ვალდებულია, აანაზღაუროს თავისი მუშაკის მართლსაწინააღმდეგო მოქმედებით მიყენებული ზიანი, შეიძლება იყოს როგორც იურიდიული, ისე ფიზიკური პირი (სამუშაოს მიმცემი).[56] ამ შემთხვევაში სამუშაოს მიმცემი ფიზიკური პირი შეიძლება იყოს ინდივიდუალური მეწარმე. სამუშაოს მიმცემი პასუხს აგებს თავისი, და არა სხვისი, ბრალეულობისათვის.[57] ასეთ შემთხვევაში მუშაკის მოქმედება უნდა შეფასდეს როგორც თვით სამუშაოს მიმცემის მოქმედება.[58] საგულისხმოა, რომ გსკ-ში გამოყენებულია ტერმინი „სამუშაოს ამღები“ (***Arbeitnehmer***). თუ ამ მუხლს განვმარტავთ სიტყვასიტყვით და დასაქმებულს აღვიქვამთ როგორც მხოლოდ შრომითი ურთიერთობის მხარეს, ამით შეიზღუდება ამ ნორმის გამოყენების სფერო. მუხლის მოქმედების არეალში ხვდება შრომითი ურთიერთობის მსგავსი ურთიერთობა, რომელიც სამუშაო ურთიერთობის გარეთაც შეიძლება წარმოიშვას, მაგალითად, ოჯახში.

გერმანული სამართლის მიხედვით, ამ ტერმინში იგულისხმება ნებისმიერი პირი, რომელსაც ქირაობს სხვა პირი რაიმე საქმიანობის განსახორციელებლად, მის საფუძველზე ექცევა „დამქირავებლის-დამსაქმებლის“ გავლენის სფეროში და გარკვეულ სუბორდინაციულ ურთიერთობაშია სამუშაოს მიმცემთან.[59] ამ ურთიერთობისათვის განსაკუთრებით დამახასიათებელია ის, რომ დამხმარე პირი დამოკიდებულია „ბატონის“ მითითებებზე. მსგავსი დასაქმებული პირების შემთხვევაში სახეზეა ტიპური, მითითებაზე დამოკიდებული ურთიერთობა. დამხმარე ვერ იქნება დამოუკიდებლად მოქმედი საწარმო.

სსკ-ის 997-ე მუხლის გამოყენებისას დამხმარის/თანამშრომლის/მუშაკის ბრალი სახეზე უნდა იყოს. შესაბამისად, სსკ-ის 997-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვევაში დამხმარის/თანამშრომლის/მუშაკის არაბრალეულობასთან დაკავშირებით მტკიცების ტვირთი ეკისრება დამსაქმებელს.[60]

გსკ-ის §831-ის თანახმად, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა არ არის მკაცრი და აბსოლუტური. მას აქვს დაცვის საშუალებები: პირველი, ის პასუხს არ აგებს, თუ დაამტკიცებს, რომ გამოიჩინა გულისხმიერება დასაქმებულის შერჩევისას, ასევე უზრუნველყო იგი შესაბამისი სამუშაო პირობებით და განახორციელა დასაქმებულის საქმიანობის ადეკვატური კონტროლი;

ასეთი ზრუნვის გამოჩენის შემთხვევაშიც.“ *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 653.

[54] იქვე.

[55] შეად. სსკ-ის 997-ე მუხლი: „პირი ვალდებულია, აანაზღაუროს ზიანი, რომელიც მიადგა მესამე პირს მისი მუშაკის მართლსაწინააღმდეგო მოქმედებით თავისი შრომითი (სამსახურებრივი) მოვალეობის შესრულებისას. პასუხისმგებლობა არ დადგება, თუ მუშაკი მოქმედებდა ბრალის გარეშე“.

[56] *ახვლედიანი ზ.*, ვალდებულებითი სამართალი, 1999, თბ., 267.

[57] იქვე.

[58] იქვე.

[59] *ლუთრინგჰაუსი პ.*, დელიქტური სამართალი, თბ., 2011, 26.

[60] იქვე, 27.

მეორე, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა გამოირიცხება, თუ დადგინდება, რომ, მიუხედავად მის მიერ მიღებული ზომებისა, ზიანი ვერ იქნებოდა თავიდან აცილებული.[61] ამიტომაც §831 გულისხმობს ბრალეულ პასუხისმგებლობას შებრუნებული მტკიცების ტვირთით.[62]

სასამართლოები დამსაქმებლებისგან მოითხოვენ პასუხისმგებლობის მაღალ ხარისხს, რაც §831-ით გათვალისწინებულ შემთხვევას აახლოებს ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობასთან.[63] საგულისხმოა ისიც, რომ, თუ სსკ-ის 997-ე მუხლის გამოყენებისას დადგინდება დამსაქმებელიც, ბრალეულობაც, მაგალითად, დამსაქმებელი ისეთ მუშაკს შეარჩევს, რომელიც ალკოჰოლური სასმელებისკენაა მიდრეკილი და რომელსაც სჩვევია ხარაჩოდან რაიმეს გადმოგდება, მაშინ დამატებით დადგება დამსაქმებლის პირადი პასუხისმგებლობის საკითხი, უკვე სსკ-ის 992-ე მუხლის შესაბამისად.[64]

2.3.1. დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის განმსაზღვრელი ძირითადი ფაქტორები

2.3.1.1. ქვემდებარეობის ელემენტი

ქვემდებარეობის ელემენტი დამსაქმებელზე პასუხისმგებლობის დაკისრებისათვის ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი არგუმენტია.[65] სწორედ ქვემდებარეობის პრინციპიდან გამომდინარეობს დასაქმებულისათვის მითითებების მიცემისა და საქმიანობის კონტროლის უფლებამოსილება, რაც, თავის მხრივ, ქმნის საფუძველს დამსაქმებლის პასუხისმგებლობისათვის.[66] თუმცა კონტროლის უფლებამოსილება თავისთავად ფართოა, ამიტომ გარკვეული პროფესიების მიმართ (ექიმები, გემის კაპიტნები) კონტროლის ტესტი გამოიყენება შეზღუდული სახით.[67]

ქვემდებარეობის ელემენტის პასუხისმგებლობის ძირითად საფუძვლად გამოყენებასთან დაკავშირებით არსებობს კონტრარგუმენტებიც. კერძოდ, როდესაც დამსაქმებელი თავისი საქმიანობის განხორციელებისას იყენებს სხვის თანამშრომელს, რამდენად აქვს მას ქვემდებარეობის მექანიზმის სრული მოცულობით გამოყენების შესაძლებლობა. ზოგიერთი სისტემა, მაგალითად ინგლისი, ქვემდებარეობის ნაწილად მიიჩნევს დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლების უფლებას, რაც სხვისი თანამშრომლის შემთხვევაში, ნამდვილად შეუძლებელია;[68] გერმანიაში დავა გადაწყდება იმის მიხედვით, თუ რომელ დამსაქმებელს ჰქონდა იმ

---

61 *Van Dam.C.*, Europian Tort Law, Oxford University Press, New York, 2006, 448.

62 იქვე.

63 იქვე.

64 *ლუთრინგჰაუსი პ.*, დელიქტური სამართალი, თბ., 2011, 27.

65 საერთო სამართლის სისტემაში ქვემდებარეობის პრინციპის ანალოგია ე.წ. კონტროლის ტესტი „Control test".

66 ფრანგული სამართლის მიხედვით, დამსაქმებელს პასუხისმგელობა ეკისრება არა მხოლოდ კონტროლის, არამედ დასაქმებულის არასწორად შერჩევისათვის. პირველ შემთხვევაში ის ყოველთვის შეძლებდა, დაესაბუთებინა, რომ განახორციელა ადეკვატური კონტროლი, თუმცა შერჩევის შემთხვევაში მტკიცება უფრო რთულია. იხ. *შუდრა თ.*, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა დასაქმებულის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი, თბ., 2013, 216.

67 *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.*, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 330.

68 *შუდრა თ.*, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა დასაქმებულის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი, თბ., 2013, 218.

მომენტისათვის კონტროლისა და მითითებების მიცემის შესაძლებლობა.[69] ზემოაღნიშნულის საპირისპიროდ, ფრანგული სასამართლო პრაქტიკა დაქირავებული მუშახელის საქმიანობის სფეროების მიხედვით ახდენს გამიჯვნას და მასზე დაყრდნობით განსაზღვრავს დამსაქმებელთა პასუხისმგებლობას.[70]

2.3.1.2. ეკონომიკური სარგებლის მიღების შესაძლებლობა

დამსაქმებლისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრების ერთ-ერთ საფუძვლად განიხილება დასაქმებულის საქმიანობის შედეგად დამსაქმებლისათვის ეკონომიკური სარგებლის მიღების შესაძლებლობა, თუმცა ეს მოსაზრება შესაძლოა, არგუმენტირებული იყოს იმ დამსაქმებლებთან მიმართებით, რომელთა საქმიანობა უკავშირდება მოგების მიღებას.[71]

სწორედ მოგების მიღებაზე ორიენტირებული დამსაქმებლის კონტექსტშია საინტერესო და დამაჯერებელი ალტერნატიული თეორიაც, რომლის შესაბამისადაც დასაქმებულის ქმედებისთვის დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის საფუძველია დამსაქმებლის უკეთესი გადახდისუნარიანობა.[72]

2.3.1.3. *Respondeat Superior Doctrine*

საინტერესოა, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის პრინციპი (*Respondeat Superior Doctrine*) დასაქმებულის ბრალეული ქმედებისათვის რამდენად ერთადერთი საფუძველია და თუ არსებობს სხვა ალტერნატივაც, რომელიც, თავის მხრივ, ცალკე აღებული, საკმარისი იქნება დასაქმებულისთვის პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად. ხომ არ შეიძლება, დასაქმებულის შერჩევისას გამოვლენილი გაუფრთხილებლობა (*Negligent Entrustment*) იყოს დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის დამოუკიდებელი საფუძველი.[73] თუმცა ამ საკითხის წამოწევა ეწინააღმდეგება შედარებითი ბრალის თეორიას. ამ შემთხვევაში სასამართლოს მოუწევს, დამსაქმებლის ბრალი მიიღოს მხედველობაში და დამდგარ შედეგთან მისი უშუალო კავშირის დადგენაზე, უბრალოდ, ხელი აიღოს.[74]

სასამართლოების ნაწილი მიიჩნევს, რომ დასაქმებულის შერჩევისას გამოვლენილი გაუფრთხილებლობა დამოუკიდებლად ქმნის ბრალეული ქმედების შემადგენლობას და ამ არგუ-

---

[69] იხ. გსკ-ის 831-ე პარაგრაფი.

[70] „თუ სატრანსპორტო საწარმო რამდენიმე დღით გადასცემს თავის მძღოლს სამშენებლო ფირმას მიწის სამუშაოებისათვის, დამსაქმებლების პასუხისმგებლობა დამოკიდებულია იმაზე, ზიანი დადგა საგზაო მოძრაობის წესების დარღვევით, თუ ძარის არასწორი გადმოტვირთვის გამო. პირველ შემთხვევაში პასუხისმგებელია საწარმო, მეორე შემთხვევაში – სამშენებლო ფირმა, რადგანაც სწორედ მისი პერსონალი ხელმძღვანელობდა და აკონტროლებდა გადმოტვირთვას.“ იხ. *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.*, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 327.

[71] qui sentit commodum debet sentire et onus – „ვინც მოგებას იღებს, უნდა იკისროს ვალდებულებაც“. ციტირ: *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.*, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 335.

[72] *შუდრა თ.*, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა დასაქმებულის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი, თბ., 2013, 223.

[73] *Burns J.J.*, Respondeat Superior as an Affarmative Defence: How Employers Immunize themselves from Direct Negligence Claims, Michigan Law Review, 2010-2011, 665, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[74] იქვე.

მენტზე დაყრდნობით მას მიიჩნევს პასუხისმგებლობის დამოუკიდებელ საფუძვლად.[75]

შედარებითი გაუფრთხილებლობის დოქტრინის მიხედვით,[76] ავტოსაგზაო შემთხვევისას, როცა სახეზეა, ერთი მხრივ, მოსარჩელე მძღოლი და მეორე მხრივ, მოპასუხე (დასაქმებული მძღოლი), ხორციელდება სწორედ მათი ბრალეულობის შედარება, რადგან უშუალო მიზეზობრიობა მათი ქმედებიდან მომდინარეობს. ვინაიდან დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის საფუძველი არის დასაქმებულის ბრალი, ამიტომ შედარებითი გაუფრთხილებლობის დოქტრინის ფარგლებში არანაირი მნიშვნელობა არა აქვს დამსაქმებლის მიერ მძღოლის შერჩევის პროცესში გამოვლენილ გაუფრთხილებლობას.[77] ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ფაქტია, რომ დასაქმებულის ბრალი აუცილებელი წინაპირობაა დამსაქმებლის პასუხისმგებლობისათვის, თუმცა დამსაქმებლის ბრალი მხედველობაში არ მიიღება შერეული ბრალის შემთხვევაში.

რომ არა დასაქმებულის ბრალეული ქმედება, დამსაქმებლის წინააღმდეგ სარჩელი დაუშვებელია, მაგრამ აღნიშნულის მიზეზი მხოლოდ ისაა, რომ დასაქმებულის ბრალის არარსებობა გამორიცხავს პირდაპირ მიზეზობრივ კავშირს. რაც შეეხება დასაქმებულის შერჩევისას გამოვლენილ გაუფრთხილებლობას, ეს უშუალოდ დამსაქმებლის ბრალეული პასუხისმგებლობის საფუძველია. დამსაქმებელი, რომელიც პასუხს აგებს დასაქმებულის ბრალეული საქციელისათვის, არ არის სავალდებულო, თვითონაც იყოს ბრალეული. მისი პასუხისმგებლობა გამომდინარეობს იმ ფაქტიდან, რომ შემთხვევა მოხდა სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას,[78] ხოლო ბიზნესის წარმართვა მას დასაქმებულთან შედარებით პრივილეგირებულ მდგომარეობაში აყენებს.[79] თუ პარალელს გავავლებთ დასაქმებულის შერჩევისას გამოვლენილი ბრალის შემთხვევებზე, აქ სწორედ დამსაქმებლის ბრალზეა აქცენტი.[80]

2.3.2. დასაქმებულის სტატუსი

დასაქმებულის სტატუსში არ მოიაზრება მხოლოდ ტრადიციული შრომითი ურთიერთობის ფარგლებში დასაქმებული პირი. ამ ტერმინის მნიშვნელობა სსკ-ის 997-ე მუხლის მიზნებისათვის გაცილებით ფართოა. ოჯახში დასაქმებული პირები დასაქმებულის სტატუსში ექცე-

---

[75] დამსაქმებლის ბრალეულობა (გაუფრთხილებლობა) ავტომანქანის მართვის შესაძლებლობის იმ დასაქმებულისათვის მიცემით გამოიხატება, რომლის შესახებაც მას ჰქონდა ინფორმაცია, რომ ნაკლებად კომპეტენტური ან თავზე ხელაღებულია. იხ. *Burns J.J.*, Respondeat Superior as an Affarmative Defence: How Employers Immunize themselves from Direct Negligence Claims, Michigan Law Review, 2010-2011, 665, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[76] Comparative Negligence Doctrine.

[77] *Burns J.J.*, Respondeat Superior as an Affarmative Defence: How Employers Immunize themselves from Direct Negligence Claims, Michigan Law Review, 2010-2011, 667. <http://heinonline.org>, [20.06.2017]

[78] საქმეზე – ***Bazleys v. Curry*** – კანადის უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, ვინაიდან დამსაქმებელმა შექმნა დასაქმებულის მიერ განხორციელებული რისკი, სამართლიანი იქნება, რომ სწორედ დამსაქმებელმა აანაზღაუროს რისკის რეალიზაციის შედეგად გამოწვეული ზიანიც. შეად. *შუდრა თ.*, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა დასაქმებულის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი, თბ., 2013, 221.

[79] *Burns J.J.*, Respondeat Superior as an Affarmative Defence: How Employers Immunize themselves from Direct Negligence Claims, Michigan Law Review, 2010-2011, 668. <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[80] იგივე მიდგომაა დასაქმებულის დაქირავებისას გამოვლენილი დაუდევრობის, ადეკვატური კონტროლის განუხორციელებლობისას – დამსაქმებლის ბრალეულობის გამოკვეთა იწვევს მის პირდაპირ პასუხისმგელობას და არა სხვისი ბრალისთვის პასუხისმგებლობას. დაწვრ. იხ. *Burns J.J.*, Respondeat Superior as an Affarmative Defence: How Employers Immunize themselves from Direct Negligence Claims, Michigan Law Review, 2010-2011, 668. <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

ვიან მათზე მითითებებისა და კონტროლის განხორციელების შესაძლებლობის გათვალისწინებით. საინტერესოა, ისეთ შემთხვევებზე, სადაც კონტროლის ტესტის გამოყენების არეალი მინიმუმამდეა დაყვანილი, დასაქმებულის სტატუსის განსაზღვრისას რა კრიტერიუმები მიიღება მხედველობაში. ამ მხრივ აღსანიშნავია კატეგორია მაღალკვალიფიციური მუშაკებისა, რომლებიც საქმიანობისას გამოვლენილი დამოუკიდებლობის მაღალი ხარისხით, გარკვეულწილად, ემსგავსებიან მენარდეს, თუმცა იმ ფაქტის გამო, რომ მათთვის შვებულების მიცემის საკითხს, სამუშაო გრაფიკს დამსაქმებელი წყვეტს, სუბორდინაციის პრინციპი მსგავსი ტიპის ურთიერთობებში ამ ფორმით პოულობს გამოხატულებას.[81]

ამ დასაქმებულთა კატეგორიაში არ მოიაზრებიან ინდივიდუალური მეწარმეები, რომლებიც, თუნდაც დამკვეთის დეტალური დავალების შესრულებისას, თავადვე, საკუთარი პასუხისმგებლობით, განსაზღვრავენ სამუშაოს მიმდინარეობას.

2.3.3. შემკვეთის არადელეგირებადი ვალდებულება

ვინაიდან ქვემდებარეობის ელემენტის არსებობა ერთ-ერთი ძირითადი ფაქტორია მენარდისა და დამსაქმებლის სტატუსის გამიჯვნისათვის, შესაბამისად, ორგანიზაციული დამოუკიდებლობა და მითითების გარეშე საკუთარი საქმიანობის დამოუკიდებლად წარმართვის შესაძლებლობა მენარდეს აკისრებს პასუხისმგებლობას საკუთარი ბრალეული ქმედებისათვის. თუმცა ამ წესიდან გამონაკლისია შემკვეთის არადელეგირებადი ვალდებულება, რომელიც გამორიცხავს მენარდის პასუხისმგებლობას.

არადელეგირებადი ვალდებულების კონტექსტი საშუალებას იძლევა, დამსაქმებელმა პასუხი აგოს დამოუკიდებელი კონტრაქტორის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, დასაქმებულის ბრალით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების ანალოგიურად. სიტუაცია განსხვავებულია იმდენად, რამდენადაც დამოუკიდებელი კონტრაქტორი ვერ ექცევა დასაქმებულის ცნებაში.

არადელეგირებადი ვალდებულების ხასიათიდან გამომდინარე, მისი სხვა პირისათვის ხელშეკრულებით გადაცემა დაუშვებელია. კანადის უზენაესმა სასამართლომ საქმეში – ***Lewis v. British Columbia***[82] – ტრანსპორტისა და გზების სამინისტროს დააკისრა პასუხისმგებლობა იმ დაქირავებული კომპანიის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, რომელიც ავტომაგისტრალს ასუფთავებდა კლდის ჩამონაშალისაგან. კომპანიის გაუფრთხილებლობის შედეგად კლდის ჩამოშლის გამო დაიღუპა გამვლელი ავტომობილის მძღოლი. ვინაიდან ზიანი დადგა კომპანიის, და არა სამინისტროს, თანამშრომლების ბრალით, დასაქმებულის ბრალეული ქმედების გამო დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის სარჩელი გამოირიცხა. სასამართლომ ავტომაგისტრალზე აღდგენითი სამუშაოების წარმოება ჩათვალა სამინისტროს არადელეგირებად ვალდებულებად, შესაბამისად, ქმედება განიხილა როგორც სამინისტროს გაუფრთხილებლობა, იმ ფაქტის მხედველობაში მიუღებლად, რომ სამუშაოები განხორციელდა დამოუკიდებელი კონტრაქტორის, და არა დასაქმებულის, მიერ. სასამართლოს ძირითადი არგუმენტი ამ გადაწყვეტილების დასაბუთებისას იყო ის, რომ სამინისტროს გზების აღდგენითი სამუშაოების განხორციელება ევალებოდა კანონის საფუძველზე და არადელეგირებადი ვალდებულება გამომდინარეობს სწორედ კანონისმიერი ჩარჩოდან.[83]

---

[81] *შველიძე* ზ., საქართველოს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული დასაქმებულის სამართლებრივი სტატუსის მახასიათებლები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I ტომი, თბ., 2011, 93.

[82] *Neild*, Vicarious Liability and The Employment Rationale, 2013, 711. <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[83] იქვე.

ნარდობის ხელშეკრულების დროს „დამკვეთს აკისრია არა ჩვეულებრივი წინდახედულების ღონისძიებათა დაცვის ვალდებულება (***duty of care***), არამედ უფრო მკაცრი ვალდებულებები, რომლებიც მოწმობენ მათ დაცვას (***duty of care is taken***).“[84] შემკვეთს პასუხისმგებლობა ეკისრება მაშინ, როდესაც მენარდეს „განსაკუთრებით სახიფათო სამუშაოების“ შესრულებას ავალებს.[85]

2.3.4. შრომითი (სამსახურებრივი) მოვალეობის შესრულების ფარგლები

სსკ-ის 997-ე მუხლის გამოყენების წინაპირობაა, დასაქმებულის მიერ მესამე პირისათვის ზიანის მიყენება შრომითი (სამსახურებრივი) მოვალეობის შესრულებისას.[86]

სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების ფარგლების[87] დასადგენად განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი. დასაქმებულის გზა სამსახურისკენ და პირიქით, შინისკენ, არ არის დაკავშირებული სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებასთან, შესაბამისად, დამსაქმებელი არ აგებს პასუხს ამ პერიოდში მომხდარი ინციდენტის გამო. რაც შეეხება შემთხვევას, როდესაც სამუშაოს დასრულების შემდეგ მუშაკი აიღებს ხელფასს და გაუფრთხილებლობით დააზიანებს კოლეგას საწარმოს ტერიტორიაზე, ჩაითვლება, რომ დელიქტი ჩადენილია სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების პროცესში.[88]

ის ფაქტი, რომ ქმედება ჩადენილია უშუალოდ დამსაქმებლის საწარმოს ტერიტორიაზე, ავტომატურად არ იძლევა საფუძველს ვარაუდისათვის, რომ შეიძლება სახეზე იყოს სსკ-ის 997-ე მუხლის გამოყენების წინაპირობები. ამასთან, სავალდებულო არ არის, ქმედებით ირღვეოდეს სამსახურებრივი მოვალეობა, საკმარისია განხორციელდეს სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების ფარგლებში და, რაც მთავარია, გარკვეულ შემხებლობაში უნდა იყოს სამუშაოს შინაარსთან. მაგალითად, მუშაკის მიერ თამბაქოს მოწევა სამუშაო საათებში, რის შედეგადაც გაჩნდა ხანძარი, თუ მუშაკის მოვალეობაა ხანძართან დაკავშირებული მოვალეობების შესრულება, რისთვისაც საჭიროა უსაფრთხოების განსაკუთრებული ზომების მიღება, პასუხისმგებელი იქნება მეწარმე, რადგან თავის პერსონალს ხანძრის დიდ რისკთან დაკავშირებული ამოცანების შესრულება დაავალა.[89]

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რეკომენდაციების მიხედვით, „საწარმოო ტრავმად ჩაითვლება უბედური შემთხვევა საწარმოს მიერ გამოყოფილ სატრანსპორტო საშუალე-

---

[84] *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.,* შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 332.

[85] „ბრალი შემსრულებლისა, რომელიც დაკავებულია სამშენებლო სამუშაოებით, შენობა-ნაგებობების დანგრევით, დანადგარების აწყობით, თვითმფრინავებიდან პესტიციდების მოფრქვევით, ასაფეთქებელი სამუშაოებით, მაღალი ძაბვის კაბელების ან ნავთობსადენის გაყვანით ინტენსიური მოძრაობის გზატკეცილთა სიახლოვეს, დაეკისრება სხვა პირს, რომელმაც ანდო შემსრულებელს ამ „განსაკუთრებით სახიფათო სამუშაოების“ ჩატარება“, იხ. *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.,* შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, 2002, 333.

[86] გსკ-ის 831-ე პარაგრაფის მიხედვით, „დავალების შემსრულებელი ვალდებულია, საქმიანობა განახორციელოს ინსტრუქციის შესაბამისად, ხოლო მარწმუნებელი მუდმივად განსაზღვრავს საქმიანობის სახეს, შინაარსსა და მოცულობას.“ დაწვრ. იხ. *კროპჰოლერი,* გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, 2014, 655.

[87] In the course of employment.

[88] *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.,* შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 330.

[89] იქვე.

ბებზე. სატრანსპორტო საშუალების გამოყოფად არ ჩაითვლება უფასო სამგზავრო ბილეთის ან სხვა სამგზავრო შეღავათის მინიჭება კონკრეტული ტრანსპორტით სარგებლობისათვის."[90]

გერმანული სამართლის მიხედვით, გსკ-ის 831-ე პარაგრაფის გამოყენებისათვის აუცილებელი პირობაა, შემსრულებლის მიერ ზიანის მიყენება დავალებული ფუნქციების შესრულებისას.[91] საერთო სამართლის სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების ფარგლები სახეზეა მაშინაც, თუ ხელქვეითი აგრძელებს სამუშაოს მიმცემის კომერციული მიზნების რეალიზაციას.[92]

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში არცთუ იშვიათია სსკ-ის 997-ე მუხლის ფართოდ განმარტების შემთხვევები, როდესაც სასამართლო 997-ე მუხლის გამოყენების სფეროს მიაკუთვნებს სამსახურებრივი საქმიანობის პროცესში თვით დასაქმებულის (დაზარალებულის) დაზიანების ფაქტებს იმ წინაპირობების მხედველობაში მიუღებლად, რომ დამსაქმებლის სსკ-ის 997-ე მუხლით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობის საფუძველი არის სხვისი, მესამე პირის დაზიანება დასაქმებულის მხრიდან (დელიქტური ქმედების განმხორციელებელი ყოველთვის დასაქმებულია). შესაბამისად, ამ დავაში, მინიმუმ, სამი სუბიექტი მონაწილეობს – დაზარალებული (მესამე პირი), დასაქმებული და დამსაქმებელი.[93]

2.3.5. ბრალი – დამსაქმებლის რეგრესული მოთხოვნის წინაპირობა

ვინაიდან დამსაქმებელი უფლებამოსილია, რეგრესული მოთხოვნის სახით დააბრუნებინოს დასაქმებულს გადახდილი ანაზღაურება, თუ დავუშვებთ დამსაქმებლის ბრალის აუცილებლობის ვარაუდს, რეგრესული მოთხოვნის დაყენების შესაძლებლობამ შესაძლოა უსამართლო შედეგები გამოიწვიოს დასაქმებულისათვის.

საერთო სამართლის მიხედვით, დამსაქმებლის მიერ რეგრესის უფლების გამოყენება დასაქმებულის ბრალის რომელიმე კონკრეტული ფორმის მიხედვით არ იზღუდება,[94] მაშინ, როდესაც გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით,[95] მეწარმე ვალდებულია, პასუხისმგებლობისაგან გაათავისუფლოს ხელქვეითი, თუ დასაქმებულმა ზიანი გამოიწვია მარტივი გაუფრთხილებლობით.[96] აღნიშნულის მიზეზად სახელდება დამსაქმებლის საქმიანობის რისკი.[97]

---

[90] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რეკომენდაციები სამოქალაქო სამართლის სასამართლო პრაქტიკის პრობლემატურ საკითხებზე, 89, <http://www.supremecourt.ge>, [25 07.2017].

[91] *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.*, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 323.

[92] ტრაილერის დაქირავებული მძღოლის მიერ მარშრუტის შეცვლა, რასაც მოჰყვა ავარია და ქვეითის დაზიანება, ტვირთის ადგილზე სწრაფად მიტანის მოტივით, ჩაითვლება სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების ფარგლებში განხორციელებულად. იხ. *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.*, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 320.

[93] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2008 წლის 11 დეკემბრის №ბს-1156-1156-118 (კ-08) განჩინება ადმინისტრაციული და სხვა კატეგორიის საქმეებზე.

[94] *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.*, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 331.

[95] შეად. გსკ-ის 840-ე (2) პარაგრაფი.

[96] *შუდრა თ.*, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა დასაქმებულის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი, თბ., 2013, 221.

[97] *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.*, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 326.

2.3.6. პასუხისმგებლობა წარმომადგენლის/დამხმარის ქმედებისათვის

სსკ-ის 396-ე მუხლი ითვალისწინებს მოვალის პასუხისმგებლობას წარმომადგენლის ან იმ პირის ქმედებისათვის, ვისაც იყენებს თავისი ვალდებულების შესასრულებლად. ამ შემთხვევაშიც მუხლის ფორმულირება, ერთი შეხედვით, მსგავსია სსკ-ის 997-ე მუხლით გათვალისწინებული შემადგენლობისა – მოქმედებს სხვისი ბრალეული ქმედებისათვის პასუხისმგებლობის პრინციპი. თუმცა არსებობს განსხვავებაც.

სსკ-ის 396-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვევაში სახეზეა ვალდებულების ძალით შესასრულებელი მოქმედებების გადანაწილება მოვალესა და დამხმარე პირს შორის, სადაც დამხმარის მოქმედება განიხილება მოვალის ქმედებად. „ვინაიდან დამხმარე პირებს, როგორც არამოვალე პირებს, ვალდებულებები (სახელშეკრულებო) პირდაპირ არ ეხებათ, პასუხისმგებლობის, ასევე, წინდახედულების მასშტაბის დადგენისას ორიენტაცია უნდა მოხდეს მოვალის პიროვნებაზე. დამხმარე მხოლოდ წინდახედულების მასშტაბს გარეთ განხორციელებულ გადაცდომაზეა პასუხისმგებელი.“[98]

სსკ-ის 396-ე მუხლის მიზნებისათვის დამხმარე პირის სოციალური დამოკიდებულება ან ანგარიშვალდებულება არ არის განმსაზღვრელი კრიტერიუმი, განსხვავებით გსკ-ის 831-ე პარაგრაფისაგან, ასევე უმნიშვნელოა ის გარემოებაც, რამდენად შეუძლია მოვალეს, გავლენა მოახდინოს (კონტროლის ან დაკვირვების ფორმით) დამხმარე პირის მოქმედებაზე.

გსკ-ის 831-ე პარაგრაფის შემთხვევაში, თუ დამხმარე პირი არღვევს საკუთარ ვალდებულებას, ის თავად ახორციელებს დელიქტური ქმედების შემადგენლობას.

ზოგიერთი მოსაზრების თანახმად, სსკ-ის 396-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვევაში მოვალის პასუხისმგებლობას აფუძნებს მისივე ბრალი, რაც გამოიხატება წარმომადგენლისა და ნების გადამტანის შერჩევისას საკმარისი წინდახედულებისა და მათზე სათანადო მეთვალყურეობის განუხორციელებლობით.[99]

2.4. მტკიცების ტვირთის მოდიფიცირება

დღეისათვის ბრალეული პასუხისმგებლობისა და ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის ელემენტები იმდენად მიახლოებულია, ძნელია მათ შორის ზუსტი საზღვრის გამოკვეთა. ცალსახად ორ განსხვავებულ სისტემად მათი დაყოფა დიდი ხანია მოძველებულია. კანონმდებლები და სასამართლოები მიისწრაფვიან ბრალისა და ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის ელემენტების ბალანსის უზრუნველყოფისაკენ და ხშირ შემთხვევაში ამის მიღწევას ცდილობენ მტკიცების ტვირთის მოსარჩელიდან მოპასუხეზე გადატანით.

პასუხისმგებლობის ფარგლების მოდიფიცირებისას მნიშვნელოვანი გარემოება, გარდა ბრალისა, არის მხარეებს შორის მტკიცების ტვირთის გადატანა იმგვარად, რომ ერთ-ერთი მხარე აღნიშნულის შედეგად შესაძლოა, გაცილებით უკეთეს პირობებში აღმოჩნდეს. მტკიცების ტვირთის გადატანა შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის ჭრილში დასაქმებულის, როგორც სუსტი მხარის, ინტერესების დასაცავად, საკმაოდ მნიშვნელოვანი დაცვის საშუალებაა.

გსკ-ის 280-ე პარაგრაფის პირველი ნაწილის მეორე წინადადების ნეგატიური ფორმულირებიდან გამომდინარე, როგორც წესი, მისი არაბრალეულობის შესახებ მტკიცების ტვირთი ეკისრება მოვალეს.

---

[98] ციტ. *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 157.

[99] *ამირანაშვილი გ.*, დასაქმებულის მიერ სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას მესამე პირისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების თავისებურება, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი, თბ., 2013, 199.

შრომითი ურთიერთობებიდან გამომდინარე დავებში გსკ უშვებს გამონაკლისს, კერძოდ, 619ა პარაგრაფი ადგენს, რომ ხელშეკრულების დარღვევიდან გამომდინარე მოთხოვნებისთვის არ გამოიყენება 280-ე პარაგრაფის პირველი ნაწილის პირველი წინადადება (მტკიცების ტვირთის შებრუნება).[100]

შრომითი ურთიერთობებიდან გამომდინარე დავებში სშკ-ის 38-ე მუხლის მე-7 პუნქტის შესაბამისად, დამსაქმებლის ინიციატივით შრომითი ხელშეკრულების დაუსაბუთებლად შეწყვეტის გასაჩივრებისას დავის ფაქტობრივი გარემოებების მტკიცების ტვირთი ეკისრება დამსაქმებელს. სხვა შემთხვევებში სშკ ცალსახად დამსაქმებლისთვის მტკიცების ტვირთის გადაკისრებას არ იცნობს.

როგორც წესი, მოსარჩელეა ვალდებული, ამტკიცოს, რომ ზიანის მიმყენებელს მიუძღვის ბრალი, თუმცა არსებობს ისეთი გამონაკლისი შემთხვევებიც, როდესაც მოსარჩელეს არ შეუძლია, დაამტკიცოს ზიანის მიმყენებლის ბრალეულობა. ამიტომ მსგავსი შემთხვევებისთვის იკვეთება მტკიცების ტვირთის სპეციალური სახეობის აუცილებლობა – ***Res Ipsa Loquitur***.[101] ეს წესი გამოიყენება ისეთ სიტუაციებში, როდესაც დაზარალებული (მოსარჩელე) ზიანის მიმყენებელთან შედარებით აშკარად არახელსაყრელ სიტუაციაშია. დაზარალებულს არ შესწევს უნარი, მტკიცებულებათა მეშვეობით ამტკიცოს ზიანის მიმყენებლის ბრალეულობა. ამიტომ მტკიცების ტვირთი, რომ პირი მოქმედებდა ყოველგვარი ბრალეულობის გარეშე, გადადის ზიანის მიმყენებელზე.[102]

მტკიცების ტვირთის მოპასუხეზე გადატანის პრინციპის გამოყენების მთავარი წინაპირობაა, ზიანის მიმყენებლის ან მისივე დასაქმებულის მიერ ობიექტზე ან ქმედებაზე კონტროლის ექსკლუზიურად განხორციელების უფლებამოსილების არსებობა.[103] ამასთან, დაზარალებულისთვის მიყენებული ზიანი უნდა იყოს ისეთი სახის, რაც ჩვეულებრივი ყურადღებიანობის გამოჩენისას არ უნდა დამდგარიყო. საგულისხმოა, რომ მტკიცების პროცესში მოპასუხე უნდა იმყოფებოდეს უკეთეს პოზიციაში, რათა ამტკიცოს თავისი არაბრალეულობა, ვიდრე მოსარჩელე, ამტკიცოს მოპასუხის ბრალეულობა.

იმისათვის, რომ მტკიცების ტვირთი მოპასუხეზე გადავიდეს, აუცილებელია, ის შემთხვევა, რომელმაც გამოიწვია პირის დაზიანება, იყოს მოპასუხის კონტროლის ქვეშ. აქვე მოიაზრება დასაქმებულის ქმედებაც, რომლის ბრალეულ ქმედებაზე პასუხისმგებელია დამსაქმებელი.[104] გსკ-ის მიხედვით, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა დასაქმებულის მიერ მიყენებული ზიანისათვის ბრალეული პასუხისმგებლობის ჩარჩოში ჯდება, თუმცა შებრუნებული მტკიცე-

---

[100] *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 461.

[101] Res Ipsa Loquitur – „The thing [res] speaks [loquitur] for itself [ipsa]", მაგალითად, როდესაც ქირურგიული ოპერაციის შედეგად მედდის უყურადღებობის გამო პაციენტის სხეულში რჩება ტამპონი. პაციენტი უგონო მდგომარეობაშია და ვერ დაამტკიცებს, შემთხვევა უშუალოდ მედდის ბრალეულობით მოხდა, ქირურგის თუ ქირურგის თანაშემწის. იხ. ***Buckley W.R., Okrent C.J,*** Torts&Personal Injury Law, New York, 2004, 49.

[102] იქვე.

[103] იქვე, 50.

[104] ამ შემთხვევის საილუსტრაციოდ საინტერესოა შემდეგი მაგალითი: მაღაზიის საწყობში დასაქმებულებმა ოცდაათი ფუტ სიმაღლეზე დაალაგეს ყუთების გროვა. მოსარჩელე სწორედ ასეთი სიმაღლიდან ერთი ყუთის გადმოვარდნის შედეგად დაზიანდა, თუმცა შენობის იმ ნაწილში მოსარჩელის დაზიანების ფაქტს არავინ შესწრებია, შესაბამისად, ის ვერავის ბრალზე მიუთითებს კონკრეტულად. ამიტომ ***Res Ipsa Loquitur***-ის შესაბამისად, იმ ფაქტის მტკიცების ტვირთი, რომ ყუთები უსაფრთხოდ იყო დალაგებული, გადადის მაღაზიის მეპატრონეზე, ვინაიდან ეს საკითხი იყო მეპატრონის ექსკლუზიური კონტროლის სფეროში, შესაბამისად, ***Res Ipsa Loquitur***-ის გამოყენების საკითხი ეჭვგარეშეა. მეპატრონის მტკიცების საგანი ამ შემთხვევაში მისი მხრიდან ყუთების დასაწყობებისას გამოჩენილი მზრუნველობაა, რათა უზრუნველყოფილიყო უსაფრთხოება. იხ. ***Buckley W.R., Okrent C.J,*** Torts&Personal Injury Law, New York, 2004, 50.

ბის ტვირთით, მაშინ, როდესაც მსგავს შემთხვევაზე ინგლისსა და საფრანგეთში ვრცელდება ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის წესები.[105]

გსკ-ის მიხედვით, მტკიცების ტვირთის შებრუნება გამოიყენება კანონით დადგენილი წესის დარღვევისას და უსაფრთხოების უზრუნველყოფის მოვალეობის დარღვევისას. თუ სახეზეა რომელიმე შემთხვევა, მიზეზობრივი კავშირი ივარაუდება და უკვე მოპასუხეა ვალდებული, ამტკიცოს მისი არარსებობა.[106]

მტკიცების ტვირთი გსკ-ის 831-ე პარაგრაფის გამოყენებისას აწევს დამსაქმებელს. მან უნდა ამტკიცოს, რომ არ დაურღვევია დამხმარე პირის გულმოდგინედ შერჩევის ვალდებულება და მოიყვანოს შესაბამისი არგუმენტაცია. გარდა ამისა, შეუძლია გააბათილოს პასუხისმგებლობის გამომწვევი მიზეზობრივი კავშირის არსებობის პრეზუმფცია, რითაც აჩვენებს, რომ ზიანი დადგებოდა გულმოდგინედ შერჩევის შემთხვევაშიც.[107] ამავე პირობებში დაცვის საშუალებაა დეცენტრალიზებული პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების მტკიცება,[108] ვინაიდან მარწმუნებელს დავალების ყველა შემსრულებლის პირადად შერჩევისა და უშუალო კონტროლის მექანიზმი მხოლოდ მცირე საწარმოებში აქვს.[109]

დამსაქმებელმა შეიძლება დაამტკიცოს თავისი არაბრალეულობა და ამით გამორიცხოს საკუთარი პასუხისმგებლობა, თუმცა ეს მისთვის ეკონომიკურად ვერ იქნება მოგებიანი, რადგან მანვე უნდა მოითხოვოს დასაქმებულის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებაც დაზარალებულის წინაშე.[110]

3. ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა

ბრალეული პასუხისმგებლობის პრინციპის საპირისპიროდ, რომელიც აუცილებლად გულისხმობს პასუხისმგებლობას განზრახი ან გაუფრთხილებლობით გამოწვეული ქმედებისათვის, კერძო სამართლებრივ, მათ შორის, შრომითსამართლებრივ ურთიერთობებში მოქმედებს ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის პრინციპიც,[111] შესაბამისად, პირის პასუხისმგებლობა მისი ბრალის არსებობისაგან დამოუკიდებლად დგება.[112]

დასაქმებულთა თანამშრომლობის მიუხედავად, თითქმის შეუძლებელია, ბოლომდე უსაფრთხო სამუშაო პირობების უზრუნველყოფა, განსაკუთრებით მომეტებულ საფრთხის წყაროსთან მიმართებით, მიუხედავად იმისა, რომ დასაქმებული საქმიანობას ახორციელებს უშუალოდ დამსაქმებლის ზედამხედველობით, მაგრამ ყოველთვის ეს კონტროლი და ზედამხედვე-

---

[105] *Van Dam.C.*, Europian Tort Law, Oxford University Press, New York, 2006, 263.

[106] იქვე, 282.

[107] *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 654.

[108] იქვე.

[109] გერმანიის უმაღლესი სასამართლოს პრაქტიკიდან გამომდინარე, დასაშვებად ჩაითვალა ზრუნვის ვალდებულების დელეგირება დაქვემდებარებულ თანამშრომელზე იმგვარად, რომ საქმისწარმოება გამართლებული იყოს მხოლოდ ერთი დონით ქვემოთ მყოფ თანამშრომელზე ვალდებულების დელეგირების შემთხვევაში. Larenz/Canaris SchR II/2, §79,III,3b. იხ. *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 654.

[110] *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბ., 2014, 654.

[111] Strict liability, objective liability or risk liability.

[112] *Van Dam.C.*, Europian Tort Law, Oxford University Press, New York, 2006, 255.

ლობა შეუძლებელია.[113]

მომეტებული საფრთხის პირობებში ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის პრინციპის გამოყენება მართებულია: პირველი იმიტომ, რომ დამსაქმებელი უკეთეს პოზიციაშია დასაქმებულთან შედარებით, რადგან მას აქვს მეტი ინფორმაცია საფრთხეების შესახებ და იცის, როგორ უნდა გააკონტროლოს და აიცილოს თავიდან ეს საფრთხე ადეკვატური დაცვის მექანიზმების გამოყენებით. დამსაქმებელი აკონტროლებს მანქანა-დანადგარების გამოყენებას, ისევე როგორც სამუშაო დროის ხანგრძლივობასა და მომეტებული საფრთხისას გარემოპირობებს.[114] უფლების ბოროტად გამოყენება და თაღლითობა ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობაზე დაფუძნებული დაზღვევის სქემების ყველაზე დიდი რისკფაქტორია.[115]

დამსაქმებლის მიერ შრომის უსაფრთხო პირობების დაცვა და დასაქმებულთა ზრუნვის მოვალეობა არის დამსაქმებლის არადელეგირებადი და პირადი მოვალეობა.[116]

3.1. მომეტებული საფრთხის წყარო

ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის ერთ-ერთი საფუძველია მომეტებული საფრთხის წყაროდან გამომდინარე რისკი.

დელიქტური სამართლის (მეორე) რისტეიტმენტის §520 მომეტებულ საფრთხის წყაროს ახასიათებს როგორც მაღალი რისკის შემცველ ობიექტს, რომელსაც შეუძლია, გამოიწვიოს სერიოზული ზიანი და ვერ იქნებოდა თავიდან აცილებული, მიუხედავად ადეკვატური ზომების მიღებისა. ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობისათვის სახეზე უნდა იყოს რამდენიმე წინაპირობა, მათ შორის, მნიშვნელოვანია, რომ საქმიანობა, რომელიც შეიცავს მომეტებულ საფრთხეს (*Abnormally dangerous activity*),[117] ქმნიდეს მოსალოდნელი ზიანისათვის რისკის მაღალ ხარისხს. ასევე რისკის საერთოდ გამორიცხვა შეუძლებელი უნდა იყოს, მიუხედავად მის თავიდან ასაცილებლად გაწეული გონივრული და აუცილებელი ზომების განხორციელებისა.

---

[113] დასაქმებულთა კომპენსაციის სისტემა ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის პრინციპის დანერგვით საერთოდ ათავისუფლებს პასუხისმგებლობისაგან დასაქმებულს შერეული ბრალის არსებობისას. ესეც შეიძლება იყოს ერთ-ერთი ფაქტორი დასაქმებულისათვის, არ ჰქონდეს ინტერესი, მიიღოს ყველა ზომა სამუშაო ადგილზე უსაფრთხოების ზომების დასანერგავად, რათა თავიდან იქნეს აცილებული ზიანი.

[114] ***Wagner G.***,Tort, Social Security, and No Fault Schemes: Lessons from Real-World Experiments, Duke Journal of Comparative and International Law, 2012-2013, 18. <http://heinoline.org>, [20.06.2017].

[115] საგულისხმოა, რომ ინგლისში არ მოქმედებს „დამსაქმებლის პრივილეგია", რაც დაიცავდა მას დასაქმებულის დელიქტური სარჩელისაგან. პირიქით, კომპენსაციის სისტემა არ გამორიცხავს იმავდროულად დაზარალებული დასაქმებულის მიერ დელიქტური სარჩელის შეტანის შესაძლებლობას. იხ. ***Wagner G.***, Tort, Social Security, and No Fault Schemes: Lessons from Real-World Experiments, Duke Journal of Comparative and International Law, 2012-2013, 36. <http://heinoline.org>, [20.06.2017].

[116] ***ham M.***, A New Era of Employer Liability in Negligence, Singapore Journal of Legal Studies, 2010, 200, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[117] მომეტებული საფრთხის წყაროს შეფასებისას სასამართლოები აშშ-ში ხშირად მიმართავენ ბალანსის ტესტს (***balancing test***). ამ ტესტის მიხედვით, მომეტებული საფრთხის შემცველი საქმიანობიდან გამომდინარე საფრთხის შედარება ხდება იმ სარგებელთან, რასაც საზოგადოება იღებს ამგვარი საქმიანობის შედეგად. მაგალითად, როდესაც შენდება ახალი გზა, რომელიც დააკავშირებს საავადმყოფოსა და განცალკევებით მდებარე სოფლის ტიპის დასახლებას, გზის მშენებლობა საჭიროებს დინამიტის აფეთქებას, რის შედეგადაც ზიანდება ადგილობრივი მაცხოვრებლის საცხოვრებელი სახლი. თუ დაზიანებული სახლის მეპატრონე მიმართავს სასამართლოს და მოითხოვს ზიანის ანაზღაურებას მომეტებული საფრთხის წყაროდან გამომდინარე ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის მუხლით, სასამართლომ აშშ-ში შესაძლოა, იხელმძღვანელოს ბალანსის ტესტის მიხედვით და საზოგადოების ინტერესი გადაწონის ერთი კონკრეტული მესაკუთრის ინტერესს. იხ. ***Buckley W.R., Okrent C.J,*** Torts&Personal Injury Law, New York, 2004, 266.

სსკ-ის მე-1000 I მუხლის[118] ფორმულირება ზოგადია და ითვალისწინებს ნაგებობის მფლობელის/მომეტებული საფრთხის მქონე ნივთიერებების მფლობელის ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობას ამგვარი საფრთხის რეალიზაციის შედეგად დამდგარი შედეგებისათვის. ამავე მუხლის მე-2 ნაწილის შინაარსიდან ირკვევა, რომ ერთადერთი შესაძლებლობა, როცა მე-1000 მუხლით გათვალისწინებული პირი თავისუფლდება ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებისაგან, არის დაუძლეველი ძალის არსებობა. აღნიშნულის გათვალისწინებით, მე-1000 მუხლის გამოყენებისას ბრალის განსაზღვრას იმდენად შეიძლება ჰქონდეს მნიშვნელობა, რამდენადაც, შერეული ბრალის პრინციპიდან გამომდინარე, დაზარალებულის ბრალის არსებობისას შესაძლებელი იქნება ზიანის ანაზღაურების შემცირება დაზარალებულის ბრალის პროპორციულად.

ქართული სამართლებრივი დოქტრინის მიხედვით,[119] სსკ-ის მე-1000 მუხლის გამოყენების თავისებურება ისაა, რომ პასუხისმგებლობის დაკისრებისათვის საკმარისია სამი წინაპირობის არსებობა: ა) ზიანი; ბ) მართლსაწინააღმდეგო ქმედება; გ) მიზეზობრივი კავშირი მართლსაწინააღმდეგო ქმედებასა და დამდგარ ზიანს შორის.

სსკ-ის მე-1000 მუხლის გამოყენებისათვის არსებითი მნიშვნელობა აქვს ზიანისა და მიზეზობრივი კავშირის განსაზღვრას.

შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებში მომეტებული საფრთხიდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურების საკითხთან დაკავშირებით საინტერესოა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2003 წლის 15 ოქტომბრის №ას-477-1110-03 გადაწყვეტილება, რომელიც ითვალისწინებს სამუშაოს შესრულების ფარგლებში სწორედ მომეტებული საფრთხის წყაროდან გამომდინარე ზიანის ანაზღაურების საკითხს.

1988 წელს მოსარჩელემ ბორჯომის ქარხანაში ვაგონიდან კაუსტიკური სოდის გადმოსხმის დროს მოიხსნა თვალდამცავი სათვალე და სოდის გადმოსხმა განაგრძო სათვალის გარეშე, რის გამოც თვალში მოხვდა სოდის წვეთი და დაუზიანდა მარჯვენა თვალი, ანუ საწარმოო ტრავმა მიიღო თავისი დაუდევრობით, რის შედეგადაც დაუდგინდა შრომის უნარის 50%-ით დაქვეითება.

საგულისხმოა, რომ დასაქმებულს საწარმო ნებაყოფლობით უხდიდა სარჩოს, მხოლოდ 2002 წლიდან შეწყვიტა სარჩოს გაცემა იმ გარემოების გათვალისწინებით, რომ ზიანი მოჰყვა დასაქმებულის გაუფრთხილებლობას, რაც გამორიცხავდა ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობას საქართველოს პრეზიდენტის 1999 წლის ბრძანებულების შესაბამისად, რომელიც ანაზღაურების წინაპირობად ითვალისწინებდა საწარმოს ბრალის არსებობას.

სააპელაციო სასამართლოს შეფასებით საწარმოს ბრალი არ მიუძღოდა ზიანის დადგომაში, ვინაიდან მისი მხრიდან ადგილი არ ჰქონია კანონმდებლობის, შრომის დაცვის წესების ან სხვა ნორმატიული აქტების არასათანადოდ შესრულებას. დაზარალებულს ჩატარებული ჰქონდა ინსტრუქტაჟი მომეტებულ საფრთხესთან მუშაობის თაობაზე შრომის დაცვის წესების შესახებ. ამიტომ გამოყენებული უნდა ყოფილიყო სსკ-ის 992-ე მუხლი. შესაბამისად, ვინაიდან ამ კონკრეტულ შემთხვევაში არ არსებობდა საწარმოს ბრალი, ბრალის გარეშე 992-ე მუხლის შემადგენლობა პასუხისმგებლობის საფუძველს მოკლებულია.

---

[118] „თუ ამა თუ იმ ნაგებობიდან გამომდინარეობს მომეტებული საფრთხე ამ ნაგებობაში წარმოებული, მოთავსებული ან მიწოდებული ენერგიისაგან, ანდა ხანძარსაშიში ან აფეთქებასაშიში, შხამიანი ანდა მომწამვლელი ნივთიერებისაგან, მაშინ ამ ნაგებობის მფლობელი ვალდებულია, თუკი ამ საფრთხის პრაქტიკულ განხორციელებას მოჰყვა ადამიანის სიკვდილი, სხეულის ან ჯანმრთელობის დაზიანება, ანდა ნივთის დაზიანება, აუნაზღაუროს დაზარალებულს აქედან წარმოშობილი ზიანი. იგივე პასუხისმგებლობა გამოიყენება ხანძარსაშიში ან აფეთქებასაშიში, შხამიანი ან მომწამვლელი ნივთიერების მფლობელების მიმართ, როცა ამ ნივთიერებებიდან მომეტებული საფრთხე გამომდინარეობს.“

[119] *ჩიკვაშვილი შ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი IV, ტომი II, თბ., 2001, 412.

საკასაციო სასამართლომ არ გაიზიარა სააპელაციო სასამართლოს მოსაზრება სსკ-ის 992-ე მუხლის გამოყენებასთან დაკავშირებით,[120] რადგან ჩათვალა, რომ ახალი კანონის – სსკ-ის მე-1000 მუხლის III პუნქტის მიხედვითაც არ არსებობდა ზიანის ანაზღაურებაზე უარის თქმის საფუძველი. ვინაიდაინ მე-1000 მუხლის საფუძველზე პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების საფუძველი – დაუძლეველი ძალა ამ შემთხვევაში სახეზე არ ყოფილა. თუმცა საკასაციო სასამართლოს დასაბუთებაც, გარკვეულწილად, წინააღმდეგობრივია შემდეგი გარემოებების გამო: ერთი მხრივ, სასამართლო მიუთითებს, რომ „ამ ნორმის (იგულისხმება სსკ-ის მე-1000 მუხლი) შინაარსიდან გამომდინარე, ადმინისტრაცია ვალდებული იყო, კონკრეტულ შემთხვევაში აენაზღაურებინა მუშაკისათვის მიყენებული ზიანი, ვინაიდან იგი გამოწვეული იყო მომეტებული საფრთხის შემცველი, საწარმოს მფლობელობაში მყოფი კაუსტიკური სოდის ზემოქმედების შედეგად და არა დაუძლეველი ძალის ზემოქმედებით.“

ამ აბზაციდან გამომდინარე, აშკარაა, რომ საჭირო არ არის დამატებით ადმინისტრაციის ბრალის დასაბუთება, ვინაიდან წინააღმდეგ შემთხვევაში განსხვავება სსკ-ის 992-ე და მე-1000 მუხლებს შორის თითქმის იშლება. თუმცა სასამართლო მიუთითებს, რომ „საწარმოს ადმინისტრაციამ აღიარა მომეტებული საფრთხის შემცველ ქიმიკატებთან მუშაობის თაობაზე მუშაკთა არასათანადო განსწავლულობა და ამიტომ დაადგინა ამ სწავლების განმეორება, ანუ აღიარა ბრალეულობა უბედური შემთხვევის დადგომაში.“

სავარაუდოდ, საკასაციო სასამართლოს მიზანი მე-1000 მუხლის გამოყენების წინაპირობად დამსაქმებლის ბრალის დასაბუთებისას იყო საქართველოს პრეზიდენტის 1999 წლის 9 თებერვლის N48 ბრძანებულებასთან ამ მუხლის კავშირის დასაბუთება. სწორედ აღნიშნულზე მიუთითებს სასამართლოს შემდეგი მსჯელობა. ზემოაღნიშნული ბრძანებულების მე-15 პუნქტის შესაბამისად, „მუშაკის ჯანმრთელობისათვის მიყენებული ზიანი ითვლება დამქირავებლის ბრალეულობით, თუ იგი მოხდა შრომის კანონმდებლობის, შრომის დაცვის წესების, ნორმებისა და სხვა ნორმატიული აქტების მოთხოვნათა უგულებელყოფით, არასათანადო შესრულებით.“

საკასაციო სასამართლომ ჩათვალა, რომ, ვინაიდან მუშაკებისთვის საჭირო გახდა სწავლების განმეორებით ჩატარება მომეტებული საფრთხის წყაროსთან დაკავშირებით, ეს სწავლება თავის დროზე მათ ჩაუტარდათ არაჯეროვნად, ანუ სახეზეა საწარმოს ადმინისტრაციის მხრიდან მომეტებული საფრთხის ნივთიერებასთან მუშაობის დროს შრომის დაცვის წესების სწავლების დაბალი დონე – ანუ ადმინისტრაციის ბრალი.

საგულისხმოა ის გარემოებაც, რომ საქართველოს პრეზიდენტის 1999 წლის 9 თებერვლის №48 ბრძანებულების შესაბამისად, დაზარალებულის გაუფრთხილებლობა არ იწვევს ზიანის ანაზღაურების შეწყვეტას – თუ დაზარალებულის გაუფრთხილებლობამ ხელი შეუწყო ზიანის წარმოშობას, დაზარალებულის ბრალის ხარისხის შესაბამისად, ზიანის ანაზღაურება შეიძლება შემცირდეს.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება გაკეთდეს დასკვნა, რომ სსკ-ის მე-1000 მუხლის გამოყენების წინაპირობად არა სსკ-ის, არამედ კანონქვემდებარე აქტის მიხედვით სავალდებულოდ იქნა მიჩნეული დამსაქმებლის ბრალეულობის არსებობა და დასაბუთება.

[120] ზიანის მიყენებისას მოქმედი სამოქალაქო სამართლის კოდექსის (1964წ.) 463-ე მუხლის შესაბამისად, ორგანიზაციები და მოქალაქენი, რომელთა საქმიანობა დაკავშირებულია მომეტებულ საფრთხესთან გარშემომყოფთათვის (სატრანსპორტო ორგანიზაციები, სამრეწველო საწარმოები, მშენებლობები, ავტომობილთა მფლობელები და სხვ.), მოვალე არიან, აანაზღაურონ მომეტებული საფრთხის წყაროთი მიყენებული ზიანი, თუ ვერ დაამტკიცებენ, რომ ზიანი გამოწვეულია დაუძლეველი ძალის მოქმედებით ან თვით დაზარალებულის განზრახვით. ამ ნორმის მიხედვით, ადმინისტრაციის პასუხისმგებლობის გამორიცხვის ორი საფუძველი არსებობდა – ვინაიდან არცერთი არ იყო სახეზე, საწარმოს უფლება არ ჰქონდა, არ აენაზღაურებინა მუშაკისათვის მიყენებული ზიანი.

დღეისათვის „შრომითი მოვალეობის შესრულებისას დასაქმებულის ჯანმრთელობისათვის ვნების შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების დახმარების დანიშვნისა და გაცემის წესის დამტკიცების თაობაზე“ საქართველოს მთავრობის 2013 წლის 1 მარტის №45 დადგენილება[121] მუშაკის პროფესიული დაავადების შემთხვევაში არ მოითხოვს დამსაქმებლის ბრალის არსებობას, საკმარისად მიიჩნევს მხოლოდ სამედიცინო-სოციალური ექსპერტიზის შემოწმების აქტის ამონაწერს, რითაც დგინდება მიზეზობრივი კავშირი, ხოლო შრომითი დასახიჩრებისას ზიანის ანაზღაურების აუცილებელ წინაპირობად მიიჩნევს დამსაქმებლის ბრალეულობას. აღნიშნულის საპირისპიროდ, თანამედროვე მსოფლიოში დელიქტური სარჩელების წარუმატებლობის გამო და მე-19 საუკუნის ბოლოს სამუშაო ადგილზე დასაქმებულთა მასობრივი გარდაცვალებისა და დაზიანების ფაქტებმა (რასაც ეწოდა „საწარმოო ავარიის კრიზისი“)[122] ბიძგი მისცა ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის პრინციპზე დაფუძნებული დასაქმებულთა კომპენსაციის სისტემის ჩამოყალიბებას.[123]

3.2. რისკის სრული განეიტრალების შეუძლებლობა

აბსოლუტური პასუხისმგებლობა ემსგავსება დაზღვევას. მოპასუხე უზრუნველყოფს იმ პირთა დაცვის გარანტიებს, ვისაც შემხებლობა აქვს მომეტებული საფრთხის წყაროსთან.[124] ამ შემთხვევაში აუცილებლად ხაზგასასმელია, რომ მომეტებული საფრთხის შემცველი ობიექტები, მიუხედავად ადეკვატური გაფრთხილებისა თუ პროფილაქტიკური ღონისძიებების გატარებისა, მაინც იწვევენ საფრთხეს.

სარგებლის მიღების თეორიის[125] მიხედვით, მაგალითად, დამსაქმებლის ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა უკავშირდება იმ ფაქტს, რომ დამსაქმებლები საფრთხის წყაროს გამოყენებით იღებენ შემოსავალს. რადგანაც მათი გამოყენება ქმნის რისკის ფაქტორს, ამ რისკის შედეგებზეც ამ კონკრეტული მიზნებისათვის პასუხისმგებელია დამსაქმებელი.

დამსაქმებლის ვალდებულება, უზრუნველყოს დასაქმებულის უსაფრთხოება და შექმნას ადეკვატური პირობები, დაცულია იმ შემთხვევაში, თუ მან განახორციელა თავისი ზრუნვის მოვალეობა კეთილსინდისიერად და მიიღო ყველა ზომა, რაც უნდა განეხორციელებინა ან უნდა სცოდნოდა. ვინაიდან დამსაქმებელს მოსალოდნელ რისკებზე გაცილებით მეტი ინფორმაცია აქვს, მას მართებს საშუალოზე მეტი ზომების მიღება მათ თავიდან ასაცილებლად. შესაბამისად, აქვს ვალდებულება, შეაფასოს რისკები მოსალოდნელ ზიანთან მიმართებით და გაატაროს ადეკვატური პრევენციული ღონისძიებები. თუ დამსაქმებელმა ამ ამოცანას ვერ გაართვა თავი, ითვლება, რომ მის ქმედებაში არის გაუფრთხილებლობა.[126]

---

[121] საქართველოს მთავრობის 2013 წლის 1 მარტის №45 დადგენილება „შრომითი მოვალეობის შესრულებისას დასაქმებულის ჯანმრთელობისათვის ვნების შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების დახმარების დანიშვნისა და გაცემის წესის დამტკიცების თაობაზე“. www.matsne.gov.ge, 04/03/2013.

[122] „Industrial accident crisis“ *Janutis, R.M.,* The new Industrial System Crisis: Compensating Workers For Injuries In The Office, Loyola of Los Angeles Law Review, 2008-2009, 49, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

[123] სოციალური სამართლის მიხედვით, კომპენსაციის გაცემის წესი განსხვავდება სამოქალაქო სამართლის ძირითადი პრინციპებისაგან. ანაზღაურების სისტემა მეტად მოქნილი და სწრაფია, რაც მთავარია, ორივე მხარისთვის. ანაზღაურება ხორციელდება იმის მიუხედავად, რა პირობებში დადგა ზიანი და რომელი მხარეა ბრალეული.

[124] *Buckley W.R., Okrent C.J,* Torts&Personal Injury Law, New York, 2004, 263.

[125] Benefit theory.

[126] *Fordham M.,* A New Era of Employer Liability in Negligence, Singapore Journal of Legal Studies, 2010, 195, <http://heinonline.org>, [20.06.2017].

კანონით განსაზღვრული ზრუნვის ვალდებულების ფარგლები დგინდება თვით ნორმის ფორმულირებიდან. შესაბამისად, ზრუნვის ხარისხი განსხვავდება და ერთ შემთხვევაში გულისხმობს უსაფრთხოების ზომების უზრუნველყოფას, სხვა შემთხვევაში – უსაფრთხოების გარანტიების არსებობას. რაც უფრო მაღალია ზრუნვის სტანდარტი კონკრეტულ საფრთხესთან მიმართებით, მით უფრო იშლება ზღვარი ბრალეულ და ბრალისგარეშე პასუხისმგებლობას შორის.

ზოგადად, როდესაც სახეზე არ არის პირის ბრალი, უფრო მეტიც, დამსაქმებელმა ყველა ზომა მიიღო, რათა მინიმუმამდე დაეყვანა ზიანის დადგომის რისკი, უსამართლოა აბსოლუტური პასუხისმგებლობის პრინციპის გამოყენება. ამიტომ ბრალისგარეშე პასუხისმგებლობაც შეზღუდულია და შემოიფარგლება იმ შემთხვევებით, რომლებიც განსაკუთრებით საფრთხის შემცველია და ამ რისკის გაწევა ღირებულია სარგებლის გამო.[127]

4. დასკვნა

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ შრომითსამართლებრივ ურთიერთობებში არსებობს ისეთი განსაკუთრებული გარემოებები, რომელთა გათვალისწინებითაც, დასაქმებულთა და დამსაქმებელთა ინტერესის დაბალანსების უზრუნველსაყოფად, ხშირად ხდება სტანდარტული პასუხისმგებლობის სქემის ალტერნატიული სქემით ჩანაცვლება. რაც უფრო მაღალია დამსაქმებლის ზრუნვის სტანდარტი კონკრეტულ საფრთხესთან მიმართებით, მით უფრო იშლება ზღვარი ბრალეულ და ბრალისგარეშე პასუხისმგებლობას შორის.

კანონმდებლები და სასამართლოები ზემოაღნიშნულ ინტერესთა ბალანსის მიღწევას მტკიცების ტვირთის მოსარჩელიდან მოპასუხეზე გადატანით (მტკიცების ტვირთის შებრუნება) ცდილობენ. უფრო მეტიც, მტკიცების ტვირთის გადატანა შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის ჭრილში, დასაქმებულის, როგორც სუსტი მხარის, ინტერესების დასაცავად, საკმაოდ მნიშვნელოვანი დაცვის საშუალებაა. მტკიცების ტვირთის შებრუნების გამოყენების მასშტაბი ქართულ სამართლებრივ სივრცეში გაცილებით შეზღუდულია, ვიდრე, თუნდაც, გერმანიაში, თუმცა მაინც არსებობს გარკვეული წინგადადგმული ნაბიჯები ამ მიმართულებით. საბოლოოდ, შეიძლება ითქვას, რომ გადამწყვეტი სიტყვა მოსამართლეს ეკუთვნის, რომელსაც შეუძლია ნორმათა სწორი ინტერპრეტაციით დასაქმებულის, როგორც სუსტი მხარის, ინტერესების გათვალისწინებით, უზრუნველყოს სამართლიანი ბალანსის დაცვა.

---

[127] დელიქტური სამართლის (მეორე) რისტეიტმენტის §520 მომეტებული საფრთხის წყაროს დახასიათებისას მიუთითებს ასევე იმ ფაქტზე, რომ ამგვარი ნივთიერებები (მაგალითად: მომწამვლელი გაზი, ქიმიური ნივთიერებები, ასაფეთქებელი მოწყობილობები), როგორც წესი, არ არის საყოველთაოდ გამოყენებადი, არამედ მათ გამოყენებას აქვს თავისი სპეციალური წესები და, შეიძლება ითქვას, რომ საზოგადოების უმეტესი ნაწილი მათ არ იყენებს. აღნიშნულის საპირისპიროდ, მაგალითად, აალებადი ნივთიერებები, როგორიცაა ბენზინი, მომეტებული საფრთხის წყაროა, თუმცა საყოველთაო მოხმარებაშია. ამიტომ აქ მნიშვნელობა აქვს, როგორ იქნება ბენზინი გამოყენებული. თუ შევადარებთ ნავთობგადამამუშავებელი კომპანიის საქმიანობას და ერთი კონკრეტული პირის სათავსოს, სადაც ის ინახავს ბეზინს თავისი ბალახის საკრეჭი მანქანისათვის, ნათელია, რომ პირველი შემთხვევა მომეტებული საფრთხის წყაროა, ხოლო მეორე – არა. დაწვრ. იხ. ***Buckley W.R., Okrent C.J,*** **Torts&Personal Injury Law, New York, 2004, 265.**

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 24/07/1997.
2. საქართველოს შრომის კოდექსი, 27/12/2010.
3. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, 18/08/1896.
4. საქართველოს მთავრობის 2013 წლის 1 მარტის №45 დადგენილება „შრომითი მოვალეობის შესრულებისას დასაქმებულის ჯანმრთელობისათვის ვნების შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების დახმარების დანიშვნისა და გაცემის წესის დამტკიცების თაობაზე“.
5. *ამირანაშვილი გ.*, დასაქმებულის მიერ სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას მესამე პირისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების თავისებურება, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი,თბ., 2013, 199.
6. *ახვლედიანი ზ.*, ვალდებულებითი სამართალი, თბ.,1999, 267.
7. *იოსელიანი ა.*, კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში (შედარებით-სამართლებრივი კვლევა), ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოცემა, თბ., 2007, 40.
8. *კერესელიძე თ.*, შრომითი ხელშეკრულების დადებამდე დამსაქმებლის მიერ კანდიდატისათვის დასმული დისკრიმინაციული შეკითხვის სამართლებრივი შედეგები, თბ., 2011, 221, 224.
9. *კროპჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (სასწავლო კომენტარი),თბ., 2014, 153,157, 198, 653-655, 460-461.
10. *ლუთრინგჰაუსი პ.*, დელიქტური სამართალი, თბ., 2011, 16, 18, 26-27.
11. *სტურუა ნ.*, ზიანის ანაზღაურება წინასახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას შრომის სამართალში, თბ., 2011, 237, 272.
12. *შველიძე ზ.*, საქართველოს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული დასაქმებულის სამართლებრივი სტატუსის მახასიათებლები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I ტომი, თბ., 2011, 93.
13. *შუდრა თ.*, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა დასაქმებულის მიერ მიყენებული ზიანისათვის, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), II ტომი, თბ., 2013, 216, 218, 221,254.
14. *ცვაიგერტი კ., კოტცი ჰ.*, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტომი II, თბ., 2002, 320, 326-327, 330-333, 335.
15. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, თბ., 2001, 51, 384.
16. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი IV, ტომი II, თბ., 2001, 412.
17. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2008 წლის 11 დეკემბრის №ბს-1156-1156-118 (კ-08) განჩინება ადმინისტრაციული და სხვა კატეგორიის საქმეებზე.
18. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2013 წლის 16 დეკემბრის №ას-660-627-2013 გადაწყვეტილება.
19. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 10 ოქტომბრის №ას-762-730-2014 განჩინება.
20. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რეკომენდაციები სამოქალაქო სამართლის სასამართლო პრაქტიკის პრობლემატურ საკითხებზე, თბ., 88-89.
21. *Buckley W.R., Okrent C.J.,* Torts&Personal Injury Law, New York, 2004, 49-50, 263,265-266.
22. *Burns J.J.,* Respondeat Superior as an Affarmative Defence: How Employers Immunize themselves from Direct Negligence Claims, Michigan Law Review, 2010-2011, 665, 667-669.
23. *Forte G.,* Rethinking America's Approach To Workplace Safety: A Model for Advancing Safety Issues in the Chemical Industy, Cleveland Law Review, 2005-2006, 517.
24. *Fordham M.,* A New Era of Employer Liability in Negligence, Singapore Journal of Legal Studies, 2010, 195, 200.

25. *Janutis R.M.*, The new Industrial System Crisis: Compensating Workers For Injuries In The Office, Loyola of Los Angeles Law Review, 2008-2009, 39,41-42,49.
26. *Markesines B.S., Unberath H.*, The German Law of Torts, A Comparative Treatise, Hart Publishing, Oxford, 2002, 696.
27. *Nedzel N. E.*, A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing and Precontractual Liability, Tulane European and Civil Law, Vol.12, 1997, 6.
28. *Neild D.*, Vicarious Liability and The employment Rationale, 2013, 707, 711.
29. *Van Dam.C.*, Europian Tort Law, Oxford University Press, New York, 2006, 221, 237, 245, 255, 263, 282, 448.
30. *Wagner G.*, Tort, Social Security, and No Fault Schemes: Lessons from Real-World Experiments, Duke Journal of Comparative and International Law, 2012-2013, 18, 36.

ლევან ჟორჟოლიანი

შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობა ასოცირების ხელშეკრულების ჭრილში

შრომის კანონმდებლობა უმნიშვნელოვანეს როლს ასრულებს თითოეული მოქალაქის ცხოვრებაში, რაც განპირობებულია თავად შრომის ფენომენით. ამ სფეროში კანონმდებლობის აღსრულება, გარკვეულწილად, პირდაპირაა დაკავშირებული ადამიანის ეკონომიკურ კეთილდღეობასთან, შესაბამისად, როდესაც დასაქმებული და დამსაქმებელი სრულად იყენებენ იმ შესაძლებლობებს, რომელთაც აწესებს შრომის კანონმდებლობა, შედეგად ვიღებთ დაბალანსებულ შრომით ურთიერთობებს, მათზე პირდაპირაა მიბმული სახელმწიფო თუ სამოქალაქო სტრუქტურების, ორგანიზაციების, საწარმოების პროდუქტულობა. ზოგიერთ შემთხვევაში, ბალანსის დასაცავად საჭირო ხდება სახელმწიფოს ჩარევა და კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის შემოღება. წინამდებარე სტატიაში სწორედ ასეთი შემთხვევებია განხილული და დასაბუთებულია, თუ რა მნიშვნელობა აქვს შრომის კანონმდებლობის აღსრულებაზე კონტროლს, როგორც ეროვნულ, ასევე საერთაშორისო დონეზე.

საკვანძო სიტყვები: *შრომა, კანონმდებლობა, უსაფრთხოება, ინსპექცია, ასოცირების შეთანხმება, ხელშეკრულება, ინვესტიცია.*

1. შესავალი

წინამდებარე ნაშრომში განხილულია შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის საკანონმდებლო გამოწვევები, ერთი მხრივ, ევროკავშირსა და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და, მეორე მხრივ, საქართველოს შორის ასოცირების შეთანხმების (შემდგომში – ასოცირების შეთანხმება) ჭრილში. ნაშრომის მიზანია, შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის სფეროში კონკრეტული საკანონმდებლო გამოწვევების წარმოჩენა, სამეცნიერო კამათის დაწყება ზემოხსნებულ საკითხებზე და შემდეგი საკითხების გამოტანა მსჯელობისთვის: 1) შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის მნიშვნელობა; 2) ასოცირების ხელშეკრულებით გათვალისწინებული საერთაშორისო ვალდებულებები შრომის კანონმდებლობის დახვეწისა და სახელმწიფო ზედამხედველობის სფეროში; 3) უცხოური ინვესტიციების მოზიდვისა და შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის ინტერესების ურთიერთგადაკვეთა;

საქართველოსა და ევროკავშირს შორის დადებული ასოცირების შეთანხმების დღის წესრიგის მიხედვით, მხარეები ითანამშრომლებენ, რათა შეიქმნას ეფექტური შრომის ინსპექცია ILO[1]-ის სტანდარტების შესაბამისად, ადმინისტრაციული და სააღსრულებო ორგანოების მიერ სამუშაო ადგილებზე ჯანმრთელობისა და უსაფრთხოების დაცვასა და შრომის სამართალზე ზედამხედველობის უზრუნველსაყოფად.[2]

---

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, საქართველოს პარლამენტი, საპარლამენტო ფრაქცია „ქართული ოცნება“, აპარატის უფროსი.

1 <International Labour Organisation, http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>.

2 Association Agenda between Georgia and EU. <www.3dcftas.eu/system/tdf/georgia-agenda_0.pdf?file=1& type=node& id=65&force=>.

საქართველოსა და ევროკავშირს შორის დადებული ასოცირების შეთანხმების მე-13 თავის 227-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, მხარეები ადასტურებენ თავიანთ ვალდებულებას, ხელი შეუწყონ მდგრად განვითარებას და აღიარებენ, რომ ეკონომიკური განვითარება, სოციალური განვითარება და გარემოს დაცვა მისი ურთიერთდამოკიდებული და ურთიერთგამაძლიერებელი საშუალებებია. ისინი ხაზს უსვამენ ვაჭრობასთან დაკავშირებულ შრომითი და გარემოს დაცვითი საკითხების, როგორც ვაჭრობისა და მდგრადი განვითარების მიმართ გლობალური მიდგომის ნაწილის, მნიშვნელობას.[3]

ნაშრომში განხილული საკითხი აქტუალური შეიძლება იყოს შრომის ადმინისტრირებით დაინტერესებული ნებისმიერი, როგორც პრაქტიკოსი ან თეორეტიკოსი იურისტისთვის, ასევე შრომის კანონმდებლობის ჯეროვანი აღსრულებით დაინტერესებული ნებისმიერი პირისთვის, რომლის ინტერესების სფეროში შედის ისეთი საკითხები, როგორებიცაა: შრომის კანონმდებლობის აღსრულება და აღსრულების სახელმწიფო მექანიზმი, ასოცირების შეთანხმებით გათვალისწინებული საერთაშორისო ვალდებულებები, რომლებმაც უნდა უზრუნველყონ ქვეყნის მდგრადი განვითარება, ინვესტიციებისა და შრომის კანონმდებლობის ურთიერთმიმართება, საკანონმდებლო პაკეტი, რომელიც უზრუნველყოფს ასოცირების შეთანხმებით აღებული საერთაშორისო ვალდებულებების საკანონმდებლო საფუძვლის შექმნას.

წინამდებარე ნაშრომში გამოყენებულია შედარებითსამართლებრივი, კრიტიკული და ისტორიული ანალიზის მეთოდები.

ზემოაღნიშნული საკითხების განხილვისთვის ნაშრომის ძირითადი ნაწილი იყოფა შემდეგ თავებად: I თავი. შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობა (ზოგადი მიმოხილვა). ამ თავში საუბარი იქნება შრომის ინსპექციის ინსტიტუციურ მნიშვნელობაზე, შექმნის საჭიროებაზე, ძირითად ფუნქციებსა და ისტორიულ გამოცდილებაზე; II თავი. ასოცირების ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებები შრომის კანონმდებლობის დახვეწისა და სახელმწიფო ზედამხედველობის სფეროში. ამ თავში განხილულია, თუ რა სახის ვალდებულებები იკისრა საქართველომ ასოცირების ხელშეკრულების ფარგლებში და რა ვადებში უნდა შეასრულოს ეს ვალდებულებები; III თავი. პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების მოზიდვისა და შრომის კანონმდებლობაზე ზედამხედველობის სახელმწიფო ინტერესების ურთიერთგადაკვეთა. აქ საუბარია მეტად მნიშვნელოვან საკითხზე, რომელსაც ხშირად იყენებენ ხოლმე შრომის კანონმდებლობის სახელმწიფო ზედამხედველობის მოწინააღმდეგე სკეპტიკოსები არგუმენტად. განვითარებულია მსჯელობა, თუ რა ურთიერთმიმართება აქვთ უცხოურ ინვესტიციებსა და შრომის კანონმდებლობის აღსრულების რეგულირებას; IV თავი. შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის საკანონმდებლო რეგულირება და გამოწვევები საქართველოს სახელმწიფოსთვის. მეოთხე თავი დაყოფილია 2 ქვეთავად: 1) შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის საკანონმდებლო რეგულირება, რომელშიც განხილულია 2015 წლიდან დღემდე სახელმწიფოს მიერ გადადგმული დადებითი თუ უარყოფით ნაბიჯები ამ კუთხით; 2) შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის გამოწვევები საქართველოს სახელმწიფოსთვის. ამ ქვეთავში რეკომენდაციის სახით მოცემულია საკანონმდებლო პაკეტი, რომელმაც უნდა უზრუნველყოს ასოცირების ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ საკანონმდებლო გამოწვევაზე პასუხი შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის ნაწილში.

[3] ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, საქართველოსა და, მეორე მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, მიღების თარიღი – 27.06.14, გამოქვეყნების თარიღი – 11.09.14, სარეგისტრაციო კოდი – 480610000.03.030.016275.

შეჯამების სახით წარმოდგენილი იქნება დასკვნა იმის შესახებ, შრომის კანონმდებლობაზე ზედამხედველობა არის სახელმწიფოს მდგრადი განვითარების ევროპული საფუძველი, მათ შორის უცხოური ინვესტიციების მოზიდვის სფეროში, და თუ სახელმწიფოს სურს, უპასუხოს იმ საკანონმდებლო გამოწვევებს, რომლებიც გათვალისწინებულია საერთაშორისო ვალდებულებებით (იგულისხმება ასოცირების შეთანხმება), საჭიროა შეიქმნას საკანონმდებლო ცვლილებათა პაკეტი: 1) საქართველოს ორგანულ კანონში – შრომის კოდექსში უნდა გაჩნდეს ჩანაწერი შრომის კანონმდებლობის აღსრულებასა და აღსრულების ზედამხედველი სახელმწიფო ორგანოს შესახებ; 2) სამეწარმეო საქმიანობის კონტროლის შესახებ კანონის მეორე მუხლის პირველი პუნქტის ბ ქვეპუნქტით სამეწარმეო საქმიანობის კონტროლად უნდა განისაზღვროს იძულებითი შრომისა და შრომითი ექსპლუატაციის პრევენციისა და მათზე რეაგირების მიზნით განხორციელებული საქმიანობა, აგრეთვე შრომის კანონმდებლობისა და შრომის დაცვის წესების დარღვევის პრევენციისა და რეაგირების მიზნით განხორციელებული საქმიანობა; 3) მნიშვნელოვანია, მიღებულ იქნეს სპეციალური კანონი შრომის უსაფრთხოების ნაწილში, რომელიც შრომის კოდექსის 35-ე მუხლით გათვალისწინებულ სტანდარტს უფლებებისა და მოვალეობების სახეს მიცემს; 4) საჭიროა, საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსით განისაზღვროს გაფრთხილებები და სანქციის სხვა სახეები (საქმიანობის შეჩერება, ფულადი ჯარიმა და სხვ.) შრომითი უფლებებისა და შრომის უსაფრთხოების წესების დარღვევისთვის. შესაბამისად, გაჩნდეს პროცედურა ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში.

2. შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფოს ზედამხედველობა (ზოგადი მიმოხილვა)

შრომის ინსპექცია არის შრომის ადმინისტრირების საჯარო ფუნქცია, რომელიც სამუშაო ადგილებზე შრომის კანონმდებლობის აღსრულებას უზრუნველყოფს. მისი მთავარი დანიშნულებაა, დაარწმუნოს სოციალური პარტნიორები შრომის კანონმდებლობის სამუშაო სივრცეში ზედამხედველობის საჭიროებაში და დაანახოს მათივე საერთო ინტერესი ამ სფეროში, პრევენციული, საგანმანათლებლო და, როდესაც საჭიროა, სააღსრულებო ზომების გამოყენებით. მას შემდეგ, რაც დიდ ბრიტანეთში 1833 წელს პირველი შრომის ინსპექტორები დაინიშნენ, შრომის ინსპექციები მსოფლიოს თითქმის ყველა სახელმწიფოში დაფუძნდა. 175 წლის განმავლობაში შრომის ინსპექტორები ცდილობენ, გააუმჯობესონ სამუშაო პირობები.[4] შრომის კანონმდებლობა არის მე-18 საუკუნის ბოლოს დაწყებული და მე-19 საუკუნეში ევროპაში მიმდინარე ინდუსტრიული რევოლუციების შედეგი. მთელი მე-19 საუკუნე გამოირჩეოდა უთვალავი გაფიცვითა და პროტესტით, რომლებიც ხშირად გადაიზრდებოდა ხოლმე ძალადობრივ რევოლუციებში, რის გამოც მთავრობებმა გააანალიზეს, რომ სახელმწიფო უნდა ჩარეულიყო შრომითი ურთიერთობების ორგანიზებასა და სამუშაო პირობების განსაზღვრაში. ყველაზე ადრეული ეროვნული კანონმდებლობა, რომელიც აუმჯობესებდა სამუშაო პირობებს, 1802 წლით თარიღდება, როდესაც ბრიტანეთის პარლამენტმა მიიღო კანონი „*Act to Preserve the Morals of Apprentices*“, სადაც სიტყვა „*morals*“ განმარტებული იყო როგორც უსაფრთხოება, ჯანმრთელობა და კეთილდღეობა და „*apprentices*“-ში იგულისხმებოდა ბავშვი (არასრულწლოვანი) მუშა-მოსამსახურეები. ნებაყოფლობითი კომიტეტები, რომელთა შემადგენლობაში ადგილობრივი წარჩინებულები შედიოდნენ, სწორედ ზემოაღნიშნული აქტის მოქმედებას ზე-

[4] Labour Inspection: What it is and what it does A Guide for Employers, International Labor Office, Geneva, 2010, 8.

86

დამხედველობდნენ. გარკვეული მიზეზებიდან გამომდინარე, აქტის მოქმედება არაეფექტური იყო, რის გამოც 1833 წელს ბრიტანეთის მთავრობამ დანიშნა 4 ინსპექტორი. 1844 წელს ინსპექტორები გახდნენ საჯარო მოხელეები. ეს სისტემა თანმიმდევრულად გავრცელდა ევროპაში, ნაციონალური ადმინისტრაციების ჩვეულებათა სპეციფიკის გათვალისწინებით. 1890 წელს 15 სახელმწიფოს წარმომადგენელი ესწრებოდა ბერლინში კონფერენციას – მან დაამტკიცა პირველი სტანდარტები, რომლებიც აუმჯობესებდნენ მშრომელების სამუშაო პირობებს და ინსპექციის სამსახურებს. კონფერენციამ დაამტკიცა, რომ კანონებს თითოეულ სახელმწიფოში უნდა ზედამხედველობდეს ადეკვატური რაოდენობისა და სპეციალური კვალიფიკაციის მქონე ოფიცრები, რომელთაც ნიშნავს მთავრობა და დამოუკიდებლები არიან დამსაქმებლებისა და დასაქმებულებისგან. 1919 წელს ამ ინიციატივას დამატებითი სტიმული შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის (ILO) შექმნით მიეცა.[5] 1919 წელს ვერსალის ხელშეკრულება აცხადებდა, რომ განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი იყო, „თითოეულ სახელმწიფოს შეექმნა პირობები ინსპექტირების სისტემისთვის, რათა უზრუნველეყო კანონისა და რეგულაციების აღსრულება დასაქმებულთა დასაცავად“.[6]

შრომის კანონმდებლობის სათანადო გამოყენება დამოკიდებულია შრომის ეფექტურ ინსპექტირებაზე. შრომის ინსპექტორები ამოწმებენ, თუ რამდენად ჯეროვნად ხდება შრომის სახელმწიფო სტანდარტების გამოყენება სამუშაო ადგილებზე და აძლევენ რჩევებს დამსაქმებლებსა და დასაქმებულებს, თუ როგორ უნდა მოხდეს ეროვნული კანონმდებლობის გამოყენების გაუმჯობესება ისეთ საკითხებში, როგორებიცაა: სამუშაო დრო, ხელფასები, შრომის დაცვა და ბავშვთა შრომა. გარდა ამისა, შრომის ინსპექტორები სახელმწიფო ორგანოებს ინფორმაციას აწვდიან ეროვნულ კანონმდებლობაში არსებული ხარვეზებისა და მისი გვერდის ავლის შესაძლებლობის თაობაზე. ისინი ასრულებენ მნიშვნელოვან როლს, რათა შრომის კანონმდებლობა თანაბრად გამოიყენებოდეს ყველა დამსაქმებლისა და დასაქმებულის მიმართ. იმდენად, რამდენადაც საერთაშორისო საზოგადოება აღიარებს შრომის ინსპექტირების დიდ მნიშვნელობას, შსო-მ პრიორიტეტი მიანიჭა შრომის ინსპექციის შესახებ ორი კონვენციის (№81 და №129) რატიფიცირების ხელშეწყობას. დღეისათვის შრომის ინსპექციის შესახებ 1947 წლის კონვენცია (№81) რატიფიცირებული აქვს 138 სახელმწიფოს (წევრი ქვეყნების 75%-ზე მეტს), ხოლო №129 კონვენცია 4-ზე მეტ სახელმწიფოს. ამის მიუხედავად, პრობლემები ჯერ კიდევ რჩება ქვეყნებში, სადაც შრომის ინსპექტირების სისტემები ფუნქციონირებენ არასაკმარისი დაფინანსებისა და საკადრო დაკომპლექტების პირობებში და, შესაბამისად, არ ეძლევათ საკუთარი სამუშაოს კარგად შესრულების შესაძლებლობა. ცალკეული შეფასებები აჩვენებს, რომ ზოგიერთ განვითარებად ქვეყანაში შრომის საკითხთა დასარეგულირებლად გამოიყოფა ქვეყნის ბიუჯეტის 1%-ზე ნაკლები და ამ თანხებიდან შრომის ინსპექტირების სისტემები მხოლოდ მცირე ნაწილს თუ იღებენ. სხვა კვლევები მიუთითებს, რომ გაცილებით მეტი შეიძლება აღმოჩნდეს ხარჯები, რომლებიც უკავშირდება საწარმოო ტრავმატიზმსა და პროფესიულ დაავადებებს, სამუშაოზე გამოუცხადებლობას, დასაქმებულთა არასათანადო მოპყრობასა და შრომით დავებს. შრომის ინსპექციას შეუძლია ყველა ამ პრობლემის პრევენცია და ამ გზით პროდუქტულობის ზრდისა და ეკონომიკური განვითარების ხელშეწყობა.[7]

შრომის სამყაროში შრომის ინსპექცია ყველაზე მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტია სახელმწიფოს წარმომადგენლობისა და ჩარევისა, რათა შეიქმნას, სტიმული მიეცეს და განვითარდეს

---

5 Labour Inspection: What it is and what it does A Guide for Employers, International Labor Office, Geneva, 2010, 9.

6 იქვე.

7 *რიქტჰოფენი ვ. ფ.*, შრომის ინსპექცია: პროფესიის გზამკვლევი, შსო, ჟენევა, 2002, 121–133 და 146 მითითებულია წიგნში: თამაშის წესები: მოკლე შესავალი შრომის საერთაშორისო ნორმებში, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, შესწორებული რედაქცია, 2009, 40.

პრევენციის კულტურა ინსპექციის მოქმედების არეალში არსებული ყველა ასპექტისა – ინდუსტრიული ურთიერთობების, ხელფასების, შრომის ზოგადი პირობების, უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობისა, დასაქმებასთან დაკავშირებული საკითხებისა და სოციალური დაცვისა.[8]

ამჟამად შრომის ინსპექტორატები საკუთარ მოვალეობებს რთულ მდგომარეობაში ასრულებენ, თუმცა ზემოქმედებენ ეკონომიკური და სოციალური კონტექსტში მნიშვნელოვან ცვლილებებზე.[9]

შრომის ინსპექციის ნებისმიერი სისტემის პირველადი მიზანია შრომის კანონმდებლობის აღსრულების უზრუნველყოფა, რათა შეიქმნას ეროვნული სტანდარტი, რომელიც დაიცავს ყველა მშრომელს და სადაც მიზანშეწონილია, მათ ოჯახებსაც კი. თანამედროვე სისტემები იცავენ თვითდასაქმებულებსა და გარემოს კონკრეტულ სამუშაოსთან დაკავშირებული რისკებისგან. შრომის ინსპექციის მთავარი მიზნებია: მოქმედი შრომის კანონმდებლობის აღსრულება სამუშაო ადგილებზე და მიიღწევა ღირსეულია დასაქმება და შრომის პირობები; დამსაქმებლებისა და დასაქმებულთა ინფორმირება მათი ქმედებების საკანონმდებლო მოთხოვნებთან შესაბამისობის თაობაზე; საწარმოთა მიერ ადეკვატური ზომების მიღება ისეთი გარემოსა და სამუშაო პროცესის უზრუნველსაყოფად, რომელიც დასაქმებულების უსაფრთხოებას და ჯანმრთელობას რისკის ქვეშ არ აყენებს; უკუინფორმაციისა და მიღებული გაკვეთილების გამოყენება, როგორც საკანონმდებლო განვითარების საშუალებისა, რათა, სამუშაოსთან დაკავშირებული ახალი სოციალური, ფიზიკური და ფსიქოლოგიური რისკების გათვალისწინებით, გაუმჯობესდეს საკითხების სამართლებრივი გადაწყვეტა.

არსებობს დიაპაზონი საშუალებებისა, რომელთაც იყენებს ინსპექცია, რათა მიაღწიოს ღირსეული შრომის პირობების შექმნის მიზანს.[10]

ინსპექციის სამსახურები სამართლებრივი ნორმების აღსრულებას ახორციელებენ ორი მთავარი ფუნქციით: 1) აღსრულების უზრუნველყოფით, 2) დამსაქმებლებსა და დასაქმებულებზე ინფორმაციისა და რჩევების გაცემით. ინფორმაციის გაცემისა და რჩევის მიცემის ფუნქციები მჭიდროდაა დაკავშირებული და ხშირად ერთად გვხვდება.

შრომის ინსპექციის სააღსრულებო ფუნქცია ძალიან განსხვავებულია სხვადასხვა სახელმწიფოში, მაგრამ შრომის ინსპექცია ცდილობს, გაატაროს ორივე, პროაქტიური (ინსპექტირებების ყოველთვიური და ყოველწლიური გეგმების შედგენა, ეროვნული, დარგობრივი და სექტორული ინსპექტირებები, კანონის დარღვევის იდენტიფიცირება და მაკორექტირებელი ქმედებების განხორციელება) და რეაქტიული, ფუნქცია (საჩივრების განხილვა, შემთხვევები, ინციდენტები და დავები). აღსრულება დუალური ბუნებისაა: ის მოიცავს საკონსულტაციო და ინსპექტორულ ფუნქციებს.[11]

მაგალითად, ბრაზილიაში შრომის ინსპექტორების ჩარევა არა თუ დაეხმარა კომპანიებს, შესაბამისობაში მოეყვანათ საწარმოო პრაქტიკა კანონთან, არამედ ამ ჩარევით შეძლეს, შეემუშავებინათ ინოვაციური სამართლებრივი ან/და ტექნიკური გადაწყვეტები, რომლებმაც გაზარდეს კომპანიების კომპეტენტურობა და პროდუქტულობა.[12]

---

[8] Labour Inspection: What it is and what it does A Guide for Employers, International Labour Office, Geneva, 2010, 8.

[9] იქვე.

[10] იქვე, 14.

[11] იქვე, 15.

[12] იქვე, 16.

3. ასოცირების ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებები შრომის კანონმდებლობის დახვეწისა და სახელმწიფო ზედამხედველობის სფეროში

შრომითსამართლებრივ სფეროში არსებული საერთაშორისოსამართლებრივი აქტებიდან განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანია საქართველოს მიერ რატიფიცირებული ILO-ის კონვენციები, აგრეთვე ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების დაცვის საერთაშორისო პაქტი და ევროპის სოციალური ქარტია. გარდა ამისა, შრომითუფლებრივ სფეროში საქართველოს აღებული აქვს არაერთი სახელშეკრულებო ვალდებულება, რომელთა შორის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, ერთი მხრივ, ევროკავშირსა და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და, მეორე მხრივ, საქართველოს შორის ასოცირების შეთანხმების ფარგლებში ნაკისრი ვალდებულებები.[13]

როგორც შესავალში აღინიშნა, საქართველოსა და ევროკავშირს შორის დადებული ასოცირების შეთანხმების მე-13 თავის 227-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, მხარეები ადასტურებენ თავიანთ ვალდებულებას, ხელი შეუწყონ მდგრად განვითარებას და აღიარებენ, რომ ეკონომიკური განვითარება, სოციალური განვითარება და გარემოს დაცვა მისი ურთიერთდამოკიდებული და ურთიერთგამაძლიერებელი საშუალებებია. ისინი ხაზს უსვამენ ვაჭრობასთან დაკავშირებულ შრომითი და გარემოსდაცვითი საკითხების, როგორც ვაჭრობისა და მდგრადი განვითარებისადმი გლობალური მიდგომის ნაწილის, მნიშვნელობას.[14]

შრომისა და დასაქმების პოლიტიკა თანაბარმნიშვნელოვნად უნდა უზრუნველყოფდეს როგორც დასაქმებულის უფლებებს, ასევე, დამსაქმებლისას, რომელიც წარმოებისა და ვაჭრობის სფეროში უმნიშვნელოვანესი სუბიექტია.[15] ასოცირების შეთანხმების მე-13 თავი ეხება ისეთ მნიშვნელოვან საკითხებს, როგორებიცაა, ვაჭრობა და მდგრადი განვითარება, რომლებიც საქართველოსთვის სასიცოცხლო ელემენტებია. მეტად მნიშვნელოვანია, რომ ვაჭრობისა და მდგრადი განვითარების თავის პირველსავე მუხლებში გვხვდება შრომისა და გარემოს დაცვის ევროპული სტანდარტების მიღების ვალდებულებები, მაგალითად, ასოცირების შეთანხმების 229-ე მუხლის თანახმად, შრომის სამართლის სფეროში სტანდარტების იმპლემენტირება დაკავშირებულია, ერთი მხრივ, ნაყოფიერი დასაქმების ხელშეწყობისა და ღირსეული შრომის დამკვიდრებასთან, როგორც გლობალიზაციის მართვის ძირითადი ელემენტისა, მეორე მხრივ, ვაჭრობის ხელშეწყობასთან.[16]

ასოცირების შეთანხმების მე-13 თავის მიხედვით, საქართველომ უნდა იხელმძღვანელოს შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის მიერ განსაზღვრული ძირითადი პრინციპების შესაბამისად და საკუთარ კანონმდებლობასა და პრაქტიკაში დანერგოს ILO-ის კონვენციებში არსებული სტანდარტი. საქართველოს უკვე საერთაშორისოდ აღიარებული ვალდებულებაა (229-ე მუხლის მე-2 პუნქტი): გაერთიანების თავისუფლება და კოლექტიური მოლაპარაკებების უფლების რეალური აღიარება; იძულებით შრომის ყოველგვარი ფორმის აღმოფხვრა; ბავშვთა შრომის რეალური გაუქმება; ყოველგვარი დისკრიმინაციის აღკვეთა დასაქმებასა და შრომასთან მიმართებით.

---

[13] კვლევა „შრომის ინსპექტირების მექანიზმის შეფასება და დასაქმებულთა შრომითი უფლებების მდგომარეობა საქართველოში“, ადამიანის უფლებების სწავლების და მონიტორინგის ცენტრი, თბ., 2017, 105.

[14] ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, საქართველოსა და, მეორე მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, მიღების თარიღი – 27.06.14., გამოქვეყნების თარიღი – 11.09.14., სარეგისტრაციო კოდი – 480610000.03.030.016275.

[15] *ჯგერენაია ე., ქარდავა ე.*, შრომითი უფლებების დაცვა როგორც ევროპული ინტეგრაციის პოლიტიკის ნაწილი – განვითარების პერსპექტივები ასოცირების შეთანხმების, ვიზის ლიბერალიზაციის სამოქმედო გეგმისა და სოციალური ქარტიის ფარგლებში, ფრიდრიხ ებერტის ფონდი „ფაუნტეინ ჯორჯია“, თბ., 2016, 8.

[16] იქვე, 8.

ასოცირების შეთანხმების XXX დანართი, თავის მხრივ, დაყოფილია სამ ნაწილად: შრომის სამართალი, დისკრიმინაციის აკრძალვა და გენდერული თანასწორობა; ჯანმრთელობა და უსაფრთხოება სამუშაო ადგილებზე. შრომის სამართლის ნაწილში ჩამოთვლილია ევროკავშირის 8 დირექტივა, რომელთა საიმპლემენტაციოდ განსაზღვრულია 4–6 წელი. დისკრიმინაციის აკრძალვისა და გენდერული თანასწორობის ნაწილში გაწერილია 6 დირექტივა შესრულების 3–4- წლიანი ვადით. სამუშაო ადგილებზე ჯანმრთელობისა და უსაფრთხოების ნაწილში მოცემულია 26 დირექტივა, რომელთა იმპლემენტაციის ვადაა 5–9 წელი.[17]

საქართველოს საერთაშორისო სტანდარტებთან თანმხვედრი შრომის პოლიტიკისა და, მათ შორის, ქმედითი შრომის ინსპექტირების შექმნის ვალდებულებას არაერთი საერთაშორისო შეთანხმების ფარგლებში კისრულობს. ამ თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანი ჩარჩო დოკუმენტია ასოცირების შეთანხმება, რაც საქართველოს შრომის სფეროს სხვა მნიშვნელოვან კომპონენტებთან ერთად განუსაზღვრავს თანამშრომლობის ფორმატს შრომის ღირსეული პირობების, აგრეთვე, დასაქმების ადგილებზე ჯანმრთელობისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფის მიმართულებით.[18] საქართველოსა და ევროკავშირს შორის დადებული ასოცირების შეთანხმების დღის წესრიგის მიხედვით, მხარეები ითანამშრომლებენ, რათა შეიქმნას ეფექტური შრომის ინსპექცია ILO-ის სტანდარტების შესაბამისად რათა უზრუნველყოფილ იქნეს ადმინისტრაციული და სააღსრულებო ორგანოების მიერ სამუშაო ადგილებზე ჯანმრთელობისა და უსაფრთხოების დაცვასა და შრომის სამართალზე ზედამხედველობა.[19]

შრომის სამართალი განსაკუთრებული თავისებურებებით ხასიათდება. შრომის შედეგად მიღებული შემოსავალი სახელმწიფოს თითოეული მოქალაქის ყოველდღიურობის ერთერთი უმნიშვნელოვანესი ნაწილია. შრომის შედეგად მიღებული პროდუქტი კი სახელმწიფოსა და ბიზნესის ეფექტური მუშაობის, ეკონომიკის ზრდის საშუალებაა. შრომის სამართლით დადგენილ ნორმებს, როგორც შიდა საკანონმდებლო, ასევე საერთაშორისო ხელშეკრულებებსა და კონვენციებს, სჭირდებათ აღსრულების ეფექტური მექანიზმი, რომელსაც წარმოადგენს შრომის ზედამხედველობის განმახორციელებელი სახელმწიფო ორგანო. თვალსაჩინოებისთვის უპრიანია, განხილულ იქნეს ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების გამოცდილება შრომის კანონმდებლობაზე ზედამხედველობის სფეროში.

მაგალითად, ავსტრიაში შრომის კანონმდებლობის აღსრულება ხვდება ფედერალური სახელმწიფოს კომპეტენციის ფარგლებში, ვინაიდან შრომის ინსპექცია ავსტრიის შრომის, სოციალური დაცვისა და მომხმარებელთა დაცვის ფედერალური სამინისტროს სტრუქტურული ერთეულია და აღასრულებს შრომის კანონმდებლობას. იგი წარმოდგენილია როგორც ცენტრალურ, ისე რეგიონულ დონეებზე. ცენტრალურ დონეზე ინსპექცია შედგება 5 დეპარტამენტისგან: სამშენებლო და მოპოვებითი მრეწველობის, სამუშაო ადგილზე ტექნიკური უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის, საკანონმდებლო და იურიდიულ საკითხთა, შრომის ჰიგიენისა და ჯანმრთელობის და შრომის ინსპექტირების, საერთაშორისო უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის ინოვაციების. ეს დეპარტამენტები ანგარიშვალდებულნი არიან გენერალური დირექტორის წინაშე. შრომის ინსპექცია უზრუნველყოფს შრომის უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის, სამუშაო საათების, არასრულწლოვნებისა და ორსული მუშაკების შესახებ კანონმდებლობის დაცვას. ის მოიცავს ყველა შესაძლო სამუშაო ადგილს, მათ შორის საჯარო სტრუქტურებს; არ ეხება თვითდასაქმებულებსა და კერძო საოჯახო სამუშაო ადგილებს, საჯარო საგანმანათლებლო ინსტიტუტებს, რელიგიურ ორგანიზაციებს. გარდაუვალი საფრთხის არსებობისას უსაფ-

[17] იქვე, 9-10.

[18] კვლევა „შრომის ინსპექტირების მექანიზმის შეფასება და დასაქმებულთა შრომითი უფლებების მდგომარეობა საქართველოში“, ადამიანის უფლებების სწავლებისა და მონიტორინგის ცენტრი, თბ., 2017, 107-108.

[19] Association Agenda between Georgia and EU, Brussels, 2014, UE-GE 4656/14, 9, www.3dcftas.eu/system/ tdf/ georgia-agenda_0.pdf?file=1&type=node&id=65&force=.

რთხოებისა და ჯანმრთელობის სფეროში ინსპექტორს შეუძლია, გამოიყენოს ისეთი ზომები, როგორებიცაა: მუშაობის აკრძალვა, ოპერაციების შეზღუდვა. როდესაც საფრთხე ნაკლებია, ინსპექტორი მიმართავს კომპეტენტურ ადმინისტრაციულ ორგანოს შესაბამისი ზომების გასატარებლად. ამ დროს ინსპექტორი ადმინისტრაციული წარმოების მხარე ხდება.[20]

ავსტრიის მსგავსად, გერმანიის ფედერალური შრომისა და სოციალური დაცვის სამინისტროც ახორციელებს პოლიტიკას შრომით სფეროში, რაც მოიცავს ისეთ საკითხებს, როგორებიცაა: ინდუსტრიული ურთიერთობები, სოციალური დაცვა, დასაქმება, კვალიფიკაციის ამაღლება, სამუშაო ადგილზე უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის დაცვა, შესაბამისად, შრომის სამართლის აღსრულებასაც ცენტრალური ხელისუფლება უზრუნველყოფს.[21]

კიდევ ერთი ევროკავშირში შემავალი სახელმწიფოს, ლატვიის, მოქმედი შრომის ინსპექციის მანდატი ვრცელდება შრომის სამართლის ისეთი საკითხების აღსრულებაზე, როგორებიცაა: შრომის პირობები, სამუშაო ადგილზე უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის დაცვა, ასევე ნებისმიერი ვალდებულება, რომელიც გამომდინარეობს ინდივიდუალური და კოლექტიური კონტრაქტიდან. შრომის ინსპექტორები უფლებამოსილნი არიან, შრომითი ურთიერთობის მხარეებს ურჩიონ, თუ როგორ უნდა შეესაბამებოდეს მათი ურთიერთობა მოქმედ შრომის სამართალს. [22]

საინტერესოა ასევე იტალიის შრომის ინსპექციის მანდატი, რომელიც მოიცავს შრომითი კანონმდებლობისა და რეგულაციების, სოციალური დაცვის აღსრულების ზედამხედველობას, როგორც კომერციულ, ასევე სოფლის მეურნეობაში, მეტიც, მათი მანდატი ვრცელდება ყველა ანაზღაურებად სამუშაოზე. არის გარკვეული გამონაკლისები მძიმე მრეწველობაში, სადაც ზედამხედველობას სპეციალური დეპარტამენტები უზრუნველყოფენ. აღსანიშნავია, რომ შრომის ინსპექცია შრომის კანონმდებლობის აღსრულების საკითხს ზედამხედველობს საჯარო სექტორში.[23]

2013 წლის თებერვალში ევროკომისიამ საქართველოს მთავრობას წარუდგინა „სავიზო რეჟიმის ლიბერალიზაციის სამოქმედო გეგმა“ (VLAP), რომელშიც განისაზღვრა საქართველოს მიერ შესასრულებელი შესაბამისი ნიშნულები ბიომეტრიული პასპორტების მქონე საქართველოს მოქალაქეებისთვის მოკლე ვადით შენგენის ზონაში უვიზოდ შესვლის ნებართვის მოსაპოვებლად. საქართველო-ევროკავშირის სავიზო დიალოგის მნიშვნელოვანი და განსაკუთრებით ეფექტური ინსტრუმენტი გამოდგა გრძელვადიანი და რთული რეფორმების განსახორციელებლად, განსაკუთრებით, შრომის უფლებების დაცვის ადმინისტრირების, შრომითი მიგრაციისა და დასაქმების პოლიტიკის საკითხებში... სავიზო რეჟიმის ლიბერალიზაციის დიალოგთან დაკავშირებულ საკითხთა ფართო სპექტრის მნიშვნელობისა და სამოქმედო გეგმის გათვალისწინებით, საქართველოს დაეკისრა სხვადასხვა სფეროში ღონისძიებების გატარება და აუცილებელი პირობების შესრულება. სამოქმედო გეგმა დიალოგის ფარგლებში განსაზღვრულ შესაბამის ფაქტორთა ოთხ ბლოკთან იყო დაკავშირებული – დოკუმენტის უსაფრთხოება; საზღვრის ინტეგრირებული მართვა, მიგრაციის მენეჯმენტი, თავშესაფრის პოლიტიკა; საზოგადოებრივი წესრიგი, საგარეო ურთიერთობები და ადამიანის ძირითად უფლებები. ამ ბლოკებიდან აქცენტები გაკეთდა შრომის სფეროში, განსაკუთრებით, შრომითი მიგრაციის რეგულირებისა და შრომითი ინსპექციის საკითხებზე.[24]

---

[20] <http://ilo.org/labadmin/info/WCMS_122449/lang--en/index.htm>.

[21] <http://ilo.org/labadmin/info/WCMS_150912/lang--en/index.htm>.

[22] <http://ilo.org/labadmin/info/WCMS_209359/lang--en/index.htm>.

[23] <http://ilo.org/labadmin/info/WCMS_126019/lang--en/index.htm>.

[24] *ჯგერენაია ე., ქარდავა ე.*, შრომითი უფლებების დაცვა როგორც ევროპული ინტეგრაციის პოლიტიკის ნაწილი – განვითარების პერსპექტივები ასოცირების შეთანხმების, ვიზის ლიბერალიზაციის სამოქმედო გეგმისა და სოციალური ქარტიის ფარგლებში, ფრიდრიხ ებერტის ფონდი, „ფაუნტეინ ჯორჯია“, თბ., 2016, 92-93.

4. პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების მოზიდვისა და შრომის კანონმდებლობაზე ზედამხედველობის სახელმწიფო ინტერესების ურთიერთგადაკვეთა

ასოცირების შეთანხმების 235-ე მუხლის მიხედვით, მიუღებელია ვაჭრობისა თუ ინვესტიციების წახალისება იმ დაცვის დონის შესუსტებით, რომელიც გათვალისწინებულია ადგილობრივი გარემოსდაცვითი თუ შრომითი კანონმდებლობით.[25] 235-ე მუხლი ერთგვარად განსაზღვრავს სახელმწიფოს მომავალი საინვესტიციო და სავაჭრო პოლიტიკის ძირითადი პრინციპების ნაწილს. ამ მუხლის განმარტებიდან იკითხება, რომ ევროკავშირის დამოკიდებულება შრომითი სტანდარტის მიმართ უთანაბრდება ინვესტიციების მოზიდვის მიმართ შიდასახელმწიფოებრივ ინტერესს, რაც, თავის მხრივ, უმნიშვნელოვანესია შრომის კანონმდებლობის აღსრულების თვალსაზრისით.

შეიძლება ითქვას, რომ უცხოური ინვესტიციების შედინება ყველა სახელმწიფოსთვის მნიშვნელოვანია, ამას ადასტურებს ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების[26] ზრდის საოცარი მატება 1990-იანი წლებიდან. თუ 1959 წლიდან 1989 წლამდე სულ ოთხასამდე ასეთი ხელშეკრულება იყო დადებული, ბოლო თხუთმეტი წლის განმავლობაში მას 2400-ზე მეტი ხელშეკრულება მიემატა და მათი რაოდენობა განუხრელად იზრდება. ჩინეთს, შვეიცარიას, გერმანიას 100-ზე მეტი ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულება აქვს გაფორმებული. სულ 2012 წლის მდგომარეობით მსოფლიოს მასშტაბით დადებულია და მოქმედებს 3000-ამდე ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულება. თუ ცივი ომის პერიოდში ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებები, ძირითადად, განვითარებულ და განვითარებად სახელმწიფოებს შორის იდებოდა, 2007 წლის ბოლოსათვის დადებული ასეთი ხელშეკრულებების მეოთხედზე მეტი სწორედ განვითარებად სახელმწიფოებზე მოდიოდა.[27]

ზემოაღნიშნული სტატისტიკა ამყარებს მოსაზრებას იმის შესახებ, რომ როგორც განვითარებადი, ისე განვითარებული სახელმწიფოები ცდილობენ, მოიზიდონ რაც შეიძლება მეტი უცხოური ინვესტიცია, რათა უზრუნველყონ ქვეყნის მდგრადი განვითარება. უცხოური ინვესტიციის მოზიდვისას კი სახელმწიფო ცდილობს, შექმნას მაქსიმალურად კომფორტული საინვესტიციო გარემო, რომლისთვისაც აწესებს შესაბამის მოპყრობის რეჟიმებს, ესენია: 1) თანასწორი და სამართლიანი მოპყრობის; 2) ლეგიტიმური მოლოდინის; 3) ეროვნული რეჟიმი: 4) უპირატესი ხელშეწყობის; 5) ინვესტიციების სრული დაცვის და უსაფრთხოების რეჟიმი;[28]

ასოცირების შეთანხმების 235-ე მუხლის ჩანაწერის არსებობა მიუთითებს ინვესტიციების მოზიდვასა და შრომის სამართლის სტანდარტის გაუმჯობესებას შორის არსებულ მუდმივ ჭიდილზე.

პირდაპირი უცხოური ინვესტიციებისა[29] და შრომის სამართლის ინტერესების ურთიერთგადაკვეთის საინტერესო გამოცდილება აქვს ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკას.

---

[25] ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, საქართველოსა და, მეორე მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, მიღების თარიღი – 27.06.14, გამოქვეყნების თარიღი – 11.09.14, სარეგისტრაციო კოდი – 480610000.03.030.016275.

[26] ორმხრივი და მრავალმხრივი საივენსტიციო ხელშეკრულებები ქმნიან ინვესტიციების რეგულირების საერთაშორისო სტანდარტს. მითითებულია წიგნში: *ცერცვაძე გ.*, შესავალი საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალში, თბ., 2013, 44.

[27] *ცერცვაძე, გ.*, შესავალი საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალში, თბ., 2013, 60.

[28] იქვე, 171, 178, 182, 184,195.

[29] პირდაპირ უცხოურ ინვესტიციას ახორციელებს ერთი ქვეყნის ფიზიკური ან იურიიდული პირი უცხო ქვეყანაში, ბიზნესოპერირების დაფუძნებით ან ბიზნესაქტივების შეძენით, როგორებიცაა: უცხო ქვეყნის კომპანიის ფლობა ან კონტროლი, <http://www.investopedia.com/terms/f/fdi.asp>.

2007 წელს ჩინეთმა მიიღო სამი კანონი, – შრომითი ხელშეკრულების, შრომითი დავების მედიაციისა და არბიტრაჟის მეშვეობით გადაწყვეტისა და შრომის ხელშეწყობის შესახებ, – რომელთა მეშვეობით განახორციელა რეფორმა შრომის ბაზარზე და შეავსო 1994 წლის შრომის კანონი. კანონთა მიზანი იყო, ხელი შეეწყოთ „სოციალური ჰარმონიისთვის და დაესრულებინათ ჩაგვრა იმ მუშა-მოსამსახურეებისა, რომელთაც არც ხელშეკრულებები ჰქონდათ, შესაბამისად არც უფლებები.[30]

სამივე კანონმა, ერთობლივად, ჩინეთის შრომის ბაზარი უფრო განამტკიცა და ფორმალური სამუშაო ურთიერთობები თანამედროვე ევროპის სტანდარტებად აქცია. მაგალითად, შრომითი ხელშეკრულების შესახებ კანონმა დაადგინა, რომ 1) ნებისმიერ შრომით ურთიერთობას უნდა არეგულირებდეს წერილობითი ხელშეკრულება; 2) სამუშაოს დაწყებიდან ერთი თვის განმავლობაში შრომითი ურთიერთობა უნდა გაფორმდეს წერილობით, წინააღმდეგ შემთხვევაში დასაქმებული მომდევნო თვეს იღებს ორმაგ შრომის ანაზღაურებას. სანამ ხელშეკრულება არ გაფორმდება და ხელი არ მოეწერება შრომითი ურთიერთობის დაწყებიდან ერთი წლის განმავლობაში, ითვლება, რომ დადებულია უვადო შრომის ხელშეკრულება და დასაქმებული სარგებლობს უვადო შრომითი ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ყველა სიკეთით. მედიაციისა და არბიტრაჟის მეშვეობით შრომითი დავების გადაწყვეტის შესახებ კანონმა ძალაში დატოვა მიდგომა: „ერთი მედიაცია, ერთი არბიტრაჟი ორი სასამართლო პროცესი“, მედიაცია, ერთი არბიტრაჟი ორი სასამართლო პროცესინ, რაც ნიშნავს, რომ ნებისმიერი შრომითი დავა უნდა გადაწყდეს მედიაციით, შემდეგ არბიტრაჟით. თუ მედიაციით დავა ვერ მოგვარდა, დავას წყვეტს სასამართლო და თუ არბიტრაჟით ვერ იქნა შედეგი მიღწეული, საბოლოოდ სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას. კანონი განსაზღვრავს დავათა ჯგუფს, რომელიც არბიტრაჟის განსჯადი შეიძლება იყოს ნებისმიერ საკითხზე: მეორე მუხლი მიუთითებს პოტენციურ დავებზე, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას შრომითი ურთიერთობიდან, სამუშაო საათებიდან, დასვენებისა და სადღესასწაულო დღეებიდან, სამუშაოზე ჯანმრთელობის დაზიანების შედეგად სამედიცინო ხარჯების ანაზღაურებიდან, ეკონომიკური კომპენსაციიდან და ზიანიდან. სარჩელის წარდგენის ვადა გაზრდილია მოთხოვნის წარმოშობის მომენტიდან, 60 დღის ნაცვლად, 1 წლამდე (მუხლი 27). შრომითი ხელშეკრულებისა და შრომითი დავების მედიაციისა და არბიტრაჟის მეშვეობით მოგვარების შესახებ კანონებთან ერთად 2007 წელს მიღებულ იქნა შრომის იარაღების შესახებ კანონი, რომელიც არის სოციალური ჰარმონიის მიღწევისაკენ წინ გადადგმული ნაბიჯი. ჩინური სამართლის ტრადიციის გათვალისწინებით, რომლის მიხედვითაც კანონი უფრო პოლიტიკის შემუშავების იარაღია, ვიდრე ნორმატიული აქტი, აღნიშნული კანონის პირველი ორი თავი მთავრობას სთავაზობს ყველა დონეზე (ნაციონალურ, რეგიონულ და ადგილობრივ), რომ „დასაქმების ზრდა მიიღონ როგორც მთავარი მიზანი ეროვნული ეკონომიკისა და სოციალური განვითარებისთვის, ასევე დასაქმების საკითხს უნდა მოიცავდეს ეროვნული სოციალურ-ეკონომიკური განვითარების გეგმა და ფორმულა საშუალო-, გრძელვადიანი და წლიური სამუშაო დასაქმების ხელშეწყობისთვის“. მე-17 მუხლი ითვალისწინებს საგადასახადოს შეღავათებს კომპანიების წასახალისებლად, რათა მათ თავიანთი დასაქმების პოლიტიკა მოიყვანონ კანონთან შესაბამისობაში. კანონი ასევე კრძალავს დისკრიმინაციას ქალების, ეთნიკური ჯგუფების, შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პირების, ინფექციურ დაავადებათა მატარებელი პირებისა და სასოფლო-სამეურნეო სფეროში დასაქმებული მუშების წინააღმდეგ (27-ე და 31-ე მუხლები). მთავრობა ყველა დონეზე დახმარებას უწევს იმ პირებს, რომლებსაც უჭირთ დასაქმდნენ, ასევე შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პი-

[30] *Allard G., GaroT M.,* The impact of the new labor law in China: new hiring strategies for foreign firms? , Revista Direito, Sao Paulo, 2010, 527, <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a09v6n2.pdf>.

რებს (52-ე და 55-ე მუხლები). საბოლოოდ, კანონი კომპანიებს ავალდებულებს, ბიუჯეტიდან გამოყონ სახსრები დასაქმებულებისთვის კვალიფიკაციის ასამაღლებელი ტრენინგებისა და განგრძობადი განათლების დასაფინანსებლად (47-ე მუხლი).[31]

1998 წლის გაეროს მსოფლიო საინვესტიციო ანგარიშის მიხედვით, ჩინეთში პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების ბუმი მისი დაწყებიდან მეექვსე წელს დასასრულს უახლოვდებოდა, ხოლო ამის გამომწვევი ფაქტორებიდან ერთ-ერთი სწორედ იაფ მუშახელზე გათვლილი ინვესტიციები დასახელდა.[32] ამავე ანგარიშის მიხედვით, პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების ერთ-ერთი განმსაზღვრელი სწორედ შრომის ბაზრის რეგულირებაა. ზოგიერთი კვლევა მართლაც ადასტურებს შრომითი ხარჯებისა და პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების ნეგატიურ დამოკიდებულებას ერთმანეთთან (იხ. *Cooke and Noble*, 1998 or OECD, 2000). შრომის საბაზრო ხისტი რეგულირებები ხშირად ნეგატიურ ასპექტად განიხილება მომავალი უცხოელი ინვესტორების თვალში, ასევე არსებობს ფაქტი იმის შესახებ, რომ შრომის ბაზრის მოქნილობა კორპორაციულ დონზე აუმჯობესებს ფინანსურ მდგომარეობასა და პროდუქტულობას. თუმცა არ შეიძლება, თვალი არ გავუსწოროთ იმ ფაქტს, რომ მსოფლიოს პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების ყველაზე დიდი წილი მოდის ქვეყნებზე, რომლებშიც მოქმედებს ძლიერი შრომითი უფლებები და მდგრადი შრომის ბაზარი.[33]

5. შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის საკანონმდებლო რეგულირება და გამოწვევები საქართველოს სახელმწიფოსთვის

5.1. შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის საკანონმდებლო რეგულირება

საქართველოში შრომის უფლებების დაცვის ადმინისტრირება დაიწყო საწარმოებში შრომის პირობების დაცვის კუთხით. ქვეყანაში შრომის ინსპექტორატის ახალი მოდელის დანერგვა VLAP-ის ფარგლებში ახალი პრაქტიკული მიდგომების გათვალისწინებით, თავის მხრივ, არის უპრეცედენტო შემთხვევა, განსხვავებით მსოფლიო ქვეყნების პრაქტიკისგან. შრომის ინსპექცია საბჭოური სტანდარტებით ფუნქციონირებდა 2006 წლამდე. მისი გაუქმების შემდეგ, სამწუხაროდ, შრომის კანონმდებლობის აღსრულების ალტერნატიული სტრუქტურა არ შექმნილა. გაუქმების მიზეზად სახელდება სისტემის კორუმპირებული ბუნება, თუმცა არც რაიმე სახის რეფორმა შეხებია სისტემას, საგზაო ინსპექციის მსგავსად, რომელიც შემდგომ ჩამოყალიბდა საპატრულო პოლიციის სახით.[34]

უნდა აღინიშნოს, რომ საარქივო მონაცემების საფუძველზე 1197–2005 წლებში შრომის ინსპექციის შედეგად აღრიცხულ სამუშაო ადგილზე უბედური შემთხვევების შესახებ სტატისტიკა აშკარად მიუთითებს წლების განმავლობაში არსებულ კლების ტენდენციაზე. სამ-

[31] *Allard G., GaroT M.,* The impact of the new labor law in China: new hiring strategies for foreign firms?, Revista Direito, Sao Paulo, 2010, 529-532, <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a09v6n2.pdf>.

[32] World Investment Report Trends and Determinants, Overview, United Nations, 1998, 21.

[33] *Allard G., Garot M.J.,* The Impact of the New Labor Law in China: New Hiring Strategies for Foreign Firms?, Revista Direito, Sao Paulo, 2010, 534, <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a09v6n2.pdf>.

[34] *ჯგერენაია ე., ქარდავა ე.*, შრომითი უფლებების დაცვა როგორც ევროპული ინტეგრაციის პოლიტიკის ნაწილი – განვითარების პერსპექტივები ასოცირების შეთანხმების, ვიზის ლიბერალიზაციის სამოქმედო გეგმისა და სოციალური ქარტიის ფარგლებში, ფრიდრიხ ებერტის ფონდი, „ფაუნტეინ ჯორჯია", თბ., 2016, 113.

წუხაროდ, 2006 წელს შრომის ინსპექციის გაუქმების შედეგად შეწყდა უბედური შემთხვევების შესახებ სტატისტიკის წარმოება.[35]

ცხრაწლიანი ინსტიტუციური წყვეტის შემდეგ, 2015 წლის 5 თებერვალს, საქართველოს მთავრობამ №38 დადგენილებით (შემდგომში – 2015 წლის სახელმწიფო პროგრამა) დამტკიცდა „შრომის პირობების მონიტორინგის სახელმწიფო პროგრამა".[36] ზემოაღნიშნული დადგენილებით დაიწყო ე.წ. საპილოტე პროგრამა, რომელსაც მნიშვნელოვანი როლი უნდა შეესრულებინა შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის განვითარების გარდამავალი პერიოდისთვის. 2015 წლის დადგენილების მიხედვით, სახელმწიფო პროგრამის მიზანი იყო, დახმარებოდა დამსაქმებლებს, შეექმნათ უსაფრთხო და ჯანსაღი სამუშაო გარემო. პროგრამის ამოცანები: ა) შრომის უსაფრთხოების ნორმების დარღვევის პრევენცია; ბ) გამოვლენილ დარღვევებზე დამსაქმებელთა და დასაქმებულთა ცნობიერების ამაღლება, ინფორმირება და კონსულტირება; გ) იძულებითი შრომის პრევენციის მიზნით, ადამიანით ვაჭრობის (ტრეფიკინგის) საფრთხეების შესახებ დამსაქმებელთა და დასაქმებულთა ცნობიერების ამაღლება; დ) შრომის უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის დაცვის შესაბამისი სტანდარტების შემუშავება/გადასინჯვა; ე) შრომის უსაფრთხოების დაცვის ინსტიტუციური რეფორმის საჭიროებების განსაზღვრა; პროგრამის სამიზნე ჯგუფი შედგებოდა დამსაქმებლებისაგან, რომლებმაც თანხმობა განაცხადეს ამ პროგრამაში ჩართვასთან დაკავშირებით და დასაქმებულები, რომლებიც ამ დამსაქმებლებთან იყვნენ დასაქმებულები. მონიტორინგის განხორციელების რიგითობისა და ვადების თაობაზე გადაწყვეტილებას იღებდა სამუშაო ჯგუფი, რომლის შემადგენლობაში, სამინისტროების წარმომადგენელთა გარდა, შედიოდნენ სოციალური პარტნიორების[37], საერთაშორისო და ადგილობრივი ორგანიზაციების წარმომადგენლები.

2015 წლის სახელმწიფო პროგრამის მიხედვით, სამუშაო ჯგუფი 5 დღით ადრე უგზავნიდა წერილობით შეტყობინებას დამსაქმებელს, რომლის სამუშაო სივრცეშიც უნდა განხორციელებულიყო მონიტორინგი. მონიტორინგის შედეგად დგებოდა არასაჯარო ანგარიშები/დასკვნები და რეკომენდაციები, რომლებიც უნდა გადასცემოდა მხოლოდ დამსაქმებელს. ამ დასკვნებში უნდა ასახულიყო სისტემური დარღვევები, რათა სახელმწიფოსა და ბიზნესსექტორს გაეანალიზებინა ის გამოწვევები, რომელთა წინაშეც იდგა შრომის კანონმდებლობის აღსრულება შრომის უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის ნაწილში. მნიშვნელოვანი იყო ტრეფიკინგის წინააღმდეგ ბრძოლის მიმართულებით გადადგმული ნაბიჯები.[38]

საგულისხმოა, რომ 2015 წლის პილოტურ პროგრამაში არაფერი იყო ნათქვამი კანონმდებლობით განსაზღვრულ შრომითი უფლებებზე. ასევე, სამართლებრივად პრობლემურ საკითხად რჩება არასაჯარო ანგარიშების საკითხი. შეიძლება დაისვას შეკითხვა, რამდენად კანონიერია არსებული ჩანაწერი და ეწინააღმდეგება თუ არა ის ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მესამე თავის რეგულირებას.

საქართველოს მთავრობის 2016 წლის 18 იანვრის №19 დადგენილებით (შემდგომში – 2016 წლის სახელმწიფო პროგრამა) გაგრძელდა 2015 წლის დადგენილებით დამტკიცებული მონიტორინგის პროგრამა. 2016 წლის დადგენილებით ახლა უკვე დამტკიცდა „შრომის

---

35 იქვე, 111.

36 შრომის პირობების მონიტორინგის სახელმწიფო პროგრამა, მიღებული საქართველოს მთავრობის მიერ, მიღების თარიღი – 05.02.2015, გამოქვეყნების თარიღი – 09.02.2015.

37 საქართველოს ორგანული კანონი შრომის კოდექსი, მიღებული საქართველოს პარლამენტის მიერ, მიღების თარიღი – 27.12.2010, გამოქვეყნების თარიღი – 27.12.2010.

38 შრომის პირობების მონიტორინგის სახელმწიფო პროგრამა, მიღებული საქართველოს მთავრობის მიერ, მიღების თარიღი – 05.02.2015, გამოქვეყნების თარიღი – 09.02.2015.

პირობების ინსპექტირების სახელმწიფო პროგრამა“. ეს დადგენილება შეიცავდა მცირე ცვლილებებს, რომლებიც მიუთითებდნენ, რომ 2015 წლის საპილოტე პროგრამის დასრულების შემდეგ სახელმწიფო ცდილობდა, განევითარებინა აღნიშნული სფერო, თუმცა ამ ორ დადგენილებას შორის ინსტიტუციური, შედეგზე ორიენტირებული განსხვავებები თითქმის არ არსებობს.

მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ საპილოტე სახელმწიფო პროგრამას ჰქონდა წყვეტა, იგი დამტკიცდა 18 იანვარს, რაც სახელმწიფოს მხრიდან გამოხატულ სიფრთხილეზე კიდევ ერთხელ მიუთითებს. 2016 წლის დადგენილებით განსაზღვრული სახელმწიფო პროგრამის ძირითადი რეგულაციები, განსხვავებით 2015 წლის დადგენილებისგან, ეხებოდა ისეთ საკითხებს, როგორებიცაა: პროგრამაში ჩართული დამსაქმებლების 5 დღით ადრე გაფრთხილების შესახებ ჩანაწერის ამოღება, შრომის ინსპექტირების პროგრამის განხორციელება დაევალა შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის სამინისტროს შესაბამის სტრუქტურულ ერთეულს, შრომის პირობების ინსპექტირების დეპარტამენტს საშუალება მიეცა, დამტკიცებული ბიუჯეტით შეეძინა მზომი ხელსაწყოები.[39]

საქართველოს მთავრობის 2016 წლის 29 დეკემბრის №627 დადგენილებით (შემდგომში – 2017 წლის სახელმწიფო პროგრამა) დაამტკიცა შრომის პირობების ინსპექტირების 2017 წლის სახელმწიფო პროგრამა.[40] მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ ამ შემთხვევაში ინსპექტირების პროგრამას დროში წყვეტა არ ჰქონია, რაც დადებით ნაბიჯად უნდა შეფასდეს. ასევე, დადებით ნაბიჯად უნდა შეფასდეს ამ დადგენილების მე-2 მუხლის მე-3 პუნქტი, რომელშიც გაჩნდა რემონიტორინგის ცნება, რაც გულისხმობდა წლის განმავლობაში დამსაქმებლის ხელახალ შემოწმებას, მისი მიზანი კი იყო ანალიზი იმ ფაქტისა, თუ რამდენად ითვალისწინებდნენ პროგრამაში ჩართული დამსაქმებლები ინსპექციის დასკვნებსა და რეკომენდაციებს.[41]

2017 წლის დადგენილებით დამტკიცებული სახელმწიფო პროგრამით ასევე განისაზღვრა შრომის პირობების ინსპექტირების დეპარტამენტის მატერიალურ-ტექნიკური აღჭურვა.

საგულისხმოა, რომ 2017 წლის სახელმწიფო პროგრამაში არსებულ პროგრესულ ჩანაწერებთან ერთად პროგრამის მე-2 მუხლის მე-6 პუნქტით განისაზღვრა ვალდებულება დამსაქმებლის ინსპექტირებამდე 5 დღით ადრე გაფრთხილებისა, რაც უარყოფითად უნდა შეფასდეს შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის ინსტიტუციური განვითარებისთვის.

5.2. შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის გამოწვევები საქართველოს სახელმწიფოსთვის

შრომის პირობების სახელმწიფო ზედამხედველობის 2015, 2016 და 2017 წლების პროგრამების განხილვა შეიძლება ერთობლივად და შემდეგი ოთხი უმთავრესი ინსტიტუციური პრობლემის გამოყოფა: 1) შრომის პირობების ინსპექტირების შესახებ დამსაქმებლისთვის წინასწარ შეტყობინება; 2) სანქციის არარსებობა; 3) დამსაქმებლის კეთილი სურვილი, იყოს პროგრამის მონაწილე; 4) კანონმდებლობით განსაზღვრულ შრომითი უფლებების აღსრულებაზე სახელმწიფოს ზედამხედველობის არარსებობა;

[39] შრომის პირობების ინსპექტირების სახელმწიფო პროგრამა, მიღებული საქართველოს მთავრობის მიერ, მიღების თარიღი – 18.01.2016, გამოქვეყნების თარიღი – 21.02.2016.

[40] შრომის პირობების ინსპექტირების სახელმწიფო პროგრამა, მიღებული საქართველოს მთავრობის მიერ, მიღების თარიღი – 29.12.2017, გამოქვეყნების თარიღი – 30.12.2017.

[41] იქვე.

ზემოაღნიშნული ინსტიტუციური პრობლემების გადაწყვეტა შესაძლებელია, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის კონვენციებში ვეძებოთ.

შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის გენერალურმა კონფერენციამ, რომელიც მოწვეულ იქნა ჟენევაში შრომის საერთაშორისო ოფისის აღმასრულებელი ორგანოს მიერ და შეიკრიბა 1947 წლის 19 ივნისს თავის ოცდამეათე სესიაზე, გადაწყვიტა, მიეღო ვაჭრობისა და მრეწველობის სფეროში შრომის ინსპექციის ორგანიზების შესახებ წინადადებები, რომლებსაც ითვალისწინებდა სესიის დღის წესრიგის მეოთხე პუნქტი და დაადგინა, რომ ამ წინადადებებს მისცემოდა საერთაშორისო კონვენციის ფორმა. კონფერენციამ 1947 წლის 11 ივლისს მიიღო კონვენცია, რომელიც შეიძლება მოხსენიებულ იქნეს როგორც 1947 წლის კონვენცია შრომის ინსპექციის შესახებ (შემდგომში – 81-ე კონვენცია).

შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის 81-ე კონვენციის პირველი ნაწილის პირველი მუხლის მიხედვით, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის თითოეული წევრი, რომლისთვისაც ძალაშია წინამდებარე კონვენცია, ვალდებულია, შეინარჩუნოს შრომის ინსპექციის სისტემა სამრეწველო სამუშაო ადგილებზე.

81-ე კონვენციის თანახმად, 1) შრომის ინსპექციის სისტემის ფუნქციებს უნდა შეადგენდეს: ა) შრომით პირობებსა და სამუშაო ადგილზე დასაქმებულთა დაცვასთან დაკავშირებული ისეთი საკანონმდებლო დებულებების აღსრულების უზრუნველყოფა, როგორებიცაა: სამუშაო დროსთან, ხელფასთან, უსაფრთხოებასთან, ჯანმრთელობასა და კეთილდღეობასთან დაკავშირებული დებულებები, ბავშვებისა და ახალგაზრდების დასაქმება, და სხვა დაკავშირებული საკითხები, რამდენადაც ასეთი დებულებები აღსრულებადია შრომის ინსპექციის მიერ; ბ) დამსაქმებელთა და დასაქმებულთათვის ტექნიკური ინფორმაციის მიწოდება და კონსულტაციის გაწევა საკანონმდებლო დებულებებთან შესაბამისობის ყველაზე ეფექტური ზომების შესახებ; გ) ხელისუფლების კომპეტენტური ორგანოსათვის დარღვევების ან უფლების ბოროტად გამოყენების შესახებ ისეთი ფაქტების შეტყობინება, რომლებიც კონკრეტულად არ არის განსაზღვრული მოქმედი საკანონმდებლო დებულებებით; 2) შრომის ინსპექციისადმი დაკისრებული ნებისმიერი სხვა ფუნქცია არ უნდა იყოს ისეთი, რომელიც ხელს შეუშლის მათი პირდაპირი მოვალეობების ეფექტურ შესრულებას ან ნებისმიერი ფორმით ზიანს მიაყენებს დამსაქმებლებსა და დასაქმებულებთან ურთიერთობებისას ინსპექტორთათვის აუცილებელ უფლებამოსილებას და მიუკერძოებლობას.

საინტერესო დათქმას აკეთებს 81-ე კონვენციის პირველი ნაწილის მე-4 მუხლი: რამდენადაც ეს შეესაბამება წევრი სახელმწიფოს ადმინისტრაციულ პრაქტიკას, შრომის ინსპექცია უნდა განთავსდეს ცენტრალური ხელისუფლების ზედამხედველობისა და კონტროლის ქვეშ, შესაბამისად, მე-6 მუხლის მიხედვით, შრომის ინსპექტორები უნდა იყვნენ საჯარო მოხელეები და ჰქონდეთ დასაქმების მყარი გარანტიები.

ინსტიტუციურად უმნიშვნელოვანეს ჩანაწერს ვხვდებით 81-ე კონვენციის მე-12 მუხლის პირველი პუნქტის ა ქვეპუნქტში, რომლის მიხედვითაც, შრომის ინსპექტორებს უნდა შეეძლოთ, თავისუფლად და წინასწარი შეტყობინების გარეშე, შევიდნენ ინსპექციას დაქვემდებარებულ ნებისმიერ სამუშაო ადგილზე ღამის ან დღის ნებისმიერ დროს, ასევე განახორციელონ ნებისმიერი გამოკვლევა, შემოწმება ან გამოძიება, რასაც ისინი მიიჩნევენ აუცილებლად იმის დასადასტურებლად, რომ საკანონმდებლო დებულებები მკაცრად სრულდება.

81-ე კონვენციის მე-18 მუხლის მიხედვით, შრომის ინსპექტორების მიერ აღსრულებადი საკანონმდებლო დებულებების დარღვევისა და შრომის ინსპექტორების მიერ მათი მოვალეობების შესრულებაზე ხელის შეშლისათვის, ეროვნული კანონმდებლობით ან რეგულაციებით განისაზღვრება სათანადო სანქციები, რომლებიც ექვემდებარება ეფექტურ აღსრულებას. იქ-

ვე 27-ე მუხლი აკონკრეტებს, რომ საკანონმდებლო დებულებები, კანონმდებლობისა და რეგულაციების გარდა, მოიცავს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს და კოლექტიურ ხელშეკრულებებს, რომლებსაც მინიჭებული აქვთ კანონის ძალა და რომლებიც აღსრულებადია შრომის ინსპექტორების მიერ.

81-ე კონვენციის ძირითადი დებულებები საკმარისია იმისთვის, რომ ეროვნული კანონმდებლობით განისაზღვროს ისეთი რეგულაციები, რომლებიც ერთობლიობაში შექნიან შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობის ინსტიტუციურ მოდელს.

ნაშრომში მოყვანილი მსჯელობის მიხედვით, შეიძლება ითქვას, რომ პაკეტი, რომელიც შექმნის შრომის ინსპექციის საკანონმდებლო საფუძვლებს, უნდა მოიცავდეს შემდეგ კანონპროექტებს: 1) საქართველოს ორგანულ კანონ შრომის კოდექსში უნდა გაჩნდეს ჩანაწერი შრომის კანონმდებლობის აღსრულებასა და აღსრულების ზედამხედველი სახელმწიფო ორგანოს შესახებ. ამ ჩანაწერით როგორც შრომის უსაფრთხოებაზე (შრომის კოდექსის 35-ე მუხლი), ასევე შრომით უფლებებზე ზედამხედველობის საკანონმდებლო საფუძველი წარმოიშობა; 2) სამეწარმეო საქმიანობის კონტროლის შესახებ კანონის მეორე მუხლის პირველი პუნქტის ბ ქვეპუნქტით სამეწარმეო საქმიანობის კონტროლად უნდა განისაზღვროს იძულებითი შრომისა და შრომითი ექსპლუატაციის პრევენციის და მათზე რეაგირების მიზნით განხორციელებული საქმიანობა, აგრეთვე შრომის კანონმდებლობისა და შრომის დაცვის წესების დარღვევის პრევენციისა და რეაგირების მიზნით განხორციელებული საქმიანობა. ამ ჩანაწერით შრომის კანონმდებლობაზე ზედამხედველობის სახელმწიფო ორგანო მიიღებს მანდატს სამეწარმეო საქმიანობის კონტროლის შესახებ საქართველოს კანონით დადგენილი პროცედურით, და არა დამსაქმებლის კეთილი ნებით, განახორციელოს ინსპექტირება; 3) მნიშვნელოვანია, მიღებულ, იქნეს სპეციალური კანონი, რომელიც შრომის კოდექსის 35-ე მუხლით გათვალისწინებულ სტანდარტს უფლებებისა და მოვალეობების სახეს მიცემს;[42] 4) აღსანიშნავია, რომ სახელმწიფო ზედამხედველობის განხორციელების პროცესში უმნიშვნელოვანეს ადგილს სანქცირების მექანიზმი იკავებს. ამისთვის საჭიროა, საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსით განისაზღვროს გაფრთხილებები და სანქციის სხვა სახეები (საქმიანობის შეჩერება, ფულადი ჯარიმა და სხვ.). შრომის კანონმდებლობის დარღვევისათვის, შესაბამისად, გაჩნდეს პროცედურა ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში.

6. დასკვნა

ზემოაღნიშნული მსჯელობის, კრიტიკული ანალიზის, შედარებითსამართლებრივი და ისტორიული ანალიზის საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ შრომის კანონმდებლობაზე სახელმწიფო ზედამხედველობა საქართველოს ევროპული გზის მნიშვნელოვანი ნაწილია. ეს ასახულია ევროკავშირსა და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და, მეორე მხრივ, საქართველოს შორის ასოცირების შეთანხმებაში, რომელიც, თავის მხრივ, უმნიშვნელოვანესი დოკუმენტია სახელმწიფოს განვითარებისთვის. ნაშრომში მოყვანილი ფაქტებისა და მსჯელობის შედეგად შეიძლება დავასკვნათ, რომ შრომის კანონმდებლობის აღსრულების ვალდებულება და აღსრულების სახელმწიფოს მიერ ორგანიზება მდგრადი განვითარების მნიშვნელოვანი ნაწილია. აქვე შეიძლება ითქვას, სკეპტიკოსთა არგუმენტი, რომ შრომის ინსპექცია და, ზოგადად, შრომის კანონმდებლობის აღსრულება პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების ქვეყანაში მოზიდვის ხელშემშლელი ფაქტორია, სუსტია, პირიქით: არ შეიძლება, უგულებელვყოთ ფაქტი, რომ მსოფლიოს პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების ყვე-

[42] აღსანიშნავია, რომ 2017 წლის 1 ივნისს საქართველოს მთავრობამ საქართველოს პარლამენტს წარუდგინა კანონპროექტი „შრომის უსაფრთხოების შესახებ“.

ლაზე დიდი წილი მოდის ქვეყნებზე, რომლებშიც მოქმედებს ძლიერი შრომითი უფლებები და შრომის მტკიცე ბაზარი.[43]

და ბოლოს, იმისთვის, რომ სახელმწიფომ უპასუხოს ასოცირების შეთანხმებით გათვალისწინებულ საკანონმდებლო გამოწვევებს, საჭიროა, შეიქმნას საკანონმდებლო პაკეტი, რომელშიც შევა შემდეგი კანონპროექტები: 1) საქართველოს ორგანულ კანონ შრომის კოდექსში უნდა გაჩნდეს ჩანაწერი შრომის კანონმდებლობის აღსრულებასა და აღსრულების ზედამხედველი სახელმწიფო ორგანოს შესახებ; 2) სამეწარმეო საქმიანობის კონტროლის შესახებ კანონის მეორე მუხლის პირველი პუნქტის ბ ქვეპუნქტით სამეწარმეო საქმიანობის კონტროლად უნდა განისაზღვროს იძულებითი შრომისა და შრომითი ექსპლუატაციის პრევენციის და მათზე რეაგირების მიზნით განხორციელებული საქმიანობა, აგრეთვე შრომის კანონმდებლობისა და შრომის დაცვის წესების დარღვევის პრევენციისა და რეაგირების მიზნით განხორციელებული საქმიანობა; 3) მნიშვნელოვანია, მიღებულ იქნეს სპეციალური კანონი შრომის უსაფრთხოების ნაწილში, რომელიც შრომის კოდექსის 35-ე მუხლით გათვალისწინებულ სტანდარტს უფლებებისა და მოვალეობების სახეს მიცემს; 4) საჭიროა, საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსით განისაზღვროს გაფრთხილებები და სანქციის სხვა სახეები (საქმიანობის შეჩერება, ფულადი ჯარიმა და სხვ.) შრომითი უფლებებისა და შრომის უსაფრთხოების წესების დარღვევისთვის. შესაბამისად, გაჩნდეს პროცედურა ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს ორგანული კანონი შრომის კოდექსი, 27/12/2010.
2. შრომის პირობების მონიტორინგის სახელმწიფო პროგრამა, მიღებული საქართველოს მთავრობის მიერ, 05.02.2015, გამოქვეყნების თარიღი – 09.02.2015.
3. შრომის პირობების ინსპექტირების სახელმწიფო პროგრამა, მიღებული საქართველოს მთავრობის მიერ, მიღების თარიღი – 18.01.2016, გამოქვეყნების თარიღი – 21.02.2016.
4. შრომის პირობების ინსპექტირების სახელმწიფო პროგრამა, მიღებული საქართველოს მთავრობის მიერ, მიღების თარიღი – 29.12.2017, გამოქვეყნების თარიღი – 30.12.2017.
5. ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, საქართველოსა და, მეორე მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, მიღების თარიღი – 27.06.14, გამოქვეყნების თარიღი – 11.09.14, სარეგისტრაციო კოდი – 480610000.03.030.016275.
6. თამაშის წესები: მოკლე შესავალი შრომის საერთაშორისო ნორმებში, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, შესწორებული რედაქცია, 2009, 40.
7. კვლევა „შრომის ინსპექტირების მექანიზმის შეფასება და დასაქმებულთა შრომითი უფლებების მდგომარეობა საქართველოში“, ადამიანის უფლებების სწავლების და მონიტორინგის ცენტრი, თბ., 2017, 106-108.
8. *ჯგერენაია ე., ქარდავა ე.,* შრომითი უფლებების დაცვა როგორც ევროპული ინტეგრაციის პოლიტიკის ნაწილი – განვითარების პერსპექტივები ასოცირების შეთანხმების, ვიზის ლიბერალიზაციის სამოქმედო გეგმისა და სოციალური ქარტიის ფარგლებში, ფრიდრიხ ებერტის ფონდი, „ფაუნტეინ ჯორჯია“, თბ., 2016, 8, 92-93, 113.
9. *ცერცვაძე გ.,* შესავალი საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალში, თბ., 2013, 44, 60, 171, 178, 182, 184, 195.

[43] *Allard G., Garot M.J.,* The impact of the new labor law in China: new hiring strategies for foreign firms?, Revista Direito, Sao Paulo, 2010, 534, <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a09v6n2.pdf>.

10. Association Agenda between Georgia and EU. www.3dcftas.eu/system/tdf/georgia-agenda_ 0.pdf? file=1&-type=node&id=65&force=.
11. *Allard G., GaroT M.,* The impact of the new labor law in China: new hiring strategies for foreign firms?, Revista Direito, Sao Paulo, 2010, 527, 529, 532, 534 <http://www.scielo.br/ pdf/rdgv/v6n2/a09v6n2.pdf>.
12. Labour Inspection: What it is and what it does A Guide for Employers, International Labor Office, Geneva, 2010, 8, 14, 15, 16.
13. World Investment Report Trends and Determinants, Overview, United Nations, 1998, 21.
14. <http://ilo.org/labadmin/info/WCMS_122449/lang--en/index.htm>.
15. <http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>.
16. <http://ilo.org/labadmin/info/WCMS_150912/lang--en/index.htm>.
17. <http://ilo.org/labadmin/info/WCMS_209359/lang--en/index.htm>.
18. <http://ilo.org/labadmin/info/WCMS_126019/lang--en/index.htm>.
19. <http://www.investopedia.com/terms/f/fdi.asp>.

ნინო ფაჩუაშვილი*

ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულების რეგულირების მნიშვნელობა ქართულ საკანონმდებლო სივრცეში

წინამდებარე სტატია შეეხება ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადების არსს, მხარეებს, მათი უფლება-მოვალეობების ფარგლებს. მასში განხილულია ის მსგავსებები და განსხვავებები, რაც ამ ტიპის ხელშეკრულებებს ახასიათებთ. მოყვანილია განმარტებები იმ საერთაშორისო აქტებიდან, რომლებშიც შეხვდებით უშუალოდ ამ კატეგორიის ხელშეკრულების ცნებას, არსს, მხარეებს და ა.შ.

ხელშეკრულების მხარეთა განსაზღვრა, მათი უფლებებისა და მოვალეობების გამიჯვნა და წარმოჩენა ნებისმიერი ხელშეკრულებისათვის მნიშვნელოვანი ასპექტია. ვინაიდან ელექტრონული საშუალების გამოყენებით (დისტანციურად) ხელშეკრულების დადებისას მხარეები ერთმანეთს არ ხვდებიან, შესაძლოა, მათ შორის წარმოიშვას გარკვეული სახის დაბრკოლებები. სწორედ ამ გარემოების გათვალისწინებით, ორმაგად საყურადღებოა მხარეთა უფლება-მოვალეობების განსაზღვრა, მათ შორის, განსაკუთრებული ყურადღება ეთმობა მეწარმის მიერ მომხმარებლისათვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებას, ინფორმაციის სახეს, მოცულობასა და ფარგლებს. სტატიაში ასევე საუბარი შეეხება ამგვარი ხელშეკრულებისათვის მეტ-ნაკლებად სპეციფიკურ, მაგრამ ძალზე მნიშვნელოვან საკითხს – ხელშეკრულების დადების დროს, ადგილს, მხარეთა შორის დავის არსებობის შემთხვევაში გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის საკითხს.

საკვანძო სიტყვები: *ელექტრონული საშუალება, ხელშეკრულება, მხარეები, ინფორმაციის მიწოდება, მომხმარებელთა უფლებები, გამოსაყენებელი სამართალი, დირექტივა, კონვენცია.*

1. შესავალი

უკანასკნელი ათწლეულების განმავლობაში ტექნიკის სწრაფი განვითარება საზოგადოების ცხოვრების განუყოფელი ნაწილი გახდა. მოსახლეობა დროულად ითვისებს და ფეხს უწყობს ტექნოლოგიების გაუმჯობესებას და ამ პროცესიდან სარგებელსაც იღებს. ელექტრონული ტექნოლოგიების განვითარებამ რადიკალურად შეცვალა და ბევრი მიმართულებით გაამარტივა თითოეული ჩვენგანის ყოველდღიური ცხოვრება. 21-ე საუკუნეში, რომელიც ტექნოლოგიების საუკუნედ იწოდება, თითქმის წარმოუდგენელია სხვადასხვა დანიშნულების მქონე ელექტრონული საშუალებების გარეშე არსებობა. სწორედ კომპიუტერისა და სხვა ელექტრონული მოწყობილობების მეშვეობით არის შესაძლებელი დროის უმცირეს მონაკვეთში მონაცემების მოძიება, შესწავლა თუ ადამიანებს შორის სასურველი ინფორმაციის გაცვლა; ციფრული ტექნოლოგია გახდა ნებისმიერ სფეროში მოღვაწე ადამიანისათვის როგორც საკუთარი შრომის, ინტერესისა თუ კვლევის დამხმარე ხელსაწყო, ისე განტვირთვის ერთ-ერთი საუკეთესო საშუალება.

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი.

თანამედროვე ეპოქაში ინტერნეტის მეშვეობით ყოველდღიურად მილიონობით ისეთი საკითხის გადაწყვეტა ხდება, რომელთაც წლების წინ უამრავი დრო და ადამიანური რესურსი ეთმობოდა. მსგავს საკითხთა შორის გახლავთ ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადება. სტატისტიკის მიხედვით, მოსახლეობის 80%, რომელსაც წვდომა აქვს ინტერნეტთან, კომპიუტერის, ტელეფონის ან სხვა ელექტრონული საშუალების მეშვეობით დებს ამგვარ ხელშეკრულებას. უნდა აღინიშნოს, რომ მსოფლიოს მასშტაბით მხოლოდ 2013 წელს ინტერნეტვაჭრობაში დახარჯული თანხის ოდენობამ 1,2, ხოლო 2016 წელს 1,9 ტრილიონი დოლარი შეადგინა.[1]

ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადება, უპირველეს ყოვლისა, ხელს უწყობს დროის დაზოგვას, სავაჭრო ურთიერთობების გამყარებასა და კომერციული საქმიანობის ეფექტურობის ზრდას. სწორედ ამ და სხვა მნიშვნელოვანი მიზეზების გამო გახდა ბოლო ათწლეულებში ხელშეკრულების ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადება მთელი მსოფლიოს მასშტაბით საკმაოდ პოპულარული და მოთხოვნადი. მიუხედავად იმისა, რომ, როგორც მსოფლიო, ისე ქართულ სამომხმარებლო ბაზარზე, საკმაოდ გავრცელდა ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადება, ამ ურთიერთობის საკანონმდებლო დონეზე ასახვა საქართველოში დღემდე არ მომხდარა.

ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულების საკანონმდებლო რეგულაცია 1997 წლის 20 მაისიდან იღებს სათავეს, კერძოდ ევროპარლამენტისა და საბჭოს შორ მანძილზე დადებული ხელშეკრულების მომხმარებელთა დაცვის შესახებ 97/7 დირექტივის ძალაში შესვლის მომენტიდან.[2]

საქართველოში საკანონმდებლო ნორმების არარსებობა შესაძლოა იყოს ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული სახელშეკრულებო ურთიერთობის სწორად განვითარების შემაფერხებელ გარემოება.

მომხმარებლისათვის რომ ნათელი იყოს, თუ რას ნიშნავს ელექტრონული საშუალებით ხელშეკრულების დადება, რა არის ის მთავარი წინაპირობა, რაც დაცულ უნდა იქნეს სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შესვლის წინ, მხარეთა უფლება-მოვალეობები, წინამდებარე სტატიაში განხილულ იქნება ხელშეკრულების არსი, ხელშეკრულების დადების დრო და ადგილი, ასევე საუბარი შეეხება ქართველი მომხმარებლისათვის ამგვარი სახელშეკრულებო ურთიერთობებიდან წარმოშობილ ხარვეზებსა და გამოწვევებს. მოყვანილი იქნება სხვადასხვა ქვეყნის მაგალითები, განმარტებები იმ საერთაშორისო აქტებიდან, რომლებშიც შეხვდებით უშუალოდ ამ კატეგორიის ხელშეკრულების ცნებას, არსს. ცალკე თავი ეთმობა მეტ-ნაკლებად სპეციფიკურ თემას – მხარეთა შორის დავის წარმოშობის შემთხვევაში გამოსაყენებელი სამართლის გადაწყვეტის საკითხს.

2. ელექტრონული საშუალებით დადებული ხელშეკრულების არსი

ელექტრონული საშუალებით დადებული ხელშეკრულება, სხვაგვარად დადებული ხელშეკრულებებისგან განსხვავებით, იდება ისე, რომ მხარეები არც ხელშეკრულების დადებამდე და არც უშუალოდ დადების მომენტში ფიზიკურად არ იმყოფებიან ერთსა და იმავე ადგილას. ნაცვლად ფიზიკური შეხვედრისა და მხარეებს შორის ტრადიციული მეთოდით მოლაპარაკები-

[1] ელექტრონული ვაჭრობის სტატისტიკა და საბაზრო მონაცემთა ბაზა, სტატისტიკის პორტალი „სტატისტა" <https://www.statista.com/markets/413/e-commerce/>, [25/07/2017].

[2] ევროპარლამენტისა და საბჭოს დირექტივა შორ მანძილზე დადებული ხელშეკრულების მომხმარებელთა დაცვის შესახებ 97/7, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A31997L0007>.

სა, მომხმარებელს სახლიდან გაუსვლელად, ელექტრონული საშუალების გამოყენებით, შეუძლია დადოს მისთვის სასურველი ხელშეკრულება. ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულების მხარეები შესაძლოა იმყოფებოდნენ სხვადასხვა ქვეყანაშიც. ამ მიზეზის გამო მომხმარებელს არ აქვს შესაძლებლობა, სრულყოფილად შეაფასოს მისთვის სასურველი პროდუქტი ან მომსახურება.

ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადება დღეისათვის ყველასთვის კარგად ნაცნობი და მოსახერხებელი გზაა სხვადასხვა სახის ხელშეკრულების დასადებად. მათ შორის მოიაზრება: ნასყიდობის, გაცვლის, სესხის, დაზღვევის, მიწოდების, დავალების და სხვა ტიპის ხელშეკრულებები. თუმცა ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულებების უმრავლესობა ნასყიდობის, ფინანსური მომსახურებისა და მიწოდების ხელშეკრულებებია.

ელექტრონული საშუალებით დადებული ხელშეკრულებების დასახელებად სხვადასხვაგვარ ტერმინს იყენებენ: თუ, მაგალითად, საფრანგეთისა და ამერიკის შეერთებული შტატების კანონმდებლობა[3] ამ ინსტიტუტს ელექტრონული ვაჭრობის სახელით იცნობს, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი[4] (შემდგომში – გსკ) მას დისტანციურად დადებულ ხელშეკრულებას უწოდებს. საერთაშორისო ნორმების უმეტესობაში ამგვარი მეთოდით ხელშეკრულების დადების აღსანიშნავად გამოყენებულია ტერმინი – ელექტრონული ვაჭრობა, მათ შორისაა: ევროკავშირის დირექტივები, გაეროს კონვენციები და სხვა შეთანხმებები.

პირველი საერთაშორისო საკანონმდებლო აქტი, რომელიც ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებულ ხელშეკრულებებს შეეხო, არის გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო კომისიის (*UNICITRAL*) მოდელური კანონი ელექტრონული ვაჭრობის შესახებ[5], რომელიც მიღებულ იქნა 1996 წელს; მოგვიანებით მას მოჰყვა ევროპარლამენტისა და საბჭოს 97/7EG 1997 წლის 20 მაისის დირექტივა, შორ მანძილზე დადებული ხელშეკრულების მომხმარებელთა დაცვის შესახებ;[6] 2001 წელს კი ძალაში შევიდა „ელექტრონული ხელმოწერის შესახებ" ხელმოწერის შესახებ გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო კომისიის მოდელური კანონი.[7]

2011 წლის ოქტომბერში ევროპარლამენტისა და საბჭოს მიერ მიღებულ იქნა მომხმარებელთა დაცვის შესახებ ახალი დირექტივა,[8] რომელმაც ევროსაბჭოს 28 წევრ ქვეყანას 2013 წლის დეკემბრამდე შიდა კანონმდებლობის ახალ დირექტივასთან შესაბამისობაში მოყვანა და ჰარმონიზაცია დაავალა. დირექტივის მე-2 მუხლის მე-7 პუნქტში მოცემულია დისტანციური ხელშეკრულების – შორ მანძილზე დადებული ხელშეკრულების განმარტება, რომლის თანახმადაც ზემოხსენებული ხელშეკრულება გულისხმობს მოვაჭრესა და მომხმარებელს შორის დისტანციურად ორგანიზებული ვაჭრობის ან მომსახურების ფარგლებში დადებულ ნებისმი-

---

3 *Thurlow W.,* Electronic Contracts in the United States and the European Union: Varying Approaches to the Elimination of Paper and Pen, Halifax, Nova Scotia, 2001, 12, <http://www.ejcl.org/53/art53-1.html>, [27.07.2017].

4 იხ. გსკ-ის პარაგრაფი 312 გ (ცვლილება: 13.06.2014).

5 გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო კომისიის მოდელური კანონი ელექტრონული ვაჭრობის შესახებ, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>.

6 ევროპარლამენტისა და საბჭოს 97/7EG 1997 წლის 20 მაისის დირექტივა შორ მანძილზე დადებული ხელშეკრულების მომხმარებელთა დაცვის შესახებ. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex% 3A31997L0007>.

7 „ელექტრონული ხელმოწერის შესახებ" გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო კომისიის მოდელური კანონი <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.htm>.

8 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/ECC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/ECC and Directive 97/7/EC of the European Parliament on the Council, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1>.

ერ ხელშეკრულებას, მხარეთა ერთდროული ფიზიკური დასწრების გარეშე, ექსკლუზიურად ერთი ან რამდენიმე დისტანციური საშუალების გამოყენებით.[9]

ხელშეკრულების დასადებად ელექტრონული საშუალების გამოყენებაში მოიაზრება ინფორმაციის გაცვლისათვის ინტერნეტის, ტელეფონის, ფაქსის, ტელეგრამის, ტელესკოპის ან სხვა მსგავსი ელექტრონული, მაგნიტური ან მსგავსი საშუალების გამოყენება.

საქართველოში ელექტრონული საშუალების გამოყენებით, მომხმარებელთათვის სხვადასხვა მომსახურებისა თუ პროდუქტის შეთავაზება რამდენიმე წლის წინ დაიწყო. არაერთი კომპანია საკუთარი ინტერნეტგვერდის მეშვეობით მომხმარებელს სთავაზობს სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შესვლას. მართალია, ქართული კანონმდებლობა არაფერს ამბობს ამ გზით დადებული ხელშეკრულების შესახებ, თუმცა ეს მომხმარებელთათვის სასურველი მომსახურების შეძენისას დაბრკოლებას არ ქმნის. მომხმარებელთა უმეტესობა არანაირ, ან მწირ ინფორმაციას ფლობს ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადებისას საკუთარი უფლებებისა და მოვალეობების შესახებ.

ეკონომიკის განვითარებისა და მყარი საინვესტიციო ატმოსფეროს შექმნის მიზნით, საქართველოსთვის მნიშვნელოვანი გამოწვევაა ელექტრონული საშუალების გამოყენებით სახელშეკრულებო ურთიერთობების დამყარება, როგორც უცხოურ კომპანიებთან, ისე ქვეყნის შიგნით არსებული ბიზნესის ხელშეწყობა. ამ კუთხით კანონმდებლობის დახვეწა, საქართველოსთვის არა მხოლოდ სასურველი, არამედ სავალდებულოც გახლავთ, ვინაიდან 2014 წლის ივნისის თვეში, ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულების ხელმოწერით, სახელმწიფომ აიღო ვალდებულება, თავისი კანონმდებლობა დაუახლოოს ევროკავშირის კანონმდებლობასა და საერთაშორისო სამართლებრივ ინსტრუმენტებს. შეთანხმება მიზნად ისახავს საქართველოსა და ევროკავშირს შორის ღრმა და ყოვლისმომცველი თავისუფალი ვაჭრობის სივრცის შექმნას. შეთანხმების მე-6 თავის 1-ლი ქვენაწილი ეხება ელექტრონულ კომერციას. შეთანხმების 127-ე მუხლის თანახმად, მხარეები აღიარებენ რა, რომ ელექტრონული კომერცია მრავალ სექტორში ზრდის ვაჭრობის შესაძლებლობებს, თანხმდებიან, ხელი შეუწყონ მათ შორის ელექტრონული კომერციის განვითარებას. 128-ე მუხლის მიხედვით, საქართველომ ვალდებულება აიღო, ანარმოოს დიალოგი ელექტრონული კომერციიდან წარმოშობილ რეგულირების სხვადასხვა საკითხზე, მათ შორის მომხმარებელთა დაცვის შესახებ, ელექტრონული კომერციის ფარგლებში. ამ და შეთანხმებით გათვალისწინებული სხვა უამრავი ვალდებულების შესასრულებლად საქართველოს ხელშეკრულების ძალაში შესვლიდან 5-წლიანი ვადა განესაზღვრა.[10]

მომხმარებელთა დიდი ოდენობის მიერ ხელშეკრულების დადებისას, ტრადიციული მეთოდების ნაცვლად, ელექტრონული საშუალების გამოყენებას არაერთი მიზეზი აქვს. მსგავს სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შესვლას როგორც მომხმარებლისთვის, ისე მეწარმისთვის აქვს ბევრი დადებითი მხარე. ერთ-ერთი ასეთი გარემოება არის დროის ეკონომია, მაშინ, როდესაც ხელშეკრულების მხარეები და საგანი სხვადასხვა ქვეყანაში ან დასახლებულ პუნქტში იმყოფება. ბუნებრივია, ამ ვითარებაში მათ შორის მოლაპარაკების წარმოება და ხელშეკრულების საგნის შეფასება დიდ დროსა და ფინანსურ ხარჯებს მოითხოვს. ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადებისას კი არათუ მხარეთა შეხვედრა არ არის საჭირო, არამედ მომხმარებელს ეძლევა შესაძლებლობა, სახლიდან გაუსვლელად სხვა საქონელს შეადაროს სასურველი მომსახურების ან პროდუქტის ხარისხი და ფასი. ეს კი პროცესს საკმაოდ მოსახერხებელსა და ეფექტურს ხდის.[11] აღსანიშნავია ისიც, რომ ონლაინმაღაზიები

[9] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council;

[10] საქართველოსა და ევროკავშირს შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმება, 127-ე, 128-ე მუხლები.

[11] Pricing and Payments, <http://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/shopping/pricing-payments/index_en.htm>, [13/06/2107].

დღე-ღამის ნებისმიერ დროს არის ხელმისაწვდომი, შესაბამისად, მეწარმე სარგებელს იღებს მაშინაც კი, როდესაც ძინავს.

ელექტრონული საშუალებით ხელშეკრულების დადება მეწარმეს ასევე საშუალებას აძლევს, გააფართოოს და საზოგადოების ფართო მასებისთვის ხელმისაწვდომი გახადოს საკუთარი ბიზნესი. ნაცვლად ერთ კონკრეტულ ან თუნდაც რამდენიმე ადგილზე მაღაზიის ფლობა ვერ იქნება ისეთი მასშტაბური ხასიათის, როგორიც მსოფლიოს ნებისმიერი წერტილიდან განხორციელებული ელექტრონული ვაჭრობა.

3. ხელშეკრულების მხარეები და მათი უფლება-მოვალეობები

ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულების მხარეებს, ევროპარლამენტისა და საბჭოს შორ მანძილზე დადებული ხელშეკრულების მომხმარებელთა დაცვის შესახებ[12] დირექტივის მეორე მუხლის 1-ლი და მე-2 პუნქტების მიხედვით, წარმოადგენენ მოვაჭრე და მომხმარებელი. დირექტივაში მოვაჭრე განმარტებულია როგორც ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი, მათ შორის სხვა პირი, რომელიც მოქმედებს მოვაჭრის სახელით, სავაჭრო, საქმიანი, სამრეწველო ან პროფესიული მიზნებისათვის;

მომხმარებელი არის ნებისმიერი ფიზიკური პირი, რომელიც დირექტივით გათვალისწინებულ ხელშეკრულებებში მოქმედებს იმ მიზნებისათვის, რომელიც არ ეხება მის სავაჭრო, საქმიან, სამრეწველო ან პროფესიულ მიზნებს.[13]

გსკ-ის 312გ პარაგრაფით გათვალისწინებული ხელშეკრულების მხარეებს მეწარმე და მომხმარებელი წარმოადგენენ. მეწარმე არის ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი ან/და უფლებაუნარიანობის მქონე ამხანაგობა, რომელიც გარიგების დადებისას მოქმედებს სამეწარმეო ან დამოუკიდებელი პროფესიული საქმიანობის ფარგლებში.[14]

ვინაიდან ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადებისას მხარეები ფიზიკურად არ ხვდებიან ერთმანეთს, შესაბამისად, მომხმარებელი მოკლებულია შესაძლებლობას, წინასწარ დაათვალიეროს ან შეამოწმოს ხელშეკრულების საგანი. აქვე გასათვალისწინებელია ისიც, რომ მომხმარებლისთვის მსგავს სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შესვლა არ არის ჩვეული საქმიანობა და ის მეტ-ნაკლებად არასახარბიელო მდგომარეობაში იმყოფება.

ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების ჯეროვნად და კეთილსინდისიერად შესრულება სამოქალაქო სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი პრინციპია, სწორედ ამიტომ ვალდებულების სათანადოდ შესრულება ნებისმიერი ხელშეკრულების მხარეთა უპირველესი ვალდებულებაა.

ელექტრონული საშუალებით დადებული ხელშეკრულების მხარეთა უფლება-მოვალეობებიდან მეწარმის ერთ-ერთი უმთავრესი ვალდებულება მომხმარებლისთვის ინფორმაციის მიწოდებაა.

ევროპარლამენტისა და საბჭოს „მომხმარებელთა დაცვის შესახებ“ დირექტივის მე-5 მუხლის თანახმად, სანამ მომხმარებელი ელექტრონული საშუალებით ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ ვალდებულებებს იკისრებს, მეწარმემ მას მკაფიოდ და გასაგებად უნდა მიაწოდოს შემდეგი ინფორმაცია:

- საქონლის ან მომსახურების ძირითადი მახასიათებლების შესახებ;

[12] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A31997L0007>.

[13] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/ECC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/ECC and Directive 97/7/EC of the European Parliament on the Council, art. 2.

[14] იხ.გსკ-ის პარაგრაფი 14, (18/08/1896).

• მეწარმის ვინაობა, საწარმოს სახელწოდება, მისამართი და ტელეფონის ნომერი;

• საქონლის ან მომსახურების სრული ფასი, მათ შორის ყველა სახის გადასახადის გათვალისწინებით, თუ ხელშეკრულება იდება იმგვარ საგანზე ან მომსახურებაზე, რომელზეც წინასწარ შეუძლებელია ზუსტი ფასის განსაზღვრა, დაახლოებითი ფასისა და მისი გაზრდის შესაძლებლობის შესახებ;

• გადახდის მეთოდისა და მიწოდების ვადების შესახებ;

• ხელშეკრულების მოქმედების ვადა, ხელშეკრულების მოშლის პირობების შესახებ.[15]

ერთიანი ევროპული სამოქალაქო კოდექსის შემუშავების მიზნით შექმნილ მკვლევართა ჯგუფის მიერ მომზადებულ ნაშრომში – ევროპული კერძო სამართლის პრინციპები, დეფინიციები და მოდელური წესები – საუბარია ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებაზე, როგორც ხელშეკრულების დადების მნიშვნელოვან ფაქტორზე. მეცნიერთა ჯგუფის მოსაზრებით, ხელშეკრულების დადებამდე მხარე ვალდებულია, მეორე მხარეს მიაწოდოს ინფორმაცია, რომელიც ეხება საქონლის თვისებებსა და მის ხარისხს. ზოგადად, ხელშეკრულების მონაწილე მხარეებს უნდა ჰქონდეთ შესაძლებლობა, ფლობდნენ ფაქტობრივ და სამართლებრივ ინფორმაციას შესაძენი საქონლის ან მომსახურების შესახებ.

ნაშრომის მიხედვით, მომხმარებლისთვის მიწოდებული ინფორმაცია უნდა იყოს ცხადი, ნათელი და გარკვევით ჩამოყალიბებული, არ უნდა იწვევდეს გაუგებრობას და სხვადასხვაგვარი ინტერპრეტაციის შესაძლებლობას; გამოყენებული ლექსიკა უნდა იყოს მარტივი და გასაგები; ტექნიკური ხასიათის ტერმინების გამოყენება მაქსიმალურად უნდა იქნეს თავიდან აცილებული, მაგრამ თუ ამგვარი ტერმინოლოგიის გამოყენება სავალდებულოა, ის უნდა იქნეს ადეკვატურად განმარტებული.[16]

დისტანციური ხელშეკრულებისას მომხმარებელთა ფინანსური მომსახურების შესახებ ევროპარლამენტისა და საბჭოს დირექტივა მეწარმეს გაცილებით მეტი ინფორმაციის მიწოდებას ავალდებულებს. გსკ-ის შესავალი კანონის ჩანაწერის[17] მსგავსად, დირექტივა მეწარმეს ავალდებულებს, დეტალური ინფორმაცია მიაწოდოს მომხმარებელს საწარმოს საქმიანობის, ადგილმდებარეობის, მათ შორის: წევრ სახელმწიფოში წარმომადგენელთა ადგილსამყოფელის შესახებ, საწარმოს რეგისტრაციის ნომერი, ფინანსური მომსახურების აღწერა, მომხმარებლის მიერ ჯამურად გადასახდელი თანხის (მათ შორის ყველანაირი დამატებითი თუ გვერდითი გადასახადების შესახებ), მითითება იმის შესახებ, რომ შესაძლოა, მომხმარებელს მოუწიოს ისეთი დამატებითი ხარჯის გაწევა, რაც არ მომდინარეობს მეწარმისაგან, შეთანხმება გადახდის ფორმისა და პირობების შესახებ, ასევე დროის მონაკვეთის მითითება, რომლის ფარგლებშიც ამ ინფორმაციას აქვს ძალა. გარდა ამისა, მხარეს უნდა ჰქონდეს წვდომა ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებისა და პირობების შესახებ.[18]

როგორც ზემოხსენებული ნორმა ცხადყოფს, ფინანსური მომსახურების შესახებ ელექტრონული საშუალებით ხელშეკრულების დადებისას მეწარმეს გაცილებით მეტი ინფორმაცი-

[15] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/ECC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/ECC and Directive 97/7/EC of the European Parliament on the Council, art. 8.

[16] *Bar Ch., Clive E., Schulte-Nölke H.,* Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC private Law Munich, 2009, 245, <http://ec. europa. eu/ justice/ contract/files/european-private-law_en.pdf >, [23.07.2017].

[17] გსკ-ის შესავალი კანონი, პარაგრაფი 240.

[18] Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC.

ის მიწოდების ვალდებულება აკისრია, რაც იძლევა ვარაუდის საფუძველს, რომ საერთაშორისო დონეზე საკითხისადმი მკაცრი მიდგომა არსებობს.

ამ მხრივ საინტერესოა საქართველოში ბოლო წლებში დამკვიდრებული ე.წ. „ონლაინ სესხების" პრაქტიკის მიმოხილვა. ვინაიდან ზემოხსენებული ხელშეკრულების დადება დისტანციურად ხდება, ეს ურთიერთობა ელექტრონული საშუალებით დადებული ტიპური ხელშეკრულებაა. როგორც ნაშრომში არაერთხელ აღინიშნა, საქართველოში არ არსებობს საკანონმდებლო ნორმა, რომელიც ამგვარი ხელშეკრულების დადებისა თუ შემდგომში მხარეთა უფლება-მოვალეობებს დაარეგულირებდა. თუმცა ეს გარემოება მეწარმეთათვის ნამდვილად არ არის დაბრკოლება.

სტატიაზემუშაობისფარგლებშიშესწავლილიქნასაქართველოშიმოქმედი„ონლაინსესხის" გამცემი ხუთი ინტერნეტგვერდი. უნდა აღინიშნოს, რომ ამ კუთხით ინტერნეტგვერდებზე სავალალო მდგომარეობაა. მომხმარებელს არათუ დამატებითი, ხელშეკრულების ძირითადი პირობების შესახებ ინფორმაციის მიღების მიზნითაც კი ესაჭიროება მაქსიმალური გულისყურის გამოჩენა, ტექნიკური თუ ფინანსური ტერმინოლოგიის ცოდნა, სხვადასხვა ბმულზე გადასვლა და ამ გზით მისთვის სავალდებულო ინფორმაციის მიღება. კვლევის ფარგლებში შესწავლილი არც ერთი ინტერნეტგვერდი არ აწვდის მომხმარებელს სამომავლო ფინანსური ვალდებულებების შესახებ ნათელ და მარტივ ინფორმაციას, რომ არაფერი ვთქვათ ჯამურად დასაფარი თანხის ოდენობაზე, პირგასამტეხლოსა თუ დარიცხული პროცენტის შესახებ. მართალია, ინფორმაცია იმის შესახებ, რომ სესხის აღების შემთხვევაში პირველ თვეს არ ხდება ძირ თანხაზე პროცენტის დარიცხვა, ყველა საიტის პირველსავე გვერდზეა მითითებული, თუმცა, თუ რა ფინანსური ვალდებულებები წარმოიშობა მომდევნო თვეებში, ამ საკითხზე ამომწურავი ინფორმაციის მიღება ან თითქმის შეუძლებელია, ან მომხმარებლისგან მოითხოვს მსგავს საკითხებში საკმარისი გამოცდილების ქონას. ეს მაშინ, როდესაც „ონლაინსესხების" მომხმარებელთა დიდ ნაწილს შეადგენენ საპენსიო ასაკს მიღწეული პირები, სტუდენტები ან პირები, რომლებიც არ ფლობენ ზემოხსენებული პროცედურების მარტივად გავლის უნარჩვევებს.

მომხმარებელთათვის ხელშეკრულების ძირითადი პირობების გასაცნობად, დამატებითი დაბრკოლებების შექმნის ნაცვლად, მათზე ორიენტირებული პრაქტიკის დამკვიდრება უნდა იყოს დემოკრატიული სახელმწიფოს მიზანი.

ამ მიზნის მისაღწევად საკანონმდებლო ცვლილებების დროული განხორციელება აუცილებელი და სავალდებულოა. მართალია, საინიციატივო ჯგუფმა მოამზადა კანონპროექტი „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ",[19] თუმცა წლების განმავლობაში ვერ მოხერხდა საპარლამენტო მოსმენებზე კანონის წარდგენა და მიღება. ეს კანონპროექტი შემუშავებულია ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2011/83EU მომხმარებელთა უფლებების დირექტივის[20] საფუძველზე. კანონპროექტი შეეხება როგორც შორ მანძილზე (დისტანციურ), ისე ქუჩაში დადებული ხელშეკრულებების შემთხვევაში მომხმარებელთა დაცვის თავისებურებებს, მათ შორის ცალკე მუხლი ეთმობა ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებას, მის ფარგლებსა და ფორმას. კანონპროექტის შემუშავება საკმაოდ პოზიტიური მოვლენაა, თუმცა მისი სრულყოფა და დროული მიღება ძლიერი ბერკეტი იქნება ზემოხსენებული „ონლაინსესხების" გამცემი ორგანიზაციების წინააღმდეგ, რაც ასევე ხელს შეუწყობს სასამართლო თუ მედიაციის გზით დავების გადაწყვეტის ეფექტურობას. ყოველივე ზემოაღნიშნული კი საბოლოოდ მომხმარებელთა უფლებების დაცვას უზრუნველყოფს.

[19] <http://www.momxmarebeli.ge/images/file_771576.pdf>.

[20] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/ECC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/ECC and Directive 97/7/EC of the European Parliament on the Council.

4. ელექტრონული საშუალებით ხელშეკრულების დადების მომენტისა და ადგილის განსაზღვრის თავისებურებანი

4.1. ხელშეკრულების დადების დრო

ხელშეკრულების დადების მომენტისა და ადგილის სწორად განსაზღვრა არათუ ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებულ, არამედ თანმყოფ პირებს შორის გაფორმებული ხელშეკრულების დროსაც ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი და საყურადღებო საკითხია.

ხელშეკრულების დადების მომენტიდან მხარეები შებოჭილნი არიან და შესაბამისი საფუძვლის არსებობის გარეშე არ აქვთ მასზე უარის თქმის ან გასვლის შესაძლებლობა.[21]

მხარეთა მიერ ხელშეკრულების პირობებზე შეთანხმება სახელშეკრულებო უფლება-მოვალეობების წარმოშობის საფუძველია, თუმცა, პრაქტიკული თვალსაზრისით, დიდი მნიშვნელობა ენიჭება ხელშეკრულების დადების მომენტს. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 327-ე მუხლის თანახმად, ხელშეკრულება დადებულად რომ ჩაითვალოს, აუცილებელია, მხარეები მის ყველა არსებით პირობაზე შეთანხმდნენ საამისოდ გათვალისწინებული ფორმით.[22]

როგორც აღინიშნა, თანმყოფ პირებს შორის გაფორმებული ხელშეკრულების დადების მომენტად ითვლება მხარეთა შეთანხმების მომენტი. ვინაიდან ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადებისას მხარეთა შორის არ ხდება არათუ ფიზიკური, ხშირ შემთხვევაში ზეპირსიტყვიერი (სატელეფონო) მოლაპარაკებაც კი, ხელშეკრულების დადების მომენტის განსაზღვრა ხდება სხვაგვარად. მხარეთა მიერ ხელშეკრულების პირობებზე შეთანხმებად ითვლება მათ შორის ელექტრონული კომუნიკაციის გზით ინფორმაციის გაცვლა. ინფორმაციის გაცვლის შემდგომ, სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შესვლის თაობაზე, მხარის მიერ ნების გამოხატვას ადასტურებს კონკრეტული მეწარმის მიერ დადგენილი წესების მიღება. არათანმყოფი პირების მიერ ხელშეკრულების დადების ნების გამოვლენად ითვლება, ერთი მხრივ, ოფერტზე მოწვევა, ხოლო მეორე მხრივ, ოფერტის მიღება და აქცეპტის გაკეთება. ხელშეკრულების დადების მომენტის სწორად განსაზღვრას იმ მიზეზითაც აქვს არსებითი მნიშვნელობა, რომ სწორედ ამ მომენტიდან ხდება მფლობელობისა და რისკის ერთიდან მეორე მხარისათვის გადაცემა. ზუსტი დროის დადგენა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი ხდება მაშინ, როდესაც სახეზე ერთდროულად ორი ან მეტი (კონკურენტული) აქცეპტი გვაქვს.[23]

„ხელშეკრულების დადებისას ელექტრონული კომუნიკაციის საშუალების გამოყენების შესახებ" გაეროს კონვენციის მე-10 მუხლის თანახმად, ელექტრონული კომუნიკაციის საშუალებით ინფორმაცია გაგზავნილად ითვლება, მაშინ, როდესაც ინფორმაცია ტოვებს მხარის მიერ კონტროლირებად სისტემას.

ინფორმაციის მიღების დროდ ითვლება დრო, როდესაც ადრესატს აქვს შესაძლებლობა, მის მიერ მითითებულ ელექტრონულ მისამართზე მოიძიოს გამოგზავნილი ინფორმაცია. ელექტრონული შეტყობინება ადრესატის მიერ მიღებულად ივარაუდება, მაშინ, როდესაც ინფორმაციამ მიაღწია ადრესატის ელექტრონულ მისამართზე.

ინფორმაციის გაცვლის შემდგომ, რაც უთანაბრდება თანმყოფ პირებს შორის დადებული ხელშეკრულების პირობებზე მოლაპარაკებას, მხარეთა მიერ ხდება ოფერტისა და აქცეპ-

---

21 *Bar Ch., Clive E.,* Schulte-Nölke H Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC private Law, Munich, 2009, 347, <http://ec.europa. eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf>, [23.07.2017].

22 იხ. სსკ, 327-ე მუხლი.

23 *Kierkegaard M.S.,* E-Contract Formation: U.S. and EU Perspectives, Washington, 2007, 10.

ტის გაკეთება. სწორედ მომხმარებლის მიერ აქცეპტის გაგზავნა და მეწარმის მიერ მისი მიღება ითვლება ხელშეკრულების დადების მომენტად. ელექტრონული საშუალების გამოყენებით, ხელშეკრულების დადების სპეციფიკიდან გამომდინარე, აქცეპტის გაგზავნისა და მიღების დრო არ ემთხვევა ერთმანეთს. ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ოფერტის გაგზავნას და ადრესატამდე მისვლას იმაზე მეტი დრო სჭირდება, ვიდრე თანმყოფ პირებს შორის შემდგარი მოლაპარაკებისას გაკეთებულ ოფერტს. ტექნიკური თვალსაზრისით, შესაძლოა, აღინიშნოს, რომ ელექტრონული ფოსტის გაგზავნასა და მის ადრესატამდე მისვლას სულ რამდენიმე წუთი სჭირდება, მაგრამ ეს სულაც არ ნიშნავს იმას, რომ აქცეპტი ადრესატის მიერ მიღებულ იქნა. თუ, მაგალითად, მხარეთა მიერ ოფერტისა და აქცეპტის გაკეთება ხდება ელექტრონული ფოსტის გამოყენებით, შესაძლოა, პირმა ფოსტა, თუნდაც სხვა დროის სარტყელში ყოფნის გამო, მხოლოდ რამდენიმე საათის შემდეგ შეამოწმოს. სწორედ ამიტომ აღინიშნა, რომ ინფორმაცია მიღებულად ითვლება არა მაშინ, როდესაც მოხდა მისი გაგზავნა, არამედ, როდესაც ადრესატს მიეცა შესაძლებლობა, მის მიერ მითითებულ ელექტრონულ მისამართზე მოეძიებინა გამოგზავნილი ინფორმაცია.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ელექტრონული საშუალების გამოყენებით, ხელშეკრულების დადების მომენტად ითვლება არა მხარის მიერ აქცეპტის გაკეთების, არამედ კრედიტორის მიერ მისი მიღების მომენტი. სწორედ ამას განამტკიცებს „საერთაშორისო ვაჭრობის შესახებ“ გაეროს კონვენციის მე-18 მუხლის მეორე პუნქტი, რომლის თანახმადაც, ოფერტზე გაკეთებული აქცეპტი ეფექტური ხდება იმ მომენტში, როდესაც თანხმობა მიაღწევს ოფერენტამდე.[24]

4.2. ხელშეკრულების დადების ადგილი

როგორც აღინიშნა, ელექტრონული საშუალებით ხელშეკრულების დადების მთავარი მახასიათებელი გახლავთ ის, რომ არ ხდება მხარეთა ფიზიკური შეხვედრა. ეს, ერთი მხრივ, გამოწვეულია დროის ეკონომიის მიზნით, თუმცა ამგვარი ხელშეკრულების დადების არსი გახლავთ სწორედ ის, რომ მხარეთა ადგილსამყოფელი ხელშეკრულების დადების მომენტში არ ემთხვევა ერთმანეთს.

სწორედ იმის გამო, რომ პირს, რომელსაც აქვს წვდომა ინტერნეტთან, პერსონალური კომპიუტერის გამოყენებით, შესაძლებლობა აქვს, მსოფლიოს მასშტაბით ეწვიოს ინტერნეტმაღაზიებს, ინფორმაციის გაცვლის გზით მოლაპარაკება აწარმოოს ოფერენტთან და სურვილის შემთხვევაში გააკეთოს აქცეპტი, საჭიროა, ზუსტად განისაზღვროს ხელშეკრულების დადების ადგილი.

მარტივია ხელშეკრულების დადების ადგილისა და გამოსაყენებელი კანონმდებლობის განსაზღვრა, მაშინ, როდესაც ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულების დადება ხდება ქვეყნის შიგნით. თუ, მაგალითად, გერმანიაში მცხოვრები პირი საყოფაცხოვრებო ნივთს იწერს ინტერნეტმაღაზიიდან, რომლის ინტერნეტპროტოკოლის მისამართი (ე.წ. *IP-address*) არის გერმანია, ბუნებრივია, ხელშეკრულების დადების ადგილი არის გერმანია და მხარეთა შორის სამართლებრივ საკითხზე წარმოშობილი დავა დარეგულირებული იქნება გსკ-ის შესაბამისი მუხლებით.

თუმცა მაშინ, როდესაც საუბარია საერთაშორისო ვაჭრობაზე, ცხადია, იგულისხმება სხვადასხვა ქვეყანაში მყოფ მხარეებს შორის არსებული სახელშეკრულებო ურთიერთობები. ასეთ შემთხვევაში ყურადსაღებია შემდეგი გარემოებები:

[24] United Nations Convention for the Internatinal Sale of Goods, art. 14.

• რომელი ქვეყნის კანონმდებლობის გამოყენება ხდება ხელშეკრულების დადებისას;

• მიიჩნევს თუ არა ხელშეკრულებას ძალაში მყოფად მომხმარებლის ან მეწარმის ადგილსამყოფელი ქვეყნის კანონმდებლობა;

„სახელშეკრულებო ვალდებულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ, რომის 1980 წლის კონვენციის თანახმად, მხარეები თავისუფალნი არიან, თავად აირჩიონ, თუ რომელი ქვეყნის კანონმდებლობით მოხდეს მათ შორის წარმოშობილი სამართლებრივი ურთიერთობის რეგულირება. ეს არჩევანი შესაძლოა, პირდაპირ იქნეს გამოხატული, ან გამომდინარეობდეს არსებული მდგომარეობიდან. ელექტრონული საშუალებით დადებული ხელშეკრულების შემთხვევაში ან ოფერენტის მიერ უნდა იქნეს მითითებული, თუ რომელი ქვეყნის კანონმდებლობის გამოყენება ხდება, ან აქცეპტანტს უნდა მიეცეს არჩევანის შესაძლებლობა. შედარებით რთულია საკითხის დარეგულირება, მაშინ, როდესაც მხარეები არ შეთანხმებულან ზემოხსენებულ საკითხზე. ამ შემთხვევას ეხება რომის კონვენციის მე-4 მუხლი, რომლის თანახმადაც, იმ შემთხვევაში, თუ არ მომხდარა გამოსაყენებელი სამართლის არჩევა, კონვენციის მე-3 მუხლის შესაბამისად, ხელშეკრულების რეგულაციისათვის გამოიყენება იმ ქვეყნის კანონმდებლობა, რომელთანაც მხარე ყველაზე ახლო კავშირშია.[25] ამავე მუხლის მე-2 ნაწილი განმარტავს, თუ რა მოიაზრება „ყველაზე ახლო კავშირში მყოფში“ – ეს ეხება მხარეს, რომელიც ვალდებულია, შეასრულოს გარკვეული ქმედება (მაგ., გადაიხადოს საფასური) და ხელშეკრულების დადების მომენტისათვის მუდმივად ცხოვრობს ამ ქვეყანაში.

4.3. გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის საკითხი

რამდენადაც მარტივი და მოსახერხებელია ინტერნეტის საშუალებით ვაჭრობა, იმდენად რთული და კომპლექსურია მხარეთა შორის წარმოშობილი დავის გადასაწყვეტად გამოსაყენებელი სამართლის არჩევა და მისი გადაჭრა.

იურისდიქცია გულისხმობს იმის განსაზღვრას, თუ რომელმა სასამართლომ უნდა განიხილოს დავა. იურისდიქციისა და გამოსაყენებელი სამართლის არჩევა საერთაშორისო სავაჭრო ურთიერთობებში უმნიშვნელოვანესი საკითხია, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც სახეზეა ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულება.

ელექტრონული საშუალებით დადებული ხელშეკრულების არსებობისას, როდესაც საქონლის მიტანა ხდება საცხოვრებელ მისამართზე, შედარებით მარტივია გამოსაყენებელი სამართლის ან იურისდიქციის არჩევა, თუმცა, თუ ხელშეკრულება სრულდება ყოველგვარი ფიზიკური კონტაქტის გარეშე (მაგ., ხდება ელექტრონულად შეძენილი წიგნის ჩამოტვირთვა), ამ შემთხვევაში საკმაოდ რთულია საკითხის გადაწყვეტა.[26]

დღეისათვის არ არსებობს არც მოდელური კანონები და არც კონვენციები, რომლებიც სპეციფიკურად შეეხება კონკრეტულად ინტერნეტიურისდიქციას. არც გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის ელექტრონული ვაჭრობის შესახებ მოდელური კანონი და არც გაეროს კონვენცია „საერთაშორისო ხელშეკრულებებში ელექტრონული კომუნიკაციების გამოყენების შესახებ“, არაფერს ამბობს იურისდიქციის შესახებ, თუმცა იძლევა მხარეთა ადგილმსაყოფელის შესახებ ინფორმაციას, რაც შესაძლოა, დაგვეხმაროს იურისდიქციისა და გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის საკითხის გადაჭრაში.

იურისდიქციის შესახებ დავის გადაწყვეტის საკითხს ეხება მრავალმხრივი შეთანხმება – ჰააგის 2005 წლის კონვენცია სასამართლოს არჩევის შესახებ“. კონვენციის მე-3 მუხლის თანახ-

[25] Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome 1980.

[26] *Wang F.F.,* Internet Jurisdiction and Choice of Law, Cambridge, 2010, 8.

მად, სასამართლოს არჩევის ექსკლუზივი გულისხმობს ორი ან მეტი ხელშემკვრელი მხარის მიერ დავის წარმოშობის შემთხვევაში განმხილველი სასამართლოს არჩევის შესაძლებლობას. განმხილველი სასამართლო უნდა იყოს რომელიმე მხარის ქვეყნის სასამართლო.[27]

დავის განმხილველი სასამართლოს არჩევის შესაძლებლობა ეხება როგორც უკვე წარმოშობილ, ისე მომავალში წარმოშობად დავებს. ბუნებრივია, მხარეთა მიერ სასამართლოს არჩევა არ გულისხმობს, რომ დავის განხილვა აუცილებლად მოხდება ამ სასამართლოს მიერ. არსებობს გარკვეული პირობები, რა დროსაც სასამართლოს აქვს დავის განხილვაზე უარის თქმის უფლება. უპირველეს ყოვლისა, მხარეთა შორის წარმოშობილი დავა უნდა იყოს არჩეული სასამართლოს განსჯადი. თუ დავა არის არჩეული სასამართლოს განსჯადი, ის უარს ვერ იტყვის საქმის განხილვაზე. გარდა ამისა, მხარეებს უნდა ჰქონდეთ დავის სასამართლო გზით გადაჭრის უფლებაუნარიანობა, დავის საგანი არ უნდა იყოს ცალსახად უსამართლო ან საჯარო მართლწესრიგის საწინააღმდეგო.[28]

მას შემდეგ, რაც მოხდება იურისდიქციის საკითხის გადაწყვეტა, სასამართლოს წინაშე დგება სხვა, არანაკლებ მნიშვნელოვანი საკითხი – რომელი ქვეყნის კანონმდებლობა უნდა იქნეს გამოყენებული დავის გადასაწყვეტად. ვინაიდან ელექტრონული საშუალების გამოყენებით ხელშეკრულება იდება სხვადასხვა ქვეყნის მცხოვრებთა (კომპანიების) მიერ, შესაძლოა, საჭირო გახდეს ორი სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობის გამოყენებაც. ბუნებრივია, ხელშეკრულების ორივე მხარეს სურს, დავა გადაწყდეს მისთვის ნაცნობი, ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით, შესაბამისად, უნდა მოხდეს მათი ინტერესების დაბალანსება; ამ სირთულის თავიდან ასაცილებლად ასევე სასურველი იქნება, თუ მხარეები წინასწარ შეთანხმდებიან, რომელმა სასამართლომ რომელი ქვეყნის კანონმდებლობით იხელმძღვანელოს დავის გადასაწყვეტად; თუმცა ასეთის არარსებობისას თავად სასამართლომ უნდა განსაზღვროს ყველაზე შესაბამისი კანონი.

ჰააგის 1986 წლის კონვენციის მე-7 მუხლის თანახმად, ხელშეკრულების რეგულირება უნდა მოხდეს მხარეთა მიერ არჩეული სამართლის მიხედვით. ამგვარი ნება გამოხატული უნდა იქნეს მკაფიოდ. მხარეებს ასევე შეუძლიათ, ხელშეკრულების დადების შემდეგ ნაწილობრივ ან სრულად შეცვალონ მითითება გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ.

ამავე კონვენციის მე-8 მუხლი არეგულირებს საკითხს იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეები წინასწარ არ შეთანხმებულან გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ. ამ მუხლის თანახმად, თუ მხარეები არ შეთანხმებულან ხელშეკრულების დადების მომენტისთვის, გამოიყენება მეწარმის (მოვაჭრის) საქმიანობის ადგილსამყოფელი ქვეყნის კანონმდებლობა.[29]

ბოლო ოცდაათი წლის განმავლობაში ევროკავშირის ქვეყნები ხელმძღვანელობენ სახელშეკრულებო ვალდებულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ რომის კონვენციით, რომლის საფუძველზე 2008 წლის ივნისში შემუშავებულ იქნა რომის I რეგულაცია.[30]

როგორც რომის კონვენცია, წევრი სახელმწიფოების ეროვნული კანონმდებლობა და, ზოგადად, თითქმის მთელი მსოფლიოს მასშტაბით მოქმედი სამართლის ნორმები, რომის I რეგულაციაც, მხარეთა ავტონომიის პრინციპს ეფუძნება. რეგულაციის მე-12 მუხლის მიხედვით, სახელშეკრულებო ურთიერთობებში წარმოშობილ სამართლის სისტემათა კონფლიქტის დროს მხარეთა მიერ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის თავისუფლება არის რეგულაციის ქვაკუთხედი. მხარეები სარგებლობენ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის სრული თავისუფ-

[27] Convention on Choice of Court Agreements, art.3.

[28] *Wang F.F.,* Internet Jurisdiction and Choice of Law, Cambridge, 2010, 24-25.

[29] Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, art.7-8.

[30] *Wang F.F.,* Internet Jurisdiction and Choice of Law, Cambridge, 2010, 100-101.

ლებით. თუმცა მხარეთა თავისუფლება შესაძლოა, შეიზღუდოს ერთ-ერთი მონაწილე სახელმწიფოს ეროვნული კანონმდებლობით.[31]

ელექტრონული ვაჭრობისას გამოსაყენებელი კანონმდებლობის არჩევის პროცესში გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება მხარეთა ადგილსამყოფელს, როგორც ხელშეკრულების დადების, ისე წინარე პერიოდში; სპეციფიკურად ელექტრონული საშუალებით მეწარმეთა შორის (B2B) ან მეწარმესა და მომხმარებელს (B2C) შორის ხელშეკრულების დადების შემთხვევაში გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ არ არსებობს საერთაშორისო რეგულაცია. შორ მანძილზე დადებული ხელშეკრულების მომხმარებელთა დაცვის შესახებ ევროპარლამენტისა და საბჭოს დირექტივა არ შეიცავს არანაირ დათქმას გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ, თუმცა პრაქტიკაში დამკვიდრებულია „წარმოშობის ქვეყნის" პრინციპი, რაშიც მოიაზრება სერვისის მიმწოდებლის წარმოშობის ქვეყანა. ეს პრინციპი შესაძლოა, გამოყენებულ იქნეს იმ შემთხვევაში, თუ მხარეებს ხელშეკრულებაში მითითება არ აქვთ გაკეთებული არც საერთაშორისო და არც ეროვნულ კანონმდებლობაზე.[32]

5. დასკვნა

წინამდებარე სტატიის ფარგლებში განხილულ იქნა ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულების არსი, ხელშეკრულების მხარეები, მათი უფლება-მოვალეობები, სახელშეკრულებო ურთიერთობის წარმოშობის მომენტი. ნაშრომში საუბარი შეეხო ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულების პრინციპად ქცეულ – ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებას, მეწარმის მიერ მომხმარებლისთვის მისი მიწოდების მოცულობას, გზებსა და მეთოდებს, ხელშეკრულების დადების დროს, ადგილსა და სხვადასხვა ქვეყანაში მყოფ მხარეთა შორის დავის წარმოშობის შემთხვევაში გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის საკითხს.

ხელშეკრულების დადების პროცესში ელექტრონული საშუალების გამოყენებისადმი გაზრდილი ინტერესისა და ყოველდღიურ ცხოვრებაში მაღალი მოთხოვნის გამო, სასურველი იქნება, საკანონმდებლო დონეზე იქნეს მოწესრიგებული ყველა ის საკითხი, რაც მეტ-ნაკლებად ამომწურავად დაარეგულირებს ხელშეკრულების მხარეებს შორის წარმოშობილ ურთიერთობას.

ევროკავშირთან საქართველოს ინტეგრაციის მიზნით, სახელმწიფო ხელისუფლებამ არაერთი უმნიშვნელოვანესი ვალდებულება იკისრა, მათ შორის ერთ-ერთი სწორედ ელექტრონული საშუალების გამოყენებით – დისტანციურად დადებული ხელშეკრულებების შესახებ – ევროპარლამენტისა და საბჭოს დირექტივების ეროვნულ საკანონმდებლო ნორმებში ასახვაა. ამ ვალდებულებას ეხება ევროკავშირსა და საქართველოს შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმების მე-6 ნაწილი[33]. საქართველომ 2018–2020 წლამდე უნდა მოახდინოს ამ ნორმის იმპლემენტაცია. ამ მიზნის მისაღწევად სახელმწიფო ვალდებულია, მოახდინოს:

1. ელექტრონული საშუალების გამოყენებით დადებული ხელშეკრულების საკანონმდებლო რეგულაცია (მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ კანონის დროული მიღება, სამოქალაქო კოდექსში შესაბამისი ცვლილებების განხორციელება);

---

[31] *Behr V.* Rome I Regulation A Mostly Unified Private International Law of Contractual Relationships Within Most of the European Union, Journal of Law and Commerce, Vol.29, May 2011, 240, <http://jlc.law. pitt.edu/ojs/ index. php/jlc/ article/view/3/3>.

[32] *Wang F.F.,* Internet Jurisdiction and Choice of Law, Cambridge, 2010, 98.

[33] ევროკავშირსა და საქართველოს შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმების მე-6 ნაწილი, 127-ე მუხლი.

2. საქართველოში ფართოდ გავრცელებული ინტერნეტმაღაზიებისა თუ ე.წ. „ონლიან-სესხის“ გამცემი კომპანიების მკაცრი კონტროლი, რათა მათი მხრიდან მინიმუმამდე იქნეს დაყვანილი მომხმარებელთა უფლებების დარღვევის რისკი.

როგორც არაერთხელ აღინიშნა, სახელშეკრულებო ურთიერთობებში მომხმარებელთა უფლებების დაცვა ევროკავშირის წევრი ქვეყნებისათვის ძალზე მნიშვნელოვანი და საყურადღებო საკითხია. ყოველივე ზემოაღნიშნულის მისაღწევად სასურველი იქნება ევროპის ქვეყნების პრაქტიკის, გაეროსა თუ ევროპარლამენტის, ასევე საბჭოს გამოცდილების მაქსიმალურად გაზიარება, მათ შორის სასამართლო დავების გადაწყვეტის გზების განხილვა, ქართულ რეალობასთან მორგების შემდეგ, მათი საკანონმდებლო ნორმებში ასახვა.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997.
2. ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და, მეორე მხრივ, საქართველოს შორის, 27/06/2014.
3. Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands, 18/08/1896.
4. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome 1980.
5. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.
6. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.
7. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/ECC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/ECC and Directive 97/7/EC of the European Parliament on the Council.
8. Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC.
9. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche Deutschlands, 18/08/1896.
10. *Wang F.F.*, Internet Jurisdiction and Choice of Law, Cambridge, 2010, 8, 24-25, 100-101.
11. *Kierkegaard M.S.*, E-Contract Formation: U.S. and EU Perspectives, Washington, 2007, 10.
12. *Bar Ch., Clive E., Schulte-Nölke H.,* Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC private Law; Munich, 2009, 245, 347.
13. *Behr V.* Rome I Regulation A Mostly Unified Private International Law of Contractual Relationships Within Most of the European Union, Journal of Law and Commerce, Journal of Law and Commerce, Vol.29, May 2011, 240.
13. UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures.
14. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.
15. United Nations Convention for the International Sale of Goods.
16. *W.Thurlow* Electronic Contracts in the United States and the European Union: Varying Approaches to the Elimination of Paper and Pen < http://www.ejcl.org/53/art53-1.html >
17. <http://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/shopping/pricing-payments/index_en.htm>
18. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>
<http://www.momxmarebeli.ge/images/file_771576.pd>

ირაკლი ყანდაშვილი*

მედიაცია – დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ახალი ფორმა და მისი საკანონმდებლო მოწესრიგების პერსპექტივა საქართველოში (მედიაციის ინსტიტუციური მოწყობა)

სტატიის მიზანია საკანონმდებლო მოწესრიგების სრულყოფისათვის საქართველოში დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ახალი ფორმის – მედიაციის – შესახებ რეკომენდაციების შემუშავება. საკვლევი საკითხის მიზნებიდან გამომდინარე, ნაშრომში განხილულია მედიაციის არსებული სამართლებრივი მოწესრიგება და ხაზგასმულია იმ საჭიროების შესახებ, როგორიცაა ერთიანი ჩარჩო საკანონმდებლო დოკუმენტის – „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის შექმნის აუცილებლობა, ასევე გადმოცემულია ამ მიმართულებით ავტორის ხედვები.

საკვანძო სიტყვები: *მედიაცია, საკანონმდებლო მოწესრიგება, სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობა, დავის შეთანხმებით დასრულება, სავალდებულო სასამართლო მედიაცია, მედიაციის უპირატესობა.*

1. შესავალი

მხარეებს შორის დავის გადაწყვეტის ისეთი ალტერნატიული საშუალების გამოყენება, როგორიც არის მედიაცია, ნამდვილად ნოვაციაა ქართულ სამართლებრივ სივრცეში. მისი გამოყენებით მოდავე მხარეებმა უფრო ეფექტურად და სწრაფად უნდა შეძლონ ერთმანეთს შორის არსებული კონფლიქტების საკუთარი ძალისხმევით და ნების შესაბამისად გადაწყვეტა.[1] ამდენად, ამ სამართლებრივი ინსტიტუტის, ერთი მხრივ, მეცნიერული ანალიზი და, მეორე მხრივ, საზოგადოებრივ დისკურსში გამოტანა წინაპირობა უნდა გახდეს მისი კიდევ უფრო მეტი პოპულარიზაციისა და შემდგომი გამოყენებისა.

საერთო სასამართლოებისადმი მიმართვიანობის ბოლო წლების სტატისტიკის ანალიზი საქართველოში გვაძლევს იმის თქმის საფუძველს, რომ სასამართლოს გზით მხარეებს შორის არსებული დავის გადაწყვეტა ყოველთვის არ არის ეფექტური მექანიზმი; ასეთ პირობებში საზოგადოებისათვის დავების გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალების შეთავაზება ნამდვილად სწორი დრო და არეალია მედიაციის განვითარებისთვის, თუმცა მედიაციას რომ მიეცეს ფართო გამოყენების საშუალება, მას თავად სჭირდება საზოგადოებაში დამკვიდრება და ნდობის მოპოვება, რის წინაპირობასაც მისი სწორი საკანონმდებლო მოწესრიგება ქმნის.

---

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, ადვოკატი, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის საგანმანათლებლო საბჭოს თავმჯდომარე და აღმასრულებელი საბჭოს წევრი; სასამართლო მედიატორთა ასოციაციის გამგეობის წევრი; პირველი კოლექტიური შრომითი დავის მედიატორი საქართველოში; ლიცენზირებული მედიატორი; იურიდიული ფირმა K&K Consulting-ის მმართველი პარტნიორი; მედიაციის კანონის პროექტზე მომუშავე ჯგუფის წევრი.

[1] *ყანდაშვილი ი.*, მედიაცია, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალება: შრომითი მედიაციის მაგალითზე, ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, სტატიათა კრებული, თბ., 2014, 200-208.

მედიაციის უპირველესი მიზანი არის მხარეთა შორის უთანხმოების აღმოფხვრა თავად მხარეთა მიერ მათი უშუალო ჩართულობით, როდესაც მხარეები იღებენ გადაწყვეტილებას დამოუკიდებლად, ნებისმიერი მესამე პირის ჩარევის გარეშე. ამ დროს მედიატორი, როგორც სპეციალური ცოდნითა და უნარებით აღჭურვილი პირი, მხოლოდ მხარეების ინტერესებზე მორგებული მოლაპარაკების ორგანიზატორის როლში გვევლინება; სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, მედიაცია მოლაპარაკებების პროცესის ხელშეწყობაა, მისი თანმდევი პროცესია;[2] უნდა აღინიშნოს ის გარემოებაც, რომ დოქტრინისეულად მედიაცია მოიაზრება როგორც წინარე პერიოდი[3] სასამართლო ან საარბიტრაჟო პროცესების დაწყებამდე.[4]

დღევანდელ მსოფლიოში მედიაციის გამოყენება ხდება მრავალ სამართლებრივ დავაში; იყო დრო, როდესაც ექსპერტებს მედიაციის გამოყენება შეუსაბამოდ მიაჩნდათ ზოგიერთი სამართლებრივი ურთიერთობის გადასაწყვეტად, თუმცა ბოლო წლების განმავლობაში მედიაცია ეფექტურად გამოიყენება თითქმის ყველა ტიპის დავის შეთანხმებით დასრულებისთვის, რის წინაპირობაც მედიაციის პროცესის უპირატესობებია; უფრო მეტიც, მას შემდგომ, რაც მედიაციის დადებითი მხარეების შესახებ ინფორმაცია საზოგადოების ფართო წრისთვის ხდება ხელმისაწვდომი, ეს თავად განაპირობებს მედიაციის ფართოდ გამოყენებას.[5] მედიაცია, როგორც დავის გადაწყვეტის მექანიზმი, ერთ-ერთი უძველესი ფორმაა მსოფლიოში დავების შეთანხმებით დასრულებისა, როდესაც მესამე ნეიტრალური პირი ეხმარება სხვებს (მოდავე მხარეებს), მიაღწიონ შეთანხმებას[6]. „მედიაცია დავების გადაწყვეტის მომავალზე ორიენტირებული მექანიზმია,[7]“ რომლის ფარგლებშიც მესამე პირი ორი მოდავე და მოლაპარაკების პროცესში მყოფი პირის ინტერესებს აახლოებს და ცდილობს, შეათანხმოს საერთო პოზიციაზე,[8] მედიაციის პრინციპებზე დაყრდნობით[9].

მედიაციის ერთ-ერთი ნაირსახეობა, როგორიცაა სავალდებულო სასამართლო მედიაცია, მოქმედებს საქართველოში 2012 წლის 1 იანვრიდან[10]. თუმცა მედიაციას დიდი ისტორიული წარსული აქვს ჩვენი ქვეყნის მაგალითზე, კერძოდ, სამედიატორო სასამართლო საზოგადოებრივი განვითარების ადრეულ ეტაპზე იყო ფართო გამოყენების ნაწილი საქართველოში.[11]

მართალია, ქართულ რეალობაში, ერთი მხრივ, გვაქვს ისტორიული წარსული მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის საშუალების, გამოყენებისა, თუმცა, მეორე მხრივ, 21-ე საუკუნეში რამდენად სწორად მოვახდენთ ამ ინსტიტუტის მოქმედ კანონმდებლობაში ინტეგრირებას,

---

2 *Stitt A.J.,* Mediation: a Practical Guide, `Cavendish Publishing`, London/Sydney/Portland/Oregon/2004, 1.

3 *ცერცვაძე გ.*, თბ., 2010, 34.

4 *Goldsmith J.C.,Ingen-Housz., Pointon A., Gerald H.,* (eds), ADR in Business, Practice and Issues across Countries and Cultures, `Kluwer Law Internarional`, New-York, 2006.

5 *Kovach K.K.,* Mediation in a nut shell, 2nd ed., Thomson West, United States of America, 2010, 38-39.

6 *Kovach K.K.,* Mediation in a nut shell, 2nd ed., Thomson West, United States of America, 2010, 19.

7 *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, თბ., 2010, 156.

8 *Kelly D., Holmes A., Hayward R.* Business Law, 5th ed, Cavendish Publishing Limited, London, 2005, 95.

9 *Uzelac A.,* Paths of Mediation in Bosnia and Herzegovina, International Finance Corporation, Sarajevo, 2009, 24.

10 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1871-ე მუხლის თანახმად, სარჩელის სასამართლოში წარდგენის შემდეგ სასამართლო მედიაციას დაქვემდებარებული საქმე შეიძლება გადაეცეს მედიატორს (ფიზიკურ ან იურიდიულ პირს) დავის მხარეთა შეთანხმებით დასრულების მიზნით, ხოლო 187-ე მუხლის თანახმად, სასამართლო მედიაცია შეიძლება გავრცელდეს:
   ა) საოჯახო სამართლებრივ დავებზე, გარდა შვილად აყვანისა, შვილად აყვანის ბათილად ცნობისა, მშობლის უფლების შეზღუდვისა და მშობლის უფლების ჩამორთმევისა;
   ბ) სამემკვიდრეო სამართლებრივ დავებზე;
   გ) სამეზობლო სამართლებრივ დავებზე;

11 *ტყემალაძე ს.*, მედიაცია საქართველოში, თბ., 2016, 13.

მრავალწილად დამოკიდებულია მედიაციის იმ ნორმატიულ აქტზე, რომლის პროექტი უკვე შემუშავებულია და 2017 წლის ბოლომდე კანონის სახე უნდა მიეცეს.[12]

2. მედიაციის უპირატესობანი

მედიაციას ახასიათებს რიგი უპირატესობებისა, რის შესახებ აუცილებელია საზოგადოების სრულყოფილი ინფორმირება ამა თუ იმ ფორმით, გამომდინარე იქიდან, რომ ქვეყანაში, სადაც სასამართლო ხელისუფლებისადმი საზოგადოება განსაკუთრებით მაღალი ნდობით არ გამოირჩევა, რთულია დაინერგოს სასამართლოს ალტერნატიული დავის გადაწყვეტის მექანიზმები, თუ, ერთი მხრივ, მას არ ახასიათებს სასამართლო პროცესისაგან განსხვავებით უპირატესობანი და, მეორე მხრივ, მათ შესახებ დავის პოტენციურ მხარეებს ანუ თითოეულ საზოგადოების წევრს, ისევე როგორც ბიზნესის წარმომადგენლებს, არ აქვთ სრულყოფილი ინფორმაცია.[13] მნიშვნელოვანია, დავის მონაწილე მხარეების წარმომადგენლებმა, რომლებიც, ძირითადად, როგორც წესი, არიან იურისტები, კარგად იცოდნენ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული სხვა მექანიზმების შესახებ, რათა თავად კარგად გაერკვნენ და შემდეგ მისცენ რჩევა თავიანთ კლიენტებს მედიაციის უპირატესობის თაობაზე.[14]

მედიაციის სასარგებლოდ უნდა აღინიშნოს, რომ ის სასამართლო პროცესისგან განსხვავებით აბსოლუტურად არაფორმალური „პროცესია", რომელიც არ არის შებოჭილი პროცედურით და ორიენტირებულია მხარეთა ინტერესზე, მხარეების პროაქტიულ ქმედებებზე, თავად გამოკვეთონ ურთიერთსასარგებლო პოზიციები და მიაღწიონ შეთანხმებას, ანუ სასამართლო პროცესისა და არბიტრაციისგან განსხვავებით, სადაც, შესაბამისად, მოსამართლე და არბიტრი იღებენ სავალდებულო სახით გადაწყვეტილებას, მედიაციის დროს სავალდებულო არ არის საბოლოო შეთანხმების მიღწევა, ხოლო შეთანხმების მიღწევის შემთხვევაში ეს შედეგი ორივე მხარის ინტერესების შესაბამისია და მხარეთა მიერ მიღებული გადაწყვეტილებაა, რაც მხარეებში ამძაფრებს ურთიერთშეთანხმებით მიღებული გადაწყვეტილებისადმი ნდობას, ხელს უწყობს მშვიდობიანი და საქმიანი სამომავლო ურთიერთობების გაგრძელებას, საკუთარი ძალებით შექმნილ გამოსავალს ბოლომდე ერთგულობენ მხარეები[15] და სურთ, გააგრძელონ მშვიდობიანი და საქმიანი სამომავლო ურთიერთობა.

მედიაცია სრულად კონფიდენციალურია. მედიატორსა და მხარეებს არ აქვთ უფლება, გაამჟღავნონ ის ინფორმაცია, რომელიც მათთვის ცნობილი გახდა მედიაციის მიმდინარეობისას. ამასთან, მედიაციის ფარგლებში კონფიდენციალობის პირობით გამჟღავნებული ინფორმაცია და დოკუმენტები დაუშვებელ მტკიცებულებად ითვლება სასამართლოში. აქვე აღსანიშნავია, რომ მედიატორი, რომელიც ამ ყოველივეს ფასილიტაციას ახორციელებს და ეხმარება მხარეებს დავის შეთანხმებით დასრულებაში, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის (შემდგომში – სსსკ) 141-ე მუხლის „დ" ქვეპუნქტის მიხედვით, არ შეიძლება იქნეს მოწმედ დაკითხული იმ საქმეზე, რომელზეც იგი ახორციელებდა მედიაციას; მნიშვნელოვანია, რომ მხარეები მოლაპარაკებების პროცესში კონფიდენციალური ინფორმაციის გაცემისას კომფორტულად გრძნობდნენ თავს[16] და ენდობოდნენ როგორც მედიატორს, ასევე მეორე მხარეს.[17]

---

[12] ავტორი გახლავთ „მედიაციის შესახებ" საქართველოს კანონზე მომუშავე ჯგუფის წევრი.

[13] *ყანდაშვილი ი.*, მედიაცია – დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ახალი ფორმა საქართველოში, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ჟურნალი „ადვოკატი", №2-3, თბ., 2016, 19-24.

[14] *Kovach K.K.,* Mediation in a nut shell, 2nd ed., Thomson West, United States of America, 2010, 2.

[15] *Kelly D., Holmes A., Hayward R.* Business Law, 5th ed, Cavendish Publishing Limited, London, 2005, 99.

[16] *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, თბ., 2010, 321.

[17] იქვე, თბ., 2010, 322.

ზემოაღნიშნულ პოზიტიურ მხარეებთან ერთად მედიაცია[18] გაცილებით შეღავათიანი ფორმაა მხარეებს შორის დავის გადაწყვეტისა, კერძოდ, მედიაციის შემთხვევაში კანონმდებლობა ითვალისწინებს მნიშვნელოვან შეღავათებს სახელმწიფო ბაჟის კუთხით. მაგალითად, სსსკ-ის 39-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, ნაცვლად 3%-ისა, რომელსაც მხარე იხდის დავის სასამართლოში (მხოლოდ პირველ ინსტანციაში) განხილვისას, მედიაციის შემთხვევაში, მხარეს მხოლოდ 1%-ის გადახდა უწევს, საიდანაც, სსსკ-ის 49-ე მუხლის თანახმად, მოსარჩელეს 70% უკან დაუბრუნდება, თუკი სასამართლო მედიაციის პროცესში დავა მხარეთა შეთანხმებით დასრულდება.

აქვე ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ მედიაციაში მიღწეული შეთანხმება შეიძლება დამტკიცდეს სასამართლოს მიერ და, ამგვარად, დაექვემდებაროს აღსრულებას; ხოლო შეუთანხმებლობისას, მხარე არ კარგავს კონსტიტუციურ უფლებას, მიმართოს სასამართლოს საერთო წესების დაცვით; მედიაციის ეფექტურობის გაზრდის მიზნით აქტუალობას არ კარგავს მედიაციის მომწესრიგებელი ნორმატიული ჩარჩო დოკუმენტის მიღების საჭიროება, რაც მათ შორის გაზრდის სამედიაციო შეთანხმებების, მასთან, არასასამართლო მედიაციის შემთხვევების, აღსრულების ეფექტური მექანიზმის შესაძლებლობას.[19]

და ბოლოს, აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ მედიაციით დავის დასრულების შემთხვევაში მოდავე მხარეები ინარჩუნებენ უკეთეს შესაძლებლობას, გააგრძელონ მათ შორის არსებული საქმიანი თუ პირადი ურთიერთობები.[20] სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, მედიაციის გამოყენებით მხარეებს უჩნდებათ საშუალება და სურვილი, იქონიონ სამომავლოდ ერთმანეთის მიმართ პოზიტიური დამოკიდებულება.

3. მედიაციის საკანონმდებლო მოწესრიგების პერსპექტივები საქართველოში

მედიაციის შემდგომი განვითარებისა და ინსტიტუციური კუთხით ქართულ სამართლებრივ სივრცეში დამკვიდრების აუცილებელი წინაპირობაა მედიაციის თაობაზე ჩარჩო საკანონმდებლო მარეგულირებელი დოკუმენტის მიღება, რაც გახდება საქართველოში როგორც სასამართლო მედიაციის, ასევე არასასამართლო, კომერციული მედიაციის ფართო გამოყენების გარანტი.

დღეის მდგომარეობით, ფაქტობრივად, არ არსებობს არასასამართლო მედიაციის ფორმატში მიღწეული შეთანხმების აღსრულების პროცედურის რეგულირება, რაც საშუალებას არ აძლევს ბიზნესსექტორს, რეალურად ისარგებლოს დავის შემთხვევაში ისეთი არაფორმალური, თუმცა მისთვის მოგებიანი, პროცესით, როგორიც არის მედიაცია; ამასთანავე, ფაქტობრივად, არ არსებობს მედიატორთა ერთიანი რეესტრი, აგრეთვე იმის სტანდარტები, თუ ვინ არის ან უნდა იყოს მედიატორი; ფაქტობრივად არ არსებობს მედიატორთა აკრედიტაციის, განათლებისა და მათი პასუხისმგებლობის მარეგულირებელი ნორმები, რაც ამ ინსტიტუტის ფართო გამოყენების ხელისშემშლელი წინაპირობებია და ითხოვს სათანადო ყურადღებას, როგორც თემით დაინტერესებული აქტორებისგან, ასევე, უპირველესად, ხელისუფლების წარმომადგენლებისგან.

---

[18] ტერმინ მედიაციაში (ამ კონკრეტულ შემთხვევაში) იგულისხმება სავალდებულო სასამართლო მედიაცია.

[19] *ყანდაშვილი ი.,* მედიაცია – დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ახალი ფორმა საქართველოში, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ჟურნალი „ადვოკატი", №2-3, თბ., 2016, 19-24.

[20] *Kovach K.K.,* Mediation in a nut shell, 2nd ed., Thomson West, United States of America, 2010, 42-43.

მედიაციის ხელშეწყობის მიზნებისათვის იდეალური გარემო სწორედ დღეს არის შექმნილი საქართველოში, კერძოდ, მედიაციის მომწესრიგებელი ჩარჩო დოკუმენტის მიღება საქართველოს ევროკავშირთან ასოცირების დღის წესრიგის ერთ-ერთი მთავარი საკითხია, მეორე, საზოგადოებრივი ცნობადობა და ინტერესი მედიაციისადმი დღითი დღე იზრდება[21], და, მესამე, ნათლად გამოჩნდა მედიაციის მექანიზმის როგორც სასამართლო სისტემის განტვირთვის უალტერნატივობა და დავების შეთანხმებით დასრულების პერსპექტიულობის წინაპირობები. ეს ყოველივე ერთგვარი გარანტია იმისა, რომ 2017 წელი უნდა გახდეს მედიაციის წელი საქართველოში, რაც მეტწილად დამოკიდებულია, ერთი მხრივ, საქართველოს საკანონმდებლო ხელისუფლებისა და, მეორე მხრივ, მედიაციის სფეროში მოქმედი ინსტიტუციების თანმხვედრ პოზიციებზე.[22]

დაგროვილი პრაქტიკული და თეორიული გამოცდილებით მედიაციის სფეროში უკვე შეიძლება ფიქრი მედიაციის იურისდიქციის გაფართოებაზე საკანონმდებლო დონეზე, მაშინ, როდესაც სულ რაღაც რამდენიმე წლის წინ გამართლებული იყო ამ ახალი ინსტიტუტისადმი ფრთხილი და ზომიერი მიდგომა, რა დროსაც მთელი საქართველოს მასშტაბით სასამართლო მედიაციის გამოყენების დაგეგმვა და მისი განხორციელება ზედმეტი რისკის შემცველი გადაწყვეტილება იქნებოდა.[23] ნიშანდობლივია, რომ ახალმა ნორმატიულმა აქტმა აუცილებლად უნდა „აღიაროს სასამართლოსაგან დამოუკიდებელი",[24] მოდავე მხარეების მიერ დაგეგმილი და ორგანიზებული მედიაციის პროცესი და უნდა უზრუნველყოს ამ პროცესის პროცესუალური სამართლებრივი გარანტიები.

საქართველოში მედიაციისშემდგომი განვითარების მიზნებისთვის მიზანშეწონილია მედიაციის ინსტიტუციური მოწესრიგება; კერძოდ, უნდა არსებობდეს კონკრეტული ინსტიტუცია, გაერთიანება, ორგანიზაცია, რომლებიც იქნება მედიაციის პროცესის რეგულატორი.[25] საუბარია იმ კატეგორიის ელემენტარული პროცესის მართვაზე, როგორიცაა მედიაციის პროფესიაში პირის მიღება, მისთვის მედიატორის სტატუსის მინიჭება, მედიატორთა უწყვეტი პროფესიული განათლების პროგრამის დანერგვა და მისი მართვა, მედიატორთა ქცევის წესების დადგენა და მასზე მონიტორინგი. ამ კატეგორიის ორგანიზაცია უნდა იყოს კანონის საფუძველზე შექმნილი ინსტიტუცია (მსგავსი მაგალითი საქართველოში გვაქვს არაერთი (მაგალითად, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაცია), რომელიც, ერთი მხრივ, იქნება ამ პროცესის ხელმძღვანელი, თუმცა მეორე მხრივ, უზრუნველყოფს პროფესიის აბსოლუტურ დამოუკიდებლობას და მასში ჩაურევლობას. მნიშვნელოვანია, საკანონმდებლო დონეზე გამყარდეს ის პრინციპი, რომ მედიაციის ფარგლებში მიღწეული შეთანხმების აღსრულება იქნება გათანაბრებული სასამართლოს სამართალწარმოების ფარგლებში მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულების სტანდარტისა.[26]

---

[21] 2016 წლის 21-22 ნოემბერს პირველად საქართველოში ჩატარდა საერთაშორისო კონფერენცია „მედიაციის დღეები – 2016", რომელზეც განხილულ იქნა მედიაციის შესახებ საქართველოს კანონის პროექტის შინაარსი, მოსმენილ იქნა მედიაციის დარგში მომუშავე საერთაშორისო ექსპერტთა მოხსენებები. ეს ღონისძიება ორგანიზებული იყო ევროკავშირის პროექტის მიერ საქართველოში, UNDP-ის, USAID-ის პროექტ PROLoG-ისა და გერმანულ ფონდ GIZ-ის ფინანსური მხარდაჭერით.

[22] იგულისხმება, ერთი მხრივ, ის ორგანიზაციები, რომლებიც ფუნქციონირებენ მედიაციის მიმართულებით, კერძოდ, აიპ „სასამართლო მედიატორთა ასოციაცია", აიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია", მეორე მხრივ, მედიაციის მონაწილე მხარეები, მათ შორის განსაკუთრებით ადვოკატთა კორპუსი. ავტ.

[23] *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, თბ., 2010, 216.

[24] იქვე, 123.

[25] საუბარია კანონის საფუძველზე დაფუძნებულ საჯარო სამართლის იურიდიული პირის ან არაკომერციული იურიდიული პირის თაობაზე, რომელიც იქნება მედიატორთა პროფესიული გაერთიანება. ავტ.

[26] *Austermiller S.*, Paths of Mediation in Bosnia and Herzegovina, International Finance Corporation, Sarajevo, 2009, 98.

3.1. მედიატორის სტატუსის მინიჭების პროცედურა[27]

მედიატორის სტატუსის მინიჭება მნიშვნელოვანი პროცესია. იგი უნდა განხორციელდეს კანონით გაწერილი სტანდარტის შესაბამისად, კერძოდ, უნდა არსებობდეს კონკრეტული წესი, რომლის მიხედვით უნდა ხდებოდეს კონკრეტული ინსტიტუციის მიერ მედიატორის სტატუსის მინიჭება. მიზანშეწონილად მიმაჩნია, ეს საკითხი არ იყოს ერთდროულად რამდენიმე ინსტიტუციის ან ორგანიზაციის მართვის საგანი, რადგან ასეთ დროს მაღალია შანსი, დაკნინდეს პროფესიის მიმართ დადგენილი სტანდარტებისადმი მოთხოვნა, თუმცა ეს არ გამორიცხავს ერთდროულად რამდენიმე ინსტიტუციის საქმიანობას, რომლებიც კანონით დადგენილი სტანდარტის შესაბამისად მოახდენენ მედიატორთა პროფესიულ მომზადებას, რის საფუძველზეც მარეგულირებელი ორგანო, ჩვენს შემთხვევაში კანონის საფუძველზე შექმნილი ინსტიტუცია, მოახდენს განვლილი პროცესის შემოწმებას და ყველა კონკრეტული პირისადმი გადაწყვეტილების მიღებას.

ამ ეტაპზე შემუშავებული კანონის პროექტის თანახმად, კერძოდ, მისი მე-14 მუხლის შესაბამისად:

„საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია (შემდგომ – მედიატორთა ასოციაცია) არის კანონის საფუძველზე შექმნილი, წევრობაზე დაფუძნებული საჯარო სამართლის იურიდიული პირი, რომელიც ახორციელებს მედიატორთა თვითრეგულირებას.

მედიატორთა ერთიან რეესტრში შეიძლება ჩარიცხულ იქნეს ნებისმიერი ქმედუნარიანი ფიზიკური პირი, რომელიც არ არის ნასამართლევი, გავლილი აქვს, სულ მცირე, 40-საათიანი მედიაციის ტრენინგი და ფლობს საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის მიერ გაცემულ სერტიფიკატს, ანდა ადვოკატი, რომელსაც გავლილი აქვს, სულ მცირე, 40-საათიანი სსიპ საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის მედიაციის ტრენინგი, ამ კანონის შესაბამისად სერტიფიცირებული პროგრამით და ფლობს შესაბამის სერტიფიკატს“.

შესაბამისად, ამ ეტაპზე განიხილება ერთიანი სტანდარტის დადგენა მედიატორად მომზადებისა, სერტიფიცირებული პროგრამით, რომელსაც დაამტკიცებს საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო.

ასევე ნიშანდობლივია, რომ კანონის პროექტი უშვებს სსიპ „საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის“ უფლებამოსილებას, საკუთარ ბაზაზე მოამზადოს, ერთიანი სტანდარტის შესაბამისად დამტკიცებული სერტიფიცირებული პროგრამით, მედიატორად გახდომის მსურველი ადვოკატები, რაც გამართლებული ნაბიჯი იქნება კანონმდებლის მხრიდან, რადგან მომავალ მედიატორთა უმრავლესობა უეჭველად მოქმედი ადვოკატი იქნება და, მეორე მხრივ, სსიპ „საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის“ სასწავლო ცენტრი ერთ-ერთი მოწინავე პროფესიული სასწავლო ინსტიტუციაა ქვეყანაში, რომელსაც 2015 წლიდან სახელმწიფომ ანდო, ძალაში შესული „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის“ შესაბამისად, არასრულწლოვანთა მონაწილეობით მიმდინარე სისხლის სამართლის საქმეში მონაწილე ადვოკატების მომზადება და მათზე არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სპეციალიზაციის დამადასტურებელი საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის მიერ დამტკიცებული ფორმის დოკუმენტის გაცემა.[28]

---

[27] განხილულია 2017 წლის აგვისტოს მდგომარეობით არსებული „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტის დებულებები. ავტ.

[28] იხ. „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი“, მე-20 მუხლი. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281>.

3.2. მედიატორთა უწყვეტი პროფესიული განათლების პროცესი და პროფესიული ქცევის წესების დაცვა[29]

მიზანშეწონილია, კანონი აწესრიგებდეს მედიატორის ვალდებულებას, გაიაროს უწყვეტი პროფესიული განათლების პროგრამით გათვალისწინებული მინიმალური მოთხოვნები, რაც ამ ეტაპზე კანონის პროექტის დონეზე არ არის გათვალისწინებული. უპრიანია, კანონმდებელმა ამ კუთხით გაიზიაროს სსიპ „საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის" გამოცდილება, რომლის თანახმად, თითოეული ადვოკატი ვალდებულია, გაიაროს სავალდებულო განგრძობადი იურიდიული განათლების კურსი წლის განმავლობაში.[30]

აგრეთვე უპრიანია, კანონის დონეზე იყოს დადგენილი მედიატორთა ქცევის წესების სავალდებულოობის სტანდარტი, თუმცა ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ კონკრეტული სტანდარტი, როგორც უწყვეტი პროფესიული განათლების პროგრამის შინაარსისა, ასევე მედიატორთა მომზადების და უშუალოდ ტრენინგების განმახორციელებელი ინსტიტუციების ჩამონათვალისა[31], ასევე ქცევის წესების კოდექსისა მედიატორთა პროფესიული გაერთიანების შიდა გადაწყვეტილება და მის საფუძველზე დადგენილი რეგულაციები უნდა იყოს, რომელთა ცვლილება და საჭიროებებისადმი მორგება კანონის ცვლილებაზე არ იქნება დამოკიდებული, რაც, ერთი მხრივ, გაამარტივებს პროცესს და, მეორე მხრივ, უზრუნველყოფს მის შესაბამისობას მიმდინარე გამოწვევებსა და საჭიროებებთან. ცალსახაა და დავას არ იწვევს, რომ, მითუმეტეს, მედიაციის დანერგვისა და ინსტიტუციური დაფუძნების სტადიაზე, მნიშვნელოვანია ეთიკის სტანდარტების არსებობა, რომელთა შესაბამისად იმოქმედებენ მომავალი მედიატორები.

გასათვალისწინებელია, რომ თვითრეგულირებად პროფესიათა წარმომადგენლები ეთიკის წესებს უნდა ექვემდებარებოდნენ,[32] თუმცა ამ მიმართულებით, მითუმეტეს მედიაციის ინსტიტუციური დანერგვის ესოდენ ჩანასახოვან სტადიაზე, გვმართებს სიფრთხილე, რათა ზედმეტად მკაცრი ეთიკური რეგულაციებით არ დავაკარგვინოთ მედიატორებს ეფექტურობა და მოქნილობა,[33] რაც თვით პროცესის არაფორმალური ხასიათის თანმდევია.

4. დასკვნა

დღეისათვის თამამად შეიძლება იმის თქმა, რომ ქართული იურიდიული საზოგადოება ერთსულოვანია მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის, ალტერნატიული მექანიზმის დანერგვის საჭიროების საკითხში – ამ ეტაპზე განსხვავებული ხედვა არ დაფიქსირებულა საჯარო სივრცეში, რაც, უდავოდ, დადებითად მეტყველებს მედიაციის ინსტიტუტის სასარგებლოდ, მიუხედავად იმისა, ქართულ სამართლებრივ სივრცეში ახალი ინსტიტუტის დანერგვის ეტაპზე ყოველთვის შეინიშნება განსხვავებული აზრი და მოსაზრებები – რამდენად სწორი ან საჭიროა ამა თუ იმ რეფორმის ან ცვლილების გატარება.

---

[29] განხილულია 2017 წლის აგვისტოს მდგომარეობით არსებული „მედიაციის შესახებ" საქართველოს კანონის პროექტის დებულებები. ავტ.

[30] იხ „ადვოკატთა შესახებ" საქართველოს კანონის მე-5 მუხლი, <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/15472>.

[31] იხ. *ტანსკი მ.*, გზა მედიაციისაკენ, 2013, 56, (ციტირება: სამედიაციო ორგანიზაციებისა და უმაღლესი სასწავლებლების გარდა, სამედიაციო ტრენინგებს, აგრეთვე, ატარებენ იურისტთა პროფესიული ორგანიზაციები. მაგალითად: იურისტ მრჩეველთა ეროვნული საბჭო, პოლონეთის რესპუბლიკის ნოტარიუსთა ასოციაცია, ადვოკატთა მთავარ საბჭოსთან არსებული სამედიაციო ცენტრი – ყველა ეს ორგანიზაცია თავისი წევრებისათვის ახორციელებს სამედიაციო ტრენინგებს).

[32] *Kovach K.K.,* Mediation, Principles and Practice, 3rd ed., Thomson West, United States of America, 2004, 395.

[33] იქვე, 400.

აღსანიშნავია, რომ მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმის, ერთიანი საკანონმდებლო რეგულირების საკითხი განსაკუთრებით აქტუალური ხდება, რადგან სწორედ ერთიანი ნორმატიული აქტის, ე.წ. ჩარჩო რეგულატორის არსებობა, ერთი მხრივ, ხელს შეუწყობს მისი არსის სწორად გააზრება-გამოყენებას როგორც მოდავე მხარეებს შორის, ასევე მას ექნება ის დიდი დატვირთვა, რაც არანაკლებ მნიშვნელოვანია სასამართლო სისტემის განტვირთვის კუთხით, და, მეორე მხრივ, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ მედიაციის ფართოდ გამოყენება ყველა შემთხვევაში გახდება ქართული საზოგადოებისთვის წინაპირობა, ჩაერთონ დიალოგში და ეცადონ, ნებისმიერი კონფლიქტური სიტუაცია ურთიერთმოლაპარაკებების გზით გადაწყვიტონ, რისი რეალური დეფიციტი შეიმჩნევა ჩვენ გარშემო.

მნიშვნელოვანია, რომ მედიაციის მხარდამჭერი იყოს ქართული იურიდიული საზოგადოება, თუმცა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის როლი და დანიშნულება ქვეყანაში მედიაციის დანერგვის კუთხით. ამერიკის შეერთებული შტატების სხვადასხვა შტატის[34] მაგალითზე თამამად შეიძლება იმის თქმა, რომ ადვოკატთა ასოციაციების ორგანიზებულმა მხარდაჭერამ მედიაციის ინსტიტუტისადმი, მათ შორის განგრძობადი იურიდიული განათლების პროგრამებში მისმა სწავლებამ ადვოკატებისათვის, შედეგი გამოიღო და ბევრ ადვოკატსა თუ მოსამართლეს, რომელთაც არ სჯეროდათ მედიაციის, აზრი შეაცვლევინა ამ ინსტიტუტისადმი მათი კარიერის გზაზე.[35] შესაბამისად, ამ მიმართულებით გამოცდილების გაზიარება ქართულ რეალობაში გასათვალისწინებელია.[36]

და ბოლოს, თუ გავითვალისწინებთ „დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული სოციალური ინსტიტუტისადმი ქართული საზოგადოების ტრადიციულ მიდრეკილებას[37]“, ეს უკანასკნელი ასევე უნდა გახდეს მედიაციის კიდევ უფრო ფართოდ დანერგვის წინაპირობა ჩვენს რეალობაში.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, 14/11/1997.
2. ადვოკატთა შესახებ საქართველოს კანონი, 20/06/2011.
3. საქართველოს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი, 12/06/2015.
4. *ტყემალაძე ს.*, მედიაცია საქართველოში, თბ., 2016, 13.
5. *ყანდაშვილი ი.*, მედიაცია, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალება: შრომითი მედიაციის მაგალითზე, ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, სტატიათა კრებული; თბ., 2014, 200-208.

[34] *Kovach K.K.,* Mediation in a nut shell, 2nd ed., Thomson West, United States of America, 2010, 34-35.[ამერიკის შეერთებულ შტატებში მედიაციის პოპულარიზაციასა და დანერგვაში დიდი როლი შეასრულა ამერიკის იურისტთა ასოციაციამ (ABA), ისევე როგორც სხვადასხვა შტატის ადვოკატთა ასოციაციამ, მაგალითად: ტეხასში, ჰიუსტონის ადვოკატთა ასოციაციამ შექმნა კომიტეტი დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის საკითხებზე, რამაც უბიძგა რეგიონში ე.წ.„სამეზობლო მართლმსაჯულების ცენტრის“ შექმნას, რაც მოემსახურა დავების შეთანხმებით დასრულების განვითარებას რეგიონში).

[35] *Kovach K.K.,* Mediation in a nut shell, 2nd ed., Thomson West, United States of America, 2010, 33.

[36] მედიაცია ვერ განვითარდება ქვეყანაში, მას თუ არ ახლდა თან ადვოკატთა ასოციაციის სრული და ცალსახა მხარდაჭერა, რადგან სწორედ ადვოკატები არიან ის პირები, რომელთაც განსაკუთრებული როლი ეკისრებათ კლიენტთა უფლებების დასაცავად და სწორედ მათი რჩევის შედეგად იღებენ მოდავე მხარეები ამა თუ იმ გადაწყვეტილებას, მათ შორის მედიაციის პროცესში პროაქტიული პოზიციის დაჭერის კუთხით. შესაბამისად, იმისთვის, რათა კლიენტს მისცეს სწორი რჩევა მედიაციისადმი ნდობისა, უპირველესად, ადვოკატს უნდა სჯეროდეს მედიაციის დადებითი მხარეებისა და წარმატების. ავტ.

[37] *ცერცვაძე გ.*, თბ., 2010, 217.

6. ყანდაშვილი ი., მედიაცია – დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ახალი ფორმა საქართველოში, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ჟურნალი „ადვოკატი“, N2-3, თბ., 2016, 19-24.
7. ცერცვაძე გ., მედიაცია, თბილისი, 2010, 34, 156, 321-322, 216-217, 123.
8. ტანსკი მ., გზა მედიაციისაკენ, 2013, 56.
9. *Austermiller S.*, Paths of Mediation in Bosnia and Herzegovina, International Finance Corporation, Sarajevo, 2009, 98.
10. *Goldsmith J.C/Ingen-Housz., Arnold/Pointon, Gerald H.*, (Editors)ADR in Business, Practice and Issues across Countries and Cultures, `Kluwer Law Internarional`, New-York, 2006.
11. *KovachK.K.*, Mediation in a nut shell, 2nd ed., Thomson West, United States of America, 2010, 2, 19, 33-35, 38-39, 42-43.
12. *Kovach K.K.*, Mediation, Principles and Practice, 3rd ed., Thomson West, United States of America, 2004, 395, 400.
13. *Kelly D., Holmes A.*, Hayward R. Business Law, 5thed, Cavendish Publishing Limited, London, 2005, 95, 99.
14. *Stitt A.J.*, Mediation: a practical Guide, `Cavendish Publishing`, London/Sydney/ Portland/ Oregon/ 2004, 1.
15. *Uzelac A.*, Paths of Mediation in Bosnia and Herzegovina, International Finance Corporation, Sarajevo, 2009, 24.

ანა ხარაიშვილი*

გამჭოლი პასუხისმგებლობისა და შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპების ურთიერთმიმართება სამეწარმეო სამართალში

შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი საკორპორაციო სამართალში ყველაზე ძირეული და, ამასთანავე, ყველაზე აქტიურად განხილვადი ინსტიტუტია. ნაშრომი სწორედ ამ ფუნდამენტური საკითხის სისტემათა შედარებით ჭრილში, კონტექსტუალურ დონეზე გაანალიზებასა და მისი დადებითი და უარყოფითი მხარეების გამჭოლი პასუხისმგებლობის დოქტრინის კვალდაკვალ წარმოჩენას ახდენს. იურიდიული პირის, როგორც ფიზიკური პირების მიერ (როგორც წესი) ფიქციის თეორიის საფუძველზე წარმოქმნილი არტიფიკული წარმონაქმნის უკან მდგარი ადამიანთა პასუხისმგებლობა და მათი ბედი, ერთი მხრივ, ანტიკური სამყაროს სამართლებრივი სისტემების – რომის სამართლის, ისლამური სამართლისა თუ შუა საუკუნეების იტალიური სამართლის სისტემებისა და, მეორე მხრივ, თანამედროვეობის თითქმის ყველა წამყვანი სამართლებრივი სისტემის აქტიური განხილვის საგანია. სწორედ ამიტომაც ახდენს ნაშრომი ამ ინსტიტუტების ისტორიული წანამძღვრების დადებითი და უარყოფითი მხარეების, სახეების, ფორმების, პრაქტიკაში გამოყენების წინაპირობების, ფაქტორებისა და გამონვევების სისტემათა შედარებით კონტექსტში განხილვას. ყოველივე აღნიშნული კი ქართული სამეწარმეო სამართლისთვის დამახასიათებელი გამჭოლი პასუხისმგებლობის, როგორც შეზღუდული პასუხისმგებლობისგან საგამონაკლისო წესის, პრაქტიკაში სწორად გამოყენებას შეუწყობს ხელს.

საკვანძო სიტყვები: *შეზღუდული პასუხისმგებლობა, გამჭოლი პასუხისმგებლობა, პირსინგი, გაჭოლვის წინაპირობები, გაჭოლვის სახეები, კორპორაციული საფარველი, ნებაყოფლობითი და არანებაყოფლობითი კრედიტორები.*

1. შესავალი

თანამედროვე საზოგადოება ურთიერთობათა მრავალფეროვნებითა და დივერსიფიცირებით ხასიათდება. ურთიერთობათა უდიდესი ნაწილი გარკვეული შედეგის მიღწევისკენაა მიმართული, თუმცა ხშირად ურთიერთობის თავდაპირველი შეთანხმებული მიზანი მოგვიანებით ფერმკრთალდება, რასაც, საბოლოოდ, ყველა მონაწილისთვის სასურველ შედეგამდე ვეღარ მივყავართ. სწორედ ასეთ დროს უდიდეს მნიშვნელობას იძენს პასუხისმგებლობის საკითხი, ის, თუ რამდენად პასუხისმგებელია სუბიექტი დამდგარი შედეგისთვის და რა ფარგლებში. ამდენად, სამართლისთვის, როგორც პირთა ურთიერთობების უდიდესი ნაწილის მომწესრიგებელი მექანიზმისთვის, პასუხისმგებლობის საკითხი ერთ-ერთი ურთულესი და მრავალწახნაგოვანი თემაა. ეს საკითხი, ბუნებრივია, ბიზნესურთიერთობებში, მისთვის დამახასიათებელი სპეციფიკიდან გამომდინარე, მეტადრე გართულებულია და ხშირად ერთგვარ დილემადაც კი იქცევა. მოგების მიღებაზე ორიენტირებულ ურთიერთობებში ყველაფერი ციფრების დონე-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, მოწვეული ლექტორი.

ზეა დაყვანილი, ამიტომაც ამ ტიპის ურთიერთობათა მონაწილეები ცდილობენ, დასაწყისშივე ცალსახად გამოკვეთონ ყველა შესაძლო შედეგი, რომელთა დადგომაც ურთიერთობის ნებისმიერი მიმართულებით განვითარების შემთხვევაშია შესაძლებელი. სწორედ ასეთ მაქსიმალურად დაცულ და გარანტირებულ პირობებში ახდენენ პირები ინვესტიციების განხორციელებას და კორპორაციების დაარსებას. პარტნიორთა დაცვის უმთავრესი საშუალება კი განხორციელებული შენატანებით მათი პასუხისმგებლობის შეზღუდვაა.

ამდენად, ნაშრომის მიზანია, გამოკვეთოს შეზღუდული პასუხისმგებლობის, როგორც საკორპორაციო სამართლის უმთავრესი პრინციპის, დანიშნულება და არსი, წარმოაჩინოს გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპის, როგორც, ზოგადად, მოქმედი წესიდან გამონაკლისი ნორმის ფუნქციონირების მექანიზმები. ამასთანავე, აღსანიშნავია, რომ კვლევა ეხება ამ ორი დოქტრინის პრინციპულ დონეზე მიმოხილვას და მათ ადგილს სამართალში. ამიტომაც გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპი მხოლოდ იმ ჭრილში იქნება გაანალიზებული, რაც მისი განზოგადებული თეორიული მიმოხილვისთვისაა აუცილებელი. მისი დეტალური, პრაქტიკიდან გამომდინარე ანალიზი კი ამ ნაშრომის მიზნებსა და შესაძლებლობებს სცდება... კვლევა აქტუალურია იმდენად, რამდენადაც, განსხვავებით ანგლოამერიკული სამართლებრივი სივრცისგან, სადაც საკანონმდებლო თუ სამეცნიერო დონეზე გაცხარებული კამათი მიმდინარეობს ამ ორი დოქტრინის ურთიერთდამოკიდებულებისა და ბალანსის შესახებ, ქართველი კანონმდებელი მხოლოდ ზოგადი დანაწესებით შემოიფარგლება, საკითხის თეორიული დამუშავებით არც აკადემიური წრე გამოირჩევა.

კვლევაში, უპირატესად, გამოყენებულია ნორმატიული და შედარებითსამართლებრივი მეთოდი. ნაშრომის სტრუქტურა შედგება 11 თავისა და შესაბამისი ქვეთავებისგან.

2. შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპის ზოგადი დახასიათება

მკვლევრები ხშირად კორპორაციული მართვის, წილების ფლობის, კაპიტალის ბაზრისა და ბიზნესკულტურის კუთხით ამერიკული, ევროპული და იაპონური კორპორაციების განსხვავებულ რეგულაციებზე მიუთითებენ, მაგრამ, მიუხედავად სერიოზული იურისდიქციული განსხვავებებისა, კორპორაციულობის, როგორც ფორმის, მიმართ მკვეთრი და აშკარად ერთიანი მიდგომა ამ განზომილებებში მაინც ნათელია. ბიზნესკორპორაციებს ყველა იურისდიქციაში იურიდიული ნიშან-თვისებების ფუნდამენტურად მსგავსი წყობა ახასიათებთ და ფუნდამენტურად მსგავს სამართლებრივ პრობლემებს აწყდებიან. აღნიშნულის საფუძველზე ვაყალიბებთ კორპორაციის ძირეულ სამართლებრივ მახასიათებლებს, რომლებიც აღქმადია ნებისმიერისთვის, ესენია: იურიდიული პიროვნულობა (იურიდიული პირის სტატუსი), შეზღუდული პასუხისმგებლობა, გადაცემადი წილები, ბორდისთვის დელეგირებული მენეჯმენტი და ინვესტორის საკუთრება. სწორედ ეს მახასიათებლები პასუხობენ მსხვილი ბიზნესწარმონაქმნების ეკონომიკურ მოთხოვნილებებს და მათი უზრუნველყოფა ყველა სისტემის კორპორაციული სამართლის დანიშნულებაა. ამდენად, საკორპორაციო სამართლის მთავარი ფუნქციაა, უზრუნველყოს ბიზნესწარმონაქმნები ისეთი სამართლებრივი ფორმით, რომელთაც ზემოჩამოთვლილი ხუთივე ნიშანი აქვს. ეს ნიშნები კი საკორპორაციო სამართლის ქვაკუთხედს ქმნიან და ყველა იურისდიქციისთვისაა დამახასიათებელი.[1]

პასუხისმგებლობის შეზღუდვა საკორპორაციო სამართლის ბალავარია. თანამედროვე ურთიერთობებისთვის სუბიექტთა უფლებებისა და მოვალეობების მკვეთრი ფორმირება და

[1] *Armour J., Haansmann H., Kraakman R.,* The Essential Elements of Corporate Law: What is Corporate Law? Harvard, *John M.,* Olin Center For Law, Economics, and Business, Discussion Paper №643, 7/2009, 2.

პასუხისმგებლობის ფარგლების შეძლებისდაგვარად ზუსტი შემოსაზღვრაა დამახასიათებელი. ნებისმიერ ურთიერთობაში, უპირატესად კი ბიზნესურთიერთობაში, მხარე ცდილობს, იმთავითვე ნათლად გაწეროს საკუთარი ვალდებულებები და მათი ნებსით თუ უნებლიეთ დარღვევის შემთხვევაში პასუხისმგებლობის ფარგლები.

შეზღუდული პასუხისმგებლობის დოქტრინისთვის რელევანტური და მნიშვნელოვანია ორგანიზაციული ფარისა[2] და მესაკუთრის ფარის[3] ცნებების განხილვა. ორგანიზაციული ფარის გარეშე საზოგადოება, როგორც განცალკევებული იურიდიული პირი, ვერ იფუნქციონირებს. განასხვავებენ სუსტი, ძლიერი და სრული ორგანიზაციული ფარის კონცეფციებს. კორპორაციისთვის დამახასიათებელი პასუხისმგებლობიდან გამომდინარე, საქმე გვაქვს სრულ ორგანიზაციულ ფართან. ეს უკანასკნელი იცავს საზოგადოების აქტივებს არასაზოგადოების კრედიტორებისგან, მათ შორის საზოგადოების მესაკუთრეთა კრედიტორებისგან. ამდენად, საზოგადოების პარტნიორებისა და მენეჯერების პერსონალური კრედიტორები საზოგადოების აქტივებზე პრეტენზიას ვერ წამოაყენებენ, თუ საზოგადოების სახელით არ მოხდა რაიმე ურთიერთობაში შესვლა. ინგლისის, სხვა ევროპული ქვეყნებისა და ჩრდილოეთ ამერიკის ყველა შტატის მიერ ცალსახად აღიარებულია სრული ორგანიზაციული ფარის კონცეფცია, ის კომპანიის სტატუსის მაკვალიფიცირებელ და უნიკალურ პრინციპადაა მიჩნეული და იმ საკითხთა კატეგორიაში შედის, რომელთა შეცვლაც ხელშეკრულებათა ქსელით შეუძლებელია. ორგანიზაციული ფარის სარკისებური ანარეკლია შეზღუდული პასუხისმგებლობა, ამ კონტექსტში მას მესაკუთრის (პარტნიორის) ფარი შეიძლება დაერქვას. ეს იმას გულისხმობს, რომ კრედიტორებს არ შეუძლიათ, საზოგადოების ქონების გარდა, პარტნიორთა, დირექტორთა და მენეჯერთა პირადი აქტივებიდან მოითხოვონ დაკმაყოფილება. მსგავსად ორგანიზაციული ფარისა, მესაკუთრის ფარიც შესაძლოა, იყოს ძლიერი და სუსტი ფორმის. ამ უკანასკნელ ფორმაში საზოგადოების კრედიტორებს გარკვეულ შემთხვევაში ძალუძთ საზოგადოების პარტნიორების პირად აქტივებს მისწვდნენ. მესაკუთრის ძლიერი ფარის შემთხვევაში კი კრედიტორებს არ შეუძლიათ, საზოგადოების ქონების გარდა, თავიანთი პარტნიორების, დირექტორების ან მენეჯერებისგან მოითხოვონ დაკმაყოფილება.[4]

შეზღუდული პასუხისმგებლობის კონცეფცია, როგორც ერთგვარი პოლიტიკის საკითხი, აკადემიური წრის წარმომადგენლებს შორის სერიოზული დებატის საფუძველი გახდა. ისტერბრუკი და ფიშელი ეკონომიკურ თეორიაზე დაყრდნობით მხარს უჭერენ შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპს.[5] ორი ასევე გამოჩენილი მკვლევარი, ჰენსმანი და კრააკმანი ეწინააღმდეგებიან ისტერბრუკისა და ფიშელის კონცეფციის ეკონომიკური ეფექტურობიდან გამომდინარე გამართლების არგუმენტს და წინადადება შემოაქვთ, შეიცვალოს შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი პარტნიორებისათვის *პრო რატა* პასუხისმგებლობით დელიქტის კრედიტორების საქმეებში.[6]

შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი კორპორაციის დამოუკიდებელ, იურიდიულ პირად აღიარების ლოგიკური გაგრძელებაა. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი პირებს სის-

---

[2] Entity Shielding.

[3] Owner Shielding.

[4] *Cabrelli D.*, The Case Against 'Outsider Reverse' Veil Piercing in Company Law, University of Edinburgh, School of Law, Working Paper Series, №2010/03, 3-4.

[5] ისტერბრუკსა და ფიშელს უამრავი მომხრე ჰყავთ, რომლებიც მეტ-ნაკლები სიმწვავით აფიქსირებენ თავიანთ მოსაზრებას შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპთან მიმართებით. მაგალითად, ერთერთ ავტორს მიაჩნია, რომ პარტნიორის შეზღუდული პასუხისმგებლობის წესის შეზღუდვით ამერიკულ კორპორაციას კლავენ. *Presser S.B.*, Thwarting the Killing of the Corporation: Limited Liability, Democracy, And Economics, 87 Nw. U.L. Rev. 148, 1992, 2.

[6] იქვე, 424.

ტემურად ორი თანაბარი მნიშვნელობის ტიპებად – ფიზიკურ და იურიდიულ პირებად – ყოფს. კორპორაცია ექცევა რა კოდექსის 24-ე მუხლის მიერ დეფინირებული იურიდიული პირის სტატუსის ქვეშ, დამოუკიდებლობას იძენს და ემიჯნება იმ პირებს, რომლებმაც ის დააფუძნეს, თუმცა ისე, რომ მისი მიზანი – იფუნქციონიროს სწორედ ამ დამფუძნებელი პირების სასარგებლოდ და მათთვის მოგების მოსატანად – უცვლელი რჩება. ამდენად, თუ გავიაზრებთ იმას, რომ კორპორაცია, როგორც დამოუკიდებელი პირი (იურიდიული), ფუძნდება და წარმოდგება სხვა პირებისგან (როგორც ფიზიკური, ისე იურიდიული), ისევე როგორც ნებისმიერი ფიზიკური პირი ჩნდება და წარმოდგება სხვა პირისგან (ფიზიკური), კორპორაციის, როგორც პირის, პასუხისმგებლობის მხოლოდ და მხოლოდ თავისი ქონებით შემოსაზღვრა სავსებით ნათელ და უგამონაკლისო დანაწესად წარმოგვიდგება.

ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და კონტინენტურ ევროპაში 150 წელზე მეტი, ხოლო ინგლისში 100 წელზე მეტია პარტნიორების შეზღუდული პასუხისმგებლობა ცალსახად დამკვიდრებული სამართლებრივი პრინციპია საკორპორაციო სამართლისთვის. თუმცა ეს ფუნდამენტური შეხედულება ფართომასშტაბიანი პოლიტიკური და ეკონომიკური ბრძოლის შედეგია. წამყვანი მიზანი კორპორაციებში ინვესტიციების განხორციელების ფართომასშტაბიანი გავრცელება იყო, ეს კი ინვესტორების (მათი პასუხისმგებლობის) კორპორაციის კრედიტორებისგან დაცვისა და ინვესტიციების დაკარგვის რისკის შემოფარგვლის გზით იყო შესაძლებელი.[7]

„ვაანალიზებ ჩემს სიტყვებს, როდესაც ვამბობ, რომ, ჩემი შეხედულებით, შეზღუდული პასუხისმგებლობის კორპორაცია[8] თანამედროვეობის ერთ-ერთი უდიდესი აღმოჩენაა... თვით ელექტროენერგიასაც კი ნაკლები მნიშვნელობა აქვს შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებასთან შედარებით“. – ნიკოლას ბატლერის[9] ეს დამოკიდებულება და პარტნიორებისთვის პასუხისმგებლობის შეზღუდვის ამგვარი მნიშვნელობა შესაძლოა, ზედმეტი ენთუზიაზმითაა აღსავსე, თუმცა მხოლოდ ბატლერი არ ფიქრობდა ასე; მისივე თანამედროვე ელიოტიც[10] მიიჩნევდა, რომ პასუხისმგებლობის შეზღუდვა კორპორაციის ყველაზე გამორჩეული, საუკეთესო მახასიათებელი და მე-19 საუკუნის ყველაზე ეფექტური სამართლებრივი გამოგონება იყო.[11]

თუმცა პასუხისმგებლობის შეზღუდვის საკითხი, ისევე როგორც თითქმის ნებისმიერი საკითხი სამართალში, ცალსახა არ არის. ვაღიარებთ რა იმ ფაქტს, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი საკორპორაციო სამართლის ქვაკუთხედია, ეს სულაც არ ნიშნავს იმას, რომ მის საწინააღმდეგოდაც არ არსებობს რაციონალური არგუმენტები. დევინგი ჯერ კიდევ იმ პერიოდში, როდესაც ეს პრინციპი თანამედროვეობის აღმოჩენად მიიჩნეოდა, თავის ნაშრომში[12] აღიარებდა, რომ პასუხისმგებლობის შეზღუდვა სულაც არ იყო კორპორაციის აუცილებელი მახასიათებელი და მხოლოდ მრავალთაგან ერთ-ერთ სამართლებრივ თვისებად გვევლინებოდა, რომლის თანამედროვე კორპორაციისთვის მინიჭებაც სოციალური მიზანშეწონილობის გამო ჩანდა სასურველი.[13] თანამედროვე სამართლებრივ ლიტერატურაში სულ უფრო აქტიურად მუშავდება შეზღუდული პასუხისმგებლობის, როგორც საკორპორაციო სამართლის, მაკვალიფიცირებელი პრინციპის უარყოფითი მხარეები. სხვადასხვა ავტორი მეტ-ნაკლები

---

7 *Blumberg P.I.,* Limited Liability and Corporate Groups,11 J. Corp. L. 573 1985-1986, 33.

8 უნდა იგულისხმებოდეს, ზოგადად, საზოგადოებისთვის პასუხისმგებლობის შეზღუდვის საკითხი და არა რომელიმე კონკრეტული ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმა.

9 Nicholas Murray Butler, President, Columbia University, 1911.

10 *Eliot Ch.W.,* President, Harvard University, 1869-1909.

11 *Meiners R.E., Mofsky J.S., Tollison R.D.,* Piercing The Veil of Limited Liability, 4 Del. J. Corp. L. 351 1978-1979, 351.

12 *Dewing A.S.*, The Financial Policy of Corporations, 5th ed., 1953.

13 *Meiners R.E., Mofsky J.S., Tollison R.D.,* Piercing The Veil of Limited Liability, 4 Del. J. Corp. L. 351 1978-1979, 357.

დაჟინებით მოითხოვს ამ პრინციპის გაუქმებას, თუმცა გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპსაც, როგორც კორპორაციული საფარველის გარღვევის საშუალებასა და შეზღუდული პასუხისმგებლობიდან საგამონაკლისო ნორმას ასევე ბევრი მოწინააღმდეგე ჰყავს... საბოლოოდ, შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი, მიუხედავად არგუმენტებული კრიტიკისა, ცოცხალია და თავს კარგად გრძნობს. ბიზნესის წარმოების ახალი ფორმების[14] გავრცელებისას თითქმის ყველა ახალი ფორმა იზიარებს პასუხისმგებლობის შეზღუდვის კონცეფციას, როგორც მათი არსებობის პრინციპულ მიზეზს. მოვლენების ეს მიმდინარეობა და განვითარება ნათლად მიუთითებს, რომ კანონმდებლები და ამ სფეროში პოლიტიკის განმსაზღვრელები, მიუხედავად აკადემიური წრის წარმომადგენლების ამ პრინციპის სოციალურ დანახარჯებზე აპელირებისა, პასუხისმგებლობის შეზღუდვის კონცეფციის დაფასებას განაგრძობენ.[15] არსებითი მნიშვნელობის, ვფიქრობთ, აქ მაინც ისაა, თუ რა შედეგამდე მივყავართ ამა თუ იმ მიდგომას და ღირებულებების აწონ-დაწონის ეტაპზე კონკრეტული ურთიერთობისთვის რა არის უპირატესი. მანი და პოსნერი თავიანთ ნაშრომებში[16] განმარტავენ, რომ პასუხისმგებლობის შეზღუდვის პრინციპმა შესაძლოა, გარკვეული არასასურველი შედეგი გამოიწვიოს არანებაყოფლობითი კრედიტორებისთვის.[17] განსხვავებით ნებაყოფლობითი კრედიტორებისგან, რომელთაც სახელშეკრულებო დაცვის მექანიზმები აქვთ, არანებაყოფლობით კრედიტორებს არჩევანის თავისუფლება არ აქვთ. თუმცა პოსნერი ასკვნის, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობა სოციალურად ეფექტურია, რამდენიმე დელიქტ კრედიტორის[18] არასასურველი მდგომარეობა კი შემცირებული სატრანსაქციო ხარჯებითა და ინვესტიციების სტიმულირებით არის გადაწონილი.[19]

3. შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპის ისტორიული წინაპრები

3.1. *შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი რომის სამართალში*

რომის სამართალში, კონტრაქტიდან ან ზიანის მიყენებიდან გამომდინარე, პასუხისმგებლობის შეზღუდვის საკმაოდ განვითარებული მეთოდები არსებობდა. იმ პერიოდისთვის ყველაზე დახვეწილ ტექნიკად ე.წ. *პეკულიუმის (peculim)* ინსტიტუტი მიიჩნეოდა, რომელმაც რესპუბლიკის პერიოდის შუა ხანებში განსაკუთრებულად მოიკიდა ფეხი. პეკულიუმი იმ აქტივებისგან შედგებოდა, რომელთაც პატრონი მონას ან მამა შვილს ანიჭებდა; თუმცა პეკულიუმში ჩადებული ქონების მესაკუთრედ კვლავ ოჯახის უფროსი რჩებოდა. ამასთანავე, მონა ან

[14] განსხვავებით ქართული საკორპორაციოსამართლებრივი რეალობისგან, ამერიკის შეერთებულ შტატებსა თუ ევროკავშირის ქვეყნებში მრავალი გარემოებიდან თუ პრეცედენტიდან გამომდინარე, კანონმდებელი ცდილობს, ინკორპორირებისთვის უკეთესი გარემო შექმნას, რაც, ბუნებრივია, ინვესტიციებისა და ეკონომიკური ბრუნვის ინტერესებითაა განპირობებული. სწორედ ბრიტანულმა ლიმიტედმა უბიძგა გერმანიაში შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებასთან დაკავშირებულ სამართლებრივ რეფორმას განხორციელებისკენ, იხ. Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), 23.10.2008.

[15] *Millon D.,* Piercing The Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability, Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper № 03-13, 09-2003, 3.

[16] *Manne H.G.,* Our Two Corporation Systems: Law and Economics, Virginia Law Reviews, Vol. 53, 1967, №2; *Posner R.A.,* The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 U. Chi. L. Rev. 499 1975-1976.

[17] უპირატესად, იგულისხმება კრედიტორი ზიანის მიყენების ფაქტთან დაკავშირებით, დელიქტის კრედიტორი.

[18] Tort Creditor.

[19] იქვე, 359.

შვილი სავაჭრო ურთიერთობებში გამოდიოდა რა პეკულიუმით, ამ ურთიერთობებიდან წარმოშობილი ვალდებულებები და პასუხისმგებლობა მესამე პირებს შეეძლოთ პატრონისგან ან ოჯახის უფროსისგან მხოლოდ პეკულიუმის ფარგლებში მოეთხოვათ და არა ამ უკანასკნელის მთლიანი საკუთრებიდან. ამდენად, ნებისმიერი რომაელი ახდენდა რა ინვესტირებას ბიზნესში, მონის ან შვილის მეშვეობით ახორციელებდა სავაჭრო ურთიერთობებს და პეკულიუმის ზომის განსაზღვრით ახდენდა პასუხისმგებლობის შეზღუდვას; ცოტა მოგვიანებით სარჩელის სხვადასხვა სახეს შორის სარჩელის ახალი ფორმა – ***actio de peculio et in rem verso*** – გაჩნდა, რომელიც ოჯახის ხელქვეითის მოქმედებაზე ოჯახის უფროსის პეკულიუმის ფარგლებში პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებით გამოიყენებოდა. აღსანიშნავია ბიზანტიური *ქრეოკოინონია (chreokoinonia)*, როგორც შუა საუკუნეების ყველაზე გავრცელებული ხელშეკრულება საზღვაო საქმიანობაში კაპიტალის მოზიდვისა, სადაც პასუხისმგებლობა ინვესტირებული აქტივებით იყო შემოფარგლული. მიჩნეულია, რომ ეს ფორმა შუა საუკუნეების საზღვაო ვაჭრობის მთავარი მამოძრავებელი ძალა იყო.[20]

3.2. შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი ისლამურ სამართალში

რაც შეეხება ისლამურ სამართალს, ყურანის მიხედვით, მოგება პასუხისმგებლობასთან იყო გადაჯაჭვული და პირს იმ შემთხვევაში შეეძლო მოგების მოთხოვნა, თუ დანაკარგის რისკს იღებდა თავის თავზე. პირველი ფორმა „ლიცენზირებული მონისა“, რომელიც რომაულ პეკულიუმს ემსგავსებოდა, გულისხმობდა პატრონის განცხადების საფუძველზე მონის ბიზნესურთიერთობებში ჩართვას. ეს ურთიერთობები კი საკმაო დივერსიფიცირებით გამოირჩეოდა. მთავარი აქ ის იყო, რომ ამ ტიპის ურთიერთობებიდან წარმოშობილ ვალდებულებებზე პასუხისმგებელი მხოლოდ მონა იყო. თუ ის ვერ მოახერხებდა წამოყენებული მოთხოვნის დაკმაყოფილებას, მაშინ ხდებოდა მისი გაყიდვა და დავა ამგვარად გვარდებოდა. პასუხისმგებლობის შეზღუდვის მეორე და უფრო მნიშვნელოვანი ფორმა ისლამური სამართლისთვის იყო *ქირადი (qirād)*, რომელიც ყურანში მოხსენიებული არ არის. სხვა წყაროდან ვიგებთ, რომ ქირადი მოგების განაწილების მიზნებიდან გამომდინარე შეიქმნა, სადაც ვაჭარი კოლეგისგან – ინვესტორისგან იღებდა თანხას იმ მოტივით, რომ საკუთარი პასუხისმგებლობის გამორიცხვით გამოეყენებინა იგი. ამასთანავე, სავაჭრო პოლიტიკაზე ვაჭარს სრული დისკრეცია ჰქონდა, ხოლო ინვესტორი უფრო ფართო მნიშვნელობის საკითხებს წყვეტდა, როგორიც იყო იმ საქონლის თვისებრიობა, რომელსაც ვაჭარი ყიდულობდა და ყიდდა, საქონლით ვაჭრობის ადგილმდებარეობა და ა.შ., მოგება კი ამ ორ სუბიექტს შორის ნაწილდებოდა. ამდენად, ქირადი იყო თანამედროვე შეზღუდული ამხანაგური საზოგადოების[21] საინტერესო ნაირსახეობა, სადაც პასიური ინვესტორი, განსხვავებით აქტიური ინვესტორისგან, პასუხისმგებლობის შეზღუდვის უპირატესობით სარგებლობდა.[22]

3.3. შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი შუა საუკუნეების იტალიურ სამართალში

შუა საუკუნეებში პასუხისმგებლობის შეზღუდვის საკითხთან მიმართებით წამყვან როლს მე-11 საუკუნის იტალიის *კომენდა (commenda)* ასრულებს, რომელიც საკმაოდ ბევრ მსგავსებას ავლენს ისლამურ ქირადთან. მიჩნეულია, რომ იტალიური კომენდა სწორედ ქირადის სახეცვლილი ვარიანტია და მისგან მომდინარეობს. უმეტესად, გამოიყენებოდა რა

[20] იხ. *Hillman R.W.*, Limited Liability in Historical Perspective, 54 Wash. & Lee L. Rev. 615, 1997, 621.

[21] ქართული საკორპორაციო სამართლებრივი სივრცისთვის კომანდიტური საზოგადოების.

[22] იხ. *Hillman R.W.*, Limited Liability in Historical Perspective, 54 Wash. & Lee L. Rev. 615, 1997, 621.

საზღვაო ვაჭრობაში, კომენდას თანამედროვე კომანდიტური საზოგადოების მახასიათებლები ჰქონდა. პასიური პარტნიორი აქტიურ პარტნიორს (ე.წ. მოგზაურ, მმართველ პარტნიორს) გადასცემდა კაპიტალს საზღვაო კომერციული საქმიანობის განსახორციელებლად. აქტიური პარტნიორი, რომელიც, როგორც წესი, ინვესტირებას არ ახორციელებდა, სრულად იყო პასუხისმგებელი წარმოების მართვაზე; პასიური პარტნიორი კი შეზღუდული პასუხისმგებლობით სარგებლობდა.[23] სწორედ პასიური პარტნიორის ამ ტიპის პასუხისმგებლობამ და, შესაბამისად, ამ ფორმით მეწარმეობის გავრცელებამ გამოიწვია ის, რომ პასიურმა პარტნიორებმა (ინვესტორებმა) საკუთარი აქტივების დივერსიფიკაცია და ინვესტიციების სხვადასხვა წარმოებაში ჩადება მოახდინეს, რამაც, საბოლოოდ, ეკონომიკის მკვეთრი განვითარება გამოიწვია. თუმცა ისიც აღსანიშნავია, რომ კომანდა, უმეტესად, საზღვაო სავაჭრო ურთიერთობებში გამოიყენებოდა, ხოლო სახმელეთო სამეწარმეო ურთიერთობებში დამკვიდრებული *კომპანიისთვის (compagnia)* კი პასუხისმგებლობის შეზღუდვა არ იყო დამახასიათებელი; მართალია, აქ დაზღვევა ასრულებდა მეტ-ნაკლებად მსგავსი ტიპის ფუნქციებს, თუმცა ამ ორი მექანიზმის ერთიანობაში მაინც მიჩნეულია, რომ კომანდისთვის დამახასიათებელი პასუხისმგებლობის შეზღუდვა უფრორე საგამონაკლისო ხასიათის იყო იმ დროისთვის, ვიდრე მყარად მოქმედი წესი.[24]

4. შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპის ეკონომიკური სარგებელი

4.1. ზოგადად

პარტნიორი შეზღუდული პასუხისმგებლობით საზოგადოებაში ანომალიური ცხოველია. მას აქვს საკუთრების უფლება, ამ საკუთრებაზე პასუხისმგებლობის გარეშე. მისი (ამ ტიპის პარტნიორის) დაშვება არსებითი გადახვევაა საკუთრებისა და ხელშეკრულების იმ საუკუნეობრივი პრინციპიდან, რომელზეც შეზღუდული პასუხისმგებლობის კონცეფციის შემოღებამდე ვაჭრობისა და ინდუსტრიის ზრდა იყო დამოკიდებული. რა იყო ამ დაშვების მიზეზები და რა შედეგები მოჰყვა ამ დაშვებას?[25] ლონდონური „ტაიმსი" ჯერ კიდევ 1824 წლის 25 მაისის ნომერში წერდა, რომ არაფერი იყო იმაზე მეტად უსამართლო, ვიდრე რამდენიმე პირისთვის უფლების მიცემა, მოეხდინათ თავიანთი სახელისა და აქტივებისთვის საზოგადოების თვალში ღირსების მინიჭება და გარკვეული დროის შემდეგ არსებული მოთხოვნების დასაკმაყოფილებლად, აქტივების არასაკმარისობის შემთხვევაში, თავიანთი ურისკო ბედის გამოისობით დაეტოვებინათ სატყუარად საწყალი მოტყუებული თევზებისთვის.[26] მიუხედავად იმდროინდელი

---

[23] პასიური პარტნიორის პასუხისმგებლობის შეზღუდვა ნათლად ჩანს შექსპირის „ვენეციელ ვაჭარში", სადაც ვაჭარი ანტონიო ცალსახად გამოხატავს, რომ სავაჭრო გემთან მიმართებით მას სანერვიულო არაფერი აქვს, სწორედ მისი პასუხისმგებლობის შემოფარგვლისა და ნაკლები რისკის გამო.

[24] იხ. *Hillman R.W.,* Limited Liability in Historical Perspective, 54 Wash. & Lee L. Rev. 615, 1997, 625; შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპის ისტორიული განვითარების უფრო დეტალურად გასაგებად იხ.: ***Watson A.,*** Roman Slave Law, 1987; *Johnston D.,* The Development of Law in Classical and Early Medieval Europe: Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition, 70 Chi-Kent L. Rev 1515, 1995; Perrot D.L., Changes in Attitude to Limited Liability - The European Experience, in Limited Liability and the Corporation 81, 86, 1982; *Udovitch A. L.,* At the Origins of the Western Commenda: Islam, Israel, Byzantium?, 37 Spectrum 198, 201-02, 1962; *Hasanuzzaman S. W.,* Limited Liability of Shareholders: An Islamic Perspective, 28 Islamic Stud. 353, 1989; *Lieber A. E.,* Eastern Business Practices and Medieval European Commerce, 21 Econ. Hist. Rev 230, 1968; *Lopez R. S.,* Italian Leadership in the Medieval Business World, 8 J. Econ. Hist. 63, 1948.

[25] *Hicks J.,* Limited Liability: the pros and cons, in Orhnial T. (ed.), Limited liability and the corporation, London, 1982, 11.

[26] *Halpern P., Trebilcock M., Turnbull S.,* An Economic Analysis of Limited Liability In Corporation Law, The University of Toronto Law Journal, Vol. 30, №2, Spring 1980, 117-150, 117.

მძაფრი კრიტიკისა,[27] ბუნებრივია, არსებობს ამ პრინციპის დამკვიდრების რაციონალური ახსნა-განმარტებაც (რამაც მისი უპირობო გავრცელება გამოიწვია) და ამ ახსნა-განმარტებაში წამყვანი როლი ამ კონცეფციის ეკონომიკურ უპირატესობებსა და ანალიზს უკავია. ამდენად, შემდეგ ქვეთავებში განხილული იქნება ის ფაქტორები, რომლებმაც პასუხისმგებლობის შეზღუდვის პრინციპის შემოღება განაპირობა ზოგადად საკორპორაციო სამართალში.[28]

4.2. ინვესტირების ხელშეწყობა[29]

შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი პარტნიორის აქტივების საზოგადოების აქტივებისგან განცალკევებასა და გამოყოფას განაპირობებს. საზოგადოებასა და მის პარტნიორებს შორის სქელი და გაუმჭვირვალე ფარი – „კორპორატიული საფარველი" – დგას. ამ ფარის გადალახვა და მასში შეღწევა, იშვიათი გამონაკლისების გარდა, შეუძლებელია. სწორედ შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი უბიძგებს პასიურ და გამოუცდელ ინვესტორებს, განახორციელონ ინვესტიციები, ნახონ სარგებელი დივიდენდის მიღებით, გაასხვისონ წილები საზოგადოების მენეჯმენტში პირდაპირი ჩარევისა და საკუთარი აქტივების რისკის ქვეშ დაყენების გარეშე. ამდენად, შეზღუდული პასუხისმგებლობა „კაპიტალის მოზიდვის ინსტრუმენტის" როლს ასრულებს. ის საშუალებას აძლევს კომპანიებს, მოახდინონ დიდი კაპიტალის მობილიზება და მოგების მაქსიმიზება.[30]

---

[27] თუმცა 30 წლის შემდეგ „ეკონომისტის" 1 ივლისის გამოშვებაში შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი სრულიად საპირისპიროდ, დადებითი კუთხით არის გაანალიზებული.

[28] შეზღუდული პასუხისმგებლობის ქვემოთ ჩამოთვლილი განმაპირობებელი ზოგადი მიზეზების გარდა, ამერიკის შეერთებული შტატების საკორპორაციო სამართალი ერთ ისტორიულ სხვაობას ავლენს სხვა სამართლებრივ სისტემებთან შედარებით, რაც მისი ფედერალური მოწყობიდან გამომდინარეობს. ცნობილია, რომ საკორპორაციო სამართალი შტატების სამართალია, ანუ თითოეული შტატი უმეტესად თვითონ განსაზღვრავს საკუთარ რეგულაციას ამ სფეროში. ამიტომაც შტატები ოდითგანვე კონკურენციაში იყვნენ ერთმანეთთან, შეექმნათ საკორპორაციო სამართლის ოპტიმალური სხეული, რათა საწარმოს ფუნქციონირების საუკეთესო გარემო უზრუნველეყოთ და ამით ინკორპორირების რიცხვი გაეზარდათ. ამდენად, ამ ქვეყნის სპეციფიკურმა ისტორიამ საკმაო ზეგავლენა მოახდინა შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპის ამგვარ განვითარებაზე. ინვესტორებისათვის საკუთარი პოტენციური პასუხისმგებლობის მხოლოდ საზოგადოების ქონებით შემოფარგვლით სტაბილურობის მინიჭებამ მძლავრ ეკონომიკურ მექანიზმს ჩაუყარა საფუძველი. ამდენად, ამ პრინციპის შენარჩუნება პარტნიორთა ქონების დაცულობას განაპირობებს. ამიტომაც სხვა მახასიათებლების მსგავსების შემთხვევაში პარტნიორები და კორპორაციის მენეჯერები უპირატესობას მკაცრად შეზღუდული პასუხისმგებლობის დოქტრინის მქონე შტატებს უნდა ანიჭებდნენ. პრაქტიკა მეტწილად ადასტურებს კიდეც ამ თეზის სისწორეს – დელავერს, ყველაზე წარმატებულ იურისდიქციას ინკორპორირების მოზიდვის კუთხით, პასუხისმგებლობის შეზღუდვის განსაკუთრებულად ძლიერი დოქტრინა და პასუხისმგებლობის გაჭოლვის მკაცრი წინაპირობები აქვს. კორპორაციის მოქმედებების გამო პარტნიორისთვის პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად, ცალკე მდგომი შინაარსობირივი წინაპირობების გარდა, მოქმედებს პროცედურული ბარიერებიც, რაც ამ იურისდიქციას პარტნიორებისა და მენეჯერებისათვის მიმზიდველს ხდის. *Smith D.G.,* A Federalism-Based Rationale For Limited Liability, 60 Ala. L. Rev. 649, 2008-2009, 667-669.

[29] Incentive for Investors.

[30] *Malik M.K.,* International Aspects of Corporate Law and Governance, University of Warwick, UK, partial fulfillment of the requirements of LLM for the session 2005-2006.

4.3. წილების[31] თავისუფალი მიმოქცევა[32]

შეზღუდული პასუხისმგებლობის კონცეფციის ყველაზე მნიშვნელოვან მახასიათებლად მიიჩნევენ იმას, რომ ის უზრუნველყოფს წილების მიმოქცევადობას. პასუხისმგებლობის ნებისმიერი გაფართოება საზოგადოების ქონების მიღმა და პარტნიორის პირად აქტივებზე გადასვლა წილების თავისუფალ გადაცემადობას ზღუდავს. როდესაც ინვესტორების დიდი რაოდენობა მონაწილეობს ფართომასშტაბიან და ხანგრძლივპერიოდიან საინვესტიციო პროექტში, წილების თავისუფალი მიმოქცევის საშუალება ბევრად უფრო სასურველს ხდის ამ პროექტს მათთვის, ვიდრე ეს ამ დაშვების გარეშე იქნებოდა. კავშირი პასუხისმგებლობის საკითხსა და წილების მიმოქცევადობას შორის მარტივად დასანახია ისეთი საზოგადოების წარმოდგენით, რომელშიც პასუხისმგებლობა გაფართოებულია პარტნიორების პირადი ქონების დონეზე და სადაც წილები უპირობოდ გასხვისებადია. ასეთ საწარმოში გაკოტრების საშიშროების შემთხვევაში ის პარტნიორები, რომელთაც საკმარისი პირადი ქონება აქვთ, კრედიტორთა მოთხოვნების დასაკმაყოფილებლად, უბრალოდ, გაასხვისებენ საკუთარ წილებს, ვიდრე კრედიტორთა ინტერესებს დააკმაყოფილებენ. ასეთი წილების შესყიდვის მსურველები კი მხოლოდ ისეთი პირები იქნებიან, რომელთა ქონებაც ზედმეტად მცირე იქნება კრედიტორთა დასაკმაყოფილებლად. ამდენად, როდესაც კრედიტორი შეეცდება, მისწვდეს პარტნიორთა პირად ქონებას საზოგადოების ქონების მიღმა, სახეზე იქნება პარტნიორთა ჯგუფი ქონების იმ ოდენობით, რომელზე დავასაც მნიშვნელობა აღარ ექნება. ასე რომ, თუ წილი უპირობოდ გასხვისებადი იქნება და პასუხისმგებლობა მის მიმდინარე მესაკუთრეზე გავრცელდება, გაფართოებული პასუხისმგებლობა, უბრალოდ, ვერ იფუნქციონირებს. მარტივი პასუხი, რატომაც ირჩევენ შეზღუდულ პასუხისმგებლობას ამ კონტექსტში, სწორედ ისაა, რომ თავისუფლად მიმოქცევადი წილი *დე ფაქტო* შეზღუდულ პასუხისმგებლობას იწვევს... თუმცა შესაძლებელია, რომ წილის გასხვისების შეზღუდვით მოხდეს გაფართოებული (შეუზღუდავი) პასუხისმგებლობის ინსტიტუტის ამოქმედებაც; იგულისხმება ის, რომ საზოგადოებას შეუძლია პასუხისმგებლობისა და წილების თავისუფალი მიმოქცევის სხვადასხვაგვარი ისეთი კომბინაცია, რომ ულიმიტო პასუხისმგებლობამ აზრი არ დაკარგოს. იმას, რომ ეს უკანასკნელი პრაქტიკაში არ ხდება, თავისი ახსნა აქვს; კერძოდ, გაფართოებული პასუხისმგებლობა დამატებით ხარჯებს იწვევს, გამომდინარე იქიდან, რომ აქტივების მიმოქცევა პარტნიორების პირად ქონებაზე იქნება დამოკიდებული. ეს დამოკიდებულება კი კრედიტორებისთვისაც და პარტნიორებისთვისაც ერთნაირად მნიშვნელოვანს გახდის პარტნიორების შესახებ ინფორმაციის მოძიებასა და ერთმანეთის მოქმედებების გასაკონტროლებლად გვერდით აქტივობებს. შეზღუდულ პასუხისმგებლობას კი, ასუსტებს რა საზოგადოების ქონების პარტნიორის აქტივებზე დამოკიდებულებას, ტრანსაქციებისა და ინფორმაციის მოძიების ხარჯების შემცირება შეუძლია ყველა მხარისთვის, განსაკუთრებით ისეთ ურთიერთობებში, სადაც სახეზე პარტნიორთა მრავალრიცხოვნება გვაქვს...[33] ამდენად, თუკი პარტნიორები არ იქნებიან პასუხისმგებელნი საზოგადოების ვალდებულებებისთვის, მათი ინდივიდუალური ქონება არარელევანტური იქნება მათი წილების შეფასებისას. შედეგად კი თითოეული წილი თანაბრად შეფასებადი და ეკვივალენტური იქნება. შეზღუდული პასუხისმგებლობის გარეშე კი წილები კორპორაციაში გაზომვადი იქნება არა ფულადი ბრუნვის მიხედვით, არამედ, უმეტესად, იმ პარტნიორის ინდივიდუალურ

[31] ვინაიდან პასუხისმგებლობის შეზღუდვა ახასიათებს შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებასაც, სააქციო საზოგადოებასაც და კომანდიტური საზოგადოების კომანდიტსაც, ამიტომ წილში ამ მიზნებისთვის მოიაზრება, ზოგადად, პარტნიორის მონაწილეობა კაპიტალსა და საზოგადოებაში.

[32] Share Transferability.

[33] *Woodward S.E.* Limited Liability in the Theory of the Firm, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 141, 601-611, 1985, 601-602.

ქონებაზე იქნება დამოკიდებული, ვინც ამ წილს ფლობს. ნათელია, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობის გარეშე ორგანიზებული ბაზრის სრულად თუ არა, ეფექტურად ფუნქციონირებას სერიოზული საფრთხე შეექმნებოდა.[34] ამასთანავე, ეს პრინციპი ამ კუთხით წილის რეალური ღირებულების დადგენის ხარჯებსაც ამცირებს. გამომდინარე იქიდან, რომ წილები შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპით მოქმედ საწარმოში ეკვივალენტურია, ყველა მათგანს ერთნაირი ღირებულება აქვს, რაც შესაძლებელს ხდის ძვირადღირებული ინფორმაციის მოძიების გარეშე ინვესტორის მხრიდან მათ შეძენას.[35]

4.4. მონიტორინგის ხარჯები[36]

მიჩნეულია, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი ასევე ამცირებს მონიტორინგის საჭიროებასა და მასთან დაკავშირებულ ხარჯებს. პარტნიორებმა იციან რა, რომ მათი პასუხისმგებლობა შემოფარგლული და ზღვარდადებულია, ისინი ნაკლებ ძალისხმევასა და დროს ხარჯავენ იმის გაკონტროლებაზე, ვალდებულების გამომწვევ თუ რა ურთიერთობაში შეიძლება საზოგადოება შევიდეს. ხარჯების ამგვარი დაზოგვა კი ეკონომიკური ინვესტიციებისა და ორგანიზებული ბაზრის გაფართოებას იწვევს. ამ პრინციპის გაუქმება მკვეთრად გაზრდის პარტნიორთა ფრირაიდინგის[37] რისკს. ისეთ გარემოში, სადაც პარტნიორები პასუხისმგებელნი იქნებიან კორპორაციის ვალდებულებებისთვის, რაც საზოგადოების აქტივობებზე მონიტორინგის საჭიროებას გაამწვავებს, ეფექტური მონიტორინგის უპირატესობების მხოლოდ ნაწილი შეხვდება მის განმხორციელებელს. შესაბამისად, პარტნიორებს სურვილი გაუჩნდებათ, სხვა პარტნიორების მიერ გაწეული სამონიტორინგო ღონისძიებებითა და ამისთვის გაწეული ხარჯებით ისარგებლონ და ამ კუთხით ფრირაიდინგი განახორციელონ.[38]... მონიტორინგის ხარჯებში შედის ასევე პარტნიორების მხრიდან სხვა პარტნიორებზე მონიტორინგის განხორციელების ხარჯებიც. გამომდინარე იქიდან, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობის არარსებობის შემთხვევაში პარტნიორის ქონება საზოგადოების კრედიტორთა ინტერესების დასაკმაყოფილებლად პოტენციური სამიზნეა, თითოეული პარტნიორი შეეცდება, გააკონტროლოს დანარჩენი პარტნიორების ქონების ადეკვატურობა შესაძლო ვალდებულებების უზრუნველსაყოფად. ყოველივე ეს კი დამატებით სამონიტორინგო ხარჯებს იწვევს.[39]

4.5. დივერსიფიკაციის წახალისება[40]

შეზღუდული პასუხისმგებლობის ერთ-ერთ დადებით მახასიათებლად ასახელებენ იმას, რომ ის ხელს უწყობს დივერსიფიკაციას. შეზღუდული პასუხისმგებლობის გარეშე, პარტნი-

34 *Smith D.G.,* A Federalism-Based Rationale For Limited Liability, 60 Ala. L. Rev. 649, 2008-2009, 654.

35 *Sollars G.G.,* An Appraisal of Shareholder Proportional Liability, Journal of Business Ethics, Vol. 32, №4, Aug. 2001, 329-345.

36 Monitoring Costs.

37 "Freeriding" – სიტყვასიტყვით ტერმინი „უფასოდ მოგზაური", შინაარსობრივად იმ ადამიანის დასახასიათებლად გამოიყენება, ვინც სხვისი ძალისხმევით სარგებლობს, ხეირობს – *Levmore S.,* Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings, 92 Yale L. J. 49, 1982, 49. ამ კონკრეტულ შემთხვევაში იგულისხმება ისეთი პარტნიორი, რომელიც მონიტორინგის ხარჯების შემცირებას სხვა პარტნიორების მიერ განხორციელებული სამონიტორინგო აქტივობებით სარგებლობით ცდილობს, ისე, რომ თვითონ თითქმის არაფერს აკეთებს და ხარჯს არ სწევს.

38 *Smith D.G.,* A Federalism-Based Rationale For Limited Liability, 60 Ala. L. Rev. 649, 2008-2009, 654.

39 იქვე, 655.

40 Facilitation of Diversification.

ორებს არ ექნებათ წილების (აქციების) ფართო სპექტრის ფლობის განზრახვა. გამომდინარე იქიდან, რომ მათი პერსონალური აქტივები თითოეული ინვესტიციის განხორციელებით რისკის ქვეშ მოექცევა, პარტნიორები შეეცდებიან, სხვადასხვა კორპორაციაში არ მოახდინონ დაბანდება, რათა თავიდან აიცილონ პასუხისმგებლობის დამატებითი რისკი. უფრო მეტიც, ისინი მხოლოდ ისეთ საზოგადოებასთან შეეცდებიან ურთიერთობის დამყარებას, რომელიც ნაცნობია მათთვის ან მონიტორინგის ხარჯებია ნაკლები. ამ არგუმენტს კრიტიკოსები შეზღუდული პასუხისმგებლობის პროპორციული პასუხისმგებლობით ჩანაცვლების კონტრარგუმენტით პასუხობენ.[41]

4.6. მენეჯერების მხრიდან სარისკო, მაგრამ იმავდროულად სარფიანი პროექტების უარყოფა[42]

პასუხისმგებლობის შეზღუდვის უარყოფამ შეიძლება, მენეჯერების მხრიდან იმ პროექტებზე უარის თქმა გამოიწვიოს, რომელთაც დადებითი ღირებულება აქვთ, მაგრამ გადამეტებული რისკის შემცველნი არიან. ამგვარი პრობლემის თავიდან აცილება, ისტერბრუკისა და ფიშელის მოსაზრებით, შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპის უდავო სარგებელი და უპირატესობაა. ამ პრინციპის არარსებობის შემთხვევაში, სამეწარმეო ურთიერთობებში მთელი რიგი პროექტებისა შესაძლოა, მენეჯერების მხრიდან უარყოფილ იქნეს მხოლოდ იმის შიშით, რომ პარტნიორების პოტენციური პასუხისმგებლობის რისკი სარგებელს გადაწონის. ასეთ გარემოებებში ისიც დასაშვებია, რომ სარგებლის მიერ ხარჯების გადაწონის შემთხვევაშიც კი, სარფიანი ურთიერთობა გაშვებულ იქნეს ხელიდან.[43]

5. პარტნიორთა პასუხისმგებლობის ალტერნატიული დოქტრინები

5.1. პროპორციული პასუხისმგებლობის კონცეფცია

შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპის ერთ-ერთ ალტერნატივად პარტნიორის პროპორციული პასუხისმგებლობის კონცეფციას განიხილავენ, რომლის განმარტებისა და ფუნქციონირების სხვადასხვა მექანიზმი არსებობს. ერთ-ერთი ვერსიის თანახმად, პროპორციული პასუხისმგებლობა გულისხმობს თითოეული პარტნიორის პერსონალურ პასუხისმგებლობას კორპორაციის ვალდებულებებისთვის და ეს პასუხისმგებლობა პარტნიორის წილის სხვა წილებთან თანაფარდობით განისაზღვრება. ამასთანავე, ეს პასუხისმგებლობა მხოლოდ დელიქტის მსხვერპლზე, იმავე არანებაყოფლობით კრედიტორებზე ვრცელდება.[44] სოლარსი[45] პასუხისმგებლობის პრინციპის ამ მოდიფიკაციას შემოსავლებისა და დანაკარგების სიმეტრიას არქმევს.[46] ავტორის მოსაზრებით, მათ, ვისაც გარკვეული შემოსავლების მიღების შანსი აქვთ

[41] იქვე, 655.

[42] Corporate managers may reject projects that have a positive ner present value because they are ovarly risk averse.

[43] იქვე.

[44] თუმცა პროპორციული, იგივე pro rota პასუხისმგებლობის გამოყენების იდეამ თუნდაც არანებაყოფლობითი კრეიდტორების მიმართ მწვავე კრიტიკა დაიმსახურა, მიაჩნიათ, რომ ასეთ დროს პრობლემურია არანებაყოფლობითი კერდიტორების იდენტიფიკაციის საკითხი, პარტნიორთა იდენტიფიკაციის, ხარჯების განსაზღვრის და სხვა საკითხები. დამატებით იხ. *Coffey M.P.,* In Defense of Limited Liability - A Replay To Hansmann And Kraakman, 1Geo. *Mason L.* Rev. 59, 1994.

[45] *Sollars G.G.,* Assistant profesoor in the Management Department of Fairleigh Dickinson University's Collage of Businenns Administration In Teaneck, New Jersey, Ph. D. from the Darden School of the University of Virginia.

[46] Symmetry of Gains and Losses (SGL).

იმ მოქმედებებისგან, რომლებიც მათი სახელით ხორციელდება, ასევე უნდა ეკისრებოდეთ ამ მოქმედებებიდან გამომდინარე შესაძლო დანაკარგებიც. ეს კონცეფცია სამართლიანობის პრინციპზეა აგებული, სამართლიანია, როდესაც ერთი და იმავე მოქმედებებიდან გამომდინარე შემოსავლები და დანაკარგები თანაბრად ეკისრება პარტნიორს. იმ შემთხვევაში, თუ პირს არ სურს, გასწიოს პოტენციური დანაკარგის რისკი, შეუძლია, თავი დაიცვას პოტენციურ შემოსავალზე უარის თქმით.[47] პროპორციული პასუხისმგებლობის პრინციპის კლასიკური და ისტორიული მოდელი კალიფორნიის შტატში საკმაოდ ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში, 1849–1931 წლებში, ფუნქციონირებდა. გამოდის, რომ მე-20 საუკუნის დასაწყისში ეკონომიკური ურთიერთობების ინტენსიური განვითარების ფონზე ეს პრინციპი კვლავ ინარჩუნებდა აქტუალობას და ბიზნესის მხრივ ერთ-ერთ წარმატებულ შტატში კვლავაც ფუნქციონირებდა.

5.2. ორმაგი პასუხისმგებლობის კონცეფცია

საუკუნის სამი მეოთხედის განმავლობაში – სამოქალაქო ომისა და დიდი დეპრესიის პერიოდში – ამერიკის შეერთებულ შტატებში ბანკების პარტნიორთა პასუხისმგებლობა არა მხოლოდ მათ მიერ განხორციელებული ინვესტიციებით, არამედ ბანკის გადახდისუუნაროობის შემთხვევაში ბანკის ვალდებულებების პროპორციულადაც განისაზღვრებოდა.[48] ბანკის საქმიანობის წარუმატებლობის შემთხვევაში მიმღები[49] განსაზღვრავდა გადახდისუუნაროობის დონეს და შემდეგ მოითხოვდა ანაზღაურებას პარტნიორების წილობრივი (ნომინალური) მონაწილეობის შესაბამისად. ორმაგი პასუხისმგებლობის[50] ეს სისტემა მისი არსებობის განმავლობაში აქტიურად და ინტენსიურად გამოიყენებოდა სასამართლო პრაქტიკაში; შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს დაახლოებით 50 და შტატების და ქვედა ფედერაციული სასამართლოების 100-ზე მეტ სასამართლო გადაწყვეტილებაში ვხვდებით ამ პრინციპის განშლას.[51] კონგრესის მიერ ბანკების შესახებ კანონის მიღებისას კანონმდებელმა განმარტა, რომ თითოეული პარტნიორი, გარდა წილის შესაძენად განხორციელებული ინვესტიციისა, პასუხისმგებელი იქნება მის განკარგულებაში არსებული წილის ნომინალური ღირებულების მიხედვითაც (ერთ-ერთი ავტორის მიხედვით, ბანკების უმრავლესობის აქციის ნომინალური ღირებულება 100 ამერიკულ დოლარს შეადგენდა). ორმაგი პასუხისმგებლობის პრინციპი, გარდა კრედიტორთა ინტერესების დაცვისა, ასევე სტოკჰოლდერებსა და ბანკის დირექტორებსაც იცავდა რისკიან ოპერაციებში ჩართვისგან... სენატორ შერმანის მოსაზრებით, ორმაგი პასუხისმგებლობა ამცირებს ბანკის მხრიდან რისკიან ურთიერთობებში ჩაბმას სწორედ პარტნიორებისთვის პასუხისმგებლობის დამატებითი მოცულობით დაკისრების ფონზე.[52]... მიუხედავად იმისა, რომ ამ ტიპის პასუხისმგებლობამ ბანკებისთვის საკმაოდ ხანგრძლი-

---

47 *Sollars G.G.,* An Appraisal of Shareholder Proportional Liability, Journal of Business Ethics, Vol. 32, № 4, Aug. 2001, 334.

48 მართალია, ბანკი საკორპორაციო სამართალში ერთგვარად განსხვავებულ და განსაკუთრებულ სუბიექტად გვევლინება, მაგრამ, გამომდინარე იქიდან, რომ ნაშრომის ამ ნაწილში მნიშვნელოვანია საკორპორაციოსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ყველა ფორმისა და მისი ისტორიული ტიპების გაანალიზება, ორიოდე სიტყვით მიმოვიხილავთ საბანკო საკორპორაციოსამართლებრივი პასუხისმგებლობის სახესაც.

49 უნდა იგულისხმებოდეს ფართო გაგებით კრედიტორი, რომელსაც რისამეს მიღების უფლება აქვს ბანკისგან, როგორც მოვალისგან.

50 Double Liability.

51 *Macey J.R., Miller G.P.,* Double Liability of Bank Shareholders: History an Implications, Yale Law School Faculty Scholarship Series, 1-1-1992, 31.

52 სენატორის მოსაზრება შემდგომში დადასტურდა კიდეც ემპირიული კვლევებით. *Grossman R.S.,* Fear and greed: The Evolution of Double Liability in American Banking, 1865-1930, Explorations in Economic History 44, 59-80, 2007, 62.

ვი პერიოდის განმავლობაში იარსება, დღესდღეისობით ის უკვე წარსული და მივიწყებული მიდგომაა. მისი გაუქმება რამდენიმე ფაქტორმა განაპირობა, მათ შორის: საბოლოოდ მიიჩნიეს, რომ მან წარმატებით ვერ გაართვა თავი კრედიტორთა ინტერესების დაცვას; ვერ შეინარჩუნა საზოგადოების ნდობა საბანკო სისტემის მიმართ; შედეგად, იმ გადახდისუუნარო პარტნიორების რაოდენობის ზრდამ, რომლებიც წარუმატებელი ბანკების მენეჯმენტში არ იღებდნენ მონაწილეობას, ბოლო წლების განმავლობაში საბანკო სისტემის წარუმატებლობამ და სადეპოზიტო დაზღვევის სისტემის, როგორც კონკრეტული მიზნების შესასრულებლად უკეთესი ალტერნატივის აღმოჩენამ, ორმაგი პასუხისმგებლობის პრინციპის გაუქმება განაპირობა.[53] თუმცა მეცნიერების გარკვეულ ნაწილს დღემდე მიაჩნია, რომ ამერიკის საბანკო პოლიტიკამ ორმაგი პასუხისმგებლობის გაუქმებით და მის ნაცვლად სადეპოზიტო დაზღვევის შემოღებით არასწორი გეზი აირჩია.[54]

6. გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპის ზოგადი მიმოხილვა

„პირსინგი ახირებულია, ის ელვასავით იშვიათი, სასტიკი და არაპრინციპულია. არსებობს კონსენსუსი, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობის მთლიანი კონცეფცია და მისი კონტრავერსიული გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპი საკორპორაციო სამართლის ყველაზე გაუგებარი და დამაბნეველი საკითხებია“.[55] მიჩნეულია, რომ პროგნოზირებულობა და თანმიმდევრულობა[56] თანამედროვე იურისპრუდენციის ერთ-ერთი მთავარი მიზანია. სწორედ ეს ტყუპი პრინციპი, რომელიც ინგლისში ***magna kartas*** პერიოდიდან იღებს სათავეს,[57] უდევს საფუძვლად ***stare decisis***-ის[58] პრეცედენტების დოქტრინას. სამართლებრივი გადაწყვეტილებებისთვის ამ პრინციპების მნიშვნელობა ცხადად გამომდინარეობს შემდეგი მიზნებიდან: ისინი უზრუნველყოფენ სამართლის სტაბილურობას, მიუკერძოებელი გადაწყვეტილებების მიღებას, ხელს უწყობენ სამართლისადმი საზოგადოების ნდობას, სამართლებრივ თვითშეზღუდვას. ამდენად, პროგნოზირებულობა და თანმიმდევრულობა განსაკუთრებულ მნიშვნელობას იძენს ბიზნესსამართალთან მიმართებით, გამომდინარე იქიდან, რომ ისინი უბიძგებენ მოქალაქეებს, აწარმოონ ბიზნესი, რასაც, საბოლოოდ, მეტად სიცოცხლისუნარიან ეკონომიკამდე მივყავართ. არაპროგნოზირებულობა და არათანმიმდევრულობა კი საპირისპირო შედეგს იწვევს და სტაბილურობისა და ნდობის ნაკლებობის გამო ბიზნესის წარმოებას ამცირებს. სწორედ ეს ორი სასიცოცხლო მნიშვნელობის პრინციპი აკლია გამჭოლი პასუხისმგებლობის კონცეფციას; მეტიც, ის ფაქტობრივად ვაკუუმში ფუნქციონირებს და პრეცედენტის დოქტრინის ტრადიციული აღქმისგან სრულებით ჩამოშორებულია. პირსინგის უმეტესგან მოქმედი ტრა-

---

53 ორმაგი პასუხისმგებლობის პრინციპისა და მისი გაუქმების გამომწვევი მიზეზების შესახებ იხ.: ***Marquis R.W., Smith F.P.,*** Double Liability for Bank Stock., The American Economic ReviewVol. 27, №3, Sep., 1937, 490-502; ***Grossman R.S.,*** Fear and greed: The evolution of double liability in American banking, 1865-1930, Explorations in Economic History 44, 59-80, 2007; ***Macey J. R., Miller G.P.,*** Double Liability of Bank Shareholders: History an Implications, Yale Law School Faculty Scholarship Series, 1-1-1992; ***Grossman R. S.,*** Double Liability and Bank Risk Taking, Journal of MOney, Credit and Banking, Vol. 33, №2, Part 1, May 2001, 143-159.

54 მათი მოსაზრებით (იგულისხმება ჯონათან მესი და ჯეფრი მილერი), ორმაგი პასუხისმგებლობის კონცეფცია საუკეთესო მეთოდია, მორალური საფრთხის პრობლემის დასაბალანსებლად მენეჯერებს შეუქმნას სტიმული, რისკის შემცველი აქტივობები შეამცირონ. ***Blumberg P.I.,*** Blumberg on Corporate Groups, 2nd ed. Vol. 3, 122-60.

55 ***Easterbrook F.H., Fischel D.R.,*** Limited Liability and the Corporation, 52 U. Chi. L. Rev.,1985, 89.

56 Predictability and Consistency.

57 პრინციპი ინგლისის შემდგომ გაზიარებულ იქნა ამერიკის შეერთებული შტატების მიერაც.

58 stare decisis – „წინა გადაწყვეტილების მიხედვით დადგენა“, პრინციპი, რომლის მიხედვითაც სასამართლოები უმაღლესი სასამართლოს პრეცედენტებს უნდა დაემორჩილონ.

დიციული რეგულაცია სასამართლოს დისკრეციის მაღალ ხარისხს ანიჭებს, რითაც ზემოთ მითითებულ პრინციპებს შორდება კიდეც. შესაბამისად, მკვლევრები გამჭოლი პასუხისმგებლობისას პროგნოზირებულობისა და თანმიმდევრულობის პრობლემის დასაძლევად მექანიზმების მთელ რიგს ამუშავებენ.[59]

შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპის გაკრიტიკებისას წამყვან არგუმენტად არანებაყოფლობითი, დელიქტკრედიტორების არასამართლიან მდგომარეობას ასახელებენ, განსხვავებით ნებაყოფლობითი, სახელშეკრულებო კრედიტორებისგან, რომლებიც თავის დაცვის ბერკეტებს ფლობენ და შესაძლებლობა აქვთ სახელშეკრულებო პირობების განსაზღვრისა. ზიანის მიყენებიდან წარმოშობილ ურთიერთობებში კრედიტორი მეტად შეზღუდულია. ის, ფაქტობრივად, „უნებურად" არის ამ ურთიერთობაში შესული და ამ ურთიერთობიდან სამართლიანი გამოსავლის მოძებნისას მას კორპორაციის, როგორც განცალკევებული პირის დაუძლეველი ფარი ეღობება... მიჩნეულია, რომ ისტორიულად შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპი სწორედ ნებაყოფლობითი სახელშეკრულებო კრედიტორების მხრიდან სარჩელის შემთხვევებში პარტნიორთა ინტერესების დასაცავად იქნა შემუშავებული. წესი, რომელიც ეფექტურად მოქმედ რეგულაციად იქცა ნებაყოფლობითი კრედიტორების შემთხვევებში, მექანიკურად, ამ ორს შორის განსხვავების გათვალისწინების გარეშე, იქნა გადმოღებული დელიქტკრედიტორებთან მიმართებითაც. ამიტომაც ზოგიერთი ავტორი[60] საზოგადოების მხრიდან ზიანის მიყენებისას წარმოშობილ ურთიერთობებში პასუხისმგებლობის შეზღუდვის კონცეფციის გაუქმების მომხრეა[61]... ამდენად, საკორპორაციო და დელიქტურმა სამართალმა ერთგვარი გამონაკლისი შეიმუშავა პარტნიორის შეზღუდული პასუხისმგებლობიდან და ეს გამჭოლი პასუხისმგებლობის დოქტრინის სახით ჩამოაყალიბა. თუმცა, მიუხედავად ამ დოქტრინის ზიანის შემთხვევებში გამოყენებისა, მისი მასობრივ და ფართომასშტაბიან დელიქტებში (როგორიცაა გარემო) უპირობოდ გამოყენება ლოგიკურობასაა მოკლებული. ასეთ შემთხვევებში ვის აკისრია ტვირთი, სწორედ ეს არის საკამათო. დელიქტის მსხვერპლსა (კრედიტორი) და პარტნიორებს შორის ბალანსის უზრუნველყოფა კონტექსტის სპეციფიკურ ანალიზს და დივერსიფიკაციის შესაძლებლობების, რისკისა და ტრანსაქციის ხარჯების შეფასებას მოითხოვს.[62]

გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპის მთავარ მიზნად კომენტატორები ერთხმად მიიჩნევენ სამართლიანობის აღდგენას. თუმცა სამართლიანობის ცნება სამართალში ერთ-ერთ ყველაზე პრობლემურ და ძნელად განსამარტ კატეგორიაში შედის. ამდენად, სასამართლოს მიერ პირსინგის ამოქმედება ამ მიზნითა და მოტივით ყოველთვის დავისა და აზრთა სხვადასხვაობის გამომწვევი იქნება. ანგლოამერიკულ პრეცედენტულ სამართლებრივ სისტემაში ბევრად უფრო მარტივია ამ ტიპის დოქტრინის განვითარება, მისი ყოველ კონკრეტულ საქმესთან მიმართებით განმარტება და თუნდაც საქმის გარემოებებიდან გამომდინარე მიმართულების შეცვლა, მაგრამ კონტინენტური ევროპის სამართლებრივი სისტემისთვის, მისი სპეციფიკიდან გამომდინარე, ეს მეტ-ნაკლებად გართულებულია... ერთ-ერთ საქმეზე[63] ინგლისის სასამართლომ განმარტა, რომ სასამართლო თავის ძალმოსილებას გამოიყენებს პასუხისმგებლობის

---

[59] იხ. *Marcantel J.A.,* Because Judges are not Angels Either: Limiting Judicial Discretion By Introducing Objectivity Into Piercing Doctrine, Kansas Law Review, Vol.59, №2, 2011, 12-15.

[60] *Hansmann H., Kraakman R.,* The End of History Corporate Law, 89 Geo. L.J. 439, 2001, 466-67.

[61] *Kahan D.R.,* Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective, The Georgetown LawJournal, Vol. 97:1085, 1087.

[62] იხ. *Alexander J.C.,* Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens, 106 Harv. L. Rev. 387, 1992, 3. დელიქტის შემთხვევაში საკორპორაციო და დელიქტური სამართლის კონკურენციის საკითხებზე ფედერალურ და შტატების დონეზე, ვინაიდან ისინი ქართული საკორპორაციო სამართლისთვის რელევანტური არ არის, ნაშრომში ყურადღებას აღარ გავამახვილებთ.

[63] In re a Company.

გასაჭოლად, არ მიაქცევს ყურადღებას კორპორაციის სტრუქტურის (კორპორაციულობის) ეფექტურობას, თუ ეს ყოველივე სამართლიანობის აღდგენის (მიღწევის) აუცილებლობითაა განპირობებული. ასევე სასამართლო გადაწყვეტილებაში ვკითხულობთ: სასამართლო თავისი დისკრეციის ფარგლებში „მიუკერძოებელი თვალით" იხედება კორპორაციული საფარველის მიღმა იმ მიზნით, რომ სამართლიანობა აღადგინოს.[64]

დღეს ინგლისის სასამართლოებში გამჭოლი პასუხისმგებლობის დაკისრება და ამოქმედება, მართლაც, საგამონაკლისო ხასიათს ატარებს, თუმცა 1970 წლის ბოლო პერიოდამდე სასამართლოებში მნიშვნელოვანი მზადყოფნა იგრძნობოდა ამ კონცეფციის ცხოვრებაში გატარებისა და კონკრეტულ შემთხვევაში გამჭოლი პასუხისმგებლობის დაკისრებისა. ამ კონტექსტში განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია ლორდი დენინგის თეორია ერთიანი ეკონომიკური ერთეულის შესახებ,[65] რომელიც საშუალებას აძლევდა სასამართლოს, მშობელი კორპორაცია და მისი ყველა სუბსიდიარი ერთიან ორგანიზმად აღექვა და რომელიც ექსპანსიურად გავრცელდა ამერიკის შეერთებული შტატების სამართალშიც.

7. გამჭოლი პასუხისმგებლობის სახეები

7.1. სუბიექტის მიხედვით

სუბიექტების მიხედვით, ძირითადად, გამოყოფენ 2 ტიპის პირსინგს: პირველი, როდესაც საზოგადოების, როგორც განცალკევებული პირის, სტატუსი და შეზღუდული პასუხისმგებლობის კონცეფცია დაძლეულია და კორპორაციის ვალდებულებებისთვის პარტნიორი აგებს პასუხს. საქმეებს, სადაც პასუხისმგებლობის ამგვარი გაჭოლვა ხდება, პარტნიორის პასუხისმგებლობის გამომწვევ საქმეებს უწოდებენ; პირსინგის მეორე სახე გვაქვს იმ შემთხვევაში, როდესაც პარტნიორისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრების გვერდის ავლით უარყოფილია საზოგადოების განცალკევებული სუბიექტობა. ასეთ დროს, როგორც წესი, სასამართლო არ ცნობს სუბსიდიარი საზოგადოების განცალკევებულ სტატუსს, არ აღიარებს მას იურიდიულ პირად და პასუხისმგებლობას მშობელი საზოგადოებისკენ მიმართავს. ასეთ საქმეებს სასამართლო პრაქტიკაში განცალკევებული იურიდიული ორგანიზმის საქმეებს უწოდებენ. მნიშვნელოვანია, რომ ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო პრაქტიკაში პასუხისმგებლობის გაჭოლვის პირველი ტიპი – პარტნიორის პასუხისმგებლობის შემთხვევები – ჭარბობს, მაშინ, როცა ინგლისის სასამართლო პრაქტიკაში ასეთი ტიპის პირსინგი იშვიათად გვხვდება.[66]

7.2. ფორმის მიხედვით

გარდა ზემოთ აღნიშნული გრადაციისა, ლიტერატურაში[67] პირსინგის რამდენიმე განსხვავებული დაყოფაც გვხვდება. კერძოდ, ფორმის მიხედვით გამოყოფენ პირსინგის: 1) სახელშეკრულებო და დელიქტურ; 2) ჰორიზონტალურ და ვერტიკალურ; 3) რევერსიულ და 4)

---

64 Atlas-Maritime Co. v. Avalon Maritime Ltd., - Cheng T.K., The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S.Corporate Veil Doctrines, Boston College International and Comparative Law Review, Vol.34, Issue 2, Art. 2, 5-1-2011, 354.

65 Single Economic Unit Theory

66 იხ. *Cheng T.K.,* The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S.Corporate Veil Doctrines, Boston College International and Comparative Law Review, Vol.34, Issue 2, Art. 2, 5-1-2011.

67 თემაში შემდგომ წარმოდგენილი გაჭოლვის სახეები და ფორმები შესრულებულია მარკანტელის ნაშრომის მიხედვით – *Marcantel J.A.,* Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion ByIntroducing Objectivity Into Piercing Doctrine, Kansas Law Review, Vol. 59, № 2, 2011.

სამკუთხედი ფორმის შემთხვევებს. პირსინგი სახელშეკრულებო და დელიქტური შემთხვევებისას, ერთი მხრივ, საზოგადოებისა და კრედიტორის სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან გამომდინარე პასუხისმგებლობას ეხება, ხოლო მეორე მხრივ, ზიანის მიყენებიდან წარმოშობილ პასუხისმგებლობას; ჰორიზონტალური გაჭოლვა გვაქვს სახეზე, როდესაც მოსარჩელე ცდილობს, გაჭოლოს მშობელი საზოგადოების ერთი სუბსიდიარი საზოგადოება, რათა მისწვდეს მეორე სუბსიდიარი საზოგადოების აქტივებს. მაგალითად, მშობელი საზოგადოება „ა“ ფლობს წილებს 3 სუბსიდიარ საზოგადოებაში, „ბ“, „გ“ და „დ“ საზოგადოებებში. ჰორიზონტალური პირსინგის დროს კრედიტორი შეეცდება, გაჭოლოს „ბ“, რათა მისწვდეს „გ“-ს ქონებას. ამდენად, მოსარჩელე ცდილობს, დაკმაყოფილება მიიღოს ორი თანაბარი ძალისა და დონის საზოგადოებისგან. ამიტომაც გაჭოლვის ამ სახეს ჰორიზონტალური გაჭოლვა ჰქვია; რაც შეეხება ვერტიკალურ პირსინგს, ამ ტიპის გაჭოლვა სახეზე გვაქვს, როდესაც კრედიტორი ცდილობს, გაჭოლოს სუბსიდიარი საზოგადოება და მის მშობელ საზოგადოებას მისწვდეს. გამომდინარე იქიდან, რომ განსხვავებით ჰორიზონტალური გაჭოლვისგან, სადაც ერთი ძალისა და დონის საზოგადოებების გაჭოლვაზეა საუბარი, აქ მოსარჩელე ცდილობს დაქვემდებარებული საზოგადოების სუბსიდიარის მეშვეობით მისწვდეს ზემდგომ საზოგადოებას – მშობელს. ამ ტიპის პირსინგს ვერტიკალურ პირსინგს უწოდებენ; რევერსიული გაჭოლვა[68] შეიძლება, სახეზე გვქონდეს ზემოთ ნახსენებ პარტნიორის პასუხისმგებლობის გამომწვევ საქმეებშიც და განცალკევებული იურიდიული ორგანიზმის საქმეებშიც. პირველ შემთხვევაში რევერსიული პირსინგი გვექნება, როდესაც სახეზეა ერთი კორპორაციული სტრუქტურა (ორგანიზმი) რამდენიმე პარტნიორით და მოსარჩელე ცდილობს, გაჭოლოს პარტნიორი და შეაღწიოს საზოგადოებაში, საზოგადოების აქტივებში. განცალკევებული იურიდიული ორგანიზმის საქმეებში კი რევერსიული პირსინგი მაშინაა, როდესაც სახეზეა მულტიკორპორაციული სტრუქტურა და მოსარჩელე ცდილობს, გაჭოლოს მშობელი საზოგადოება სუბსიდიარ საზოგადოებაში, მის აქტივებში შესაღწევად; სამკუთხედისებრი პირსინგი კი – გაჭოლვის ეს სახე – ყველაზე რთული და პრობლემურია. ის შეიძლება წარმოიშვას სახელშეკრულებო და დელიქტური პირსინგის შემთხვევებიდან, შეიძლება ჰქონდეს ჰორიზონტალური და ვერტიკალური პირსინგის სტრუქტურული ნიშნები და შესაძლოა, რევერსიულადაც გაიჭოლოს. საბოლოოდ, სამკუთხედისებრი პირსინგი მაშინაა, როდესაც მოსარჩელე ცდილობს, გაჭოლოს მშობელი საზოგადოება, რათა მისწვდეს მშობელი საზოგადოების პარტნიორს იმისთვის, რომ მისწვდეს მესამე არადაკავშირებულ საზოგადოებას, რომელშიც ამ პარტნიორს წილი აქვს. მაგალითად, წარმოვიდგინოთ მშობელი საზოგადოება „ა“, რომელსაც ჰყავს ერთადერთი პარტნიორი „ბ“. ამასთანავე, „ბ“ ფლობს წილს კორპორაცია „გ“-ში. ასეთ შემთხვევაში, როდესაც მოსარჩელეს ურთიერთობა ჰქონდა მხოლოდ „ა“-სა და „ბ“-სთან და, უმეტესად, არანაირი პირდაპირი ურთიერთობა არ ჰქონია „გ“-სთან და „ა“ და „ბ“ ვალაუვალები არიან, მოსარჩელე ცდილობს, გაჭოლოს „ა“, რომ მიაღწიოს „ბ“-ს, რომ მიაღწიოს „გ“-ს. ეს აყალიბებს ერთგვარ სამკუთხედს, პირსინგის ამ ტიპის სახელწოდებაც მისგან გამომდინარეობს.

8. პასუხისმგებლობის გაჭოლვის ძირითადი ფაქტორები

ერთ-ერთ საქმეზე[69] კალიფორნიის სააპელაციო სასამართლომ სკრუპულოზური ჩამონათვალი მოგვცა პირსინგის ამოქმედების წინაპირობებისა: 1. აქტივების აღრევა, განცალ-

[68] რევერსიულ პირსინგს ნებაყოფლობით პირსინგსაც უწოდებენ, გამომდინარე იქიდან, რომ ასეთ დროს, უმეტეს შემთხვევაში, პარტნიორი თანახმაა პასუხისმგებლობის ამ ტიპის დაკისრებაზე. – *Cheng T.K.,* The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S.Corporate Veil Doctrines, Boston College International and Comparative Law Review, Vol.34, Issue 2, Art. 2, 5-1-2011, 371.

[69] Assoc. Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co., 26 Cal. Rptr. 806, 813-815 (Ct. App. 1962).

კევებულ წარმონაქმნებზე კაპიტალის განცალკევების არარსებობა, აქტივების არაკორპორაციის მიზნებისთვის არაავტორიზებული გამოყენება; 2. ინდივიდის მიერ საზოგადოების ქონებისადმი მოპყრობა, როგორც საკუთარი ინდივიდუალური აქტივებისადმი; 3. აქციის გამოშვებისათვის საჭირო ძალმოსილების ვერმოპოვება; 4. საზოგადოების ადეკვატური ჩანაწერების არარსებობა ან სხვადასხვა წარმონაქმნის ჩანაწერების განცალკევების შეუძლებლობა; 5. კორპორაციაში ერთი პირის ან ერთი ოჯახის წევრების მიერ ყველა აქციის ფლობა; 6. ერთი და იმავე ოფისის გამოყენება; 7. ერთი და იმავე თანამშრომლებისა და იურისტის გამოყენება; 8. საზოგადოების არაადეკვატური კაპიტალიზება; 9. აქტივების სრული არარსებობა, არასაკმარისი კაპიტალიზება; 10. კორპორაციის გამოყენება ნაჭუჭად, საშუალებად (ინსტრუმენტად) ან გამავლად ინდივიდის ინდივიდუალური ან სხვა კორპორაციის ბიზნესის საწარმოებლად; 11. პასუხისმგებელი მესაკუთრეების იდენტურობის, მენეჯმენტისა და ფინანსური ინტერესის ან პირადი ბიზნესის დამალვა ან დამახინჯებულად წარმოდგენა; 12. სამართლებრივი ფორმალობების უგულებელყოფა და დაკავშირებულ საზოგადოებებს შორის მიუკერძოებელი და თანასწორი ურთიერთობის *(arm's length relationships among related entities)* არარსებობა; 13. კორპორატიული ორგანიზმის გამოყენება შრომის, მომსახურების ან საქონლის სხვა პიროვნებისა თუ გაერთიანებისთვის უზრუნველსაყოფად; 14. კრედიტორების საზიანოდ აქტივების კორპორაციიდან გატანა სტოკჰოლდერის მიერ და სტოკჰოლდერისთვის ან სხვა პიროვნებისა თუ საზოგადოებისთვის, საზოგადოებებს შორის აქტივებისა და პასივების ისეთი მანიპულაციით, რომ ერთ საზოგადოებაში მხოლოდ აქტივები იყრის თავს, ხოლო მეორეში მხოლოდ ვალდებულებები (პასივები); 15. სხვა პირთან სახელშეკრულებო ურთიერთობაში იმ მოტივით შესვლა, რომ კორპორაციულობა გამოყენებულ იქნეს როგორც ფარი პერსონალური პასუხისმგებლობის თავიდან ასაცილებლად ან კორპორაციის გამოყენება კანონსაწინააღმდეგო ტრანსაქციების შესასრულებლად; 16. კორპორაციის დაარსება და გამოყენება სხვა პირისა თუ საზოგადოების ვალდებულებების მასზე გადმოსაკისრებლად; 17. ინდივიდის მიერ კორპორაციის ვალდებულებებზე პერსონალურად პასუხისგების უარყოფა; 18. იდენტურად თანაბარი მესაკუთრეობა ორ საზოგადოებაში; 19. ორი საზოგადოების დირექტორებისა და მენეჯერების გაიგივება ზედამხედველობასა და მენეჯმენტში; 20. ორი საზოგადოების მესაკუთრეების გაიგივება ამ საზოგადოების კონტროლში.[70]

[70] ამერიკულ და ინგლისურ სასამართლო პრაქტიკაში პასუხისმგებლობის გაჭოლვის უამრავი ტესტი არსებობს (სასამართლო პრაქტიკიდან 85 შესაძლო ფაქტორი იკვეთება, რომლებიც რამდენიმე კატეგორიაშია დაჯგუფებული. *Millon D.,* The Still-Elusive Quest to Make Sense of Veil-Piercing, Texas Law Review See Also, Vol. 89:15, 2009, 16), ამასთანავე, არც ერთი მათგანი, ანგლოამერიკული სამართლებრივი სისტემის სპეციფიკიდან გამომდინარე, ამომწურავი არ არის. თითქმის ყველა საქმეზე ყველა მოსამართლე ცდილობს, ჩამოაყალიბოს პასუხისმგებლობის გაჭოლვის იდეალური ტესტი. მნიშვნელოვანია ინგლისელი მოსამართლის, ატკინსონის, მიერ ერთ-ერთ საქმეზე (Smith, Stone & Knight Ltd. v. Birmingham, 1939, 4 ALL E.R. 116(K.B.) at 121 Eng) განხორციელებული პირველი მცდელობა პირსინგის 6 კრიტერიუმის ჩამოყალიბებისა; ასევე საინტერესოა ფრედერიკ პოველის 3 ტესტი მშობელი-სუბსიდიარის ურთიერთობაში პირსინგისას (იხ. *Powell F. J.,* Parent and Subsidiary Corporations, 1931). გაჭოლვის კრიტერიუმების ჩამონათვალი იმ მიზეზითაც ვერ იქნება ამომწურავი, რომ ამერიკული სასამართლოები (განსხვავებით ინგლისური სასამართლოებისაგან) სამართლის ამა თუ იმ დარგთან (მაგალითად, შრომისა და საგადასახადო სამართალი) მიმართებით ზოგადი პოლიტიკის მიმართულებებსა და ფაქტორებსაც ითვალისწინებენ გაჭოლვის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას. ამიტომაც პრეცედენტების სრულად შესწავლამ შესაძლოა, ძალიან დიდი მოცულობისა და მრავალრიცხოვანი პუნქტისგან შემდგარი ჩამონათვალი მოგვცეს, მაგრამ ამ ნაშრომის მთავარი მიზანი შეზღუდული პასუხისმგებლობისა და გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპის ურთიერთმიმართების გამოკვეთაა, ამიტომაც ნაშრომში დეტალურად არ არის წარმოდგენილი პირსინგის განმაპირობებელი alter egos-ს, instrumentality-ს თუ სხვა თეორიები, თავიანთი უპირატესობებითა და ნაკლოვანებებით. კალიფორნიის სააპელაციო სასამართლოს მიერ წარმოდგენილი ზემოთ მოცემული კრიტერიუმები კი მეტნაკლებად ყველა თეზას ეხება, რაც პირსინგის დროს რელევანტურია, ამიტომაც ამ ეტაპზე მხოლოდ

9. გამჭოლი პასუხისმგებლობის კრიტიკა

არსებობს გამჭოლი პასუხისმგებლობის დოქტრინის საწინააღმდეგო 3 ძირითადი თეორია-მიდგომა: პროფესორ ბეინბრიჯის შეთავაზება; სავალდებულო დაზღვევის შეთავაზება; და სავალდებულო კაპიტალიზაციის შეთავაზება... პროფესორი ბეინბრიჯი ერთ-ერთი ყველაზე ცნობილი კრიტიკოსია გამჭოლი პასუხისმგებლობის კონცეფციისა[71] და ცალსახა მომხრეა ამ პრინციპის გაუქმებისა შემდეგი 2 მიზეზის გამო: მას მიაჩნია, რომ დოქტრინა არაპრინციპული და არაკონტროლირებადია და პროგნოზირების ხარჯები ახასიათებს ისე, რომ არანაირი ზოგადპოლიტიკური მიზნები არ აქვს. პირველ მიზეზთან მიმართებით გაჭოლვის ტესტები, ავტორის აზრით, ობიექტურ კრიტერიუმებს ნაკლებად შეიცავს და, უმეტესად, იმ სხვადასხვა ფაქტორისგან შედგება, რომელთაც სასამართლოები რეტროსპექტიულად იხილავენ კონკრეტული საქმის გადაწყვეტისას. ყოველივე ეს კი კორპორაციული დაგეგმვის თვალსაზრისით გაურკვევლობასა და არაპროგნოზირებადობას იწვევს. განსაკუთრებით მწვავედ დგას საკითხი, როდესაც სასამართლო ფაქტორთა ტესტის ერთ ასპექტზე აკეთებს მთავარ აქცენტს და ნეგატიურად მიიჩნევს მას, მაშინ, როდესაც ცალკე აღებული ეს ფაქტორი შესაძლოა, ჩვეულებრივი მახასიათებელი იყოს კანონის შესაბამისად დაარსებული კორპორაციისა. მეორე მიზეზთან მიმართებით, ბეინბრიჯს მიაჩნია, რომ არაპროგნოზირებულობა სოციალური ხარჯების გამომწვევია ისე, რომ არანაირ სოციალურ სარგებლამდე არ მივყავართ.[72] რაც შეეხება სავალდებულო დაზღვევის მიდგომას, იგი თავის თავში მოიაზრებს იმას, რომ კორპორაციას საკანონმდებლო მოთხოვნის დონეზე უნდა ჰქონდეს შესაფერისი სავალდებულო დაზღვევა, რომელიც კრედიტორთა ინტერესების დაცვისკენ იქნება მიმართული.., მაგრამ ამ მიდგომასაც სერიოზული კრიტიკა შეხვდა, როგორც საზოგადოების დაფუძნებისთვის დაბრკოლების შემქმნელ ფაქტორს, რადგან ახალმა საზოგადოებამ შესაძლოა, ვერც კი მოახერხოს შესაბამისი დაზღვევის მოძიება.[73] ამასთანავე, გამოდის, რომ იმ საზოგადოებისთვის, რომელიც სარისკოსა და კანონსაწინააღმდეგოს არაფერს აკეთებს, სავალდებულო დაზღვევა დამატებითი ტვირთია გაწეული იმისთვის, რომ თავიდან იქნეს აცილებული სხვა საზოგადოებების სარისკო მოქმედებებით სისტემასთან თამაში, რაც შედეგის მხრივ საჯარო პოლიტიკის პერსპექტივიდან არასასურველია.[74] სავალდებულო კაპიტალიზაციის, იგივე სავალდებულო მინიმალური კაპიტალის დოქტრინა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი და საკამათო საკითხია საკორპორაციო სამართალში, ამ კონტექსტში კი პასუხისმგებლობის დადგომის შემთხვევაში კრედიტორთა მოთხოვნის დაკმაყოფილების საშუალებაა.., თუმცა ამ კონცეფციის მიმართაც კრიტიკოსთა მრავალრიცხოვნობა აღინიშნება, როგორც დაფუძნებისას ბარიერის წარმომქმნელი რეგულაციისა.

მისი ზოგადი მიმოხილვით შემოვიფარგლეთ, გამომდინარე იქიდან, რომ ამ კონკრეტულ შემთხვევაში იურიდიული პირის ნიშნებთან მიმართებით მსჯელობისთვის გვჭირდება.

71 იხ. ბეინბრიჯის ნაშრომები ამ საკითხზე: ***Bainbridge S.M.,*** Abolishing Veil Piercing, 26 J. Corp. L. 479 (2001); ***Bainbridge S.M.,*** Abolishing LLC Veil Piercing, University of Illinois Law Review, Vol. 2005 №1.

72 ***Marcantel J.A.,*** Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion By Introducing Objectivity Into Piercing Doctrine, Kansas Law Review, Vol. 59, № 2, 2011, 16.

73 ***Wix G.W.,*** Piercing the Corporate Veil: Should Michigan Consider Statutory Solutions? 79 U. Det. *Mercy L.* Rev. 637, 9.

74 ***Marcantel J.A.,*** Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion By Introducing Objectivity Into Piercing Doctrine, Kansas Law Review, Vol. 59, № 2, 2011, 19.

10. გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპის მოქმედების პერსპექტივა ქართულ საკორპორაციო სამართალში

ვფიქრობთ, ქართულ საკორპორაციო სამართლებრივ და, შესაბამისად, ბიზნესგარემოში, თუნდაც სამართლიანობის მოტივით, სასამართლოსთვის კორპორაციულობის, როგორც კონტინენტური ევროპის ქვეყნისთვის დამახასიათებელი კანონმდებლის მძიმე ხელით შექმნილი ნორმის, დაძლევის ასეთი ფართო დისკრეციის მინიჭება არ უნდა იყოს გამართლებული. ანგლოამერიკულ სამართლებრივ სისტემაში დელიქტიდან წარმოშობილ ურთიერთობებში გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპის გამოყენების ერთ-ერთ წამყვან მოტივად, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, სამართლიანობის აღდგენას ასახელებენ; აღსანიშნავია, რომ ასეთ შემთხვევებში სამართლიანობის აღქმა უფრო მეტად გამძაფრებულია, რადგანაც დელიქტის კრედიტორი არანებაყოფლობითი კრედიტორია და მას საზოგადოებასთან სახელშეკრულებო პირობებზე მოლაპარაკების ეტაპი არ გაუვლია. ამიტომაც ერთი შეხედვით დელიქტის დროს პასუხისმგებლობის გაჭოლვა უფრო სამართლიანი ჩანს. თუმცა, ვფიქრობთ, ქართული რეალობისთვის ეს მისაღები არ უნდა იყოს. მიუხედავად დელიქტის შედეგად დაზარალებული პირის მძიმე მდგომარეობისა, ეს არ უნდა იყოს კონკრეტულ შემთხვევაში საფარველის გაჭოლვის განმაპირობებელი და მასზე ზეგავლენის მომხდენი ფაქტორი. აქ ამოსავალი წერტილი საკორპორაციო სამართლისთვის დამახასიათებელი პრინციპთა პრინციპი ესაა კორპორაციულობის, განცალკევებული პირის, სამართლის განცალკევებული სუბიექტის სტატუსი. კრედიტორი, იქნება ის სახელშეკრულებო თუ დელიქტისმიერი, ურთიერთობაში შედის (ნებაყოფლობით თუ არანებაყოფლობით) კონკრეტულ პირთან, რომელსაც პირისთვის დამახასიათებელი ყველა ნიშანი აქვს. და ის მოტივი, რომ იგი კონკრეტული პირებისგან (დამფუძნებლებისგან) წარმომდგარი პირია, ოდნავადაც კი არ შეიძლება გახდეს რაიმე მცირე ზეგავლენის მომხდენი ფაქტორი პასუხისმგებლობის გაჭოლვისა, თუნდაც, დელიქტით დაზარალებული კრედიტორის საქმეზე. მაგრამ იმ შემთხვევებში, როდესაც რეალურად სახეზე არ გვყავს პირი, იურიდიული პირისთვის დამახასიათებელი ნიშნებით, აქ არც უნდა იყოს საუბარი რაიმე ტიპის გაჭოლვაზე, აქ ხომ საერთოდ პირის არსებობა დგას ეჭვქვეშ. თუ კარგად დავაკვირდებით გაჭოლვის ფაქტორების ზემოთ მოცემულ ჩამონათვალს, დავინახავთ, რომ თითქმის ყველა პუნქტი ცალსახად მიანიშნებს განცალკევებული წარმონაქმნის, იურიდიული პირის რომელიმე მნიშვნელოვანი ნიშნის არარსებობაზე, მაგალითად: გამოცალკევებული ქონება, საქმისწარმოება, ხელმძღვანელობა, პერსონალი. ამდენად, თუკი კონკრეტულ საქმეზე საზოგადოება ამ კრიტერიუმებს ვერ აკმაყოფილებს, გამოდის, რომ კორპორაციული საფარველი, როგორც გაჭოლვის ობიექტი, არ არსებობს, რადგანაც სახეზე საერთოდ არ გვაქვს *დე ფაქტო* კორპორაცია და ხდება საზოგადოების შეცდომაში შეყვანა. ე.ი., ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში სასამართლოს ფუნქციაა, გამოარკვიოს, შინაარსგამოცლილ ჩონჩხთან ხომ არ აქვს საქმე. და თუ ეს დამტკიცდება, გამოდის, რომ საზოგადოებას შეზღუდული პასუხისმგებლობის სტატუსი არც მოუპოვებია, რადგანაც ის, ფაქტობრივად, საზოგადოება არც არის და გასაჭოლიც არაფერია... ის ფაქტი, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობა იურიდიული პირის სტატუსიდან გამომდინარეობს და, ფაქტობრივად, მისგან არის განპირობებული, იქიდანაც ჩანს, რომ პირსინგი, ძირითადად, მხოლოდ იმ შემთხვევებში გამოიყენება, როდესაც საწარმოს, როგორც განცალკევებული პირის, არსებობა დგას ეჭვქვეშ. რაც სავსებით ბუნებრივია, თუ სადავო არ არის რეალური იურიდიული პირის (თავისი ყველა მახასიათებლით) არსებობა, ყველასთვის ნათელია, რომ საწარმო დამოუკიდებელი პირია და, მიუხედავად იმისა, არის თუ არა ის ფინანსურად წარმატებული,

იმთავითვე ცხადია, რომ სხვა პირი, თუნდაც მისი დამფუძნებელი (ან შემდგომში შემოსული) პირები, იქნება ეს ფიზიკური თუ იურიდიული, პასუხს არ აგებენ თავისი ვალდებულებებისთვის. აღსანიშნავია, რომ კორპორაციის, როგორც განცალკევებული და დამოუკიდებელი პირის სტატუსი პირველად აღიარებულ იქნა ცნობილ საქმეში დიდი ბრიტანეთის სასამართლო პრაქტიკიდან – *სალომონი სალომონის წინააღმდეგ*.[75] პასუხისმგებლობის კუთხით კი ეს პრეცედენტი განმარტა ლორდმა სამნერმა ერთ-ერთ საქმეზე:[76] „ინვესტორებს შორის, რომლებიც პარტნიორების სახით მონაწილეობენ ურთიერთობაში, სამართალი სხვა პირს მოიაზრებს, მართალია, ხელოვნურ პირს, თავად საწარმოს, მაგრამ მასში გამოყენებული კაპიტალი სწორედ ამ პირის კაპიტალია და არა მისი პარტნიორების ბიზნესი და კაპიტალი. თუმცა იმთავითვე ნავარაუდევია, რომ საწარმო სათანადოდაა დაარსებული და თვალთმაქცური არ არის. ხოლო ის მოსაზრება, რომ საწარმო მექანიკურად ასრულებს პარტნიორების მიზნებს, ეს ამ კონტექსტში არაპროფესიონალის მცდარი მოსაზრებაა, მხოლოდ და მხოლოდ მეტაფორაა და ფაქტების სამართლებრივ ასპექტებს ვერ შეცვლის". სამართალი ამბობს: „მოეპყარი შენს სუბსიდიარ საზოგადოებას როგორც დამოუკიდებელ, მოგების მომტან საწარმოს და ჩვენ მოგანიჭებთ შეზღუდულ პასუხისმგებლობას. ამას ვითხოვთ სხვა კორპორაციებისგანაც და თქვენგანაც".[77]

10. დასკვნა

მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონი აფუძნებს ზოგად ნორმას, რომ კომანდიტური საზოგადოების კომანდიტი, შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების, სააქციო საზოგადოებისა და კოოპერატივის პარტნიორი საზოგადოების ვალდებულებებისთვის პასუხს არ აგებს კრედიტორების წინაშე.[78] რაც შეეხება გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპს, კანონი მის უზოგადეს და, ერთი შეხედვით, პასიურ დეფინიციას გვაძლევს. კომანდიტური საზოგადოების შეზღუდული პარტნიორი, შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების, სააქციო საზოგადოებისა და კოოპერატივის პარტნიორები საზოგადოების კრედიტორების წინაშე პასუხს აგებენ პირადად, თუ ისინი ბოროტად გამოიყენებენ პასუხისმგებლობის შეზღუდვის სამართლებრივ ფორმებს.[79] ზემოთ ნათლად გამოჩნდა, თუ რა მოცულობისა და სიღრმის დოქტრინაა განვითარებული ანგლოამერიკულ სამართლებრივ სისტემაში ამ კუთხით. შეზღუდული პასუხისმგებლობის დოქტრინამ და მასთან მიმართებით გამჭოლი პასუხისმგებლობის კონცეფციამ ამ სამართლებრივ სისტემაში განვითარების საინტერესო გზა განვლო. მნიშვნელოვანია ამ ორი ურთიერთსაწინააღმდეგო პრინციპისადმი, უფრო სწორად პირსინგისადმი, როგორც პასუხისმგებლობის შეზღუდვის საგამონაკლისო ნორმისადმი, მე-19 საუკუნის ბოლოდან დღემდე მოყოლებული მიდგომების ვარიაციები. პირველდაწყებითად პარტნიორთა პასუხისმგებლობის კორპორაციაში განხორციელებული შენატანებით შემოსაზღვრა სამართლებრივი ბრუნვის საუცხოო მიღწევად იყო მიჩნეული; შემდგომ პერიოდში ურთიერთობებისა და სოციალური გარემოს განვითარებამ კრედიტორის ინტერესები წამოწია წინ; დაგროვილმა სასამართლო პრეცედენტებმა კი შეზღუდული პასუხისმგებლობის, როგორც კრედიტორებისთვის ერთგვარად დაუძლეველი ზღუდის აბსოლუტურობის, სამართლიან სამართლებრივ-ეკონომიკურ

[75] Salomon v. Salomon & Co. Ltd AC 22, 1897.

[76] Gas Lighting Improvement Co Ltd v IRC AC 723, 1923.

[77] *Rands W.J.,* Domination of A Subsidiary By A Parent, Indiana Law Review, Vol. 32:421, 1999, 456.

[78] მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონი, 1994 წლის 28 ოქტომბერი, 3.4.

[79] იქვე, 3.6.

ბრუნვასთან შეთავსების საკითხის მწვავედ დაყენება გამოიწვია. ამიტომაც სასამართლოებმა აქტიურად მიჰყვეს ხელი კორპორაციული საფარველის გაჭოლვას, რამაც განაპირობა კიდეც ამ პრინციპის მძლავრი განვითარება როგორც სასამართლო დარბაზებში, ისე აკადემიური წრის ნაშრომებში. მიმდინარე პერიოდს რაც შეეხება, აშკარად შეიმჩნევა კორპორაციულობის დაძლევის კრიტერიუმების გამკაცრება და გამჭოლი პასუხისმგებლობის პრინციპის გამოყენებისას გამძაფრებული სიფრთხილე.

საქართველოსთვის, როგორც ყოფილი საბჭოური ქვეყნისთვის, ბიზნესის წარმოების სამართლებრივი ფორმების ამგვარი განვითარება ისტორიული მიზეზების გამო წარმოუდგენელი იყო. დამოუკიდებლობის მიღების შემდგომ კი, 1994 წელს მიღებულმა მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონმა შეზღუდული პასუხისმგებლობა, როგორც საკორპორაციო სამართლის ქვაკუთხედი, იმთავითვე დაამკვიდრა, ასევე გაითვალისწინა პასუხისმგებლობის გაჭოლვის ნორმაც (3.6), თუმცა ზოგადი და ბუნდოვანი დანაწესით. ეს ზოგადი დანაწესი უფრო მეტად პირსინგის ისეთ შემთხვევას უნდა ეხებოდეს, როდესაც კრედიტორი პარტნიორის პირად აქტივებში შესაღწევად საზოგადოების გაჭოლვას ითხოვს. რაც შეეხება პირსინგის მეორე სახეს, რომელთან მიმართებითაც ბევრად მეტი დავა და პრეცედენტია სამართლებრივ სისტემებში, იგულისხმება მშობელი და სუბსიდიარი საწარმოების ურთიერთობა, ამ კონტექსტში ქართული კანონი არაფერს ამბობს. არადა, ერთი საწარმოდან აქტივების ვალდებულებების გარეშე სუბსიდიარში გატანის შემთხვევები პრაქტიკაში ნელ-ნელა შეინიშნება; ეს განსაკუთრებით სამშენებლო ბიზნესს ეხება. ამდენად, მიუხედავად იმისა, რომ ეკონომიკური საქმიანობის წამოწყების წახალისება და ამ კუთხით კანონისმიერი მოთხოვნების გამარტივება (იგულისხმება კანონისმიერი მინიმალური საწესდებო კაპიტალის გაუქმება, კანონის ნორმების უმეტესი ნაწილის დისპოზიციური ხასიათი და ა.შ.) მნიშვნელოვანია საქართველოსთვის, როგორც ახალბედა დემოკრატიული ქვეყნისთვის, ისევ და ისევ სამართლიანი ეკონომიკური გარემოს უზრუნველსაყოფად; კრედიტორისთვის დაცვის იმ მექანიზმების მინიჭება, რომელთაც წამყვანი ქვეყნების ეკონომიკური და სამართლებრივი სისტემები ითვალისწინებენ, ასევე აქტუალური უნდა იყოს.

ბიბლიოგრაფია

1. *Dewing A.S.,* The Financial Policy of Corporations, New York, 5th ed., 1953.
2. *Powell F.J.,* Parent and Subsidiary Corporations, 1931.
3. *Armour J., Haansmann H., Kraakman R.,* The Essential Elements of Corporate Law: What is Corporate Law? Harvard, John M. Olin Center For Law, Economics, and Business, Discussion Paper № 643, 7/2009, 2.
4. *Cabrelli D.,* The Case Against 'Outsider Reverse' Veil Piercing in Company Law, University of Edinburgh, School of Law, Working Paper Series, № 2010/03, 3, 4.
5. *Presser S.B.,* Thwarting The Killing Of The Corporation: Limited Liability, Democracy, And Economics, 87 Nw. U.L. Rev. 148, 1992, 2.
6. *Blumberg P.I.,* Limited Liability and Corporate Groups,11 J. Corp. L. 573, 1985-1986, 33.
7. *Meiners R.E., Mofsky J.S., Tollison R.D.,* Piercing The Veil of Limited Liability, 4 Del. J. Corp. L. 351, 1978-1979, 351, 357.
8. *Millon D.,* Piercing The Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability, Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper №, 03-13, 09-2003, 3.
9. *Manne H.G.,* Our Two Corporation Systems: Law and Economics, Virginia Law Reviews, Vol. 53, 1967, №2, 263.
10. *Posner R.A.,* The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 U. Chi. L. Rev. 499 1975-1976, 359.

11. *Hillman R.W.,* Limited Liability in Historical Perspective, 54 Wash. & Lee L. Rev. 615, 1997, 621, 625.
12. *Hicks J.,* Limited Liability: the pros and cons, in T. Orhnial, ed., Limited liability and the corporation, London, 1982, 11.
13. *Halpern P., Trebilcock M., Turnbull S.,* An Economic Analysis of Limited Liability In Corporation Law, The University of Toronto Law Journal, Vol. 30, № 2, Spring 1980, 117-150.
14. *Smith D.G.,* A Federalism-Based Rationale For Limited Liability, 60 Ala. L. Rev. 649, 2008-2009, 654, 667, 668, 669.
15. *Malik M.K.,* International Aspects of Corporate Law and Governance, Universiy of Warwick, UK, partial fulfillment of the requirements og LLM for the session 2005-2006.
16. *Woodward S.E.* Limited Liability in the Theory of the Firm, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 141, 601-611, 1985, 601, 602.
17. *Sollars G.G.,* An Appraisal of Shareholder Proportional Liability, Journal of Business Ethics, Vol. 32, № 4, Aug. 2001, 329-345, 334.
18. *Levmore S.,* Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings, 92 Yale L. J. 49, 1982, 49.
19. *Coffey M.P.,* In Defense of Limited Liability - A Replay To Hansmann And Kraakman, 1Geo. Mason L. Rev. 59, 1994.
20. *Macey J.R., Miller G.P.,* Double Liability of Bank Shareholders: History an Implications, Yale Law School Faculty Scholarship Series, 1-1-1992, 31.
21. *Grossman R.S.,* Fear and greed: The evolution of double liability in American banking, 1865-1930, Explorations in Economic History 44, 59-80, 2007, 62.
22. *Blumberg P.I.,* Blumberg on Corporate Groups, 2nd ed., Vol. 3, 122-60.
23. *Easterbrook F.H., Fischel D.R.,* Limited Liability and the Corporation, 52 U. Chi. L. Rev.,1985, 89.
24. *Marcantel J.A.,* Because Judges are not Angels Either: Limiting Judicial Discretion By Introducing Objectivity Into Piercing Doctrine, Kansas Law Review, Vol.59, №2, 2011, 12,13,14,15,16,19.
25. *Hansmann H., Kraakman R.,* The End of History Corporate Law, 89 Geo. L.J. 439, 2001, 466, 467.
26. *Kahan D.R.,* Shareholder Liability for Corporate Torts: A Historical Perspective, The Georgetown LawJournal, Vol. 97:1085, 1087.
27. *Alexander J.C.,* Unlimited Shareholder Liability Through a Procedural Lens, 106 Harv. L. Rev. 387, 1992, 3.
28. *Cheng T.K.,* The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S.Corporate Veil Doctrines, Boston College International and Comparative Law Review, Vol.34, Issue 2, Art. 2, 5-1-2011, 354, 371.
29. *Millon D.,* The Still-Elusive Quest to Make Sense of Veil-Piercing, Texas Law Review See Also, Vol. 89:15, 2009, 16.
30. *Wix G.W.,* Piercing the Corporate Veil: Should Michigan Consider Statutory Solutions? 79 U. Det. Mercy L. Rev. 637, 9.
31. *Rands W.J.,* Domination of A Subsidiary By A Parent, Indiana Law Review, Vol. 32:421, 1999, 456.

დავით გვენეტაძე *

რისკები და მათთან დაკავშირებული კორპორაციული მართვის პრობლემები

საერთაშორისო მასშტაბით მეწარმეობის როლი განუხრელად იზრდება, რაც გამოწვეულია ეკონომიკური გარდაქმნებით, სამომხმარებლო ინტერესების მუდმივი ზრდა-ცვალებადობით. აღნიშნული კი, მრავალ სასარგებლო შედეგთან ერთად, იწვევს კომპანიებს შორის კონკურენციის გამძაფრებას, ბიზნესსტანდარტების შეუქცევად განახლებას და დამატებით ნორმატიულ რეგულაციებს. ერთობლიობაში, კორპორაციულ-სამართლებრივი ურთიერთობები სულ უფრო კომპლექსური ხდება, რაც კომპანიების, ბიზნესსექტორების, შიდა და გარე ბაზრებისთვის (მათ შორის სახელმწიფოებისთვისაც) მუდმივ რისკებს წარმოშობენ.

სამეწარმეო საქმიანობისას რისკების აბსოლუტური გამორიცხვა, ფაქტობრივად, შეუძლებელია. შესაბამისად, კორპორაციული მართვის ფარგლებში რისკების გამოვლენა/შეფასება და მართვა უმნიშვნელოვანესი წინაპირობაა ბიზნესის სტაბილურობისა და ზრდისათვის. ამასთან, საჭიროა ამ პროცესის თანმიმდევრული და გეგმაზომიერი განხორციელება, რათა მაქსიმალურად შემცირდეს სხვადასხვა სახისა და მასშტაბის ნეგატიური ზეგავლენა კომპანიებზე.

საკითხის აქტუალურობიდან გამომდინარე, წინამდებარე სტატიაში განხილული იქნება კორპორაციული რისკები და მათი სახეები, გაანალიზდება რისკების მართვის კონკრეტული შემთხვევები და თანმდევი შედეგები, ასევე სხვადასხვა სახელმწიფოსა და საერთაშორისო ბაზრებზე არსებული ტენდენციები.

სტატიის მიზანია, მკითხველს მიაწოდოს ინფორმაცია რისკების მართვის თანამედროვე პრობლემებზე, განსაზღვროს მათი გადაჭრის გზები. ამ მიზნის მისაღწევად გამოყენებულია შედარებითსამართლებრივი ანალიზის მეთოდი.

საკვანძო სიტყვები: *საწარმოო პირობები, რისკების მართვა, სარისკო ღირებულება, რისკების მართვის ოფიცერი, რისკების მართვის სისტემა, რისკების მართვის საერთაშორისო და ეროვნული სტანდარტები, ფინანსური სტაბილურობის საბჭო, ევროპის რისკების მართვის ასოციაციათა ფედერაცია, საწარმოო რისკების მართვის კონცეფცია.*

1. შესავალი

რისკების გაწევა ბიზნესის ერთ-ერთი მამოძრავებელი ძალაა, თუმცა კვლავ პრობლემად რჩება მათი დროული/სრული შეფასება და მართვა. რისკების მართვის პრობლემა იმდენად აქტუალურად არ დგას კომპანიებში, სადაც ცოტა პარტნიორები არიან, ის მეტწილად მსხვილ კომპანიებს ეხება, რომელთა აქციონერები სხვადასხვა ქვეყანაშია მიმობნეული (განსაკუთრებით კორპორაციებს).[1]

კონკურენციული კაპიტალის ბაზარზე შემოსავლის მიღება შეუძლებელია რისკების გაწევის გარეშე, რასაც ხშირად თან სდევს ფარული უკანონო ქმედებები[2], ეს კი, სხვა მრავალ

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრატურის სტუდენტი.

1 *Fernando A.C.,* - Corporate Governance: Principles, Policies and Practices. Pearson Education, 2009, 52.

2 *Jonathan R. M.,* - Corporate Governance. Promises kept, Promises broken. Princeton University Press, Princeton and oxford, 2008, Published by Princeton University press, 41 William Street. Princeton, New Jersey 08540, 47.

რისკთან ერთად, შიდა კორპორაციული მართვის უმთავრესი პრობლემაა. რისკების არასწორ მართვას ხშირად მოჰყვება კომპანიების ფინანსური დანაკარგები, რეპუტაციის შელახვა და სხვ. შედეგების ლიკვიდაციას წლები და დიდი ძალისხმევა სჭირდება.

ბუნებრივია, კორპორაციული მართვისას ბორდის საქმიანობა გადამწყვეტ გავლენას ახდენს სტრატეგიული გადაწყვეტილებების ხარისხსა და კომპანიის განვითარებაზე,[3] რაც ასევე მოიცავს რისკების მართვის სისტემის ფორმირებას, მის მუდმივ სრულყოფას. იურიდიულ ლიტერატურაში არსებობს მოსაზრება, რომ პასუხისმგებლობის რისკი აიძულებს ხელმძღვანელებს, შეასრულონ თავიანთი მოვალეობები აქციონერთა ინტერესებიდან გამომდინარე, მაგრამ ხელმძღვანელები პასუხისმგებელნი არიან უშუალოდ საზოგადოების წინაშეც.[4] ამაზევე მიუთითებს, მაგალითად: 2008 წლის მსოფლიო ფინანსური კრიზისი, კომპანიებში ფინანსური თაღლითობები (*Olympus*),[5] მექრთამეობის ფაქტების გამოვლენა (*Siemens*),[6] რომლებიც, ძირითადად, გამოწვეული იყო კორპორაციული მართვის მასშტაბური ხარვეზებით, როდესაც ჯეროვნად არ/ვერ შეფასდა არსებული რისკები. მართალია, ამ და სხვა გახმაურებული მოვლენების შემდეგ კომპანიებმა მეტი ყურადღება მიაქციეს რისკების მართვას, თუმცა კომპანიების მართვის ფორმალურ პროცედურებში ძირეული ცვლილებები სწრაფად არ განხორციელებულა.

საყურადღებოა, რომ მრავალი კომპანიის რისკების მართვის პოლიტიკა ფოკუსირდება შიდა კონტროლსა და აუდიტზე, რაც, გარკვეულწილად, უკვე დამდგარი შედეგების ანალიზსა და მათზე რეაგირებას გულისხმობს,[7] ეს კი ხშირად დაგვიანებული, ძვირი და ნაკლებად ეფექტურია. ამიტომ წარმოიშობა რისკების დროული და ეფექტური პრევენციის საჭიროება.

თანამედროვე ეკონომიკის აღმავლობისა და სტაბილურობის შენარჩუნების ერთ-ერთი საფუძველი საკორპორაციოსამართლებრივი რეგულაციებია. საკორპორაციო სამართლის პრინციპული ფუნქციაა სამეწარმეო საქმიანობის განმახორციელებელი სუბიექტების სამართლებრივორგანიზაციული ფორმით უზრუნველყოფა[8], ასევე აუცილებელია კომპანიების ძალისხმევის გეგმაზომიერად მიმართვა ფინანსური და არაფინანსური, სტრატეგიული და

---

[3] *Kenneth R. A.,* - Rigid rules will not Make Good Boards'' Harvard Business Review, November-December 1982, 35, 44.

[4] *ჭანტურია ლ.*, კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბ., 2006, 68.

[5] ციფრული კამერების მწარმოებელი იაპონური კომპანია „ოლიმპუსის" (Olympus) წინააღმდეგ საერთო სარჩელი შეიტანა ექვსმა ბანკმა, რომლებიც ითხოვდნენ 27.9 მლრდ. იენის (273 მლნ. აშშ-ის დოლარის) ოდენობით ზიანის ანაზღაურებას 13-წლიანი თაღლითობის შედეგად მიყენებული ზიანისათვის. შედეგად, 2012 წელს სასამართლომ კომპანიის ყოფილ თავმჯდომარეს და ორ აღმასრულებელ თანამდებობის პირს პატიმრობა შეუფარდა (1990 წლიდან „ოლიმპუსის" დანაკარგების დაფარვისათვის), კომპანია კი დაჯარიმდა 700 მლნ. იენის ოდენობით.<https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-04-09/olympus-sued-for-273-million-after-13-year-fraud>, [11/04/2017].

[6] 2006 წელს უმსხვილეს გერმანულ საინჟინრო და ელექტროტექნიკის მწარმოებელ კომპანია „სიმენსში" („Siemens") ჩატარებული გამოძიებით დადგინდა, რომ კომპანია გამოსცემდა ყალბ ჩეკებს, კონტრაქტების მოსაგებად იხდიდა დიდი რაოდენობით ქრთამს, შექმნილი ჰქონდა დროებითი კომპანიები (Shell Firms) და ყალბი ფონდები, რომლებიც გამოიყენებოდა არაკანონიერი ტრანსაქციებისთვის. შედეგად, კომპანიამ 2001-2007 წლებში მოიგო 1.3 მლრდ. ევროს ღირებულების კონტრაქტები. ხანგრძლივი მექრთამეობისა და კორუფციული სქემის წარმოებისთვის „სიმენსს" დაეკისრა 1.34 მლრდ. ევროს ჯარიმის გადახდა ამერიკისა და ევროპის ქვეყნებისთვის. <https://www.theguardian.com/business/2008/dec/16/regulation-siemens-scandal-bribery>; <https://www.theguardian.com/business/2008/may/27/technology.europe>, [12/04/2017].

[7] კორპორაციული მართვის სახელმძღვანელო, საქართველო, სექტემბერი, 2010, საერთაშორისო საფინანსო კორპორაცია (IFC/International Finance Corporation) – საკონსულტაციო პროგრამა ევროპასა და ცენტრალურ აზიაში, 203, 204.

[8] *მახარობლიშვილი გ.*, საზოგადოებათა სტრუქტურაში ფუნდამენტური ცვლილებების განხორციელება, კორპორაციულსამართლებრივ ქმედებათა (შეძენა, შერწყმა) საფუძველზე შედარებითსამართლებრივი ანალიზი, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, თბ., 2014, 12.

ოპერაციული რისკებისაკენ. კორპორაციული მართვისას აუცილებელია, განვითარდეს რისკების შეფასებისა და მართვის ბერკეტები,[9] რათა სხვადასხვა პროფილის/საწარმოო მოცულობის კომპანიებმა ეფექტურად შეძლონ რისკების მართვა განსხვავებულ სიტუაციებში.

უნდა შევნიშნოთ, რომ რისკების შეფასებისას სხვადასხვა ქვეყნის კორპორაციათა პრაქტიკა განსხვავებულია: ზოგი მათგანი რისკების მართვას მთლიანად ბორდის საქმიანობად მიიჩნევს, მეორე ჯგუფი თვლის, რომ ეს აუდიტის კომპეტენციაა, სხვები კი – რისკების მართვაზე უფლებამოსილ ორგანოდ სპეციალურ კომიტეტებს ასახელებენ. ეს მიუთითებს რისკების მართვის სხვადასხვაგვარ მიდგომებზე, რაც, შეიძლება, ბუნებრივიც იყოს, თუმცა რისკების მართვის ხარვეზები ამ განსხვავებული მიდგომების შედეგი არაა, ისინი, ძირითადად, კომპანიების არაეფექტური სარისკო პოლიტიკის გატარების შედეგია.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, კომპანიების (განსაკუთრებით კი მსხვილი კორპორაციების, რადგან საკორპორაციო სამართალში ყველაზე უფრო მნიშვნელოვან ორგანიზაციულ გაერთიანებებს კორპორაციები წარმოადგენენ)[10] წინაშე არსებული რისკების იდენტიფიცირება, მათი ეკონომიკური, ფინანსური და სოციალური ზეგავლენის ადეკვატური შეფასება და მათგან წარმოშობილი კორპორაციული მართვის პრობლემების ანალიზი აქტუალური საკითხებია. მითუმეტეს, საინტერესოა ამ მხრივ უცხოეთში არსებული პრაქტიკისა და ტენდენციების შედარებითსამართლებრივი ანალიზი.

2. რისკის არსი და მისი სახეები

ზოგადი განმარტებით, რისკი არის ეკონომიკური საქმიანობისას არახელსაყრელ მდგომარეობაში ჩავარდნის, ბაზარზე ფასების შემცირების, საწარმოო პირობების გაუარესების, შემოსავლის, ქონებისა და ფულადი საშუალებების გაუთვალისწინებელი დანაკარგის მიღების საშიშროება. რისკი წარმოიშობა ეკონომიკური ურთიერთობების ტრანსფორმაციის, შიდასახელმწიფოებრივი და საერთაშორისო ნორმატიულსამართლებრივი ბაზის მუდმივი ცვლილების, მეცნიერულ-ტექნოლოგიური პროგრესის დაჩქარებული ტემპების, კონკურენციის გაძლიერების, სამომხმარებლო ინტერესების დინამიკური ზრდის შედეგად.[11]

საერთოდ, გამოყოფენ რისკის შემდეგ სახეებს: **საბანკო, სავალუტო, საკრედიტო, საინვესტიციო** და სხვ.[12] რაც შეეხება კორპორაციული რისკების სახეებს, მათგან მნიშვნელოვანია:

1. **სტრატეგიული რისკი** – როდესაც კომპანიას აქვს არასწორი/ნაკლებად ეფექტური ბიზნესსტრატეგია (მაგ.: კომპანია ჩამორჩა ტექნოლოგიურ განვითარებას და დროულად ვერ ახერხებს საწარმოო საშუალებების შეცვლა-განახლებას). სტრატეგიული რისკის კლასიკური მაგალითია კომპანიების – „*Kodak*"-ისა და „*Xerox*"-ის – შემთხვევები. „*Kodak*"-ს წლების განმავლობაში ფოტოგრაფიის ბაზარზე ეკავა მოწინავე პოზიცია. 1975 წელს ამ კომპანიის

[9] Risk Management and Corporate Governance, Corporate Governance. OECD (The Organization for Economic Co-operation and Development) (2014), OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208636-en>, [11/04/ 2017], 8.

[10] *მაისურაძე დ.*, კორპორაციულსამართლებრივი თავდაცვითი ღონისძიებები კაპიტალური საზოგადოების რეორგანიზაციისას (შედარებითსამართლებრივი კვლევა, უპირატესად, დელავერისა და ქართული საკორპორაციო სამართლის მაგალითზე), სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, თბ., 2014, 7.

[11] Проблема управления рисками на предприятии, 2017, <http://arbir.ru/articles/a_3902.htm>, [11.04.2017].

[12] რისკის არსი, რისკის წარმოშობის მიზეზები, საქართველოს პარლამენტის ეროვნული ბიბლიოთეკა, <http://www. nplg.gov.ge/gsdl/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0ekonomik--00-1----0-10-0---0---0prompt-10---4-------0-1l--11-ka-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-00&a=d&cl=CL2.13&d=HASH6bac00dbf13ee602739cac.3.fc>, [11.04.2017].

ერთ-ერთმა ინჟინერმა – სტივენ სასონმა გამოიგონა ციფრული კამერა, რომელიც ჩვეულებრივ კამერასთან შედარებით უკეთეს ფოტოგადაღებას უზრუნველყოფდა. თუმცა კომპანიამ ჩათვალა, რომ ეს ინოვაცია სარისკო პროექტი იყო, რაც საფრთხეს შეუქმნიდა მის ბიზნესს და, შესაბამისად, გამოგონება აღარ განუვითარებია.

ამ შემთხვევაში, რომ მომხდარიყო სტრატეგიული რისკის სრულყოფილი შეფასება (მისი ფინანსური/სოციალური შედეგების ანალიზი, ტექნიკური განვითარების პერსპექტივა და სხვ.), კომპანია მივიდოდა დასკვნამდე, რომ ციფრულ კამერას ადრე თუ გვიან სხვა მაინც გამოიგონებდა და აწარმოებდა, რასაც შეეძლო მეტოქეების კონკურენტუნარიანობის ზრდა და ბაზარზე დომინირება გამოეწვია. სწორედ ამ სტრატეგიული რისკის შეუფასებლობამ მიიყვანა *„Kodak"*-ი გაკოტრებამდე. მართალია, დღეს კომპანია ისევ აგრძელებს საქმიანობას, თუმცა გაცილებით პატარა მასშტაბებით. განსხვავებულად მოიქცა ციფრული ბეჭდვის ერთერთი გიგანტი *„Xerox"*-ი[13], რომელმაც იცოდა, რომ ლაზერული კოპირების ტექნოლოგიის განვითარება იყო სტრატეგიული რისკი, მაგრამ შეძლო ახალ ტექნოლოგიასთან ადაპტირება და ბიზნესმოდელის შეცვლა. კომპანიამ ლაზერული კოპირება მრავალმილიარდიან ბიზნესად აქცია და სტრატეგიულმა რისკმაც გაამართლა.[14]

2. **შესაბამისობის რისკი** – უკავშირდება საკანონმდებლო რეგულაციებს, სხვადასხვა სფეროში მოქმედ სტანდარტებს, აგრეთვე საინვესტიციო პრაქტიკას.[15] გამოიყოფა შესაბამისობის რისკის ქვეკატეგორიებიც (გარემოს დაცვასთან, სამუშაო ადგილის უსაფრთხოებასა და ჯანდაცვასთან, კორუფციულ პრაქტიკასთან, სოციალურ პასუხისმგებლობასთან, ხარისხთან, საპროცესო საქმიანობასთან დაკავშირებული რისკები).[16] ბუნებრივია, წარმატებულ კორპორაციათა უმრავლესობის საქმიანობა შეესაბამება მოქმედ კანონმდებლობას, რეგულაციებსა და სხვადასხვა სტანდარტს, თუმცა ისინი ხშირად იცვლებიან და შესაძლოა, კომპანია მომავალში დაექვემდებაროს დამატებით რეგულაციებს. ამიტომ ბიზნესის ზრდისათვის აუცილებელია ახალ მოწესრიგებასთან შესაბამისობაში მოსვლა. მაგალითად, კალიფორნიაში მოქმედი ფერმა პროდუქციას ყიდის შტატების ტერიტორიაზე მდებარე გასტრონომიულ მაღაზიებში. თუ ის გადაწყვეტს ევროპის ბაზარზე შესვლას, დაუპირისპირდება შესაბამისობის რისკს, რადგან ევროპის ქვეყნებს აქვთ სურსათის უვნებლობის საკუთარი წესები, განსხვავებული საგადასახადო და საბუღალტრო რეგულაციები, რომელთა დაკმაყოფილება კომპანიას შეიძლება ძვირი დაუჯდეს.

შესაბამისობის რისკის დასადგენად, შესაფასებლად და სამართავად აუცილებელია კომპანიის მომავალი ადგილსამყოფელი ქვეყნის ან ადმინისტრაციული ტერიტორიის მოქმედი კანონმდებლობისა და რეგულაციების, დამკვიდრებული სამეწარმეო და სავაჭრო ტრადიციების ანალიზი, რაც არსებითად ამცირებს შესაბამისობის რისკს და კომპანიას განუსაზღვრავს სამოქმედო გეგმას.

3. **საოპერაციო რისკი** მოიცავს შიდა კორპორაციული მართვის პროცედურებსა და სისტემებს. იგი ხშირად უკავშირდება კორპორაციის მიერ მიღებულ სწრაფ გადაწყვეტილებას, თუ როგორ უნდა იმოქმედოს კომპანიამ და რა არის მისი პრიორიტეტი კონკრეტულ დროს/

---

[13] ქსეროქსის კორპორაცია (Xerox Corporation) – ამერიკული კორპორაცია. აწარმოებს ციფრული ბეჭდვის სხვადასხვა ტექნოლოგიას და აწვდის შესაბამის მომსახურებას მსოფლიოს 160-ზე მეტ ქვეყანაში. 2016 წელს კომპანიის წლიურმა შემოსავალმა შეადგინა 10.77 მლრდ. აშშ-ის დოლარი. დასაქმებულია 131 800 ადამიანი, <https://en.wikipedia.org/wiki/Xerox>, [11.04.2017].

[14] <https://business.tutsplus.com/tutorials/the-main-types-of-business-risk--cms-22693>, [11.04.2017].

[15] <http://smallbusiness.chron.com/types-business-risk-99.html>, [11.04.2017].

[16] <http://simplicable.com/new/compliance-risk>, [11.04.2017].

გარემოებებში.[17] გამოიყოფა საოპერაციო რისკის შემდეგი ქვეტიპები: 1. რეგულაციური ჯარიმები, 2. ტერორიზმი, 3. ინფორმაციული ტექნოლოგიების (*IT*) გაუმართაობა, 4. დასაქმებულთა დაქირავება და მათი უზრუნველყოფა, 5. კომპანიის საქმიანობაში მესამე პირების მონაწილეობა (*Outsourcing*), 6. ორგანიზაციული ცვლილებები, 7. ფულის გაყალბებასთან ბრძოლა (*AML*) და ანტიტერორისტული ფინანსირება (*CTF*), 8. კომპანიებისა და დასაქმებულთა ყოფაქცევა, 9. კიბერრისკი.[18]

[17] <http://www.investopedia.com/terms/o/operational_risk.asp>, [11.04.2017].

[18] რადგან საოპერაციო რისკი კორპორაციული მართვის ურთულესი პრობლემაა, ყურადღება უნდა გამახვილდეს მის რამდენიმე ქვეკატეგორიაზე, კერძოდ ესენია: 1. რეგულაციური ჯარიმები – ფინანსურ კრიზისამდე უძრავი ქონების უზრუნველყოფის დაბალი გარანტიების გამო და სავალუტო ბაზრობებზე გლობალური მანიპულაციების შედეგად, მომრავლდა სამართლებრივი სანქციები, რაც მძიმე ტვირთად დააწვა საფინანსო კომპანიებს. მაგ.: 2009–2014 წლებში აშშ-ის ფასიანი ქაღალდებისა და ვალუტის გადაცვლის კომისიის მიერ დაკისრებული ჯარიმები საშუალოდ 50 %-ით გაიზარდა; ლონდონის ბანკთაშორის შეთავაზებული განაკვეთის (LIBOR/London Interbank Offered Rate) სკანდალში მონაწილე ბანკები და ბროკერები 9 მლრდ. ევროთი დააჯარიმდნენ. 2015 წელს კი უცხოური ვალუტის ბაზარზე (Forex market) ფინანსურ მაქინაციებში მონაწილეობისთვის ბანკებმა – Barclays, Citi, JP, Royal Bank of Scotland და UBS – ჯარიმის სახით 5.6 მლრდ. ევრო გადაუხადეს ბრიტანეთსა და აშშ-ს. ამ რაოდენობის ჯარიმებმა აიძულა კომპანიები, საფუძვლიანად შეეფასებინათ ოპერაციული რისკები და შესაბამისი ღონისძიებები განეხორციელებინათ; 2. ტერორიზმი – 2015 წელს ტერორისტული აქტები განხორციელდა ოტავასა (კანადა) და სან-ბერნანდინოში (აშშ), რუსული სამგზავრო თვითმფრინავი ჩამოვარდა ეგვიპტეში, ამავე წლის 13 ნოემბერს მოხდა პარიზის თავდასხმა. ხსენებულ მოვლენებს ფართო საერთაშორისო გამოხმაურება მოჰყვა, მათ შორის კომპანიების მხრიდან. ისლამური სახელმწიფოს (IS) გამოჩენის შემდეგ კი ფინანსური კომპანიები განსაკუთრებით ფხიზლობენ, რადგან ტერორისტების სამიზნე, ხშირად, მსხვილი ფინანსური ცენტრებია. ბუნებრივია, ასეთი მოვლენები მომავალშიც რისკის შემცველია არა მხოლოდ სახელმწიფოსა და საზოგადოებისთვის, არამედ ასევე ბიზნესებისთვის. ეკონომიკისა და მშვიდობის ინსტიტუტის (Institute for Economics and Peace) მიერ ჩატარებული კვლევით გამოითვალა ტერორიზმის ღირებულება. საყურადღებოა, რომ, თუ ტერორიზმის ღირებულება 2000 წელს 4.93 მლრდ. დოლარს შეადგენდა, ამ მაჩვენებელმა 2014 წელს 52.90 მლრდ. დოლარს მიაღწია, რაც 2001 წლის აშშ-ში 9/11 ტერაქტის შემდეგ დაფიქსირებულ მაჩვენებელსაც (51.51 მლრდ.) კი აღემატება; 3. ინფორმაციული ტექნოლოგიების (IT) გაუმართაობა – ბევრ სავაჭრო კომპანიას აქვს რთული ელექტრონული პლატფორმები, რომლებიც წუთებში ათასობით ტრანსაქციას ახორციელებენ, შესაბამისად, ქსელური (Online) ვაჭრობისას წარმოიშობა უსაფრთხოების მაღალი რისკები. ამ რისკების წინაშე დგანან ბანკებიც, რომლებიც ყველაზე ხშირად ახორციელებენ უნაღდო გადარიცხვებს. მაგ.: 2014 წელს გერმანიის უმსხვილესი ბანკი – Deutsche Bank ბრიტანეთის ბაზრის მარეგულირებელმა ორგანომ 7.8 მლნ. ევროთი დააჯარიმა 2007–2013 წლებში განხორციელებულ ტრანსაქციებზე მცდარი მოხსენებისთვის. ეს ფაქტი მიუთითებს, რამდენად მნიშვნელოვანია IT რისკების მართვა და რამდენად ძვირია პროგრამული გაუმართაობის შედეგების ლიკვიდაცია; 4. დასაქმებულთა დაქირავება და მათი უზრუნველყოფა – დღეისათვის ბევრ ინდუსტრიას ურთულდება შესაბამისი კვალიფიკაციის მქონე შტატების შერჩევა და მათი კომპანიაში დასაქმება/ დამაგრება, რაც განსაკუთრებით ეხება საზოგადოებასთან ურთიერთობის თანამშრომლებს (გაყიდვებისა და ინვესტიციების მენეჯერებს, ე.წ. Front Office Staff), ასევე რისკების მენეჯერებს; 5. კომპანიის საქმიანობაში მესამე პირების მონაწილეობა (Outsourcing) – ფინანსურ ინდუსტრიაში გავრცელებულია სერვისის მიმწოდებელი გარე კომპანიების აუდიტორული, სამართლებრივი, ფინანსური, ლობისტური და სხვა მომსახურებებით სარგებლობა. ეს კი წარმოშობს დამატებით რისკებს (ე.წ. „მესამე მხარის რისკებს“), რომლებიც ადეკვატურ მართვას საჭიროებენ. ხსენებული რისკების მართვისას კომპანიამ საწყის ეტაპზევე უნდა დაადგინოს მომსახურების მომწოდებელი გარეკომპანიის (Outsource) ვინაობა, უნდა განსაზღვროს, რამდენად სრული, სანდო, დროული და დაცულია მის მიერ მოწოდებული ინფორმაცია, რამდენად ხარისხიანია მისი მომსახურება; 6. ორგანიზაციული ცვლილებები – ორგანიზაციული ცვლილების რისკი ხშირად წარმოიშობა რეგულაციების ცვლილებისას, მაგალითად: ახალი საკანონმდებლო ნორმის შემოღება, რომელიც ბანკებისთვის აწესებს გაზრდილ საწესდებო კაპიტალს. ამ დროს მცირე კაპიტალის მქონე ბანკებს უწევთ რესტრუქტურიზაცია, წინააღმდეგ შემთხვევაში, ისინი დაკარგავენ საქმიანობის ლიცენზიას. აღსანიშნავია, რომ საკანონმდებლო ცვლილების წინასწარ გამოცნობა რთულია, თუმცა ბაზარზე არსებული ტენდენციების, სახელმწიფოს ეკონომიკური პოლიტიკის ანალიზის საფუძველზე შეიძლება ორგანიზაციული რისკების იდენტიფიცირება და შესაბამისი ზომების წინასწარ მიღება (თუნდაც კომპანიის საოპერაციო ბიუჯეტში გაუთვალისწინებელი სახსრების ჩადება და სხვ.); 7. კიბერრისკი – 2014 წელს ამერიკულ კომპანია „GP Morgan“-ს მოჰპარეს 83 მლნ. კლიენტის პირადი ინფორმაციები, რაც დღემდე უმსხვილეს კიბერთავდასხმად ითვლება. ამ და მსგავსი

4. **ფინანსური რისკი** მოიცავს კომპანიის მოსალოდნელ ფინანსურ დანაკარგებს. იგი, ძირითადად, წარმოიშობა ფინანსური ბაზრის არასტაბილურობით, რომელიც, თავის მხრივ, გამოწვეულია აქციათა ფასების, ვალუტისა და ინტერესთა სფეროების ცვალებადობით. ფინანსური რისკი ყველა სახის ბიზნესისათვის პრიორიტეტულია და იგი შეიძლება შემდეგ სახეებად დაიყოს: საბაზრო, საკრედიტო, ლიკვიდურობის და ოპერაციული,[19] რაზეც ზემოთ უკვე ითქვა. ცალკე უნდა აღინიშნოს დივერსიფიცირებადი რისკიც, რომელიც მოიცავს კომპანიის მიერ პატენტის, ლიცენზიის დაკარგვის ან/და რეზერვის შემცირების საშიშროებას. ამ შედეგის თავიდან ასაცილებლად ნავთობმომპოვებელი კომპანიები, როგორც წესი, ცდილობენ აქტივების სხვადასხვა რეგიონსა და ქვეყანაში გადანაწილებას, რაც უზრუნველყოფს რისკების დივერსიფიცირებას.[20]

5. **რეპუტაციული რისკი** არის კომპანიის, ბრენდის ან მეწარმე ჯგუფის სანდოობის დაკარგვის საშიშროება. იგი შეიძლება წარმოიშვას უშუალოდ კომპანიის თანამშრომლების ან მესამე პირების მოქმედებების შედეგად. რეპუტაციული რისკების სამართავად კომპანიამ უნდა აიღოს სოციალური პასუხისმგებლობა, იყოს გამჭირვალე, განსაზღვროს, თუ რა ზეგავლენა ექნება მის საქმიანობას გარემოსა და საზოგადოებაზე.[21] რეპუტაციული რისკის ცუდი მართვის გახმაურებული შემთხვევაა ბრაზილიის სახელმწიფო ნავთობგიგანტ **„*Petrobras*"**-ის საქმე. კომპანიის მმართველები, მასთან დაკავშირებული სერვისისა და პროდუქციის მიმწოდებელი კომპანიები და პოლიტიკოსები ამხილეს მომსახურებისა და საქონლის შეუსაბამოდ გაზრდილ ფასად რეალიზებაში, რაც ხორციელდებოდა სპეციალური გეგმის მიხედვით. გაბერილი კონტრაქტებიდან მიღებული ნამატი შემოსავალი ქრთამის სახით ნაწილდებოდა კორუფციულ სქემაში მონაწილეებზე. სკანდალის გახმაურების შემდეგ კომპანიას სერიოზულად შეელახა რეპუტაცია, რასაც დაემატა ფინანსური დანაკარგები – მარტო 2016 წელს კომპანიამ 358 მლნ. აშშ-ის დოლარი დაკარგა,[22] 2 წლის განმავლობაში მრავალი დასაქმებული სამუშაოს გარეშე დარჩა, კომპანიაზე დამოკიდებული მცირე საწარმოები კი გაკოტრდნენ. ამ შემთხვევაზე დღესაც გრძელდება გამოძიება. შედეგების სალიკვიდაციოდ და რეპუტაციის აღსადგენად კომპანიამ დაიქირავა **შესაბამისობის ოფიცერი (*Compliance Officer*)**, რომელიც ხელმძღვანელობს კომპანიის შესაბამისობის პროგრამას.

ამ საქმის მძიმე შედეგებიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ სპეციალური ოფიცრის დაქირავება საკმარისი არაა. დამატებით, მიზანშეწონილია კომპანიის მართვის მოდელის გადახედვა და რისკების მართვის გრძელვადიანი სტრატეგიული გეგმის ამოქმედება, რასაც უფრო კომპლექსური ღონისძიებები სჭირდება. ეს ხელს შეუწყობდა მომავალში კომპანიის ოპერაციული, რეპუტაციული, ფინანსური და შესაბამისობის რისკების მართვას.

თავდასხმების შემდეგ კომპანიებმა დაიწყეს კიბერსისტემების გამართვა და უსაფრთხოების ზომების გამკაცრება, რადგან თავდასხმათა შედეგად გამართულად ვეღარ ფუნქციონირებდნენ და კარგავდნენ საზოგადოების ნდობას. 2015 წელს აშშ-ის ჯორჯიის ტექნოლოგიურ ინსტიტუტში კიბერუსაფრთხოების საკითხზე ჩატარებული კვლევით დადგინდა, რომ ფინანსურ სექტორში, სხვა სექტორებთან შედარებით, დასაქმებულია ინფორმაციული უსაფრთხოების უფროსი ოფიცრების (Cisco) ყველაზე მეტი რაოდენობა, რაც მიუთითებს კიბერრისკების მიმართ გაზრდილ ყურადღებაზე. <http://www.risk.net/risk-management/2441306/top-10-operational-risks-2016#top>, [11.04.2017].

[19] <https://www.simplilearn.com/financial-risk-and-types-rar131-article>, [11.04.2017].

[20] Специфичные корпоративные риски капитализации, < http://proizvodim.com/specifichnye-korporativnye-riski-kapitalizacii.html>, [12.04.2017].

[21] репутационный риск. сборник экономических и финансовых терминов, <http://investocks.ru/reputacionnyx-risk-reputational-risk/>, [12.04.2017].

[22] <http://www.ethicalcorp.com/business-strategy/corruption-reputation-risk-and-opportunity>, [12.04.2017] .

3. რისკების მართვის სტანდარტები და მექანიზმები

რისკების შეფასების, კონტროლისა და მართვის სფეროში მნიშვნელოვანი ეტაპი იყო 1990-იანი წლების დასაწყისი, როდესაც ჩამოყალიბდა ფინანსური რისკების შეფასების მეთოდი – **სარისკო ღირებულება *VaR* (*Value at Risk*).** მან მოიპოვა მსხვილი საფინანსო ინსტიტუტების აღიარება, რასაც მოჰყვა ფინანსური ბაზრის რეგულატორების ნდობაც. უმსხვილესი ამერიკული ბანკი „*J.P. Morgan*"-ი 1994 წელს უკვე იყენებდა სარისკო ღირებულების მეთოდს რისკების მართვისას. 90-იანი წლებიდან დამკვიდრდა რისკმენეჯმენტის სტანდარტიზაციის ტენდენციაც, რომელიც ვრცელდებოდა შიდასახელმწიფოებრივ და საერთაშორისო დონეზე, რაც ხელს უწყობდა რისკების მართვის ერთიანი მეთოდოლოგიის განვითარებას. ამ საერთაშორისო სტანდარტებიდან აღსანიშნავია: რისკების შეფასების ტექნიკა (ISO/IEC 31010, 2009); სახელმძღვანელოები რისკების მართვის სტანდარტებისთვის (ISO/IEC Guide 73); საწარმოს რისკების მართვა (აშშ); რისკების მართვის სტანდარტი (ALARM 2002). ეროვნული სტანდარტებიდან კი მნიშვნელოვანია: ბრიტანული, ავსტრალიური, კანადური და იაპონური სტანდარტები.[23]

ევროპის რისკების მართვის ასოციაციათა ფედერაციის (*FERMA*)[24] განმარტებით, რისკების მართვა არის ნებისმიერი კომპანიის სტრატეგიული მიმართულება, რომელიც ემსახურება მათზე სხვადასხვა ზემოქმედების დროულ იდენტიფიცირებასა და მართვას. იგი განგრძობადი და განვითარებადი პროცესია, რომელიც უნდა შედიოდეს კომპანიის სამოქმედო პოლიტიკაში, უნდა გაიწეროს შესაბამისი მიზნები და ტაქტიკური მოქმედებები. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ რისკების მართვაზე პასუხისმგებელია არა მხოლოდ ხელმძღვანელი პირები/ორგანოები, არამედ კომპანიის ნებისმიერი თანამშრომელი საკუთარი კომპეტენციის ფარგლებში. რისკების მართვა იყოფა შემდეგ ეტაპებად: რისკების შეფასება (მოიცავს მათ იდენტიფიცირებას, აღწერას); რისკებზე რეაგირება (საშიშროებებისა და შესაძლებლობების დადგენა, გადაწყვეტილების მიღება, რისკების მართვა, მოხსენება, მონიტორინგი). რისკების იდენტიფიცირება მეთოდურად უნდა ხორციელდებოდეს, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს ყველა არსებული რისკის გამოვლენა. იდენტიფიცირებისას მიმართავენ შემდეგ ხერხებს: კითხვარების შევსება; ბიზნესის სხვადასხვა სექტორის შესწავლა; ინციდენტების გამოძიება; აუდიტი და ინსპექტირება. განსაკუთრებული დატვირთვა აქვს რისკების აღწერას, რომლის მიზანია უკვე იდენტიფიცირებული რისკების სტრუქტურულ ფორმატში გამოსახვა, მაგალითად, გრაფის სახით წარმოდგენა. ეს საშუალებას იძლევა, გამოიყოს პრიორიტეტული რისკები და შესაბამისი რეაგირებები (მაგ.: სტრატეგიული, ტაქტიკური, ოპერაციული).

შიდა დონეზე რისკების ეფექტურად სამართავად და მათ დასაძლევად კომპანიასთან დაკავშირებულ სუბიექტებს სჭირდებათ სხვადასხვა კატეგორიის ინფორმაცია. დირექტორთა საბჭომ უნდა იცოდეს ყველაზე მნიშვნელოვანი რისკების, მათი მოსალოდნელი ეფექტე-

---

[23] **международные стандарты управления рисками: не базелем единым - Александр Баранов заместитель генерального директора УК «Паллада Эссет Менеджмент», председатель Комитета ПАРТАД по внутреннему контролю и управлению рисками, 2015, 25, 26, 30, <http://partad.ru/UploadFiles/GetUploadedPdfFile?uploadFileId=113>, [18.04.2017].**

[24] ევროპის რისკების მართვის ასოციაციათა ფედერაცია (FERMA/Federation of European Risk Management Associations) აერთიანებს ესპანეთის, დიდი ბრიტანეთის, ლუქსემბურგის, საფრანგეთის, იტალიის, პორტუგალიის, ჩეხეთის, ბელგიის, გერმანიის, დანიის, თურქეთის, ფინეთის, ჰოლანდიის, ნორვეგიის, პოლონეთის, რუსეთის, სლოვენიის, შვეიცარიის, მალტის რისკების მართვის ასოციაციებს. ფედერაცია თანამშრომლობს სხვადასხვა სავაჭრო და ბიზნესორგანიზაციასთან, იგი შეიმუშავებს რისკების მართვის მეთოდოლოგიას, ორგანიზებას უწევს სპეციალურ სემინარებსა და მიმოხილვებს, აქვეყნებს პუბლიკაციებს. FERMA რისკების მართვის სფეროში, ევროპის მასშტაბით, წამყვანი ორგანიზაციაა. <http://www.ferma. eu/ about/mission-and-objectives/what-is-ferma/>, [18.04.2017].

ბის შესახებ, აგრეთვე, თუ რა გზით მართავს კომპანია სიტუაციას, რამდენად არის დაცული კონფიდენციალური ინფორმაცია, როგორ უნდა გაგრძელდეს ურთიერთობა ინვესტორებთან. რისკების მართვაში საკუთარ როლს ასრულებენ კომპანიის რიგითი დასაქმებულებიც, რომლებიც გაცნობიერებულნი უნდა იყვნენ ინდივიდუალურ რისკებში, უნდა იცოდნენ ამ პროცესში საკუთარი როლი. მათ სისტემატურად და დაუყოვნებლივ უნდა მიაწოდონ ინფორმაცია ხელმძღვანელებს ახალი/ახლად გამოვლენილი რისკებისა და შესაძლო კონტროლის მექანიზმებზე. რისკების მართვისას უმნიშვნელოვანესია საჯაროობაც – კომპანიამ რეგულარულად უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია თავის მეწილეებს კომპანიაში არსებულ/მოსალოდნელ რისკებზე.

რისკების მართვის სისტემა, განსაკუთრებით საბანკო ინდუსტრიაში, კრიტიკულად იქნა განხილული სახელმწიფოებრივ, ევროპულ და საერთაშორისო დონეებზე, რაც აისახა კიდეც ბრიტანული **კორპორაციული მართვის კოდექსის** ძირითად პრინციპზე.[25] მათ მიხედვით, კომპანიის ბორდმა მინიმუმ წელიწადში ერთხელ უნდა შეაფასოს/გადახედოს შიდა კონტროლისა და რისკების მართვის სისტემას.[26] ეფექტური კორპორაციული მმართველობა მოითხოვს, რომ რისკების მართვისას აღმასრულებელი გუნდის როლი მკაფიოდ განისაზღვროს. 2013 წლიდან ევროპის კომპანიები, რომელთა აქციები გატანილია სხვადასხვა საფონდო ბირჟაზე (*Listing Companies*), ვალდებულნი არიან, ყოველწლიურ მოხსენებაში ასახონ რელევანტური და არსებითი ინფორმაცია რისკების მართვაზე. ბორდს ეკისრება პასუხისმგებლობა ყველა რისკის იდენტიფიცირებაზე, შეფასებასა და სწორ მართვაზე. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ რისკის მოცულობა განსხვავდება არა მარტო ბიზნესის სახისა და ზომის მიხედვით, არამედ ბიზნესის წარმოების სტადიების მიხედვითაც. როგორც წესი, ახალი/მზარდი ბიზნესი გაცილებით მეტ რისკს უპირისპირდება, ვიდრე ძველი ბიზნესი.[27]

ჩვეულებრივ, რისკების მართვას დირექტორთა საბჭო ახორციელებს, თუმცა ეს ფუნქცია შეიძლება ნაწილობრივ დაეკისროს აუდიტის კომიტეტს. შიდა აუდიტის როლი განსხვავებულია სხვადასხვა კომპანიაში, პრაქტიკულად მისი ფუნქცია შეიძლება იყოს: რისკების იდენტიფიცირება/შეფასება; კომპანიის შტატების სწავლება/მომზადება რისკების მართვასა და კონტროლის პროცედურებში; რისკების მართვის პროცესის შიდა აუდიტი; დირექტორთა საბჭოსა და სხვადასხვა კომიტეტთან კოორდინირება. კომპანიის ზომიდან გამომდინარე, რისკების მართვას შეიძლება ახორციელებდეს სრული ან არასრული სამუშაო განაკვეთის მქონე ერთი ან რამდენიმე პირი, ან/და რისკების მართვის დეპარტამენტი.[28] **ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის (OECD)** ანალიტიკურ პუბლიკაციაში – „რისკების მართვა და კორპორაციული მართვა“ – გამოთქმულია მოსაზრება, რომ ბანკების გარდა სხვა კომპანიებშიც შეიძლება მუშაობდეს **რისკების მართვის ოფიცერი (*Chief Risk Officer*)** ან მისი ეკვივალენტი კადრი, რომელიც უშუალოდ ახორციელებს რისკების მართვას.[29] **„ბაზელი – III-ის“[30] ჩარჩო დოკუმენტის** მიხედვით, დიდი ბანკები, საერთაშორისო საბანკო ბაზარზე

[25] The UK Corporate Governance Code, FRC/Financial Reporting Council. April 2016, 9, 16-18.

[26] The Corporate Governance Review-Reproduced with permission from Law Business Research Ltd. This article was first published in The Corporate Governance Review, 4th ed., (published in march 2014-editor Willem J L Calkoen), Published in the United Kingdom by Law Business Research Ltd. London, 87 Lancaster Road, London W11 1QQ, UK. 2014, 85.

[27] A Guide to Corporate Governance Practices in the European Union – IFC (International Finance Corporation, World Bank Group) 2121Pennsylvania Avenue, NW, Washington, DC 20433, 2015, 64.

[28] A Risk Management Standard – Federation of European Risk Management Associations, AIRMIC, ALARM, IRM: 2002, translation copyright FERMA: 2003, 3, 5, 7, 11, 13, 15.

[29] Risk Management and Corporate Governance, Corporate Governance. OECD (The Organization for Economic Co-operation and Development) (2014), OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208636-en>, 12, [11/04/2017].

[30] ბაზელი–III – საერთაშორისო შეთანხმება, რომლითაც გაუმჯობესებულია საბანკო სექტორში რეგულაციების, ზედამხედველობისა და რისკების მართვის პროცედურები. შეთანხმების პირველი ვერსია

მოქმედი ბანკები და სხვა ფინანსური კომპანიები ვალდებულნი არიან, ჰყავდეთ დამოუკიდებელი **უფროსი აღმასრულებელი** რისკების მართვაზე განცალკევებული პასუხისმგებლობით (მაგ.: რისკების მართვის ოფიცერი), მათთვის სავალდებულოა რისკების მართვის სახელმძღვანელოს ქონაც. მნიშვნელოვანია, რომ რისკების მმართველის ფუნქციები გამოყოფილი უნდა იყოს სხვა აღმასრულებლების ფუნქციებისა და პასუხისმგებლობებისგან, ე.ი. უნდა გამოირიცხოს ორმაგი კომპეტენციები. ბანკებისთვის განსაკუთრებით საჭიროა რისკების მმართველი ოფიცრის სათანადო უზრუნველყოფა (რისკების მმართველი მექანიზმების შესაბამისი დაგეგმარება და დაფინანსება, კადრებით უზრუნველყოფა, საინფორმაციო ტექნოლოგიების სისტემასთან წვდომა და სხვ.). ბუნებრივია, რისკების მართვის ოფიცერს მოეთხოვება მაღალი კვალიფიკაცია და გამოცდილება, უპირატესად კი კომპანიის, ბაზრისა და პროდუქციის ცოდნა, რისკების მართვის დისციპლინების საფუძვლიანი ფლობა.[31]

ამ თავში განხილული საკითხებიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ რისკების ეფექტური მართვა საჭიროებს არა მხოლოდ გონივრულ მმართველობით საქმიანობას, არამედ ქმედით ანალიტიკური სტრუქტურების არსებობასაც. ისინი შეაფასებენ, რამდენად ზუსტად განისაზღვრება რისკები, დაადგენენ კომპანიების სტანდარტების შესაბამისობას შიდასახელმწიფოებრივ ან/და საერთაშორისო სტანდარტებთან, ზედამხედველობას გაუწევენ რისკების მართვის სტანდარტების სწორად დანერგვას. ამ ღონისძიებების მუდმივი და აქტიური განხორციელება უმნიშვნელოვანესია, რადგან კომპანიები დინამიკურად ვითარდებიან, მუდმივად იცვლება გარემოპირობები, რაც, თავის მხრივ, ახალ რისკებთან არის დაკავშირებული. როგორც უკვე ითქვა, არაა აუცილებელი, ამ ფუნქციებს მხოლოდ რისკების მართვის ოფიცერი ასრულებდეს, შესაძლებელია მათი სხვა სტრუქტურული ერთეულისთვის მიკუთვნება, მთავარია პროცესის ხარისხისა და ხანგრძლივობის შენარჩუნება.

4. რისკების მართვასთან დაკავშირებული პრობლემები

2011 წელს აშშ-ის, დიდი ბრიტანეთის, შვეიცარიის, ავსტრალიის, ბელგიის, დანიის, საფრანგეთის, გერმანიის, საბერძნეთის, ჩეხეთის, ისრაელის, უნგრეთის, იტალიის, ირლანდიის, იაპონიის, ნორვეგიის, საუდის არაბეთისა და სხვა ქვეყნების კომპანიებში (*Listing companies*) ჩატარებული ერთ-ერთი კვლევის თანახმად, ბიზნესრისკების მართვაზე ბორდის დროის მხოლოდ 14 % იხარჯებოდა და გამოკითხულთა მხოლოდ 14 %-მა იცოდა, რა სახის რისკის წინაშე იყო მათი კომპანია.[32] დღეისათვის ბევრ კომპანიაში რისკების მართვის სისტემები კომპიუტერის მეშვეობით იმართება და, ძირითადად, გარე რისკებზეა მიმართული. ჩვეულებრივ, კომპანიებში მხოლოდ რამდენიმე შიდა რისკია გამოყოფილი და მათზე ამახვილებენ ყურადღებას (ინფორმაციული ტექნოლოგიების გაუმართაობა, სარეგულაციო დარღვევები, ინდუსტრიული შემთხვევები, ხანძარი და სხვ.). პრობლემურია კომპანიის მმართველობის ზედა დონეზე რისკების უგულებელყოფაც. ხშირ შემთხვევაში კომპანიის ქვედა სტრუქტურებში დასაქმებულები არც კი ცდილობენ მოსალოდნელი/აშკარა რისკების გამოვლენას და მათზე ინფორმირებას, მართვის ზედა რგოლიდან ნეგატიური რეაგირების შიშით.[33]

გამოაქვეყნა საბანკო ზედამხედველობის ბაზელის კომიტეტმა 2009 წელს, რომლითაც ბანკებს მიეცათ სამწლიანი ვადა შეთანხმებით დადგენილი ახალი რეგულაციების დასაკმაყოფილებლად.<http://www.investopedia.com/terms/b/basell-iii.asp>, [18/04/2017].

31 <http://www.chief-risk-officer.com/>, [18/04/2017].

32 From Companies to Markets, Global Developments in Corporate Governance - International Finance Corporation, Copyright 2016, Washington, 30- 32, 34.

33 <http://www.agcs.allianz.com/insights/expert-risk-articles/looking-forward-future-risks/the-risk-management-system/>, [24.04.2017].

ფინანსური სტაბილურობის საბჭოს (FSB)[34] მიერ 2013 წელს ჩატარებული კვლევით დადგინდა, რომ კომპანიების ბორდების უმეტესობა რისკების მართვას არ აქცევდა სათანადო ყურადღებას (მაგალითად არ ჰქონდა რისკების მართვის კომიტეტი), არ ატარებდა საფუძვლიან ანალიზს კომპანიის სარისკო მდგომარეობებზე, ამიტომ მათი უმეტესობა არ სარგებლობდა რისკების მართვის სამოქმედო გეგმებით. ამასთან, კორპორაციული მართვის შიდასახელმწიფოებრივი სტანდარტები ახდენდა რისკების მართვის არაადეკვატურ რეგულირებას. ამავე წელს 60 ქვეყანაში ჩატარებული კვლევის შედეგად, რომელშიც 760 გამოკითხული მონაწილეობდა, დგინდებოდა, რომ რისკების მართვის მიმართულებით უარყოფითი ტენდენციები ისევ არსებობდა – ბანკებს ჰქონდათ რისკების მართვის მოკლევადიანი ბერკეტები, საბანკო სფეროში ხშირად იცვლებოდა პრიორიტეტები, რაც იწვევდა რისკების მართვის „რეაქციული" მოდელის განვითარებას.[35] დღეისათვის ამ გამოწვევების საპასუხოდ მარეგულირებელი ორგანოები განიხილავენ რისკების მართვის რეგულაციების გადახედვას, ასევე ყურადღება ექცევა საწარმოო რისკის მართვის მოდელების მოდერნიზებას. **საჯარო ბუღალტრების ამერიკული ინსტიტუტის (AICPA)**[36] 2015 წლის კვლევის თანახმად, კომპანიები სულ უფრო მეტად აძლიერებენ საწარმოო რისკების მართვას. კვლევის მიხედვით, გამოკითხული 1000 კომპანიიდან 59 % თვლის, რომ რისკების სირთულე და მასშტაბი ბოლო წლების განმავლობაში ძალიან გაიზარდა, დირექტორთა საბჭოს 68 % ითხოვს რისკებზე ზედამხედველობის პროცესში უმაღლესი ოფიცრების ჩართვას. ეს მაჩვენებელი კიდევ უფრო მაღალია დიდი კომპანიებისა (86 %) და საჯარო კომპანიების (88 %) შემთხვევაში. შესაბამისად, დღეისათვის მდგომარეობა შეცვლილია; ბევრი კოდექსი, მათ შორის „ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის (OECD) კორპორაციული მართვის პრინციპებმა" დაადგინეს და გააძლიერეს რისკების მართვის სტანდარტები.

თუმცა რამდენადმე განსხვავებული მდგომარეობაა საბანკო სექტორში. მაგალითად, საბანკო ზედამხედველობის ბაზელის კომიტეტმა დაადგინა, რომ ფინანსური კრიზისის შემდეგაც კი ბანკები ახორციელებენ არაადეკვატურ კონტროლს უფროს ოფიცრებზე, აქვთ ზედმეტად რთული ორგანიზაციული სტრუქტურები და ჯეროვნად ვერ მართავენ რისკებს. მსგავსი მდგომარეობაა რუსეთის მცირე და საშუალო ზომის ბანკებშიც, სადაც პრობლემურია: 1. **რისკების მართვის ინტეგრაციული სისტემის არარსებობა,** რაც ბანკებს არ აძლევს ერთიან სურათს სხვადასხვა რისკის შესახებ; 2. **რუსეთის ცენტრალური ბანკის მითითებების უგულებელყოფა** – მცირე ზომის ბანკებში რისკების მართვა ხშირად ხორციელდება ნაკლებადეფექტური შიდა რეგლამენტაციებით და არა ცენტრალური ბანკის მითითებების საფუძველზე; 3. **ინტერესთა კონფლიქტის წარმოშობა** – ზოგჯერ რისკების მმართველი არ ემორჩილება ბანკის ხელმძღვანელის გადაწყვეტილებას, რადგან თავად გადაწყვეტილების შესრულებაა

[34] ფინანსური სტაბილურობის საბჭო (FSB/Financial Stability Board) – 2009 წელს დაფუძნებული საერთაშორისო ორგანიზაცია. მისი ფუნქციაა ფინანსური და საზედამხედველო სექტორების კოორდინირების შედეგად გლობალური ფინანსური სტაბილურობის ხელშეწყობა. წევრებია: არგენტინა, ავსტრალია, ბრაზილია, კანადა, ჩინეთი, საფრანგეთი, გერმანია, ინდოეთი, ინდონეზია, იტალია, იაპონია, კორეა, მექსიკა, ჰოლანდია, რუსეთი, საუდის არაბეთი, სინგაპური, ესპანეთი, შვეიცარია, თურქეთი, დიდი ბრიტანეთი, აშშ და სხვა ქვეყნები. <http://www.fsb.org/what-we-do/; http://www.fsb.org/about/fsb-members/>, [18/04/2017].

[35] Key Risk Management Challenges for 2013/2014.<https://www.sungard.com/resources/capital-markets/white-papers/adaptiv-key-risk-management-challenges-for-2013-2014-sungard>, [24.04.2017].

[36] საჯარო ბუღალტრების ამერიკული ინსტიტუტი (AICPA/American Institute of Certified Public Accountants) სერტიფიცირებული საჯარო ბუღალტრების საადვოკატო ორგანიზაციაა. აწესებს სტანდარტებს კერძო კომპანიების აუდიტორებისთვის, აწარმოებს წევრებისთვის სახელმძღვანელო და სასწავლო მასალებს, ახორციელებს ბუღალტრების პროფესიულ და ტექნიკურ სტანდარტებთან შესაბამისობის მონიტორინგს. <http://www.aicpa. org/About/MissionandHistory/Pages/default.aspx>, [18/04/2017].

რისკის შემცველი; **4. რისკების შეფასებისთვის არასაკმარისი ინფორმაცია** – ბანკები განიცდიან შიდა და გარე სტატისტიკური ინფორმაციის დეფიციტს, რაც აფერხებს რისკების ადეკვატურ შეფასებას. ამის საპირისპიროდ, მაგ., აშშ-ში, რეგულარულად ქვეყნდება კომპანიების მაჩვენებლები და სტატისტიკური მონაცემები ეკონომიკის სხვადასხვა მიმართულებით, რაც ხელს უწყობს რისკების მართვას; **5. რისკების მართვის განყოფილების ფუნქციათა განუსაზღვრელობა** – ზოგჯერ რისკების მართვის განყოფილებას უწევს სხვა განყოფილებების ფუნქციების შესრულებაც; **6. საბანკო რისკების მართვის დასავლური მოდელების შემოღება** – ჩვეულებრივ, რუსეთში მცირე და საშუალო ზომის ბანკები რისკების მართვის მოდელებს სესხულობენ დასავლური კომპანიებისგან, ისე, რომ არ ახდენენ მათ რეალურ სიტუაციასთან ადაპტაციას; **7. რისკების მართვისთვის ინფორმაციული ტექნოლოგიების არასაკმარისი განვითარება** – როგორც წესი, ბანკების ინფორმაციული ტექნოლოგიების განყოფილებები ახორციელებენ რუტინულ საქმიანობას: პერსონალის კომპიუტერული მომსახურება, მმართველობითი აღრიცხვა და სხვ. ისინი ნაკლებად თანამშრომლობენ რისკების მართვის განყოფილებასთან.

ამ ჩამოთვლილი პრობლემების გადასაწყვეტად მიზანშეწონილია **საწარმოო რისკების მართვის (ERM)** კონცეფციის გამოყენება, რომლის რეალიზაცია პრაქტიკულად უზრუნველყოფს ბანკის სტრატეგიული და ოპერაციული ამოცანების შესრულებას, ბანკის მმართველობასა და რისკების მართვის განყოფილებას შორის კომუნიკაციის შემჭიდროებას.[37]

კორპორაციული რისკების მართვისას პრობლემები რჩება აშშ-შიც. ამერიკის იპოთეკური ბაზრის დაზარალებიდან რამდენიმე წლის შემდეგაც კი ზოგიერთი კომპანიის დირექტორი და აღმასრულებელი ოფიცერი პასუხს აგებს გასული წლების გადაწყვეტილებებსა და მოქმედებებზე. ამან, ბუნებრივია, ზეგავლენა მოახდინა კანონმდებლებზე, რომლებმაც განავითარეს ახალი სამართლებრივი მიდგომები და შემოიღეს შესაბამისი რეგულაციები. შედეგად, დღეს რისკების მართვისას, კომპანიების დირექტორები და აღმასრულებელი ოფიცრები მკაცრი დაკვირვების ქვეშ არიან, აქტიურად გამოიყენება **„საგარეო კორუფციული პრაქტიკის შესახებ აქტიც“ (*FCPA*),** რომელიც მიღებულია 1977 წელს. მნიშვნელოვანია, რომ დღეს აშშ-ის უმსხვილეს ფინანსურ ინსტიტუტებს კომპანიის ყველა დონეზე დანერგილი აქვთ **„საწარმოს მასშტაბის რისკების“** მართვის მექანიზმები, რათა სტაბილურად და სწორად მიმდინარეობდეს რისკების მართვა. 2011 წელს გლობალური რისკების მართვაზე ჩატარებული კვლევით დადგინდა, რომ ფინანსური სერვისების მიმწოდებელი კომპანიების 79 %-ს აქვთ „საწარმოს მასშტაბის რისკების“ მართვის პროგრამები.[38]

---

[37] ჩვეულებრივ, რისკების მართვის ტრადიციული მეთოდის გამოყენებისას რისკები განიხილება ცალკეულ შიდა საფრთხეებად; ხდება მათი იდენტიფიცირება და არასისტემური შეფასება. რისკებზე წესდება შეზღუდვები/ლიმიტები. კომპანიის თანამშრომლები გაურბიან რისკების მართვაზე პასუხისმგებლობას; საწარმოო რისკების მართვის კონცეფციით (ERM/Enterprise Risk Management) შემუშავებულია რისკების მართვის მოწინავე მეთოდი, რომელიც განსხვავდება რისკების მართვის ტრადიციული მოდელისგან. მის მიხედვით რისკები განიხილება ბანკის სტრატეგიის ნაწილად: დგება რისკების პორტფელი, ხდება მათი ოპტიმიზაცია, იწერება რისკების მართვის სტრატეგია, კონკრეტული რისკების მართვა მიენდობა შესაბამის პირებს, ტარდება პროცესის მონიტორინგი და რეგულარული შეფასება, რისკებზე პასუხს აგებს ყველა. Управление рисками в малых и средних банках: проблемы и перспективы – *Людмила Евгеньевна Галяева* к. э. н., Доцент кафедры экономического анализа, статистики и финансов, Кубанский государственный университет, Банківський менеджмент, Фінансовий простір № 2 (6) 2012, 8-10.

[38] Financial Institution Risk Management Issues – White paper, January 2014. sponsored by AIG. ADVISEN LTD (Insurance Intelligence), 2, 6, 7.

5. დასკვნა

2008 წლის ფინანსური კრიზისის შედეგად ნათელი გახდა, რომ რისკებისადმი კომპლექსური მიდგომის უქონლობამ პირდაპირი გავლენა მოახდინა კომპანიებზე, ინდუსტრიებსა და ქვეყნების ეკონომიკებზე. ბუნებრივია, ამან გამოიწვია კორპორაციული რისკების მართვისას ახალი პრობლემების ფორმირება, რომელთა მოგვარება გრძელვადიანი პროცესი აღმოჩნდა.

ფინანსური კრიზისის, გახმაურებული კორპორაციული სკანდალების, კომპანიების ფინანსური დანაკარგებისა და მათგან გამომდინარე უარყოფითი სოციალური/ეკონომიკური მოვლენების გამო, განისაზღვრა რისკების მართვის პოლიტიკა, შემუშავდა რისკების მართვის მეთოდოლოგიები, სამოქმედო გეგმები, სარეკომენდაციო წინადადებები. სხვადასხვა ინდუსტრიის კომპანიების უმეტესობაში დღეს რისკების მართვა პრიორიტეტულია. ამასთან, რისკების მართვა აქტუალურია შიდასახელმწიფოებრივ, რეგიონულ და საერთაშორისო დონეებზე.

მკვიდრდება შეხედულება, რომ რისკების სწორად მართვამ უნდა შექმნას კომპანიის სტაბილური და სანდო რეპუტაცია (რაც, საბოლოო ჯამში, მატერიალურ მოგებაში აისახება); უნდა გაზარდოს კომპანიით დაინტერესებულ სუბიექტთა წრე; იგი უნდა იყოს გადაწყვეტილებების მიღების განუყოფელი ნაწილი. სამწუხაროდ, ბოლო დრომდე რისკების მართვა ბევრი მეწარმისთვის დამატებით ხარჯებად აღიქმებოდა, მაგრამ უნდა ითქვას, რომ დანახარჯები მხოლოდ მაშინ წარმოიშობა, როდესაც დაცული არაა რისკების მართვის თანმიმდევრულობა. ეს პროცესი არათუ ზრდის კომპანიის დანახარჯებს, არამედ ამცირებს მასზე უარყოფით ფინანსურ, ეკონომიკურ ან/და რეპუტაციულ ზეგავლენას, კომპანიას ანიჭებს უპირატესობებს, ზრდის მის კონკურენტუნარიანობასა და მოგებას. აღნიშნულის გათვალისწინებით, რისკების მართვა უნდა ჩაითვალოს არა მხოლოდ კორპორაციული მართვის მნიშვნელოვან მიმართულებად (სისტემურ პრევენციულ საქმიანობად), არამედ კომპანიების, ბაზრებისა და სახელმწიფოების საერთო დივიდენდად. შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ ცნებამ – „რისკების მართვა“ – შეიძინა ახალი მნიშვნელობა.

ბიბლიოგრაფია

1. კორპორაციული მართვის სახელმძღვანელო, საქართველო, სექტემბერი 2010. საერთაშორისო საფინანსო კორპორაცია (IFC/International Finance Corporation) – საკონსულტაციო პროგრამა ევროპასა და ცენტრალურ აზიაში, 203, 204.
2. *მაისურაძე დ.*, კორპორაციულსამართლებრივი თავდაცვითი ღონისძიებები კაპიტალური საზოგადოების რეორგანიზაციისას (შედარებითსამართლებრივი კვლევა უპირატესად დელავერისა და ქართული საკორპორაციო სამართლის მაგალითზე), სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, თბ., 2014, 7.
3. *მახარობლიშვილი გ.*, საზოგადოებათა სტრუქტურაში ფუნდამენტური ცვლილებების განხორციელება კორპორაციულსამართლებრივ ქმედებათა (შეძენა, შერწყმა) საფუძველზე (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, თბ., 2014, 12.
4. *ჭანტურია ლ.*, კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბ., 2006, 68.

5. Управление рисками в малых и средних банках: проблемы и перспективы – Людмила Евгеньевна Галяева к. э. н., Доцент кафедры экономического анализа, статистики и финансов, Кубанский государственный университет, Банківський менеджмент, Фінансовий простір № 2 (6) 2012, 8-10.
6. A Guide to Corporate Governance Practices in the European Union – IFC (International Finance Corporation, World Bank Group) 2121Pennsylvania Avenue, NW, Washington, DC 20433, 2015, 64.
7. A Risk Management Standard – Federation of European Risk Management Associations. AIRMIC, ALARM, IRM: 2002, translation copyright FERMA: 2003, 3, 5, 7, 11, 13, 15.
8. 8.From Companies to Markets, Global Developments in Corporate Governance - International Finance Corporation. Copyright 2016, All rights reserved., 2121 Pennsylvania Avenue, NW, Washington, DC 20433, 30-32, 34.
9. 9.Financial Institution Risk Management Issues - White paper, January 2014. sponsored by AIG. ADVISEN LTD (Insurance Intelligence), 2, 6, 7.
10. The Corporate Governance Review-Reproduced with permission from Law Business Research Ltd. This article was first published in The Corporate Governance Review, 4th ed., (published in march 2014-editor Willem J L Calkoen), Published in the United Kingdom by Law Business Research Ltd. London, 87 Lancaster Road, London W11 1QQ, UK. 2014, 85.
11. The UK Corporate Governance Code, FRC/Financial Reporting Council. April 2016, 9, 16-18.
12. *Fernando A.C.,* Corporate Governance: Principles, Policies and Practices. Pearson Education, 2009, 52.
13. *Jonathan R. M.,* Corporate Governance. Promises kept, Promises broken. Princeton University Press, Princeton and oxford, 2008, Published by Princeton University press, 41 William Street. Princeton, New Jersey 08540, 47.
14. *Kenneth R. A.,* Rigid rules will not Make Good Boards'' Harvard Business Review, November-December 1982,35, 44.
15. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208636-en>, [11/04/2017], 8, 12.
16. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2014-04-09/olympus-sued-for-273-million-after-13-year-fraud>, [11/04/2017].
17. <https://www.theguardian.com/business/2008/dec/16/regulation-siemens-scandal-bribery>; <https://www.theguardian.com/business/2008/may/27/technology.europe>, [12/04/2017].
18. < http://www.nplg.gov.ge/gsdl/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0ekonomik--00-1----0-10-0---0---0prompt-10---4-------0-1l--11-ka-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-00&a=d&cl=CL2.13&d=HASH-6bac00dbf13ee602739cac.3.fc>, [11.04.2017].
19. <http://arbir.ru/articles/a_3902.htm>.
20. <https://en.wikipedia.org/wiki/Xerox>.
21. <https://business.tutsplus.com/tutorials/the-main-types-of-business-risk--cms-22693>.
22. <http://smallbusiness.chron.com/types-business-risk-99.html>.
23. <http://simplicable.com/new/compliance-risk>.
24. <http://www.investopedia.com/terms/o/operational_risk.asp>.
25. <http://www.risk.net/risk-management/2441306/top-10-operational-risks-2016#top>.
26. <https://www.simplilearn.com/financial-risk-and-types-rar131-article>.
27. < http://proizvodim.com/specifichnye-korporativnye-riski-kapitalizacii.html>.
28. <http://investocks.ru/reputacionnyx-risk-reputational-risk/>.
29. <http://www.ethicalcorp.com/business-strategy/corruption-reputation-risk-and-opportunity>.
30. <http://partad.ru/UploadFiles/GetUploadedPdfFile?uploadFileId=113>.
31. <http://www.ferma.eu/about/mission-and-objectives/what-is-ferma/>.
32. <http://www.investopedia.com/terms/b/basell-iii.asp>.
33. <http://www.chief-risk-officer.com/>.

34. <http://www.agcs.allianz.com/insights/expert-risk-articles/looking-forward-future-risks/the-risk-management-system/>.
35. <http://www.fsb.org/what-we-do/;http://www.fsb.org/about/fsb-members/>.
36. <https://www.sungard.com/resources/capital-markets/white-papers/adaptiv-key-risk-management-challenges-for-2013-2014-sungard>.
37. <http://www.aicpa.org/About/MissionandHistory/Pages/default.aspx>.

ბექა ხიტირი *

კორპორაციული მართვის თეორიები: სამართლებრივი ანალიზი

სახელმწიფოს მმართველთა ფუნქციაა საზოგადოების გაძღოლა უკეთესი მომავლისაკენ, რისი მიღწევაც შესაძლებელია მხოლოდ კარგი მმართველობის მეთოდებისა და პრინციპების გამოყენებით. ერთ-ერთი ძირითადი ინსტრუმენტი, რომლითაც ხდება პრაქტიკაში კარგი მმართველობის განხორციელება, არის სახელმწიფო ორგანოთა მიერ საკანონმდებლო აქტების მიღება, თუმცა იმისათვის, რომ კანონმა შეძლოს საზოგადოების მომავალზე დადებითი გავლენის მოხდენა, აუცილებელია, იგი ეყრდნობოდეს მყარ თეორიულ საწყისებს.

პრობლემაა ის ფაქტი, რომ ხშირად მიიღება ნორმები, რომლებიც ეყრდნობა ავტორის მიერ ნაკლებად შესწავლილ და გააზრებულ თეორიებს. აუცილებელია, მოხდეს ფუნდამენტური იდეების უკეთ გააზრება, რათა სახეზე იყოს კარგი მმართველობა. ერთ-ერთი დარგი, რომელშიც სახეზეა გარკვეული დეფიციტი სამართლის საფუძვლების გააზრების თვალსაზრისით, საქართველოში არის კორპორაციული მართვა.

კორპორაციული მართვის სფეროში გვხვდება საკმაოდ ექსტენსიური მოწესრიგება როგორც საკანონმდებლო, ისე კანონქვემდებარე დონეზე ნორმატიული აქტების გამოყენებით. ამის მიუხედავად, თითქმის არ არსებობს აკადემიური ლიტერატურა, რომელშიც დეტალურად იქნებოდა შესწავლილი კორპორაციული მართვის სხვადასხვა, დღეისათვის მიღებული თეორიები. სწორედ ამ დეფიციტის აღმოფხვრა და ამ დარგში კარგი მმართველობის პრინციპების დაფუძნებისათვის ხელის შეწყობა არის წინამდებარე ნაშრომის ძირითადი მიზანი.

საკვანძო სიტყვები: *საკორპორაციო, მმართველობა, სამართალი, თეორიები.*

1. შესავალი

სახელმწიფო მმართველობის ძირითადი ფუნქციაა საზოგადოების გაძღოლა უკეთესი მომავლისაკენ[1] და ამ მიზნის მიღწევა შესაძლებელია მხოლოდ კარგი მმართველობის მეთოდებისა და პრინციპების გამოყენებით[2]. ერთ-ერთი ძირითადი ინსტრუმენტი, რომლითაც ხდება პრაქტიკაში კარგი მმართველობის განხორციელება, არის სახელმწიფო ორგანოთა მიერ საკანონმდებლო აქტების მიღება[3][4], თუმცა იმისათვის, რომ კანონმა შეძლოს საზოგადოების მომავალზე დადებითი გავლენის მოხდენა, აუცილებელია, იგი ეყრდნობოდეს მყარ თეორიულ საწყისებს[5].

---

* სამართლის მაგისტრი

1 *De Vries M.S.,* The Challenge of Good Governance, The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal, 18.1., 2013, 2-9.

2 *Hubbard R.,* Criteria of good governance Optimum, The Journal of Public Management, 30.2., 1999, 37-50.

3 *Weiss F., Steiner S.,* Transparency as an Element of Good Governance in the Practice of the EU and the WTO: Overview and Comparison. Fordham International Law Journal, 30.8., 2013, 1545-1586.

4 *Lane, J.,* Good Governance: The Two Meanings of „Rule of Law". International Journal of Politics and Good Governance 1.1., 2010, 1-27.

5 *Kessler F.,* Theoretic Bases of Law, The University of Chicago Law Review, 9, 1941, 98-112.

სამართლის შემუშავებისას ხშირად ხდება მისი დაფუძნება ისეთ პრინციპებზე, რომლებიც კარგად გაანალიზებული და გასაგებია როგორც კანონმდებლის, ისე გარეშე პირებისათვის[6]. სამწუხაროდ, ეს ყოველთვის ასე არაა და ზოგჯერ მიიღება ისეთი ნორმები, რომლებიც ეყრდნობა ავტორის მიერ ნაკლებად შესწავლილ და გააზრებულ თეორიებს[7]. ალტერნატიულად არსებობს შემთხვევები, როდესაც ხდება საკანონმდებლო ნორმების „ტრანსპლანტირება", ანუ ეროვნულ კანონმდებლობაში სხვა სახელმწიფოს სამართლის გადმოტანა ისე, რომ არ ხორციელდება ამ წესების სრული, საფუძვლიანი და ძირეული ანალიზი[8]. სამართლის ტრანსპლანტირების პრაქტიკამ განსაკუთრებით ფართო გამოყენება პოვა ყოფილი საბჭოთა კავშირის სახელმწიფოებში მეოცე საუკუნის უკანასკნელ და ოცდამეერთე საუკუნის პირველ ათწლეულებში[9]. არსებული პრაქტიკის გათვალისწინებით, არ არის გასაკვირი, რომ საქართველოშიც არაერთი საკანონმდებლო აქტის შემუშავება მოხდა სწორედ ამ ინსტრუმენტით სარგებლობის შედეგად.[10] გამონაკლისი არც საკორპორაციო სამართლის სფერო იყო, რომელშიც მოქმედი კანონმდებლობის მიღება პირველად გერმანული და ავსტრიული სამართლის გათვალისწინებით განხორციელდა, შემდგომ კი იგი ამერიკული მოწესრიგების ელემენტებით იქნა გაჯერებული.[11]

ის ფაქტი, რომ ნორმატიული აქტის მიღება ხდება მისი თეორიული საწყისების გაუაზრებლად ან სხვა სახელმწიფოს გამოცდილებაზე დაყრდნობით, არ ნიშნავს, რომ ასეთი კანონი ავტომატურად ცუდად უნდა ჩაითვალოს.[12],[13] ამის მიუხედავად, ნამდვილად სასურველია, მოხდეს ფუნდამენტური იდეების უკეთ გააზრება, რათა სახეზე იყოს კარგი მმართველობა[14]. შედეგად, მოხდება უკეთ ხელშეწყობა იმისა, რომ უზრუნველყოფილ იქნეს სახელმწიფოსა და საზოგადოებისათვის ნათელი მომავალი.[15]

პრაქტიკაში სამართლის თეორიული საწყისების გააზრების დონე ცვალებადია.[16] იგი დამოკიდებულია როგორც თავად სახელმწიფოებზე, ის იმ სფეროებზე, რომლებსაც ეხება შესაბამისი კანონმდებლობა.[17] ერთ-ერთ დარგს, რომელშიც სახეზეა გარკვეული დეფიციტი სამარ-

---

6 *Brust S.,* Ancient and Modern: Natural Law and Universal Moral Principles. The Catholic Social Science Review, 14, 2009, 65-74.

7 *Kessler F.,* Theoretic Bases of Law, The University of Chicago Law Review, 9, 1941, 98-112.

8 *Hendley K.,* Telephone Law and the Rule of Law: The Russian Case, Hague Journal on the Rule of Law, 1, 2009, 241-262.

9 *Nichols P.M.,* The Viability of Transplanted Law: Kazakhstani Reception of a Transplanted Foreign Investment Code, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 18.4., 1997, 1235-1279.

10 *Jupp J.,* Legal Transplants as Tools for Post-Conflict Criminal Law Reform: Justification and Evaluation, Cambridge Journal of International and Comparative Law, 3.1., 2014, 381-406.

11 *გოშხეთელიანი ნ.*, *გალდავა დ.*, საწესდებო კაპიტალი ქართულ კანონმდებლობაში – შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი და ალტერნატიული მოწესრიგება. სამეცნიერო ჟურნალი „ახალგაზრდა ადვოკატები", 4, 2015, 33-42.

12 *Pangendler M.,* Politics in the Origins: The Making of Corporate Law in Nineteenth-Century Brazil, The American Journal of Comparative Law, 60, 2012, 805-850.

13 *Chiba M.,* Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World. Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 11.3., 1998, 228-245.

14 *Ballard M.J.,* Post-Conflict Property Restitution: Flawed Legal and Theoretical Foundations, Berkeley Journal of International Law, 28.2., 2010, 462-496.

15 *De Vries M.S.,* The Challenge of Good Governance, The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal, 18.1., 2013, 2-9.

16 *Jupp J.,* Legal Transplants as Tools for Post-Conflict Criminal Law Reform: Justification and Evaluation, Cambridge Journal of International and Comparative Law, 3.1., 2014, 381-406.

17 *Pejovic C.,* Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal, Victoria University of Wellington Law Review, 32, 2001, 817-842.

თლის საფუძვლების გააზრების თვალსაზრისით, საქართველოში წარმოადგენს კორპორაციული მართვა.

კორპორაციული მართვა განიმარტება როგორც სისტემა, რომლითაც ხდება სამეწარმეო საზოგადოების საქმიანობის წარმართვა და კონტროლი[18]. ნებისმიერ საშუალო ან დიდი ზომის კომპანიაში (და ბევრ მცირე საზოგადოებაშიც) ეფექტური კორპორაციული მართვის განსახორციელებლად აუცილებელია, მოხდეს მესაკუთრეთა და მენეჯერთა უფლებამოსილებების გამიჯვნა.[19] კორპორაციული მართვის უმნიშვნელოვანესი ასპექტი სწორედ იმის კვლევაა, თუ როგორ, რა დონეზე უნდა მოხდეს მონაწილეთა უფლებებისა და ვალდებულებების განცალკევება და რომელი მხარის ინტერესების დაცვა უნდა ჩაითვალოს უპირატესად.[20],[21] ამ საკითხებთან მიმართებით პოზიციებისა და მიდგომების ჩამოსაყალიბებლად ხდება კორპორაციული მართვის თეორიების შემუშავება და დახვეწა.[22] ეს თეორიები სამართლის უმნიშვნელოვანეს ნაწილს განეკუთვნებიან და მათი დახმარებით ხდება რელევანტური კანონმდებლობის ოპტიმალურად შემუშავება.[23]

საქართველოში კორპორაციული მართვის სფეროში გვხვდება საკმაოდ ექსტენსიური მოწესრიგება როგორც საკანონმდებლო, ისე კანონქვემდებარე დონეზე ნორმატიული აქტების გამოყენებით. ამის მიუხედავად, თითქმის არ არსებობს აკადემიური ლიტერატურა, რომელშიც დეტალურად იქნებოდა შესწავლილი კორპორაციული მართვის სხვადასხვა, დღეისათვის მიღებული, თეორია. სწორედ ამ დეფიციტის აღმოფხვრა და ამ დარგში კარგი მმართველობის პრინციპების დაფუძნებისათვის ხელის შეწყობაა წინამდებარე ნაშრომის ძირითადი მიზანი.

კორპორაციული მართვის თეორიები შეიძლება დაიყოს ორ ცალკეულ სახედ: ძირითად და მეორეულ თეორიებად.[24] ძირითადი თეორიებია: წარმომადგენლის თეორია (*Agency Theory*), მსახურის თეორია (*Stewardship Theory*) და დაინტერესებული პირის თეორია (*Stakeholder Theory*).[25,26] რაც შეეხება მეორეულ თეორიებს, მათი დაყოფა შეიძლება შემდეგნაირად: რესურსებზე დამოკიდებულების თეორია (*Resource Dependency Theory*), ტრანსაქციის ღირებულების თეორია (*Transaction Cost Theory*), პოლიტიკური თეორია (*Political Theory*), ლეგიტიმურობის თეორია (*Legitimacy Theory*), სოციალური კონტრაქტის თეორია (*Social Contract Theory*), განათლებული დაინტერესებული პირის თეორია (*Enlightened Stakeholder Theory*) და ეთიკუ-

---

18 *Aggarwal P.,* Impact of Corporate Governance on Corporate Financial Performance. IOSR Journal of Business and Management, 13.3., 2013, 1-5.

19 *Kral P.,* Tripes S., Pirozek P., Pudil P., Corporate Governance Against Recommendations: The Cases of the Strong Executive and the Strong Ownership, Journal of Competitiveness, 4.3., 2012, 46-57.

20 *Alam A. Shah S.,* Corporate Governance and its Impact on Firm Risk, International Journal of Management, Economics and Social Sciences, 2.2., 2013, 76-98.

21 *Marshall S. Ramsay I.,* Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence, UNSW Law Journal, 35.1., 2012, 291-316.

22 *Abdullah H.. Valentine B.,* Fundamental and Ethics Theories of Corporate Governance, Middle Eastern Finance and Economics, 4, 2009, 88-96.

23 *Schleifer A., Vishny R.,* A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, 52.2., 1997, 737-783.

24 *Letting N,. Wasike E., Kinuu D., Murgor P., Ongeti W., Aosa E.,* Corporate Governance Theories and their Application to Boards of Directors: A Critical Literature Review. Prime Journal of Business Administration and Management, 2.12., 2012, 782-787.

25 *Mamun A., Vasser Q., Rahman A.,* A Discussion of the Suitability of Only One vs More than One Theory for Depicting Corporate Governance, Modern Economy, 4, 2013, 37-48.

26 *Donaldson L., Davis J.,* Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns. Australian Journal of Management, 16.1., 1991, 49-65.

რობის თეორია *(Ethics Theories)* .[27,28,29]

პრაქტიკაში, უმთავრესად სამი ძირითადი თეორიით სარგებლობენ, როგორც კანონმდებლობის შემუშავებისას, ისე კომპანიების მიერ საკუთარი საქმიანობის განხორციელებისას.[30,31] ამის მიუხედავად, მეორეული თეორიებიც საკმაოდ მაღალი მნიშვნელობის მქონე ინსტრუმენტებია და არ არის სასურველი მათი იგნორირება.[32,33] შესაბამისად, საჭიროა, მოხდეს ყველა ზემოთ აღნიშნული თეორიის კრიტიკულად გაანალიზება და მათთან დაკავშირებით აკადემიური ლიტერატურის შემუშავება, რათა საკორპორაციო სამართლის ამ მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტების შესახებ ინფორმაცია უფრო ხელმისაწვდომი გახდეს ეროვნულ აკადემიურ ლიტერატურაში და აღმოიფხვრას ის ნაკლებობა, რომელიც, როგორც უკვე აღინიშნა, ახასიათებს ამ დარგს საქართველოში.

წინამდებარე ნაშრომში არის მცდელობა კორპორაციულ მართვასთან დაკავშირებული ძირითადი თეორიების კრიტიკული ანალიზის, მათი შესწავლისა და როგორც დადებითი, ისე უარყოფითი მხარეების გამოვლენისა; ნაშრომში ასევე, ქართული სამართლებრივი რეალობა შედარებულია სხვადასხვა თეორიაში ჩამოყალიბებულ მოთხოვნებთან, რათა დადგინდეს, თუ რომელი მათგანის პრინციპებს იზიარებს ეროვნული კანონმდებლობა (რადგანაც ამის თაობაზე დღეს ინფორმაციის მოპოვება შეუძლებელია); საბოლოოდ, სამართლებრივ საფუძვლებთან დაკავშირებული პრობლემებისა და შეუთავსებლობების დასაძლევად წარმოდგენილია რეკომენდაციები სასურველ საკანონმდებლო ცვლილებებთან დაკავშირებით.

2. კორპორაციული მართვის ძირითადი თეორიები

2.1. ძირითადი თეორიების ეტიმოლოგია

როგორც უკვე აღინიშნა, კორპორაციული მართვის თეორიების შემსწავლელი აკადემიური კვლევები ქართულ ენაზე თითქმის არ არსებობს. შესაბამისად, არ არის სახეზე არც ერთიანი პოზიცია იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ უნდა მოხდეს მათი სახელწოდებების თარგმნა. წინამდებარე ნაშრომის პოზიციაა, რომ, იმისათვის, რათა ამა თუ იმ კონცეფციის არსი მკითხველმა კარგად გაიაზროს, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, მისი ამსახველი ტერმინი მართებულად იყოს თარგმნილი. ამიტომ, ამ ქვეთავში მოცემულია იმის განმარტება, თუ რატომ ითარგმნა კორპორაციული მართვის თეორიათა სახელწოდებები ისე, როგორც ისინი გვხვდება წინამდებარე ნაშრომის ტექსტში.

„წარმომადგენლის თეორიის“ სახელწოდება ინგლისურ ენაზე ჟღერს როგორც *„Agency Theory“*, რაც, სიტყვასიტყვით, შეიძლება ითარგმნოს, როგორც „აგენტობის თეორია“; გერ-

---

27 *Yussoff W., Alhaji I.,* Insight of Corporate Governance Theories, Journal of Business & Management, 1.1., 2012, 52-63.

28 *Yilmaz A.,* Management Strategies for Resource Dependency Risk in Aviation Business, International Review of Management and Business Research, 3.3., 2014, 1551-1563.

29 *Hung H.,* A Typology of the Theories of the Roles of Governing Boards, Scholarly Research and Theory Papers, 6.2., 1998, 101-111.

30 *Connely B., Hoskisson R., Tihanyi L., Certo S.,* Ownership as a Form of Corporate Governance, Journal of Management Studies, 47.8., 2010, 1561-1589.

31 *Schleifer A., Vishny R.,* A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, 52.2., 1997, 737-783.

32 *Letting N., Wasike E., Kinuu D., Murgor P., Ongeti W., Aosa E.,* Corporate Governance Theories and their Application to Boards of Directors: A Critical Literature Review, Prime Journal of Business Administration and Management, 2.12., 2012, 782-787.

33 *Mamun A., Vasser Q., Rahman A.,* A Discussion of the Suitability of Only One vs More than One Theory for Depicting Corporate Governance, Modern Economy, 4, 2013, 37-48.

მანულ ენაზე იგი თარგმნილია როგორც *„Principal-Agent-theorie"*[34] (წარმოდგენილ-წარმომადგენლის თეორია); ფრანგულად – *„Théorie de l'agence"*[35] (აგენტობის თეორია); ხოლო რუსულად – *„Теория агентства"*[36] (აგენტობის თეორია). შესაბამისად, მკითხველისათვის, შესაძლებელია, გაუგებარი გახდეს, თუ რატომ ირჩევს წინამდებარე ნაშრომის ავტორი ამ ტერმინის განსხვავებულ თარგმანს.

რუსულ აკადემიურ ლიტერატურაში *„агент"* (აგენტი) და *„представитель"* (წარმომადგენელი), ფაქტობრივად, სინონიმებად განიხილება[37]. ინგლისურ ენაზე კი ტერმინი *„agency"* განმარტებულია როგორც ურთიერთობა ორ პირს შორის, რომლებიდანაც ერთი (*„agent"* ანუ აგენტი) წარმოადგენს მეორეს (*„principal"*-ს ანუ წარმოდგენილ პირს) და მის ნაცვლად, მისგან დელეგირებული უფლებამოსილების საფუძველზე, ახორციელებს ამა თუ იმ ქმედებას[38]. ხაზგასმულია, რომ სახეზეა არა, უბრალოდ, ერთი მხარის მიერ მეორის პირდაპირი ბრძანების შესრულება, არამედ ის, რომ *„agent"*-ს აქვს დისკრეციული უფლებამოსილებებიც და შეუძლია, თავად მიიღოს გადაწყვეტილებები ნებისმიერ საკითხზე, თუკი ეს არ იქნება წინააღმდეგობაში *„principal"*-ის ინტერესებთან[39].

ქართული ტერმინოლოგიით, „წარმომადგენლობა" განმარტებულია როგორც ურთიერთობა, რომლის ფარგლებშიც პირი არა საკუთარი, არამედ სხვისი სახელით და ინტერესებიდან გამომდინარე დებს გარიგებას, ან ახორციელებს სხვა სამართლებრივ ქმედებას.[40] ეს ცნება არაერთ საკანონმდებლო აქტში გვხვდება და მას ფართო გამოყენება აქვს ეროვნულ სამოქალაქო სამართალში.[41] რაც შეეხება „აგენტს", იგი ბევრად უფრო ნაკლები სიხშირით გვხვდება, ხოლო მისი დეფინიცია განსხვავდება ზემოთ მოცემული ინგლისურენოვანი განმარტებისაგან. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი ამ ტერმინს მხოლოდ სადაზღვევო აგენტის კონტექსტში მოიხსენიებს.[42]

ყოველივე აღნიშნულის შესაბამისად, აშკარა ხდება, რომ *„agent"* ეროვნულ სამართალში გადმოტანილია როგორც „წარმომადგენელი". ამის გათვალისწინებით, მართებულია, რომ, როდესაც ითარგმნება ტერმინი *„agency theory"*, მითითება მოხდეს არა „აგენტზე", არამედ „წარმომადგენელზე".

რაც შეეხება „მსახურის თეორიას", მისი ეკვივალენტი ტერმინი ინგლისურად არის *„stewardship theory"* (სტიუარდობის თეორია), ფრანგულად – *„théorie dite de l'intendance"*[43] (მომვლელობის თეორია), გერმანულად – *„Stewardship Theorie"*[44] (სტიუარდობის თეორია),

---

34 *Wenger E., Terberger E.,* Die Beziehung zwischen Agent und Prinzipal als Baustein einer ökonomischen Theorie der Organisation, Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 17.10., 1990, 506-514.

35 *Numa G.,* Théorie de l'agence et concessions de chemins de fer français au 19 ème siècle, Revue d'économie industrielle, 125, 2009, 105-128.

36 *Капогузов Е.,* Вклад Новой Институциональной Экономической Теории в Реформирование Общественного Сектора, Журнал институциональных исследований, 3.4., 2011, 6-17.

37 *Юрова К.И.,* Особенности Классификации Коллекторских Агентств и Организации Коллекторских Компаний, Научно-практический журнал Государство и право в XXI веке, 1, 2016, 27-31.

38 *Emirbayer M., Mische A.,* What Is Agency? The American Journal of Sociology, 103.4., 1998, 962-1023.

39 *Jensen M.C., Meckling W.H.,* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. Journal of Financial Economics, 3, 1976, 305-360.

40 *ჭანტურია ლ., ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, თბილისი, 2002, 276-279.

41 საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი", 1997, 103-ე–114-ე მუხლები.

42 საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი", 1997, 805-ე მუხლი.

43 *Cornforth C.,* La Gouvernance des Coopérativeset des Sociétés Mutuelles: Une Perspective de Paradoxe, Économie et Solidarités, 35.6., 2005, 81-99.

44 *Wald A.,* Corporate Governance als Erfolgsfaktor? Industrielle Beziehungen, 16.1., 2009, 67-86.

რუსულად კი *„Управленческая теория“*[45,46] (მმართველობითი თეორია). ამ შემთხვევაშიც, წინამდებარე ნაშრომის მიერ შემოთავაზებული ქართული თარგმანი შეიძლება, მკითხველს, ერთი შეხედვით, გაუმართლებლად ეჩვენოს.

პირველ რიგში, უნდა აღინიშნოს, რომ სიტყვა „სტიუარდი“ როგორც ინგლისურ, ისე გერმანულ ენაზე ნიშნავს „მსახურს“ ან „მომვლელს“. შესაბამისად, თუკი ბარბარიზმით სარგებლობას გამოვრიცხავთ, ამ ენებზე არსებული ტერმინების ალტერნატიული დასახელება ისეთივეა, როგორიც წინამდებარე ნაშრომს აქვს შემოთავაზებული.

„მომვლელის“ ან „მმართველის“ ნაცვლად სიტყვა „მსახურის“ გამოყენება განპირობებულია განსახილველი თეორიის ძირითადი არსით. აკადემიურ ლიტერატურაში ხშირად გვხვდება ისეთი ესეები, რომლებშიც წარმომადგენლისა და მსახურის თეორიები ერთმანეთთან დაპირისპირებულია.[47,48] შედარების დროს ხაზგასმულია სამეწარმეო საზოგადოების ხელმძღვანელი პირების დამოკიდებულება კომპანიისადმი. წარმომადგენლის თეორიის თანახმად, აღმასრულებელი ორგანოების ხელმძღვანელები არიან კორპორაციის აქციონერთა მიერ დაქირავებული პირები და ისინი ხშირად საკუთარ და აქციონერთა ინტერესებს უფრო მეტ მნიშვნელობას ანიჭებენ, ვიდრე იმას, თუ რა იქნება უკეთესი საზოგადოებისათვის.[49] ამის საპირისპიროდ, მსახურის თეორიის თანახმად, დირექტორი, პირველ რიგში, პასუხისმგებელი საზოგადოების ინტერესების გათვალისწინებაზეა,[50] მათ საკუთარ სურვილებზე მაღლა აყენებს[51] და, არსებითად, კომპანიის მსახურია.[52,53] შესაბამისად, ვინაიდან ამ თეორიის მიხედვით, დირექტორის მთავარი როლი და, ამავდროულად, მისი მიზანია, ემსახუროს კომპანიას, წინამდებარე ნაშრომის ავტორის პოზიციაა, რომ, სასურველია, სახელწოდებაში ტერმინ „მსახურის“ გამოყენება.

„დაინტერესებული პირის“ თეორიასთან დაკავშირებითაც არ არსებობს ერთიანი ტერმინი საერთაშორისო პრაქტიკაში. ინგლისურად იგი ჟღერს როგორც *„stakeholder theory“* (დაინტერესებული პირის თეორია), გერმანულად – *„stakeholder-theorie“*[54,55] (დაინტერესებული პირის თეორია), ფრანგულად – *„théorie des parties prenantes“*[56] (მონაწილე მხარეების თეორია), რუსულად – *„теория заинтересованных сторон“*[57] (დაინტერესებული მხარეების თეორია)

---

45 *Васильев Ю.В., Парахина В.Н., Ушвицкий Л.И.,* Теория Управления, Издание Второе, Издательство Финансы и Статистика., Москва, 2005.

46 *Чернышев М.А., Тяглое С.Г.,* Теория Организации, Ростов-на-Дону, Издательство Феникс, 2008.

47 *Fox M.A., Hamilton R.T.,* Ownership and Diversification: Agency Theory or Stewardship Theory, Journal of Management Studies, 31.1., 1994, 69-81.

48 *Van Slyke D.M.,* Agents or Stewards: Using Theory to Understand the Government-Nonprofit Social Service Contracting Relationship, Journal of Public Administration Research and Theory, 17, 2006, 157-187.

49 *Tudose M.B.,* Corporate Finance Theories. Challenges and Trajectories, Management & Marketing Challenges for the Knowledge Society, 7.2., 2012, 277-294.

50 *Letting N.K., Wasike E.R., Kinuu D., Murgor P., Ongeti W., Aosa E.,* Corporate governance theories and their application to boards of directors: A critical literature review, Prime Journal of Business Administration and Management, 2.12., 2012, 782-787.

51 *Pérez-González F.,* Inherited control and firm performance, American Economic Review, 96.5., 2006, 1559-1588.

52 *Boshkoshka M.,* The Agency Problem: Measures for Its Overcoming, International Journal of Business and Management, 10.1., 2015, 204-209.

53 *Davis J.H., Schoorman F.D., Donaldson L.,* Toward a Stewardship Theory of Management, Academy of Management Review, 22.1., 1997, 20-47.

54 *Göbel E.,* Der Stakeholderansatz im Dienste der Strategischen Früherkennung, Zeitschrift für Planung, 1, 1995, 55-67.

55 *Schaltegger S.,* Bildung und Durchsetzung von Interessen zwischen Stakeholder der Unternehmung, Eine politisch-ökonomische Perspektive, Die Unternehmung, 53.1., 1999, 3-20.

56 *Mullenbach-Servayre A.,* L'apport de la Théorie des Partiesprenantes à la Modélisationde la Responsabilité Sociétale des Entreprises, Revue des Sciences de Gestion, 223, 2007, 109-120.

57 *Благов Ю.Е.,* Классика Теории Менеджмента, Вестник Санкт-Петербургского Университета, 1, 2012, 109-116.

ან, რუსულ აკადემიურ ლიტერატურაში მიღებული ალტერნატიული თარგმანის გამოყენების შემთხვევაში – ***„теория соучастников"***[58] (თანამონაწილეთა თეორია).

ისევე, როგორც ზემოთ განხილულ შემთხვევებთან მიმართებით, დაინტერესებული პირის თეორიასთან დაკავშირებით წინამდებარე დოკუმენტის მიერ წარმოდგენილი თარგმანი თეორიის ცენტრალური იდეის გათვალისწინებით არის შემოთავაზებული. დაინტერესებული პირის თეორიის არსი ისაა, რომ უნდა მოხდეს როგორც კომპანიის საქმიანობაში მონაწილეთა (მაგალითად, მისი მუშაკები), ისე სხვა, მისი ქმედებებით დაინტერესებული ადამიანებისა და ორგანიზაციების (მაგალითად, სახელმწიფოს) სურვილების გათვალისწინება[59,60]. შესაბამისად, თეორიისათვის განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს არა პირის მონაწილეობას საზოგადოების ფუნქციონირებაში, არამედ მის დაინტერესებას. შესაბამისად, ამ ტერმინის როგორც „დაინტერესებული პირის თეორიის" თარგმნა სწორ ნაბიჯად უნდა ჩაითვალოს.

კიდევ ერთი საკითხი, რომელიც განსახილველია ეტიმოლოგიის თვალსაზრისით, არის ის, რომ ***„agency theory"*** პირდაპირ თარგმნისას არის „წარმომადგენლობის თეორია". იგივე ეხება ***„stewardship theory"***-საც, რომელიც სიტყვასიტყვით გადმოტანისას იქნებოდა „მსახურების თეორია". შესაბამისად, შეიძლება, პრობლემურად ჩაითვალოს ის ფაქტი, რომ წინამდებარე ნაშრომი მათ „წარმომადგენლის თეორიად" და „მსახურის თეორიად" მოიხსენიებს. ტექსტის ავტორის პოზიცია, რომ მასში წარმოდგენილი თარგმანი უნდა იყოს სისტემური, ნამდვილად სასურველია აკადემიური ლიტერატურის დადებითად განვითარებისათვის.[61] კორპორაციული მართვის ძირითადი სამი თეორიიდან, ინგლისურ, რუსულ და ფრანგულ ენებზე ორი ტერმინი უთითებს ურთიერთობაზე („აგენტობა" და „მსახურება"), ხოლო ერთი ძირითად სუბიექტზე („დაინტერესებული პირი"). წინამდებარე ნაშრომის პოზიციაა, რომ უმჯობესია, ქართულ ენაში სახეზე იყოს სისტემურად, ერთგვარად თარგმნა ამ სამი ტერმინისა. ვინაიდან ფრაზები: „მსახურების თეორია" და „დაინტერესებული პირობის თეორია" იძლევიან მათი არაერთგვაროვნად ინტერპრეტაციის შესაძლებლობას (შეიძლება, რომ „მსახურების თეორია" გაგებული იყოს როგორც „არაერთი მსახურის თეორია", ხოლო სიტყვა „პირობა" „დაპირების" სინონიმად განიხილებოდეს), მათი თარგმნა უმჯობესია არა ურთიერთობაზე, არამედ ძირითად სუბიექტზე მითითებით.

ყოველივე ზემოთქმულის შესაბამისად, წინამდებარე ნაშრომში კორპორაციული მართვის სამი ძირითადი თეორია თარგმნილია როგორც: „წარმომადგენლის თეორია", „მსახურის თეორია" და „დაინტერესებული პირის თეორია".

2.2. წარმომადგენლის თეორია

საკორპორაციო სამართლის ერთ-ერთ ძირითად განსახილველ საკითხად გვევლინება კომპანიის მფლობელობასა და კონტროლს შორის ზღვრის გავლების საჭიროება.[62] წარმომადგენლის თეორია ემსახურება იმას, რომ ამ ფარგლების დადგენისას უზრუნველყოფილი იყოს

---

[58] *Леванов Л.Н.,* Теоретико-Методологические Подходы к Понятию „Корпоративное Управление", Известия Саратовского Университета, 12.1., 2012, 54-60.

[59] *Afza T., Ehsan S., Nazir S.,* Whether Companies Need to be Concerned about Corporate Social Responsibility for their Financial Performance or Not? A Perspective of Agency and Stakeholder Theories, European Online Journal of Natural and Social Sciences, 4.4., 2015, 664-682.

[60] *Lentner C., Szegedi K., Tatay T.,* Corporate Social Responsibility in the Banking Sector, Public Finance Quarterly, 57, 2015, 95-103.

[61] *Wang B.,* Theme in Translation: a Systemic Functional Linguistic Perspective, International Journal of Comparative Literature & Translation Studies, 2.4., 2014, 54-63.

[62] *Fama E.F., Jensen M.C.,* Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, 26.2., 1983, 301-325.

საზოგადოების ძირითადი ხელმძღვანელი ორგანოს, დირექტორთა საბჭოს მიერ აქციონერთა ინტერესების მაქსიმალურად დაცვა.[63]

კომპანიის კონტროლი განიმარტება როგორც საზოგადოების საქმიანობასთან დაკავშირებული საკითხების ფართო სპექტრი.[64] იგი მოიცავს როგორც სტრატეგიული მნიშვნელობისა და შორსმიმავალი პერსპექტივების მქონე საკითხების დაგეგმარებას, ისე საზოგადოების ყოველდღიური ცხოვრების მენეჯმენტსა და სხვა, ერთი შეხედვით, ნაკლებად მნიშვნელოვან დეტალებს.[65] ყოველივე აღნიშნულის გათვალისწინებით აშკარაა, რომ კორპორაციის მმართველობა უდიდესი მნიშვნელობის მქონე საკითხია და აუცილებელია მასთან დაკავშირებული თეორიების კარგად გააზრება იმისათვის, რომ ასეთი ფართო გავლენის მქონე სფეროს მომწესრიგებელი ნორმები არ იყოს აგებული ქვიშაში აშენებული ციხე-სიმაგრის მსგავსად.[66]

წარმომადგენლის თეორია ეკონომიკასა და სამართალში დიდი ხანია, ფართოდ გამოიყენება[67], თუმცა დღემდე ჰყავს ოპონენტები, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან მის გამოყენებას, რადგანაც მიიჩნევენ, რომ წარმომადგენლის თეორია ახდენს კორპორაციული მართვაში მონაწილე პირების დეჰუმანიზებას, რის გამოც იგი განიხილება ზედმეტად სახიფათოდ და არასასურველად.[68]

წარმომადგენლის თეორია ხშირად განხილულია როგორც ინსტრუმენტი იმისათვის, რათა მოხდეს იმ პრობლემების მოგვარება, რომლებიც წარმოიშობა სამ კონკრეტულ შემთხვევაში. ესენია:

1. როდესაც კომპანიისა და მის აქციონერთა ინტერესები ერთმანეთს არ ემთხვევა;
2. როდესაც საზოგადოების პარტნიორები ვერ ახერხებენ, ეფექტურად ადევნონ თვალყური კორპორაციის ხელმძღვანელ პირებს;
3. როდესაც ამა თუ იმ სარისკო ქმედებასთან დაკავშირებით აქციონერებსა და დირექტორებს აქვთ სხვადასხვა პოზიცია.[69]

წინამდებარე ნაშრომში არის მცდელობა, ამ საკითხებთან დაკავშირებით წარმომადგენლის თეორიით შემუშავებული პოზიციების აღწერისა, მათი დადებითი და უარყოფითი მხარეების კრიტიკულად გაანალიზებისა.

2.2.1. წარმომადგენლის თეორია და ინტერესთა კონფლიქტი

წარმომადგენლის თეორიის თვალსაზრისით, ინტერესთა კონფლიქტის ერთ-ერთ წყაროდ შეიძლება, ხშირად, განიხილებოდეს ის ფაქტი, რომ საზოგადოება ცალკეული ინსტიტუტია და იგი არ შეიძლება განხილულ იქნეს როგორც მისი მესაკუთრეების ეკვივალენტი[70]. უფრო ზუსტად, პრობლემას ის ქმნის, რომ ზოგ შემთხვევაში აქციონერებისა და თავად კომპანიის ინტერესები ერთმანეთს არ ემთხვევა. ინვესტორები ხშირად არჩევენ მოკლე დროში მოგების

63 *Bonazzi L., Islam S.M.N.,* Agency theory and corporate governance: A study of the effectiveness of board in their monitoring of the CEO, Journal of Modelling in Management, 2.1., 2007, 7-23.

64 *Стрекалова А.А.,* Второе Поколение Фискального Федерализма, Журнал Human Progress, 2.3., 2016, 1-12.

65 *Namazi M.,* Role of the agency theory in implementing management's control, Journal of Accounting and Taxation, 5.2., 2003, 38-47.

66 *Baiman S.,* Agency Research in Managerial Accounting: A Second Look Accounting, Organization and Society, 15.4., 1990, 341-371.

67 *Spence A.M., Zeckhauser R.,* Insurance, Information and Individual Action, American Economic Review, 61, 1971, 380-387.

68 *Perrow C.,* Complex Organizations, New York, Random House, 1986.

69 *Eisenhardt K.,* Agency Theory: an assessment and a review, Academy of Management Review, 14.1., 1989, 57-74.

70 *Daly H.,* Conflicts of Interest in Agency Theory: A Theoretical Overview, Global Journal of Human-Social Science: Economics, 15.1., 2015, 17-22.

მიღებას და არ სურთ გრძელვადიან პერსპექტივებზე ფიქრი.[71] ასეთ დროს დირექტორისათვის შეიძლება პრობლემა წარმოიშვას, რადგანაც საკორპორაციო სამართლის თეორიული საფუძვლების გააზრების გარეშე რთულია იმაზე საუბარი, თუ ვისი მხარე უნდა დაიკავოს და ვისი პოზიციები დაიცვას დირექტორმა – კომპანიისა თუ აქციონერების.[72]

ამ საკითხთან დაკავშირებით წარმომადგენლის თეორიის პოზიცია ერთგვაროვანია. იგი გამომდინარეობს თეორიის ძირითადი არსისაგან, რომ დირექტორი აქციონერთა წარმომადგენლად უნდა იყოს განხილული.[73] ეს ნიშნავს იმას, რომ დირექტორის მოვალეობაა არა კომპანიის, არამედ მის მიერ წარმოდგენილი პირების ინტერესებზე ზრუნვა.[74] ამ ურთიერთობის თვალსაზრისით, დირექტორისათვის თავად კომპანია, რეალურად, მხოლოდ მესამე პირის როლში გვევლინება. წარმომადგენელი ყოველთვის ვალდებულია, უპირატესობა მიანიჭოს მის მიერ წარმოდგენილი პირების ინტერესებს[75] (ეს პოზიცია გაზიარებულია ქართულ აკადემიურ ლიტერატურაშიც[76]) და, შესაბამისად, აშკარა ხდება, რომ დირექტორის ვალდებულება მოიცავს სწორედ აქციონერთა კეთილდღეობაზე ზრუნვას. რაც შეეხება საზოგადოების ინტერესებს, მათი მნიშვნელობაც საკმაოდ მაღალია, თუმცა მათ სასარგებლოდ განხორციელებული ნაბიჯები არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს კომპანიის მესაკუთრეთათვის სასურველ ქმედებებს.[77]

ყოველივე ზემოთ განხილულის გათვალისწინებით, უნდა აღინიშნოს, რომ, როდესაც სახეზეა კომპანიისა და მისი აქციონერების ინტერესთა კონფლიქტი, წარმომადგენლის თეორია გვთავაზობს დილემის გადაჭრის მარტივ გზას. დირექტორი ვალდებულია, გააკეთოს ყველაფერი, რათა უზრუნველყოს აქციონერთათვის სასურველი შედეგის დადგომა, იმის მიუხედავად, რა იქნებოდა საუკეთესო თავად საზოგადოებისათვის.

2.2.2. წარმომადგენლის თეორია და აქციონერთა მიერ დირექტორთა კონტროლი

წარმომადგენლის თეორიის ერთ-ერთი მახასიათებელია ის, რომ ის გულისხმობს დირექტორთა თვითდაინტერესების მაღალ ხარისხს. იგი ვარაუდობს, რომ ზედამხედველობის არარსებობისას საზოგადოების მმართველი პირები იზრუნებენ არა აქციონერთა ან კომპანიის სურვილებზე, არამედ საკუთარ ინტერესებზე.[78] ამის გათვალისწინებით, მაღალ მნიშვნელობას იძენს დირექტორთა საქმიანობაზე ეფექტური ზედამხედველობის განხორციელება აქციონერთა მიერ.[79]

წარმომადგენლის თეორიის თანახმად, იმისათვის, რომ დირექტორთა მიერ კომპანიის მმართველობა განხორციელდეს ისე, როგორც ეს სასურველი იქნებოდა აქციონერთათვის, აუ-

---

71 *Fama E.F., Jensen M.C.,* Separation of Ownership and Control. Journal of Law and Economics, 26.2., 1983, 301-325.

72 *Fama E.F.,* Agency Problems and the Theory of the Firm, Journal of Political Economy, 88, 1980, 288-307.

73 *Baiman S.*, Agency Research in Managerial Accounting: A Second Look, Accounting, Organization and Society, 15.4., 1990, 341-371.

74 *Eisenhardt K.,* Agency Theory: an Assessment and a Review. Academy of Management Review, 14.1., 1989, 57-74.

75 *Keser C., Willinger M.,* Theories of Behavior in Principal–Agent Relationships with Hidden Action, European Economic Review, 51., 2007, 1514-1533.

76 *ჭანტურია ლ., ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, თბილისი, 2002, 276-279.

77 *Jensen M.C., Meckling W.H.,* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, 3, 1976, 305-360.

78 *Pfeffer J.,* Power in Organizations. Marshfield, Massachusetts, Pitt-Man Publishing, 1981.

79 *Aggarwal S., Goel R. Vashishtra, P.K.,* A Literature Review of Agency Theory, Indian Journal of Research, 3.5., 2014, 51-52.

ცილებელია, სახეზე იყოს ზედამხედველობის ქმედითი მექანიზმები.[80] მათი არარსებობის შემთხვევაში არსებობს შესაძლებლობა, რომ დირექტორი გადადგამს აქციონერთა წინააღმდეგ მიმართულ ნაბიჯებს საკუთარი ინტერესებიდან გამომდინარე[81] ან, უბრალოდ, არ გააკეთებს ყველაფერს მის მიერ წარმოდგენილ პირთა კეთილდღეობისათვის.[82]

წარმომადგენლის თეორია განსაზღვრავს, რომ აქციონერი ვერასოდეს შეძლებს საკუთარი ინტერესების მაქსიმალურად ეფექტურად დაცვას მხოლოდ დაქირავებული პირების საშუალებით.[83] შესაბამისად, საჭიროა, რომ საზოგადოებაში წილის მესაკუთრეებმა თავად შეასრულონ აქტიური როლი კომპანიის საზოგადოებაში[84] ან, ამის შეუძლებლობის შემთხვევაში, გამოიყენონ ინსტრუმენტები, რომლებიც მისცემენ იმის საშუალებას, რომ ინტენსიურად და ხშირად შეამოწმონ დირექტორთა საქმიანობა.[85] ორივე შესაძლო გზა მოიცავს აქციონერთა მიერ მათსავე წარმომადგენლებზე ზედამხედველობის განსახორციელებლად დამატებითი რესურსების გამოყენებას (აქციონერთა დრო მათი აქტივობისას ან/და ფინანსები ზედამხედველობით ორგანოების ჩამოსაყალიბებლად), თუმცა, წარმომადგენლის თეორიის თანახმად, ეს გამართლებული ხარჯებია, რადგანაც მათი არსებობა ხელს შეუწყობს კომპანიის ისეთ მართვას, როგორიც აქციონერებისათვის მაქსიმალურად სასურველია.[86] თეორია ითვალისწინებს იმასაც, რომ კონტროლის მექანიზმების ახალი ფენის არსებობა მცირედით მაინც შეამცირებს კომპანიის ხელმძღვანელობის ეფექტურობას, თუმცა ეს მისაღებ მსხვერპლად განიხილება,[87] რათა მოხდეს აქციონერთა მიერ დირექტორთა ერთგულებისა და საქმისადმი თავდადებულობის უზრუნველყოფა.

კიდევ ერთი საკითხი, რომელიც უკავშირდება დირექტორთა მიერ აქციონერთა ინტერესებზე ზრუნვის უზრუნველყოფას, არის ის, რომ, წარმომადგენლის თეორიის თანახმად, სასურველია, საზოგადოების ხელმძღვანელს მიეცეს დამატებითი ინიციატივა იმისათვის, რომ შეასრულოს საკუთარი ვალდებულება.[88] როგორც უკვე აღინიშნა, დირექტორი, პირველ რიგში, ზრუნავს არა მის მიერ წარმოდგენილი პირების, არამედ საკუთარ ინტერესებზე.[89] შესაბამისად, კომპანიის ისე სამართავად, რომ მიღწეულ იქნეს აქციონერთათვის მაქსიმალურად სასურველი შედეგები, საჭიროა, ორივე მხარის ინტერესების ერთმანეთისადმი დაკავშირება.[90] ამის განსახორციელებლად გამოიყენება დამატებითი ინიციატივები, რაც ნიშნავს იმას, რომ ხდება დირექტორის ანაზღაურების „მიბმა“ აქციონერების მიერ მიღებულ მოგებაზე[91] ან მათთვის სასურველ სხვა ამა თუ იმ რეზულტატზე.[92]

---

80 *Caers R., Du Bois C., Jegers M., De Gieter S., Schepers C., Pepermans R.,* Principal-Agent Relationships on the Stewardship-Agency Axis. Nonprofit Management & Leadership, 17.1., 2006, 25-47.

81 *Allen F., Bernardo A.E., Welch I.,* A Theory of Dividends Based on Tax Clienteles, The Journal of Finance, 55.6., 2000, 2499-2536.

82 *Eisenhardt K.,* Agency Theory: an assessment and a Review, Academy of Management Review, 14.1., 1989, 57-74.

83 *Rose P.,* Common Agency and the Public Corporation, Vanderbilt Law Review, 63.5., 2010, 1355-1417.

84 *Davis G.F., Thompson T.A.,* A Social Movement Perspective on Corporate Control, Administrative Science Quarterly, 39.1., 1994, 141-173.

85 *Al-Matari M., Al-Swidi A.K., Fadzil F.H.B.,* The Effect of the Internal Audit and Firm Performance: A Proposed Research Framework, International Review of Management and Marketing, 4.1., 2014, 34-41.

86 *Shapiro S.P.,* Agency Theory, Annual Review of Sociology, 31, 2005, 263-284.

87 *Hadani M., Horanova M., Khan R.,* Institutional Investors, Shareholder Activism, and Earnings Management, Journal of Business Research, 64, 2011, 1352-1360.

88 *Prendergast C.,* The Provision of Incentives in Firms, Journal of Economic Literature, 37.1., 1999, 7-63.

89 *Pfeffer J.,* Power in Organizations, Marshfield, Massachusetts, Pitt-Man Publishing, 1981.

90 *Prendergast C.,* The Provision of Incentives in Firms, Journal of Economic Literature, 37.1., 1999, 7-63.

91 *Eisenhardt K.,* Agency Theory: an Assessment and a Review, Academy of Management Review, 14.1., 1989, 57-74.

92 *Prendergast C.,* The Provision of Incentives in Firms, Journal of Economic Literature, 37.1., 1999, 7-63.

აღსანიშნავია, რომ, წარმომადგენლის თეორიის არსიდან გამომდინარე, არ არის რეკომენდებული დირექტორთა პირადი ინტერესის დაკავშირება რომელიმე კონკრეტულ ქმედებებთან, ვინაიდან, თუ დირექტორის ინტერესში იქნება ამა თუ იმ შედეგის მიღწევა, იგი სწორედ მასზე მოახდენს კონცენტრირებას, რის შედეგადაც თავის სხვა მოვალეობებს ნაკლებ ყურადღებას მიაქცევს და საზოგადოება დაზარალდება.[93] ამდენად, საუკეთესო მეთოდი იქნება დირექტორის ანაზღაურების დაკავშირება აქციონერთა მიერ მაქსიმალური მოგების მიღების ფაქტთან,[94] ყოველგვარ კონკრეტულ ქმედებაზე აქცენტირების გარეშე. შედეგად, მოხდება საზოგადოების ისე მართვა, როგორც ეს სურთ მის მესაკუთრეებს, კომპანიის ყოველდღიურ საქმიანობაში მათი შედარებით ნაკლებად ჩართულობის მიუხედავად.

2.2.3. წარმომადგენლის თეორია და რისკის გადანაწილება

საკორპორაციო სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი დილემაა რისკის გადანაწილება დირექტორებსა და აქციონერებს შორის.[95] პრობლემაა ის, თუ რომელ მხარეს უნდა დაეკისროს პასუხისმგებლობა, რომელიც გამომდინარეობს სარისკო ქმედებებიდან.[96]

ამ პრობლემის რელევანტურობა ნაწილობრივ გამომდინარეობს ზემოთ განხილული საკითხიდან – როდესაც დირექტორის ანაზღაურება დაკავშირებულია კომპანიის წარმატებასთან, იზრდება შანსი, საზოგადოების ხელმძღვანელმა პირებმა მიიღონ ზედმეტად სარისკო გადაწყვეტილებები.[97] მიუხედავად იმისა, რომ აქციონერებისა და კომპანიის ინტერესები ყოველთვის არ ემთხვევა ერთმანეთს[98], ისინი, როგორც წესი, მაინც უფრო დაინტერესებულნი არიან საზოგადოების წარმატებით, ვიდრე დირექტორები,[99] რადგან აქციონერს საზოგადოებაში ჩადებული აქვს როგორც საკუთარი დრო და ენერგია, ისე კაპიტალიც, მაშინ, როდესაც დირექტორის ინვესტიცია მხოლოდ პირველი ორით შემოიფარგლება.[100] შედეგად, მართალია, წარმომადგენლის თეორიის თანახმად, დირექტორისათვის, კომპანიის წარმატებიდან გამომდინარე, მაღალი ანაზღაურების მიცემა სასურველად ითვლება, მაგრამ ეს ქმნის იმის რისკს, რომ დირექტორებმა მიიღონ გაუმართლებლად სარისკო გადაწყვეტილებები.

ამ პრობლემის მოსაგვარებლად, როგორც წესი, განიხილება რისკზე პასუხისმგებლობის დირექტორისთვის დაკისრება.[101] ასეთი მიდგომისას, როცა კომპანიის ხელმძღვანელი პირი გრძნობს, რომ მის მიერ გაწეული რისკის გამო შესაძლოა, პირადად აგოს პასუხი, იგი ბევრად უფრო კონსერვატიულად იქცევა და ნაკლებ გაუმართლებელ ნაბიჯებს დგამს, რაც სასარგებლოა საზოგადოებისათვის.[102] სწორედ ასეთ პოზიციას გვთავაზობს წარმომადგენ-

---

93 *Milgrom P.,* Employment Contracts, Influence Activity and Efficient Organization, Journal of Political Economy, 96, 1988, 42-60.

94 *Eisenhardt K.,* Agency Theory: an Assessment and a Review, Academy of Management Review, 14.1., 1989, 57-74.

95 *Goel A.M., Thakor A.J.,* Overconfidence, CEO Selection and Corporate Governance, The Journal of Finance, 63.6., 2008, 2737-2784.

96 *Jensen M.C., Meckling W.H.,* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. Journal of Financial Economics, 3, 1976, 305-360.

97 *Prendergast C.,* The Provision of Incentives in Firms, Journal of Economic Literature, 37.1., 1999, 7-63.

98 *Fama E.F. Jensen M.C.,* Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, 26.2., 1989, 301-325.

99 *Bitler M.P., Moskowitz T.J., Vissing-Jorgensen A.,* Testing Agency Theory with Entrepreneur Effort and Wealth. The Journal of Finance, 60.2., 2006, 539-576.

100 *Wright P., Mukherji A., Kroll M.J.,* A Reexamination of Agency Theory Assumptions: Extensions and Extrapolations, Journal of Socio-Economics, 30, 2001, 413-429.

101 *Васильев Ю.В., Парахина В.Н., Ушвицкий Л.И.,* Теория Управления, Издание Второе, Москва, Издательство Финансы и Статистика, 2005.

102 *Palia D. Porter R.,* Agency Theory in Banking: an Empirical Analysis of Moral Hazard and the Agency Costs of Equity, Banks and Bank Systems, 2.3., 2007, 142-156.

ლის თეორიაც, რომლის მიხედვით, სასურველია, დირექტორის ანაზღაურება იყოს დამოკიდებული საზოგადოების წარმატებაზე, მაგრამ, ამავდროულად, ნებისმიერ არასწორ რისკზე პასუხისმგებლობაც სწორედ მას დაეკისროს, რათა უზრუნველყოფილი იყოს მის მიერ საკუთარი ფიდუციური ვალდებულებების მაქსიმალურად ეფექტურად და გულისხმიერად შესრულება.[103]

2.2.4. წარმომადგენლის თეორიის შეჯამება

ზემოთ მოცემული იდეები და მოსაზრებები შეადგენს წარმომადგენლის თეორიის უმთავრეს, ძირითად მახასიათებლებს კორპორაციული მართვისათვის რელევანტურ საკითხებთან დაკავშირებით. წინამდებარე ნაშრომის ამ თავში შემოთავაზებული ანალიზის გათვალისწინებით, შესაძლებელია წარმომადგენლის თეორიის ძირითადი პოზიციების მოკლედ შეჯამება შემდეგნაირად:

1. დირექტორი წარმოადგენს არა საზოგადოების, არამედ მისი აქციონერების ინტერესებს;

2. კომპანიის ხელმძღვანელი პირი პასუხისმგებელია აქციონერთა წინაშე, თუმცა საკუთარი ინტერესები მისთვის უფრო ღირებულია, რის გამოც საჭიროა მის საქმიანობაზე ზედამხედველობა. ეს შეიძლება განხორციელდეს აქციონერთა მიერ პირადად ან ალტერნატიული მექანიზმის შემუშავების გზით;

3. კონტროლი შეიძლება არ იყოს საკმარისი ფიდუციური ვალდებულებების შესრულების უზრუნველსაყოფად, რის გამოც აუცილებელია, დირექტორს მიეცეს დამატებითი მიზეზი იმისათვის, რომ იგი ემსახურებოდეს აქციონერთა ინტერესებს. ამის ხელშეწყობა შეიძლება მოხდეს მისი ანაზღაურების აქციონერების მიერ მიღებულ მოგებაზე „მიბმით".

4. როდესაც კომპანიის ხელმძღვანელი პირის ხელფასი უკავშირდება კომპანიის წარმატებას, მან შეიძლება გაწიოს გაუმართლებელი რისკები. შედეგად, საჭიროა, რომ ამ რისკების პოტენციურ უარყოფით შედეგებზე პასუხისმგებლობა დაეკისროს დირექტორს.

2.3. მსახურის თეორია

მსახურის თეორია პირველად ფსიქოლოგიურ და სოციოლოგიურ კვლევებში იქნა ჩამოყალიბებული,[104] განსხვავებით წარმომადგენლის თეორიისგან, რომელიც ეკონომისტთა მიერ შემუშავდა.[105] ამ ფაქტის გათვალისწინებით, არ არის გასაკვირი, რომ მათ ხშირად ერთმანეთისაგან კარდინალურად განსხვავებული მიდგომები ახასიათებთ.[106] მსახურის თეორიის ანალიზისას, როგორც წესი, ხდება მისი შედარება წარმომადგენლის თეორიასთან, რის შედეგადაც გამოიკვეთება მათ შორის არსებული მნიშვნელოვანი და ერთმანეთთან შეუთავსებელი განსხვავებები.[107]

---

[103] *Eisenhardt K.,* Agency Theory: an Assessment and a Review. Academy of Management Review, 14.1., 1989, 57-74.

[104] *Donaldson L. Davis J.,* Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns. Australian Journal of Management, 16.1., 1991, 49-65.

[105] *Al-Mamun A. Yasser Q.R. Rahman A.,* A Discussion of the Suitability of Only One vs More than One Theory for Depicting Corporate Governance, Modern Economy, 4, 2013, 37-48.

[106] *Van Slyke D.M.,* Agents or Stewards: Using Theory to Understand the Government-Nonprofit Social Service Contracting Relationship, Journal of Public Administration Research and Theory, 17, 2006, 157-187.

[107] *Fox M.A., Hamilton R.T.,* Ownership and Diversification: Agency Theory or Stewardship Theory, Journal of Management Studies, 31.1., 1994, 69-81.

მსახურის თეორიას ჰყავს არაერთი ოპონენტი, რომლებიც აკრიტიკებენ მის მიდგომებს.[108] მის მოწინააღმდეგეთა აზრით, მსახურის თეორია ზედმეტად გულუბრყვილო და ოპტიმისტურია[109] და არასაკმარისად აფასებს დირექტორების თვითდაინტერესების სიძლიერეს.[110] ხაზგასასმელია ისიც, რომ, მართალია, მსახურის თეორიას ნაკლები კრიტიკოსი ჰყავს წარმომადგენლის თეორიასთან შედარებით,[111] თუმცა ეს არ უნდა იქცეს იმის საბაბად, რომ რომელიმე მათგანს უპირატესობა მიენიჭოს.

როგორც ზევით აღინიშნა, წარმომადგენლის თეორია აქცენტს აკეთებს აქციონერთა და დირექტორებს შორის ურთიერთობაზე. ეს განსხვავდება მსახურის თეორიისაგან, რომლისთვისაც უმთავრესი საზოგადოებასა და მის ხელმძღვანელ პირს შორის არსებული კავშირია.[112] ეს ინსტიტუტი მსჯელობს სხვადასხვა საკითხზე, რომლებიც ამ ურთიერთობიდან გამომდინარეობს და ცდილობს, გადაჭრას პრობლემები, რომლებიც თავს იჩენენ შემდეგ სიტუაციებში:[113]

1. როდესაც არ არის თანხვედრა აქციონერთა და კომპანიის ინტერესებს შორის (ისევე, როგორც წარმომადგენლის თეორიის შემთხვევაში);
2. როდესაც აქციონერებს აქვთ მცდელობა, შეზღუდონ დირექტორის მოქმედების თავისუფლება.

2.3.1. მსახურის თეორია და ინტერესთა კონფლიქტი

ისევე, როგორც წარმომადგენლის თეორია, მსახურის თეორიაც აღიარებს ისეთი შემთხვევის არსებობის შესაძლებლობას, როდესაც საზოგადოებისა და მისი აქციონერების ინტერესები ერთმანეთს არ ემთხვევა.[114] ასეთ დროს, ამ თეორიის თანახმად, კომპანიის ხელმძღვანელ პირთა ვალდებულება არა აქციონერთა, არამედ საზოგადოების კეთილდღეობაზე ზრუნვაა,[115] რაც გამომდინარეობს მსახურის თეორიის ცენტრალური იდეიდან, რომ დირექტორი არის არა აქციონერთა წარმომადგენელი, არამედ კომპანიის მსახური.[116]

წარმომადგენლის თეორია ხაზს უსვამს იმას, რომ საზოგადოების მართვის დროს დირექტორი უნდა წარმოადგენდეს და იცავდეს კომპანიის აქციონერთა ინტერესებს.[117] ამ პოზიციას უპირისპირდება მსახურის თეორია,[118] რომლის მიხედვით, კორპორაციის ხელმძღვანელი პირის ფუნქციაა, უზრუნველყოს, რომ საზოგადოება იყოს მაქსიმალურად წარმატებული და მიიღოს

---

[108] *Davis J.H., Schoorman F.D., Donaldson L.,* Toward a Stewardship Theory of Management. Academy of Management Review, 22.1., 1997. 20-47.

[109] *Tourani-Rad A., Ingley C.,* Handbook on Emerging Issues in Corporate Governance, Singapore, World Scientific Publishing Co, 2011.

[110] *Du Plessis J., McConvill J., Bagaric M.,* Principles of Contemporary Corporate Governance. New York, Cambridge University Press, 2005.

[111] *Tourani-Rad A., Ingley C.,* Handbook on Emerging Issues in Corporate Governance, Singapore, World Scientific Publishing Co., 2011.

[112] *Yussoff W., Alhaji I.,* Insight of Corporate Governance Theories, Journal of Business & Management, 1.1., 2012, 52-63.

[113] *Donaldson L., Davis J.,* Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns, Australian Journal of Management, 16.1., 1991, 49-65.

[114] *Muth M.M., Donaldson L.,* Stewardship Theory and Board Structure: a contingency approach, Scholarly Research and Theory Papers, 6.1., 1998, 5-28.

[115] *Nordberg D.,* The Ethics of Corporate Governance, Journal of General Management, 33.4., 2008, 35-52.

[116] *Quinn E.,* The Complex Relationship between Corporate Management, Stakeholders and Accounting. International Journal of Academic Research in Accounting, Finance and Management Sciences, 4.3., 2014, 80-88.

[117] *Eisenhardt K.,* Agency Theory: an Assessment and a Review, Academy of Management Review, 14.1., 1989, 57-74.

[118] *Виханский О.С., Наумов А.И.,* Размышления о Менеджменте – „Другой" Менеджмент: Время Перемен, Российский Журнал Менеджмента, 3, 2004, 105-126.

რაც შეიძლება, მეტი მოგება,[119] თუმცა ეს ყოველთვის არ ნიშნავს აქციონერებისათვის ყველაზე სასურველი ქმედებების განხორციელებას.[120] მსახურის თეორიის შესაბამისად, დირექტორი უნდა ემსახურებოდეს საზოგადოებას და იცავდეს მის, როგორც ცალკეული, განყენებული ერთეულის, პოზიციებს.[121] მართალია, ხშირად კომპანიისა და მასში წილის მფლობელთა ინტერესები ერთმანეთს ემთხვევა და ორივეს მაქსიმალურად მეტი შემოსავალი სურს, მაგრამ, მსახურის თეორიის თანახმად, როგორც კი სახეზე აღარ იქნება ეს თანხვედრა, დირექტორი ვალდებულია, საზოგადოების მხარე დაიკავოს.[122]

2.3.2. მსახურის თეორია და დირექტორის ნდობისა და თავისუფლების საკითხი

წარმომადგენლის თეორიის ერთ-ერთი ძირითადი საკითხია აქციონერთა მიერ დირექტორების კონტროლი,[123] რადგანაც, ამ მიდგომის თანახმად, ხელმძღვანელი პირი, რომელსაც არ უწევენ ზედამხედველობას, შეწყვეტს კომპანიის ინტერესებზე ზრუნვას და მხოლოდ საკუთარ სურვილებზე გადაერთვება.[124] ამ მოსაზრებას არ იზიარებს მსახურის თეორია, რომელიც თვლის, რომ დირექტორი, როგორც წესი, სანდო ადამიანია, რომელსაც სჭირდება არა კონტროლი, არამედ ხელშეწყობა და მაქსიმალურად მეტი თავისუფლების მიცემა.[125]

მსახურის თეორიის უმთავრესი პოზიციაა ის, რომ დირექტორი ემსახურება საზოგადოებას, რაც ნიშნავს არა მხოლოდ მის ვალდებულებას, გააკეთოს ყველაფერი კომპანიისათვის, არამედ იმასაც, რომ დირექტორი ამ ვალდებულების შესრულებას საკუთარ ინტერესებზე მაღლა აყენებს.[126] იგი განიხილება როგორც პირი, რომელიც საზოგადოების კეთილდღეობას თავის უმთავრეს მისიად მიიჩნევს.[127] მსახურის თეორია, ფაქტობრივად, დირექტორს ყოველთვის პატიოსან, უაღრესად დადებით პირად თვლის და, მიიჩნევს, რომ იგი ყოველთვის თავისი ძალების მაქსიმალურად გამოყენებით ემსახურება საზოგადოებასა და მის ინტერესებს.[128] შესაბამისად, არ არსებობს საფუძველი, აქციონერებმა ეჭვი შეიტანონ კორპორაციის ხელმძღვანელი პირის მიერ ფიდუციური ვალდებულებების შესრულებაში და საჭირო არაა მისი ქმედებების კონტროლი.[129]

---

[119] *Biesenthal C., Wilden R.,* Multi-level project governance: Trends and Opportunities, International Journal of Project Management, 32.8., 2014, 1291-1308.

[120] *Hiebl M.R.W.,* Peculiarities Of Financial Management In Family Firms, International Business & Economics Research Journal, 11.3., 2012, 315-322.

[121] *Van Slyke D.M.,* Agents or Stewards: Using Theory to Understand the Government-Nonprofit Social Service Contracting Relationship, Journal of Public Administration Research and Theory, 17, 2006, 157-187.

[122] *Quinn E.,* The Complex Relationship between Corporate Management, Stakeholders and Accounting. International Journal of Academic Research in Accounting, Finance and Management Sciences, 4.3., 2014, 80-88.

[123] *Caers R., Du Bois C., Jegers M., De Gieter S., Schepers C., Pepermans R.,* Principal-Agent Relationships on the Stewardship-Agency Axis, Nonprofit Management & Leadership, 17.1., 2006, 25-47.

[124] *Allen F., Bernardo A.E., Welch I.,* A Theory of Dividends Based on Tax Clienteles, The Journal of Finance, 55.6., 2000, 2499-2536.

[125] *Albrecht W.S., Albrecht C.C., Albrecht C.O.,* Fraud and Corporate Executives: Agency, Stewardship and Broken Trust, Journal of Forensic Accounting, 5, 2004, 109-130.

[126] *Al-Mamun A., Yasser Q.R. Rahman A.,* A Discussion of the Suitability of Only One vs More than One Theory for Depicting Corporate Governance, Modern Economy, 4, 2013, 37-48.

[127] *Quinn E.,* The Complex Relationship between Corporate Management, Stakeholders and Accounting, International Journal of Academic Research in Accounting, Finance and Management Sciences, 4.3., 2014, 80-88.

[128] *Albrecht W.S., Albrecht C.C., Albrecht C.O.,* Fraud and Corporate Executives: Agency, Stewardship and Broken Trust, Journal of Forensic Accounting, 5, 2004, 109-130.

[129] *Muth M.M., Donaldson L.,* Stewardship Theory and Board Structure: a contingency approach, Scholarly Research and Theory Papers, 6.1., 1998, 5-28.

ეს მოსაზრება სრულიად ეწინააღმდეგება წარმომადგენლის თეორიის პოზიციას ზედამხედველობასთან დაკავშირებით. მსახურის თეორიის მიხედვით, ყოველგვარი შემოწმებისა და თვალყურის დევნების გარეშეც დირექტორი გააკეთებს ყველაფერს, რათა ხელი შეუწყოს საზოგადოების მიერ მაქსიმალური მოგების მიღებას.[130] ეს გამომდინარეობს იმ იდეიდან, რომ დირექტორისათვის თვითმიზანია საზოგადოების მაქსიმალურად ეფექტურად გაძღოლა და საკუთარი ინტერესების ან უბრალო სიზარმაცის გამო იგი არც ერთ შემთხვევაში არ დააზარალებს დამსაქმებელს;[131] ყოველივე ზემოთ განხილულის გათვალისწინებით, მსახურის თეორია არ ემხრობა არც იმას, რომ აქციონერებს მიეცეთ დამატებითი ინსტრუმენტები და მექანიზმები კომპანიის ხელმძღვანელი პირის მოქმედებათა გასაკონტროლებლად.[132] იგი თვლის, რომ ასეთი მექანიზმების არსებობა საზოგადოების რესურსების გაუმართლებელი ხარჯვაა;[133] გარდა ამისა, მსახურის თეორია დირექტორთა აქციონერების მიერ კონტროლს ეწინააღმდეგება ასევე იმ საბაბით, რომ, მისი მიდგომის თანახმად, ასეთი ზედამხედველობის განხორციელება არათუ არ ზრდის საზოგადოების მიერ მიღებულ მოგებას[134], არამედ შეიძლება, უარყოფითი გავლენაც მოახდინოს[135] და შეამციროს კომპანიის საქმიანობის ეფექტურობაც, რაც იმას ნიშნავს, რომ დაიკლებს მის მიერ მიღებული მოგებაც, რის შედეგადაც დაზარალდება როგორც საზოგადოება, ასევე თავად აქციონერებიც.[136] შესაბამისად, მსახურის თეორიის თანახმად, დირექტორის ქმედებათა კონტროლირების მცდელობაც კი ერთპიროვნულად უარყოფით ქმედებად ითვლება. არ არსებობს არავითარი საჭიროება იმისა, რომ აქციონერები თავად ჩაერთონ საზოგადოების ყოველდღიურ ცხოვრებაში.[137] არ უნდა დაიხარჯოს რესურსები იმაში, რომ შეიქმნას და გამოიყენებოდეს მექანიზმი, რომელიც განიხილებოდა როგორც შუა რგოლი კომპანიის ხელმძღვანელ პირებსა და მესაკუთრეებს შორის და იფუნქციონირებდა იმ მიზნით, რომ მონაწილეობა მიეღო საზოგადოების მმართველობაში და ზედამხედველობა გაეწია დირექტორისათვის.[138]

ზემოთ აღნიშნულის გათვალისწინებით ასევე ხაზგასასმელია ნდობისა და რისკის საკითხები. მსახურის თეორია მიიჩნევს, რომ აქციონერებისაგან დირექტორი იმსახურებს სრულ ნდობას. ეს მოიცავს იმასაც, რომ დირექტორები ყოველთვის მოიქცევიან საზოგადოების სასარგებლოდ და, შესაბამისად, აქციონერებს არ სჭირდებათ დამატებითი ჯილდოების ან სხვა მსგავსი ინსტრუმენტების შემოღება იმისათვის, რათა უზრუნველყონ დირექტორისა და საზოგადოების ინტერესთა თანხვედრა.[139] ამ თეორიის თანახმად, პოტენციურად მისაღები ბონუსე-

---

[130] *Spahaj E.,* Empirical Data on the Correlation between CEO Duality and the Performance of a Corporation. European Journal of Interdisciplinary Studies, 2.1., 2015, 55-61.

[131] *Al-Mamun A., Yasser Q.R., Rahman A.,* A Discussion of the Suitability of Only One vs More than One Theory for Depicting Corporate Governance, Modern Economy, 4, 2013, 37-48.

[132] *Donaldson L., Davis J.,* Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns, Australian Journal of Management, 16.1., 1991, 49-65.

[133] *Costa M.D.,* Impact of CEO Duality and Board Independence on FTSE Small Cap & Fledgling Company Performance, World Review of Business Research, 5.1., 2015, 1-19.

[134] *Moscu R.G.,* Does CEO Duality Really Affect Corporate Performance? International Journal of Academic Research in Economics and Management Sciences, 2.1., 2013, 156-166.

[135] *Ugwoke R.O., Onyeanu E.O., Obodoekwe C.N.,* Duality Role of Chief Executive Officer (CEO) in Corporate Governance and Performance of Quoted Companies in the Nigerian Stock Exchange: An Appraisal of the Perception of Managers and Accountants, Global Journal of Management and Business Research Accounting and Auditing, 13.5., 2013, 1-10.

[136] *Vo T.N.T.,* To Be or Not to Be Both CEO and Board Chair, Brooklyn Law Review, 76.1., 2010, 65-129.

[137] *Masry M.,* The Impact of Ownership Duality on Firm Performance in Egypt, International Journal of Accounting and Taxation, 3.1., 2015, 54-73.

[138] *Vo T.N.T.,* To Be or Not to Be Both CEO and Board Chair, Brooklyn Law Review, 76.1., 2010, 65-129.

[139] *Felicio J.A., Rodrigues R.,* Study on The Influence of Governance Mechanisms on Performance: Evidence of Nonlinear Relationships of Listed Companies in Different Contexts, Corporate Ownership & Control, 11.2., 2014 429-532.

ბისა და პრემიების ოდენობა არავითარ კორელაციაში არ არის საზოგადოების წარმატებასთან და, დამატებით ინიციატივის არსებობის ან არარსებობის მიუხედავად, დირექტორი ყოველთვის მაქსიმუმს გააკეთებს იმისათვის, რათა კომპანიამ მიიღოს მაქსიმალური მოგება.[140]

რაც შეეხება რისკს, მასთან დაკავშირებითაც მსახურის თეორია ეწინააღმდეგება წარმომადგენლის თეორიას, ვინაიდან, ამ მიდგომის თანახმად, დირექტორი ყოველთვის ცდილობს, მაქსიმალურად კარგად შეასრულოს საკუთარი ფიდუციური ვალდებულებები (რაც მოიცავს იმასაც, რომ არ გაწიოს გაუმართლებელი რისკები), უარყოფითი შედეგების გამო პასუხისმგებლობის მასზე დაკისრება არ არის გამართლებული.[141] თუკი მოხდება არასწორი ნაბიჯების გადადგმა, ეს ნიშნავს, რომ საზოგადოება დაზარალდება, მაგრამ დირექტორს მხოლოდ ამის გამო არ უნდა უწევდეს აქციონერთა განტევების ვაცის როლის შესრულება.

2.3.3. მსახურის თეორიის შეჯამება

ზემოთ განხილული პოზიციები თანამედროვე აკადემიურ ლიტერატურაში ითვლება მსახურის თეორიის ძირითად ასპექტებად. ყოველივე თქმულის გათვალისწინებით, წინამდებარე ნაშრომში წარმოდგენილი მსახურის თეორიის ძირითადი არგუმენტების მოკლედ შეჯამება შესაძლებელია შემდეგნაირად:

1. დირექტორი ემსახურება საზოგადოებას და იგი არ უნდა ჩაითვალოს აქციონერების წარმომადგენლად;
2. დირექტორი განწყობილია, უზრუნველყოს კომპანიის კეთილდღეობა. იგი საკუთარი დამსაქმებლის ინტერესებს თავის პირად ინტერესებზე მაღლა აყენებს;
3. აქციონერები უნდა ენდობოდნენ დირექტორს და იაზრებდნენ, რომ იგი სწორედ მათ სასარგებლოდ მუშაობს;
4. არ არსებობს იმის საჭიროება, რომ აქციონერები თავად ჩაერიონ საზოგადოების საქმიანობაში, რათა აკონტროლონ დირექტორი;
5. გაუმართლებელია რაიმე ინსტრუმენტების ან მექანიზმების შემუშავება და მათზე საზოგადოების რესურსების დახარჯვა მხოლოდ იმიტომ, რომ აქციონერებს შეეძლოთ დირექტორის ქმედებებზე ზედამხედველობის განხორციელება;
6. დირექტორის ანაზღაურება არავითარ კავშირში არ არის მის სურვილთან, ემსახუროს საზოგადოებას. შესაბამისად, არ არის საჭირო მისთვის დამატებითი ინიციატივის მიცემა იმ გზით, რომ მოხდეს დირექტორის ანაზღაურების დაკავშირება კომპანიის მიერ მიღებული მოგების ოდენობასთან;
7. დირექტორი ყოველთვის ცდილობს, მოუტანოს სარგებელი საზოგადოებას და, შესაბამისად, იგი არასოდეს განზრახ არ გაწევს გაუმართლებელ რისკებს. შესაბამისად, მასზე რისკებთან დაკავშირებით განსაკუთრებული პასუხისმგებლობის დაკისრება არასასურველია.

2.4. დაინტერესებული პირის თეორია

დაინტერესებული პირის თეორია შესამჩნევად განსხვავდება როგორც წარმომადგენლის, ისე მსახურის თეორიებისაგან. ეს უკანასკნელნი, ძირითადად, მსჯელობენ ერთსა და იმა-

[140] *Васильев Ю.В., Парахина В.Н., Ушвицкий Л.И.,* Теория Управления, Издание Второе, Издательство Финансы и Статистика, Москва, 2015.

[141] *Aduda J., Chogii R., Maguta P.O.,* An Empirical Test of Competing Corporate Governance Theories on the Performance of Firms Listed at the Nairobi Securities Exchange, European Scientific Journal, 9.13., 2013, 107-137.

ვე საკითხებზე, თუმცა იკავებენ ერთმანეთის საწინააღმდეგო პოზიციებს,[142] მაშინ, როდესაც დაინტერესებული პირის თეორია სრულიად განსხვავებულ იდეებზე აკეთებს აქცენტს.[143] ზემოთ ხსენებული ორი თეორიისათვის უმთავრესია ურთიერთობა აქციონერებსა და დირექტორებს შორის, ხოლო დაინტერესებული პირის მიდგომა შესამჩნევად მეტი სუბიექტის ერთმანეთთან კონტაქტზე მსჯელობს.[144] გარკვეული მსგავსება არსებობს დაინტერესებული პირისა და მსახურის თეორიებს შორის, თუმცა, როგორც აღინიშნა, ისინი სხვადასხვა მხრიდან უდგებიან კორპორაციული მართვის ფუნდამენტურ საკითხებს.[145] დაინტერესებული პირის თეორია მსჯელობს ისეთ იდეებზე, როგორებიცაა: კორპორაციული მართვის მიზანი, გარეშე პირების ინტერესები და დირექტორების ქმედებათა ეთიკური მხარე,[146] რომლებიც არ განიხილება როგორც წარმომადგენლის, ისე მსახურის თეორიათა განსახილველი საკითხები.

დაინტერესებული პირის თეორია შედარებით უფრო ახალი შემუშავებულია კორპორაციული მართვის სხვა ძირითად თეორიებთან შედარებით.[147] შესაბამისად, მასთან დაკავშირებული ლიტერატურა აქცენტს აკეთებს იმაზე, რომ პრაქტიკაში ნაკლებად გვხვდება მისი გამოყენების შედეგების ანალიზის შესაძლებლობა.[148] ამის მიუხედავად, მას უკვე ჰყავს საკმაოდ ბევრი ოპონენტი, რომლებიც მის ნაცვლად უფრო ტრადიციული მიდგომების გამოყენებას არჩევენ, ხოლო დაინტერესებული პირის თეორიას ეკონომიკური თვალსაზრისით არასასურველ და არამოგებიან ჰიპოთეზურ სისტემად განიხილავენ.[149]

ზემოთ განხილული ორი თეორიისაგან განსხვავებით, დაინტერესებული პირის თეორიის ზოგიერთ დეტალთან დაკავშირებით არ არსებობს ერთიანი მიდგომა აკადემიურ ლიტერატურაში,[150] რაც ხშირად ართულებს მასზე მსჯელობას. სტატიაში ამ ინსტრუმენტის განხილვისას გამოყენებულია ყველაზე უფრო გავრცელებული და აღიარებული მიდგომები.

2.4.1. დაინტერესებული პირის თეორია და კორპორაციული მართვის მიზანი

მსახურისა და წარმომადგენლის თეორიათა თანახმად, დირექტორის ძირითადი ფუნქცია არის საზოგადოების ან მისი აქციონერებისათვის მაქსიმალური მოგების მოტანა.[151] კორპორაციული მართვის ძირითადი თეორიებიდან ერთადერთი, რომელიც არ იზიარებს ამ მოსაზრებას, არის დაინტერესებული პირის თეორია.[152]

---

142 *Fox M.A., Hamilton R.T.,* Ownership and Diversification: Agency Theory or Stewardship Theory, Journal of Management Studies, 31.1., 1994, 69-81.

143 *Чернышев М.А., Тяглое С.Г.,* Теория Организации, Издательство Феникс, Ростов-на-Дону, 2008.

144 *Белобородова А.Л.,* Специфика Применения Теории Заинтересованных Сторон В Управлении Субъектами Малого Предпринимательства, Казанский Экономический Вестник, 5.7., 2013, 78-82.

145 *Freeman R.E.,* Strategic Management: A stakeholder Approach. Boston, Pitman Publishing, 1984.

146 *Sundaram A.K., Inkpen A.C.,* Stakeholder Theory and The Corporate Objective Revisited: A Reply Organization Science, 15.3., 2004, 370-371.

147 *Rensburg R.R., De beer E.,* Stakeholder Engagement: a Crucial Element in the Governance of Corporate Reputation, Communitas, 16, 2011, 151-169.

148 *Setyorini C.T., Ishak Z.,* Corporate Social and Environmental Disclosure: A Positive Accounting Theory View Point, International Journal of Business and Social Science, 3.9., 2012, 152-164.

149 *Reynolds S.J., Schultz F.C., Hekman D.R.,* Stakeholder Theory and Managerial Decision-Making: Constraints and Implications of Balancing Stakeholder Interests, Journal of Business Ethics, 64, 2006, 285-301.

150 *Donaldson T., Preston L.E.,* The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence and Implications, The Academy of Management Review, 20.1., 1995, 65-91.

151 *Виханский О.С., Наумов А.И.,* Размышления о Менеджменте - „Другой" Менеджмент: Время Перемен, Российский Журнал Менеджмента, 3, 2004, 105-126.

152 *Brown J.A., Forster W.R.,* CSR and Stakeholder Theory: A Tale of Adam Smith, Journal of Business Ethics, 112.2., 2011, 301-312.

დაინტერესებული პირის თეორიის თანახმად, დირექტორებმა ყველა საკუთარი გადაწყვეტილება უნდა მიიღონ ისე, რომ უზრუნველყონ საზოგადოების საქმიანობასთან დაკავშირებული და მისით დაინტერესებული ყველა ინდივიდისა თუ ჯგუფის კეთილდღეობა,[153] რადგან ამ მიდგომის მიხედვით, კორპორაციული მართვის მიზანი არ უნდა იყოს მაქსიმალური მოგების მიღება. მეტიც, დაინტერესებული პირის თეორია უარყოფს ერთი კონკრეტული დანიშნულების საჭიროებას და დირექტორის ფუნქციად განიხილავს მის მიერ მრავალი სხვადასხვა ინტერესისა და ურთიერთობის ბალანსირებას ისე, რომ საბოლოო შედეგი იყოს ყველასათვის სასურველი და მისაღები.[154] ეს ნიშნავს, რომ დაინტერესებული პირის თეორია უარყოფს კორპორაციული მართვის სხვა ძირითად თეორიებში დომინანტ „ქონების მაქსიმიზების" მიდგომას[155] და დირექტორის დანიშნულების უფრო ფართოდ განმარტებას ცდილობს.[156]

ზემოთ წარმოდგენილი მიდგომები გამომდინარეობს იქიდან, რომ დაინტერესებული პირის თეორიის თანახმად, კომპანიას და, შესაბამისად, მის დირექტორსაც, აქვთ ვალდებულებები ფართო საზოგადოების წინაშე. მის მიხედვით, ბიზნესმა უნდა იკისროს გარეშე პირთა კეთილდღეობაზე ზრუნვა. რაც შეეხება „ქონების მაქსიმიზების" იდეას, იგი ამორალურ და მიუღებელ პოზიციად განიხილება.[157] დამატებით, დაინტერესებული პირის თეორიის მომხრეები თვლიან, რომ მეოცე საუკუნის ფინანსური კრიზისების უმრავლესობა სწორედ წარმომადგენლისა და მსახურის თეორიების „ბრალი" იყო,[158] ვინაიდან ეს ინსტრუმენტები კონცენტრირებულნი არიან მხოლოდ მოგების მიღებაზე, რაც იწვევს ბიზნესის ხელმძღვანელი პირებისაგან ზედმეტი სიხარბის გამოვლენას, რის შედეგადაც გლობალური ეკონომიკა ზარალდება.[159] შესაბამისად, ერთადერთ გამოსავლად ისინი „ქონების მაქსიმიზების" მიდგომის დავიწყებას განიხილავენ, ხოლო ზემოთ ხსენებული თეორიების ჩანაცვლებას დაინტერესებული პირის თეორიისა და მისი იდეებით გეგმავენ.[160] მისი მხარდამჭერები თვლიან, რომ დაინტერესებული პირის თეორიით სარგებლობა მართებულია როგორც ეკონომიკური,[161] ისე მორალური თვალსაზრისით[162] და რომ მისი გამოყენება მოვლენათა ერთპიროვნულად დადებით განვითარებად უნდა ჩაითვალოს.

აღსანიშნავია, რომ აკადემიურ ლიტერატურაში საკმაოდ ფართოდ გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, დაინტერესებული პირის თეორია არ არის პრაქტიკული და იგი ეკონომიკურად გაუმართლებელია.[163] ეს გამართლებულია იმ მოსაზრებით, რომ, როდესაც არ არსებობს ერთიანი მიზანი, რომელსაც ხელმძღვანელი პირი ემსახურება (რაც, როგორც ზევით

[153] *Jensen M.C.,* Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function, Business Ethics Quarterly, 12.2., 2002, 235-256.

[154] *Hitt M., Freeman E., Harrison J.,* Handbook of Strategic Management, Oxford, Blackwell Publishing, 2001.

[155] *Allen W.T.,* Contracts and Communities in Contract Law, Washington Lee Law Review, 50, 1993, 1395-1407.

[156] *Clarkson M.B.E.,* A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance. Academic Management Review, 20, 1995, 92-117.

[157] *Ferrero I., Hoffman W.M., McNulty R.E.,* Must Milton Friedman Embrace Stakeholder Theory? Business and Society Review, 119.1., 2004, 37-59.

[158] *Shim E.D.,* Sustainability, Stakeholder Perspective and Corporate Success: A Paradigm Shift, International Journal of Business, Humanities and Technology, 4.5., 2014, 64-67.

[159] *Sundaram A.K., Inkpen A.C.,* Stakeholder Theory and The Corporate Objective Revisited: A Reply, Organization Science, 15.3., 2004, 370-371.

[160] *Mitchell R.K., Agle B.R., Wood D.J.,* Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What Really Counts, The Academy of Management Review, 22.4., 1997, 853-886.

[161] *Smith S.S.,* Integrated Reporting, Corporate Governance, and the Future of the Accounting Function. International Journal of Business and Social Science, 5.10., 2014, 58-63.

[162] *Carroll A.B., Shabana K.M.,* The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice, International Journal of Management Reviews, 12.4., 2010, 85-105.

[163] *Freeman R.E., Wicks A.C., Parmar B.,* Stakeholder Theory and The Corporate Objective Revisited, Organization Science, 15.3., 2004, 364-369.

უკვე აღინიშნა, სიმართლეა დაინტერესებული პირის თეორიისათვის), შედეგად მხოლოდ ქაოსი რჩება და დირექტორი ვერ ახერხებს დადებითი სვლების განხორციელებას, რადგანაც მან ისიც არ იცის, თუ რა იქნება კარგი და რა ცუდი. თუკი საზოგადოების მიზანია მოგების მიღება, მისმა ხელმძღვანელებმა, როგორც წესი, იციან, რა მიმართულებით უნდა მართონ კომპანია,[164] თუმცა, როდესაც საჭიროა უამრავი ინტერესის ბალანსირება და, ამავდროულად, არ არსებობს კონკრეტული იერარქია მათი ღირებულების შესადარებლად, შეუძლებელია, მოხდეს „სწორი" ნაბიჯის გადადგმა.[165]

რაც შეეხება იმას, თუ რა შედეგები მოჰყვება პრაქტიკაში დაინტერესებული პირის თეორიის გამოყენებას, ამ საკითხთან დაკავშირებით მყარი ეკონომიკური ინფორმაცია, რომლის სანდოობაზეც ამ საკითხით დაინტერესებული და ერთმანეთთან დაპირისპირებულ პოზიციათა მქონე მხარეები შეთანხმდებოდნენ, არ არსებობს.[166] შესაბამისად, შეუძლებელია იმაზე გადაჭრით საუბარი, ეს მიდგომა სწორია თუ არასწორია. შედეგად, იგი კიდევ დიდხანს იქნება აკადემიურ ლიტერატურაში განხილვის საგანი.[167]

2.4.2. დაინტერესებული პირის თეორიის სუბიექტები

დაინტერესებული პირის თეორიასთან დაკავშირებულ ერთ-ერთ ძირითად დილემად განიხილება თავად დაინტერესებული პირის ცნების განმარტება.[168] მისი დეფინიცია ხშირად მოცემულია როგორც „ნებისმიერი პირი, ვისაც შეუძლია გავლენის მოხდენა საზოგადოების საქმიანობაზე ან ვისზეც შეიძლება, ამ ქმედებამ მოახდინოს გავლენა".[169] ალტერნატიულად იგი შემოთავაზებულია როგორც „პირი, ვინც დაინტერესებულია კომპანიის მიერ მისი მიზნების მიღწევით ან ჩართულია კომპანიის ცხოვრებაში".[170] ასევე აკადემიურ ლიტერატურაში გვხვდება შემოთავაზება იმასთან დაკავშირებით, რომ უნდა არსებობდეს იერარქია დაინტერესებულ პირებს შორის, რათა, საჭიროების შემთხვევაში, მოხდეს ზოგი მათგანისათვის უპირატესობის მინიჭება, თუმცა ეს არ არის გაზიარებული მეცნიერთა დიდი ნაწილის მიერ.[171]

პრობლემაა ის ფაქტი, რომ, თუნდაც, თავად ტერმინის დეფინიციასთან დაკავშირებული დეტალები არ ითვლებოდეს საკამათოდ, არ არსებობს ერთიანი მიდგომა, შეიძლება თუ არა, ამა თუ იმ პირის ინტერესი სხვისაზე ღირებულად ჩაითვალოს. დამატებით, ცნების განმარტების მიუხედავად, ამ დეფინიციის ზოგადი ბუნების გათვალისწინებით, განსაკუთრებით რთულია ყველა კონკრეტულ შემთხვევაში იმის დადგენა, ესა თუ ის ინდივიდი ან ჯგუფი უნდა იქნეს თუ არა განხილული, როგორც „დაინტერესებული პირი" (მაგალითად, დაინტერესებულ პირად ყოველთვის განიხილება აქციონერი, დირექტორი, დასაქმებული პირი, მაგრამ არ არსებობს კონსოლიდირებული მიდგომა იმაზე, ასეთად უნდა ჩაითვალოს თუ არა, მაგალითად, კომპანიის

[164] *Hitt M., Freeman E., Harrison J.,* Handbook of Strategic Management, Oxford, Blackwell Publishing, 2001.

[165] *Jensen M.C.,* Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function, Business Ethics Quarterly, 12.2., 2002, 235-256.

[166] *Чернышев М.А., Тяглое С.Г.,* Теория Организации, Ростов-на-Дону, Издательство Феникс, 2008.

[167] *Hitt M., Freeman E., Harrison J.,* Handbook of Strategic Management, Oxford, Blackwell Publishing, 2001.

[168] *Lau J.W.C.,* Enriching Stakeholder Theory: Student Identity of Higher Education, American Journal of Industrial and Business Management, 4, 2014, 762-766.

[169] *Kaeb C.,* Putting the „Corporate" Back into Corporate Personhood, Northwestern Journal of International Law & Business, 35.3., 2015, 591-653.

[170] *Kakabadze N.K., Rozuel C., Lee-Davies L.,* Corporate Social Responsibility and Stakeholder Approach: a Conceptual Review, International Journal of Business Governance and Ethics, 1.4., 2005, 277-302.

[171] *Alves E.R., Gomes E.R., Corsini L.F.,* The Characteristics of Power, Legitimacy and Urgency of Stakeholders and the actions of Corporate Social Responsibility of Companies, Asian Journal of Business and Management Sciences, 3.7., 2014, 34-46.

პროდუქციის მომხმარებელი ან, მაგალითად, სახელმწიფო). ამ საკითხთან დაკავშირებით არ არსებობს ერთიანი პრაქტიკა.[172] შესაბამისად, დაინტერესებული პირის თეორიის გამოყენება დამატებით პრაქტიკულ პრობლემებთანაა დაკავშირებული.

2.4.3. დაინტერესებული პირის თეორიის შეჯამება

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, აშკარაა, რომ დაინტერესებული პირის თეორიასთან დაკავშირებით ერთიანი მიდგომა შემუშავებული არ არის. მისი ძირითადი ცნებაც კი არ არის შემოთავაზებული აკადემიურ ლიტერატურაში. ეს ნიშნავს, რომ მისი გამოყენება შეიძლება არასასურველად ჩაითვალოს ისეთი პირების მიერ, რომელთაც სურთ მყარი თეორიით, და არა მერყევი და, გარკვეულწილად, ჩამოუყალიბებელი მიდგომით, სარგებლობა. რაც შეეხება მის ძირითად მახასიათებლებს, წინამდებარე ნაშრომში შემოთავაზებული კრიტიკული ანალიზის საფუძველზე, მათი ჩამოყალიბება შესაძლებელია შემდეგნაირად:

1. დაინტერესებული პირის თეორიის თანახმად, დირექტორის და, ზოგადად, კომპანიის ფუნქციაა არა მხოლოდ მოგების მიღება, არამედ საზოგადოებისა და მასთან დაკავშირებული ინდივიდების ინტერესებზე ზრუნვა;
2. კორპორაციული მართვა მოიცავს არა მხოლოდ ეკონომიკურ, არამედ მორალურ და სოციალურ განზომილებებს და მისი გამოყენება ყველა ამ მიდგომის გამოყენებით გამართლებულია;
3. დაინტერესებული პირის ცნება საკმაოდ ფართოა და მისი ინდივიდუალურ შემთხვევებში სხვადასხვა პირზე გავრცელება უნდა მოხდეს ცალკეული მაგალითების ანალიზის საფუძველზე.

3. კორპორაციული მართვის მეორეული თეორიები

3.1. მეორეული თეორიების ზოგადი მახასიათებლები

კორპორაციული მართვის მეორეული თეორიები გამოირჩევა იმით, რომ პირველთაგან განსხვავებით ისინი შედარებით უფრო ვიწრო ჭრილში განიხილავენ საზოგადოების მმართველობასთან დაკავშირებულ საკითხებს.[173] ეს თეორიები ამა თუ იმ საკითხზეა კონცენტრირებული და, შესაბამისად, არ მოიცავს ისეთ ფართო ანალიზს, როგორსაც, მაგალითად, წარმომადგენლის თეორია.[174] ამის გამო მეორეული თეორიები შესამჩნევად უფრო ნაკლებად გამოიყენება კორპორაციული მართვის შესახებ აკადემიურ ლიტერატურაში.[175]

აღსანიშნავია ისიც, რომ კორპორაციული მართვის ძირითადი თეორიები ერთმანეთს ეწინააღმდეგება და რამდენიმე მათგანის ერთად გამოყენება პრობლემურია, თუმცა სიტუაცია განსხვავებულია მეორეულ თეორიებთან დაკავშირებით. რეალურად რამდენიმე მეორეული თეორიის ერთდროულად გამოყენება შესაძლებელია მათი ფუნდამენტურად გადაკეთების გარეშე, რაც ამ ინსტრუმენტების ვიწრო ბუნებიდან გამომდინარეობს. ისინი ზოგჯერ ერთმანეთს პირდაპირ არ უპირისპირდებიან და, შესაბამისად, მათით ერთდროულად სარგებლობა შეიძლება, არ იყოს პრობლემური.[176]

---

[172] *Hitt M., Freeman E., Harrison J.,* Handbook of Strategic Management, Oxford, Blackwell Publishing, 2001.

[173] *Zerk J.A.,* Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law, New York, Cambridge University Press, 2006.

[174] *Либман В.А.,*Теоретические Аспекты Агентской Проблемы в Корпораций, Вестник, СПбГУ, 8.1., 2005, 123-140.

[175] *Бакунова Н.В., Мухаровский Н.В.,* Трансформация Корпоративного Управления в Условиях Рыночных Отношений, Вестник Омского университета, 2, 2011, 80-84.

[176] *Hitt M., Freeman E., Harrison J.,* Handbook of Strategic Management, Oxford, Blackwell Publishing, 2001.

კორპორაციული მართვის მეორეული თეორიების ვიწრო ბუნებიდან გამომდინარეობს ისიც, რომ მათი სახელი პირდაპირ უკავშირდება იმ ფუნქციებს, რომელთაც ისინი ასრულებენ. შესაბამისად, მათი თარგმნაც, წინამდებარე ნაშრომის პოზიციის თანახმად, სასურველია პირდაპირ, სიტყვასიტყვით. ეს პრაქტიკაა გამოყენებული სხვადასხვა სახელმწიფოს აკადემიურ ლიტერატურაშიც.[177,178] და ამ მიდგომითვე ისარგებლებს წინამდებარე სტატიის ავტორიც – კორპორაციული მართვის მეორეული თეორიების სახელწოდებები ითარგმნება როგორც: რესურსებზე დამოკიდებულების თეორია, ტრანსაქციის ღირებულების თეორია, პოლიტიკური თეორია, ლეგიტიმურობის თეორია, სოციალური კონტრაქტის თეორია, განათლებული დაინტერესებული პირის თეორია და ეთიკური თეორია.

3.2. რესურსებზე დამოკიდებულების თეორია

რესურსებზე დამოკიდებულების თეორიის საგანია დირექტორის როლი და ფუნქცია საზოგადოების ყოველდღიურ ცხოვრებაში.[179] ამ თეორიის თანახმად, კომპანიის საქმიანობა დამოკიდებულია იმაზე, რომ მას ჰქონდეს შესაბამისი რესურსები იმ ქმედებების განსახორციელებლად, რომლებიც საჭიროა მისი წარმატებისათვის. დირექტორის ფუნქციაა საზოგადოებისათვის ხელმისაწვდომი ყველა ამ საჭირო რესურსის უზრუნველყოფა.[180]

რესურსებზე დამოკიდებულების თეორიის თანახმად, საზოგადოებისათვის საჭიროა ძალიან ფართო სია ისეთი რესურსებისა, რომელთა არსებობაც აუცილებელია კომპანიის წარმატებისათვის. ეს მოიცავს: კაპიტალს, ადამიანურ რესურსებს და, ასევე, სხვადასხვა პირს, რომლებთან კონტაქტითაც შეიძლება, კომპანიამ მოიპოვოს ის, რაც მას სჭირდება.[181]

რესურსებზე დამოკიდებულების თეორიის მიხედვით, დირექტორის ფუნქციაა შესაბამისი რესურსების მოპოვება და, ამავდროულად, ხაზგასმულია, რომ მხოლოდ დირექტორს შეუძლია ამ ფუნქციის საკუთარ თავზე აღება.[182] ხაზგასმულია დირექტორების მიერ პირადი ურთიერთობების ფორმირების მაღალი მნიშვნელობა, რადგანაც ამ გზით დირექტორს შეუძლია, დამატებითი უპირატესობა მოიპოვოს კომპანიისათვის და ხელის შეუწყოს მის წარმატებას.[183]

უნდა აღინიშნოს, რომ, მართალია, ამ თეორიით დირექტორის უმთავრეს ფუნქციად გაინიხილება საზოგადოების შესაბამისი რესურსებით უზრუნველყოფა, მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ დირექტორს არ უნდა ჰქონდეს სხვა მოვალეობები კომპანიის წინაშე.[184] ხელმძღვანელ პირებს აქვთ ფიდუციური ვალდებულებები და მათ ყველანაირად უნდა შეუწყონ ხელი საზოგადოების კეთილდღეობას, რაც არ უნდა იყოს შეზღუდული მხოლოდ შესაბამისი რესურსების მოძიებით.

---

177 *Basle M., Delorme R., Lemoigne J.L., Paulre B.,* Approches Évolutionnistes De La Firme Et De L'industrie, Paris, Harmattan, 1999.

178 *Weibel A.,* Kooperation in StrategischenWissensnetzwerken, Vertrauen und Kontrolle zur Losung des Sozialen Dilemmas, Wiesbaden, Mohr Siebeck, 2004.

179 *Htay S.N.N., Salman S.A.,* Transaction Cost Theory, Political Theory and Resource Dependency Theory in The Light of Unconventional Aspect, IOSR Journal of Humanities and Social Science, 12.5., 2013, 89-96.

180 *Hung H.,* A Typology of the Theories of the Roles of Governing Boards, Scholarly Research and Theory Papers, 6.2., 1998, 101-111.

181 *Yussoff W., Alhaji I.,* Insight of Corporate Governance Theories, Journal of Business & Management, 1.1., 2012, 52-63.

182 *Van Ness R., Miessing P., Kang J.,* Understanding Governance and Corporate Boards: Is Theory a Problem. European Journal of Management, 7.9., 2009, 186-199.

183 *Pfeffer J.,* Merger as a Response to Organizational Interdependence, Administrative Science Quarterly, 17, 1972, 218-228.

184 *Htay S.N.N., Salman S.A.,* Transaction Cost Theory, Political Theory and Resource Dependency Theory in The Light of Unconventional Aspect, IOSR Journal of Humanities and Social Science, 12.5., 2013, 89-96.

3.3. ტრანსაქციის ღირებულების თეორია

ტრანსაქციის ღირებულების თეორია კორპორაციული მართვის სფეროში ეკონომიკური აკადემიური ლიტერატურის გავლენით დამკვიდრდა.[185] მისი დებულებების მიხედვით, ნებისმიერი კომპანიის განხილვა შეიძლება როგორც სხვადასხვა კონტრაქტისა და ტრანსაქციის ერთობლიობისა. რაც უფრო მაღალია ამ ტრანსაქციების ღირებულება, მით უფრო ნაკლებად ეფექტურად ხორციელდება კორპორაციული მართვა. შესაბამისად, დირექტორის ფუნქციაა, უზრუნველყოს ტრანსაქციის ღირებულებათა მინიმალურ დონეზე დაყვანა და ამ გზით გაზარდოს კომპანიის მმართველობის ხარისხი.[186]

ეს თეორია ეხება სხვადასხვა სახის ურთიერთობას, რომელთა ღირებულებაც, სასურველია, შეამციროს დირექტორმა. იგი მოიცავს, მაგალითად, დირექტორის საქმიანობის კონტროლთან დაკავშირებულ საკითხებსაც. ტრანსაქციის ღირებულების თეორიის მიხედვით, არ არის სასურველი, საზოგადოების რესურსები დაიხარჯოს მისივე ხელმძღვანელი პირების ქმედებათა შესამოწმებლად, მით უმეტეს, არ უნდა არსებობდეს პერმანენტული ორგანო, რომლის ფუნქციაც მხოლოდ ზედამხედველობა იქნება.[187] ამის ნაცვლად, ტრანსაქციის ღირებულების თეორიის თანახმად, უნდა დაინიშნოს ისეთი დირექტორი, რომლის ნდობაც შესაძლებელი იქნება და რომლის საქმიანობის კონტროლის საჭიროებაც არ იარსებებს.[188] ეს თეორია აღიარებს ასეთ მიდგომასთან დაკავშირებული რისკების არსებობას, თუმცა თვლის, რომ ტრანსაქციის ღირებულების შემცირების საჭიროება უფრო მაღალ ღირებულებად უნდა ჩაითვალოს და რისკზე პასუხისმგებლობას მთლიანად აქციონერებს აკისრებს. შესაბამისად, ტრანსაქციის ღირებულების თეორიის თანახმად, თუკი მოხდა არასანდო დირექტორის დანიშვნა, მის მიერ ჩადენილი საზოგადოებისათვის არასასურველი ქმედებები აქციონერების „ბრალია", მათ მიერ მიღებული მცდარი გადაწყვეტილების შედეგია და პასუხიც სწორედ მათ უნდა აგონ.[189]

ხაზგასასმელია, რომ ამ თეორიის თანახმად, არ შეიძლება გაუმართლებლად სარისკო ნაბიჯების გადადგმა, რადგანაც ამის შედეგად, შესაძლებელია, საზოგადოება დაზარალდეს. საბოლოოდ, ტრანსაქციის ღირებულების თეორია შეიძლება, განხილული იქნეს, როგორც მიდგომა, რომლის თანახმადაც აუცილებელია აქციონერთა მოგების მაქსიმალურად გაზრდა და ამისათვის დასაშვებია რისკების გაწევა, თუმცა საჭიროა მათი შეზღუდვა ისე, რომ შემცირდეს კომპანიისათვის არასასურველი შედეგების დადგომის შანსი.[190]

3.4. პოლიტიკური თეორია

კორპორაციული მართვის პოლიტიკური თეორიის თანახმად, საზოგადოების ყოველდღიურ ცხოვრებაში ძალიან დიდ როლს ასრულებს საზოგადოების შიდა პოლიტიკა.[191] პო-

[185] *Geyskens I., Steenkamp J.E.M., Kumar N.,* Make, Buy, or Ally: A Transaction Cost Theory Meta-Analysis. Academy of Management Journal, 49.3., 2006, 519-543.

[186] *Zajac E.J., Olsen C.P.,* From Transaction Cost to Transactional Value Analysis: Implications for the Study of Interorganizational Strategies, Journal of Management Studies, 30.1., 1993, 131-145.

[187] *Coase R.H.,* The Nature of the Firm, Economica, 4.16., 1937, 386-405.

[188] *Hardt L.,* The History of Transaction Cost Economics and Its Recent Developments,Erasmus Journal for Philosophy and Economics, 2.1., 2009, 29-51.

[189] *Williamson O.E.,* The Mechanisms of Governance, New York, Macmillan Free Press, 1998.

[190] *Htay S.N.N., Salman S.A.,* Transaction Cost Theory, Political Theory and Resource Dependency Theory in The Light of Unconventional Aspect, IOSR Journal of Humanities and Social Science, 12.5., 2013, 89-96.

[191] *Abdullah H., Valentine B.,* Fundamental and Ethics Theories of Corporate Governance, Middle Eastern Finance and Economics, 4, 2009, 88-96.

ლიტიკური თეორიის მიხედვით, სხვა მართვის მოდელები გულუბრყვილოა, რადგანაც ისინი მსჯელობენ კორპორაციის ხელმძღვანელი პირების მიერ მისაღებ ოპტიმალურ გადაწყვეტილებებზე, თუმცა არ განიხილავენ იმას, თუ რა პოლიტიკური მდგომარეობა შეიძლება იყოს საზოგადოების შიდა სტრუქტურაში.[192] ამ თეორიის თანახმად, დირექტორისათვის საკუთარი ინტერესები არის უდიდესი ღირებულება. შესაბამისად, მისი პოლიტიკური პოზიციაც უმნიშვნელოვანესი ხდება.[193]

პოლიტიკური თეორიის არსია: დირექტორი, როგორც წესი, ინიშნება აქციონერების მიერ და იგი პასუხისმგებელია მათ წინაშე. დირექტორის ძალაუფლება გამომდინარეობს სწორედ აქციონერებისაგან. შესაბამისად, დირექტორისათვის ყველაზე მნიშვნელოვანია ის, რომ მან შეინარჩუნოს აქციონერთა კეთილგანწყობა და არ დაუშვას საკუთარი ძალაუფლების შეზღუდვა (ან საერთოდ დაკარგვა).[194]

პოლიტიკური თეორია ხაზს უსვამს იმას, რომ დირექტორები უნდა განიხილებოდნენ პოლიტიკოსებად. ისინი მზად უნდა იყვნენ, გამოიყენონ საზოგადოების რესურსები საკუთარი პოზიციების დასაცავად კომპანიის იერარქიაში და გადადგან ნაბიჯები, რომლებიც კორპორაციის ხარჯზე მათ გააძლიერებთ.[195] ეს შეიძლება მოიცავდეს როგორც აქციონერთათვის არაზუსტი ინფორმაციის მიწოდებას, ისე კომპანიის მიმართ ან მასთან დაკავშირებული ამა თუ იმ პირისათვის განზრახ საზიანო ქმედებების განხორციელებას.[196]

ზოგ შემთხვევაში, ბუნებრივია, დირექტორი აქციონერების კეთილგანწყობას ეცდება ისეთი მოქმედებებით, რომლებიც საზოგადოებისათვისაც სასარგებლოა.[197] ასეთ დროს არავითარი პრობლემა არ წარმოიშობა, თუმცა ხშირად შესაძლებელია განსხვავებული მდგომარეობის არსებობა. ასეთი შემთხვევა სახეზეა მაშინ, როდესაც დირექტორი გადაწყვეტს, რომ მას სჭირდება მისდამი აქციონერთა კეთილგანწყობის დონის ამაღლება და, მაგალითად, გასცემს დივიდენდებს ისეთ დროს, როდესაც საზოგადოებას ნამდვილად არ უნდა გაეცა ისინი, რითიც დააზარალებს კომპანიას.[198]

ხაზგასასმელია, რომ, პოლიტიკური თეორიის თანახმად, განხილული პრობლემები წარმოიშობა როგორც დიდ, ისე მცირე საზოგადოებებში. შესაბამისად, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ამ საფრთხის წინააღმდეგ ბრძოლა. პოლიტიკური თეორიის შესახებ არსებული აკადემიური ლიტერატურა არ გვთავაზობს განსაკუთრებით ფართო სპექტრს მექანიზმებისას, რომელთა გამოყენებითაც შესაძლებელია პრობლემის მოგვარება. ძირითად ინსტრუმენტად განიხილება დირექტორთა ქმედებებზე ზედამხედველობის განხორციელება, თუმცა ხაზგასმულია, რომ მაკონტროლებელი ორგანო უნდა იყოს როგორც საზოგადოების ხელმძღვანელი პირებისაგან, ისე აქციონერთაგანაც დამოუკიდებელი. ეს გამომდინარეობს იქიდან, რომ მცირე შანსია, აქციონერებმა დაინახონ პრობლემა ქმედებაში, რომელიც მიმართულია მათი

---

[192] *Muller H.M., Warneryd K.,* Inside Versus Outside Ownership: A Political Theory of the Firm, RAND Journal of Economics, 32.3., 2001, 527-541.

[193] *Gourevitch P.A.,* The Politics of Corporate Governance Regulation, The Yale Law Journal, 112, 2003, 1829-1880.

[194] *Roe M.J.,* Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance. Princeton, Princeton University Press, 1994.

[195] *Fadun O.S.,* Corporate Governance and Insurance Company Growth: Challenges and Opportunities, International Journal of Academic Research in Economics and Management Sciences, 2.1., 2013, 286-305.

[196] *Muller H.M., Warneryd K.,* Inside Versus Outside Ownership: A Political Theory of the Firm, RAND Journal of Economics, 32.3., 2001, 527-541.

[197] *Roe M.J.,* Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance, Princeton, Princeton University Press, 1994.

[198] *Nasieku T., Olubunmi E.M., Togun O.R.,* Corporate Governance And firm's Earnings Quality, Economics and Finance Review, 3.12., 2014, 1-10.

კეთილგანწყობის მოსაპოვებლად (მაგალითად, ნაკლებად სავარაუდოა, აქციონერმა გააპროტესტოს დივიდენდების გაცემა). შესაბამისად, საჭიროა, კომპანიაში შეიქმნას სრულიად დამოუკიდებელი ერთეული, რომლის ფუნქციაც იქნება იმის უზრუნველყოფა, რომ საზოგადოების დირექტორები ემსახურებოდნენ კომპანიას და არა იბრძოდნენ კორპორაციის სტრუქტურაში საკუთარი პოლიტიკური პოზიციების გასამყარებლად.[199]

3.5. ლეგიტიმურობის თეორია

ლეგიტიმურობის თეორიის საწყისი იდეაა ის, რომ კომპანიის არსებობის გასაგრძელებლად საჭიროა, მისი ქმედებები ითვლებოდეს „ლეგიტიმურად". ეს ნიშნავს, რომ მან უნდა დაიცვას ის სოციალური ნორმები, რომლებიც დადგენილია ფართო საზოგადოებაში.[200] ამავდროულად, ლეგიტიმურობის თეორია აღნიშნავს, რომ კორპორაციას არ ევალება ამაზე მეტის გაკეთება – მან უნდა გააკეთოს მინიმუმი, რაც საკმარისი იქნება იმისათვის, რომ არ იწვევდეს სიძულვილს, მაგრამ არ აიღოს თავზე მეტი ვალდებულებები.[201]

ლეგიტიმურობის თეორიის მიერ ჩამოყალიბებული პოზიციები გამომდინარეობს იქიდან, რომ, მისი აზრით, უზენაესი „ორგანოა" არა აქციონერები, არამედ ფართო საზოგადოება, ხალხი.[202] ამავდროულად, იგი არ თვლის, რომ დირექტორები ვალდებულნი არიან, ხალხის ინტერესებზე იზრუნონ და მათი კეთილდღეობა უზრუნველყონ. ლეგიტიმურობის თეორია, უბრალოდ, იმას მოითხოვს, რომ კომპანიას ჰქონდეს დადებითი რეპუტაცია ხალხის წინაშე და მისთვის სრულიად უმნიშვნელოა, რეალურად რამდენად დადებით და სოციალურად სასურველ ქმედებებს განახორციელებენ კორპორაცია და მისი ხელმძღვანელი პირები.[203]

ყოველივე აღნიშნულის შესაბამისად, ლეგიტიმურობის თეორია შეიძლება ჩამოყალიბდეს შემდეგნაირად: დირექტორის ვალდებულებაა, უზრუნველყოს ხალხის თვალში კომპანიის დადებითი რეპუტაცია ისე, რომ ამისათვის დახარჯოს მაქსიმალურად ცოტა რესურსი. რაც შეეხება იმას, თუ რა გზით მოხდება კარგი სახელის მოპოვება, ეს მნიშვნელოვანი არ არის.

3.6. სოციალური კონტრაქტის თეორია

სოციალური კონტრაქტის თეორია, ლეგიტიმურობის თეორიის მსგავსად, ზრუნავს იმაზე, რომ საზოგადოების ქმედებები იყოს ხალხის მიერ აღქმადი „ლეგიტიმურად", თუმცა იმ განსხვავებით, რომ მისთვის მთავარია არა კომპანიის რეპუტაცია, არამედ აღნიშნულ ქმედებათა შედეგი.[204] იგი მიიჩნევს, რომ ეკონომიკურ გარემოში აუცილებელია, ქმედებები დაფუძნებული იყოს ორ საწყისზე – სოციალურ კონტრაქტსა და მორალურ ქმედებებზე.[205]

---

[199] *Roe M.J.,* Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance. Princeton, Princeton University Press, 1994.

[200] *Omran M.A.,* Theoretical Perspectives on Corporate Social Responsibility Disclosure: A Critical Review. International Journal of Accounting and Financial Reporting, 5.2., 2015, 38-55.

[201] *Bather A., Tucker R.,* Legitimacy Theory and a Compliance Analysis of Tesco's 2008 Business Review. International Review of Business Research Papers, 7.2., 2011, 137-156.

[202] *Yussoff W., Alhaji I.,* Insight of Corporate Governance Theories, Journal of Business & Management, 1.1., 2012, 52-63.

[203] *Aziz N.A.A., Manab N.A., Othman S.N.,* Exploring the Perspectives of Corporate Governance and Theories on Sustainability Risk Management (SRM), Asian Economic and Financial Review, 5.10., 2015, 1148-1158.

[204] *Yussoff W., Alhaji I.,* Insight of Corporate Governance Theories. Journal of Business & Management, 1.1., 2012, 52-63.

[205] *Othman Z., Rahman R.A.,* Understanding Corporate Governance from a Social Constructionist Perspective, International Journal of Humanities and Social Science, 1.2., 2011, 123-127.

სოციალური კონტრაქტი არის საზოგადოების მოდელი, რომელიც ჯერ კიდევ მეთვრამეტე საუკუნიდან გამოიყენება ფართოდ და რომლის თანახმადაც, ფართო საზოგადოებაში ცხოვრებისას ადამიანები (და იურიდიული პირები) უარს ამბობენ ზოგიერთ საკუთარ უფლებასა და თავისუფლებაზე იმის სანაცვლოდ, რომ მიიღონ დანარჩენი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის გარანტია.[206] კორპორაციული მართვის სოციალური კონტრაქტის თეორიაც ამ მოდელს იყენებს და აღნიშნავს, რომ როგორც ფართო საზოგადოებაა ვალდებული, დაიცვას კომპანია (სახელმწიფოს მიერ შემუშავებული ინსტრუმენტების გზით), ისე კორპორაციაც ვალდებულია, იზრუნოს ხალხზე (სოციალური პასუხისმგებლობის საკუთარ თავზე აღებით).[207]

საბოლოოდ, უნდა აღინიშნოს, რომ ამ თეორიის აზრით, დირექტორთა ძირითად ფუნქციად მაინც განიხილება კომპანიის ინტერესთა დაცვა (რითიც იგი განსხვავდება დაინტერესებული პირის თეორიისგან). ამავდროულად, დირექტორი ვალდებულია, საზოგადოებასა და აქციონერებზე იზრუნოს ისე, რომ მის მიერ გადადგმული ნაბიჯები იყოს მორალური და კორპორაციამ „ვალი გადაუხადოს" ხალხს, რაც უნდა გამოიხატოს იმით, რომ კომპანიამ თავზე აიღოს სოციალური პასუხისმგებლობა და ხელი შეუწყოს ეკონომიკური კლიმატის გაუმჯობესებას.[208]

3.7. განათლებული დაინტერესებული პირის თეორია

განათლებული დაინტერესებული პირის თეორია გარკვეულწილად შეიძლება, წარმომადგენლის თეორიისა და დაინტერესებული პირის თეორიის კომბინაციად ჩაითვალოს.[209] მისი ცენტრალური იდეა, ამ თეორიის თანახმად, ისაა, რომ საზოგადოების წარმატების გაზომვა შესაძლებელია კომპანიის ღირებულებით.[210] ამავდროულად, ეს მიდგომა არ უარყოფს დაინტერესებული პირის თეორიის პოზიციას და კორპორაციის ფუნქციად თვლის მასთან დაკავშირებული ყველა პირის ინტერესთა დაცვას.[211]

ამ თეორიის შექმნა, ნაწილობრივ, შედეგია დაინტერესებული პირის თეორიის წინააღმდეგ გამოთქმული იმ პოზიციისა, რომ მას არ აქვს რაიმე კონკრეტული მიზანი, რის გამოც მისი გამოყენების დროს დირექტორმა არ იცის, რომელი ქმედებაა სწორი და რომელი – არა.[212] ამ ხარვეზს ასწორებს განათლებული დაინტერესებული პირის თეორია და კომპანიის წარმატების კონკრეტულ ბარომეტრს გვთავაზობს. ეს თეორია მიიჩნევს, რომ საზოგადოების ქმედებათა სიკარგის გაზომვა უნდა მოხდეს იმით, თუ რამდენად კარგად იმოქმედებენ ისინი კომპანიის გრძელვადიან ღირებულებაზე.[213] შესაბამისად, დირექტორის ფუნქციაა, იზრუნოს იმაზე, რომ საზოგადოებისა და მისი აქციების ფასი დროსთან ერთად სულ უფრო და უფრო მაღალი იყოს.

განათლებული დაინტერესებული პირის თეორიის დადებითი მხარეა ის, რომ მას შეუძლია, დააკმაყოფილოს კორპორაციული მართვის სამივე ძირითადი თეორიის მომხრეები. ერთი

---

206 *Mouritz T.,* Comparing the Social Contracts of Hobbes and Locke, The Western Australian Jurist, 1, 2010, 123-127.

207 *Moir L.,* What Do We Mean by Corporate Social Responsibility? The Journal of Corporate Governance, 1.2., 2001, 16-22.

208 *Sacconi L.,* Corporate Social Responsibility and Corporate Governance, EconomEtica, 38, 2012, 1-42.

209 *Jensen M.C.,* Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function, Business Ethics Quarterly, 12.2., 2002, 235-256.

210 *Tullberg J.,* Stakeholder Theory: Some Revisionist Suggestions, The Journal of Socio-Economics, 42, 2013, 127-135.

211 *Branco M.C., Rodrigues L.L.,* Positioning Stakeholder Theory within the Debate on Corporate Social Responsibility, Electronic Journal of Business Ethics and Organization Studies, 12.1., 2007, 5-15.

212 *Чернышев М.А., Тяглое С.Г.,* Теория Организации. Ростов-на-Дону, Издательство Феникс, 2008.

213 *Agyemang O.S., Aboagye E., Frimpong J.,* Where Does the Relevance of Corporate Governance Lie? Business and Economics Journal, 5.3., 2014, 1-4.

მხრივ, იგი მისაღებია წარმომადგენლისა და მსახურის თეორიათა მხარდამჭერებისათვის, რადგანაც მასში ხაზგასმულია, რომ დირექტორის ძირითადი ფუნქციაა მოგების მაქსიმიზება და როგორც საზოგადოების, ისე აქციონერთა გამდიდრება[214] (მართალია, იგი აქცენტს აკეთებს ექსკლუზიურად გრძელვადიან პერსპექტივებზე, მაგრამ ეს არ ამცირებს მის ღირებულებას[215]). მეორე მხრივ, იგი ეთანხმება დაინტერესებული პირის თეორიას, განიხილავს კორპორაციული მართვის მორალურ მხარეებს და თვლის, რომ დირექტორი ვალდებულია, იზრუნოს ყველა მხარის ინტერესებზე და არა მხოლოდ აქციონერებზე ან საზოგადოებაზე.[216] რეალურად, ამ თეორიის მიხედვით, საუკეთესო გზა დაინტერესებულ პირთათვის უდიდესი შესაძლო მოგების მოტანისა არის ის, რომ დირექტორმა იზრუნოს კომპანიის გრძელვადიან წარმატებაზე, რომლის მანიშნებლადაც მისი ღირებულების გაზრდა უნდა იქნეს განხილული.[217] ამ გზით ხდება აქციონერთა, საზოგადოებისა და დაინტერესებული პირების ინტერესთა ერთმანეთზე გადაბმა და მათ შორის არსებული ინტერესთა კონფლიქტის აღმოფხვრა, რაც, ამ თეორიის მიხედვით, გარანტიაა იმისა, რომ სახეზე იქნება ჯანსაღი და გამართული კორპორაციული მართვა.

განათლებული დაინტერესებული პირის თეორია ერთ-ერთი ყველაზე ახალი კონცეფციაა კორპორაციულ მმართველობაში. ამის მიუხედავად, იგი საკმაოდ ფართოდ მიღებულია დღევანდელ პრაქტიკაში და, ზოგი მოსაზრებით, შეიძლება, ძირითადი თეორიების კონკურენტად იქნეს განხილული.[218] ამასთან ერთად, საჭიროა იმის დაფიქსირება, რომ განათლებული დაინტერესებული პირის თეორიას ჰყავს ოპონენტთა საკმაოდ დიდი ჯგუფი, რომლებიც მიიჩნევენ, რომ იგი ეკონომიკურად გაუმართლებელია და დაუშვებელია მისი მიჩნევა ოპტიმალურ თეორიად.[219] ყოველივე აღნიშნულის გათვალისწინებით, ხაზგასასმელია, რომ ეს მიდგომა ჯერ პრაქტიკაში საკმარისად გამოცდილი არ არის და, შესაბამისად, მასთან დაკავშირებით ერთგვაროვანი მიდგომა აკადემიურ ლიტერატურაშიც არ არსებობს.

3.8. ეთიკური თეორიები

ზემოთ განხილულ თეორიათაგან განსხვავებით, კორპორაციული მართვის ეთიკური თეორიები არ არის ერთი კონკრეტული თეორია. რეალურად, ამის ნაცვლად სახეზეა გაერთიანება რამდენიმე მცირე თეორიისა, რომლების ძირითადი მახასიათებლების „ამალგამაც“ ხშირად მოიხსენიება როგორც „კორპორაციული მართვის ეთიკური თეორია“.[220]

ეს თეორიები რამდენიმე კუთხით უდგებიან კორპორაციულ მართვას. ერთი მათგანი, „ბიზნესეთიკის თეორია“ განსაზღვრავს, რომ, რადგანაც ბიზნესის როლი სულ უფრო და უფრო იზრდება თანამედროვე სამყაროში, შესაბამისად, კომპანიებსაც მუდამ მეტი

[214] *Babatunde M.A., Olaniran O.,* The Effects of Internal and External Mechanism on Governance and Performance of Corporate Firms in Nigeria, Corporate Ownership & Control, 7.2., 2009, 330-344.

[215] *Jensen M.C.,* Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function, Business Ethics Quarterly, 12.2., 2002, 235-256.

[216] *Pour B.S., Nazari K., Emami M.,* Corporate social responsibility: A Literature Review, African Journal of Business Management, 8.7., 2014, 228-234.

[217] *Obeten O.I., Ocheni S.,* Empirical Study of the Impact of Corporate Governance on The Performance of Financial Institutions in Nigeria, Journal of Good Governance and Sustainable Development in Africa, 2.2., 2014, 57-73.

[218] *Branco M.C., Rodrigues L.L.,* Positioning Stakeholder Theory within the Debate on Corporate Social Responsibility Electronic Journal of Business Ethics and Organization Studies, 12.1., 2007, 5-15.

[219] *Babatunde M.A., Olaniran O.,* The Effects of Internal and External Mechanism on Governance and Performance of Corporate Firms in Nigeria, Corporate Ownership & Control, 7.2., 2009, 330-344.

[220] *Badiyani B.M.,* Corporate Governance: Ethical Issues and Popular Theories, International Journal of Research in Economics & Social Sciences, 3.2., 2013, 15-19.

ვალდებულება ეკისრებათ და ისინი ვალდებულნი არიან, სოციალური პასუხისმგებლობა აიღონ საკუთარ თავზე.[221] ღირებულებათა მორალური თეორიის მიხედვით, ეს პასუხისმგებლობა გამომდინარეობს იქიდან, რომ ყველა ადამიანი ვალდებულია, დაიცვას მორალური ნორმები და ეს წესი ვრცელდება პიროვნებათა ჯგუფებზეც, კომპანია კი სწორედ ასეთ გაერთიანებად განიხილება.[222] საბოლოოდ, არსებობს პოსტმოდერნისტული მორალური თეორია, რომლის თანახმად, მორალით ნაკარნახევი მიზნების მიღწევა ყველას შინაგანი მოთხოვნაა და ამ მიზნის რეალობაში განხორციელებისაკენ მიმართული ქმედებები დადებითად იმოქმედებს თავად სამეწარმეო საზოგადოების საქმიანობის ეფექტურობაზეც.[223]

უნდა აღინიშნოს, ეთიკური თეორიების არაერთგვაროვანი ბუნებიდან გამომდინარე, მათი გავლენა საკორპორაციო სამართალზე საკმაოდ მცირეა. მასზე აპელირების ნაცვლად ხშირად ხდება დაინტერესებული პირის თეორიით სარგებლობა და ქმედებათა მორალურობის ამ ჭრილით განხილვა.

4. კორპორაციული მართვის თეორიები და სამართალი

წინამდებარე ნაშრომის ზემოთ მოცემულ თავებში განხილულ იქნა კორპორაციული მართვის როგორც ძირითადი, ისე მეორეული თეორიები. ამ თავში შევაჯამებთ მათ შესაბამის საკანონმდებლო მოწესრიგების მახასიათებლებს და შევადარებთ მოქმედ ქართულ საკორპორაციო სამართალთან, რის შემდეგაც, საჭიროების შემთხვევაში, წარმოვადგენთ რეკომენდაციებს.

4.1. კორპორაციული მართვის თეორიათა შესაბამისი სამართალი

წინამდებარე ნაშრომის შესაბამის თავებსა და ქვეთავებში მოცემულია კორპორაციული მართვის ყველა თეორიის ძირითადი მახასიათებლები. შესაბამისად, ლოგიკურად შესაძლებელია მათი ანალიზის შედეგად იმ საკანონმდებლო მოწესრიგებათა ძირითადი პრინციპების ჩამოყალიბება, რომლებიც უნდა იყოს ამ თეორიათა მომხრეთათვის ოპტიმალური. აღნიშნულ პრინციპებს უნდა ჰქონდეთ შემდეგნაირი სახე:

- **წარმომადგენლის თეორია** – დირექტორის ფუნქციაა მხოლოდ აქციონერთათვის მოგების მოტანა, აქციონერებს აქვთ დირექტორის ქმედებათა კონტროლის მექანიზმები, დირექტორის ანაზღაურება უკავშირდება მის წარმატებას და არასათანადო რისკებზე პასუხისმგებლობა ეკისრება დირექტორს;
- **მსახურის თეორია** – დირექტორის ფუნქციაა საზოგადოებისათვის მოგების მოტანა. აქციონერები ნაკლებად არიან საზოგადოების საქმიანობაში ჩართულნი და არ აკონტროლებენ დირექტორს (რაც მოიცავს ასევე იმას, რომ საზოგადოების სტრუქტურაში არ არსებობს ზედამხედველობაზე ორიენტირებული ორგანოები), რისკებზე პასუხისმგებლობა არ ეკისრება დირექტორს;
- **დაინტერესებული პირის თეორია** – დირექტორისა და საზოგადოების ფუნქციაა ყველა დაინტერესებული პირის ინტერესებზე ზრუნვა. დასაშვებია ამ დაინტერესებული პირების მონაწილეობა კომპანიის მმართველობაში. საზოგადოებას აკისრია სოციალური პასუხის-

[221] *Crane A., Matten D.,* Business Ethics, 2nd ed., London, Oxford University Press, 2007.

[222] *Annas J.*, Virtue Ethics and Social Psychology A Priori, 2, 2003, 20-34.

[223] *Badiyani B.M.*, Corporate Governance: Ethical Issues and Popular Theories, International Journal of Research in Economics & Social Sciences, 3.2., 2013, 15-19.

მგებლობა და არა მხოლოდ მოგების მიღება. აქცენტი კეთდება მორალურ ღირებულებებზეც;

- **რესურსებზე დამოკიდებულების თეორია** – დირექტორის ფუნქციაა საზოგადოებისათვის სხვადასხვა რესურსის მოძიება;
- **ტრანსაქციის ღირებულების თეორია** – დირექტორის ფუნქციაა საზოგადოების ეფექტურობის გაზრდა. ნებისმიერი შედარებით ნაკლებად ეფექტური მექანიზმი უქმდება;
- **პოლიტიკური თეორია** – სახეზეა დირექტორის კონტროლის მექანიზმი, რომელიც დამოუკიდებელია თავად აქციონერთაგანაც, რათა უზრუნველყოფილი იყოს დირექტორთა მიერ საკუთარი ფიდუციური ვალდებულებების ზედმიწევნით შესრულება;
- **ლეგიტიმურობის თეორია** – კომპანია ვალდებულია, დაიცვას საზოგადოებაში არსებული ნორმები, თუმცა მხოლოდ იმდენი, რამდენიც საჭიროა იმისათვის, რათა შენარჩუნდეს, გარკვეულწილად მაინც, დადებითი რეპუტაცია;
- **სოციალური კონტრაქტის თეორია** – კომპანია ვალდებულია, იზრუნოს საზოგადოებაზე, რადგანაც საზოგადოება და, ზოგადად, ხალხი ზრუნავს მასზე სოციალური კონტრაქტის კონცეფციის გათვალისწინებით;
- **განათლებული დაინტერესებული პირის თეორია** – დირექტორი ვალდებულია, იზრუნოს როგორც აქციონერებსა და კომპანიაზე, ისევე სხვა დაინტერესებულ პირებზე. ამ მოვალეობის შესრულება უნდა მოხდეს საზოგადოების გრძელვადიან პერსპექტივებზე ზრუნვით. აქცენტი კეთდება კომპანიის მომავალზე;
- **ეთიკური თეორიები** – საზოგადოებისა და კომპანიის ფუნქციაა, იმოქმედონ ისე, რომ დაიცვან შესაბამისი ეთიკური და მორალური ნორმები.

როგორც წინამდებარე ნაშრომში უკვე აღინიშნა, კორპორაციული მართვის მეორეული თეორიები შედარებით ვიწრო ხასიათს ატარებენ და, შესაბამისად, მათი კანონმდებლობაში ასახვაც უფრო ნაკლებად ხდება. როგორც წესი, სამართალშემოქმედი იყენებს ძირითად თეორიებს და კანონმდებლობის შემუშავება ხშირად სწორედ მათზე დაყრდნობით ხდება.

4.2. კორპორაციული მართვის თეორიები და ქართული კანონმდებლობა

როგორც უკვე აღინიშნა, ქართული კანონმდებლობის დიდი ნაწილი შექმნილია სამართლის ტრანსპლანტირების გზით. ეს ფაქტი ნიშნავს, რომ შესაძლებელია, ეროვნული საკორპორაციო სამართალიც შემუშავებული იყოს მისი სამართლებრივი საწყისების გაუაზრებლად. თუკი აღმოჩნდება, რომ ქართულ კანონმდებლობაში არ არსებობს ერთიანი მიდგომა კორპორაციული მართვის თეორიებთან დაკავშირებით, ეს ფაქტი, შეგვიძლია, ჩავთვალოთ სამართლის თეორიული საწყისების გაუაზრებლობის ან ნაკლებად გააზრების მტკიცებულებად.

წინამდებარე ნაშრომში გაანალიზებულია საქართველოს საკორპორაციო სამართლის ძირითად წყარო – „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი. ეს ანალიზი გამიზნულია, დადგინდეს, არის თუ არა ერთიანი მიდგომა ეროვნულ კანონმდებლობაში კორპორაციული მართვის თეორიების მიმართ და რომელი მათგანი გვხვდება ყველაზე გამოკვეთილად ამ ნორმატიულ აქტში.

პირველ რიგში, უნდა აღინიშნოს, რომ „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი საკმაოდ მცირე მოცულობისაა და გვთავაზობს შედარებით ლაკონიურ მოწესრიგებას. შესაბამისად, მასში არ არის გაწერილი რეგულაციები, რომლებიც შეეხებოდა ბევრ ისეთ საკითხს, რომლებიც რელევანტურია კორპორაციული მართვის თეორიებისათვის. ამის მიუხედავად, მაინც შესაძლებელია, მის ტექსტში იქნეს დანახული სხვადასხვა თეორიისათვის დამახასიათებელი მოწესრიგების სტილი.

„მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონში არ არის ნახსენებიც კი სამეწარმეო საზოგადოების ვალდებულებები მესამე პირების წინაშე. კორპორაციული მართვის თვალსაზრისით უფლებამოსილებანი არ აქვს მინიჭებული არავის, აქციონერთა და მათ მიერ შერჩეული პირების გარდა. ასევე არ არის მოცემული არც ერთი ნორმა ეთიკასთან ან მორალთან დაკავშირებით. შესაბამისად, პირდაპირ შეგვიძლია ვთქვათ, რომ მოქმედი ქართული საკორპორაციო სამართალი პირდაპირ უარყოფს არსებული ათი თეორიიდან ხუთს – დაინტერესებული პირის, ლეგიტიმურობის, სოციალური კონტრაქტის, განათლებული დაინტერესებული პირის და ეთიკურ თეორიებს.

რაც შეეხება დარჩენილ სამ მეორეულ თეორიას, მათი ვიწრო ბუნებიდან გამომდინარე, იმის სათქმელად, რომ ეს თეორიები გამოყენებულია ეროვნულ სამართალში, საჭიროა, აშკარად ჩანდეს მათი გავლენა. „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონში ასეთი გავლენა არ იგრძნობა. არ არის არავითარი მითითება რესურსების მოპოვებაზე ან ტრანსაქციათა ღირებულების შემცირებაზე. შესაბამისად, ტრანსაქციის ღირებულებისა და რესურსებზე დამოკიდებულების თეორიებიც ეროვნულ სამართალში არ გამოიყენება.

კორპორაციული მართვის უკანასკნელი მეორეული თეორია – პოლიტიკური თეორია, შესაძლოა, გარკვეულწილად, გამოყენებულ იქნეს „მეწარმეთა შესახებ“ კანონში. მისი 55-ე მუხლის მე-2[1] მუხლის თანახმად, თუ საზოგადოება არის „ანგარიშვალდებული საწარმო, რომლის ფასიანი ქაღალდები დაშვებულია სავაჭროდ საფონდო ბირჟაზე, ამ საზოგადოების სამეთვალყურეო საბჭოს ერთი წევრი მაინც უნდა იყოს პირი, რომელიც არ არის ამ საზოგადოების თანამშრომელი ან ამ საზოგადოებასთან პირდაპირ ან არაპირდაპირ დაკავშირებული პირი და არ არის ჩართული მის ყოველდღიურ საქმიანობაში“, ანუ სრულიად დამოუკიდებელია.[224] „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ საქართველოს კანონი განსაზღვრავს „ანგარიშვალდებული საწარმოს“ ცნებას და ადგენს, რომ ასეთად „მიიჩნევა „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის შესაბამისად დაფუძნებული იურიდიული პირი, რომელსაც გამოშვებული აქვს საჯარო ფასიანი ქაღალდები“.[225] რაც შეეხება სამეთვალყურეო საბჭოს, იგი წესრიგდება „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონით და წარმოადგენს ზედამხედველობით ორგანოს.[226] შესაბამისად, ქართულ სამართალში გვხვდება მოთხოვნა იმის თაობაზე, რომ სახეზე იყოს აქციონერთაგან სრულიად დამოუკიდებელი პირი, რომელიც ზედამხედველობას გაუწევდა დირექტორებს, რაც ემთხვევა პოლიტიკური თეორიით დადგენილ მოთხოვნებს. ამის მიუხედავად, ხაზგასასმელია, რომ ეს მოთხოვნა ეხება საბჭოს მხოლოდ ერთ წევრს, მაშინ, როდესაც წევრების რაოდენობა განსაზღვრულია როგორც არანაკლებ 3 და არაუმეტეს 21.[227] როგორც წინამდებარე ნაშრომში უკვე აღინიშნა, პოლიტიკური თეორია სასურველად მიიჩნევს ზედამხედველობითი ორგანოს სრულიად ან მნიშვნელოვნად დამოუკიდებლობას, ხოლო 21-იდან ერთი დამოუკიდებელი წევრის არსებობა ამ რეკომენდაციის შესრულებად ნამდვილად ვერ ჩაითვლება. დამატებით არ არსებობს არავითარი მოთხოვნები იმასთან დაკავშირებით, რომ საბჭომ ესა თუ ის გადაწყვეტილება მიიღოს ერთხმად. შედეგად, უნდა ითქვას, რომ, მართალია, ეროვნულ სამართალში გვხვდება პოლიტიკური თეორიისათვის დამახასიათებელი ელემენტები, მაგრამ მისი გავლენა საკმაოდ მცირეა და იგი ვერ ჩაითვლება ქართული კანონმდებლობისათვის დიდი მნიშვნელობის მქონე ინსტრუმენტად.

---

[224] საქართველოს კანონი „მეწარმეთა შესახებ“, 1994, 55-ე,მუხლი, მე-2' პუნქტი.

[225] საქართველოს კანონი „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“, 1998, მე-9 მუხლი.

[226] საქართველოს კანონი „მეწარმეთა შესახებ“, 1994, 55-ე მუხლი.

[227] იქვე, 55-ე მუხლი, 1-ლი პუნქტი.

ყოველივე ზემოთ აღნიშნულის შესაბამისად, რჩება კორპორაციული მართვის მხოლოდ ორი თეორია, რომელთა საფუძველზე შესაძლებელია, შემუშავდეს საქართველოს საკორპორაციო სამართალი. ესენია წარმომადგენლისა და მსახურის თეორიები.

ერთი მხრივ, ქართულ კანონმდებლობაში ნამდვილად გვხვდება მთელი რიგი ნორმებისა, რომლებიც წარმომადგენლის თეორიის გავლენის შედეგად შეგვიძლია განვიხილოთ. მაგალითად, უკვე ხსენებული სამეთვალყურეო საბჭოს ინსტიტუტი, რომლის ძირითადი ფუნქციაც ისაა, რომ ზედამხედველობა გაუწიოს დირექტორებს და მონაწილეობა მიიღოს კომპანიის მმართველობაში. ეს შეესაბამება წარმომადგენლის თეორიას და სრულიად ეწინააღმდეგება მსახურის თეორიას, რომელიც ასეთი ორგანოების არსებობას საზოგადოების რესურსების ფუჭ ხარჯვად მიიჩნევს. დამატებით, „მეწარმეთა შესახებ" საქართველოს კანონი საკმაოდ ფართო უფლებამოსილებებს ანიჭებს აქციონერებს,[228,229] რაც ასევე ეწინააღმდეგება მსახურის თეორიით შემუშავებულ იდეალებს, რომელთა მიხედვითაც ოპტიმალურია პარტნიორთა მიერ პასიური როლის შეთავსება. ამავე პრინციპთან შეუთავსებელია ასევე ისიც, რომ იმ შემთხვევაში, თუკი საზოგადოება არ განახორციელებს საკუთარ მოთხოვნას მესამე პირის მიმართ, თავად აქციონერს ენიჭება უფლება, წამოაყენოს ეს მოთხოვნა.[230]

ზემოთ მოცემულის მიუხედავად, „მეწარმეთა შესახებ" კანონი ასევე გვთავაზობს წესებს, რომლებიც ეწინააღმდეგება წარმომადგენლის თეორიას. მაგალითად, უნდა აღინიშნოს, რომ კანონში არ გვხვდება მითითება დირექტორთა ანაზღაურებაზე. ამ საკითხის სრულიად დაურეგულირებლობა ეწინააღმდეგება წარმომადგენლის თეორიას, თუმცა სრულად შეესაბამება მსახურის თეორიას. დამატებით, თუკი კომპანიას არ აქვს სააქციო საზოგადოების ფორმა და ჰყავს 100 აქციონერზე ნაკლები, არ არის სავალდებულო სამეთვალყურეო საბჭოს შექმნა,[231] რაც ასევე არ ემთხვევა წარმომადგენლის თეორიის მოთხოვნებს.

საბოლოოდ, მსახურის თეორიის სასარგებლოდ არსებული ყველაზე მნიშვნელოვანი არგუმენტის მიხედვით, „მეწარმეთა შესახებ" საქართველოს კანონი არაერთგან მიუთითებს, რომ დირექტორების ვალდებულება არსებობს არა აქციონერთა, არამედ საზოგადოების წინაშე. მეტიც, გვხვდება მითითება: დირექტორი უნდა მოქმედებდეს „იმ რწმენით, რომ ეს მოქმედება ყველაზე ხელსაყრელია საზოგადოებისათვის" და რომ „საზოგადოების ხელმძღვანელების ვალდებულება არ წყდება იმის გამო, რომ ისინი მოქმედებდნენ პარტნიორთა გადაწყვეტილების შესასრულებლად".[232] შესაბამისად, საზოგადოებასა და აქციონერებს შორის არსებული ინტერესთა კონფლიქტის შემთხვევაში ქართული სამართალი იჭერს კომპანიის მხარეს, რაც მსახურის თეორიის პოზიციის შესაბამისია.

როგორც ზემოთ აღნიშნულიდან ჩანს, ქართულ სამართალში არ არსებობს ერთიანი მიდგომა კორპორაციული მართვის თეორიებთან დაკავშირებით. ყველაზე მეტად იგრძნობა წარმომადგენლისა და მსახურის თეორიის გავლენა (მცირეოდენი ეფექტი აქვს ასევე პოლიტიკურ თეორიასაც), თუმცა ერთიანი პოზიცია არ არსებობს და სახეზეა სხვადასხვა პოზიციის „ამალგამა". ეს, სავარაუდოდ, გამომდინარეობს სწორედ იმ ფაქტიდან, რომ კანონის შემუშავების პროცესში გამოყენებული იყო სამართლის ტრანსპლანტირების ინსტრუმენტი. შედეგად, კანონმდებლობა ისეა შემუშავებული, რომ არ არსებობს ერთიანი მიდგომა

[228] იქვე, მე- 9[1] მუხლი.
[229] იქვე, 54-ე მუხლი.
[230] იქვე, 53-ე მუხლი.
[231] იქვე, 55-ე მუხლი, 1-ლი პუნქტი.
[232] იქვე, მე-9 მუხლი, მე-6 პუნქტი.

მის ფუნდამენტურ თეორიულ საწყისებთან მიმართებით. ეს ფაქტი ადვილად შეიძლება პრობლემად იქცეს და, შესაბამისად, სასურველია „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის რეფორმირება ისე, რომ გასაგები გახდეს, თუ რომელი თეორიის პოზიციას იზიარებს კანონმდებელი.

4.3. საქართველოს საკორპორაციო სამართლის რეფორმა და რეკომენდაციები

ერთი მხრივ, საქართველოსა და მეორე მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის დადებული ასოცირების შესახებ შეთანხმება ადგენს, რომ საქართველო ვალდებულია, იზრუნოს ეროვნული კანონმდებლობის ევროკავშირის სამართალთან დაახლოებაზე. ერთ-ერთი სფერო, რომელშიც საჭიროა რეფორმების განხორციელება, არის საკორპორაციო სამართალი. ამ დარგთან მიმართებით საქართველოს ევალება, გადმოიტანოს ქართულ კანონმდებლობაში ევროკავშირის 8 დირექტივის მოთხოვნები.[233]

ამ ნორმატიული აქტების ეროვნულ სამართალში გადმოსატანად დაწყებულია მუშაობა „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის ახალ ვერსიაზე. წარსულის შეცდომების განმეორებისა და სამართლის ტრანსპლანტირების გზით შემუშავებული კანონის იმავე გზით მიღებული ნორმატიული აქტით ჩანაცვლების თავიდან ასაცილებლად, საჭიროა, ახალი კანონის პროექტის მომზადება კორპორაციული მართვის თეორიების გათვალისწინებით. სასურველია, მათი გააზრების შედეგად შერჩეული იყოს კონკრეტული მიდგომები და ინსტრუმენტები, რომელთა გამოყენებაც მოხდება და რომლებზე დაყრდნობითაც დაიწერება კანონის პროექტი.

აღსანიშნავია, რომ, ერთი შეხედვით, ეს პრობლემურად შეიძლება ჩაითვალოს, რადგანაც საქართველოს აქვს ვალდებულება ევროკავშირის კანონმდებლობის ეროვნულ სამართალში ტრანსპოზიციის თვალსაზრისით. ეს ფაქტორი, ბუნებრივია, გასათვალისწინებელია, მაგრამ ხაზგასასმელია, რომ ევროკავშირის დირექტივები საკმაოდ ფართო მანევრირების საშუალებას იძლევიან და ბევრად უფრო ნაკლებად ზღუდავენ მათ ნაციონალურ კანონმდებლობაში გადამტანთ, ვიდრე ეს ერთი შეხედვით შეიძლება აღიქმებოდეს.[234] შესაბამისად, არსებობს იმის შესაძლებლობა, რომ მოხერხდეს ქართულ სამართალში ერთიანი მიდგომის დამკვიდრება და სასურველია, ამ შანსის გამოყენება.

წინამდებარე ნაშრომის პოზიციით, აუცილებელია „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის ისე რედაქტირება, რომ გამოიკვეთოს სახელმწიფოს პოზიცია კორპორაციული მართვის თეორიებთან დაკავშირებით. ეს ნაშრომი არ ახდენს „საუკეთესო“ თეორიის იდენტიფიცირებას, თუმცა ხაზს უსვამს იმას, რომ საჭიროა, სახეზე იყოს ერთიანი მიდგომა სამართალში. თუკი ეს განხორციელდება, უზრუნველყოფილი იქნება კანონმდებლობის გამართულობა და საკორპორაციო სამართლის ძირითადი წყარო აგებული იქნება მყარ თეორიულ საწყისებზე, რაც ცალსახად დადებით ცვლილებად უნდა ჩაითვალოს.

---

[233] ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, საქართველოსა და, მეორე მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, 2014, დანართი XXVIII.

[234] *Volaard H., Martinsen D.S.,* Bounded Rationality in Transposition Processes: The Case of the European Patients' Rights Directive. West European Politics, 37.4., 2014, 711-731.

5. დასკვნა

წინამდებარე ნაშრომში აღინიშნა, რომ კორპორაციული მართვის თეორიები უმნიშვნელოვანესი ინსტრუმენტია ნებისმიერი სახელმწიფოს საკორპორაციო სამართლის ძირითადი პრინციპების განსაზღვრის თვალსაზრისით. საქართველოში მათი გამოყენება, პრაქტიკულად, არ მომხდარა და, მეტიც, არ არსებობს აკადემიური ლიტერატურა ამ საკითხთან დაკავშირებით, რაც დიდი პრობლემაა. აუცილებელია ამ ხარვეზების გამოსწორება, რისი განხორციელება შესაძლებელია მხოლოდ კორპორაციული მართვის თეორიების გააზრებით, ერთიანი სახელმწიფო მიდგომის არჩევით და შესაბამისი საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელებით.

წინამდებარე ნაშრომის მიზანი იყო, განეხილა კორპორაციული მართვის თეორიები, შეედარებინა მათი პოზიციები ეროვნულ კანონმდებლობასთან და წარმოედგინა რეკომენდაციები აღნიშნულთან დაკავშირებით. ეს ფუნქცია, ჩვენი აზრით, შესრულებულია და წინამდებარე ნაშრომზე დაყრდნობით შესაძლებელია, დაინტერესებულმა პირმა მიიღოს საკმარისი ინფორმაცია, თუ რას ნიშნავს კორპორაციული მართვის თეორიები, რა ფუნქცია აკისრია მათ, რას მოითხოვენ ისინი და რაოდენ მნიშვნელოვანია მათთან დაკავშირებით ერთიანი მიდგომის არსებობა.

იმ შემთხვევაში, თუკი მოხდება წინამდებარე ნაშრომის მოსაზრებათა გათვალისწინება დაგეგმილი საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელების პროცესში, ეს იქნება უაღრესად დადებითი ცვლილება საქართველოს საკორპორაციო სამართალში. თუნდაც მოხდეს მათი იგნორირება, ვინაიდან ამ ნაშრომზე მუშაობისას საფუძვლიანად გაანალიზდა კორპორაციული მართვის თეორიები, რაც, რამდენადაც ამ კვლევის დროს წარმოჩნდა, აქამდე არ იყო განხორციელებული, წინამდებარე ნაშრომის ავტორი იმედს გამოთქვამს, ამით მან საკუთარი მოკრძალებული წვლილი შეიტანა ქართული სამართლებრივი სივრცის დადებითი მიმართულებით განვითარებაში და მცირეოდენი როლი შეასრულა ეროვნული სამართლებრივი ლიტერატურის გამდიდრებაში.

ბიბლიოგრაფია

1. ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, საქართველოსა და, მეორე მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, 2014, დანართი XXVIII.
2. *გოშხეთელიანი ნ., გალდავა დ.,* საწესდებო კაპიტალი ქართულ კანონმდებლობაში - შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი და ალტერნატიული მოწესრიგება, სამეცნიერო ჟურნალი „ახალგაზრდა ადვოკატები", 4, 2015, 33-42.
3. საქართველოს კანონი „მეწარმეთა შესახებ", 1994.
4. საქართველოს კანონი „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი", 1997.
5. საქართველოს კანონი „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ",1998.
6. *ჭანტურია ლ., ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, თბილისი, 2002, 276-279.
7. *Abdullah H., Valentine B.,* Fundamental and Ethics Theories of Corporate Governance, Middle Eastern Finance and Economics, 4, 2009, 88-96.
8. *Aduda J., Chogii R., Maguta P.O.,* An Empirical Test of Competing Corporate Governance Theories on the Performance of Firms Listed at the Nairobi Securities Exchange, European Scientific Journal, 9.13., 2013, 107-137.

9. *Afza T., Ehsan S., Nazir S.,* Whether Companies Need to be Concerned about Corporate Social Responsibility for their Financial Performance or Not? A Perspective of Agency and Stakeholder Theories, European Online Journal of Natural and Social Sciences, 4.4., 2015, 664-682.
10. *Aggarwal S., Goel R., Vashishtra P.K.,* A Literature Review of Agency Theory, Indian Journal of Research, 3.5., 2014, 51-52.
11. *Aggarwal P.,* Impact of Corporate Governance on Corporate Financial Performance, *IOSR* Journal of Business and Management, 13.3., 2013, 1-5.
12. *Agyemang O.S., Aboagye E., Frimpong J.,* Where Does the Relevance of Corporate Governance Lie? Business and Economics Journal, 5.3., 2014, 1-4.
13. *Alam A., Shah S.,* Corporate Governance and its Impact on Firm Risk, International Journal of Management, Economics and Social Sciences, 2.2., 2013, 76-98.
14. *Albrecht W.S., Albrecht C.C., Albrecht C.O.,* Fraud and Corporate Executives: Agency, Stewardship and Broken Trust, Journal of Forensic Accounting, 5, 2004, 109-130.
15. *Allen W.T.,* Contracts and Communities in Contract Law, Washington Lee Law Review, 50, 1993, 1395-1407.
16. *Allen F., Bernardo A.E., Welch I.,* A Theory of Dividends Based on Tax Clienteles, The Journal of Finance, 55.6., 2000, 2499-2536.
17. *Al-Mamun A., Yasser Q.R., Rahman A.,* A Discussion of the Suitability of Only One vs More than One Theory for Depicting Corporate Governance, Modern Economy, 4, 2013, 37-48.
18. *Al-Matari M., Al-Swidi A.K., Fadzil F.H.B.,* The Effect of the Internal Audit and Firm Performance: A Proposed Research Framework, International Review of Management and Marketing, 4.1., 2014, 34-41.
19. *Annas J.,* Virtue Ethics and Social Psychology, A Priori, 2, 2003, 20-34.
20. *Alves E.R., Gomes E.R., Corsini L.F.,* The Characteristics of Power, Legitimacy and Urgency of Stakeholders and the actions of Corporate Social Responsibility of Companies, Asian Journal of Business and Management Sciences, 3.7., 2014, 34-46.
21. *Andersen J.P., Prause J., SIlver R.C.,* A Step-by-Step Guide to Using Secondary Data for Psychological Research, Social and Personality Psychology Compass, 5.1., 2010, 56-75.
22. *Aziz N.A.A., Manab N.A., Othman S.N.,* Exploring the Perspectives of Corporate Governance and Theories on Sustainability Risk Management (SRM), Asian Economic and Financial Review, 5.10., 2015, 1148-1158.
23. *Babatunde M.A., Olaniran O.,* The Effects of Internal and External Mechanism on Governance and Performance of Corporate Firms in Nigeria, Corporate Ownership & Control, 7.2., 2009, 330-344.
24. *Badiyani B.M.,* Corporate Governance: Ethical Issues and Popular Theories International Journal of Research in Economics & Social Sciences, 3.2., 2013, 15-19.
25. *Baiman S.,* Agency Research in Managerial Accounting: A Second Look, Accounting, Organization and Society, 15.4., 1990, 341-371.
26. *Ballard M.J.,* Post-Conflict Property Restitution: Flawed Legal and Theoretical Foundations, Berkeley Journal of International Law, 28.2., 2010, 462-496.
27. Bather A., Tucker R., Legitimacy Theory and a Compliance Analysis of Tesco's 2008 Business Review, International Review of Business Research Papers, 7.2., 2011, 137-156.
28. *Biesenthal C., Wilden R.,* Multi-level Project Governance: Trends and Opportunities. International Journal of Project Management, 32.8., 2014, 1291-1308.
29. *Bitler M.P., Moskowitz T.J., Vissing-Jorgensen A.,* Testing Agency Theory with Entrepreneur Effort and Wealth The Journal of Finance, 60.2., 2006, 539-576.
30. *Bonazzi L., Islam S.M.N.,* Agency theory and corporate governance: A study of the effectiveness of board in their monitoring of the CEO, Journal of Modelling in Management, 2.1., 2007, 7-23.
31. *Boshkoshka M.,* The Agency Problem: Measures for Its Overcoming, International Journal of Business and Management, 10.1., 2015, 204-209.

32. *Branco, M.C., Rodrigues L.L.,* Positioning Stakeholder Theory within the Debate on Corporate Social Responsibility, Electronic Journal of Business Ethics and Organization Studies, 12.1., 2007, 5-15.
33. *Brown J.A., Forster W.R.,* CSR and Stakeholder Theory: A Tale of Adam Smith, Journal of Business Ethics, 112.2., 2011, 301-312.
34. *Brust S.,* Ancient and Modern: Natural Law and Universal Moral Principles, The Catholic Social Science Review, 14, 2009, 65-74.
35. *Caers R., Du Bois C., Jegers M., De Gieter S., Schepers C., Pepermans R.,* Principal-Agent Relationships on the Stewardship-Agency Axis, Nonprofit Management & Leadership, 17.1., 2006, 25-47.
36. *Carroll A.B., Shabana K.M.,* The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice, International Journal of Management Reviews, 12.4., 2010, 85-105.
37. *Chiba M.,* Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World. *Ratio Juris:* An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 11.3., 1998, 228-245.
38. *Choy L.T.,* The Strengths and Weaknesses of Research Methodology: Comparison and Complimentary between Qualitative and Quantitative Approaches, *IOSR* Journal Of Humanities And Social Science, 19.4., 2014, 99-104.
39. *Church R.M.,* The Effective Use of Secondary Data, Journal of Learning and Motivation, 33, 2001, 32-45.
40. *Clarkson M.B.E.,* A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance, Academic Management Review, 20, 1995, 92-117.
41. *Coase R.H.,* The Nature of the Firm, Economica, 4.16., 1937, 386-405.
42. *Connely B., Hoskisson R., Tihanyi L., Certo S.,* Ownership as a Form of Corporate Governance, Journal of Management Studies, 47.8., 2010, 1561-1589.
43. *Costa M.D.,* Impact of CEO Duality and Board Independence on FTSE Small Cap & Fledgling Company Performance, World Review of Business Research, 5.1., 2015, 1-19.
44. *Crane A., Matten D.,* Business Ethics, 2nd ed., London, Oxford University Press, 2007.
45. *Daly H.,* Conflicts of Interest in Agency Theory: A Theoretical Overview, Global Journal of Human-Social Science: Economics, 15.1., 2015, 17-22.
46. *Davis G.F., Thompson T.A.,* A Social Movement Perspective on Corporate Control. Administrative Science Quarterly, 39.1., 1994, 141-173.
47. *Davis J.H., Schoorman F.D., Donaldson L.,* Toward a Stewardship Theory of Management. Academy of Management Review, 22.1., 1997, 20-47.
48. *De Vries M.S.,* The Challenge of Good Governance, The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal, 18.1., 2013, 2-9.
49. *Donaldson L., Davis J.,* Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns, Australian Journal of Management, 16.1., 1991, 49-65.
50. *Donaldson T., Preston L.E.,* The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence and Implications, The Academy of Management Review, 20.1., 1995, 65-91.
51. *Drost E.A.,* Validity and Reliability in Social Science Research, Education Research and Perspectives, 38.1., 2011, 105-122.
52. *Du Plessis J., McConvill J., Bagaric M.,* Principles of Contemporary Corporate Governance, New York, Cambridge University Press, 2005.
53. *Eisenhardt K.,* Agency Theory: an Sssessment and a Review, Academy of Management Review, 14.1., 1989, 57-74.
54. *Emirbayer M., Mische A.,* What Is Agency? *The American Journal of Sociology*, 103.4., 1998, 962-1023.
55. *Fadun O.S.,* Corporate Governance and Insurance Company Growth: Challenges and Opportunities, International Journal of Academic Research in Economics and Management Sciences, 2.1., 2013, 286-305.
56. *Fama E.F.,* Agency Problems and the Theory of the Firm, Journal of Political Economy, 88, 1980, 288-307.

57. *Fama E.F., Jensen M.C.,* Separation of Ownership and Control, Journal of Law and Economics, 26.2., 1989, 301-325.
58. *Felicio J.A., Rodrigues R.,* Study on The Influence of Governance Mechanisms on Performance: Evidence of Nonlinear Relationships of Listed Companies in Different Contexts, Corporate Ownership & Control, 11.2., 2014 429-532.
59. *Ferrero I., Hoffman W.M., McNulty R.E.,* Must Milton Friedman Embrace Stakeholder Theory? Business and Society Review, 119.1., 2004, 37-59.
60. *Fox M.A., Hamilton R.T.,* Ownership and Diversification: Agency Theory or Stewardship Theory, Journal of Management Studies, 31.1., 1994, 69-81.
61. *Freeman R.E.,* Strategic Management: A stakeholder Approach, Boston, Pitman Publishing, 1984.
62. *Freeman R.E., Wicks A.C., Parmar B.,* Stakeholder Theory and The Corporate Objective Revisited, Organization Science, 15.3., 2004, 364-369.
63. Geyskens I., Steenkamp J.E.M., Kumar N., Make, Buy, or Ally: A Transaction Cost Theory Meta-Analysis, Academy of Management Journal, 49.3., 2006, 519-543.
64. *Goel A.M., Thakor A.J.,* Overconfidence, CEO Selection and Corporate Governance, The Journal of Finance, 63.6., 2008, 2737-2784.
65. *Gourevitch P.A.,* The Politics of Corporate Governance Regulation, The Yale Law Journal, 112, 2003, 1829-1880.
66. *Hadani M., Horanova M., Khan R.,* Institutional Investors, Shareholder Activism, and Earnings Management, Journal of Business Research, 64, 2011, 1352-1360.
67. *Hardt L.,* The History of Transaction Cost Economics and Its Recent Developments, Erasmus Journal for Philosophy and Economics, 2.1., 2009, 29-51.
68. *Hendley K.,* „Telephone Law" and the „Rule of Law": The Russian Case, Hague Journal on the Rule of Law, 1, 2009, 241-262.
69. *Hiebl M.R.W.,* Peculiarities Of Financial Management In Family Firms. *International Business & Economics Research Journal*, 11.3., 2012, 315-322.
70. Hitt, M. Freeman, E. Harrison, J., Handbook of Strategic Management, Oxford, Blackwell Publishing, 2001.
71. *Hoepfl M.C.,* Choosing qualitative research: A primer for technology education researchers, Journal of Technology Education, 9.1., 1997, 47-63.
72. *Htay S.N.N., Salman S.A.,* Transaction Cost Theory, Political Theory and Resource Dependency Theory in The Light of Unconventional Aspect, IOSR Journal of Humanities and Social Science, 12.5., 2013, 89-96.
73. *Hubbard R.,* Criteria of good governance, Optimum, The Journal of Public Management, 30.2., 1999, 37-50.
74. *Hung H.,* A typology of the Theories of the Roles of Governing Boards, Scholarly Research and Theory Papers, 6.2., 1998, 101-111.
75. *Jensen M.C.,* Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function, Business Ethics Quarterly, 12.2., 2002, 235-256.
76. *Jensen M.C., Meckling W.H.,* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. Journal of Financial Economics, 3, 1976, 305-360.
77. *Johnson-Laird P.N.,* Deductive Reasoning, Annual Review of Psychology, 50, 1999, 109-135.
78. *Jupp J.,* Legal Transplants as Tools for Post-Conflict Criminal Law Reform: Justification and Evaluation, Cambridge Journal of International and Comparative Law, 3.1., 2014, 381-406.
79. *Kaeb C.,* Putting the „Corporate" Back into Corporate Personhood, *Northwestern Journal of International Law & Business,* 35.3., 2015, 591-653.
80. *Kakabadze N.K., Rozuel C., Lee-Davies L.,* Corporate Social Responsibility and Stakeholder Approach: a Conceptual Review, International Journal of Business Governance and Ethics, 1.4., 2005, 277-302.
81. *Keser C., Willinger M.,* Theories of Behavior in Principal–Agent Relationships with Hidden Action, European Economic Review, 51., 2007, 1514-1533.

82. *Kessler F.,* Theoretic Bases of Law, The University of Chicago Law Review, 9, 1941, 98-112.
83. *Kral P., Tripes S., Pirozek P., Pudil P.,* Corporate Governance Against Recommendations: The Cases of the Strong Executive and the Strong Ownership, Journal of Competitiveness, 4.3., 2012, 46-57.
84. *Lane J.,* Good Governance: The Two Meanings of „Rule of Law", International Journal of Politics and Good Governance 1.1., 2010, 1-27.
85. *Lau J.W.C.,* Enriching Stakeholder Theory: Student Identity of Higher Education, American Journal of Industrial and Business Management, 4, 2014, 762-766.
86. *Lentner C., Szegedi K., Tatay T.,* Corporate Social Responsibility in the Banking Sector, Public Finance Quarterly, 57, 2015, 95-103.
87. *Letting N., Wasike E., Kinuu D., Murgor P., Ongeti W., Aosa E.,* Corporate governance theories and their application to boards of directors: A critical literature review, Prime Journal of Business Administration and Management, 2.12., 2012, 782-787.
88. *Long-Sutehall T., Sque M., Addington-Hall J.,* Secondary Analysis of Qualitative Data: a Valuable Method for Exploring Sensitive Issues with an Elusive Population? Journal of Research in Nursing, 16.4., 2010, 335-344.
89. *Mamun A., Vasser Q., Rahman A.,* A Discussion of the Suitability of Only One vs More than One Theory for Depicting Corporate Governance. *Modern Economy*, 4, 2013, 37-48
90. Marshall, S. Ramsay, I., Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence. *UNSW Law Journal*, 35.1., 2012, 291-316.
91. Masry, M., The Impact of Ownership Duality on Firm Performance in Egypt, International Journal of Accounting and Taxation, 3.1., 2015, 54-73.
92. *Milgrom P.,* Employment Contracts, Influence Activity and Efficient Organization, Journal of Political Economy, 96, 1988, 42-60.
93. *Mitchell R.K., Agle B.R., Wood D.J.,* Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What Really Counts, The Academy of Management Review, 22.4., 1997, 853-886.
94. *Moir L.,* What Do We Mean by Corporate Social Responsibility? The Journal of Corporate Governance, 1.2., 2001, 16-22.
95. *Moscu R.G.,* Does CEO Duality Really Affect Corporate Performance? International Journal of Academic Research in Economics and Management Sciences, 2.1., 2013, 156-166.
96. *Mouritz T.,* Comparing the Social Contracts of Hobbes and Locke, The Western Australian Jurist, 1, 2010, 123-127.
97. *Muth M.M., Donaldson L.,* Stewardship Theory and Board Structure: a Contingency Approach, Scholarly Research and Theory Papers, 6.1., 1998, 5-28.
98. *Namazi M.,* Role of the Agency Theory in Implementing Management's Control, Journal of Accounting and Taxation, 5.2., 2003, 38-47.
99. *Nasieku T., Olubunmi E.M., Togun O.R.,* Corporate Governance And firm's Earnings Quality. Economics and Finance Review, 3.12., 2014, 1-10.
100. *Nichols P.M.,* The Viability of Transplanted Law: Kazakhstani Reception of a Transplanted Foreign Investment Code University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 18.4., 1997, 1235-1279.
101. *Nordberg D.,* The Ethics of Corporate Governance, Journal of General Management, 33.4., 2008, 35-52.
102. *Obeten O.I., Ocheni S.,* Empirical Study of the Impact of Corporate Governance on The Performance of Financial Institutions in Nigeria, Journal of Good Governance and Sustainable Development in Africa, 2.2., 2014, 57-73.
103. *Omran M.A.,* Theoretical Perspectives on Corporate Social Responsibility Disclosure: A Critical Review, International Journal of Accounting and Financial Reporting, 5.2., 2015, 38-55.
104. *Othman Z., Rahman R.A.,* Understanding Corporate Governance from a Social Constructionist Perspective, International Journal of Humanities and Social Science, 1.2., 2011, 123-127.

105. *Palia D., Porter R.,* Agency Theory in Banking: an Empirical Analysis of Moral Hazard and the Agency Costs of Equity, Banks and Bank Systems, 2.3., 2007, 142-156.
106. *Pangendler M.,* Politics in the Origins: The Making of Corporate Law in Nineteenth-Century Brazil, The American Journal of Comparative Law, 60, 2012, 805-850.
107. *Pejovic C.,* Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal, Victoria University of Wellington Law Review, 32, 2001, 817-842.
108. *Pérez-González F.,* Inherited Control and Firm Performance, American Economic Review, 96.5., 2006, 1559-1588.
109. *Perrow C.,* Complex Organizations, New York, Random House, 1986.
110. *Pfeffer J.,* Merger as a Response to Organizational Interdependence, Administrative Science Quarterly, 17, 1972, 218-228
111. *Pfeffer J.,* Power in Organizations, Marshfield, Massachusetts, Pitt-Man Publishing, 1981.
112. *Pour B.S., Nazari K., Emami M.,* Corporate Social Responsibility: A Literature Review, African Journal of Business Management, 8.7., 2014, 228-234.
113. *Prendergast C.,* The Provision of Incentives in Firms, Journal of Economic Literature, 37.1., 1999, 7-63.
114. *Quinn E.,* The Complex Relationship between Corporate Management, Stakeholders and Accounting, International Journal of Academic Research in Accounting, Finance and Management Sciences, 4.3., 2014, 80-88.
115. *Rensburg R.R., De beer E.,* Stakeholder Engagement: a Crucial Element in the Governance of Corporate Reputation Communitas, 16, 2011, 151-169.
116. *Reynolds S.J., Schultz F.C., Hekman D.R.,* Stakeholder Theory and Managerial Decision-Making: Constraints and Implications of Balancing Stakeholder Interests, Journal of Business Ethics, 64, 2006, 285-301.
117. *Roe M.J.,* Strong Managers, *Weak Owners:* The Political Roots of American Corporate Finance, Princeton, Princeton University Press, 1994.
118. *Rose P.,* Common Agency and the Public Corporation, Vanderbilt Law Review, 63.5., 2010, 1355-1417.
119. *Sacconi L.,* Corporate Social Responsibility and Corporate Governance, EconomEtica, 38, 2012, 1-42.
120. *Schleifer A., Vishny R.,* A Survey of Corporate Governance, The Journal of Finance, 52.2., 1997, 737-783.
121. *Setyorini C.T., Ishak Z.,* Corporate Social and Environmental Disclosure: A Positive Accounting Theory View Point, International Journal of Business and Social Science, 3.9., 2012, 152-164.
122. *Shapiro S.P.,* Agency Theory, Annual Review of Sociology, 31, 2005, 263-284.
123. *Shim E.D.,* Sustainability, Stakeholder Perspective and Corporate Success: A Paradigm Shift, International Journal of Business, Humanities and Technology, 4.5., 2014, 64-67.
124. *Smith S.S.,* Integrated Reporting, Corporate Governance, and the Future of the Accounting Function, International Journal of Business and Social Science, 5.10., 2014, 58-63.
125. *Spahaj E.,* Empirical Data on the Correlation between CEO Duality and the Performance of a Corporation, European Journal of Interdisciplinary Studies, 2.1., 2015, 55-61.
126. *Spence A.M., Zeckhauser R.,* Insurance, Information and Individual Action, American Economic Review, 61, 1971, 380-387.
127. *Sundaram A.K., Inkpen A.C.,* Stakeholder Theory and The Corporate Objective Revisited: A Reply, Organization Science, 15.3., 2004, 370-371.
128. *Thomas S.L., Heck R.H.,* Analysis of Large-Scale Secondary Data in Higher Education Research: Potential Perils Associated with Complex Sampling Designs, Journal of Research in Higher Education, 42.5., 2001, 517-540.
129. *Tourani-Rad A., Ingley C.,* Handbook on Emerging Issues in Corporate Governance, Singapore, World Scientific Publishing Co, 2011.
130. *Tudose M.B.,* Corporate Finance Theories, Challenges and Trajectories, Management & Marketing Challenges for the Knowledge Society, 7.2., 2012, 277-294.
131. *Tullberg J.,* Stakeholder Theory: Some Revisionist Suggestions, The Journal of Socio-Economics, 42, 2013, 127-135.

132. *Ugwoke R.O., Onyeanu E.O., Obodoekwe C.N.,* Duality Role of Chief Executive Officer (CEO) in Corporate Governance and Performance of Quoted Companies in the Nigerian Stock Exchange: An Appraisal of the Perception of Managers and Accountants, Global Journal of Management and Business Research Accounting and Auditing, 13.5., 2013, 1-10.
133. *Van Ness R., Miessing P., Kang J.,* Understanding Governance and Corporate Boards: Is Theory a Problem, European Journal of Management, 7.9., 2009, 186-199.
134. *Van Slyke D.M.,* Agents or Stewards: Using Theory to Understand the Government-Nonprofit Social Service Contracting Relationship, Journal of Public Administration Research and Theory, 17, 2006, 157-187.
135. *Vo T.N.T.,* To Be or Not to Be Both CEO and Board Chair, Brooklyn Law Review, 76.1., 2010, 65-129.
136. *Volaard H., Martinsen D.S.,* Bounded Rationality in Transposition Processes: The Case of the European Patients' Rights Directive, West European Politics, 37.4., 2014, 711-731.
137. *Wang B.,* Theme in Translation: a Systemic Functional Linguistic Perspective, International Journal of Comparative Literature & Translation Studies, 2.4., 2014, 54-63.
138. *Weiss F., Steiner S.,* Transparency as an Element of Good Governance in the Practice of the EU and the WTO: Overview and Comparison, Fordham International Law Journal, 30.8., 2013, 1545-1586.
139. *Williamson O.E.,* The Mechanisms of Governance, New York, Macmillan Free Press, 1998.
140. *Wright P., Mukherji A., Kroll M.J.,* A Reexamination of Agency Theory Assumptions: Extensions and Extrapolations, Journal of Socio-Economics, 30, 2001, 413-429.
141. *Wood M., Welch C.,* Are 'Qualitative' and 'Quantitative' Useful Terms for Describing Research? Methodological Innovations Online, 5.1., 2010, 56-71.
142. *Yilmaz A.,* Management Strategies for Resource Dependency Risk in Aviation Business. International Review of Management and Business Research, 3.3., 2014, 1551-1563.
143. *Yussoff W., Alhaji I.,* Insight of Corporate Governance Theories, Journal of Business & Management, 1.1., 2012, 52-63.
144. *Zajac E.J., Olsen C.P.,* From Transaction Cost to Transactional Value Analysis: Implications for the Study of Interorganizational Strategies, Journal of Management Studies, 30.1., 1993, 131-145.
145. *Zerk J.A.,* Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law, New York, Cambridge University Press, 2006.
146. *Göbel E.,* Der Stakeholderansatz im Dienste der strategischen Früherkennung, Zeitschrift für Planung, 1, 1995, 55-67.
147. *Schaltegger S.,* Bildung und Durchsetzung von Interessen zwischen Stakeholder der Unternehmung. Eine politisch-ökonomische Perspektive, Die Unternehmung, 53.1., 1999, 3-20.
148. *Wald A.,* Corporate Governance als Erfolgsfaktor? Industrielle Beziehungen, 16.1., 2009, 67-86.
149. *Weibel A.,* Kooperation in StrategischenWissensnetzwerken, Vertrauen und Kontrolle zur Losung des Sozialen Dilemmas, Wiesbaden, Mohr Siebeck, 2004.
150. *Wenger E., Terberger E.,* Die Beziehung zwischen Agent und Prinzipal als Baustein einer ökonomischen Theorie der Organisation, Wirtschaftswissenschaftliches Studium, 17.10., 1990, 506-514.
151. *Basle M., Delorme R., Lemoigne J.L., Paulre B.,* Approches Évolutionnistes De La Firme Et De L'industrie. Paris, Harmattan, 1999.
152. *Cornforth C.,* La Gouvernance des Coopérativeset des Sociétés Mutuelles: Une Perspective de Paradoxe, Économie et Solidarités, 35.6., 2005, 81-99.
153. *Numa G.,* Théorie de l'agence et concessions de chemins de fer français au 19 ème siècle, Revue d'économie industrielle, 125, 2009, 105-128.
154. *Mullenbach-Servayre A.,* L'apport de la Théorie des Partiesprenantes à la Modélisationde la Responsabilité Sociétale des Entreprises, Revue des Sciences de Gestion, 223, 2007, 109-120.
155. *Бакунова Н.В., Мухаровский Н.В.,* Трансформация Корпоративного Управления в Условиях Рыночных

Отношений, Вестник Омского университета, 2, 2011, 80-84.

156. *Белобородова А.Л.,* Специфика Применения Теории Заинтересованных Сторон В Управлении Субъектами Малого Предпринимательства, Казанский Экономический Вестник, 5.7., 2013, 78-82.
157. *Благов Ю.Е.,* Классика Теории Менеджмента, Вестник Санкт-Петербургского Университета, 1, 2012, 109-116.
158. *Васильев Ю.В., Парахина В.Н., Ушвицкий Л.И.,* Теория Управления, Издание Второе, Москва, Издательство Финансы и Статистика, 2005.
159. *Виханский О.С., Наумов А.И.,* Размышления о Менеджменте – „Другой" Менеджмент: Время Перемен, Российский Журнал Менеджмента, 3, 2004, 105-126.
160. *Капогузов Е.,* Вклад Новой Институциональной Экономической Теории в Реформирование Общественного Сектора, Журнал институциональных исследований, 3.4., 2011, 6-17.
161. *Леванов Л.Н.,* Теоретико-Методологические Подходы к Понятию „Корпоративное Управление", Известия Саратовского Университета, 12.1., 2012, 54-60.
162. *Либман В.А.,* Теоретические Аспекты Агентской Проблемы в Корпораций, *Вестник, СПбГУ,* 8.1., 2005, 123-140.
163. *Стрекалова А.А.,* Второе Поколение Фискального Федерализма, Журнал Human Progress, 2.3., 2016, 1-12.
164. *Чернышев М.А., Тяглое С.Г., Теория Организации*, Ростов-на-Дону, Издательство Феникс, 2008.
165. *Юрова К.И.,* Особенности Классификации Коллекторских Агентств и Организации Коллекторских Компаний, Научно-практический журнал Государство и право в XXI веке, 1, 2016, 27-31.

კახი სამხარაძე*

საქართველოს საელჩოებისა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლობების შექმნა, მათი ხელმძღვანელების დანიშვნა და გამოწვევა (განთავისუფლება)

დღესდღეობით საქართველოში არც კონსტიტუციითა და არც სხვა საკანონმდებლო აქტებით სრულყოფილად განსაზღვრული არ არის საქართველოს საელჩოებისა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლობების შექმნის, მათი ხელმძღვანელების დანიშვნისა და გამოწვევის საკითხები. განსახილველი საკითხი ეხება საქართველოს პრეზიდენტისა და საქართველოს მთავრობის საზიარო უფლებამოსილებებს საგარეო წარმომადგენლობითი ფუნქციების განხორციელებისას, კერძოდ ელჩების დანიშვნა-გამოწვევის კომპეტენციების ნაწილში. ნაშრომის მიზანია, მკაფიოდ განისაზღვროს აღმასრულებელი ხელისუფლებისა და სახელმწიფოს მეთაურის კომპეტენცია საკანონმდებლო რეგულირებასთან დაკავშირებით და წარმოდგენილ იქნეს გარკვეული რეკომენდაციები, კონსტიტუციის ძირითად პრინციპებზე დაყრდნობით. ამდენად, პირველ რიგში, უნდა მოხდეს კონსტიტუციის ძირითადი პრინციპების ჩამოყალიბება და შემდეგ განისაზღვროს კონკრეტული კომპეტენციები. ვფიქრობთ, სახელმწიფოს მეთაური აღმასრულებელ ხელისუფლებას კი არ განეკუთვნება, არამედ არის საკავშირო ხელისუფლების წარმომადგენელი, ე.ი. ძირითადი წარმომადგენლობითი ფუნქციის განმახორციელებელი სუვერენი. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ვისაუბროთ სახელმწიფოს მეთაურის ხელისუფლების პრიმატზე საგარეო ურთიერთობების, ქვეყნის თავდაცვისა და უსაფრთხოების საკითხებში და ასევე სახელმწიფოს უმნიშვნელოვანესი მიმართულების განსაზღვრის საკითხებში. სწორედ საგარეო ურთიერთობების ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი დარგია დიპლომატიური თანამდებობის პირების თანამდებობებზე განწესება, რაც, ნაწილობრივ, კონსტიტუციით რეგულირდება, თუმცა აღნიშნული საკითხი უფრო დიდწილად მოწესრიგებულია ე.წ. დიპლომატიური სამართლისა და საერთაშორისო დიპლომატიური სამართლის ნორმებით, რაც მეტ-ნაკლებად ასევე უნდა იქნეს განხილული.

საკვანძო სიტყვები: *საქართველოს პრეზიდენტი, ელჩები, დიპლომატიური წარმომადგენლობა, საელჩოები, საკონსულოები, დიპლომატიური წარმომადგენლობები, საგარეო ურთიერთობები.*

1. შესავალი

„დიპლომატიური სამართალი არის საერთაშორისო სამართლის უძველესი დარგი, იგი საერთაშორისო სამართლის სუბიექტების დიპლომატიური მოღვაწეობის შედეგია, რომელიც, თავის მხრივ, დიპლომატიური სამართლის საფუძველზე ხორციელდება. დიპლომატიური მოღვაწეობა სახელმწიფოს საგარეო ფუნქციების განხორციელების საშუალებაა და განსაზღვრა-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის მოწვეული ლექტორი.

ვს მის შინაარსს, სახელმწიფოს საგარეო პოლიტიკის ერთ-ერთ ძირითად მიმართულებას".[1] ამდენად, აუცილებლად უნდა იქნეს საკითხი შესწავლილი შედარებით უფრო ფართო ჭრილში და დიპლომატიური სამართლის ისეთი ელემენტების წარმოჩენით, როგორებიცაა: დიპლომატიური ურთიერთობები და საკონსულო საქმიანობა, ასევე მათი ძირითადი მიმართულებების ანალიზი, დიპლომატიური საქმიანობის რეგულირების საფუძვლები და სტანდარტები. ინსტიტუციურად უნდა შეფასდეს საგარეო ურთიერთობების განმახორციელებელი ორგანოების უფლებამოსილებები. „ნებისმიერი სახელმწიფოს საგარეო ურთიერთობების ყველა ორგანო იყოფა ორ ჯგუფად – შიდასახელმწიფოებრივი (ცენტრალური) და საგარეო. ამგვარად, საგარეო ურთიერთობების შიდასახელმწიფოებრივი ორგანოები, მათი ჩამოყალიბებისა და უფლებამოსილებების ხასიათის მიხედვით, ჩვეულებრივ, იყოფა კონსტიტუციურ და სპეციალიზებულ ორგანოებად.ნ[2] გამომდინარე აქედან, უნდა შეფასდეს სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოთა როლი და ფუნქცია გადაწყვეტილებათა მიღების პროცესში, რაც რეალურ გავლენას ახდენს როგორც ქვეყნის საგარეო პოლიტიკის განსაზღვრის კუთხით, ასევე კონსტიტუციური ნორმების სრულყოფილად რეალიზების მხრივაც.

საგარეო ურთიერთობებში სახელმწიფოს მეთაურისა და მთავრობის მონაწილეობა ყოველთვის აქტუალური და პრობლემური საკითხია, ელჩების დანიშვნა კი ამ სფეროს ერთ-ერთი ძირითადი ელემენტია. საკითხი ასევე საყურადღებოა, ვინაიდან 2016 წლის 15 დეკემბერს საქართველოს პარლამენტმა მიიღო დადგენილება „სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის შექმნისა და სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის დებულების დამტკიცების შესახებ,"[3] რომლის მიზანიც იყო კონსტიტუციის გადასინჯვა და კონსტიტუციური კანონპროექტის მომზადება. მათ შორის, სწორედ პრეზიდენტისა და მთავრობის კომპეტენციათა რეგულირება, რაც კიდევ უფრო მეტ აქტუალურობას ანიჭებს განსახილველ საკითხს. დღევანდელი მდგომარეობით, საკონსტიტუციო კომისიამ მუშაობა დაასრულა და 2017 წლის პირველ მაისს წარუდგინა პარლამენტს ახალი კონსტიტუციური კანონის პროექტი, რაც პირველი და მეორე მოსმენით მიღებულ იქნა 2017 წლის 22-23 ივნისს და, ამავე დროს, დაიგეგმა შემდგომი მოსმენით კანონპროექტის მიღება 2017 წლის საშემოდგომო სესიაზე.[4] მიუხედავად იმისა, რომ კონკრეტული რეფორმის ფარგლებში არსებითი ცვლილება არ განუცდია პრეზიდენტის ძირითად კონსტიტუციურ უფლებამოსილებებს, საკითხი აქტუალურობას არ კარგავს, იქიდან გამომდინარე, რომ ახლებურად იქნა მოწესრიგებული პრეზიდენტის არჩევის საკითხი, რაც გარკვეულ გავლენას ახდენს პრეზიდენტის კომპეტენციების რეალურ განხორციელებაზეც და საკმაოდ დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს. პრეზიდენტის არაპირდაპირი არჩევის წესი არსებით გავლენას მოახდენს მისი ფუნქციების განხორციელებაზე, მათ შორის საგარეო წარმომადგენლობის ფუნქციის განხორციელებაზე, უფრო კონკრეტულად, საგარეო წარმომადგენლების დანიშვნისა და გამოწვევის საკითხებზე.

---

1 *ლეგაშვილი ნ.*, დიპლომატიური პრივილეგიები და იმუნიტეტი, საერთაშორისო სამართალი (II), №9, 1999, <http://www.nplg.gov.ge/gsdl/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0period--00-1----0-10-0---0---0prompt-10---4-------0-1l--11-ka-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-00&cl=CL2.6&d=HASHa7563fae1ef8bb17876837.7&x=1>.

2 იქვე,

3 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3472813>.

4 იხ. მე-5 სქოლიო.

2. მმართველობის მოდელის გავლენა პრეზიდენტის საგარეო კომპეტენციაზე

საქართველოს კონსტიტუციის 73-ე მუხლი (52-ე მუხლი)[5] განსაზღვრავს საქართველოს სახელმწიფოს მეთაურის კონსტიტუციურ კომპეტენციას. ამ მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის მიხედვით განსაზღვრულია, რომ „საქართველოს პრეზიდენტი მთავრობასთან შეთანხმებით აწარმოებს მოლაპარაკებებს სხვა სახელმწიფოებსა და საერთაშორისო ორგანიზაციებთან, დებს საერთაშორისო ხელშეკრულებებსა და შეთანხმებებს; მთავრობის წარდგინებით ნიშნავს და ათავისუფლებს საქართველოს ელჩებს და სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებს; მთავრობასთან შეთანხმებით იღებს სხვა სახელმწიფოთა და საერთაშორისო ორგანიზაციათა ელჩებისა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლების აკრედიტაციას;“[6]

განსახილველი თემა, ძირითადად, ეხება სწორედ ამ კონსტიტუციური ნორმის გაგებას და მის სისტემურ გააზრებას, კერძოდ, საქართველოს პრეზიდენტის უფლებამოსილებას საგარეო ურთიერთობებში და მის ერთ-ერთ ძირითად კომპონენტს – ელჩების დანიშვნისა და მათი გამოწვევის საკითხების რეგულირებას კონსტიტუციურ დონეზე. მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს: რა ფარგლებში უნდა მოწესრიგდეს კონსტიტუციით ელჩებისა და დიპლომატების თანამდებობაზე დანიშვნა და მათი განთავისუფლება; ასევე, დიპლომატიური წარმომადგენლობების (დიპლომატიური მისიების) შექმნისა და ლიკვიდაციის საკითხები თავისი ბუნებით არის თუ არ კონსტიტუციური განზომილება და, შესაბამისად, რომელი კონსტიტუციური ორგანოების კომპეტენციების ნაწილში უნდა იქნეს მოაზრებული ეს უფლებამოსილებები, რა იქნება ამ მხრივ ოპტიმალური გამოსავალი.

საქართველოს კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში შეიძლება ჩამოვთვალოთ რამდენიმე მნიშვნელოვანი კონსტიტუციური რეფორმა, კერძოდ: 2004 წლის 6 თებერვლის, 2010 წლის 15 ოქტომბრისა და 2016-2017 წლების კონსტიტუციური რეფორმები, რომლებიც არსებითად ცვლიდნენ მმართველობის კონსტიტუციურ მოდელებს. ქართული კონსტიტუციონალიზმის ისტორია ითვლის საპრეზიდენტო მმართველობისა და შერეული მმართველობის – ნახევრად საპრეზიდენტო – მოდელთა ორ განსხვავებულ სისტემას, ხოლო დღევანდელი რეფორმის ფარგლებში ყალიბდება საპარლამენტო სისტემა, თუმცა დღეისათვის მოქმედებს ე.წ. ნახევრად საპრეზიდენტო მოდელი.

„ევროპაში დემოკრატიზაციის მეორე ტალღამ გამოიწვია რეჟიმების ტიპები, რომლებიც არ მიეკუთვნებიან არც საპარლამენტო და არც საპრეზიდენტო სისტემებს. სიტყვათა შეთანხმება „ნახევრად საპრეზიდენტო“ (*semi-presidentalism*) პირველად გამოიყენა ფრანგმა ჟურნალისტმა და გაზეთ *le Monde*-ს დამფუძნებელმა ჰუბერტ ბევ-მერიმ 1959 წელს, ხოლო

[5] 2017 წლის პირველ მაისს საქართველოს პარლამენტს წარედგინა კანონპროექტი „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილების შეტანის შესახებ“ (კონსტიტუციური კანონის პროექტი №07-3/52/9). ამ კანონპროექტის შესაბამისად, პრეზიდენტის უფლებამოსილებების მარეგულირებელი ნორმა ახალი რედაქციით არის 52-ე მუხლი, რომლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის გარკვეული რედაქციული ცვლილებით (მიგვაჩნია, რომ მხოლოდ ტექნიკური ხასიათის ცვლილებებით) იმეორებს საქართველოს კონსტიტუციის 73-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტში გადმოცემულ პრეზიდენტის კომპეტენციების ჩამონათვალს საგარეო ურთიერთობებში. ეს კანონპროექტი პარლამენტმა მიიღო პირველი და მეორე მოსმენით 2017 წლის 22-23 ივნისს, ხოლო მესამე მოსმენით კანონის მიღება უნდა მოხდეს კონსტიტუციის გადასინჯვის წესისთვის დადგენილი 3-თვიანი ინტერვალით, მოქმედი კონსტიტუციის 102-ე მუხლის მე-3 პუნქტის შესაბამისად. კანონპროექტი: „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილების შეტანის შესახებ“ (კონსტიტუციური კანონის პროექტი №07-3/52/9), <http://info.parliament.ge/#law-drafting/13831>.

[6] საქართველოს კონსტიტუცია (04/10/2013 წლის მდგომარეობით), <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346>.

რაც შეეხება აკადემიურ სფეროს, ეს ტერმინი პირველად გამოიყენა მორის დიუვერჟემ „პოლიტიკური ინსტიტუტებისა და კონსტიტუციური სამართლის შესახებ" მისი წიგნის მე-11 გამოცემაში.[7] როგორც აღვნიშნე, მმართველობის შერეული მოდელი წარმოიშვა საფრანგეთის კონსტიტუციაში ერთგვარი ევროპული და ამერიკული კონსტიტუციური სისტემების შერწყმით და არის ამ ორი სისტემის ერთგვარი ჰიბრიდი.[8] კერძოდ, „დაფუძნებული პოლიტიკური რეჟიმი მიიჩნევა ნახევრად საპრეზიდენტოდ იმ შემთხვევაში, თუ იგი შეიცავს შემდეგ სამ კომპონენტს: ა) რესპუბლიკის პრეზიდენტი აირჩევა საყოველთაო წესით; ბ) იგი ფლობს საგრძნობ უფლებამოსილებებს; გ) პრეზიდენტის საპირისპირო მხარეს დგას მთავრობა, რომელიც აღმასრულებელ ხელისუფლებას ინარჩუნებს იქამდე, ვიდრე პარლამენტი არ დაუპირისპირდება მას[9]", რაც შეეხება ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემის სახესხვაობებს,[10] უნდა აღინიშნოს, რომ ერთმანეთისაგან იმიჯნება ამ სისტემის ორი განშტოება: „შერეული საპრეზიდენტო მმართველობის ფორმათა პრაქტიკული მრავალფეროვნების გამოვლინებამ შუგარტსა და ქერის უბიძგა, შეემუშავებინათ შემდეგი კონცეფციის დაყოფა პრემიერ-საპრეზიდენტო და საპრეზიდენტო-საპარლამენტო ქვეტიპებად."[11]

ამ ყოველივედან გამომდინარე, ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემა რთული და კომპლექსური რეჟიმია, რომელიც მოიცავს ორ მნიშვნელოვან ქვეტიპს, პირველ რიგში, აღსანიშნავია ე.წ. პრეზიდენტი – საპარლამენტო ქვეტიპი, რომელიც უფრო ჰგავს ე.წ. ავსტრიულ ნახევრად საპრეზიდენტო მოდელს, ხოლო მეორე ქვეტიპი, რომელსაც მოიხსენიებენ პრემიერ-საპრეზიდნტო ქვეტიპის სახელით, შედარებით უფრო აღმოსავლეთ ევროპაშია გავრცელებული და კლასიკურ ფრანგულ ნახევრად საპრეზიდენტო მოდელზეა ორიენტირებული. „სახელწოდება „საპრეზიდენტო" და „საპარლამენტო" ახდენენ იმის იდენტიფიცირებას, თუ რომელ არჩეულ ინსტიტუტს აქვს უფლებამოსილება მთავრობის ფორმირებაზე, და რამდენადაც პრემიერ-საპრეზიდენტო გამოხატავს პრემიერის უპირატესობას და ასევე მნიშვნელოვანი უფლებამოსილებებით აღჭურვილი პრეზიდენტის არსებობას, ამგვარადვე ტერმინი „საპრეზიდენტო-საპარლამენტო" ავლენს ამგვარი რეჟიმის მნიშვნელოვან თვისებას, კერძოდ პრეზიდენტის პრიმატს ხელისუფლების სხვა შტოებთან მიმართებით, რასაც ემატება კაბინეტის პარლამენტზე დამოკიდებულება. ამ სისტემაში სხვა კლასიკურ მახასიათებლებთან ერთად პრეზიდენტიც უნდა იქნეს არჩეული არაპირდაპირი წესით.[12] საპარლამენტო სისტემებში მე-

---

7 *Elgie R.,* <http://www.researchgate.net/publication/265101267_The_Politics_of_Semi-Presidentialism>, 1.

8 *Kimberly A. M.,* President – Prime Minister Relations, Party System, and Democratic Stability in Semiprezidental Regimes; Comparing The Frenc and Russian Models, Texas International Law Jurnal Vol. 47, Iissue 2, 2012 , 429.

9 *Sartori G.,* Comparative Constitutional Engineering-an Inquiry into Stuctures, Incentives and Outcomes, Macmillan, 1994, 137.

10 დღევანდელი კონსტიტუციური რეფორმის ფარგლებში მმართველობის მოდელად არჩეულ იქნა კლასიკური საპარლამენტო სისტემა, რომელშიც პრეზიდენტი არ იქნება პირდაპირი წესით არჩეული და, შესაბამისად, სახელმწიფო მოწყობის ფორმის მოდელი გარდაიქმნება საპარლამენტო რესპუბლიკის რეჟიმად.

11 *ალასანია გ.*, პრეზიდენტის აღმასრულებელი ხელისუფლების ფარგლები საქართველოს კონსტიტუციით, სასემინარო ნაშრომი, სამეცნიერო ხელმძღვანელი კ. ყურაშვილი, თბ., 2008, 22; შედ. Matthew Soberg Shugart and *John M.* Carey, Presidents and Assamblies-constitutional design and electoral dynamics"_, Cambridge university press, 1992.

12 კონსტიტუციური კანონის პროექტის შესაბამისად, კონსტიტუციის ახალი რედაქციის 50-ე მუხლის მიხედვით საქართველოს პრეზიდენტს 5 წლის ვადით დებატების გარეშე ღია კენჭისყრით ირჩევს საარჩევნო კოლეგია. საარჩევნო კოლეგიის შემადგენლობაში შედის 300 ხმოსანი, მათ შორის საქართველოს პარლამენტისა და აფხაზეთისა და აჭარის ავტონომიური რესპუბლიკების უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანოების ყველა წევრი. სხვა ხმოსნებს საქართველოს ცენტრალური საარჩევნო კომისიის მიერ ორგანული კანონის საფუძველზე პროპორციული გეოგრაფიული წარმომადგენლობის პრინციპის დაცვითა და ადგილობრივი თვითმმართველობის პროპორციული წესით ჩატარებული არჩევნების შედეგების

ტად სუსტდება პრეზიდენტის როლი საგარეო წარმომადგენლობის ფუნქციის განხორციელებისას, რაც განპირობებულია პრეზიდენტის არაპირდაპირი არჩევის წესით. გამომდინარე აქედან, არსებითად მნიშვნელოვანია პრეზიდენტის მონაწილეობა საგარეო წარმომადგენლობის ფუნქციების განხორციელებაში. პრეზიდენტი, როგორც ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემაში (პრემიერი-პრეზიდენტის მოდელში) სარგებლობდა საგარეო წარმომადგენლობითი კომპეტენციების ფარგლებში მნიშვნელოვანი პრეროგატივით ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლების დანიშვნამდე მათი შერჩევის საკითხებში, ამ კომპეტენციების უცვლელად დატოვების პირობებში პრეზიდენტი რეფორმით შემოთავაზებულ საპარლამენტო სისტემაშიც ისარგებლებს იმავე დისკრეციით, რაც კიდევ ერთხელ უსვამს ხაზს საქართველოს პრეზიდენტის მნიშვნელოვან როლს საპარლამენტო მმართველობის მოდელშიც.

3. საელჩოებისა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლობების შექმნა და ფორმირება

საერთაშორისო ურთიერთობებში მოქმედებს რამდენიმე საერთაშორისო ხელშეკრულება, რომელიც არეგულირებს სახელმწიფოთაშორის სამართალურთიერთობებს ელჩებისა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლების დანიშვნისა და გამოწვევის საკითხებთან დაკავშირებით:[13] 1961 წლის 18 აპრილის „დიპლომატიური ურთიერთობების შესახებ“ ვენის კონვენცია (რატიფიცირებულია საქართველოს პარლამენტის 1993 წლის 15 მაისის დადგენილებით „დიპლომატიური ურთიერთობის შესახებ“ ვენის კონვენციასთან შეერთების შესახებ)[14] და 1963 წლის 24 აპრილის „საკონსულო ურთიერთობების შესახებ“ ვენის კონვენცია (რატიფიცირებულია საქართველოს პარლამენტის 1993 წლის 8 ივნისის დადგენილებით „საკონსულო ურთიერთობების შესახებ“ ვენის კონვენციასთან შეერთების თაობაზე)[15]. დიპლომატიური ურთიერთობების შესახებ ვენის კონვენციის მე-14 მუხლი ითვალისწინებს დიპლომატიური წარმომადგენლობების შემდეგ სახეებს: პირველი კლასის წარმომადგენლებს მიეკუთვნებიან: ელჩები, ნუნციები და სხვა მათი თანაბარი რანგის დიპლომატიური წარმომადგენლები, რომლებიც ხელმძღვანელობენ დიპლომატიურ წარმომადგენლობებს და მათ აკრედიტაციებს ანიჭებენ სახელმწიფოს მეთაურები, რაზეც პირდაპირ არის მითითება კონვენციაში; მეორე კლასის დიპლომატიურ წარმომადგენლებს კონვენციის შესაბამისად წარმოადგენენ დესპანები და ინტერნუნციები, რომელთაც აკრედიტაციებს ანიჭებენ მთავრობის მეთაურები; ხოლო მესამე კლასის წარმომადგენლები არიან საქმეთა რწმუნებულები, რომლებსაც საგარეო საქმეთა სამინისტროს კომპეტენციის ფარგლებში ენიჭებათ უფლებამოსილებანი.[16] საკონსულო ურთიერთობების შესახებ ვენის კონვენციის მე-10 მუხლის მიხედვით კი საკონსულო დაწესებულებათა მეთაურებს ნიშნავენ წარმდგენი სახელმწიფოები, რომლებიც თავიანთი კანონმდებ-

მიხედვით, პროპორციულად განსაზღვრული კვოტების შესაბამისად, ადგილობრივი თვითმმართველობის წარმომადგენლობითი ორგანოების შემადგენლობიდან ასახელებენ შესაბამისი პოლიტიკური პარტიები. საარჩევნო კოლეგიის შემადგენლობას ამტკიცებს საქართველოს ცენტრალური საარჩევნო კომისია, <http://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/152296>.

13 საერთაშორისო გაერთიანებაში სპეციალური მისიების სამართლებრივი მდგომარეობის შესახებ (1969 წ.) და სახელმწიფოების წარმომადგენლობის კონვენცია უნივერსალური ხასიათის საერთაშორისო ორგანიზაციებთან ურთიერთობებში (1975 წ.) - იხ. 1-ლი სქოლიო.

14 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/116584>.

15 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/116590>.

16 <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/aqtebi39.pdf>.

ლობის საფუძველზე განსაზღვრავენ მათი დანიშვნისა და გამოწვევის წესებს.[17] გამომდინარე აქედან, აღნიშნული საკითხი რეგულირდება არა მხოლოდ შიდა კანონმდებლობის საფუძველზე, არამედ ასევე საერთაშორისო კონვენციების შესაბამისად, რაც, თავის მხრივ, მიუთითებს საკითხის მოწესრიგების კონსტიტუციურ დონეზე.

3.1. საქართველოს დიპლომატიური წარმომადგენლობა და საკონსულო დაწესებულება

საგარეო წარმომადგენლობას საქართველოს კონსტიტუციის შესაბამისად ახორციელებენ: საქართველოს პრეზიდენტი, საქართველოს მთავრობა, ხოლო ორდინარული კანონმდებლობის საფუძველზე, ასევე საგარეო საქმეთა სამინისტრო და ადგილზე შესაბამისი დიპლომატიური და საკონსულო წარმომადგენლობები, რომელთა შექმნისა და საქმიანობის წესი უშუალოდ კონსტიტუციით არ არის დადგენილი. მართალია, კონსტიტუციის 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტი განსაზღვრავს ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლობების დანიშვნის საკითხებს, თუმცა არ აწესრიგებს უშუალოდ დიპლომატიური წარმომადგენლობების შექმნის საკითხს, რაც მიგვაჩნია, რომ, სულ მცირე, იმავე მნიშვნელობისა და კონსტიტუციური განზომილების საკითხია, როგორიც ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლობის დანიშვნა-გამოწვევის საკითხები.

საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისად, დიპლომატიური წარმომადგენლობებია: ა) საქართველოს საელჩო; ბ) საერთაშორისო ორგანიზაციასთან საქართველოს მუდმივი წარმომადგენლობა; გ) საერთაშორისო ორგანიზაციასთან საქართველოს წარმომადგენლობა. საერთაშორისო ორგანიზაციებში წარმომადგენლობასთან დაკავშირებით უნდა აღნიშნოს, რომ ერთ შემთხვევაში, როდესაც საქართველო წარმოადგენს საერთაშორისო ორგანიზაციის წევრ სახელმწიფოს, მას ჰყავს მუდმივი წარმომადგენლობები კონკრეტულ ორგანიზაციებში, ხოლო სხვა შემთხვევაში შეიძლება არსებობდეს მხოლოდ ჩვეულებრივი წარმომადგენლობა. რაც შეეხება საკონსულო დაწესებულებებს, იგი ფუძნდება იმ სახელმწიფოებში, რომლებშიც დიპლომატიური წარმომადგენლობა არ არის დაფუძნებული.[18]

საქართველოს კანონის დიპლომატიური სამსახურის შესახებ მე-2 მუხლის „გ“ ქვეპუნქტის შესაბამისად, დიპლომატიური წარმომადგენლობა არის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ქვედანაყოფი საზღვარგარეთ, რომელიც საერთაშორისო ორგანიზაციასა და ადგილსამყოფელ სახელმწიფოსთან დიპლომატიური და საკონსულო ურთიერთობებისას წარმოადგენს საქართველოს.[19] საკონსულო დაწესებულება ამავე კანონის მე-2 მუხლის „დ“ ქვეპუნქტისა[20] და საკონსულო საქმიანობის შესახებ კანონის მე-3 მუხლის „დ“ ქვეპუნქტის მიხედვით, საკონსულო დაწესებულება არის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ქვედანაყოფი საზღვარგარეთ, რომელიც ადგილსამყოფელ სახელმწიფოსთან საკონსულო ურთიერთობისას და იმ სახელმწიფოსთან, სადაც დიპლომატიური წარმომადგენლობა არ არის დაფუძნებული, წარმოადგენს საქართველოს.[21]

---

[17] <http://www.mfa.gov.ge>.

[18] ზემოთ ჩამოთვლილის გარდა, კანონმდებლობა ითვალისწინებს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც ორ სახელმწიფოს შორის დიპლომატიური ურთიერთობა გაწყვეტილია, ან დიპლომატიური წარმომადგენლობები, დროებით თუ მუდმივად, არიან გამოწვეულნი. ასეთ შემთხვევაში შეიძლება შეიქმნას მესამე სახელმწიფოს დიპლომატიური წარმომადგენლობის ფარგლებში საქართველოს ინტერესების სექცია.

[19] საქართველოს კანონი „დიპლომატიური სამსახურის შესახებ“ (22/12/2016 წლის მდგომარეობით), <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/20158>.

[20] იქვე.

[21] საქართველოს კანონი „საკონსულო საქმიანობის შესახებ“ (29/05/2014 წ. მდგომარეობით), <https://matsne.gov. ge/ka/document/view/1682950>.

გადაწყვეტილებებს დიპლომატიური წარმომადგენლობის დაფუძნებისა და ლიკვიდაციის შესახებ იღებს საქართველოს მთავრობა, ხოლო გადაწყვეტილებებს დიპლომატიური წარმომადგენლობის რეორგანიზაციის, აგრეთვე საკონსულო დაწესებულების დაფუძნების, რეორგანიზაციისა და ლიკვიდაციის შესახებ იღებს საგარეო საქმეთა მინისტრი.[22] ეს საკითხები რეგულირებულია დიპლომატიური სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონის შესაბამისად, თუმცა მიგვაჩნია, რომ უმჯობესი იქნება, კონსტიტუციით განისაზღვროს და მოწესრიგდეს ისინი და არა ორდინარული კანონის საფუძველზე, ვინაიდან მხოლოდ დიპლომატიური საქმიანობისა და სამსახურის მარეგულირებელი კანონმდებლობა ვერ იქნება ის შესაბამისი ნორმატიული წყარო, რომელმაც უნდა განსაზღვროს დიპლომატიური დაწესებულების შექმნის წესი, რადგან მან უნდა მოაწესრიგოს ამ სამსახურის განხორციელების საკითხები და არა დაწესებულების შექმნის საკითხი. ამასთან, მიგვაჩნია, რომ იმდენად, რამდენადაც პრეზიდენტი არის ქვეყნის წარმომადგენელი საგარეო ურთიერთობებში, მხოლოდ მთავრობის ერთპიროვნული გადაწყვეტილება არ იქნება გამართლებული და კონსტიტუციონალიზმის იდეით ნასაზრდოები. პრეზიდენტი თუკი იღებს გადაწყვეტილებებს ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლების დანიშვნის თაობაზე, მან ასევე უნდა მიიღოს მონაწილეობა დიპლომატიური წარმომადგენლობების დაფუძნებისა და ლიკვიდაციის შესახებ საკითხებთან დაკავშირებით გადაწყვეტილებების მიღების პროცესში.

ამ საკითხთან დაკავშირებით საყურადღებოა რამდენიმე აღმოსავლეთევროპული ქვეყნის კონსტიტუციური მოდელის მიმოხილვა, კონკრეტულად კი იმ სახელმწიფოებისა, რომლებიც საქართველოსთან ერთად ერთ რეგიონში არიან წარმოდგენილნი და მეტ-ნაკლებად, მსგავსი ვიწრო ისტორიულ-სამართლებრივი და პოლიტიკური წარსული აქვთ და, ამავე დროს, დღესაც მსგავს საერთაშორისოსამართლებრივ გარემოში არსებობენ: მაგ., აზერბაიჯანის კონსტიტუციის 109-ე მუხლის მე-15 პუნქტის შესაბამისად, აზერბაიჯანის პრეზიდენტი მილი მეჯლისს (პარლამენტს) მიმართავს წარდგინებით სხვა სახელმწიფოებსა და საერთაშორისო ორგანიზაციებში აზერბაიჯანის რესპუბლიკაში დიპლომატიური წარმომადგენლობების შესაქმნელად, ასევე ნიშნავს და გამოიწვევს დიპლომატიურ წარმომადგენლებს სხვა სახელმწიფოებსა და საერთაშორისო ორგანიზაციებში.[23] მიუხედავად იმისა, რომ აზერბაიჯანის რესპუბლიკაში საპრეზიდენტო მმართველობის მოდელის სისტემა მოქმედებს, ამ შემთხვევაში საყურადღებოა ის გარემოება, რომ დიპლომატიური წარმომადგენლობების შექმნისა და ელჩების დანიშვნაში მონაწილეობს საკანონმდებლო ორგანო; რუმინეთის კონსტიტუციის 81-ე მუხლით პრეზიდენტი აირჩევა საყოველთაო და პირდაპირი თანასწორი ფარული და თავისუფალი საარჩევნო წესის შესაბამისად,[24] ხოლო კონსტიტუციის 91-ე მუხლის მე-2 პუნქტის შესაბამისად, პრეზიდენტი საგარეო პოლიტიკის სფეროში უფლებამოსილების განხორციელებისას მთავრობის წინადადების საფუძველზე აკრედიტაციებს ანიჭებს დიპლომატიურ წარმომადგენლებს, ასევე ამტკიცებს დიპლომატიური მისიების რანგების შექმნას, გაუქმებას და შეცვლას.[25] გამომდინარე აქედან, შეიძლება ითქვას, რომ სწორედ კონსტიტუციის დონეზე უნდა მოწესრიგდეს ის საკითხი, თუ რომელ ქვეყანაში უნდა იყოს დიპლომატიური მისიები და რა რანგის დიპლომატიური დაწესებულებები; ასევე, მოლდოვაში პრეზიდენტი აირჩევა პარლამენტის მიერ (კონსტიტუციის

---

22 დიპლომატიური სამსახურის შესახებ კანონის მე-8 მუხლის პირველი და მე-2 პუნქტები.

23 საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. II (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2008, 239-240 შედ. Constitution of the Republic of Azerbaijan იხ. <http://azerbaijan. az/portal/ General/ Constitution/doc/constitution_e.pdf>.

24 საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. III, რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ.,2006, 573.

25 იქვე, 576, შედ. Constitution of Romania იხ. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ro/ro021en.pdf>.

78-ე მუხლი),[26] ხოლო კონსტიტუციის 86-ე მუხლის მიხედვით განსაზღვრულია პრეზიდენტის კომპეტენცია საგარეო ურთიერთობებში და დადგენილია, რომ მოლდოვის რესპუბლიკის პრეზიდენტი მთავრობის წინადადებით ახორციელებს დიპლომატიური წარმომადგენლების აკრედიტაციას და გამოწვევას, ასევე ამტკიცებს დიპლომატიური მისიების რანგთა შექმნას, გაუქმებასა და შეცვლას.[27] მოლდოვისა და რუმინეთის კონსტიტუციურ სისტემაში ამ კონკრეტულ კომპეტენციასთან დაკავშირებით, აზერბაიჯანისაგან განსხვავებით, საუბარია პრეზიდენტისა და მთავრობის თანამშრომლობაზე და, მართალია, უფრო მეტად მოდელური ბუნებით ჰგავს ქართულ კონსტიტუციურ მოდელს, ე.წ. ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემას, პრემიერ-პრეზიდენტის[28] მმართველობის მოდელს, რომელიც გადახრილია საპარლამენტო მმართველობის მოდელისაკენ, მიგვაჩნია, რომ ორივე შემთხვევაში საკანონმდებლო ხელისუფლების უმნიშვნელოვანესი პრეროგატივა უნდა იყოს, დაადგინოს და განსაზღვროს, დიპლომატიური საქმიანობის რა რანგით წარდგეს ქვეყანა კონკრეტულ სახელმწიფოებთან ურთიერთობებში. ვინაიდან საქართველოში საგარეო პოლიტიკის განსაზღვრის უმაღლესი კონსტიტუციური ორგანო საქართველოს პარლამენტია,[29] ხოლო სახელმწიფოს კონკრეტულ ქვეყანაში რომელი რანგის დიპლომატიური ურთიერთობები ექნება, საგარეო პოლიტიკის განსაზღვრის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ელემენტია, შესაბამისად, ეს კომპეტენცია ან მისი ნაწილი ობლიგატურად უნდა ჰქონდეს საკანონმდებლო ორგანოსაც და აუცილებლად უნდა იყოს ჩართული ამ გადაწყვეტილების მიღებაში. 2010 წლის 15 ოქტომბრის კონსტიტუციურ რეფორმამდე და კონსტიტუციის შესაბამისი ტექსტის ამოქმედებამდე საქართველოს პრეზიდენტის საქართველოს საგარეო წარმომადგენლების თანამდებობაზე განწესების კომპეტენცია საკანონმდებლო ხელისუფლების ფარგლებში იყო შებოჭილი და პარლამენტთან თანამშრომლობის საფუძველზე ახორციელებდა მათ თანამდებობებზე დანიშვნას თუ გამოწვევას.[30] ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ დიპლომატიური წარმომადგენლობის შექმნის საკითხი აუცილებლად უნდა იქნეს მოწესრიგებული საქართველოს კონსტიტუციით და გადაწყვეტილება უნდა მიიღებოდეს შესაბამისი ორგანოების მონაწილეობის საფუძველზე.

3.2. დიპლომატიური სამსახურის სახეები, მათი ფუნქციები და თანამდებობის პირების სტატუსი

როგორც უკვე აღვნიშნეთ, საქართველოს დიპლომატიური წარმომადგენლობები იყოფა სამი სახის დიპლომატიურ მისიებად: საქართველოს საელჩო, საერთაშორისო ორგანიზაციებში საქართველოს მუდმივი წარმომადგენლობა და საერთაშორისო ორგანიზაციებში საქართველოს წარმომადგენლობა, რომლებიც წარმოდგენილნი არიან შესაბამისი ხელმძღვანელი და სხვა დიპლომატიური თანამდებობის პირებით. დიპლომატიური თანამდებობების რანგები განსაზღვრულია კანონით და სამი რანგის დიპლომატიური თანამდებობის პირები შეიძლება იყვნენ განწესებულნი თანამდებობებზე, კერძოდ: ა) უმაღლესი დიპლომატიური რანგის თანამდებობებია: საგარეო საქმეთა მინისტრის პირველი მოადგილე და მოადგილე, ამავე სამინის-

[26] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I V , რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2007, 626.

[27] იქვე, 628 შედ. Constitution of the Republic of Moldova იხ. <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=427200>.

[28] <http://www.researchgate.net/publication/265101267_The_Politics_of_Semi-Presidentialism>.

[29] კონსტიტუციის 48-ე მუხლის მიხედვით, საქართველოს პარლამენტი განსაზღვრავს ქვეყნის საშინაო და საგარეო პოლიტიკის ძირითად მიმართულებებს.

[30] *წურწუმია ს.*, საქართველოს პრეზიდენტის საკონსტიტუციო სტატუსი საგარეო საქმიანობის განხორციელებაში (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), სახელმწიფო მმართველობის მოდელები: საქართველოს საკონსტიტუციო სინამდვილე და პერსპექტივა (II ეროვნული კონფერენცია საკონსტიტუციო სამართალში: მოხსენებების კრებული), თბ., 2016, 67.

ტროს დეპარტამენტის დირექტორი, საგანგებო და სრულუფლებიანი ელჩი, საერთაშორისო ორგანიზაციასთან საქართველოს მუდმივი წარმომადგენელი, საერთაშორისო ორგანიზაციებთან საქართველოს წარმომადგენელი, გენერალური კონსული და საგანგებო დავალებათა ელჩი; ბ) უფროსი დიპლომატიური რანგის თანამდებობებია: საგარეო საქმეთა სამინისტროს დეპარტამენტის დირექტორის მოადგილე, საგანგებო და სრულუფლებიანი დესპანი, საერთაშორისო ორგანიზაციასთან საქართველოს მუდმივი წარმომადგენლის მოადგილე, საერთაშორისო ორგანიზაციასთან საქართველოს წარმომადგენლის მოადგილე, მინისტრის სამდივნოს უფროსი, სამინისტროს დეპარტამენტში შემავალი სამმართველოს უფროსი, უფროსი მრჩეველი, კონსული, მრჩეველი, თავდაცვის ატაშე და საქართველოს თავდაცვის სამინისტროს წარმომადგენელი, პოლიციის/უსაფრთხოების ატაშე და მეკავშირე ოფიცერი, კომერციული ატაშე; გ) უმცროსი დიპლომატიური რანგის თანამდებობებია: ვიცეკონსული, პირველი მდივანი, საკონსულო აგენტი, მეორე მდივანი, მესამე მდივანი, ატაშე, თავდაცვის ატაშეს აპარატისა და საქართველოს თავდაცვის სამინისტროს წარმომადგენლის აპარატის თანამდებობის პირები, პოლიციის/უსაფრთხოების ატაშესა და მეკავშირე ოფიცრის აპარატების მოსამსახურეები.

დიპლომატიური სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონიდან გამომდინარე, დიპლომატიური წარმომადგენლობის ხელმძღვანელს საქართველოს მთავრობის წარდგინებით თანამდებობაზე ნიშნავს და ათავისუფლებს საქართველოს პრეზიდენტი.

კანონით განსაზღვრულია გარკვეული შეუთავსებლობები დიპლომატიურ თანამდებობებთან: დიპლომატიურ თანამდებობაზე დანიშვნის მომენტიდან დანიშნული პირი ვალდებულია, შეწყვიტოს ნებისმიერი აქტიური პოლიტიკური საქმიანობა. დიპლომატიურ სამსახურში მოღვაწეობის პერიოდში დიპლომატიური თანამდებობის პირი პოლიტიკურად ნეიტრალურია და არა აქვს უფლება, ეწეოდეს საქმიანობას/პროპაგანდას ნებისმიერი პოლიტიკური პარტიის, ორგანიზაციის, გაერთიანების სასარგებლოდ ან საწინააღმდეგოდ.

დიპლომატიური სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონის მე-6^1 მუხლის შესაბამისად, დიპლომატიური წარმომადგენლობების ძირითადი ფუნქციებია: საქართველოსა და ადგილსამყოფელ სახელმწიფოს/საერთაშორისო ორგანიზაციას შორის პოლიტიკურ, ეკონომიკურ, სოციალურ, სამეცნიერო-ტექნიკურ, სამხედრო, კულტურულ და სხვა სფეროებში თანამშრომლობის გაღრმავების ხელშეწყობა; ადგილსამყოფელ სახელმწიფოში საქართველოს საშინაო და საგარეო პოლიტიკური, ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული ცხოვრების შესახებ ინფორმაციის გავრცელების უზრუნველყოფა და საქართველოს, როგორც დემოკრატიული სახელმწიფოს, იმიჯის პოპულარიზაცია; ადგილსამყოფელ სახელმწიფოში/საერთაშორისო ორგანიზაციაში საქართველოს ინტერესების დაცვა; საქართველოს ოფიციალური დელეგაციების ვიზიტების ორგანიზაციული უზრუნველყოფა, კერძოდ: დახვედრისა და გაცილების ცერემონიების გამართვა, აგრეთვე, საჭიროების შემთხვევაში, ოფიციალურ შეხვედრებში მონაწილეობისათვის ხელის შეწყობა; საქართველოს კანონმდებლობით გათვალისწინებული სხვა ფუნქციები.

დიპლომატიური წარმომადგენლობის ფუნქციები, ძირითადად, განისაზღვრება 1961 წლის ვენის კონვენციით დიპლომატიური ურთიერთობების შესახებ და „დიპლომატიური წარმომადგენლობის ისეთ აღიარებულ ფუნქციებს ითვალისწინებს, როგორებიცაა: მოლაპარაკება, საინფორმაციო მოღვაწეობა და დიპლომატიური დაცვა. ბევრ სახელმძღვანელოში ამ ფუნქციებს დამატებული აქვს მეოთხე ფუნქცია – წარმომადგენლობა, რომელიც საერთაშორისო პრაქტიკასა და დოქტრინაში ისე მყარად დაინერგა, რომ ის 1961 წლის ვენის კონვენციაში აუცილებელი დაზუსტებებით აისახა. წარმომადგენლობა ითვლება ძირითად ფუნქციად.

საელჩოს მთელი მოღვაწეობა – ეს არის წარმომადგენლობა, ე.ი. ორ სახელმწიფოს შორის ოფიციალური ურთიერთობის ყველა საკითხთან დაკავშირებით თავისი სახელმწიფოს სახელით გამოსვლა. არსებითად ამ ფუნქციიდან გამომდინარეობს ყველა დანარჩენი".[31] წარმომადგენლობაა ასევე საკონსულოების ძირითადი ფუნქცია, რომელსაც ახორციელებენ შესაბამის სამართლებრივი საფუძვლების ფარგლებში.

3.3. საკონსულო საქმიანობის სახეები, მათი ფუნქციები და თანამდებობის პირები

საქართველოს კანონით საკონსულო საქმიანობის შესახებ განსაზღვრულია შემდეგი საკონსულო დაწესებულებები: ა) საქართველოს გენერალური საკონსულო, რომლის ხელმძღვანელიც არის გენერალური კონსული; ბ) საქართველოს საკონსულო – კონსული; გ) საქართველოს ვიცესაკონსულო – ვიცეკონსული; დ) საქართველოს საკონსულო სააგენტო – საკონსულო აგენტი.

საკონსულო საქმიანობა ხორციელდება შესაბამის იერარქიულ კლასებად, პირველ რიგში, გენერალურ საკონსულოზე, რომელიც უმაღლესი რგოლია საკონსულო დაწესებულებათა იერარქიაში და მისი შექმნა შესაძლებელია იმ სახელმწიფოებში, რომლებშიც საქართველო წარმოდგენილია შესაბამისი დიპლომატიური მისიების მეშვეობით, თუმცა გენერალური საკონსულო, თავისი მნიშვნელობიდან გამომდინარე, უთანაბრდება დიპლომატიურ წარმომადგენლობას, ვინაიდან ამ ტიპის საკონსულო შეიძლება დაფუძნდეს იმ სახელმწიფოებშიც, რომლებთანაც საქართველოს არ გააჩნია დიპლომატიური წარმომადგენლობა. გენერალური საკონსულო უფლებამოსილია, განახორციელოს საკონსულო საქმიანობა და იგი აღჭურვილია ყველა იმ საკონსულო ფუნქციით, რაც გათვალისწინებულია „საკონსულო საქმიანობის შესახებ" საქართველოს კანონით და „საკონსულო ურთიერთობების შესახებ" ვენის 1963 წლის 24 აპრილის კონვენციით. საკონსულო დაწესებულება, რომელიც დაფუძნებულია იმ სახელმწიფოში, რომელშიც საქართველოს არ აქვს დიპლომატიური წარმომადგენლობა, საკონსულო დაწესებულების უფლებამოსილებები განისაზღვრება საქართველოს დიპლომატიური წარმომადგენლობის ანალოგიურად. გამომდინარე აქედან, შეიძლება ითქვას, რომ გენერალური საკონსულო თავისი ფუნქციურ-სამართლებრივი ბუნებით შეიძლება იყოს დიპლომატიური წარმომადგენლობის ანალოგიური, შესაბამისად, უნდა ვიმსჯელოთ მისი შექმნის კონსტიტუციურ საფუძვლებთან დაკავშირებით.[32]

ყველა ტიპის საკონსულო დაწესებულება ფუძნდება საგარეო საქმეთა მინისტრის ბრძანებით, რომელიც საჭიროებს ადგილსამყოფელი სახელმწიფოს თანხმობას. მინისტრის ბრძანების საფუძველზე ხდება საკონსულო დაწესებულებების რეორგანიზაცია და ლიკვიდაცია. ეს, გარკვეულწილად, არ შეესაბამება კონსტიტუციურ დებულებას, ვინაიდან, პირველ რიგში, გენერალური კონსული წარმოადგენს უმაღლესი რანგის დიპლომატიურ თანამდებობას და, შესაბამისად, დიპლომატიური თანამდებობის პირი უნდა ინიშნებოდეს სახელმწიფო მეთაურის მიერ მთავრობის წარდგინების საფუძველზე და, ამავე დროს, საკონსულო უნდა ფუძნდებოდეს უმაღლესი სახელმწიფო ორგანოების გადაწყვეტილებათა საფუძველზე, იმდენად, რამდენადაც კონსულს აქვს ის ფუნქციები, რომლებიც აუცილებლად საჭიროებს სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოების მიერ აღიარებას.

---

[31] იხ. 1-ლი სქოლიო.

[32] საქართველოს საგარეო საქმეთა მინისტრის 2013 წლის 9 ივლისის №158 ბრძანება „ საკონსულო დაწესებულების გახსნის წესისა და ტიპობრივი დებულების დამტკიცების შესახებ" (მე-8–მე-13 მუხლები), <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1965749>.

საკონსულო ფუნქციები არის საკონსულო თანამდებობის პირის ხელთ არსებული იმ სამართლებრივი მექანიზმების ერთობლიობა, რომელთა განხორციელების უფლებამოსილება გათვალისწინებულია საქართველოს კანონმდებლობით, დასაშვებია ადგილსამყოფელი სახელმწიფოს კანონმდებლობით და შესაძლებელია საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებებითა და შეთანხმებებით.[33] საკონსულო ფუნქციები იყოფა ძირითად და დელეგირებულ საკონსულო ფუნქციებად.

ძირითადი საკონსულო ფუნქციებია: კონსულტაციის გაწევა; სამართლებრივი დაცვა; შუამდგომლობა; საკონსულო ოლქის ფარგლებში სავაჭრო, ეკონომიკურ, კულტურულ, სამეცნიერო, ტრანსპორტის, ტურიზმისა და სამართლებრივ სფეროებში თანამშრომლობის ხელშეწყობა; საკონსულო ოლქის შემოვლა; საკონსულო სფეროში არსებული საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და შეთანხმებების შესრულების საერთო ზედამხედველობა; საკონსულო ლეგალიზაცია; საქართველოს ვიზის გაცემა; საქართველოში დასაბრუნებელი მოწმობის გაცემა; საკონსულო აღრიცხვის წარმოება; საქართველოს ადმინისტრაციული ორგანოებისთვის სამართლებრივი დახმარების გაწევა; სანოტარო მოქმედებების შესრულება; საქართველოს საზღვაო, საჰაერო, საავტომობილო და სარკინიგზო სატრანსპორტო საშუალებების საკონსულო მომსახურება.

დელეგირებული საკონსულო ფუნქციებია: საქართველოს მოქალაქეობასა და მიგრაციასთან დაკავშირებული საკითხები; საქართველოს მოქალაქეთა რეგისტრაციისა და პირადობის დამადასტურებელი დოკუმენტების გაცემასთან დაკავშირებული საკითხები; სამოქალაქო აქტების რეგისტრაციასთან დაკავშირებული საკითხები; მინისტრისა და საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ერთობლივი ბრძანებით განსაზღვრული სხვა ფუნქციები.[34]

ზემოაღნიშნული ფუნქციები არსებითად იგივე ფუნქციებია, რომლებიც მინიჭებული აქვთ საქართველოს სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლობებს, მაგალითად საქართველოს საელჩოს, და მხოლოდ ის საკითხი, რომ კონკრეტულ სახელმწიფოსთან არ არსებობს დიპლომატიური ურთიერთობა, ვერ გამორიცხავს საკონსულო სამართლებრივ ურთიერთობებში ხელისუფლების უმაღლესი შტოების უფლებამოსილებას როგორც საკონსულო-წარმომადგენლობების შექმნის კუთხით, ისე მათი თანამდებობებზე დანიშვნის კუთხით. მართალია, ვენის კონვენცია „საკონსულო საქმიანობის შესახებ“ სრულად სახელმწიფოს კანონმდებლობას პრეროგატივად განსაზღვრავს იმ საკითხის რეგულირებას, რომლითაც უნდა მოწესრიგდეს საკონსულო თანამდებობის პირების დანიშნა და თანამდებობებიდან განთავისუფლება, თუმცა, მიუხედავად ამისა, ვენის კონვენცია დიპლომატიური ურთიერთობების შესახებ ადგენს, რომ დიპლომატიური წარმომადგენლობის ხელმძღვანელი უნდა დაინიშნოს სახელმწიფო მეთაურის მიერ, ხოლო საკონსულო დაწესებულება, მეტ-ნაკლებად მისი ფუნქციებიდან და სამართლებრივი ურთიერთობების შინაარსიდან გამომდინარე, უთანაბრდება სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლობებს,[35] და, შესაბამისად, საკონსულოს ხელმძღვანელი თანამდებობის პირები დიპლომატიური წარმომადგენლობების ხელმძღვანელებს, მათი სტატუსიდან გამომდინარე.

ამ მხრივ საინტერესოა საზღვარგარეთის ქვეყნების გამოცდილება, კერძოდ, ხორვატიის კონსტიტუციის 94-ე მუხლით პრეზიდენტი აირჩევა საყოველთაო წესით. ეს ხაზს უსვამს სა-

[33] საკონსულო საქმიანობის შესახებ საქართველოს კანონი (29/05/2014 წლის მდგომარეობით), მე-11 მუხლის პირველი პუნქტი, <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1682950>.

[34] საკონსულო საქმიანობის შესახებ საქართველოს კანონი (29/05/2014 წლის მდგომარეობით), მე-11 მუხლის მე-2 პუნქტი, <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1682950>.

[35] მართალია, საკონსულო დაწესებულებები შედარებით ადმინისტრაციულ ფუნქციებს ახორციელებენ, თუმცა მსგავსად დიპლომატიური წარმომადგენლობების ფუნქცია-მოვალეობებისა, მათი მოქცევა არ შეიძლება მხოლოდ ერთი სახის კომპეტენციის ფარგლებში, მით უფრო, როდესაც საუბარია წარმომადგენლობებისა და დაწესებულებების ხელმძღვანელ თანამდებობის პირებზე.

ხელმწიფოს მეთაურის ადგილსა და როლს სახელმწიფო ხელისუფლების სისტემაში, რაც განაპირობებს იმას, რომ მას აქვს კომპეტენცია – კონსტიტუციის 98-ე მუხლის შესაბამისად, პრეზიდენტი, მთავრობის წარდგინებითა და პრემიერ-მინისტრის თანახელმოწერით, წყვეტს საზღვარგარეთ ხორვატიის რესპუბლიკის დიპლომატიური წარმომადგენლობებისა და საკონსულოების შექმნის საკითხებს; ამავე მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტი პრემიერ-მინისტრის თანახელმოწერით და მთავრობის წინადადებისა და ხორვატიის საბორის უფლებამოსილი კომიტეტის მოსაზრების გათვალისწინებით, ნიშნავს და ათავისუფლებს ხორვატიის დიპლომატიურ წარმომადგენლებს.[36] შეიძლება ითქვას, რომ ამ შემთხვევაში ყველა შესაბამისი ინსტიტუტია ჩაბმული ამ საკითხების გადასაწყვეტად, რაც, ერთი მხრივ, საკმაოდ დადებითი მოვლენაა, ვინაიდან შესაძლებელი ხდება რაფინირებული გადაწყვეტილების მიღება, თუმცა, მეორე მხრივ, ნამდვილად რთულდება ელჩების დანიშვნის პროცედურა და მიგვაჩნია, რომ მთავრობის როლი ამ შემთხვევაში შედარებით გაზრდილია. უმჯობესი იქნებოდა, მხოლოდ პარლამენტისა და პრეზიდენტის კონსულტაციების შედეგად იქნეს მიღებული გადაწყვეტილება, რომელიც ეხება დიპლომატიური წარმომადგენლობებისა და საკონსულო დაწესებულებების შექმნის საკითხებს, ხოლო რაც შეეხება კონსულების დანიშვნას, საკმაოდ მნიშვნელოვანია ამ საკითხის გადაწყვეტაში სახელმწიფოს მეთაურის მონაწილეობა.

4. დიპლომატიური წარმომადგენლების თანამდებობებზე დანიშვნა და განთავისუფლება

ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლობების დანიშვნასთან დაკავშირებით სამართლებრივ ურთიერთობებს არეგულირებს საქართველოს კონსტიტუცია და დიპლომატიური სამსახურის შესახებ კანონი, ასევე ვენის კონვენცია დიპლომატიური ურთიერთობების შესახებ. ეს კანონმდებლობა ძირითადი და პირველადი სამართლის წყაროა ელჩების დანიშვნისა და განთავისუფლების საკითხებთან დაკავშირებით.

საქართველოში, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, 2010 წლის 15 ოქტომბრის შემდეგ ჩამოყალიბდა ის კონსტიტუციური მოდელი, როდესაც დიპლომატიური მისიების წარმომადგენლები თანამდებობაზე ინიშნებიან და თავისუფლდებიან სახელმწიფოს მეთაურისა და აღმასრულებელი ხელისუფლების მონაწილეობით. კონსტიტუციური რეფორმის პერიოდში განსხვავებული დამოკიდებულება იყო ამ საკითხის რეგულირებასთან დაკავშირებით, მაგალითად ვ. გონაშვილისა და ლ. ბოძაშვილის მიერ წარმოდგენილი კონსტიტუციური კანონის პროექტით პრეზიდენტის მიერ პარლამენტის თანხმობით ხდებოდა ელჩების დანიშვნა,[37] გარდა ამისა, ამ მხრივ სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის თავმჯდომარის (ა. დემეტრაშვილი) მიერ წარმოდგენილი კონსტიტუციის პროექტითაც არ იყო გათვალისწინებული ძველი რედაქციით მოქმედი კონსტიტუციისაგან განსხვავებული პოზიცია წარმოდგენილი,[38] რაც, მიგვაჩნია, უფრო მეტად მისაღები იქნებოდა დღევანდელი კონსტიტუციური მოდელისათვისაც, იმდენად, რამდენადაც, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, წარმომადგენლობითი ორგანოს მონაწილეობა გადაწყვეტილების მიღების პროცესში უმჯობესი იქნებოდა და კონსტიტუციურ სისტემას მეტად მოერგებოდა, ვინაიდან საგარეო პოლიტიკის განმსაზღვრელ კონსტიტუციურ ორგანოს ექნებოდა მის მიერვე განსაზღვრული პოლიტიკის აღსრულების კონტროლის ფუნქცია. ელჩების

[36] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. III, რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2006, 842.

[37] *დემეტრაშვილი ა.*, 2009/2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმა საქართველოში (საქართველოს კონსტიტუციური ქრონიკები) ბათუმი, 2012, 230.

[38] იქვე, 188.

დანიშვნა-გამოწვევის საკითხთან დაკავშირებით საინტერესო პოზიცია იქნა წარმოდგენილი საზოგადოებრივი საკონსტიტუციო კომისიის მიერ. მათი წინადადების მიხედვით, პრეზიდენტისათვის, როგორც სახელმწიფოს მეთაურისათვის, დამახასიათებელ უფლებამოსილებადაა განხილული ელჩებისა და სხვა უმაღლესი დიპლომატიური წარმომადგენლების დანიშვნის საკითხი, თუმცა ამ წინადადებით ამგვარი გადაწყვეტილება უნდა ყოფილიყო მიღებული ასევე მთავრობის წარდგინებისა და პარლამენტის თანხმობის საფუძველზე. ეს მოდელი კონსტიტუციურსამართლებრივ პრაქტიკაშიც ფუნქციონირებს,[39] თუმცა ყველა ორგანოს მონაწილეობა საკმაოდ გაართულებს გადაწყვეტილების მიღებას და, შესაბამისად, ვერ იქნება ოპტიმალური პროცედურა ამ საკითხის რეგულირებისათვის. კონკრეტულად ამ საკითხთან დაკავშირებით რეკომენდაციები არ წარმოუდგენია ვენეციის კომისიას შუალედურ დასკვნაში, თუმცა კომისიის რეკომენდაცია ეხებოდა, ზოგადად, პრეზიდენტის ინსტიტუტის საგარეო ურთიერთობებში მონაწილეობის საკითხის უფრო გამართულად რეგულირებას.[40] დაახლოებით მსგავსი პოზიცია იქნა გამოთქმული ბერლინის შემაჯამებელ კონფერენციაზე კონსტიტუციის 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტთან დაკავშირებითაც. მოსაზრებები ეკუთვნოდათ პროფესორებს; ოეტერსა და ნუსბერგერს.[41] ვენეციის კომისიამ საბოლოო დასკვნაში ასევე ყურადღება გაამახვილა 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტთან დაკავშირებით, მათ შორის ელჩებისა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლობების საკითხებზე, კერძოდ ვენეციის შემაჯამებელი კომისიის დასკვნით: „უცხო ქვეყნებთან მოლაპარაკებების წარმოება, საერთაშორისო ხელშეკრულებების ჩათვლით ხელახალი ფორმულირება კიდევ უფრო პრობლემური საკითხია. მეორე მოსმენით მიღებული ცვლილებების მიხედვით, პრეზიდენტს ასევე მოუწევს მთავრობის თანხმობის მიღება ელჩებისგან და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლებისგან რწმუნებათა სიგელის მიღებისას, რაც არ აღმოფხვრის შემაშფოთებელ მომენტებს. საგარეო საქმეების სფეროში პრეზიდენტსა და მთავრობას შორის უფლებამოსილებების გამიჯვნა არ არის სრულიად გარკვეული. იმ შემთხვევაში, თუ საკონსტიტუციო კომისიის განმარტების თანახმად, იგულისხმება, რომ პრეზიდენტს, ზოგადად, აკისრია წარმომადგენლობითი ფუნქცია და შეუძლია, გადაწყვეტილება მიიღოს მხოლოდ ყველაზე მნიშვნელოვან შემთხვევებში, მაშინ გაუგებარია, თუ რატომ აქვს პრეზიდენტს „უცხო სახელმწიფოებთან მოლაპარაკებების წარმოების“ და „საერთაშორისო კონვენციებისა და ხელშეკრულებების გაფორმების“ (ყველანაირის, ყველა დონეზე) უფლებამოსილება იმ შემთხვევაშიც კი, თუ იგი ხორციელდება „მთავრობასთან შეთანხმებით“. თუ ეს გულისხმობს, რომ მთავრობას არ გააჩნია საერთაშორისო ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით რაიმე მოლაპარაკებების წარმოების უფლება, მაშინ იგი ეწინააღმდეგება 78-ე მუხლის პირველ პუნქტს, რომლის მიხედვითაც მთავრობა ახორციელებს საგარეო პოლიტიკას. მთავრობის თანხმობის აუცილებლობა არ აღმოფხვრის და, ნაცვლად ამისა, კიდევ უფრო გაზრდის მთავრობასა და პრეზიდენტს შორის დაპირისპირების წარმოშობის რისკს, იმ შემთხვევაში, თუ ეს უკანასკნელი მონაწილეობს ამ საკითხის განხილვაში. პრეზიდენტის ახალი როლის საფუძვლების საწინააღმდეგოდ, რომელიც, პირველ რიგში, სახელმწიფოს ფუნდამენტური მახასიათებლების გარანტია, ასევე

[39] მეტ-ნაკლებად მსგავსი რეგულირება ხორვატიის კონსტიტუციის მიხედვით, იმდენად, რამდენადაც ხორვატიის საბორიც (შესაბამისი კომიტეტის ფარგლებში), პრეზიდენტიც და მთავრობაც მონაწილეობენ ელჩების დანიშვნის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღებაში. იხ. 30-ე სქოლიო .

[40] CDL(2010)062 ვენეციის კომისიის დასკვნა (№543/2009), საკონსტიტუციო კანონპროექტის შესახებ საქართველოს კონსტიტუციაში შესწორებებისა და ცვლილებების შეტანასთან დაკავშირებით, სტრასბურგი, 2010 წლის 31 ივლისი, 11, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL%282010%29062-geo>.

[41] *დემეტრაშვილი ა.*, 2009/2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმა საქართველოში (საქართველოს კონსტიტუციური ქრონიკები), ბათუმი, 2012 , 396.

გათვალისწინებულ უნდა იქნეს, რომ იგი პასუხს აგებს საგარეო პოლიტიკის ძირითად შტრიხებზე მაშინ, როდესაც მთავრობა ზრუნავს ყოველდღიურ საგარეო ურთიერთობებზე. თუმცა ძალზე ძნელია საქმიანობის ამ ორი სფეროს ერთმანეთისგან განსხვავება.“ [42]

საქართველოს კონსტიტუციის 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის შესაბამისად, საქართველოს პრეზიდენტი მთავრობის წარდგინებით ნიშნავს და ათავისუფლებს საქართველოს ელჩებს და სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებს. აღნიშნულიდან გამომდინარე, პირველ რიგში, მთავრობის წარდგინებით უნდა მოხდეს განსაზღვრა ელჩის ან სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლისა, რომელსაც შემდეგ პრეზიდენტი საკუთარი სამართლებრივი აქტით დანიშნავს ან გაათავისუფლებს თანამდებობიდან.

საქართველოს კონსტიტუციის 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ლ“ ქვეპუნქტის შესაბამისად, საქართველოს პრეზიდენტი კონსტიტუციით მინიჭებული უფლებამოსილებების განსახორციელებლად გამოსცემს დეკრეტს, ბრძანებულებას, განკარგულებას, აგრეთვე, როგორც საქართველოს სამხედრო ძალების უმაღლესი მთავარსარდალი, – ბრძანებას. გამომდინარე აქედან, პრეზიდენტს აქვს უფლებამოსილება, გამოსცეს ოთხი სახის სამართლებრივი აქტი: დეკრეტი, ბრძანებულება, ბრძანება და განკარგულება.[43]

ელჩების დანიშვნისა და გათავისუფლების საკითხებზე, პირველ რიგში, მთავრობა „საქართველოს მთავრობის სტრუქტურის, უფლებამოსილებისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლის „ღ“ ქვეპუნქტის შესაბამისად, ახორციელებს პრეზიდენტისთვის კანდიდატის წარდგინებას, რომელსაც იღებს განკარგულების სახით,[44] ხოლო პრეზიდენტის მიერ ელჩის თანამდებობაზე დანიშვნის ან გათავისუფლების შემდეგ პრეზიდენტის სამართლებრივი აქტი (განკარგულება)[45] არ საჭიროებს კონტრასიგნაციას, ვინაიდან საქართველოს კონსტიტუციის 73^1-ე მუხლის მე-3 პუნქტის შესაბამისად, „კონტრასიგნაციას არ საჭიროებს საქართველოს პრეზიდენტის ის სამართლებრივი აქტები, რომლებიც, კონსტიტუციის შესაბამისად გამოცემულია მთავრობის წარდგინებით ან რომელზეც მთავრობას გაცემული აქვს წინასწარი თანხმობა.“ ამ შემთხვევაში პრეზიდენტის სამართლებრივი აქტი გამოცემულია მთავრობის წარდგინების საფუძველზე.

დიპლომატიური საქმიანობის შესახებ საქართველოს კანონის მე-6 მუხლის მე-5 და მე-6 პუნქტების მიხედვით, დიპლომატიური წარმომადგენლობის ხელმძღვანელებს თანამდებობა-

---

[42] CDL(2010)028, ვენეციის კომისიის დასკვნა, საკონსტიტუციო კანონპროექტის შესახებ საქართველოს კონსტიტუციაში შესწორებებისა და ცვლილებების შეტანასთან დაკავშირებით, დამტკიცებული ვენეციის კომისიის მიერ მის 84-ე პლენარულ სესიაზე (ვენეცია, 15-16 ოქტომბერი, 2010) სტრასბურგი, 2010 წლის 15 ოქტომბერი, 11,<http://constcommission.parliament.ge/1-5>, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282010%29028-e>, შეად. ვენეციის კომისიის დასკვნები 2010 წლის 31 ივლისის მდგომარეობით.

[43] კონსტიტუციური პრაქტიკის შესაბამისად, პრეზიდენტი ელჩების დანიშვნისა და გათავისუფლების საკითხებზე გამოსცემს განკარგულებებს, თუმცა ამ შემთხვევაში პრეზიდენტი ასევე უფლებამოსილია, გამოსცეს ბრძანებულებები, ვინაიდან ნორმატიული აქტების შესახებ საქართველოს კანონის მე-11 მუხლის მე-3 პუნქტის მიხედვით, საქართველოს პრეზიდენტის ბრძანებულება ნორმატიული აქტია, გარდა გამონაკლისისა, როდესაც ბრძანებულებები გამოცემულია საკადრო და პერსონალურ საკითხებთან დაკავშირებით, მაგ.: საქართველოს პრეზიდენტის 2016 წლის 24 ნოემბრის №24/11/01განკარგულება, <https://www.president.gov.ge/ka-GE/sajaro-informacia/samartlebrivi-aqtebi/%E2%80%8Bsaqartvelos-prezidentis-gankarguleba-N-24-11-01.aspx> და საქართველოს პრეზიდენტის 2016 წლის 25 მარტის № 25/03/01 განკარგულება <https://www.president.gov.ge/ka-GE/sajaro-informacia/samartlebrivi-aqtebi/%E2%80%8Bsaqartvelos-prezidentis-gankarguleba-N-25-03-01.aspx>.

[44] საქართველოს მთავრობის 2016 წლის 17 ნოემბრის N2434 განკარგულება,<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3440196>.

[45] იხ. 33-ე სქოლიო.

ზე ნიშნავს და ათავისუფლებს საქართველოს პრეზიდენტი მთავრობის წარდგინებით. დიპლომატიური წარმომადგენლობების ხელმძღვანელების დანიშვნა პირდაპირ უკავშირდება სახელმწიფოს ნებისმიერი წარმომადგენლობის უმაღლესი თანამდებობის პირის დანიშვნის საკითხს, მათ შორის საკონსულოს ხელმძღვანელი თანამდებობის პირების დანიშვნას. ეს წესი ასევე ვრცელდება ელჩებზე, მუდმივ და დროებით წარმომადგენლებზე.

რაც შეეხება საქართველოს პრეზიდენტის განკარგულების გამოცემას, ამ საკითხზე უნდა ითქვას, რომ, პრაქტიკის მიხედვით, იგი ხელმძღვანელობს ადმინისტრაციული კანონმდებლობის შესაბამისად, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-3 მუხლის მე-4 ნაწილის „ე" ქვეპუნქტის თანახმად, ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მოქმედება არ ვრცელდება საქართველოს პრეზიდენტის ძირითად კონსტიტუციურ კომპეტენციებზე, კერძოდ: „საქართველოს პრეზიდენტის მიერ პირთა საქართველოს კონსტიტუციით გათვალისწინებულ თანამდებობებზე დანიშვნისა და განთავისუფლების, აგრეთვე საქართველოს კონსტიტუციის 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა"–„ი" და „პ" ქვეპუნქტებითა და მე-2–მე-4 პუნქტებით განსაზღვრულ უფლებამოსილებათა განხორციელებასთან დაკავშირებით."[46] გამომდინარე აქედან, შეიძლება ცალსახად ითქვას, რომ ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლების დანიშვნა კონსტიტუციურსამართლებრივი აქტია და არა ადმინისტრაციულსამართლებრივი, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ კონსტიტუციურ პრაქტიკაში პრეზიდენტი ამ კატეგორიის განკარგულებების გამოცემისას ხელმძღვანელობს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის შესაბამისად, კერძოდ, პრეზიდენტი კონკრეტულ განკარგულებებში ცვლილების თაობაზე გადაწყვეტილებებს იღებს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 63-ე მუხლის შესაბამისად. ეს მუხლი ითვალისწინებს უკვე გამოცემულ ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულსამართლებრივ აქტში ცვლილების შეტანას იმავე წესის შესაბამისად, რომლითაც იქნა ის გამოცემული.[47] მიუხედავად იმისა, რომ ეს საკითხი პროცედურული ნიუანსია, ვფიქრობთ, პრეზიდენტი ამ შემთხვევაში მხოლოდ კონსტიტუციის შესაბამისად უნდა ხელმძღვანელობდეს და ნიშნავდეს ელჩებსა და დიპლომატიურ წარმომადგენლებს და არა, თუნდაც, დიპლომატიური სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონის შესაბამისად.[48]

პრაქტიკის ანალიზის შედეგად შეიძლება ითქვას ისიც, რომ, როგორც წესი, საერთაშორისო ორგანიზაციებში მუდმივ წარმომადგენლებად და წარმომადგენლებად ინიშნებიან საქართველოს საგანგებო და სრულუფლებიანი ელჩები კონკრეტულ სახელმწიფოში, რომლის ტერიტორიაზეც არის განთავსებული შესაბამისი საერთაშორისო ორგანიზაცია. მაგ.: ევროკავშირში წარმომადგენლად დანიშნული პირი იმავდროულად არის საქართველოს ელჩი ბელგიის სამეფოში,[49] ასევე საქართველოს ელჩი ავსტრიაში ითავსებს ევროპის უსაფრთხოებისა

[46] საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი (21/12/2016 წლის მდგომარეობით), <https:// matsne. gov. ge/ka/document/view/16270>.

[47] 2010 წლის 15 ოქტომბრიდან 2016 წლის 28 დეკემბრამდე პრეზიდენტმა გამოსცა რამდენიმე სამართლებრივი აქტი, რომლებშიც აისახა უკვე გამოცემულ სამართლებრივ აქტებში ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის შესაბამისი ნორმის საფუძველზე შესატანი ცვლილებები. ესენია: საქართველოს პრეზიდენტის 2011 წლის 15 ნოემბრის №15/11/05 განკარგულება, საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 21მარტის №21/03/01 განკარგულება, საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 17 აპრილის №17/04/01 განკარგულება.

[48] საქართველოს პრეზიდენტი, როგორც წესი, განკარგულებებს დიპლომატიური წარმომადგენლების დანიშვნასთან დაკავშირებით გამოსცემს დიპლომატიური სამსახურის შესახებ კანონის მე-6 მუხლის მე-5 პუნქტის შესაბამისად, თუმცა ძირითადი და უპირველესი სამართლებრივი საფუძველი კონსტიტუციის 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა" ქვეპუნქტია.

[49] საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 18 მარტის №18/03/07 განკარგულება, საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 21 მარტის №21/03/01 განკარგულება.

და თანამშრომლობის ორგანიზაციაში(OSCE) საქართველოს მუდმივი წარმომადგენლის თანამდებობას;[50] კანადაში საქართველოს ელჩი წარმოადგენს ქვეყანას საერთაშორისო სამოქალაქო ავიაციის ორგანიზაციაში (ICAO), როგორც სახელმწიფოს მუდმივი წარმომადგენელი.[51] თუმცა ამ ზოგადი მიდგომიდან არსებობს გარკვეული გამონაკლისი – მაგალითად, საქართველოს წარმომადგენელი ევროპის საბჭოში იმავდროულად არ წარმოადგენს სახელმწიფოს სხვა ქვეყანასთან საერთაშორისო ურთიერთობებში.[52] ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ დიპლომატიური წარმომადგენლობა საერთაშორისო ორგანიზაციებსა და უცხო სახელმწიფოებში შეთავსებადი თანამდებობებია და, როგორც წესი, ტერიტორიული პრინციპის შესაბამისად, ხდება ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლების თანამდებობების შეთავსება ერთმანეთთან, გარკვეული სპეციფიკური გამონაკლისების გარდა.

კონსტიტუციის 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის შესაბამისად, საუბარია ელჩებისა და სხვა წარმომადგენლების თანამდებობაზე დანიშვნასთან დაკავშირებით, თუმცა კანონმდებლობით პირდაპირ არ არის განმარტებული, რომელი თანამდებობის პირები იგულისხმება სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებში. კანონმდებლობის ანალიზის საფუძველზე შესაძლებელია ითქვას, რომ სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებში უნდა მოვიაზროთ ის თანამდებობის პირები, რომლებიც არიან დიპლომატიურ მისიებში ხელმძღვანელი თანამდებობის პირები, თუმცა, თავის მხრივ, კანონმდებლობაც ბუნდოვანია, ვინაიდან გაურკვეველია მხოლოდ დიპლომატიური წარმომადგენლობის ხელმძღვანელები იგულისხმება, თუ ასევე საკონსულო დაწესებულების ხელმძღვანელი თანამდებობის პირებიც,[53] რაც, ვფიქრობთ, უშუალოდ კონსტიტუციით უნდა განისაზღვროს, ან კონსტიტუციური ნორმა უნდა განიმარტოს ფართოდ; ასევე, პრინციპული საკითხია, რომ ნებისმიერი დიპლომატიური წარმომადგენლობის ხელმძღვანელი თანამდებობაზე უნდა დანიშნოს პრეზიდენტმა, ვინაიდან ეს პირები იმთავითვე უნდა ითვლებოდნენ დიპლომატიურ წარმომადგენლებად.

მნიშვნელოვანია განვიხილოთ საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციური მოწესრიგება ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლობების დანიშვნის საკითხებთან დაკავშირებით. პოლონეთის კონსტიტუცია განსხვავებულად არეგულირებს ელჩების დანიშვნისა და გამოწვევის საკითხებს, კერძოდ: პოლონეთის პრეზიდენტი არ არის შებოჭილი აღმასრულებელი ან საკანონმდებლო ხელისუფლებისგან, როდესაც ნიშნავს ელჩებს და სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებს; ლიტვასა და პორტუგალიაში, საქართველოს მსგავსად, პრეზიდენტი შებოჭილია აღმასრულებელი ხელისუფლებით, როდესაც იგი ახორციელებს ელჩებისა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლობების თანამდებობებზე განწესებას. ამ შემთხვევაში, როგორც საქართველოში, ქვეყნის წარმომადგენლებს ნიშნავს პრეზიდენტი მთავრობასთან თანამშრომლობის საფუძველზე, კერძოდ მოქმედებს წარდგინების ინსტიტუტი და მთავრობის მიერ დასახელებულ კანდიდატს თანამდებობაზე ნიშნავს სახელმწიფოს მეთაური.[54] განსაკუთრებით საინტერესოა პოლონეთის მაგალითი იმდენად, რამდენადაც ამ სახელმწიფოს

---

[50] საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 18 მარტის №18/03/12 განკარგულება, საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 17 აპრილის №17/04/01 განკარგულება.

[51] საქართველოს პრეზიდენტის 2012 წლის 9 ივლისის №09/07/01 განკარგულება.

[52] საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 10 მაისის №10/05/11 განკარგულება.

[53] საკონსულო საქმიანობის შესახებ კანონის მე-8 მუხლის მე-4 პუნქტით, „საკონსულო დაწესებულების ხელმძღვანელ თანამდებობაზე დანიშვნისას სამინისტროსგან იღებს წერილობით რწმუნებას – საკონსულო პატენტს.“

[54] *წურწუმია ს.*, საქართველოს პრეზიდენტის საკონსტიტუციო სტატუსი საგარეო საქმიანობის განხორციელებაში (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), სახელმწიფო მმართველობის მოდელები: საქართველოს საკონსტიტუციო სინამდვილე და პერსპექტივა (II ეროვნული კონფერენცია საკონსტიტუციო სამართალში, მოხსენებების კრებული, თბ., 2016, 67.

მმართველობის მოდელიც მნიშვნელოვანწილად წააგავს ქართულ მმართველობის სისტემას და, ამავე დროს, აღმოსავლეთ ევროპის კონსტიტუციონალიზმის განვითარების თვალსაჩინო მაგალითია, თავისი კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პრაქტიკის მიხედვით. პოლონეთის კონსტიტუციის 133-ე მუხლის პირველი პუნქტის მე-2 ქვეპუნქტის შესაბამისად, პრეზიდენტი ერთპიროვნულად წყვეტს ელჩების დანიშვნისა და გამოწვევის საკითხებს და ამავე კომპეტენციით სარგებლობს საერთაშორისო ორგანიზაციებში წარმომადგენლებთან მიმართებითაც.[55]

საპრეზიდენტო მმართველობის მოდელებში, როგორც წესი, ეს კომპეტენცია ეკუთვნის სახელმწიფოს მეთაურს, როგორც აღმასრულებელი ხელისუფლების ორგანოს უმაღლეს კონსტიტუციურ ორგანოს, თუმცა გადაწყვეტილების მიღებისას იგი შებოჭილია უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანოს ხელისუფლებით. მაგალითად, არგენტინის კონსტიტუციის 99-ე მუხლის მე-7 პუნქტის შესაბამისად, პრეზიდენტი სენატის თანხმობით თანამდებობებზე ნიშნავს და გამოიწვევს ქვეყნის ელჩებსა და სრულუფლებიან წარმომადგენლებს.[56] მსგავსი რეგულირებაა ასევე, აშშ-ის კონსტიტუციის მეორე მუხლის მე-2 ნაწილის მესამე წინადადების შესაბამისად – აშშ-ის პრეზიდენტი სენატის რჩევითა და თანხმობით ნიშნავს ელჩებს, სხვა ოფიციალურ წარმომადგენლებსა და კონსულებს.[57] ამ შემთხვევაში ასევე საყურადღებოა, რომ კონსულების დანიშვნაც პრეზიდენტის კომპეტენციაა, თუმცა ეს რეგულირება საპრეზიდენტო მმართველობის თავისებურება ნამდვილად არ არის და სხვა შერეული თუ საპარლამენტო სისტემებისათვის არის დამახასიათებელი. რაც შეეხება უშუალოდ საქართველოს, კონსტიტუციით პირდაპირ არ არის განსაზღვრული, ვინ მოიაზრება სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებში, რომლებსაც ნიშნავს პრეზიდენტი, თუმცა კანონმდებლობის ანალიზი ცხადყოფს, რომ საქართველოს კონსულებს პრეზიდენტი არ ნიშნავს, რაც საკანონმდებლო ხარვეზად მიგვაჩნია როგორც კონსტიტუციური კანონის, ისე, შესაბამისად, ორდინარული კანონისა. თეორიულად შეიძლება ითქვას, რომ წარმომადგენლობითი ხელისუფლება და საერთაშორისო დელეგატების არჩევა აღმასრულებელი ხელისუფლების ფუნქციაა, თუმცა რეალურად აუცილებელია აღმასრულებელი ხელისუფლებისა და საკანონმდებლო ხელისუფლების თანამშრომლობა დიპლომატიური თანამდებობის პირების შერჩევის საკითხში. აშშ-ში ბიკამერალური საპარლამენტო სისტემიდან გამომდინარე, საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და დიპლომატების შერჩევის საკითხებში მონაწილეობს სენატი, ხოლო ომის გამოცხადების საკითხში კონგრესი, ამდენად, პრეზიდენტი საერთაშორისო ურთიერთობებში ხელისუფლებას არსებითად ინაწილებს საპარლამენტო ხელისუფლებასთან ერთად.[58]

რაც შეეხება რუსეთის ფედერაციას, რომელიც არსებითად საპრეზიდენტო ტიპის რესპუბლიკათა რიცხვს მიეკუთვნება, კონსტიტუციის 83-ე მუხლის „ლ“ ქვეპუნქტის მიხედვით, ფედერალური კრების პალატების შესაბამისი კომიტეტებისა და კომისიებთან კონსულტაციების საფუძველზე რუსეთის ფედერაციის პრეზიდენტი უფლებამოსილია, დანიშნოს და გამოიწვიოს უცხო სახელმწიფოებსა და საერთაშორისო ორგანიზაციებში ქვეყნის დიპლომატიური

[55] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I I (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2008, 656, შედ. Constitution of the Republic Of Poland, იხ. <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?fi le_ id= 194980>.

[56] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2008, 121, შედ. Constitution of Argentina იხ. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/argentina-constitution.pdf>.

[57] იქვე, 51, შედ. Francis N. Th., Is the President of the United States Vested with Authority under the Constitution to Appoint a Special Diplomatic Agent with Paramount Power without the Advice and Consent of the Senate? The American Law Register and Review Vol. 42, №4, (First Series) Vol. 33 (New Series, Vol. 1) (Apr., 1894), 257.

[58] Francis N. Th., Is the President of the United States Vested with Authority under the Constitution to Appoint a Special Diplomatic Agent with Paramount Power without the Advice and Consent of the Senate? The American Law Register and Review Vol. 42, №4, (First Series) Vol. 33 (New Series, Vol. 1) (Apr., 1894), 263.

წარმომადგენლები.[59] გამომდინარე აქედან და აშშ-ის კონსტიტუციის საფუძველზე, შეიძლება ითქვას, რომ პრეზიდენტის მიერ ელჩების დანიშვნა და გამოწვევა საპრეზიდენტო სისტემებში დამოკიდებულია პარლამენტთან საკითხის შეთანხმებასა და საკანონმდებლო ორგანოსთან თანამშრომლობაზე. რასაკვირველია, არსებობს ამ კუთხით მეტ-ნაკლები განსხვავებები უფლებამოსილებათა ცენტრების რეგულირებისას, თუმცა არსობრივად ორივე შემთხვევაში პარლამენტსა და პრეზიდენტს შორის ურთიერთობის საფუძველზე ხდება გადაწყვეტილების მიღება. ერთი მხრივ, მართალია, საუბარია თანხმობაზე საკანონმდებლო ხელისუფლებიდან (აშშ), ხოლო, მეორე მხრივ, კონსულტაციების სავალდებულოობას ადგენს რუსეთის ფედერაციის კონსტიტუცია, თუმცა, მიუხედავად აღნიშნულისა, კონსტიტუციურსამართლებრივი საფუძვლები და კონსტრუქცია მსგავსია ორივე შემთხვევაში.

მნიშვნელოვანია შერეული მმართველობის ქვეყნების გამოცდილების შესწავლაც, სადაც საგარეო წარმომადგენლობას ახორციელებენ სახელმწიფოს მეთაურები ერთპიროვნულად და, ძირითადად, საერთაშორისო ურთიერთობებთან დაკავშირებული უფლებამოსილებათა სფერო მხოლოდ პრეზიდენტებს ეკუთვნით. უკრაინის კონსტიტუციის 106-ე მუხლის მე-5 პუნქტის მიხედვით, პრეზიდენტი თანამდებობაზე ნიშნავს და ათავისუფლებს ელჩებსა და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლობების მეთაურებს.[60] ბელორუსის კონსტიტუციის 84-ე მუხლის მე-10 პუნქტის მიხედვით, პრეზიდენტი ერთპიროვნულად წყვეტს ელჩების დანიშვნისა და გამოწვევის საკითხებს, ასევე სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლების დანიშვნა-გამოწვევის უფლებამოსილებაც მხოლოდ პრეზიდენტს აქვს.[61] ყაზახეთის პრეზიდენტი კონსტიტუციის 44-ე მუხლის საფუძველზე, მე-6 პუნქტის შესაბამისად, ნიშნავს საგარეო წარმომადგენლობების მეთაურებს;[62] ასევე, სომხეთის რესპუბლიკის კონსტიტუციის 55-ე მუხლის მე-8 პუნქტის მიხედვითაც, სომხეთის პრეზიდენტიც ერთპიროვნულად თანამდებობაზე ნიშნავს სახელმწიფოს ელჩებს უცხო სახელმწიფოებსა და დიპლომატიურ წარმომადგენლებს საერთაშორისო ორგანიზაციებში.[63]

განსახილველი საკითხის რეგულირების კუთხით ყველაზე მეტად საინტერესოა შერეული მმართველობის მოდელის სახელმწიფოები და მათი კონსტიტუციური გამოცდილება. ძირითადად, ევროპის სახელმწიფოებში პრეზიდენტის კომპეტენცია, დანიშნოს ელჩი და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლები, შებოჭილია აღმასრულებელი ხელისუფლების მხრიდან და, როგორც წესი, საუბარია მთავრობის მხრიდან კონტრასიგნაციაზე. მაგალითად, საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-14 მუხლის შესაბამისად, რესპუბლიკის პრეზიდენტი ახდენს ელჩებისა და სხვა საგანგებო დესპანების აკრედიტაციას უცხოეთის ქვეყნებში.[64] ამ შემთხვევაში გადაწყვეტილების მიღებისას პრეზიდენტი სარგებლობს თავისი პრეროგატივით, აირჩიოს დიპლომატიური თანამდებობის პირის კანდიდატურა, თუმცა კონსტიტუციის მე-19 მუხლის

---

59 საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2008, 408, შედ. Конституция Российской Федерации. იხ. <http://constitution.kremlin.ru/>.

60 საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. III , რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2006, 655.

61 საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. II (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2008, 300, შედ. Конституция Республики Беларусь იხ. <http://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/>.

62 *გონაშვილი ვ.* (რედ.), საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. III , თბ., 2006, 770.

63 საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2008, 466, შედ. Constitution of the Republic of Kazakhstan იხ. <http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/ 2303_constitution_kazakhstan1.pdf>.

64 საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. II (მეორე გადამუშავ. გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ.,2008, 580, შედ. Constitution of France იხ. <http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/ constitution _of _france_1958.pdf>.

მიხედვით, დადგენილია, რომ პრეზიდენტის ყველა აქტი საჭიროებს კონტრასიგნაციას. თუ კონკრეტული უფლებამოსილება არ არის მითითებული, შესაბამისად, კონსტიტუციის მე-19 მუხლში, ეს ნორმა არ მიუთითებს მე-14 მუხლზე, როგორც პრეზიდენტის შეუზღუდავ კომპეტენციაზე, შესაბამისად, მას აღმასრულებელი ხელისუფლება ბოჭავს.[65] ამდენად, ნახევრად საპრეზიდენტო მმართველობის მოდელებში პრინციპულად პრეზიდენტის კომპეტენციაა, თუმცა შესაბამისი დათქმით კონტრასიგნაციაზე.

საყურადღებოა ლატვიის კონსტიტუციური მოდელი ელჩების დანიშვნის საკითხებში, კერძოდ ლატვიის რესპუბლიკის პრეზიდენტი, რომელიც აირჩევა სეიმის უმრავლესობის მიერ,[66] დიპლომატიურ წარმომადგენლებს თანამდებობაზე ნიშნავს და ათავისუფლებს ლატვიის კონსტიტუციის 41-ე მუხლის შესაბამისად.[67] თუმცა ამ შემთხვევაში პრეზიდენტის აქტი საჭიროებს კონტრასიგნაციას პრემიერ-მინისტრის ან შესაბამისი მინისტრის მხრიდან, კონსტიტუციის 53-ე მუხლის შესაბამისად. ეს შემთხვევა საინტერესოა იმდენად, რამდენადაც ლატვიის რესპუბლიკა მეტად საპარლამენტო მმართველობის მოდელზე ორიენტირებული სახელმწიფოა, ვიდრე საქართველო. გამომდინარე აქედან, თუკი ლატვიის მაგალითის საფუძველზე ვიმსჯელებთ, საკითხი – დანიშნოს ელჩები და დიპლომატიური წარმომადგენლები, უფრო მეტიც, განახორციელოს სახელმწიფოს საგარეო წარმომადგენლობა საერთაშორისო ურთიერთობებში, ცალსახად პრეზიდენტის პრეროგატივაა; ჩეხეთის კონსტიტუციის მიხედვით, პრეზიდენტი აირჩევა პარლამენტის მიერ პალატების ერთობლივ სხდომაზე, კონსტიტუციის 54-ე მუხლის მე-2 პუნქტის შესაბამისად, ხოლო ამავე მუხლის მე-3 პუნქტის მიხედვით, რესპუბლიკის პრეზიდენტი თავისი უფლებამოსილების განხორციელებისას არ არის ანგარიშვალდებული.[68] კონსტიტუციის 63-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ე“ ქვეპუნქტის მიხედვით კი, ჩეხეთის პრეზიდენტი უფლებამოსილია, დანიშნოს და გამოიწვიოს დიპლომატიური მისიების ხელმძღვანელები.[69] ჩეხეთი ისევე, როგორც ლატვია, საპარლამენტო მმართველობის მოდელის რესპუბლიკაა და ამ შემთხვევაშიც პრეზიდენტის კომპეტენცია შეზღუდულია მთავრობის თავმჯდომარის ან უფლებამოსილი მინისტრის სავალდებულო კონტრასიგნაციის ინსტიტუტით.[70] ავსტრიის კონსტიტუციის მიხედვით, პრეზიდენტი აირჩევა საყოველთაო წესით (მე-60 მუხლი),[71] ხოლო პრეზიდენტი ნიშნავს რესპუბლიკის საკონსულო წარმომადგენლებს საზღვარგარეთ და დებს საერთაშორისო ხელშეკრულებებს (კონსტიტუციის 65-ე მუხლის პირველი პუნქტი),[72] თუმცა ამ შემთხვევაში მთავრობის ან შესაბამისი მინისტრის წარდგინება ობლიგატური ელემენტია,

---

[65] *პაკტე პ., მელენ-სუკრამანიან ფ.,* კონსტიტუციური სამართალი, მთარგ. კალატოზიშვილი გ., რედ. დემეტრაშვილი ა., პირველი ქართული გამოცემა (28-ე გამოცემა, 2009 წლის მდგომარეობით), თბ., 2012, 644-645.

[66] ლატვიის რესპუბლიკის კონსტიტუციის 36-ე მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტი აირჩევა 51 ხმით, ხოლო ამავე კონსტიტუციის მე-5 მუხლის მიხედვით, სეიმი შედგება 100 დეპუტატისაგან. საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.,* თბ., 2008, 305, იქვე, 301.

[67] Constitution of the Republic of Latvia (Satversme) იხ. <http://www.humanrights.lv/doc/latlik/satver~1.htm>, შეად. საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2008, 306.

[68] იქვე, 653, შედ. The Constitution of the Czech Republic იხ. <http://www.psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>.

[69] იქვე, 655.

[70] იქვე, 656.

[71] Bundesverfassung der Republik Österreich, იხ. <http://www.verfassungen.de/at/verfassungheute.htm>, შაედ. საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. II (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2008, 120.

[72] იქვე, 122.

ავსტრიის კონსტიტუციის შესაბამისად (კონსტიტუციის 67-ე მუხლის პირველი პუნქტი);[73] ასევე ლიტვის კონსტიტუციის 84-ე მუხლის მე-3 პუნქტით, მთავრობის წარდგინებით პრეზიდენტი ნიშნავს და ათავისუფლებს ელჩებსა და სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებს;[74] გერმანიის ძირითადი კანონის 59-ე მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით, გერმანიის პრეზიდენტი აკრედიტაციას ანიჭებს ელჩებს, ხოლო ამავე კანონის 58-ე მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტის სამართლებრივი აქტების ნამდვილობისათვის სავალდებულოა ფედერალური კანცლერის ან შესაბამისი კომპეტენციის მქონე მინისტრის კონტრასიგნაცია.[75]

გერმანიის ფედერალური კანონით დიპლომატიური სამსახურის შესახებ (***Gesetz über den Auswärtigen Dienst***), კერძოდ კი ამ კანონის მე-3 პარაგრაფით, რეგულირდება ელჩების გენერალური კონსულების, კონსულების, მუდმივი მისიების სტატუსი მთავრობათაშორის და ზესახელმწიფოებრივ ორგანიზაციებში წარმომადგენელთა დანიშვნის საკითხები.[76] ყველა ეს საქმიანობა მოიცავს დიპლომატიურ სამსახურს და, შესაბამისად, დიპლომატიური თანამდებობის პირების მიმართ მოქმედებს თანაბარი სოციალური და სამართლებრივი დაცვის სტანდარტები, თუმცა ელჩების განსაკუთრებული სტატუსი განსაზღვრულია იმდენად, რამდენადაც ისინი წარმოადგენენ გერმანის ფედერაციის პრეზიდენტს და პასუხისმგებლები არიან მის წინაშე. გერმანიაში ასევე მოქმედებს კანონი საკონსულო საქმიანობის, მათი ფუნქციებისა და უფლებამოსილებების შესახებ (***Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse***),[77] თუმცა ამ კანონით არ რეგულირდება კონსულის დანიშვნის წესი[78] და, შესაბამისად, მათი დანიშვნაც საერთო წესით ხორციელდება.

ევროპის კონსტიტუციურ მოდელებში არსებობს განსაკუთრებული სპეციფიკის სახელმწიფოები, რომლებიც, საკუთარი თავისებურებებიდან გამომდინარე, არეგულირებენ საკითხებს. სწორედ ასეთ სახელმწიფოთა რიცხვს მიეკუთვნება ბოსნია და ჰერცეგოვინა, რომლის კონსტიტუციის შესაბამისად, კერძოდ მე-5 მუხლის მიხედვით, ქვეყნის პრეზიდიუმი არის სამი წევრისგან შემდგარი, რომელიც აირჩევა ფედერაციის ტერიტორიიდან არჩეული ერთი ბოსნიელისა და ერთი ხორვატისაგან, ასევე სერბეთის რესპუბლიკის ტერიტორიიდან არჩეული ერთი სერბისაგან,[79] რომელთაც აქვთ უფლება, დანიშნონ ელჩები და სხვა დიპლომატიური წარმომადგენლები. ამავე კომპეტენციის განმსაზღვრელ ნორმას აქვს საკუთარი განსაკუთრებული მოთხოვნა (დათქმა), რომელთა მიხედვითაც ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლების ორი მესამედი უნდა იყოს ფედერაციის ტერიტორიიდან.[80]

მიგვაჩნია, რომ მნიშვნელოვანია, განვიხილოთ იმ სახელმწიფოთა კონსტიტუციური მოწყობა ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლების დანიშვნასთან დაკავშირებით, რომლებშიც სახელმწიფოს მეთაური აირჩევა არა საყოველთაო წესის უშუალოდ ხალხის მი-

---

73 იქვე, 124.

74 იქვე, 356, შედ. Constitution of the Republic of Lithuania იხ. <http://www.opbw.org/nat_imp/leg_reg/lithuania/constitution.pdf>.

75 *შვაბე ი.*, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, თბ., 2011, 414, <http:// lawlibrary.info/ge/books/giz2011-ge-BVerfGE.pdf>.

76 <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gad/gesamt.pdf>.

77 <https://www.gesetze-im-internet.de/konsg/BJNR023170974.html>.

78 გერმანიის ფედერალური კანონი საკონსულო საქმიანობის შესახებ მხოლოდ საპატიო კონსულის დანიშვნის საკითხებს ეხება, თუმცა არც ამ შემთხვევაში განსაზღვრავს პროცედურას, რომელიც ახორციელებს კონსულების განწესებას.

79 ბოსნია-ჰერცეგოვინა არის სახელმწიფო, რომელიც წარმოდგენილია ე.წ. „კოლექტიური სახელმწიფოს მეთაურის" სახით, რაც შესაბამისად აისახება საერთაშორისო ურთიერთობებზე და მასთან დაკავშირებით მისაღებ გადაწყვეტილებებზე.

80 საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. III, რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2006, 34.

ერ თანასწორი და პირდაპირი არჩევნების საფუძველზე, არამედ ირიბი გზით საკანონმდებლო ორგანოს ან სპეციალური კოლეგიის მიერ. შესაბამისად, ამ კუთხით შეიძლება განვიხილოთ რამდენიმე სახელმწიფო სისტემა. კერძოდ: ესტონეთი, კონსტიტუციის 79-ე მუხლის მე-2 პუნქტის შესაბამისად, რესპუბლიკის მთავრობის წარდგინებით, თანამდებობაზე ნიშნავს და გამოიწვევს ესტონეთის დიპლომატიურ წარმომადგენლებს, ხოლო თავად პრეზიდენტი აირჩევა სახელმწიფო კრების მიერ, მაგრამ, თუკი სამი ტურის მერეც ვერ იქნა არჩეული პრეზიდენტი, მას ირჩევს სახელმწიფო კრების თავმჯდომარის მიერ მოწვეული ამომრჩეველთა კოლეგია;[81] ალბანეთი, კონსტიტუციის 92-ე მუხლის „ვ“ ქვეპუნქტით, პრემიერმინისტრის წარდგინებით ნიშნავს და ათავისუფლებს ელჩებს. რესპუბლიკის პრეზიდენტი აირჩევა კუვენდის მიერ 3/5-ით,[82] შესაბამისად, არაპირდაპირი წესით ხდება პრეზიდენტის არჩევა, რომელიც შემდეგ გადაწყვეტილებას იღებს მთავრობის კონტროლის საფუძველზე; უნგრეთის კონსტიტუციის მიხედვით (29-ე(ა)(1) მუხლი) რესპუბლიკის პრეზიდენტი აირჩევა პარლამენტის მიერ, ხოლო 30-ე(ა) მუხლის (1) „გ“ პუნქტით იგი ნიშნავს ელჩებსა და დიპლომატიურ წარმომადგენლობებს, რისთვისაც საჭიროებს პრემიერმინისტრის ან პასუხისმგებელი მინისტრის კონტრასიგნაციას.[83] ამგვარი პრეზიდენტის დანიშნულება, გაუგებარია, რა შეიძლება იყოს და რატომ უნდა არსებობდეს ხელისუფლების შტო, რომელიც საკუთარი გადაწყვეტილების ფარგლებში თითქმის არაფერს ახორციელებს. საერთოდ გაუგებარია თითქმის ყველა კომპეტენციის დუბლირება კონტრასიგნაციის მექანიზმის ფარგლებში და მიგვაჩნია, რომ მიუღებელიც არის ამგვარი ფორმით პრეზიდენტის ინსტიტუტის არსებობა. მსგავსი სისტემა მოქმედებს იტალიის რესპუბლიკაშიც. იტალიის კონსტიტუციით, პრეზიდენტი აირჩევა პარლამენტის ორივე პალატისა და რეგიონების წარმომადგენლების მიერ კონსტიტუციის 83-ე მუხლით დადგენილი წესით, ხოლო თავად პრეზიდენტი 87-ე მუხლის საფუძველზე უფლებამოსილია, დანიშნოს და გამოიწვიოს დიპლომატიური წარმომადგენლები. თუმცა ამავე კონსტიტუციის 89-ე მუხლით ყველა აქტი პრეზიდენტისა საჭიროებს შესაბამისი მინისტრის მიერ ხელმოწერას, ხოლო კანონის ძალის მქონე აქტისთვის ასევე მინისტრთა საბჭოს თავმჯდომარისას.[84]

ევროპაში ასევე არსებობს სახელმწიფოები, რომლებშიც, მართალია, პრეზიდენტი პირდაპირი წესით აირჩევა და, შესაბამისად, მაღალი ლეგიტიმაციაც აქვს გადაწყვეტილების მიღებისა და პოლიტიკის წარმოების პროცესში, თუმცა ისინი მაინც ვერ იღებენ ერთპიროვნულ გადაწყვეტილებებს ელჩების დანიშვნასთან დაკავშირებით. მაგალითად: ბულგარეთის პრეზიდენტი, რომელიც ხალხის საყოველთაო წესით აირჩევა, კონსტიტუციის 93-ე მუხლის მიხედვით ბულგარეთის მინისტრთა საბჭოს წარდგინებით თანამდებობებზე ნიშნავს და ათავისუფლებს დიპლომატიური წარმომადგენლობების ხელმძღვანელებსა და მუდმივ წარმომადგენლებს საერთაშორისო ორგანიზაციებში;[85] ასევე, პორტუგალიის პრეზიდენტი აირჩევა ხალხის მიერ საყოველთაო წესით კონსტიტუციის 121-ე მუხლი შესაბამისად,[86] თუმცა სხვა ძირითად ევროპულ სახელმწიფოთა მსგავსად, მთავრობის წარდგინებით ნიშნავს ელჩებსა და საგანგებო წარმომადგენლებს (135-ე მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი.)[87] ამდენად, თუ გავითვალისწინებთ საზღვარგარეთის

[81] იქვე, 259-260, შედ. Constitution of the Republic of Estonia იხ. <https://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/>.

[82] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I V , რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2007, 53-55.

[83] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I I I , რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2006, 712-715.

[84] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. V , რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2007, 343-345.

[85] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I V , რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2007, 209 – 211.

[86] საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. V , რედ. გონაშვილი ვ., თბ., 2007, 671.

[87] იქვე, 676, შედ. Constitution of the Republic of Portugal იხ. <https://www.constituteproject.org/ constitution/ Portugal_ 2005.pdf>.

ქვეყნების კონსტიტუციურ მიდგომებს, შეიძლება ითქვას, რომ პრეზიდენტის კომპეტენცია ელჩების დანიშვნასთან დაკავშირებით პირდაპირ არ უკავშირდება პრეზიდენტის არჩევის წესსა და მმართველობის მოდელს, არამედ, კონკრეტულ კომპეტენციათა დანაწილების პროცესში ხდება ელჩების დანიშვნა-გამოწვევის საკითხების რეგულირება.

მონტესკიესა და ბლექსტოუნის მოსაზრებების შესაბამისად, აღმასრულებელი ხელისუფლების ერთ-ერთი ძირითადი კომპეტენცია იყო ელჩების დანიშვნის საკითხი, სხვა მნიშვნელოვან საკითხებთან ერთად, ხოლო რადგანაც აღმასრულებელი ხელისუფლება მთავრობას ეკუთვნის, ამ საკითხთან დაკავშირებით გამოთქმულია მოსაზრება, რომ პრეზიდენტს, რომელიც არ ახორციელებს აღმასრულებელ ხელისუფლებას, საგარეო უფლებამოსილებათა განხორციელების უფლება ექნება, რაც მოსაზრების ავტორის აზრით, შეფასებითი კატეგორიაა და ყველა სახელმწიფო ინდივიდუალურად უდგება ამ საკითხს.[88] ჩვენ მიმოვიხილეთ რამდენიმე ათეული კონსტიტუციური მოდელი საგარეო წარმომადგენლობის კომპეტენციებთან დაკავშირებით, თითქმის ყველა ტიპის მოდელური ბუნების რესპუბლიკურ სახელმწიფოში და, შეიძლება ითქვას, რომ კონსტიტუციონალიზმის უნივერსალური პრინციპი სახელმწიფოს მეთაურის კომპეტენციაა საგარეო ურთიერთობების განხორციელების კუთხით, მათ შორის ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლობების დანიშვნის საკითხებში, გარდა ამისა, უნდა აღინიშნოს, რომ არ არსებობს შერეული მმართველობის მოდელის სისტემა, რომელშიც აღმასრულებელი ხელისუფლება სრულად ეკუთვნის ან სახელმწიფო მეთაურს, ან მთავრობას. მათი ფუნქცია და კომპეტენციები ზოგ შემთხვევაში მკაცრად არის გამიჯნული, თუმცა ზოგ შემთხვევაში საზიარო და კონკურირებადი კომპეტენციების ფარგლებში ხორციელდება.

კონსტიტუციური პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ კონკრეტული დიპლომატიური წარმომადგენლის უფლებამოსილების ვადის გასვლის ან მისი ვადამდე განთავისუფლების შემთხვევებში მისი განთავისუფლების შესახებ პრეზიდენტი გამოსცემს განკარგულებას, რომლითაც საგარეო საქმეთა მინისტრს ავალებს დიპლომატიური თანამდებობის პირის გამოწვევას. გამომდინარე აქედან, პრეზიდენტი უშუალო დავალებას აძლევს აღმასრულებელი ხელისუფლების წარმომადგენელს, რათა მან კანონით გათვალისწინებული შესაბამისი სამართლებრივი მოქმედებები განახორციელოს. ეს საკითხი კიდევ ერთხელ მიუთითებს იმ გარემოებაზე, რომ პრეზიდენტი ვერ იქნება დისტანცირებული აღმასრულებელი ხელისუფლებისაგან და მისი საქმიანობის განხორციელება, ხშირ შემთხვევაში, დაკავშირებული იქნება აღმასრულებელი ხელისუფლების უშუალო განხორციელებასთან.[89]

5. დასკვნა

ნაშრომში განხილულ იქნა პრეზიდენტის კომპეტენცია ელჩებისა და დიპლომატიური თანამდებობის პირების დანიშვნა-გამოწვევის საკითხებთან დაკავშირებით, ასევე დიპლომატიური წარმომადგენლობებისა და საკონსულო დაწესებულებების შექმნის კონსტიტუციური საფუძვლები და, ზოგადად, საგარეო წარმომადგენლების დანიშვნის საკითხები, რომლებიც რეგულირდება საქართველოს კონსტიტუციით, საერთაშორისო ხელშეკრულებებითა და მიმდინარე კანონმდებლობით. შეიძლება ითქვას, საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები უფრო კონკრეტულად მიუთითებენ იმ გარემოებას, რომ პრეზიდენტი ნიშნავს არა მხოლოდ

[88] *პაპაშვილი თ.*, პრეზიდენტისა და მთავრობის საგარეო უფლებამოსილებები 2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმის ჭრილში, თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართალი (წიგნი I), სტატიების კრებული, რედ.: კვერენჩხილაძე გ., გეგენავა დ., თბ., 2010, 198.

[89] საქართველოს პრეზიდენტის 2015 წლის 7 დეკემბრის №07/12/08 განკარგულება, საქართველოს პრეზიდენტის 2012 წლის 15 მარტის №15/03/03 განკარგულება.

ელჩებს და სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებს, არამედ უშუალოდ კონსტიტუციით აზუსტებს პრეზიდენტის კომპეტენციას და განსაზღვრავს, რომ დიპლომატიური წარმომადგენლობების ხელმძღვანელების თანამდებობებს, ასევე საკონსულო დაწესებულების ხელმძღვანელებს ნიშნავს პრეზიდენტი, გარდა ამისა, საგარეო წარმომადგენლობებისა და დაწესებულებების შექმნისა და ლიკვიდაციის ძირითად საფუძვლებს უცხო ქვეყნების კონსტიტუციები უშუალოდ აწესრიგებენ და, ამდენად, უმჯობესი და გამართლებული იქნება, თუკი საქართველოს კონსტიტუციაც ამ მხრივ უფრო ნათლად მოაწესრიგებდა აღნიშნულ საკითხებს. ამასთან ერთად, შეიძლება მიღებულ იქნეს ისეთი კონსტიტუციური მოდელი საგარეო წარმომადგენლობის უზრუნველყოფასა და გადაწყვეტილების მიღებასთან დაკავშირებით, რომ სახელმწიფოს მეთაურის ხელისუფლებასთან ერთად ჩართული იყოს წარმომადგენლობითი ორგანო, რომელიც რეალურად განსაზღვრავს საგარეო პოლიტიკის ძირითად მიმართულებებს. ასევე, კონსტიტუციით ბუნდოვანია, სხვა დიპლომატიურ წარმომადგენლებში იგულისხმება თუ არა საკონსულო წარმომადგენლობა, თუმცა მიგვაჩნია, რომ ამ მხრივაც უფრო ნათლად უნდა იქნეს რეგულირებული სამართლებრივი ურთიერთობები.

ამასთან ერთად, ნაშრომში განხილულია კონსტიტუციური პრაქტიკა პრეზიდენტისა და მთავრობის განკარგულებებთან დაკავშირებით, რომელთა საფუძველზეც ხორციელდება ელჩებისა და დიპლომატიური წარმომადგენლების თანამდებობებზე დანიშვნა. გამომდინარე აღნიშნული პრაქტიკის ანალიზიდან, შეიძლება ითქვას, რომ არსებობს გარკვეული შეუსაბამობები საკანონმდებლო აქტებსა და კანონქვემდებარე აქტებს შორის და ელჩებისა და დიპლომატიური თანამდებობის პირების დანიშვნის შესახებ განკარგულებები უნდა განიხილებოდეს არა როგორც ადმინისტრაციულსამართლებრივი აქტები, არამედ როგორც უშუალო კონსტიტუციურსამართლებრივი აქტები, ვინაიდან პრეზიდენტის ეს უფლებამოსილება, უპირველეს ყოვლისა, უნდა განხორციელდეს კონსტიტუციის საფუძველზე.

გარდა ამისა, დიპლომატიური ურთიერთობებისა და დიპლომატიური სამსახურის ზედამხედველობას და კონტროლს უნდა ახორციელებდეს უმაღლესი სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოები და არა მხოლოდ საგარეო საქმეთა სამინისტრო, ვინაიდან საქართველოს კონსტიტუციის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტის „ე“ ქვეპუნქტის შესაბამისად,[90] სახელმწიფოს წარმომადგენლობის პოლიტიკურ-სამართლებრივი უზრუნველყოფა მხოლოდ სახელმწიფოს ხელისუფლების უმაღლეს ორგანოთა განსაკუთრებულ გამგებლობას მიკუთვნებული საკითხებია, ხოლო საგარეო საქმეთა სამინისტრო არის მხოლოდ ამგვარი ორგანოს შემადგენელი სუბიექტი და არ შეიძლება წარმოადგენდეს უმაღლეს სახელმწიფო ორგანოს ერთპიროვნულად.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს კონსტიტუცია (04/10/2013 წლის მდგომარეობით).
2. საქართველოს კანონი „დიპლომატიური სამსახურის შესახებ“ (22/12/2016 წლის მდგომარეობით).
3. საქართველოს კანონი „საკონსულო საქმიანობის შესახებ“ (29/05/2014 წ. მდგომარეობით).
4. საქართველოს კანონი „საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი“ (21/12/2016 წლის მდგომარეობით).
5. საქართველოს საგარეო საქმეთა მინისტრის 2013 წლის 9 ივლისის №158 ბრძანება „საკონსულო დაწესებულების გახსნის წესისა და ტიპობრივი დებულების დამტკიცების შესახებ“.
6. საქართველოს პრეზიდენტის 2016 წლის 25 მარტის № 25/03/01 განკარგულება.

[90] საქართველოს კონსტიტუცია (04/10/2013 წლის მდგომარეობით), <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346>.

7. საქართველოს პრეზიდენტის 2016 წლის 24 ნოემბრის №24/11/01განკარგულება.
8. საქართველოს პრეზიდენტის 2011 წლის 15 ნოემბრის №15/11/05 განკარგულება.
9. საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 21მარტის №21/03/01 განკარგულება.
10. საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 17 აპრილის №17/04/01 განკარგულება.
11. საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 18 მარტის №18/03/07 განკარგულება.
12. საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 18 მარტის №18/03/12 განკარგულება.
13. საქართველოს პრეზიდენტის 2012 წლის 9 ივლისი №09/07/01 განკარგულება.
14. საქართველოს პრეზიდენტის 2013 წლის 10 მაისის №10/05/11 განკარგულება.
15. საქართველოს პრეზიდენტის 2015 წლის 7 დეკემბრის №07/12/08 განკარგულება,
16. საქართველოს პრეზიდენტის 2012 წლის 15 მარტის №15/03/03 განკარგულება.
17. საქართველოს მთავრობის 2016 წლის 17 ნოემბრის №2434 განკარგულება.
18. CDL(2010)062 ვენეციის კომისიის დასკვნა (№543/2009), საკონსტიტუციო კანონპროექტის შესახებ საქართველოს კონსტიტუციაში შესწორებებისა და ცვლილებების შეტანასთან დაკავშირებით, სტრასბურგი, 2010 წლის 31 ივლისი.
19. CDL(2010)028 ვენეციის კომისიის საბოლოო დასკვნა, საკონსტიტუციო კანონპროექტის შესახებ საქართველოს კონსტიტუციაში შესწორებებისა და ცვლილებების შეტანასთან დაკავშირებით, დამტკიცებული ვენეციის კომისიის მიერ მის 84-ე პლენარულ სესიაზე (ვენეცია, 15-16 ოქტომბერი, 2010), სტრასბურგი, 2010 წლის 15 ოქტომბერი.
20. *ალასანია გ.*, პრეზიდენტის აღმასრულებელი ხელისუფლების ფარგლები საქართველოს კონსტიტუციით, სასემინარო ნაშრომი, სამეცნიერო ხელმძღვანელი; *კ. ყურაშვილი* ,თბ., 2008., 22.
21. *დემეტრაშვილი ა.*, 2009/2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმა საქართველოში (საქართველოს კონსტიტუციური ქრონიკები), ბათუმი, 2012., 188, 230, 396.
22. *ლეგაშვილი ნ.*, დიპლომატიური პრივილეგიები და იმუნიტეტი, საერთაშორისო სამართალი (II), № 9, 1999.
23. *პაკტე პ. და მელენ-სუკრამანიან* ფ., კონსტიტუციური სამართალი, მთარგ. *კალატოზიშვილი გ.*, რედ. *დემეტრაშვილი ა.*, პირველი ქართული გამოცემა (28-ე გამოცემა 2009 წლის მდგომარეობით) თბ., 2012, 644-645.
24. *პაპაშვილი თ.*, პრეზიდენტისა და მთავრობის საგარეო უფლებამოსილებები 2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმის ჭრილში, თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართალი (წიგნი I), სტატიების კრებული, რედ.: *კვერენჩხილაძე გ., გეგენავა დ.*, თბ., 2010, 198.
25. საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. I (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2008, 51, 121, 301, 305, 306, 408, 466, 653, 655, 656.
26. საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. II (მეორე გადამუშავებული გამოცემა), რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2008, 120, 122, 124, 239-240, 300, 356, 580, 656.
27. საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. III , რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2006., 259-260, 573, 576, 655, 712-715, 770, 842.
28. საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. IV, რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2007, 209 – 211, 628.
29. საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწ. V, რედ. *გონაშვილი ვ.*, თბ., 2007, 53-55, 343-345, 676.
30. *წურწუმია ს.*, საქართველოს პრეზიდენტის საკონსტიტუციო სტატუსი საგარეო საქმიანობის განხორციელებაში (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი) სახელმწიფო მმართველობის მოდელები: საქართველოს საკონსტიტუციო სინამდვილე და პერსპექტივა (II ეროვნული კონფერენცია საკონსტიტუციო სამართალში, მოხსენებების კრებული), თბ., 2016, 67.
31. *შვაბე ი.*, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, თბ., 2011, 414.

32. Constitution of Argentina. (01/05/1853 with Amendments through 22 /08/1994).
33. Конституция Республики Беларусь. (24/11/1996 с изменениями и дополнениями 17/10/2004 г.).
34. The Constitution of the Czech Republic. (01/01/1993 with Amendments through 2002).
35. Constitution of the Republic of Estonia. (28/06/1992 with Amendments through 2008).
36. Constitution of France. (04/10/1958 with Amendments through 2008).
37. Constitution of the Republic of Kazakhstan. (30/08/1995 with Amendments through 2011).
38. Constitution of the Republic of Latvia (Satversme). (15/02/1922 with Amendments through 15/12/2005).
39. Constitution of the Republic of Lithuania. (25/10/1992 with Amendments through 13/072004).
40. Constitution of the Republic Of Poland. (02/04/1997 with Amendments through 21/10/2009).
41. Constitution of the Republic of Portugal. (25/04/1976 with Amendments through 2005).
42. Bundesverfassung der Republik Österreich. (30/10/1918 letzte änderung 01/07/1983).
43. Конституция Российской Федерации. (12/12/1993 с изменений 24/04/2008).
44. *Elgie R.,* <http://www.researchgate.net/publication/265101267_The_Politi cs_of_Semi-Presidentialism>. 1.
45. *Francis N. Th.,* Is the President of the United States Vested with Authority under the Constitution to Appoint a Special Diplomatic Agent with Paramount Power without the Advice and Consent of the Senate?" The American Law Register and Review Vol. 42, № 4, (First Series) Vol. 33 (New Series, Vol. 1) (Apr., 1894), 257, 263.
46. *Kimberly A.Mc.,* President – Prime Minister Relations, Party System, and Democratic Stability in Semiprezidental Regimes, Comparing The Frenc and Russian Models, texas International law Jurnal vol. 47, Issue 2, 2012., 429.
47. *Sartori G.,* Comparative Constitutional Engineering-an Inquiry into Stuctures, Incentives and Outcomes" - Macmillan, 1994, 137.
48. *Soberg M. Sh., Carey J. M.,* Presidents and Assamblies-constitutional Design and Electoral Dynamics"_, Cambridge
49. <https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf>.
50. <https://www.president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/>.
51. <http://www.psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>.
52. <http://www.verfassungen.de/at/verfassungheute.htm>.
53. <http://www.opbw.org/nat_imp/leg_reg/lithuania/constitution.pdf>.
54. <http://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/>.
55. <http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/2303_constitution_kazakhstan1.pdf>.
56. <http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/constitution_of_france_1958.pdf>.
57. <http://www.humanrights.lv/doc/latlik/satver~1.htm>.
58. <http://constitution.kremlin.ru/>.
59. <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?fi le_id=194980>.
60. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/argentina-constitution.pdf>.
61. <http://www.nplg.gov.ge/gsdl/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0period--00-1----0-10-0---0---0prompt-10---4-------0-1l--11-ka-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-00&cl=CL2.6&d=HASHa7563fae1ef8bb17876837.7&x=1>.
62. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346>.
63. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3472813>.
64. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/116584>.
65. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/116590>.
66. <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/aqtebi39.pdf>.
67. <http://www.mfa.gov.ge>.
68. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/20158>.

69. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1682950>.
70. <http://www.researchgate.net/publication/265101267_The_Politics_of_Semi-Presidentialism>.
71. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1965749>.
72. <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL%282010%29062-geo>.
73. <http://constcommission.parliament.ge/1-5>. <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282010%29028-e>.
74. <https://www.president.gov.ge/ka-GE/sajaro-informacia/samartlebrivi-aqtebi/%E2%80%8Bsaqartvelos-prezidentis-gankarguleba-N-24-11-01.aspx>.
75. <https://www.president.gov.ge/ka-GE/sajaro-informacia/samartlebrivi-aqtebi/%E2%80%8Bsaqartvelos-prezidentis-gankarguleba-N-25-03-01.aspx>.
76. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3440196>.
77. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16270>.
78. <http://lawlibrary.info/ge/books/giz2011-ge-BVerfGE.pdf>.
79. <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gad/gesamt.pdf>.
80. <https://www.gesetze-im-internet.de/konsg/BJNR023170974.html>.

ჯაბა უსენაშვილი*

უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის მნიშვნელობა და მასთან დაკავშირებული ძირითადი სირთულეები**

უფასო იურიდიული დახმარების ქმედითი სისტემის უზრუნველყოფა და ამ მომსახურების ხარისხის გაუმჯობესებაზე მუდმივი ზრუნვა სამართლებრივი სახელმწიფოების ერთ-ერთი მეტად მნიშვნელოვანი გამოწვევაა. რაოდენ გასაკვირადაც შეიძლება ჟღერდეს, საქართველო ამ მიმართულებით არსებული შედეგების თვალსაზრისით, წინ უსწრებს არაერთ დასავლეთ და ცენტრალური ევროპის ქვეყანას, რომელთაც, მართალია, ეროვნულ დონეზე დანერგილი აქვთ უფასო იურიდიული მომსახურების კარგად ორგანიზებული სისტემა, თუმცა არ აქვთ სახელმწიფოს მიერ დაფინანსებული ამ სერვისის კონტროლის კონკრეტული და პრაქტიკულ გამოწვევებზე ორიენტირებული მექანიზმები. წინამდებარე სტატია ეძღვნება უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის მნიშვნელობას და მასთან დაკავშირებულ რამდენიმე აქტუალურ საკითხს, რომელთა შესახებ პრაქტიკასა და თეორიაში პრინციპული აზრთა სხვადასხვაობა წარმოიშვა, სახელდობრ, დღემდე პრობლემურია იურიდიული მომსახურების ხარისხის კონტროლის პროცესში ადვოკატსა და კლიენტს შორის კონფიდენციალობის დაცვის საკითხი, მომსახურების ხარისხთან დაკავშირებული პრობლემების შემთხვევაში კონკრეტული ადვოკატის საქმიდან ჩამოცილების საკითხი, ადვოკატის თვითორგანიზების უფლება და ა.შ.

საკვანძო სიტყვები: *ხარისხის კონტროლი, ეფექტურობა, სავალდებულო დაცვა, სახელმწიფოს ხარჯზე უზრუნველყოფილი, ხარისხის კონტროლის მექანიზმები, უფასო იურიდიული დახმარება, საზოგადოებრივი ადვოკატი, ხარისხის შეფასების წესი და კრიტერიუმები.*

1. შესავალი

განსხვავებით სამართლებრივი დაცვის ინსტიტუტისგან, როგორც ადამიანის უფლებების დაცვის საბაზისო ფუნდამენტური ელემენტი, რომელსაც საკმაოდ ადრეული ჩამოყალიბებისა და განვითარების ეტაპები აქვს,[1] სახელმწიფოს რესურსებით უზრუნველყოფილი

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი; ევროპის სასწავლო უნივერსიტეტის ასისტენტი; შინაგან საქმეთა სამინისტროს აკადემიის ლექტორი; საქართველოს მთავარი პროკურატურის საპროკურორო საქმიანობაზე ზედამხედველობისა და სტრატეგიული განვითარების დეპარტამენტის ანალიტიკური სამმართველოს უფროსი.

** სტატიაში გამოთქმული მოსაზრებები და დასკვნები ეკუთვნის ავტორს და არ გამოხატავს რომელიმე ორგანიზაციის ოფიციალურ პოზიციას.

1 შეად.: სამართლებრივი დაცვის ელემენტები ჯერ კიდევ ანტიკურ ხანაში ჩამოყალიბდა, ხოლო მოგვიანებით მან სასამართლო დამცველის მნიშვნელობა შეიძინა. დეტალურად იხ., Inter alia, Chroust A-H., Legal Profession in Ancient Republican Rome, 30 Notre Dame L. Rev., 1954, 97. უშუალოდ საქართველოში დაცვის ინსტიტუტი XIII საუკუნეში იწყებს ჩამოყალიბებას. იმ პერიოდში რწმუნებულის, მეურვეობისა და მზრუნველობის განმახორციელებელ პირებს საერთო სახელით – ვექილით (არაბულად – ვაქილ) მოიხსენიებდნენ. დანვრილებით იხ. აქუბარდია ი., დაცვის ხელოვნება, თბ., 2011, 12.

იურიდიული დახმარების სისტემა მისი არსებობის მეტად ხანმოკლე პერიოდს ითვლის. როგორც ცნობილია, იგი მე-19 საუკუნის წიაღში ამერიკის შეერთებულ შტატებში ჩამოყალიბდა[2] და ოდნავ მოგვიანებით, საერთაშორისო სამართლის ფორმატში, სამართლიანი სასამართლოს უფლების სახით პოვა განვითარება.[3] უკვე მე-20 საუკუნეში შესაბამის პირთათვის უფასო იურიდიული დახმარების უფლება (ზოგ შემთხვევაში – ვალდებულება) ყველა დემოკრატიული სახელმწიფოს კონსტიტუციის განუყოფელ ნაწილად მოგვევლინა.[4]

თუ გასული საუკუნის მეორე ნახევარი, ძირითადად, იურიდიული დახმარების სისტემების ჩამოყალიბებასა და მათი ორგანიზაციულ-სამართლებრივი მოწყობის საკითხებს დაეთმო, მიმდინარე საუკუნეში სამართლებრივმა სახელმწიფოებმა დღის წესრიგში ზემოაღნიშნული იურიდიული მომსახურების ხარისხის მნიშვნელობა დააყენეს. მართლაც, უფლებათა დაცვის თანამედროვე გამოწვევები სრულიად არასაკმარისად მიიჩნევს დემოკრატიული სახელმწიფოების მიერ პროცესში მონაწილე შესაბამისი პირების უფასო იურიდიული მომსახურებით უზრუნველყოფას მხოლოდ ფორმალურ დონეზე და საკვანძო აქცენტს სწორედ ამ მომსახურების ხარისხსა და მისი კონტროლის ეფექტურ მექანიზმებზე ამახვილებს. ამ საკითხის თაობაზე როგორც სამეცნიერო საზოგადოების აზრი, ასევე ევროსასამართლოსა და ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს[5] პრეცედენტული სამართალი საკმაოდ მყარი და თანმიმდევრულია; მეორე მხრივ, მხოლოდ შეთანხმება იმის თაობაზე, რომ სახელმწიფოს ხარჯზე უზრუნველყოფილი იურიდიული დახმარება უნდა იყოს ეფექტური და აკმაყოფილებდეს საერთაშორისო სტანდარტებს, ვერ იქნება საკმარისი, ამ კუთხით არსებული გამოწვევები დაძლეულად ჩაითვალოს, ვინაიდან ძირითადი სირთულეები ზემოხსენებული შეთანხმების ეროვნულ კანონმდებლობასა და პრაქტიკაში იმპლემენტაციის პროცესში გვხვდება. სახელდობრ, კვლავ საკამათოა საკითხი იმის თაობაზე, თუ რა კრიტერიუმები უნდა იქნეს მხედველობაში მიღებული იურიდიული დახმარების ხარისხის შეფასებისას და რა სამართლებრივ „საზომ ერთეულებზე" დაფუძნებით უნდა ფუნქციონირებდეს ხარისხის კონტროლის საუკეთესო მოდელი. რაც ყველაზე პრობლემურია, იძლევა თუ არა ადვოკატისა და მისი დაცვის ქვეშ მყოფი პირის ურთიერთობის კონფიდენციალობის, ასევე დამცველის პროფესიული დამოუკიდებლობის საკმაოდ მაღალი საკანონმდებლო სტანდარტი იმის რეალურ საშუალებას, რომ ზემოხსენებული კონტროლის ეფექტურად განხორციელებისთვის „მესამე პირებს" (იდეაში სახელმწიფოს) ჰქონდეს საკმარისი და ლეგიტიმური წვდომა შესაბამის ინფორმაციასა და პროცესებზე.

---

[2] დაწვრილებით იხ., Inter alia: Batlain F., Women and Justice for the Poor: A History of Legal Aid, 1863-1945 (Studies in Legal History), Cambridge University Press, 2015, 15; Essenburg T. J., New Faces of American Poverty, A Reference Guide to the Great Recession, ABC-CLIO, 2014, 464-466.

[3] როდესაც უშუალოდ სახელმწიფოს ხარჯზე უზრუნველყოფილი იურიდიული დახმარების ჩანასახებზე ვსაუბრობთ, განსაკუთრებულ ინტერესს იწვევს ერთი ისტორიული ფაქტი, სახელდობრ, დავით ბატონიშვილი აღნიშნავს, რომ კეთილშობილ ობლებს აზნაურთა წრიდან უნიშნავდნენ ვექილს, რომელსაც ევალებოდა ობლებზე ზრუნვა და მათი ქონების განკარგვა მათივე ინტერესების გათვალისწინებით. მაგრამ იმის გამო, რომ „მონაცვლე კაცის", ანუ ადვოკატურის, ინსტიტუტი სხვა წყაროებით არ დასტურდება, ივ. სულგულაძე ასკვნის, რომ დავით ბატონიშვილმა სხვა ქვეყნებში არსებული ინსტიტუტები გადმოიღო და მათ შესახებ ინფორმაცია მიაწოდა რუსეთის საზოგადოებას, სინამდვილეში კი ამ პერიოდში საქართველოში არ არსებობდა ადვოკატურის ინსტიტუტი. იხ. აქუბარდია ი., დაცვის ხელოვნება, თბ., 2011, 14-15.

[4] *კუბლაშვილი კ.*, ძირითადი უფლებები, თბ., 2003, 26.

[5] ნიშანდობლივია, რომ ერთ-ერთი პირველი სახელმწიფო, რომლის კანონმდებლობაშიც უფასო იურიდიული დახმარების რეგულირება მოხდა, ამერიკის შეერთებული შტატები გახლდათ. შეად. სუქნიძე ნ., როგორ გავხადოთ სამართალი ყველასათვის ხელმისაწვდომი, ნაწილი I, თბ., 2003, 12.

გამომდინარე იქიდან, რომ წინამდებარე ნაშრომი სადისერტაციო კვლევის გარკვეული ეტაპია, მასში დასმული საკითხები, მათ შორის წინა აბზაცში განვითარებული მსჯელობა, სადისერტაციო ნაშრომში მეტი სიღრმისეულობითა და მასშტაბებით იქნება წარმოდგენილი. მაგალითად, კვლევის ლიმიტირებული ხასიათიდან გამომდინარე, იგი მოიცავს იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის მხოლოდ ბრიტანული მოდელის მიმოხილვას, რომელიც სადისერტაციო კვლევისას უფრო შინაარსიანად სხვა რამდენიმე ქვეყნის მოდელთან შედარებითსამართლებრივი ანალიზის კონტექსტში წარმოჩნდება.

დასასრულს, ნაშრომში წარმოდგენილია კონკრეტული ხასიათის ხედვები და რეკომენდაციები კვლევისას მიმოხილულ პრობლემურ საკითხებთან მიმართებით, რომლის მხედველობაში მიღებაც მნიშვნელოვნად გააუმჯობესებს საქართველოში არსებული უფასო იურიდიული მომსახურების ხარისხს და გაზრდის საზოგადოებრივ ნდობას ამ სისტემის ეფექტურობის მიმართ.

2. იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის საჭიროება და მასთან დაკავშირებული ზოგადი საკითხები

შესრულებული სამუშაოს კონტროლის აუცილებლობა ნებისმიერ ორგანიზაციაში ზედა რგოლის საქმიანობის შემადგენელი ნაწილია, რომლის საჭიროება და მნიშვნელობა, დიდი ხანია, ეჭვს აღარ იწვევს. საკამათოა მხოლოდ კონტროლის არსისა და მისი ჩატარების პროცესის დაგეგმვა.[6] ჩვენს შემთხვევაში, იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის საჭიროებაზე საუბარი, ბუნებრივად, მისი ეფექტურობის მნიშვნელობაზე მსჯელობით უნდა დავიწყოთ. ნებისმიერ იურისდიქციაში ეფექტური სისხლისსამართლებრივი დაცვის წინაპირობად კონსტიტუციური და საკანონმდებლო სტრუქტურა გვევლინება, რომელიც, როგორც მინიმუმ, შეესაბამება ევროპის ადამიანის უფლებათა კონვენციისა და ევროპის სასამართლოს პრაქტიკით დადგენილ საბაზისო სტანდარტებს, ასევე ევროპის კავშირის მიერ სისხლის სამართლის პროცესში ბრალდებულის პროცესუალური უფლებების შესახებ სტანდარტებს.[7] ბუნებრივია, ხარისხის კონტროლის აუცილებლობაზე იმავე პათოსითა და მნიშვნელობით ვერ ვისაუბრებთ შეთანხმებით (ანუ საკუთარი ფინანსებით) მოწვეული დამცველის შესაძლო ნაკლოვანებებთან მიმართებით, ვინაიდან კერძო საწყისებზე უზრუნველყოფილი ადვოკატირების სტანდარტებს კონკურენტულ გარემოზე დაფუძნებული შრომის ბაზარი აწესრიგებს და ამ მხრივ (თუნდაც არსებითი ხასიათის) ხარვეზები ვერ გახდება საქართველოს (როგორც ევროკონვენციის ხელშემკვრელი მხარის) საერთაშორისო პასუხისმგებლობის საფუძველი.

წინამდებარე ნაშრომის მიზნებისთვის უფასო იურიდიული მომსახურების ხარისხის გაუმჯობესების მიზნით გასატარებელი ღონისძიებები განსაკუთრებულ ინტერესს ქართულ სამართლებრივ რეალობასთან მიმართებით იწვევს, ვინაიდან, როგორც ზემოთ აღინიშნა, საქართველოში მიმდინარე სისხლის სამართლის სისტემის რეფორმის ძირითად პრიორიტეტად იურიდიული დახმარების სფეროში სწორედ ეს საკითხი გვევლინება.[8] გარდა „დოკუმენტებში გაწერილი გეგმებისა“, საქართველოს საერთო სასამართლოების პრაქტიკაში უკვე გვხვდება

[6] *შუბლაძე გ., მღებრიშვილი ბ., წონკოლაური ფ.*, მენეჯმენტის საფუძვლები, თბ., 2008, 111.

[7] *Cape E., Namoradze Z,* Effective Criminal Defence in Eastern Europe (Bulgaria, Georgia, Lithuania, Ukraine), Legal Aid Reformers' Network, Soros Foundation, 2012, 33.

[8] საქართველოს სისხლის სამართლის სისტემის რეფორმის სტრატეგია, დამტკიცებულია სისხლის სამართლის სისტემის რეფორმის უწყებათაშორისი საკოორდინაციო საბჭოს მიერ 24-ე სხდომაზე, 2017 წლის 12 აპრილი, 80-90. დოკუმენტი ხელმისაწვდომია საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს ოფიციალურ ვებგვერდზე: <http:/ /www.justice.gov.ge/AboutUs/Council/240>, [24.05.2017].

სამწუხარო, მაგრამ ნიშანდობლივი პრეცედენტი, როდესაც სასამართლომ (ანუ სახელმწიფომ) საკუთარი ინიციატივით ჩამოაშორა იურიდიული დახმარების ფარგლებში დანიშნული საზოგადოებრივი ადვოკატი სისხლის სამართლის საქმის განხილვას, ეფექტური დაცვისთვის განსაზღვრული მინიმალური სტანდარტების დაუცველობის გამო.[9]

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის შესაბამისად, კონვენციის მე-6 მუხლის მე-3(c) პუნქტით განსაზღვრული იურიდიული დახმარების უფლება უნდა იყოს ეფექტიანი და სახელმწიფოს აკისრია ვალდებულება, საზოგადოებრივი ადვოკატები უზრუნველყონ ხარისხიანი დაცვის განსახორციელებლად საჭირო სამართლებრივი ბერკეტებით.[10] ამასთან, თუ კონკრეტული საზოგადოებრივი ადვოკატის მოქმედება არ არის ეფექტიანი, სახელმწიფო ვალდებულია, უზრუნველყოს ბრალდებული სხვა ადვოკატით.[11] ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ ამ შემთხვევაში საუბარია ძლიერი სისტემის არსებობაზე და არა საზოგადოებრივი ადვოკატის მიერ გამოვლენილ ინდივიდუალურ ხარვეზებზე, ვინაიდან ევროსასამართლო არანაირ პასუხისმგებლობას არ აკისრებს სახელმწიფოებს ცალკეული საზოგადოებრივი ადვოკატების მიერ დაშვებულ შეცდომებზე. საზოგადოებრივ ადვოკატს, როგორც დამოუკიდებელი და ლიბერალური პროფესიის წარმომადგენლებს, თავად უნდა ჰქონდეთ რეგულირების გარკვეული წესები. ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლომ განაცხადა, რომ „სახელმწიფო არ შეიძლება პასუხისმგებელი იყოს უფასო სამართლებრივი დახმარების ფარგლებში დანიშნული საზოგადოებრივი ადვოკატის ნებისმიერ შეცდომაზე ... სახელმწიფოები მხოლოდ მაშინ არიან ვალდებულნი, ჩაერიონ საკითხში, თუ ადვოკატის მიერ ეფექტიანი წარმომადგენლობის განუხორციელებლობა აშკარაა და ხელისუფლების ორგანოებმა უწყიან ამის შესახებ".[12] თითქმის ანალოგიური მიდგომა აქვს ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს სამოსამართლო დოქტრინასაც, რომელიც, ამერიკის კონსტიტუციის მე-6 შესწორებაზე[13] დაფუძნებით, მე-20 საუკუნის სასამართლო პრაქტიკით ჩამოყალიბდა.[14]

ამდენად, იურიდიული დახმარების ეფექტურობის კრიტერიუმებსა და ხარისხის კონტროლთან დაკავშირებული საკითხების ერთგვარი რეგულირება კარგად სისტემატიზებული მექანიზმის შემუშავების პერსპექტივაში უნდა ვეძიოთ (რისი მოკრძალებული მცდელობაც, სახელმწიფო ინსტიტუტების ძალისხმევის პარალელურად, წინამდებარე სამეცნიერო კვლევაც არის). აქვე ისიც უნდა ითქვას, რომ მეცნიერებასა და პრაქტიკაში არ არსებობს საერთო პოზიცია იმის თაობაზე, თუ რა პრინციპებითა და მეთოდებით უნდა ვიხელმძღვანელოთ იურიდიული დახმარების ეფექტურობის საკითხის განსაზღვრისას და როგორია თითოეული სამართლებრივი სუბიექტის როლი ამ პროცესში. „პრაქტიკაში ასევე დამტკიცდა, რომ ადვოკატისთვის იურიდიული დახმარების გაწევის დროს რთულია ბრალდებულის ეფექტური

---

[9] თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2013 წლის 21 ივნისის №1/168-13 განჩინება, ხელმისაწვდომია სასამართლო არქივში.

[10] *Goddi v.* Italy, [1984] ECHR (Ser. A.), 35.; Kamil Öcalan v. Turkey, [2006] ECHR (Ser. A.). 41.

[11] *Artico v.* Italy, [1980] ECHR (Ser. A.), 33-34, 36.

[12] Imbrioscia v. Switzerland, [1993] ECHR (Ser. A.), 275.; Kamasinski v. Austria, [1989] ECHR (Ser. A.), 168.; Czekalla v. Portugal, [2002] ECHR (Ser. A.), 65.; Daud v. Portugal, [1998] ECHR (Ser. A.), 38.; Lagerblom v. Sweden, [2003] ECHR (Ser. A.), 56.; Ebanks v. the United Kingdom, [2010] ECHR (Ser. A.), 73.; Orlov v. Russia, [2011] ECHR (Ser. A.), 108.

[13] შეად. სრული ტექსტი: „In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining Witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defence."

[14] ვრცლად იხ. *Weaver R. L., Abramson L. W., Burkoff J.M.,* C Hancock, Principle of Criminal Procedure, 4th ed., 2012, 41-63.

წარმომადგენლობა კლიენტის მხრიდან ინსტრუქციების არარსებობის ფონზე, აგრეთვე, როდესაც მისთვის ნათელი არ არის კლიენტის მოსაზრება – რას მიიჩნევს იგი სიმართლედ ან როგორ აღიქვამს მოვლენებს".[15] ამასთან, უდავოა, რომ დაცვის ხარისხის განმსაზღვრელი უპირველესი კრიტერიუმი ვერ გახდება საზოგადოებრივი ადვოკატის მიერ ჩატარებული საგამოძიებო ან სხვა საპროცესო მოქმედების ეფექტურობა, თუ საწყის ეტაპზე არ გაანალიზდა კონკრეტულ სისხლის სამართლის საქმესთან მიმართებით ჩამოყალიბებული დაცვის სტრატეგია. სწორედ ეს გარემოება ართულებს მოცემულობას იმ მხრივ, რომ თითოეული სისხლის სამართლის საქმე ძალიან ინდივიდუალურია და დაცვის სტრატეგიაც კონკრეტული საქმის სპეციფიკაზე დაფუძნებით უნდა შეფასდეს; მეორე მხრივ, მნიშვნელოვანია, რომ სრული მოცულობით ინდივიდუალიზმზე დაყრდნობით, იურიდიული დახმარების ხარისხი არ იქცეს კონკრეტული პირების „სამართლებრივი გემოვნების" საკითხად და თვითნებობის უსაფრთხო წყაროდ.

იმისთვის, რომ პასუხი გაეცეს ზემოთ დასახულ პრობლემატურ საკითხებს, პირველ რიგში, უნდა მოხდეს სწორი პროფესიული მიგნება იმ ე. წ. „ოქროს შუალედისა", რომელიც დააბალანსებს, ერთი მხრივ, სამართლებრივი სახელმწიფოების ვალდებულებას, საკუთარი პასუხისმგებლობის საგნად აქციონ მათი რესურსებით უზრუნველყოფილი იურიდიული დახმარების ხარვეზები, ხოლო მეორე მხრივ, გათავისუფლდნენ ისეთი მოვალეობებისგან, რომელთა სახელმწიფო ინსტიტუტებისთვის დაკისრება თავის თავშივე ფორმალურ ხასიათს შეიძენდა.

დასმული საკითხის ერთ-ერთი ძირითადი პოსტულატი არის პრინციპი, რომ უფასო იურიდიული მომსახურების ხარისხის კონტროლის მექანიზმები უცილობლად ატარებდეს შეძლებისდაგვარად დეტალურად გაწერილ და წინასწარ განსაზღვრულ კრიტერიუმებს. როგორც კონტროლის განმახორციელებელმა რგოლმა, ასევე საზოგადოებრივმა ადვოკატმა ზუსტად უნდა იცოდეს, მონიტორინგისა და კონტროლისთვის როგორი სტანდარტები და შეფასების ხერხები იქნება გამოყენებული. შესაბამისად, უნდა არსებობდეს ინფორმაციის მოძიებისა და შეგროვების ეფექტიანი სისტემა. ყოველივე აღნიშნული განაპირობებს ამ პროცესის სირთულეს.[16] ამასთან, როდესაც საკითხი ეხება თავისუფალ პროფესიას, იგი მეტად სენსიტიურია და თითქმის შეუძლებელია, შესაბამის სახელმწიფო ინსტიტუტებს (მაგ., იურიდიული დახმარების სამსახურს) სრულყოფილი წვდომა ჰქონდეთ საზოგადოებრივ ადვოკატსა და დასაცავი პირის კონფიდენციალური კომუნიკაციის დეტალებთან, რასაც შემდგომ დაეფუძნა დაცვის სტრატეგიის ჩამოყალიბება. მიუხედავად ამისა, ჩვენეული ხედვით, საერთაშორისო გამოცდილება იძლევა სათანადო საშუალებას, თუნდაც ადვოკატისა და კლიენტის ურთიერთობათა კონფიდენციალობის გათვალისწინებით, შემუშავდეს მეტად ეფექტური და გამჭვირვალე მოდელი, რაც, ერთი მხრივ, გამორიცხავს საქართველოს, როგორც კონვენციის ხელშემკვრელი სახელმწიფოს, საერთაშორისო პასუხისმგებლობის წინაშე დაყენების რისკებს და, მეორე მხრივ, მკვეთრად აამაღლებს საზოგადოებრივი ნდობის ხარისხს ქვეყანაში ფუნქციონირებადი საზოგადოებრივი ადვოკატის ინსტიტუტის მიმართ.

დაბოლოს, ხარისხის კონტროლის საჭიროება არ შემოიფარგლება მხოლოდ ვიწრო სამართლებრივი მნიშვნელობით და უფასო იურიდიული დახმარების სათანადო უზრუნველყოფისთვის მას ერთ-ერთი გადამწყვეტი როლი ენიჭება როგორც სისტემის ორგანიზაციული მოწყობის მოდერნიზაციის, ასევე საზოგადოებრივ ადვოკატთა კვალიფიკაციის ამაღლებისა და სხვა მნიშვნელოვან გამოწვევებზე რეაგირების კუთხით.

---

[15] *Cape E., Namoradze Z.,* Effective Criminal Defence in Eastern Europe (Bulgaria, Georgia, Lithuania, Ukraine), Legal Aid Reformers' Network, Soros Foundation, 2012, 47.

[16] შეად. შუბლაძე გ., მღებრიშვილი ბ., წოწკოლაური ფ., მენეჯმენტის საფუძვლები, თბ., 2008, 111.

3. ქართულ სამართლებრივ სივრცეში ეფექტური ხარისხის კონტროლის მექანიზმების დანერგვის პერსპექტივები საერთაშორისო გამოცდილებაზე დაფუძნებით

3.1 საკითხის დარეგულირების ფორმალურ-სამართლებრივი მხარე

საკითხზე მსჯელობა იმის გარკვევით უნდა დავიწყოთ, თუ ვის ფუნქციაში შედის იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის კრიტერიუმებისა და მეთოდების დადგენა და რა სამართლებრივი ფორმით უნდა განხორციელდეს ეს ქართულ საკანონმდებლო სივრცეში; ასევე ის, თუ რა მოცემულობა გვაქვს დღეის მდგომარეობით საქართველოს სახელმწიფო ბიუჯეტით უზრუნველყოფილი უფასო იურიდიული მომსახურების სფეროში ზემოაღნიშნული თვალსაზრისით.

„იურიდიული დახმარების შესახებ“ საქართველოს კანონის[17] შესაბამისად, ქვეყნის მასშტაბით ევროკონვენციის მე-6 მუხლის მე-3(c) პუნქტით გარანტირებული უფასო იურიდიული დახმარების უზრუნველყოფა საჯარო სამართლის იურიდიულ პირს – იურიდიული დახმარების სამსახურს[18] ევალება, რომელიც ამ სერვისს რეგიონული პრინციპით დაკომპლექტებული წარმომადგენლობების (საზოგადოებრივი ადვოკატების) საშუალებით ახორციელებს.[19] გარდა ადგილობრივი ორგანიზაციული ერთეულებისა, სამსახურის ფარგლებში ფუნქციონირებს ცენტრალური აპარატი, რომლის ერთ-ერთი ძირითადი რგოლი მონიტორინგისა და ანალიზის სამმართველოა. სამმართველოს ფუნქციები სამსახურის დებულების[20] მე-10 მუხლით არის გაწერილი და, ძირითადად, იურიდიული დახმარების სამსახურში მომუშავე საზოგადოებრივ ადვოკატთა და კონსულტანტთა მიერ განხორციელებული მომსახურების ხარისხის მონიტორინგს გულისხმობს. სამართლებრივი ტექნიკის თვალსაზრისით, ხარისხის კონტროლთან დაკავშირებული რეგულაციები იურიდიული დახმარების საბჭოს გადაწყვეტილებით მტკიცდება, რომლის პროექტსაც, „იურიდიული დახმარების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-11 მუხლის პირველი პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტის თანახმად, სამსახურის დირექტორი წარადგენს.

მიუხედავად იმისა, რომ 2005 წლის 17 თებერვლიდან დღემდე პერიოდში საქართველოში უფასო იურიდიული დახმარება ხელმისაწვდომია, საწყის ეტაპზე პილოტირების, ხოლო მომდევნო ეტაპზე მთელი ქვეყნის მასშტაბით, ხარისხის კონტროლის მექანიზმის არარსებობის გამო ბოლო დრომდე ფიზიკურად ვერ ხორციელდებოდა ამ მომსახურების ეფექტურობის მონიტორინგი, რაც, მინიმუმ, არ იძლეოდა იმის თქმის საშუალებას, რომ საქართველო იცავდა ევროკონვენციის მე-6 მუხლის გარანტირებულ სამართლებრივ ღირებულებებს.

ამდენად, საქართველოში იურიდიული დახმარების სისტემის ჩამოყალიბებიდან დაახლოებით თერთმეტი წლის შემდეგ,[21] კერძოდ კი, 2016 წლის 2 მარტს, იურიდიული დახმარების

---

[17] საქართველოს კანონი „იურიდიული დახმარების შესახებ“, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე №4955-Ის, [19. 06.2007].

[18] სამსახური არ ექვემდებარება არცერთ სახელმწიფო ორგანოს და ანგარიშვალდებულია მხოლოდ საქართველოს პარლამენტის წინაშე.

[19] სსიპ – იურიდიული დახმარების სამსახურის სტრუქტურისა და მიმდინარე აქტივობების თაობაზე დეტალური ინფორმაციის ხილვა შესაძლებელია სამსახურის ოფიციალურ ვებგვერდზე: <www.legalaid.ge>, [24.05.2017].

[20] იურიდიული დახმარების საბჭოს 2015 წლის 3 აპრილის №20 გადაწყვეტილება „საჯარო სამართლის იურიდიული პირი – იურიდიული დახმარების სამსახურის დებულების დამტკიცების შესახებ“ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <www.legalaid.ge>, [24.05.2017].

[21] საქართველოში უფასო იურიდიული დახმარების სისტემის რეფორმა 2004 წელს სახელმწიფო, არასამთავრობო და საერთაშორისო ორგანიზაციების თანამშრომლობით დაიწყო. თავდაპირველად რეფორმის

საბჭომ (შემდგომში – საბჭო) №39 გადაწყვეტილებით დაამტკიცა სსიპ – იურიდიული დახმარების სამსახურის მიერ გაწეული სამართლებრივი მომსახურების ხარისხის შეფასების წესი და კრიტერიუმები,[22] რომელთა კანონიერების თაობაზე ამჟამადაც სასამართლო დავა მიმდინარეობს, კერძოდ, 2016 წლის 21 აპრილს იურიდიული დახმარების სამსახურში დასაქმებული საზოგადოებრივი ადვოკატების ნაწილის მიერ თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიაში წარდგენილ იქნა სარჩელი იურიდიული დახმარების საბჭოს 2016 წლის 2 მარტის №39 გადაწყვეტილების – „სსიპ – იურიდიული დახმარების სამსახურის მიერ გაწეული იურიდიული დახმარების ხარისხის შეფასების წესისა და კრიტერიუმების დამტკიცების შესახებ“ – ბათილად ცნობის მოთხოვნით. ამასთან, მოსარჩელეებმა, სარჩელის უზრუნველყოფის მიზნით, მოითხოვეს გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების შეჩერება ამ საქმეზე შემაჯამებელი გადაწყვეტილების მიღებამდე.[23] რაც შეეხება ზემოაღნიშნული ადმინისტრაციული დავის ძირითად მხარეს – საბჭოს გადაწყვეტილების ბათილად ცნობას, ამის თაობაზე სასამართლოს შემაჯამებელი გადაწყვეტილება ამ დრომდე არ მოუღია, ხოლო სარჩელის უზრუნველყოფის კომპონენტი – აქტის მოქმედების შეჩერება, – მართალია, პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ არ დაკმაყოფილდა,[24] თუმცა თბილისის სააპელაციო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2017 წლის 26 იანვრის №3ბ/1045-16 განჩინებით პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილება გაუქმდა და სრულად დაკმაყოფილდა მოსარჩელეთა მოთხოვნა გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულსამართლებრივი აქტის – იურიდიული დახმარების საბჭოს 2016 წლის 2 მარტის №39 გადაწყვეტილების მოქმედების შეჩერების თაობაზე.[25]

ზემოაღნიშნული ადმინისტრაციული დავის პარალელურად, იურიდიული დახმარების სამსახურში დასაქმებული საზოგადოებრივი ადვოკატების ნაწილის მიერ 2017 წლის 13 თებერვალს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოში წარდგენილ იქნა №870 კონსტიტუციური სარჩელი, რის საფუძველზეც მოსარჩელეებმა სადავოდ გახადეს „იურიდიული დახმარების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-11 მუხლის 1-ლი პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტის შესაბამისობა საქართველოს კონსტიტუციის მე-20 მუხლის პირველ პუნქტთან და 42-ე მუხლის მე-3 და მე-8 პუნქტებთან, კერძოდ კი დასაწყისში ნახსენები ნორმის ის ნორმატიული შინაარსი, რომელიც იურიდიული დახმარების საბჭოს აძლევს შესაძლებლობას, სამსახურის მიერ გაწეული იურიდიული კონსულტაციისა და იურიდიული დახმარების ხარისხის შეფასების წესისა და კრიტერიუმების დამტკიცებისას დაადგინოს იურიდიული დახმარების სამსახურის ადვოკატების მიერ გაწეული მომსახურების ხარისხის შეფასების ისეთი წესები და კრიტერიუმები, რაც უკავშირდება ადვოკატსა და კლიენტს შორის ურთიერთობის კონფიდენციალობას, მათ შორის ზემოთ მითითებული ნორმის ის ნორმატიული შინაარსი, რომელიც იძლევა შესაძლებლობას, ადვოკატს დაეკისროს ვალდებულება, გასცეს შემდეგი ინფორმაცია: „იყო თუ

კონცეფცია მომზადდა. 2005 წლიდან კი მისი იმპლემენტაცია დაიწყო. დაწვრილებით იხ. სსიპ – იურიდიული დახმარების სამსახურის ოფიციალური ვებგვერდი: <http://legalaid.ge/?action=page&p_ id=448&>, [24.05.2017].

[22] იხ. იურიდიული დახმარების საბჭოს 2016 წლის 2 მარტის №39 გადაწყვეტილება „სსიპ – იურიდიული დახმარების სამსახურის მიერ გაწეული იურიდიული დახმარების ხარისხის შეფასების წესისა და კრიტერიუმების დამტკიცების შესახებ“, <http://www.legalaid.ge/index.php?action=page&p_id=673&lang=geo>, [24.05.2017].

[23] თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2016 წლის 05 მაისის №3/3094-16 განჩინება, ხელმისაწვდომია სასამართლო არქივში.

[24] იქვე.

[25] თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 26 იანვრის №3ბ/1045-16 განჩინება, ხელმისაწვდომია სასამართლო არქივში.

არა ინფორმირებული კლიენტი ადვოკატის მიერ შერჩეულ სტრატეგიასთან დაკავშირებით"; „ობიექტური გარემოებების გათვალისწინებით, რამდენად დროული და საკმარისი იყო კლიენტთან კომუნიკაცია დაკავების დროს/პატიმრობის გამოყენებამდე"; „რამდენად ადეკვატურად იყო კლიენტი ინფორმირებული საქმის პერსპექტივებზე ან მათ არარსებობაზე საქმეში ყველა სტადიაზე საქმის მიმდინარეობაზე/განვითარებაზე (მათ შორის სავარაუდო საბოლოო შედეგზე)".[26] ეს სარჩელი საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 7 აპრილის №1/4/870 განჩინებით არ იქნა მიღებული არსებითად განსახილველად.[27]

გამომდინარე იქიდან, რომ იურიდიული საბჭოს მიერ დამტკიცებული იურიდიული დახმარების ხარისხის შეფასების წესისა და კრიტერიუმების თაობაზე სიღრმისეული მსჯელობა სცდება წინამდებარე სტატიის თემატიკის ფარგლებს, მისი დეტალური განხილვა მოხდება სადისერტაციო კვლევის მომდევნო ეტაპზე.

3.2. ხარისხის კონტროლის მინიმალური სტანდარტები

როდესაც საუბარია ხელშემკვრელი სახელმწიფოების, ამ შემთხვევაში საქართველოს, მიერ ევროკონვენციებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულებაზე, მნიშვნელოვანია, ყურადღება გამახვილდეს ე.წ. მინიმალური სტანდარტების პრინციპზე. სახელდობრ, უფლებათა დაცვის იმ მინიმალურ ხარისხზე, რომელსაც მოითხოვს კანონის უზენაესობის პრინციპი დემოკრატიულ საზოგადოებაში და რომლის განუხრელად დაცვის ვალდებულებასაც წევრ სახელმწიფოებს საერთაშორისო სამართალი უწესებს.[28] ეს მიდგომა განსაკუთრებით აქტუალურია ევროკონვენციის მე-6 მუხლის მე-3(c) პუნქტით გარანტირებული ეფექტური იურიდიული დახმარების უფლებასთან მიმართებით, ვინაიდან საზოგადოებრივი ადვოკატი როგორც საქართველოში, ასევე მსოფლიოს ყველა ქვეყანაში არის დამოუკიდებელი პროფესიის წარმომადგენელი და არ სარგებლობს საჯარო მოხელის სტატუსით.[29] ამ მოცემულობის გათვალისწინებით, საერთაშორისო სამართალი წევრ სახელმწიფოებს ვერ დაუწესებს არაგონივრულად მაღალ სტანდარტს, თუნდაც სახელმწიფოს ხარჯზე უზრუნველყოფილი დაცვის განხორციელების ფარგლებში წარმოშობილი ხარვეზების გამო.

უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხსა და მისი კონტროლის მნიშვნელობას თეორიასა და პრაქტიკაში ორი დამოუკიდებელი მიმართულებით განიხილავენ:

- ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ხელშემკვრელი სახელმწიფოს ვალდებულება – ეროვნულ დონეზე უზრუნველყოს იურიდიული დახმარების განმახორციელებელი ისეთი ინსტიტუციური ბაზისი, რომელმაც (ყველაზე ცოტა) უნდა მოახდინოს დადგენილი მინიმალური სტანდარტების დაცვა;
- საერთაშორისო სამართლით დადგენილ მინიმუმზე გაცილებით მაღალი სტანდარტის შიდაეროვნული პოლიტიკა, რომელიც მკაცრად ორიენტირებულია სახელმწიფოს მიერ უზრუნველყოფილი უფასო იურიდიული დახმარების მაღალ ხარისხზე და კანონით დადგენილი წესით მუდმივად ახორციელებს მონიტორინგს.

---

[26] 2017 წლის 13 თებერვლის №870 კონსტიტუციური სარჩელი, <http://constcourt.ge/ge/court/sarchelebi>, [24. 05. 2017].

[27] 2017 წლის 7 აპრილის №1/4/870 განჩინება <http://constcourt.ge/ge/legal-acts/rulings>, [24.05.2017].

[28] შეად. Open Society Justice Initiative, Legal Aid in Europe: Minimum requirements under international law, 2015, 13. იხ <https://www.opensocietyfoundations.org/briefing-papers/legal-aid-europe-minimum-requirements-under-international-law>, [24.05.2017].

[29] წინამდებარე კვლევის ფარგლებში ვერ მოიძებნა განსხვავებული სამართლებრივი მოცემულობის მაგალითი.

ამ ორ მოდელს შორის ძირითადი განსხვავებების პრაქტიკულ დონეზე იდენტიფიცირების მიზნით, საინტერესოა მოვახდინოთ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლისა და აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს სამოსამართლო სამართლის საკვანძო ასპექტების ანალიზი.

როგორც ზემოთაც ითქვა, ამერიკის კონსტიტუციის მე-6 შესწორებაში გარანტირებული დაცვის უფლება, რომელიც თავის თავში გულისხმობს ეფექტურობის სავალდებულო მინიმალური სტანდარტების დაცვას,[30] არაერთხელ გახდა ამერიკის უზენაესი სასამართლოს მსჯელობის საგანი და სამართლის განვითარების თვალსაზრისით საკმაოდ საინტერესო მიდგომები ჩამოყალიბდა. სახელდობრ, ამერიკული გამოცდილება განსაკუთრებით საყურადღებოა ზემოთ ნახსენებ პირველ კომპონენტთან მიმართებით, ვინაიდან ნათლად ჩანს, თუ რამდენად საბაზისოა საზოგადოებრივი ადვოკატების (*Public Lawyers*) მიერ განხორციელებული დაცვის ხარისხის კონტროლისა და ხარვეზების შემთხვევაში პასუხისმგებლობის სახელმწიფოსთვის დაკისრების სტანდარტები.

პრეცედენტული მნიშვნელობის საქმეების შესწავლამ გამოკვეთა განზოგადებული სურათი იმ ძირითადი კომპონენტებისა, რომლებზეც აპელირებდნენ მომჩივნები სახელმწიფოს მიერ მათი უფლებების დასაცავად დანიშნული საზოგადოებრივი ადვოკატების არაეფექტურობის დასაბუთებისას. შესაძლოა, ასეთმა ფაქტორებმა, ერთი შეხედვით, მართლაც გააჩინოს მოლოდინი, რომ მსგავს ვითარებაში და მსგავსი მახასიათებლების მქონე პირი ვერ განახორციელებს (განახორციელებდა) ეფექტურ იურიდიულ მომსახურებას სისხლის სამართლის საქმეზე, მაგრამ სასამართლოს მიერ ერთმნიშვნელოვნად არ იქნა გაზიარებული მომჩივანთა საჩივრები, რომლებიც საბუთდებოდა ქვემოთ ჩამოთვლილი გარემოებებიდან რომელიმეზე აპელირებით:

- ადვოკატის ასაკი (რომელშიც იგულისხმება როგორც ძალიან ახალგაზრდა ასაკი, ასევე მეტად ხანდაზმულობა);
- გამოუცდელობა (იგულისხმება როგორც უშუალოდ პროფესიული, ასევე მისი საზოგადო გაგება);
- გარკვეული სახის პროფესიული არაკომპეტენტურობა;
- პერსონალური ან/და ემოციური პრობლემები;
- ალკოჰოლიზმთან ან/და ნარკოტიკული ნივთიერებების უკანონო მოხმარებასთან დაკავშირებული პრობლემები;
- კანონთან კონფლიქტში ყოფნასთან დაკავშირებული პრობლემები (ანუ, როდესაც იგი თავად იმხილება არსებითი ხასიათის კანონდარღვევაში);
- ადვოკატთა ასოციაციის მიერ მისთვის გარკვეული სტატუსის შეჩერებასთან ან გაუქმებასთან დაკავშირებული პრობლემები.[31]

ამერიკულ სამეცნიერო ლიტერატურაში ზემოაღნიშნულ ფაქტორებს სამართლებრივი დაცვის შესაძლო არაეფექტურობის გარე ფაქტორებად (*Extrinsic Ineffectiveness*) მოიხსენიებენ, რომელიც აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ *Cronic*-ის საქმეზე გამოტანილ გადაწყვეტილებაში დაამკვიდრა.[32] ამ საქმეში მტკიცდებოდა გარემოებები, რომ სახელმწიფოს მიერ დანიშნული საზოგადოებრივი ადვოკატი იყო საკმაოდ ახალგაზრდა და გამოუცდელი, მას იმ დრომდე საერთოდ არ ჰქონდა მონაწილეობა მიღებული ნაფიც მსაჯულთა სასამართლო პროცესზე. მომჩივნის მტკიცებით, სწორედ გამოუცდელობის ფაქტორმა განაპირობა, რომ დამცველმა

[30] Weaver R. L., Abramson L. W., Burkoff J. M., C Hancock, Principle of Criminal Procedure, 4th ed., 2012, 40.

[31] შეად. იქვე, 41.

[32] United States v. Cronic, 466 U.S. 648 (1984), 666-667.

სისხლის სამართლის საქმის მასალების გასაცნობად და დაცვის მოსამზადებლად მხოლოდ ოცდახუთი დღე მოითხოვა. ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ გადაჭრით მიუთითა, რომ ვერცერთი ზემოთ ჩამოთვლილი გარე ფაქტორი *a prior* ვერ გახდება დაცვის არაეფექტურად განხორციელების არგუმენტი, თუ არ მოხდა სისხლის სამართლის საქმეში დაშვებული კონკრეტული არაკომპეტენტურობის ფაქტზე მითითება. განსაკუთრებით პროფესიულ გამოუცდელობასთან დაკავშირებით სასამართლომ აღნიშნა, რომ ნებისმიერი სისხლის სამართლის იურისტი დამწყებ ეტაპზე პირველ ნაბიჯს პირველი სისხლის სამართლის საქმისწარმოებით დგამს, შესაბამისად, ეს ვერ ჩაითვლება მისი რაიმე ფორმის ნაკლოვანებად.[33] ეს მიდგომები გამყარდა შედარებით მოგვიანებით *Cone*-ის[34] და *Nixon*-ის[35] საქმეებზეც. აქვე, თემატური კავშირის თვალსაზრისით, განსაკუთრებით საინტერესოა რუმინეთის შემთხვევა, სადაც უფასო იურიდიული დახმარების უზრუნველყოფაზე პასუხისმგებელი ორგანოები, საკადრო პოლიტიკის თვალსაზრისით, განსაკუთრებულ აქცენტს სწორედ ახალგაზრდა საზოგადოებრივ ადვოკატებზე აკეთებენ, რაც, ცხადია, არ ნიშნავს, რომ მენეჯმენტს არაკვალიფიციური და გამოუცდელი საზოგადოებრივი ადვოკატების დასაქმება სურთ.[36]

ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს აზრით, სახელმწიფომ სისტემურ დონეზე უნდა უზრუნველყოს ბრალდებისა და დაცვის შეჯიბრებითობა და თანასწორობა სამართალწარმოების პროცესში და მას მხოლოდ მაშინ უნდა დაეკისროს უფასო იურიდიული დახმარების არაეფექტურობაზე პასუხისმგებლობა, როდესაც ინსტიტუცია შიდაეროვნულ დონეზე იმდენად დაუხვეწავია, რომ თავად სისტემა ვერ უზრუნველყოფს საზოგადოებრივი ადვოკატების მაღალ პროფესიონალიზმს. სასამართლოს ეს დამოკიდებულება უფრო ნათლად *Strickland*-ის საქმეზე გამოიკვეთა, სადაც დაადგინა, რომ ამერიკის კონსტიტუციის მე-6 შესწორების მიზნებისთვის სისხლისსამართლებრივი დაცვის არაეფექტურად მისაჩნევად საზოგადოებრივ ადვოკატს სამართალწარმოების პროცესში უნდა ჰქონდეს დაშვებული ისეთი მასშტაბისა და ხარისხის პროფესიული შეცდომები, რომ, საერთო ჯამში, მისი აქტივობების ერთობლიობა კონკრეტულ სისხლის სამართლის საქმეზე არ აღიქმებოდეს როგორც ადვოკატის და უფლებადამცველის მოქმედებები.[37] ამავე საქმეში სასამართლომ ხაზი გაუსვა არსებულ გარემოებათა ერთობლიობაში შეფასების მნიშვნელობას და განაცხადა, რომ ადვოკატის მიერ განხორციელებული ერთი კონკრეტული არაეფექტური მოქმედება, ცალკე აღებული, ვერ გახდება მისი იმ კონკრეტულ სისხლის სამართლის საქმეზე განხორციელებული დაცვის უხარისხოდ მიჩნევის საფუძველი.[38]

საგულისხმოა, რომ დაცვის არაეფექტურობის გააზრებასთან მიმართებით ამერიკული და ევროპული მიდგომები საკმაოდ ჰგავს ერთმანეთს. პირობითად, ზემოთ ნახსენებ *Strickland*-ის საქმეზე ჩამოყალიბებული პრინციპების კლასიკურ მაგალითად შესაძლოა მოვიხმოთ ადა-

---

33 *Bazelon D. L.,* The Defective Assistance of Counsel, Vol. 42, 1973, 1, 18-19.

34 *Bell v. Cone,* 535 U.S. 685 (2002).

35 *Florida v. Nixon,* 543 U.S. 175, 190 (2004).

36 *Bard K., Terzieva V.,* Legal Services for Indigent Criminal Defendants in Central and Eastern Europe, Parker School Journal of East European Law Vol. 5, 1998, 17.

37 *Strickland v. Washington,* 466 U.S. 668 (1984).

38 ნიშანდობლივია, რომ ფაქტობრივი და სამართლებრივი გარემოებების ერთობლიობაში შეფასების ტენდენცია აქვს ასევე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს, განსაკუთრებით, როდესაც საკითხი ეხება ევროკონვენციის მე-6 მუხლით გათვალისწინებული სამართლიანი სასამართლოს უფლების შესაძლო დარღვევას კონვენციის ხელშემკვრელი რომელიმე სახელმწიფოს ეროვნული ინსტიტუციების მიერ. მაგ.: inter alia Bendenoun v. France, [1994] ECHR (Ser. A.) 61; *Efisio Pisano v.* Italy, [2001] ECHR (Ser. A.) 23-24.

მიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული მნიშვნელობის ***Artico***-ს საქმე,[39] სადაც საზოგადოებრივი ადვოკატის ქმედებები აშკარად არ აღიქმებოდა დამცველისათვის შესაფერის აქტივობებად და რაც ყველაზე ნიშანდობლივია, არც სახელმწიფო ინსტიტუტების კუთხით არსებობდა ხარისხის კონტროლის სისტემური მექანიზმები.

ზემოხსენებულ საქმეში წვრილმანი თაღლითობისთვის მსჯავრდებულმა ეტორე არტიკომ (***Ettore Artico***) თავდაპირველად დაცვა არჩევითი ადვოკატის საშუალებით განახორციელა, თუმცა მოგვიანებით მან საკასაციო სასამართლოს წინაშე უფასო იურიდიული დახმარებით უზრუნველყოფა მოითხოვა, რაც დაკმაყოფილდა, თუმცა მხოლოდ მაშინ, როცა შუამდგომლობის დაყენებიდან ხუთი თვე იყო გასული. ამ ფაქტიდან ერთი თვის შემდეგ მსჯავრდებულმა საკასაციო სასამართლოს წერილობით აცნობა, რომ მას ამ დრომდე კომუნიკაცია არ ჰქონია საზოგადოებრივ ადვოკატთან და მოითხოვა, სახელმწიფოს მისთვის უზრუნველეყო ეფექტური და ქმედითი იურიდიული დახმარება. გათვალისწინებით იმისა, რომ ზემოაღნიშნულმა საზოგადოებრივმა ადვოკატმა გაუარესებული ჯანმრთელობის მდგომარეობის გამო ეფექტური დაცვის განხორციელება ვერ მოახერხა, განმცხადებელმა კატეგორიულად მოითხოვა არაეფექტური დამცველის საქმიდან ჩამოცილება და სხვა ადვოკატის ჩართვა, მაგრამ მისი ეს მოთხოვნა არ იქნა დაკმაყოფილებული, მეტიც, მას ურჩევდნენ, გაეთხოვა თავისივე განცხადება სახელმწიფოს მიერ დანიშნული ადვოკატის ჩამოცილების თაობაზე. მსჯავრდებულს არც სასამართლოში საქმის არსებითი განხილვის დროს მიეცა არაეფექტური დამცველის საქმიდან ჩამოცილების საშუალება, რის გამოც მიიჩნია, რომ მის მიმართ დაირღვა ეფექტური დაცვის უფლება.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ გაიზიარა განმცხადებელ ე. არტიკოს ზემოაღნიშნული პოზიცია და განმარტა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით უფლებები გარანტირებულია არა ილუზიურად ან თეორიულად, არამედ ეს უფლებები უნდა იყოს ეფექტური და პრაქტიკული.[40] სასამართლოს მითითებით, კონვენციის მე-6 მუხლის მე-3(c) ქვეპუნქტში ნახსენებია სიტყვა „დახმარება“ და არა „დანიშვნა“, რაც შესაბამის კონტექსტში გულისხმობს, რომ, ფორმალური თვალსაზრისით, საქმეზე ადვოკატის დანიშვნის ფაქტი არ ქმნის ეფექტური სამართლებრივი დაცვის განხორციელების პრეზუმფციას, თუნდაც იმიტომ, რომ „მას შემდეგ, რაც ადვოკატი საქმეზე დაინიშნება, იგი შეიძლება გარდაიცვალოს, მნიშვნელოვნად დაავადდეს, ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში აარიდოს თავი ნაკისრი უფლება-მოვალეობების შესრულებას“[41] და სხვა. ამ კონკრეტულ საქმეზე სასამართლომ მიიჩნია, რომ განმცხადებელს სახელმწიფოს მიერ დანიშნული ადვოკატისგან არანაირი სარგებელი არ მიუღია მთელი სისხლის სამართლის საქმის წარმოების განმავლობაში.

დასკვნის სახით უნდა ითქვას, რომ *არტიკოს* საქმეზე სასამართლომ დაადგინა ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მე-3(c) ქვეპუნქტში დარღვევა, ვინაიდან სახელმწიფომ არ მოახდინა სათანადო რეაგირება საზოგადოებრივი ადვოკატის სრულ სამართლებრივ უუნარობაზე, განსაკუთრებით იმის გათვალისწინებით, რომ თავად დაცვის ქვეშ მყოფი პირის მიერ არაერთხელ გაცხადდა და სახელმწიფოსთვის ცნობილი გახდა ზემოაღნიშნული ფაქტის შესახებ.

ეს გადაწყვეტილება, მართალია, გასული საუკუნის 80-იან წლებში იქნა მიღებული, თუმცა პრეცედენტულ სამართალს იმ პერიოდში დანერგილი სტანდარტებისთვის დღემდე არ გადაუხედავს, მეტიც ეს მიდგომები სრულად იქნა გაზიარებული უკვე მოგვიანებით, 1993-1994

[39] ***Artico v.*** Italy, [1980] ECHR (Ser. A.).

[40] იქვე, 33.

[41] იქვე.

წლებში განხილულ ისეთ საქმეებზე, როგორებიცაა: „ინბრიოსია შვეიცარიის წინააღმდეგ“,[42] „სტანფორდი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ“[43] და სხვ.

განსაკუთრებული პრეცედენტული მნიშვნელობა აქვს ასევე ***Kamasinski***-ს საქმეს, ვინაიდან განსხვავებით ***Artiko***-ს საქმისგან, ამ შემთხვევაში ავსტრიის სახელმწიფომ გამოავლინა უფასო იურიდიული დახმარების არაეფექტურობის ფაქტებზე სათანადო რეაგირების ინსტიტუციური მზაობა. განმცხადებელმა სახელმწიფოს მიერ პირველად დანიშნული საზოგადოებრივი ადვოკატის მიმართ უკმაყოფილება გამოთქვა იმის თაობაზე, რომ იგი სათანადოდ ვერ ფლობდა ინგლისურ ენას, რაც შეუძლებელს ხდიდა მასთან კომუნიკაციის დამყარებას. ეს გარემოება შესაბამისი სახელმწიფო ინსტიტუტების მიერ გათვალისწინებულ იქნა და ადვოკატი დაუყოვნებლივ ჩამოაცილეს საქმის განხილვას. განმცხადებელი შემდგომში დანიშნული საზოგადოებრივი ადვოკატის მიმართაც გამოთქვამდა უკმაყოფილებას, კერძოდ, მისი მტკიცებით, დამცველი პირადად არ სტუმრობდა დასაცავ პირს, რათა იურიდიული კონსულტაცია გაეწია და ამგვარ საკითხებს სატელეფონო საშუალებით აგვარებდა. განმცხადებელი პროტესტს აცხადებდა იმ საფუძვლითაც, რომ საზოგადოებრივი ადვოკატი არ ახდენდა გამამართლებელი მტკიცებულებების მოძიებას სახელმწიფო ბრალდების წინააღმდეგ და არც სასამართლო განხილვაზე წარმოადგინა დაცვის მოწმეები.[44] ამ შემთხვევაშიც განმცხადებლის ლეგიტიმური უკმაყოფილება გათვალისწინებულ იქნა და არაეფექტურობის საფუძვლით ადვოკატი ჩამოაცილეს საქმის განხილვას. საბოლოოდ, ავსტრიის სახელმწიფოს სამართლიანი რეაგირებების ფარგლებში განმცხადებელს დაენიშნა საზოგადოებრივი ადვოკატი, რომელმაც მსჯავრდებული ციხეში მოინახულა და სასამართლოში წარადგინა საჩივარი მისი დაცვის ქვეშ მყოფი პირის მიმართ შეფარდებული სასჯელის უკანონობისა და კომპენსაციის მოთხოვნის თაობაზე, ასევე უზრუნველყო განაჩენის თარგმნა განმცხადებლისთვის გასაგებ ენაზე.

როგორც ვხედავთ, ძირითადი მსგავსება და განსხვავება ზემოაღნიშნულ ორ სამართლებრივ მოცემულობას შორის არის ის, რომ ორივე შემთხვევაში საზოგადოებრივი ადვოკატების ქმედებებში (უმოქმედობაში) უდავოდ ვლინდებოდა დაცვის არაეფექტურად განხორციელების ფაქტები. ***Kamasinski***-სთან მიმართებით კონვენციის ხელშემკვრელ სახელმწიფოს აღმოაჩნდა სწრაფი და ადეკვატური რეაგირების მექანიზმი, რაც ამ შემთხვევაში არაეფექტური საზოგადოებრივი ადვოკატის სისხლის სამართლის საქმიდან ჩამოცილებით გამოიხატებოდა და რაც ევროსასამართლომ ხარისხის კონტროლის საკმარის მექანიზმად ჩათვალა, მინიმალური საერთაშორისო სტანდარტების დაცვის თვალსაზრისით. სასამართლომ განმარტა, რომ „დაცვის განხორციელებასთან დაკავშირებული საკითხები, არსებითად, თავად ბრალდებულსა და ადვოკატს შორის ურთიერთობის სფეროა, მიუხედავად იმისა, ადვოკატი პირადი დაფინანსების საფუძველზეა დანიშნული თუ იურიდიული დახმარების სქემის ფარგლებში“.[45] შესაბამისად, „მე-6 მუხლის მე-3(c) ქვეპუნქტით გარანტირებული იურიდიული მომსახურების განხორციელებაში ჩარევის მოთხოვნა მხოლოდ იმ შემთხვევაში არსებობს, როდესაც სახელმწიფოს ხარჯზე დანიშნული ადვოკატის მიერ წარმომადგენლობის ეფექტურად განხორციელების უუნარობა თვალსაჩინოა“.[46]

ამდენად, ევროპული და ამერიკული გამოცდილების ანალიზი ცხადყოფს, რომ საერთაშორისო სტანდარტი საზოგადოებრივი ადვოკატების მიერ სახელმწიფოს ხარჯზე უზრუნველყოფილი დაცვის განხორციელების ხარისხსა და მისი კონტროლის მექანიზმებთან მიმართე-

---

[42] Imbrioscia v. Switzerland, [1993] ECHR (Ser. A.) 41.

[43] Stanford v. the United Kingdom, [1994] ECHR (Ser. A.) 28.

[44] *Kamasinski v. Austria,* [1989] ECHR (Ser. A.) 66.

[45] იქვე.

[46] იქვე.

ბით არის საკმაოდ ფრთხილი და ორიენტირებული იმაზე, რომ სახელმწიფოებმა, უბრალოდ, „დააფინანსონ“ შეჯიბრებითი პროცესი და უზრუნველყონ სამართლიანი სასამართლო; მეორე მხრივ, როდესაც საუბარი გვაქვს უფასო იურიდიული დახმარების მინიმალური სტანდარტების დაცვაზე, საერთაშორისო პრაქტიკა ხარისხის კონტროლის გამართულ მექანიზმად არ განიხილავს მხოლოდ განსაკუთრებულად ორგანიზებულ, ცალკე ნორმატიული აქტით გაწერილ სისტემას, რომლის პრაქტიკაში გამოყენებასაც შესაძლოა, სპეციალური ფუნქციებით აღჭურვილი დამოუკიდებელი ორგანიზაციული ერთეული ემსახურებოდეს. ამ შემთხვევაში საკმარისია, სახელმწიფოებმა შესაბამის პირთათვის უზრუნველყონ მაქსიმალურად ადრეული იურიდიული მომსახურების ხელმისაწვდომობა და არაეფექტური საზოგადოებრივი ადვოკატის სისხლის სამართლის საქმიდან დროული ჩამოცილება.

3.3. ხარისხის კონტროლის საშუალებები დასრულებულ სისხლის სამართლის საქმეებთან მიმართებით (მაქსიმალური სტანდარტი)

განსხვავებით ზემოთ განხილული შემთხვევებისგან, სადაც სახელმწიფოს მხრიდან საზოგადოებრივი ადვოკატის არაეფექტურობაზე რეაგირება მიმდინარე სამართალწარმოების პირობებში ხორციელდებოდა (მაგალითად *Kamasinski*-ს საქმე), დასრულებული საქმეების მონიტორინგი გაცილებით საფუძვლიანი და სამართლებრივი თვალსაზრისით ნაკლებად პრობლემატური საკითხია. წინამდებარე სამეცნიერო კვლევის ფარგლებში, ერთი მხრივ, ზოგადად, მიმოვიხილავთ, თუ როგორი საერთაშორისო გამოცდილება არსებობს დასრულებულ სისხლის სამართლის საქმეებზე ხარისხის მონიტორინგის კუთხით, ხოლო მეორე მხრივ, ვიმსჯელებთ ამ თვალსაზრისით არსებულ ქართულ პერსპექტივებზე.

წინა ქვეთავში ვრცლად შევეხეთ საერთაშორისო სტანდარტებითა და გამოცდილებით ჩამოყალიბებულ იმ საბაზისო საწყისებს, რომელთა დაცვაც ცივილიზებულ სამართლებრივ სახელმწიფოებს პოზიტიური ვალდებულების სახით ეკისრებათ. თუმცა ისიც ცხადია, რომ დემოკრატიულ საზოგადოებაში ადამიანის უფლებათა დაცვის თანამედროვე გამოწვევებთან ეს მინიმალური სტანდარტები ძალიან ზედაპირული და არასაკმარისია. უკანასკნელი წლების განმავლობაში განვითარებადი სახელმწიფოები მკვეთრად გამოხატავენ ტენდენციას – შიდაეროვნულ დონეზე დანერგონ უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის ისეთი მექანიზმები, რომლებიც არ შემოიფარგლებიან მხოლოდ იმაზე ზრუნვით, რომ არ დაირღვეს მინიმალური სტანდარტები და სახელმწიფო არ დადგეს საერთაშორისო პასუხისმგებლობის წინაშე. საერთაშორისო სამართლის არსი დემოკრატიული სამყაროს წევრი ქვეყნებისთვის არის სწორედ ის, რომ იგი აწესებს საბაზისო სტანდარტებს, თუმცა საერთაშორისო ორგანიზაციები წევრ ქვეყნებს აქტიურ მხარდაჭერას უცხადებენ, რათა არ დაკმაყოფილდნენ დადგენილი მინიმალური სტანდარტების დაცვით და გაცილებით მაღალი ხარისხის მართლმსაჯულება შესთავაზონ საზოგადოებას ეროვნულ დონეზე.

დღესდღეობით სხვადასხვა ქვეყანაში არსებობს წარმატებული მოდელები, რომელთა საშუალებითაც სახელმწიფოები დასრულებულ სისხლის სამართლის საქმეებთან მიმართებით ახორციელებენ უფასო იურიდიული მომსახურების კონტროლს, თუმცა ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ დასრულებული საქმეების მონიტორინგი არ არის მიზნის მიღწევის ერთადერთი საშუალება და არსებობს მიმდინარე საქმეებზე დაკვირვების ხერხებიც. მაგალითად, ისრაელში სპეციალურად გაწერილი საკანონმდებლო რეგულაციების საფუძველზე სახალხო დამცველის ოფისი სასამართლო პროცესებზე დასწრების გზით, რეგულარულად ამოწმებს საზოგადოებრივ ადვოკატთა მომსახურების ეფექტურობას. მას ასევე აქვს კონკრეტული საზოგადოებრივი

ადვოკატის საქმიდან ჩამოცილების საკანონმდებლო ბერკეტი.[47] სლოვაკეთში არაეფექტური საზოგადოებრივი ადვოკატის მიმდინარე საქმიდან ჩამოცილების უფლება თავად სასამართლოს აქვს, ხოლო პოლონეთში უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხთან დაკავშირებული პასუხისმგებლობა ადვოკატთა ასოციაციას ეკისრება. მეტიც, პროცესის მწარმოებელი ორგანოები (მაგ.: პროკურატურა, სასამართლო) საზოგადოებრივი ადვოკატის მხრიდან არაეფექტურობის ფაქტის გამოვლენის შემთხვევაში, ვალდებულნი არიან, ამის შესახებ პოლონეთის ადვოკატთა ასოციაციას შეატყობინონ.[48] პოლონეთის დისციპლინური სასამართლოს განმარტებით, სისხლის სამართლის საქმეზე დანიშნული საზოგადოებრივი ადვოკატი ისეთივე გულმოდგინებით უნდა ასრულებდეს საკუთარ მოვალეობებს, როგორც ჩვეულებრივად კლიენტის მიერ დაქირავებული ადვოკატი.[49] ხარისხის კონტროლის ეს მეთოდები უდავოდ ეფექტურია, თუმცა ადვოკატთა პროფესიული დამოუკიდებლობის პრინციპის დაცვასთან მიმართებით მეტად სენსიტიური, რაზეც ვრცლად მომავალ თავში გვექნება საუბარი.

რაც შეეხება უშუალოდ დასრულებულ სისხლის სამართლის საქმეებზე მონიტორინგის განხორციელებას, რომლის დანერგვისკენაც საქართველო აქტიურად მიისწრაფვის, ძირითადად, კომპიუტერული პროგრამის (***Case Managmant***) საშუალებით ხორციელდება და მასზე სრული პასუხისმგებლობა იურიდიული დახმარების სამსახურში სპეციალურად შექმნილ ორგანიზაციულ ერთეულს – მონიტორინგისა და ანალიზის სამმართველოს ეკისრება. დასრულებულ საქმეებზე მონიტორინგის კუთხით საკმაოდ საინტერესო და წარმატებული გამოცდილება აქვს ისეთ განვითარებულ სახელმწიფოს, როგორიც არის დიდი ბრიტანეთი.[50] იქ მოქმედი სისტემა გულისხმობს სამართალწარმოების დასრულების შემდგომ მონიტორინგის განმახორციელებელი პირების მიერ საქმეებზე სრულფასოვან წვდომას და მათ შეფასებას დაცვის განხორციელების შემდეგი ეტაპების მიხედვით:

- დასაცავი პირისთვის იურიდიულ დახმარებაზე ადრეული ხელმისაწვდომობის საკითხები;
- კლიენტთან კომუნიკაციის სიხშირე და შედეგები;
- საქმისწარმოება გამოძიების (სასამართლომდე) ეტაპზე;
- საქმისწარმოება პირველი ინსტანციის, სააპელაციო და საკასაციო ეტაპზე;
- უფლებადაცვითი აქტივობები სასჯელის აღსრულების ეტაპზე (სასჯელის შესაძლო გადავადება და სხვ.).

ინდივიდუალურ სისხლის სამართლის საქმესთან მიმართებით შეფასების ობიექტი ხდება ის ეტაპი, რომელიც გავლილია კონკრეტული სამართალწარმოების ფარგლებში. მონიტორინგს დაქვემდებარებული საქმეების ამორჩევა თითოეულ საზოგადოებრივ ადვოკატთან მიმართებით ხორციელდება შემთხვევითი შერჩევის პრინციპით და საკვანძო კრიტერიუმებს შემდეგი სამართლებრივი საკითხები წარმოადგენს:

- რამდენად სრულყოფილად ფლობდა საზოგადოებრივი ადვოკატი საქმის მასალებში ასახულ ინფორმაციას;
- რამდენად კვალიფიციურ სამართლებრივ რჩევებს აძლევდა საზოგადოებრივი ადვოკატი დასაცავ პირს სამართალწარმოების შესაბამის ეტაპზე;

---

47 *Hacohen M.,* District Public Defender for Jerusalem, Israel's Office of Public Defender: Lessons from the Past, Plans for the Future, 2002, 4.

48 *Hermelinski W.,* Country Report: Poland, Access to Legal Aid for Indigent Criminal Defendants in Central and Eastern Europe, Parker School Journal of Est European Law Vol. 5 1998. 1-2, 7.

49 *სუქნიძე ნ.*, როგორ გავხადოთ სამართალი ყველასათვის ხელმისაწვდომი, ნაწ. I, თბ., 2003, 98-99.

50 *McCormack N.,* Peer Review and Legal Publishing: What Law Librarians Need to Know about Open, Single-Blind, and Double-Blind Reviewing (February 7, 2009), Law Library Journal, Vol. 101, №59, 2009. <https:// papers. ssrn.com/sol3 / papers.cfm?abstract_id=1339227>, [24.05.2017].

• რამდენად ადეკვატურად იყო ორგანიზებული დაცვის სტრატეგია კონკრეტულ ბრალდებასთან მიმართებით;

• გამოიყენა თუ არა საზოგადოებრივმა ადვოკატმა კანონით გათვალისწინებული ყველა საშუალება ეფექტური დაცვის განსახორციელებლად (მტკიცებულებათა მოპოვების, ბრალდების მხარის არგუმენტების გაბათილების მხრივ და სხვ.);

• რამდენად კვალიფიციურად ფლობს საზოგადოებრივი ადვოკატი სამართლებრივი დოკუმენტების შედგენის უნარ-ჩვევებს;

• რამდენად რაციონალური და ადეკვატური იყო სახელმწიფო რესურსების დანახარჯი კონკრეტულ საქმესთან მიმართებით;

• და სხვ.

ბრიტანული გამოცდილების გაზიარების შემთხვევაში, ეს კრიტერიუმები თითოეულმა სახელმწიფომ საკუთარ კანონმდებლობასა და პრაქტიკას შიდაეროვნულ დონეზე ინდივიდუალური სპეციფიკის გათვალისწინებით უნდა შეუსაბამოს.

2013 წლის 13 დეკემბერს „იურიდიული დახმარების შესახებ“ საქართველოს კანონში განხორციელებული ცვლილებების შედეგად ცალსახად განისაზღვრა, რომ იურიდიული დახმარების (ახალშექმნილმა) საბჭომ სამსახურის დირექტორის წარდგინებით უნდა დაამტკიცოს იურიდიული დახმარების ხარისხის შეფასების წესი და კრიტერიუმები (კანონის მე-11 მუხლის პირველი პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტი). ქართული სისხლისსამართლებრივი სისტემის რეფორმის საერთო შედეგებისთვის უაღრესად მნიშვნელოვანია, რომ საქართველო არ შემოიფარგლოს იურიდიული დახმარების უზრუნველყოფის მხოლოდ მინიმალური საერთაშორისო გარანტიების დაცვით და არჩევანი ხარისხის მონიტორინგის შერეული ტიპის მექანიზმზე გააკეთოს. სახელდობრ, დაინერგოს დასრულებულ სისხლის სამართლის საქმეებზე ელექტრონული პროგრამის გზით მონიტორინგის სისტემა. ასევე გამონაკლისის სახით არსებობდეს მიმდინარე სისხლის სამართლის საქმეებზე სასამართლოში დაკვირვებისა და გამოვლენილ შედეგებზე დროული რეაგირების საკანონმდებლო ბერკეტები.

ლოგიკურად ჩნდება კითხვა იმის თაობაზე, თუ რას შეიძლება გულისხმობდეს იურიდიული დახმარების არაეფექტურობის ფაქტზე სახელმწიფოს რეაგირება, ანუ რა საკანონმდებლო ბერკეტები აქვს სახელმწიფოს, რომ აღკვეთოს ზემოაღნიშნული შემთხვევა. თვალსაჩინოებისთვის განვიხილოთ მოცემულობა, როდესაც დაუსწრებელი სამართალწარმოების ფორმატში საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 45-ე მუხლის „თ“ ქვეპუნქტის საფუძველზე, ძებნილ პირს სახელმწიფოს მიერ სავალდებულო წესით დაენიშნა საზოგადოებრივი ადვოკატი, რომელიც ცალსახად არასათანადო იურიდიულ მომსახურებას ახორციელებს. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის (შემდგომში – სსსკ) მე-60 მუხლი, რომელიც აერთიანებს სისხლის სამართლის პროცესში ადვოკატის მონაწილეობის გამომრიცხავ გარემოებებს, არ ითვალისწინებს არაეფექტურობის მოტივით საზოგადოებრივი ადვოკატის საქმიდან ჩამოცილების შესაძლებლობას. ეს მექანიზმი არ არის გათვალისწინებული ასევე „იურიდიული დახმარების შესახებ“ კანონში, ან რომელიმე სხვა ნორმატიულ აქტში. შესაბამისად, თავად საკანონმდებლო თვალსაზრისითაც სიტუაცია საკმაოდ ჩიხურია. კერძოდ, უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლი საუკეთესო მეთოდითაც რომ განხორციელდეს, შიდაეროვნული კანონმდებლობის ფარგლებში საზოგადოებრივი ადვოკატის საქმიდან ჩამოცილების ბერკეტი ფიზიკურად არ არსებობს. ეს შესაძლებელია მხოლოდ ევროსასამართლოს პრეცედენტული სამართლის საფუძველზე ჩამოყალიბებული დასაბუთებით.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მიზანშეწონილია, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 45-ე მუხლს დაემატოს „მ“ ქვეპუნქტი, რომელიც პროცე-

სის მწარმოებელ ორგანოს მიანიჭებს უფლებამოსილებას, რომ საზოგადოებრივი ადვოკატი, აშკარად არაეფექტური იურიდიული მომსახურების შემთხვევაში, მხარეთა შუამდგომლობის საფუძველზე ან საკუთარი ინიციატივით ჩამოაშოროს სისხლის სამართლის საქმის განხილვას. ბუნებრივია, იმავე უფლებამოსილებით ვერ ისარგებლებს თავად იურიდიული დახმარების სამსახური, ვინაიდან იგი არ არის პროცესის მწარმოებელი ორგანო და მოსამართლის გარეშე ვერ ჩამოაცილებს საზოგადოებრივ ადვოკატს სისხლის სამართლის საქმეს.

4. ადვოკატის პროფესიულ დამოუკიდებლობასა და იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლთან დაკავშირებული სირთულეები

ამ თავში განსახილველი საკითხის ზუსტად იდენტიფიცირების მიზნით, დასაწყისშივე უნდა აღვნიშნოთ, რომ, როდესაც საუბარი გვაქვს ადვოკატის პროფესიულ დამოუკიდებლობაზე, არ იგულისხმება მხოლოდ იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის პროცესში განხორციელებული შესაძლო არათანაზომიერი ჩარევა. საკითხი ასევე პრობლემურია შემდეგი კუთხითაც: მოქმედი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის პირობებში რამდენად „თავისუფალია" ადვოკატი თავად დასაცავი პირისგან იმ თვალსაზრისით, რომ განხორციელებული უფასო იურიდიული მომსახურების ხარისხზე დამოუკიდებლად აგოს პასუხი სრული მოცულობით, ანუ რამდენად აძლევს ადვოკატს არსებული კანონმდებლობა თვითორგანიზების საკმარის საშუალებას.

ამდენად, საკითხი ორი დამოუკიდებელი მიმართულებით უნდა განვიხილოთ:

- არსებობს თუ არა იმის რისკი, რომ არაკეთილსინდისიერების შემთხვევაში საზოგადოებრივმა ადვოკატმა საკუთარი პროფესიული არაეფექტურობა დაგაბრალოს დაცვის ქვეშ მყოფ პირს და განაცხადოს, რომ სწორედ მან შეზღუდა მოქმედებათა მთელ რიგში, რომელთა განხორციელებაც დაცვას გაცილებით მაღალი ხარისხში აიყვანდა;
- რა მასშტაბებითა და საშუალებებით არის იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის განმახორციელებელი სუბიექტი უფლებამოსილი, მოიძიოს ადვოკატსა და კლიენტს შორის ურთიერთობის კონფიდენციალობით დაცული ინფორმაცია.

გადაჭარბებული არ იქნება, თუ ვიტყვით, რომ ეს ორი საკითხი უფასო იურიდიული მომსახურების თანამედროვე ადმინისტრირების სფეროში ერთ-ერთი ყველაზე რთული ამოცანაა და უკანასკნელი წლების განმავლობაში მას არაერთი საერთაშორისო და ადგილობრივი კონფერენცია მიეძღვნა.[51] ამ საკითხის სიღრმისეული გააზრების გარეშე პრაქტიკულად წარმოუდგენელია იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის ეფექტური და ადამიანის უფლებათა სამართლის ფუნდამენტურ ღირებულებებთან ადაპტირებული მექანიზმის დანერგვა.

ზემოთ მითითებულ პირველ საკითხთან მიმართებით (რომელსაც პირობითად უხარისხო დაცვის კლიენტისათვის გადაბრალების პრობლემა შეიძლება დავარქვათ) სირთულე ისაა,

[51] მაგალითად, 2009 წლის 30 ოქტომბერს ქ. სოფიაში (ბულგარეთი) გამართული საერთაშორისო კონფერენცია – იურიდიული დახმარების საერთაშორისო ქსელის სამუშაო შეხვედრა (Workshop of Legal Aid Network) თემაზე – „ევროპის ქვეყნებში უფასო იურიდიული დახმარების სისტემის რეფორმირების ხელშეწყობა, გამოცდილების გაზიარება და შემდგომი თანამშრომლობის შესაძლებლობების განხილვა", ღია საზოგადოება – სამართლებრივი ინიციატივის (Open Society Justice Initiative (OSJI)) ორგანიზებითა და ფინანსური მხარდაჭერით. 2010 წლის 29 სექტემბერს ქ. თბილისში ჩატარებული იმავე ფორმატის კონფერენცია – სამუშაო ჯგუფის მომდევნო ყოველწლიური შეხვედრა თემაზე – „უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხის უზრუნველყოფის მექანიზმები". 2011 წლის 15 აპრილს შოტლანდიაში (დიდი ბრიტანეთი) ჩატარებული საერთაშორისო კონფერენცია თემაზე – „უფასო იურიდიული დახმარების სისტემის ორგანიზაციული მოწყობის საკითხები", ევროკავშირის პროექტის – „კანონის უზენაესობის მხარდაჭერა საქართველოში" – ორგანიზებითა და ფინანსური მხარდაჭერით.

რომ, განსხვავებით 1998 წლის 20 თებერვლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით დადგენილი რეგულაციებისგან, 2009 წლის 9 ოქტომბრის საპროცესო კოდექსი არაგონივრულად მკაცრად ზღუდავს ადვოკატის პროფესიული დამოუკიდებლობის ფარგლებს სისხლის სამართლის საქმეებთან მიმართებით. კერძოდ, სსსკ-ის 44-ე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად, „ადვოკატს უფლება არა აქვს, იმოქმედოს ბრალდებულის *მითითებისა* და ინტერესების საწინააღმდეგოდ". ეს საკანონმდებლო სიახლე, რომელიც, ერთი შეხედვით, შესაძლოა, მხოლოდ საკანონმდებლო ტექნიკის საკითხად იქნეს მოაზრებული, პრაქტიკული რეალიზაციის პირობებში იწვევს იმას, რომ განსაკუთრებით შესაბამისი ინტელექტუალური პოტენციალის მქონე დასაცავი პირი არცთუ იშვიათად, ახდენს ადვოკატის მიერ შედგენილი ძირითადი საპროცესო დოკუმენტების კორექტირებას, ასევე აძლევს მითითებას მისი შინაარსის მკვეთრად შეცვლის თაობაზე ან/და გამოთქვამს სხვა სახის შენიშვნებს საადვოკატო საქმიანობასთან დაკავშირებული აქტივობების კუთხით.[52] შესაბამისად, რაოდენ უცნაურადაც უნდა ჟღერდეს, ადვოკატის მიერ განხორციელებული საქმიანობა ან/და მის მიერ წარმოებული საპროცესო დოკუმენტების ხარისხი ყოველთვის არ არის ადვოკატის პროფესიული თავისუფლებისა და თვითორგანიზების პროდუქტი, რაც განხორციელებული დაცვის, მათ შორის საპროცესო დოკუმენტების, ხარისხობრივი კვლევისას ობიექტურ სურათს მოგვცემდა კონკრეტული ადვოკატის პროფესიული უნარებისა და კეთილსინდისიერების თაობაზე. გარდა ამისა, ასეთი იმპერატიული დათქმა კანონმდებლობაში, რომელიც უკავშირდება დასაცავი პირის მხრიდან „მითითების" გაცემის შესაძლებლობას საკუთარი ადვოკატის მიმართ, არ ესადაგება საადვოკატო საქმიანობისა და მართლმსაჯულების სისტემის ზოგადსამართლებრივ სულისკვეთებას. ცხადია, დავას არ შეიძლება იწვევდეს ის საკითხი, რომ ადვოკატის საქმიანობის ამოსავალი წერტილი სწორედ დასაცავი პირის სასიკეთო სამართლებრივი მიზნებია, თუმცა იგი ორიენტირებული უნდა იყოს მისი საუკეთესო ინტერესების დაცვაზე და კანონი არ უნდა იყენებდეს ისეთი ტიპის ტერმინოლოგიას, როგორიც უფრო მეტი ბუნებრიობით საპროკურორო საქმიანობაზე ზედამხედველობის მომწესრიგებელ რეგულაციებთან მიმართებით გვხვდება. ეს საკანონმდებლო ხარვეზი განსაკუთრებული პრობლემატურობით სწორედ საზოგადოებრივი ადვოკატების საქმიანობასთან მიმართებით აისახება, ვინაიდან მათ, სავალდებულო დაცვის სპეციფიკური ხასიათიდან გამომდინარე, არ აქვთ უფლება, შეწყვიტონ ურთიერთობა თუნდაც ამ კუთხით გამორჩეულად პრობლემურ დასაცავ პირებთან და უწევთ, განახორციელონ ისეთი ხარისხის მომსახურება, რომელიც მონიტორინგის პირობებში შესაძლოა არ აკმაყოფილებდეს მოთხოვნილ სტანდარტებს.

თვალსაჩინოებისთვის თუ მიმოვიხილავთ ევროკავშირის ქვეყნების მაგალითებს, ვნახავთ, რომ საპროცესო კანონმდებლობა ადვოკატს ავალდებულებს დაცვის ქვეშ მყოფი პირის კანონიერი ინტერესების წარმომადგენლობას, თუმცა არ აკეთებს დათქმას, რომ ბრალდებული უფლებამოსილია, პირდაპირი მითითებების გაცემით ჩაერიოს დაცვის სტრატეგიისა და კონკრეტული საგამოძიებო თუ სხვა საპროცესო მოქმედებების დაგეგმვის პროცესში. მაგალითად, საფრანგეთის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 274-ე მუხლის შესაბამისად, ბრალდებულს უფლება აქვს, აირჩიოს ადვოკატი, რომელიც მას დაეხმარება უფლებების დაცვაში.[53] ბულგარეთის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 99-ე მუხლის შესაბამისად, რომელიც სპეციალური ნორმაა და აერთიანებს ადვოკატის ვალდებულებების სპექტრს,

[52] ამ საკითხზე დაწვრილებით იხ. ლალიაშვილი თ., ადვოკატის მიერ პროფესიული ფუნქციების შესრულება, დაცვის სტრატეგია და ბრალდებულის პირადი მითითებები, გურამ ნაჭყებიასადმი მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, რედ. ნ. თოდუა, თბ., 2016, 104-109.

[53] Criminal Procedure Code of French. <http://www.legislationline.org>, [24.05.2017].

ადგენს, რომ ადვოკატი ვალდებულია, ბრალდებული უზრუნველყოს იურიდიული დახმარებით და სამართალწარმოების შესაბამის ეტაპებზე განუმარტოს ყველა ფაქტობრივი და სამართლებრივი გარემოება, რომლებიც ბრალდებულისთვის უპირატესია უფლებადაცვის თვალსაზრისით. ასევე კოორდინაციაში იყოს მასთან დაცვის განხორციელების ძირითადი მიმართულებების განსაზღვრისას.[54] ფინეთის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მეორე თავის მე-6 ნაწილის შესაბამისად, ბრალდებულისა და დაზარალებულის ადვოკატმა კეთილსინდისიერებისა და საუკეთესო ადვოკატირების პრაქტიკაზე დაფუძნებით უნდა დაიცვას საკუთარი კლიენტის კანონიერი ინტერესები და ამ მიზნით ხელი შეუწყოს საქმეზე შედეგის მიღწევას.[55]

როგორც ვხედავთ, საერთაშორისო პრაქტიკასთან შედარებით საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 44-ე მუხლის პირველი ნაწილი გაცილებით ხისტი და არათანაზომიერია, რაც ამგვარი ფორმულირების პირობებში რისკებს ორი მიმართულებით წარმოშობს: ერთი, როდესაც საზოგადოებრივ ადვოკატს შესაძლოა დაცვის ქვეშ მყოფი პირისგან არ მიეცეს საშუალება, განახორციელოს ეფექტური დაცვა; და მეორე, როდესაც არაკეთილსინდისიერი ადვოკატი შესაძლოა, ეცადოს უხარისხო იურიდიული მომსახურების დაცვის ქვეშ მყოფისთვის გადაბრალებას და პასუხისმგებლობის თავიდან ასარიდებლად განაცხადოს, რომ იგი დასაცავი პირის მითითებებით მოქმედებდა. სწორედ ამ დროს დგება დღის წესრიგში ზემოთ დასმული მეორე საკითხი, კერძოდ, რა მასშტაბებითა და საშუალებებით არის იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის განმახორციელებელი სუბიექტი უფლებამოსილი, მოიძიოს ადვოკატსა და კლიენტს შორის ურთიერთობის კონფიდენციალობით დაცული ინფორმაცია.

ადვოკატისა და დასაცავი პირის სამართლებრივი ურთიერთობის კონფიდენციალურობის დაცვის პრინციპი იმპერატიული რეგულაციის სახით განმტკიცებულია შემდეგ აქტებში:

- ევროგაერთიანების ადვოკატთა ეთიკის კოდექსი (2.3. მუხლი);[56]
- სსიპ – საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი (მე-4 მუხლი);
- საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“ (მე-3 მუხლის „ზ“ ქვეპუნქტი, მე-5 ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტი, მე-7 მუხლი და 38-ე მუხლის მე-6 ნაწილი);
- საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (38-ე მუხლის მე-5 ნაწილი და 43-ე მუხლი).

პრობლემაა მესამე პირის მხრიდან ამ ინფორმაციაზე წვდომის საკითხი, რაც ჩვენ მიერ იდენტიფიცირებულ პრობლემასთან პირდაპირპროპორციულია. ზოგ შემთხვევაში იურიდიულ საზოგადოებაში ხდება ადვოკატის პროფესიულ საიდუმლოებას დაქვემდებარებული ინფორმაციის (როგორც ტერმინისა და მისი სამართლებრივი არსის) არასწორად განმარტება. იურისტების ნაწილის მოსაზრებით, მასში იგულისხმება მხოლოდ ის ინფორმაცია, რომელიც ადვოკატმა დასაცავი პირის მხრიდან პერსონალური შეხვედრისას (მაგ., სასჯელაღსრულების დაწესებულებაში ვიზიტისას) შეიტყო. არსებობს განსხვავებული ხედვაც, რომლის თანახმად, აღნიშნულის გარდა, კონფიდენციალურობას ექვემდებარება დასაცავი პირის იდენტიფიკაციასა და პერსონალურ მახასიათებლებთან დაკავშირებული დეტალები. ცალსახად უნდა ითქვას, რომ ორივე ხსენებული პოზიცია წარმოადგენს (არა მცდარ, მაგრამ) არასრულ განმარტებას, ვინაიდან ქართულ რეალობაში საადვოკატო საქმიანობის მარეგულირებელი სპეციალური საკანონმდებლო აქტი – კანონი „ადვოკატთა შესახებ“ (მე-7 მუხლი) და ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი (მე-4 მუხლი) – კონფიდენციალურობის ვალდებულებას ერთმნიშვნელოვნად

[54] Criminal Procedure Code of Bulgaria. <http://www.legislationline.org>, [24.05.2017].

[55] Criminal Procedure Code of Finland. <http://www.legislationline.org>, [24.05.2017].

[56] დოკუმენტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <http://www.ccbe.eu/documents/professional-regulations>, [24.05.2017].

უქვემდებარებს ყველა იმ ინფორმაციას, რომლებიც ადვოკატისთვის ცნობილი გახდა მისი პროფესიული მოვალეობის შესრულებისას, ანუ ცნობილი ვერ გახდებოდა, თუ ის კონკრეტულ საქმეზე არ განახორციელებდა უფლებადაცვით საქმიანობას. ზემოაღნიშნული აქტები ითვალისწინებს კონფიდენციალური ინფორმაციის გავრცელების მხოლოდ ორ შესაძლებლობას: 1. თავად კლიენტის თანხმობა და 2. როდესაც ადვოკატის მიერ პროფესიული მოვალეობის ეფექტურად შესრულების მიზნით, ხდება გარეშე პირის მოწვევა (მაგ.: ექსპერტი, თარჯიმანი). ამ შემთხვევაშიც იგი ვალდებულია, უზრუნველყოს მოწვეული პირებისათვის გამჟღავნებული ინფორმაციის გაუვრცელებლობის გარანტიები.

ამდენად, როდესაც არსებობს ეჭვი, რომ ადვოკატის მხრიდან ხდება არაეფექტური დაცვის კლიენტისთვის გადაბრალება, ერთადერთი საშუალება, რომელსაც შეუძლია, მიმართოს იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის განმახორციელებელმა სუბიექტმა არის ის, რომ დასაცავ პირს წერილობით ან ზეპირსიტყვიერად დაეკონტაქტოს და დააფიქსიროს მისი გამოკითხვის მიზანშეწონილობა და სურვილი ადვოკატთან მისი ურთიერთობის საკითხებზე. ამ გზით შესაძლებელი გახდება, თავად დასაცავი პირისგან გაირკვეს ადვოკატის მიერ, სავარაუდოდ, მასზე გადაბრალებული ინფორმაციის ნამდვილობა, თუმცა შედეგობრივი თვალსაზრისით ეს მეთოდიც არ არის საკმარისად ეფექტური, ვინაიდან დასაცავმა პირმა რომც უარყოს ადვოკატის მიერ მონიტორინგის სამსახურისთვის მიწოდებული ინფორმაცია, ორი ინდივიდუალური ურთიერთსაწინააღმდეგო მტკიცებულების დაპირისპირების პირობებში ვერ მოხდება საზოგადოებრივი ადვოკატისთვის რაიმე სახის პასუხისმგებლობის დაკისრება. მეტიც, სამართლის ზოგადი პრინციპების შესაბამისად, მტკიცების სტანდარტის არასაკმარისობის გამო, უდანაშაულობის პრეზუმფცია ადვოკატის ინტერესების სასარგებლოდ იმოქმედებს.

გარდა ზემოაღნიშნულისა, შესაძლოა, განვიხილოთ მეორე მეთოდიც, სახელდობრ, რამდენად ეფექტური იქნება, რომ საზოგადოებრივ ადვოკატს დაუწესდეს საკანონმდებლო ვალდებულება, შეადგინოს შესაბამისი ოქმი და ბრალდებულს ხელმოწერით დაადასტურებინოს ისეთი შემთხვევების ნამდვილობა, როდესაც ადვოკატი არ ეთანხმება დასაცავი პირის მითითებებს დაცვის სტრატეგიასა და ხარისხთან მიმართებით. ამ მხრივაც საკითხი საკმაოდ პრობლემურია, თუნდაც ამის ტექნიკურად მოხერხების თვალსაზრისით. პრაქტიკაში ძალიან ხშირად სისხლის სამართლის პასუხისგებაში მიცემული პირები უარს აცხადებენ რაიმე სახის დოკუმენტის ხელმოწერაზე, მითუმეტეს, იმ ადვოკატთან მიმართებით, რომელსაც იგი „სახელმწიფოს მიერ დანიშნულად“ აღიქვამს. გარდა ამისა, ამგვარი ქმედებები სრულიად არაბუნებრივი და პარადოქსულია კლიენტსა და ადვოკატს შორის ნდობის ჩამოყალიბებისა და საერთო ინტერესებით მოქმედების თვალსაზრისით.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საკითხის გადაჭრის ერთადერთ სწორ და ყველაზე მარტივ გზად მიგვაჩნია სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 44-ე მუხლთან მიმართებით განხორციელდეს შესაბამისი საკანონმდებლო ცვლილება და ადვოკატი განთავისუფლდეს თუნდაც დასაცავი პირის პირდაპირი მითითებების შესრულებისგან.

5. დასკვნა

ამდენად, ნაშრომში შევეცადეთ, ყურადღება გაგვემახვილებინა ყველა იმ თეორიულ და პრაქტიკულ ასპექტზე, რომლებიც აქტუალურია უფასო იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის სისტემის ეფექტურად ფუნქციონირების თვალსაზრისით. ასევე, შევეხეთ საქართველოს სისხლის სამართლის სისტემის რეფორმის ფარგლებში გასატარებელ ღონისძიებებს, რომლებიც უნდა გახდეს გარანტი არა მხოლოდ საერთაშორისო სტანდარტებით დადგენილი

საბაზისო მოთხოვნების დაცვის, არამედ ზემოაღნიშნული იურიდიული სერვისით მოსარგებლე ბენეფიციარებს შესთავაზოს უახლეს გამოწვევებზე მორგებული, ობიექტურად მაღალი სტანდარტების იურიდიული მომსახურება.

ბუნებრივია, ყოველივე აღნიშნული ვერ მოხდება სისტემური რეფორმებისთვის დამახასიათებელი სირთულეების გადალახვისა და ზოგიერთი საკითხის ძირეული ანალიზის გარეშე, შესაბამისად, შევეცადეთ, ნაშრომში შევხებოდით რამდენიმე საკვანძო საკითხს, რომლებიც განსაკუთრებით პრობლემურია, ერთი მხრივ, ადვოკატთა პროფესიული დამოუკიდებლობის პატივისცემისა და, მეორე მხრივ, უფასო იურიდიული მომსახურების ხარისხის კონტროლის ურთიერთმიმართების თვალსაზრისით.

ყოველივე ზემოაღნიშნულის საფუძველზე დასკვნის სახით შეიძლება მოვიყვანოთ რამდენიმე ძირითადი დებულება, რომლებიც აყალიბებს კვლევაში დასმული საკითხებისადმი თანამედროვე მიდგომებს და შეიცავს გამოვლენილი პრობლემების გადაჭრისათვის საჭირო განსხვავებულ ხედვას:

1. იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის მასშტაბებთან მიმართებით არსებობს საკითხის ორგვარი გააზრების საშუალება: 1. სახელმწიფომ მოახდინოს საერთაშორისო გამოცდილებით არსებული მინიმალური სტანდარტის დაცვა ან/და 2. არ შემოიფარგლოს საბაზისო საჭიროებების უზრუნველყოფით და დანერგოს ხარისხის კონტროლის თანამედროვე გამოწვევებზე ორიენტირებული მაქსიმალურად ეფექტური სამართლებრივი დაცვის სისტემა;

2. რეკომენდებულია, იურიდიული დახმარების ხარისხის კონტროლის შერეული მოდელი, რომელიც მონიტორინგს მოახდენს როგორც მიმდინარე სისხლის სამართლის საქმეებზე (შედარებით მცირე დოზით), ასევე დასრულებულ საქმეებზე სპეციალური ელექტრონული პროგრამის მეშვეობით;

3. რეკომენდებულია, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 45-ე მუხლს დაემატოს „მ“ ქვეპუნქტი, რომელიც პროცესის მწარმოებელ ორგანოს მიანიჭებს უფლებამოსილებას, რომ საზოგადოებრივი ადვოკატი აშკარად არაეფექტური იურიდიული მომსახურების შემთხვევაში მხარეთა შუამდგომლობის საფუძველზე ან საკუთარი ინიციატივით ჩამოაშოროს სისხლის სამართლის საქმის განხილვას.

4. ასევე რეკომენდებულია, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში განხორციელდეს საკანონმდებლო ცვლილებები, რომლებიც ადვოკატს გაათავისუფლებს დაცვის ქვეშ მყოფი პირის კონკრეტული მითითებებისადმი აბსოლუტური მორჩილების ვალდებულებისგან, რაც გამორიცხავს, ერთი მხრივ, საზოგადოებრივი ადვოკატისთვის პასუხისმგებლობის დაკისრებას ისეთ შემთხვევებზე, რომელზეც თავად ვერ იქნება პასუხისმგებელი ზემოთ განხილული ობიექტური გარემოებებიდან გამომდინარე და, მეორე მხრივ, მოსპობს ადვოკატების მხრიდან არაეფექტური დაცვის კლიენტისთვის გადაბრალების მავნე პრაქტიკას.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს კონსტიტუცია, 24/08/1995.
2. საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“, 20/06/2001.
3. საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი, 15/04/2006.
4. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 09/10/2009.
5. იურიდიული დახმარების საბჭოს №20 გადაწყვეტილება „საჯარო სამართლის იურიდიული პირი – იურიდიული დახმარების სამსახურის დებულების დამტკიცების შესახებ“, 03/04/2015.

6. იურიდიული დახმარების საბჭოს №39 გადაწყვეტილება „სსიპ – იურიდიული დახმარების სამსახურის მიერ გაწეული იურიდიული დახმარების ხარისხის შეფასების წესისა და კრიტერიუმების დამტკიცების შესახებ", 02/03/2016.
7. საქართველოს კანონი „იურიდიული დახმარების შესახებ", 19/06/2017.
8. საქართველოს სისხლის სამართლის სისტემის რეფორმის სტრატეგია, 12/04/2017, 80-90.
9. *აქუბარდია ი.*, დაცვის ხელოვნება, თბ., 2011, 12, 14-15.
10. *კუბლაშვილი კ.*, ძირითადი უფლებები, თბ., 2003, 26.
11. *ლალიაშვილი თ.*, ადვოკატის მიერ პროფესიული ფუნქციების შესრულება, დაცვის სტრატეგია და ბრალდებულის პირადი მითითებები, გურამ ნაჭყებიასადმი მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, რედ. *ნ. თოდუა*, თბ., 2016, 104-109.
12. *სუქნიძე ნ.*, როგორ გავხადოთ სამართალი ყველასათვის ხელმისაწვდომი, ნაწილი I, თბ., 2003, 12, 98-99.
13. *შუბლაძე გ., მღებრიშვილი ბ., წოწკოლაური ფ.*, მენეჯმენტის საფუძვლები, თბ., 2008., 111.
14. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 26 იანვრის №3ბ/1045-16 განჩინება.
15. 2017 წლის 7 აპრილის №1/4/870 განჩინება.
16. 2017 წლის 13 თებერვლის №870 კონსტიტუციური სარჩელი.
17. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2016 წლის 05 მაისის №3/3094-16 განჩინება.
18. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2013 წლის 21 ივნისის №1/168-13 განჩინება.
19. Code of Conduct for Lawyers in the European Union, 28/10.1988.
20. Criminal Procedure Code of Finland, 19/12/1889.
21. Human Rights of European Convention, 04/11/1950.
22. Criminal Procedure Code of Bulgaria, 02/04/1968.
23. Criminal Procedure Code of French, 01/03/1994.
24. *Bard K., Terzieva V.,* Legal Services for Indigent Criminal Defendants in Central and Eastern Europe, Parker School Journal of East European Law Vol. 5, 1998, 17.
25. *Batlain F.,* Women and Justice for the Poor: A History of Legal Aid, 1863-1945 (Studies in Legal History), Cambridge University Press, 2015, 15;
26. *Bazelon D. L.,* The Defective Assistance of Counsel, Vol. 42, 1973, 1, 18-19.
27. *Cape E., Namoradze Z,* Effective Criminal Defence in Eastern Europe (Bulgaria, Georgia, Lithuania, Ukraine), Legal Aid Reformers' Network, Soros Foundation, 2012., 33, 47.
28. *Essenburg T. J.*, New Faces of American Poverty, A Reference Guide to the Great Recession, ABC-CLIO, 2014., 464-466.
29. *Hacohen M.,* District Public Defender for Jerusalem, Israel's Office of Public Defender: Lessons from the Past, Plans for the Future, 2002, 4.
30. *Hermelinski W.,* Country Report: Poland, Access to Legal Aid for Indigent Criminal Defendants in Central and Eastern Europe, Parker School Journal of Est European Law Vol. 5 1998. 1-2, 7.
31. *McCormack N.,* Peer Review and Legal Publishing: What Law Librarians Need to Know about Open, Single-Blind, and Double-Blind Reviewing (February 7, 2009). Law Library Journal, Vol. 101, No. 59, 2009.
32. Open Society Justice Initiative, Legal Aid in Europe: Minimum requirements under international law, 2015, 13.
33. *Weaver R. L., Abramson L. W., Burkoff J. M.,* C Hancock, Principle of Criminal Procedure, 4th ed., 2012, 40, 41-63.
34. *Orlov v.* Russia, [2011] ECHR (Ser. A.), 108.
35. *Ebanks v.* the United Kingdom, [2010] ECHR (Ser. A.), 73.
36. *Kamil Öcalan v.* Turkey, [2006] ECHR (Ser. A.). 41.
37. *Florida v.* Nixon, 543 U.S. 175, 190 (2004).

38. *Lagerblom v.* Sweden, [2003] ECHR (Ser. A.), 56.
39. *Czekalla v.* Portugal, [2002] ECHR (Ser. A.), 65.
40. *Bell v.* Cone, 535 U.S. 685 (2002).
41. *Efisio Pisano v.* Italy, [2001] ECHR (Ser. A.) 23-24.
42. *Daud v.* Portugal, [1998] ECHR (Ser. A.), 38.
43. *Bendenoun v.* France, [1994] ECHR (Ser. A.) 61.
44. *Stanford v.* the United Kingdom, [1994] ECHR (Ser. A.) 28.
45. *Imbrioscia v.* Switzerland, [1993] ECHR (Ser. A.) 41, 275.
46. *Kamasinski v.* Austria, [1989] ECHR (Ser. A.), 66, 168.
47. *Strickland v.* Washington, 466 U.S. 668 (1984).
48. *Goddi v.* Italy, [1984] ECHR (Ser. A.), 35.;
49. United States v. Cronic, 466 U.S. 648 (1984), 666-667.
50. *Artico v.* Italy, [1980] ECHR (Ser. A.), 33-34, 36.
51. < https://www.matsne.gov.ge>.
52. <http://legalaid.ge/?action=page&p_ id=448&>.
53. <http://www.legalaid.ge/index.php?action=page&p_id=673&lang=geo>.
54. <http://www.legislationline.org>.
55. <http://www.ccbe.eu/documents/professional-regulations>.
56. <https://papers.ssrn.com/sol3 /papers.cfm?abstract_id=1339227>.
57. <https://www.opensocietyfoundations.org/briefing-papers/legal-aid-europe-minimum-requirements-under-international-law>.
58. <http://www.justice.gov.ge/AboutUs/Council/240>
59. <http://constcourt.ge/ge/court/sarchelebi>.
60. <http://constcourt.ge/ge/legal-acts/rulings>.
61. <http://hudoc.echr.coe.int/eng>.
62. <http://law.justia.com/cases/>.

იოსებ გაბარაევი *

პასუხისმგებლობა გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენისთვის

სისხლის სამართლის კანონი მოქმედების მიზეზობრიობისაგან განასხვავებს უმოქმედობის მიზეზობრიობას, რომლის ფარგლები სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მესამე ნაწილის შინაარსით განისაზღვრება და მხოლოდ კონკრეტული პირობების არსებობისას ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას უმოქმედობისათვის.

სტატიაში გადმოცემულია გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენის თავისებურებანი და მისი ჩამდენის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის თეორიული შესაძლებლობა. წარმოდგენილი სამართლებრივი ანალიზი, რომელიც შეჯერებულია და ეფუძნება ქართველი და უცხოელი მეცნიერების მოსაზრებებს, ცხადყოფს, რომ სისხლის სამართლის კოდექსის მოქმედი რედაქცია შესაძლებელს ხდის პირის სისხლისსამართლებრივ პასუხისგებაში მიცემას უმოქმედობით გაუპატიურებაში როგორც თანამონაწილეობისათვის, ისე თანაამსრულებლობისათვის (შუალობითი ამსრულებლობისათვის).

ნაშრომში განხილულია ისეთი საკითხები, როგორებიცაა: უმოქმედობით გაუპატიურებაში თანაამსრულებლობა და თანამონაწილეობა, მათი ობიექტური და სუბიექტური შემადგენლობა; შესაძლო სუბიექტები და მოსალოდნელი სამართლებრივი შედეგები.

საკვანძო სიტყვები: *მიზეზობრივი კავშირი, უმოქმედობა, გარანტი, თანამონაწილეობა, თანაამსრულებლობა, სექსუალური ძალადობა, გაუპატიურება.*

1. შესავალი

სისხლის სამართლის დოგმატიკაში დღემდე გაბატონებული მოსაზრების თანახმად, გაუპატიურება, როგორც მოქმედების ზოგადი დელიქტი (და არა სპეციალური), შესაძლებელია, ჩადენილ იქნეს მხოლოდ მოქმედებით, დისპოზიციაში აღწერილი ერთ-ერთი ან რამდენიმე ხერხის გამოყენებით. თუმცა სამართლის ნორმით რეგულირებულ საზოგადოებრივ ურთიერთობებში, გარდა აქტიური მოქმედებით გამოწვეული შედეგისა, მავნე შედეგი შეიძლება გამოიწვიოს უმოქმედობამაც, როდესაც სუბიექტი თავს იკავებს და არ ასრულებს თავისი სოციალური როლიდან გამომდინარე აქტიურ მოქმედებას, რითაც იწვევს იმ შედეგს, რომელიც სუბიექტის აქტიური მოქმედებით თავიდან იქნებოდა აცილებული.[1]

მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლო პრაქტიკას არ ახსოვს უმოქმედობით გაუპატიურების ჩადენის საკითხზე მიღებული გადაწყვეტილებები, ეს ფაქტი ხელს არ უშლის, პირიქით, მოქმედი კანონმდებლობის ანალიზი ცხადყოფს და დღესდღეობით შესაძლებელს ხდის გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენის შესაძლებლობის თეორიულ დასაბუთებას.

ზოგადად, ადამიანის უმოქმედობა ფართო ცნებაა. ამიტომ არ შეიძლება, რომ სისხლის სამართლის კანონით გათვალისწინებულ შედეგთან მიზეზობრივად ყოველგვარი უმოქმედობა

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, გორის სახელმწიფო სასწავლო უნივერსიტეტის და ევრორეგიონული უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი.

[1] *ნაჭყებია გ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, თბ., 2011, 257.

იყოს დაკავშირებული. კანონი, განსხვავებით მოქმედების მიზეზობრიობისაგან, მხოლოდ კონკრეტული პირობების არსებობისას ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას უმოქმედობისთვის და, ამდენად, უმოქმედობის მიზეზობრიობის ფარგლები სისხლის სამართლის შესაბამისი ნორმებით განისაზღვრება.

უმოქმედობის დროს პასუხისმგებლობის საფუძველია უმოქმედობის მიზეზობრიობა, რაც, ბუნებრივია, გულისხმობს უმოქმედობის მართლსაწინააღმდეგო ბუნებასაც. უმოქმედობის მიზეზობრიობა ნორმატიული ხასიათისაა და მისი სამართლებრივი რეგლამენტაცია მოცემულია სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მესამე ნაწილში, რომელიც მკვეთრად განსხვავდება მოქმედების მიზეზობრიობისაგან და არის შეფასებითი (ნორმატიული) კატეგორია.[2] თუმცა ნორმატიული მიზეზობრიობა შემდეგ ფაქტობრივ ხასიათს იძენს და რეალურ ცხოვრებაში იწვევს ცვლილებებს.[3]

სისხლის სამართლის თეორიაში უმოქმედობა, თავის მხრივ, დაყოფილია ორ ნაწილად: წმინდა და შერეულ უმოქმედობად. თუკი უმოქმედობისას მოქმედების ვალდებულება სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლიდან გამომდინარეობს (მაგ.: სსკ-ის 129-ე მუხლი), სახეზეა წმინდა უმოქმედობის დელიქტი ***(delicta ommissiva)***, რომლის დროსაც პირი არღვევს მავალებელ ნორმას და პასუხისმგებლობა მხოლოდ უმოქმედობისთვის ეკისრება; ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ მოქმედების ვალდებულება გამომდინარეობს სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგად ნაწილში გათვალისწინებული სპეციალური ნორმიდან, კერძოდ, მე-8 მუხლის მესამე ნაწილიდან, სახეზეა შერეული უმოქმედობის დელიქტი ***(delicta com missiva per ommissionem)***, რომლის ჩადენაც შესაძლებელია როგორც მოქმედებით, ისე უმოქმედობით, რა დროსაც პირი პასუხს აგებს პასიურობისთვის, რაც, უბრალოდ, არაფრის კეთება კი არაა, არამედ იმ ქმედების განუხორციელებლობაა, რომლითაც შედეგის თავიდან აცილება შეიძლებოდა.[4]

ამდენად, სსკ-ის მე-8 მუხლის მესამე ნაწილი ვრცელდება მხოლოდ შერეული უმოქმედობის დანაშაულებზე, რომლებიც „აქტიური მოქმედებით ჩასადენი დელიქტების ზუსტ ანარეკლს წარმოადგენს".[5]

უმოქმედობით ჩადენილად მაშინ მიიჩნევა კონკრეტული დელიქტი, თუ არსებობს მოქმედების სპეციალური მოვალეობა, უმოქმედობის დასჯადობის დანარჩენ ორ პირობასთან – მოქმედების შესაძლებლობასა და შედეგის თავიდან აცილებასთან ერთად; ერთი-ერთი მათგანის არარსებობა უმოქმედობისას გამორიცხავს მიზეზობრივი კავშირის არსებობას და არა ბრალს. პირი მხოლოდ მაშინ გაიკიცხება, თუ მას ქმედების განხორციელების ფიზიკურ-რეალური შესაძლებლობა ჰქონდა.[6]

სსკ-ის მე-8 მუხლის მესამე ნაწილი არ განსაზღვრავს არც იმ პირთა წრეს, რომელთაც მოქმედების სპეციალური სამართლებრივი მოვალეობა ეკისრებათ და არც გარანტის მოვალეობის დამფუძნებელ ნიშნებს. კანონმდებელი ამ საკითხების გადაწყვეტას სისხლის სამართლის დოგმატიკასა და სასამართლო პრაქტიკას აკისრებს.[7]

---

[2] *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ., 2008, 175.

[3] *გამყრელიძე ო.*, სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, თბ., 2008, 96.

[4] *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, 328.

[5] *ვესელსი ი., ბოილკე ვ.*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, თბ., 2010, 421.

[6] იქვე, 427.

[7] ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2016, 137.

ზემოთქმული უმოქმედობით (შერეული უმოქმედობა) გაუპატიურების ჩადენის თეორიული დასაბუთების საშუალებას იძლევა. სისხლის სამართლის დღევანდელი კოდექსი შერეული უმოქმედობისათვის პირის (გარანტის) დასჯადობას, გარანტის მოვალეობის შეუსრულებლობას უკავშირებს (სსკ-ის მე-8 მუხლი), როდესაც გარანტს შესაბამისი ნორმის/წესის საფუძველზე კონკრეტული გადაწყვეტილების მიღება ან სხვაგვარი რეაგირება ევალებოდა. როდესაც სისხლის სამართალში უმოქმედობაზე საუბრობენ, მხედველობაში აქვთ არა სპეციალური სუბიექტის აბსოლუტური პასივობა, არამედ თავის შეკავება განსაზღვრული მოქმედებისაგან, რომელსაც ამ სუბიექტისაგან მოელოდნენ[8]. „პირის უმოქმედობა განსაზღვრული პირობების არსებობისას არ არის „არარაობა", სიცარიელე, არამედ განსაზღვრულ ქცევას წარმოადგენს"[9]. უმოქმედობა შეიძლება იყოს მოტივი, რომელმაც განსაზღვრა სხვა პირების ყოფაქცევა; მან შეიძლება აიძულოს ეს პირები, რაიმე აქტიური მოქმედება შეასრულონ.[10]

შერეული უმოქმედობისას გაუპატიურებისათვის პირი მაშინ აგებს პასუხს, როცა 1) ერთი გარანტი მეორე გარანტს (გარანტი გარანტს) მოუწონებს უმოქმედობას ან მასთან ერთად თავისი უმოქმედობით არ შეუშლის ხელს შედეგის დადგომას (თანაამსრულებლობა); 2) ან კიდევ გარანტი, ხელის განზრახ შეუშლელობით, მის დასაცავ (ფსიქიკური დაავადების გამო შეურაცხადი) პირს დაიყოლიებს სხვა პირის გაუპატიურებისათვის (შუალობითი ამსრულებლობა); 3) ან გარანტის ზედამხედველობის ქვეშ მყოფი შეურაცხადი პირის გაუპატიურება ხდება შერაცხადი პირის მიერ (დახმარება).

სამივე შემთხვევაში გარანტის უმოქმედობას განსაზღვრული აზრი აქვს. თავისი უმოქმედობით იგი ქმნის მოტივს სხვა პირთა განსაზღვრული ქცევისთვის. სუბიექტი (გარანტი) არ ახორციელებს აქტიური მართლზომიერი მოქმედების ვალდებულებას, არ ერევა მოვლენათა მსვლელობაში და დანაშაულებრივ შედეგს არ იცილებს თავიდან; ვალდებულების განუხორციელებლობა პასიურ „უმოქმედობას" კი არ ნიშნავს, არამედ იგი სამართლებრივად დათქმული კონკრეტული ღონისძიებების შეუსრულებლობას გულისხმობს. ის, თუ როგორი მოქმედების ვალდებულება აკისრია ნორმის ადრესატს, ობიექტურად უნდა დადგინდეს ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში.

თუმცა მხოლოდ იმის დადგენა, რომ გარანტი თავისი მდგომარეობის და მასზე დაკისრებული მოვალეობების გამო ვალდებული იყო, განსაზღვრული მიმართულებით ემოქმედა, არაა საკმარისი უმოქმედობის მიზეზობრიობის დასადგენად. აუცილებელია, რომ პირს, რომელმაც მასზე დაკისრებული მოვალეობები არ შეასრულა, ჰქონდეს ამ მოვალეობების ფაქტობრივი შესრულების შესაძლებლობა.[11] გარანტს აქტიური მართლზომიერი მოქმედება მოეთხოვება, თუ მას ასეთი მოქმედების შედეგად დანაშაულებრივი შედეგის თავიდან აცილების ობიექტური შესაძლებლობა ჰქონდა და სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული.

2. უმოქმედობით გაუპატიურებაში თანაამსრულებლობა

სისხლის სამართლის კოდექსის 22-ე მუხლი განასხვავებს ამსრულებლის სამ სახეს: უშუალო ამსრულებელს, თანაამსრულებელს და შუალობით ამსრულებელს. იმისათვის, რომ პირი, რომელიც არ მოქმედებს, უმოქმედობის თანაამსრულებლად ჩაითვალოს, მას გარანტის მოვალეობა უნდა ეკისრებოდეს.

---

[8] *წერეთელი თ.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I I, თბ., 2007, 379.

[9] *Пионтковский А.А.,* учение о преступлении, стр. 227. ციტ. წერეთელი თ., სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I , თბ., 2007, 278.

[10] *წერეთელი თ.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, თბ., 2007, 279.

[11] იქვე, 290.

გარანტთა თანაამსრულებლობა გულისხმობს ისეთ შემთხვევას, როცა გარანტს (მოქმედების სპეციალური მოვალეობით აღჭურვილ პირს) მოუწონებს სხვა გარანტი პირი უმოქმედობას ან მასთან ერთად თავისი უმოქმედობით არ შეუშლის ხელს შედეგის დადგომას. ესაა უმოქმედობით თანაამსრულებლობა.

ორივე გარანტი პირი პასუხს აგებს უმოქმედობით თანაამსრულებლობისთვის, მაშინ, როცა მეორე გარანტი პირი, რომელიც თავისი უმოქმედობით არ შეუშლის ხელს შედეგის დადგომას, აღჭურვილია მოვალეობებით და, პირველი გარანტის მსგავსად, მასაც აკისრია დაცვის და მზრუნველობის ვალდებულება. ამ შემთხვევაში, თანაამსრულებლებს ერთმანეთის უმოქმედობა კი არა, საკუთარი ვალდებულებების განუხორციელებლობა შეერაცხებათ.[12]

უმოქმედობით გაუპატიურებაში თანაამსრულებლობა გულისხმობს გარანტთა პასუხისმგებლობას შუალობითი ამსრულებლობისთვის. გარანტთა სიმრავლე, როგორც დანაშაულებრივი შედეგის ჯგუფურად გამომწვევი, ბუნებრივია, მოახდენს გავლენას გაუპატიურების კვალიფიკაციაზე, მათი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დამძიმების კუთხით. ორივე გარანტი პასუხის აგებს უმოქმედობით გაუპატიურების ჯგუფურად ჩადენისათვის, თუ შედეგი გამოიწვია მათმა ერთობლივმა უმოქმედობამ (თანაამსრულებლობა გაუპატიურებაში, 137-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტი).

სხვაგვარად, თუ შუალობით ამსრულებლებს ცალ-ცალკე შეუძლიათ თავიანთი უმოქმედობით და საკუთარი სპეციალური მოვალეობების შეუსრულებლობით იმავე შედეგის გამოწვევა, რასაც ერთობლივად (თანაშუალობითი ამსრულებლობით) უმოქმედობით ჩადენისას იწვევენ, მაშინ ისინი პარალელური ამსრულებლები იქნებიან. თუმცა თანაამსრულებლობის გამიჯვნას პარალელური ამსრულებლობისაგან არ აქვს პრაქტიკული მნიშვნელობა[13] და ისინი პასუხს აგებენ უმოქმედობით გაუპატიურების ჯგუფურად ჩადენისთვის.

საკითხის მეტი სიცხადისთვის მიზანშეწონილია შემდეგი მაგალითის მოკლე ანალიზი: მაშინ, როცა გარანტი, ხელის განზრახ შეუშლელობით, მისი დაცვის ქვეშ მყოფ ფსიქიკური დაავადების გამო შეურაცხად პირს დაიყოლიებს სხვა პირის გაუპატიურებისათვის და მეორე გარანტი მოუწონებს პირველ გარანტ პირს უმოქმედობას ან მასთან ერთად, თავისი უმოქმედობით, არ შეუშლის ხელს შედეგის დადგომას, რეალურად, ორივე გარანტი ჩაითვლება შუალობით ამსრულებლად.

ამასთან, გარანტთა უმოქმედობა საკმარისად ხელშემწყობი მიზეზია დანაშაულებრივი შედეგის[14] (სხვისი კონკრეტული სამართლებრივი სიკეთის – სქესობრივი თავისუფლების ხელყოფა) წარმოშობისთვის. ეს კი სავსებით საკმარისია გაუპატიურებისას გამოჩენილი უმოქმედობის გამო მათი თანაამსრულებლად მიჩნევისათვის. მიუხედავად იმისა, რომ ორივე გა-

---

[12] *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, 353.

[13] ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2016, 371.

[14] იურიდიულ ლიტერატურაში გაბატონებულია მოსაზრება (იხ. გოთუა ზ., პასუხისმგებლობა გაუპატიურებისათვის, თბ., 1994, 7; წულაია ზ., სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, პირველი ტომი, თბ., 2000, 179; **Журавлев М. П., Никулин С.И., (Ред.), Уголовное право, Общая и Особенная часть, 2-е издание, 2008, 382.**), რომ გაუპატიურება ფორმალური დანაშაულია, აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტი. თუმცა ამ მოსაზრებას ჰყავს მოწინააღმდეგეებიც (იხ. ლეკვეიშვილი მ., თოდუა ნ., მამულაშვილი გ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეექვსე გამოცემა, თბ., 2016, 216; ჯიშკარიანი ბ., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2016, 246.), რომელთა მართებული პოზიციით გაუპატიურება მაშინაც კი უნდა ჩაითვალოს მატერიალურ შემადგენლობად, როცა დაზარალებულს არ მიუღია ჯანმრთელობის არანაირი დაზიანება და დაწყებული სქესობრივი კავშირი არ იქნა ბოლომდე მიყვანილი. ამ შემთხვევაშიც უკვე შელახულია დაზარალებულის სქესობრივი თავისუფლება, პატივი და ღირსება, და რაც უკვე არის გაუპატიურების საკმაოდ მძიმე შედეგი.

რანტი საკუთარი ფიზიკური ჩარევის გარეშე ახდენს ზემოქმედებას მიზეზობრივი კავშირის შემდგომ განვითარებაზე და უშუალოდ არ ახორციელებს ქმედების შემადგენლობას. ისინი, როგორც შუალობითი ამსრულებლები, მონაწილეობენ ერთი დანაშაულის ჩადენაში. ორივე ბატონობს „ცოცხალი იარაღის“ მიერ ჩადენილ ქმედებაზე და ბრმად მორჩილ სხვა ადამიანს იყენებს როგორც თავისი ნების განმხორციელებელ ბრმა იარაღად, ისე დანაშაულის ფიზიკურ შემსრულებლად, რომელიც არ აგებს პასუხს დანაშაულისათვის.

ასეთ შემთხვევაში გვექნება ამ პირთა თანაამსრულებლობა,[15] რასაც გამყრელიძე იხსენიებს დანაშაულის „თანაშუალობით“ ამსრულებლობად.[16] იმის გათვალისწინებით, რომ შუალობითი ამსრულებლობა იგივე ამსრულებლობაა, თანაამსრულებლობა კი ორ ან მეტ ამსრულებელს გულისხმობს, ისინი (ორივე გარანტი) უმოქმედობის თანაამსრულებლებად (თანაშუალობით ამსრულებლებად) ჩაითვლებიან.

წარმოუდგენელიამეორეგარანტისპასუხისგება,როგორცუმოქმედობითგაუპატიურების წამქეზებლად, ვინაიდან პირველ გარანტს, როგორც შუალობით ამსრულებელს, „ცოცხალი იარაღის“ მიერ მოქმედებით ჩადენილ გაუპატიურებაში, უმოქმედობით მონაწილეობის გადაწყვეტილება მეორე გარანტის ზემოქმედების გამო არ მიუღია. წაქეზება შერეული უმოქმედობის დროს მაშინ იქნება, როცა მეორე გარანტი პირველ გარანტს დაიყოლიებს და მიაღებინებს გადაწყვეტილებას, არ შეასრულოს მასზე დაკისრებული სპეციალური მოვალეობა. წამქეზებელი გარანტის მიერ შეგულიანებული გარანტი პირი შეგნებულად მოქმედებს და თვითონ არის უმოქმედობის ბატონ-პატრონი.

იმის გათვალისწინებით, რომ ამსრულებლის სახეა შუალობითი ამსრულებლის ფიგურა, შუალობითი ამსრულებლის ქმედების კვალიფიკაციისათვის სსკ-ის 22-ე მუხლზე მითითება საჭირო აღარ არის. ეს წესი ვრცელდება ასევე ქმედების თანაამსრულებლობად და თანაშუალობით ამსრულებლობად კვალიფიკაციისას.

სხვაგვარად წყდება გარანტთა პასუხისმგებლობის საკითხი გაუპატიურებაში თანამონაწილეობისას (იხ. თავი 4). მაშინ, როცა გარანტის ზედამხედველობის ქვეშ მყოფი შეურაცხადი პირის გაუპატიურება ხდება შერაცხადი პირის მიერ, მეორე გარანტი, მიზეზობრივი კავშირის ჯაჭვში ჩაბმის შემთხვევაში, პირველი გარანტის მსგავსად, პასუხს აგებს მოქმედებით ჩადენილ გაუპატიურებაში უმოქმედობით დახმარებისთვის, სსკ-ის 24-ე მუხლის მე-3 ნაწილზე მითითებით.

2.1. უმოქმედობით გაუპატიურებაში თანაამსრულებლობის სუბიექტური მხარე

თანაამსრულებელთა სუბიექტური დამოკიდებულება თავიანთი ქცევისადმი განზრახვაში ვლინდება. მიუხედავად იმისა, რომ ზოგჯერ თანაამსრულებლები მოქმედებენ წინასწარი შეთანხმებით (საერთო გეგმის საფუძველზე), ყოველთვის აუცილებელი არაა მათი წინასწარი შეთანხმება. იმისათვის, რომ თანაამსრულებელმა პასუხი აგოს გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენისთვის, გარდა იმისა, რომ უნდა არსებობდეს მიზეზობრივი კავშირი გარანტ(ის)თა უმოქმედობასა და დამდგარ შედეგს შორის, აუცილებელია, ორივე გარანტს ჰქონდეს საერთო მიზანი[17] და მათი განზრახი ქმედება იყოს ბრალეული. ორივე მათგანი უნდა იყოს გარკვეული ვალდებულებების მატარებელი, უნდა ჰქონდეთ შესაძლებლობა, ზეგავლენა მოახდინონ იმ ძალებზე, რომლებიც საშიშროებას უქმნიან კანონით დაცულ ინდივიდუალურ (კონკრეტულ) სამართლებრივ სიკეთეს – პირის სქესობრივ თავისუფლებას.

[15] *წერეთელი თ.*, თანამონაწილეობა დანაშაულში, თბ., 1965, 131.

[16] *გამყრელიძე ო.*, სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, თბ., 2008, 186.

[17] ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2016, 154.

გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენაში შუალობითი ამსრულებლის ფორმით მონაწილეობისას აუცილებელია მეორე გარანტის მხრიდან იმის ცოდნა, რომ ის პირველ გარანტთან ერთად ჩადის უმოქმედობას, რა დროსაც პირველი გარანტის მსგავსად, გაცნობიერებულად, თვითონაც განზრახ არ ასრულებს მასზე დაკისრებულ მოვალეობებს და, ამასთან, საშუალებას აძლევს მეორე გარანტს, თავისი უმოქმედობით ხელი არ შეუშალოს „ცოცხალ იარაღს“ გაუპატიურების მოქმედებით ჩადენაში. ასეთ შემთხვევაში მეორე გარანტიც პირველი გარანტის მსგავსად პასუხს აგებს როგორც შუალობითი ამსრულებელი, მასზე დაკისრებული სპეციალური სამართლებრივი მოვალეობების შეუსრულებლობის გამო.

3. უმოქმედობით გაუპატიურებაში შუალობითი ამსრულებლობა

თანაამსრულებლობის მსგავსად, ამსრულებლის ცნებისაგან უნდა განვასხვაოთ შუალობითი ამსრულებლის ცნება. შუალობითი ამსრულებლობა არ არის თანამონაწილეობის სახე და მაშინ, როცა შუალობით ამსრულებლობასთან გვაქვს საქმე, თანამონაწილეობა გამორიცხულია. ეს ის შემთხვევაა, როცა მიზეზობრიობის ჯაჭვში ჩაბმულია მეორე პირის ქმედება, რომლის მეშვეობითაც შუალობითი ამსრულებელი ახორციელებს თავის ჩანაფიქრს. დამნაშავე საკუთარი ფიზიკური ჩარევის გარეშე ახდენს ზემოქმედებას მიზეზობრივი კავშირის შემდგომ განვითარებაზე და ბრმად მორჩილ სხვა ადამიანს იყენებს როგორც თავისი ნების განმხორციელებელ ბრმა იარაღად, ისე დანაშაულის ფიზიკურ შემსრულებლად, რომელიც ან სრულიად არ აგებს პასუხს, ან პასუხს აგებს სხვა დანაშაულისათვის. თვითონ დამნაშავე კი გვევლინება ნამდვილ, პასუხისმგებელ პირად, როგორც შუალობითი ამსრულებელი და არა როგორც დამხმარე ან წამქეზებელი.[18]

სისხლისსამართლებრივი თვალსაზრისით, არ შეიძლება ერთნაირად იქნეს განსჯილი და ერთგვარ სასჯელს იმსახურებდეს ის, ვინც რჩევით ან იარაღით დახმარება აღმოუჩინა სრულწლოვან ან შერაცხად პირს დანაშაულის ჩადენაში და ის, ვინც ასეთი რჩევა სულით ავადმყოფს მისცა. შუალობითი ამსრულებლობა არ ამოიწურება „ცოცხალი იარაღის“ მხოლოდ „წაქეზებით“ ან „დახმარების აღმოჩენით“. მ. კოვალიოვის მართებული მოსაზრებით, „შუალობითი ბრალეულობა მხოლოდ წაქეზების სუროგატი კი არ არის, არამედ იგი სავსებით დამოუკიდებელი მოვლენაა და შეიძლება, ისეთ მოქმედებაშიც გამოიხატებოდეს, რომელიც წაქეზებას ემსგავსება, და ისეთშიც, რომელიც დახმარებას მოგვაგონებს.“[19]

„დანაშაულებრივი მიზნისთვის „ცოცხალი იარაღის“ გამოყენება არსებითად განსხვავდება იმავე მიზნით ისეთი უშუალო ამსრულებლის გამოყენებისაგან, რომელიც შერაცხვა-უნარიანია და თვით მოქმედებს განზრახ.“[20] „ცოცხალი იარაღის“ გამოყენება თავისი ხასიათით უთანაბრდება უშუალო ასრულებას იმ პირის მიერ, ვინც ბოროტად იყენებს ამ „ცოცხალ იარაღს“. ასეთი პირი, როგორც ბრმა იარაღი, პასუხს არ აგებს იმის გამო, რომ მისი მოქმედება, რომლითაც დანაშაულებრივი შედეგია გამოწვეული, არ არის მისი ნებელობითი აქტი, იგი არის

---

[18] *Sauer W.,* Allgemeine Strafrechtlehre, Berlin, 1955, 213-216. ვ. ზაუერის აზრით, შუალობითი ამსრულებლის ფიგურის ხელოვნურად შექმნა დიდი მეთოდური შეცდომაა და შუალობითი ამსრულებელი თავისი არსითა და ბუნებით, ასევე იმითაც, თუ რა სასჯელს იმსახურებს იგი, გაცილებით ახლოსაა წამქეზებელსა და ფსიქიკურ დამხმარესთანაც კი, ვიდრე უშუალოდ ამსრულებელთან, რომელიც თვით ახორციელებს მოქმედებას. ამიტომ იგი მოითხოვს, რომ შუალობითი ამსრულებლის ცნება სრულიად იქნეს გაძევებული სისხლის სამართლის სფეროდან და თანამონაწილეობის ცნებაში გაერთიანდეს. წერეთელი თ., სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I I, თბ., 2007., 120.

[19] *Ковалев М. И.,* соучастие в преступлении, часть вторая, Свердловск, 1962, 19.

[20] *Solnarzh V.,* Accompliceship on criminal law of Czechoslovakia Socialist Republic, M., 1962, 94, წერეთელი თ., სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I I, თბ., 2007, 121.

შეურაცხი და ვერ აცნობიერებს, ვერ უწევს ანგარიშს თავის ქმედებას. ცხადია, შუალობით ამსრულებლობად არ ჩაითვლება შერაცხადი პირისა და სრულწლოვანის შეგულიანება ან ხელის შეწყობა დანაშაულის ჩასადენად.

დოგმატიკაში გამოთქმულია მოსაზრება შუალობითი ამსრულებლობის უმოქმედობის დელიქტებში შეუძლებლობის შესახებ. მეცნიერთა ერთი ნაწილის აზრით, შუალობითი ამსრულებლობა გამორიცხულია შერეული უმოქმედობის დელიქტებში.[21] მითითებულ წყაროებში გატარებული ეს მოსაზრება ავტორთა მიერ ნახსენებია წმინდა უმოქმედობის დელიქტებზე მსჯელობისას და ნაგულისხმებია შუალობითი ამსრულებლობის გამორიცხვა წმინდა უმოქმედობის დელიქტებში, რაც დაკავშირებულია სპეციალური მოვალეობის შესრულებასთან, რომელიც პერსონალურია და დელიქტის ბუნების განმსაზღვრელია. ეს, ბუნებრივია, ასეც არის, ვინაიდან ისინი მოვალეობის დელიქტებია და მათი ჩადენაც მხოლოდ უმოქმედობითაა შესაძლებელი.

სხვაგვარად დგას საკითხი, როცა საუბარი ეხება შუალობითი ამსრულებლობის შესაძლებლობას შერეული უმოქმედობის დელიქტებში, რომელთა ჩადენაც შესაძლებელია როგორც მოქმედებით, ისე უმოქმედობით.

მეტი თვალსაჩინოებისთვის მიზანშეწონილია შემდეგი მაგალითის მოკლე ანალიზი: ფსიქიკური მდგომარეობის გამო შეურაცხადი პირი მოთავსებულია ფსიქიატრიულ დაწესებულებაში.[22] ფსიქიატრიული დაწესებულების ზედამხედველი/ექიმი (გარანტი) ვალდებულია, ხელი შეუშალოს მისი პაციენტის მიერ სხვა პირების დაზიანებას. მისი, როგორც გარანტის, ცალკეული მოვალეობები თავისი პაციენტის კონკრეტულ სამართლებრივ სიკეთეებთან (სქესობრივი თავისუფლება) მიმართებით წარმოიშობა მესამე პირებზე მეთვალყურეობის მოვალეობიდან,[23] თუმცა მას შესაძლებელია, ერთდროულად ეკისრებოდეს როგორც ზედამხედველის, ისე დამცავის ფუნქციები – სამსახურებრივად ევალება ფსიქიატრიული დახმარების პროცესზე ზედამხედველობა.[24] ასევე, აქვს სამსახურებრივი ვალდებულება, იზრუნოს როგორც დაწესებულებაში მოთავსებული პაციენტების სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის დაცვაზე (სქესობრივი თავისუფლების უფლების დაცვის ჩათვლით), ისე ფსიქიკური ავადმყოფისაგან სხვა თანამშრომლების უსაფრთხოების დაცვის უზრუნველყოფაზე.

პრაქტიკაში შეიძლება იყოს ისეთი შემთხვევა, როცა დაწესებულებაში მოთავსებული ფსიქიკურად დაავადებული პაციენტი (შეურაცხადი) თავს დაესხმება თანამშრომელ ქალს (ან სხვა პაციენტს) ძალადობით სქესობრივი კავშირის დამყარების მიზნით, და ამას ხედავს ზედამხედველი, რომელსაც საფრთხის წყაროს ან/და მესამე პირების მიმართ ზედამხედველობის

---

[21] გამყრელიძე უარყოფს შუალობითი ამსრულებლობის შესაძლებლობას შერეული უმოქმედობის დელიქტებში. იხ. გამყრელიძე ო., სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I , თბ., 2011, 195-196; გამყრელიძე ო., სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. III, თბ., 2013, 268; შერეული უმოქმედობის დელიქტების (ვალდებულების დელიქტები) შუალობით ამსრულებლობას გამორიცხავს ასევე მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, თბ., 2011, 360-361.

[22] შესაბამისი ლიცენზიის მქონე სამკურნალო-პროფილაქტიკური დაწესებულება, რომლის უპირველესი დანიშნულებაა სამედიცინო და სხვა სახის სპეციალიზებული ფსიქიატრიული დახმარების გაწევა ფსიქიკურად დაავადებული პირებისათვის. იხ. საქართველოს კანონი „ფსიქიატრიული დახმარების შესახებ".

[23] *ვესელსი ი., ბოილკე ვ.*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, თბ., 2010, 439.

[24] ფსიქიატრიული დახმარების პროცესზე ზედამხედველობა გულისხმობს დაწესებულებაში დასაქმებული ფსიქიატრიის დარგის მუშაკებს, ადინისტრაციასა და პაციენტებს შორის ურთიერთობის მეთვალყურეობას, რომლის წესი განისაზღვრება საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის შესაბამისი ბრძანებით.

ფუნქცია აკისრია და ვალდებულია, სამართლებრივ სიკეთეს ყოველგვარი საფრთხე ააცილოს თავიდან, მიუხედავად ამისა, იგი არ აღკვეთს და ხელს არ უშლის განზრახვის განხორციელებაში მის მეთვალყურეობაში მყოფ ფსიქიკური მდგომარეობის გამო შეურაცხად პირს, რომელსაც არ შეუძლია შეიგნოს თავისი მოქმედების ხასიათი და მნიშვნელობა და ვერ განაგებს თავის საქციელს; ასევე, თუ ზედამხედველი/ექიმი გარანტის დაცვის ქვეშ მყოფი პირი ასეთ ვითარებაში მოქმედებით ახორციელებს გაუპატიურების შემადგენლობას, ზედამხედველი გარანტი ამას ხედავს და მის ქმედებას არ აღკვეთს, მაშინ გარანტი უნდა დაისაჯოს როგორც შუალობითი ამსრულებელი.

მოყვანილ მაგალითში ზედამხედველის მეთვალყურეობის ქვეშ მყოფ შეურაცხად პირს, როგორც „ცოცხალ იარაღს", რომელიც ქმედების შემადგენლობას თავად ასრულებს, სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობა არ დაეკისრება, ვინაიდან იგი მოქმედებს შერაცხადობის გამომრიცხველ გარემოებაში (ფსიქიკური მდგომარეობა), არაბრალეულად, განზრახვის გარეშე, რაც გამორიცხავს მისი და ზედამხედველის (გარანტის) სოლიდარულ პასუხისმგებლობას ერთიანი ბრალის საფუძველზე. თანამონაწილეთაგან კი ყოველი უნდა იყოს ბრალეული და თანაბრალეული.[25] ამ პირობის არქონა გამორიცხავს გარანტის პასუხისმგებლობას უმოქმედობით გაუპატიურებაში თანამონაწილეობისთვის.

„ცოცხალი იარაღის" ქმედებები მართულია სხვა პირის (გარანტის) მიზანმიმართული ქმედებით (უმოქმედობით). იმისათვის, რომ ზედამხედველმა პასუხი აგოს როგორც შუალობითმა ამსრულებელმა სამსახურებრივი მოვალეობების შეუსრულებლობის გამო, იგი უნდა ბატონობდეს იმ ქმედებაზე, რომელსაც არა უშუალოდ თვითონ ასრულებს, არამედ ამ ქმედების ჩასადენად იყენებს „ცოცხალ იარაღს", რომელიც ბრალის გარეშე მოქმედებს; ქმედებაზე ბატონობის თეორიის ფარგლებში შესაძლებელი ხდება შუალობით ამსრულებლობის არსებობის ან არარსებობის დასაბუთება. თუ ვერ დადგინდება შუალობითი ამსრულებლობა, უნდა გაირკვეს, ხომ არ გვაქვს საქმე გარანტის მიერ წამქეზებლობასთან.

შუალობითი ამსრულებელი „ცოცხალ იარაღს", როგორ წესი, უმართლობის ჩასადენად აქეზებს, ან თავისი უმოქმედობით ხელს არ უშლის, უადვილებს დანაშაულის ჩადენას და ამ გზით ეხმარება მას უმართლობის ჩადენაში. თუმცა ამგვარი ქმედება მაინც არ ჩაითვლება დანაშაულში თანამონაწილეობად, ვინაიდან, სსკ-ის 23-ე მუხლის თანახმად, დანაშაულში თანამონაწილეობა ნიშნავს ორი ან მეტი პირის განზრახ ერთობლივ მონაწილეობას და ისიც განზრახი დანაშაულის ჩადენაში. ამდენად, თანამონაწილეობისთვის აუცილებელია არა მხოლოდ ობიექტური მხარის, არამედ სუბიექტური მხარის ერთიანობაც. ა. ტრაინინის აზრით, „როდესაც დანაშაულის უშუალოდ ჩამდენი განზრახვის გარეშე მოქმედებს ... სახეზე გვაქვს ე.წ. დანაშაულის შუალობითი ამსრულებლობა. ასეთ შემთხვევაში დანაშაულის ჩამდენად გვევლინება არა იარაღი ..., არამედ ის, ვინც ეს იარაღი გამოიყენა, რომელიც, იმავდროულად, გვევლინება ამ განზრახი დანაშაულის ავტორად.[26] „ცოცხალი იარაღი" ჩადის სისხლისსამართლებრივ უმართლობას და არა დანაშაულს; ვინაიდან მას უმეტეს შემთხვევაში ახასიათებს რაიმე „დეფექტი"[27] და სწორედ ამ დეფექტს იყენებს შუალობითი ამსრულებელი „ცოცხალი იარაღის" ხელით დანაშაულის განსახორციელებლად და დანაშაულის შემადგენლობას სხვა ადამიანის მეშვეობით ახორციელებს.[28] ეს კი, ერთი მხრივ, გაუპატიურებაში, როგორც ზოგადი დელიქტის უმოქმედობით ჩადენაში, ფსიქიატრიული საავადმყოფოს ზედამხედველის შუალობით ამსრულებლად საბოლოოდ მიჩნევის საშუალებას იძლევა.

---

25 *Таганцев Н. С.,* Русское уголовное право, Часть общая, Том 1, Тула, 2001, 573.

26 *Трайнин А. Н.,* Учение о соучастии, Глава восьмая, Москва, Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941, 112.

27 *Kindhäuser U.,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 3, Aufl., Berlin, 2008, 11, 27, 39.

28 *გამყრელიძე ო.,* სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I , 2011., 190.

სისხლის სამართლის თეორიაში სპეციალური სუბიექტუნარიანობისათვის დადგენილი კრიტერიუმების გათვალისწინებით, სპეციალური ვალდებულებით და საკუთარი ხელით ჩასადენ დელიქტებში შუალობითი ამსრულებლობა გამორიცხულია. შესაბამისად, იმას, ვისაც არ შეუძლია, უშუალოდ აღასრულოს შემადგენლობა, ის ამ შემადგენლობას ვერც „ცოცხალი იარაღის" მეშვეობით ვერ აღასრულებს.[29] შუალობითი ამსრულებლობა კი იგივე ამსრულებლობაა, ვინაიდან შუალობითი ამსრულებლობა ამსრულებლობის ერთ-ერთი სახეა.

მეორე მხრივ, უნდა აღინიშნოს, რომ ფსიქიატრიული საავადმყოფოს ზედამხედველს (ექიმს), როგორც გარანტს (რომელსაც თავის თავზე აღებული აქვს სამართლებრივი გარანტის ფუნქცია) შეურაცხადთა მიმართ, ეს იქნება სულით ავადმყოფი თუ მცირეწლოვანი, აკისრია როგორც დაცვის, ისე ზედამხედველობის ვალდებულება და, მიუხედავად მისი მოვალეობის წარმოშობის საფუძვლისა, ვალდებულია, დაიცვას სამართლებრივი სიკეთე.[30]

უმოქმედობასა და დამდგარ მავნე შედეგს შორის მიზეზობრივი კავშირის დასადგენად, უპირველეს ყოვლისა, უნდა გაირკვეს, კონკრეტული პირი იყო თუ არა ჩაბმული თავისი წინარე ქმედებით განსაზღვრულ ურთიერთობათა კანონზომიერებაში და ამ ჩართულობამ რამდენად შეუწყო ხელი ამ ურთიერთობათა განვითარებას. ინდივიდის კონკრეტული მდგომარეობა მას განსაზღვრულ ფუნქციებს აკისრებს, რის გამოც შექმნილ სიტუაციაში მისგან მოელიან სწორედ ამ მოლოდინის შესაბამის მოქმედებას და იმ შემთხვევაში, როდესაც ეს დასაბუთებული მოლოდინი არ მართლდება, როდესაც პირი გამოთიშავს თავის მოქმედებას კონკრეტული სიტუაციიდან და გზას უხსნის მავნე შედეგის გამომწვევ ძალებს, ამით მისი უმოქმედობა მავნე შედეგის აუცილებელ პირობად იქცევა.[31]

ეს მოსაზრება, ზოგადად, შეესაბამება 137-ე მუხლის პირველი ნაწილის დისპოზიციის შინაარსს, რომელიც, მართალია, არ ახდენს ქმედების სახის კონკრეტიზაციას, ანუ გაუპატიურების ჩადენა უნდა მოხდეს მოქმედებით თუ უმოქმედობით, თუმცა სექსუალური ხასიათის შეღწევა *(Penetration)*, თუ ტერმინის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობიდან ვიმსჯელებთ, მისი ჩადენა შეუძლებელია აქტიური მოქმედების გარეშე; სსკ-ის მე-8 მუხლის მესამე ნაწილის შინაარსი თეორიულად არ გამორიცხავს შესაძლებლობას გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენის შესახებ. შერეული უმოქმედობის დელიქტებში მოქმედებისაგან თავის შემკავებელ გარანტს შედეგის თავიდან აცილების მოვალეობა აწევს და მისი მხრიდან მოქმედებისაგან თავის შეკავება, შეფასების თვალსაზრისით, მოქმედებით ქმედების შემადგენლობის განხორციელების ტოლფასია,[32] რადგან იმავე შედეგს იწვევს, როგორც მოქმედება.

სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლი, როგორც ზოგადი ნორმა, განმარტავს მიზეზობრიობის დადგენის წინაპირობებს შედეგთან მიმართებით დანაშაულის კლასიკური ცნების ერთ-ერთი ნიშნის – ქმედების სახეების – მოქმედების ან უმოქმედობის დროს. მისი ზოგადი ხასიათიდან გამომდინარე, ის ვრცელდება ასევე სსკ-ის კერძო ნაწილის 137-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემადგენლობაზე და, ო. გამყრელიძის მართებული მოსაზრებით, მხოლოდ შედეგზე მითითება ყოველთვის არ გულისხმობს ამ შედეგის უმოქმედობით განხორციელებას გაუპატიურების დროს,[33] თუ პირს იმავდროულად არ გააჩნია სპეციალური მოვალეობა და ამ ვალდებულების პარალელურად მოქმედების შესრულების რეალური შესაძლებლობა, და თუ სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული.

---

[29] *გამყრელიძე ო.*, სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, 2008., 187.

[30] ***Schönke A., Schröder H.,*** **Stratgesetzbuch, Aufl., München, 2006, 16.**

[31] *წერეთელი თ., ტყეშელიაძე გ.*, მოძღვრება დანაშაულზე, თბილისი, 1969, 303.

[32] **BGHSt GrS 16,155,** *ვესელსი ი., ბოილკე ვ.*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, თბ., 2010, 421.

[33] *გამყრელიძე ო.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, II, თბ., 2013, 181.

რამდენადაც შუალობითი ამსრულებელი იგივე ერთპიროვნული მოქმედი დამნაშავეა, იგი დაისჯება ისევე, როგორც ამსრულებელი. მითითება სისხლის სამართლის კოდექსის მე-19 მუხლზე შუალობითი ამსრულებლობის დროს დაუშვებელია.

ის ფაქტი, რომ თეორიულად შესაძლებელია უმოქმედობით გაუპატიურების ჩადენის დასაბუთება, პრობლემას არ წარმოშობს და შესაძლებელს ხდის გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენის შემთხვევაში ქმედების შესაბამის კვალიფიკაციას, თუკი ასეთი ქმედება იქნება ჩადენილი და სამართლებრივი გარანტის მქონე პირი თავისი უმოქმედობით დააკმაყოფილებს მიზეზობრიობის დადგენისთვის საჭირო და აუცილებელ ყველა პირობას; და მხოლოდ ის ფაქტი, რომ დღესდღეობით სასამართლო პრაქტიკა არ იცნობს გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენილ შემთხვევებს, არ გამოდგება გაუპატიურების უმოქმედობით ჩადენის შესაძლებლად მიჩნევის უარსაყოფ წონად არგუმენტად.

3.1. უმოქმედობით გაუპატიურებაში შუალობითი ამსრულებლობის სუბიექტური მხარე

შუალობითი ამსრულებლობის სუბიექტური მხარე არაფრით არ განსხვავდება თანამონაწილეობის სუბიექტური მხარისაგან. შუალობითი ამსრულებელიც მოქმედებს პირდაპირი განზრახვით.

გარანტს შეურაცხადთა დაცვის (ვალდებულია, დაიცვას დაწესებულების ბენეფიციარები/პაციენტები ყოველგვარი საფრთხისაგან) ვალდებულებასთან ერთად აკისრია მათი ზედამხედველობის (ვალდებულია, თავიდან აიცილოს შეურაცხადის მხრიდან დანაშაულის ჩადენა) ვალდებულება, რომელიც არ სრულდება მათი შეურაცხადობის გამო და ეს ვალდებულება გარანტს აკისრია მისი უფლებამოსილების მთელი ვადის განმავლობაში.

ზედამხედველისათვის (გარანტისთვის), როგორც შუალობითი ამსრულებლისთვის, გაუპატიურებისას ჩადენილი უმოქმედობის შერაცხვისთვის აუცილებელია გარანტის მიერ იმის ცოდნა, თუ რა მოჰყვება შედეგად მისი ზედამხედველობის ქვეშ მყოფი „ცოცხალი იარაღის“ მიერ სისხლისსამართლებრივი უმართლობის ჩადენას, რაც უნდა სურდეს გარანტს და ესწრებოდეს კიდეც შეურაცხადი პირის მიერ ან ასეთი პირის მიმართ გაუპატიურების ჩადენას. დაუშვებელია უმოქმედობისათვის ვინმეს პასუხისგებაში მიცემა, თუ იგი ფიზიკურად არაა ადგილზე.[34]

გარანტს, სავალდებულო და ობიექტურად შესაძლებელი ქმედების შეუსრულებლობის განზრახვასთან ერთად, სამართლებრივი გარანტის ფუნქციასთან მიმართებით, უნდა ჰქონდეს ცოდნა იმისა, რომ მისი ზედამხედველობის ქვეშ მყოფ შეურაცხად პირს თავისი შესაძლებლობის ფარგლებში დამოუკიდებლად, გარანტის მიერ თავისი ვალდებულებების შეუსრულებლობის გარეშე, „მართლსაწინააღმდეგო მოქმედების ჩადენის და სამართლით დაცული სხვისი უფლების დარღვევა არ ძალუძს, ან ეს შეუძლია მისი შესაძლებლობის ფარგლებში“.[35] სწორედ შეურაცხადი პირის მიერ მართლსაწინააღმდეგო მოქმედების ჩადენის შესაძლებლობის ხარისხი განსაზღვრავს გარანტის ბრალის ხარისხს მართლწინააღმდეგობის ხარისხთან ერთად. გარანტი მხოლოდ მაშინ გაიკიცხება, თუ მას მოქმედების განხორციელების შესაძლებლობა ჰქონდა. შესაბამისად, მოქმედების სპეციალური სამართლებრივი მოვა-

[34] *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, 306.

[35] *კუტალია ლ-გ.*, ბრალი სისხლის სამართალში, თბ., 2000, 501; იგივე, იხ. ნაჭყებია გ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2011, 311.

ლეობის განხორციელების შეუძლებლობა გამორიცხავს მიზეზობრივ კავშირს, ასევე ბრალს, ვინაიდან, სსკ-ის მე-8 მუხლის მესამე ნაწილი უმოქმედობისთვის მხოლოდ მაშინ აწესებს პასუხისმგებლობას, თუ გარანტს რეალურად აქვს მავნე შედეგის თავიდან ამაცილებელი მოქმედების შესაძლებლობა.

გარანტის ზედამხედველობის ქვეშ მყოფი „ცოცხალი იარაღის" ბრალი მის მიერ ჩადენილი სისხლისსამართლებრივი უმართლობისთვის გამოირიცხება საერთო საფუძვლით – მისი შეურაცხადობის გამო.

4. გაუპატიურებისას უმოქმედობაში თანამონაწილეობა

სისხლის სამართლის დღეს მოქმედი კოდექსი, განსხვავებით მისი წინამორბედისაგან, იზიარებს თანამონაწილეობას ვიწრო გაგებით და ამსრულებელს თანამონაწილის სახედ აღარ მიიჩნევს. მართალია, დამხმარე, ისევე როგორც ორგანიზატორი და წამქეზებელი, უშუალოდ არ ახორციელებს სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილით გათვალისწინებულ დანაშაულის შემადგენლობას, თუმცა ისინი ერთობლივად ახორციელებენ ერთობლივ ნებელობით ქმედებას – ერთიან უმართლობას და კანონმდებლის მიერ იწოდებიან თანამონაწილეებად.

შერეული უმოქმედობა, ზოგადად, შეიძლება თანამონაწილეობითაც იქნეს ჩადენილი,[36] რომლის ამსრულებელი უნდა იყოს შერაცხადი პირი. თანამონაწილეობის აქცესორული ბუნებიდან გამომდინარე, დამხარე პასუხს აგებს თავისი უმოქმედობით ამსრულებლის ხელშეწყობისთვის.

პრაქტიკაში პრობლემურია ამსრულებლისა და თანამონაწილის ერთმანეთისაგან გამიჯვნის საკითხი შერეული უმოქმედობის დროს, როცა უნდა მოხდეს გარანტის უმოქმედობით მონაწილეობის სამართლებრივი შეფასება არაგარანტის მიერ განხორციელებულ აქტიურ ქმედებაში. ეს პრობლემა უფრო მეტი სიმძაფრით წარმოჩნდება მაშინ, როცა საკითხი ეხება ისეთი სპეციფიკური შემადგენლობის მქონე სქესობრივი დანაშაულის თანამონაწილეობით შერეული უმოქმედობით ჩადენის შემთხვევებს, როგორიც გაუპატიურებაა.

პრობლემის საილუსტრაციოდ მოვიყვანოთ შემდეგი მაგალითი: როცა მზრუნველი გარანტი ხედავს, რომ ასაკის, ფსიქიკური მდგომარეობის გამო მისი დაცვის ქვეშ მყოფი შეურაცხადი პირის (რომლის მიმართაც გარანტს აკისრია როგორც დაცვის, ისე ზედამხედველობის ვალდებულება) გაუპატიურებას ახდენს შერაცხადი (არაგარანტი) პირი და ამას ხელს არ შეუშლის. საინტერესოა, როგორ უნდა გადაწყდეს გარანტის პასუხისმგებლობის საკითხი და აგებს თუ არა გარანტი პასუხს თავისი უმოქმედობით გაუპატიურებაში დახმარებისთვის?

ამ მაგალითის მიხედვით, მაშინ, როცა მოქმედებით უშუალო ამსრულებელი შერაცხადი პირი აუპატიურებს გარანტის ზედამხედველობის ქვეშ მყოფ, დასაცავ (ასაკის, ფსიქიკური მდგომარეობის გამო) შეურაცხად პირს და მზრუნველი გარანტის მიერ არ ხდება მისი დასაცავი (შეურაცხადი) პირის სხვა შერაცხადი პირის მიერ გაუპატიურებისათვის ხელის განზრახ შეშლა, ზედამხედველი, რომელმაც განზრახ უმოქმედობა გამოიჩინა, პასუხს აგებს როგორც დამხმარე. იგი (ზედამხედველი/გარანტი), როგორც თანამონაწილე, თავისი უმოქმედობით ხელს არ უშლის (ხელს უწყობს, ეხმარება) ამსრულებელს დანაშაულებრივი შედეგის დადგომაში, პირიქით, თავისი უმოქმედობით ქმნის მავნე შედეგის დადგომის ხელშემწყობ პირობებს და ამ გზით უადვილებს მას გაუპატიურების ჩადენას, რაც, საბოლოოდ, ზრდის შედეგის დად-

[36] Baumann/Weber/Mitsch, AT §15/Rn.35; Schönke/Schröder-Cramer-Heine, §25/Rn.99, მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, 351.

გომის შანსს. დახმარება შერეულ უმოქმედობაში შეიძლება გარანტისთვის დანაშაულის განსახორციელებლად საჭირო რჩევა-დარიგებების მიცემით ანდა აღმოჩენილი ფსიქიკური დახმარებით გამოიხატოს.[37]

გარანტი (უმოქმედობით) და ამსრულებელი (მოქმედებით) ერთიან უმართლობას ჩადის. ორივე ხელყოფს და აზიანებს ერთსა და იმავე სამართლებრივ სიკეთეს სქესობრივი თავისუფლების სახით. სწორედ ამიტომ თანამონაწილეც (გარანტი დამხმარის სახით) და ამსრულებელიც, თანამონაწილეობის აქცესორული ბუნებიდან გამომდინარე, ერთი საერთო სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებისთვის ისჯებიან. ამგვარი კანონზომიერებიდან გამომდინარე, ამსრულებელი არის ის მთავარი ფიგურა, რომლის მოქმედება ობიექტური უმართლობის თვალსაზრისით დამხმარის პასუხისმგებლობის მოცულობის ფარგლებს განსაზღვრავს.[38]

ამასთან, გარანტის უმოქმედობა, არაა აუცილებელი, რომ დანაშაულის ჩადენის აუცილებელი პირობა ანუ *Conditio sine qua non* იყოს.[39] იგი, როგორც დამხმარე, მაშინაც აგებს პასუხს, თუ დადგინდება, რომ ამსრულებელი მისი დახმარების გარეშეც განახორციელებდა გაუპატიურებას. ზედამხედველის ქმედების დახმარებად კვალიფიცირებისთვის მთავარი არის იმის დადგენა, რომ მისი, როგორც დამხმარის უმოქმედობა არის თუ არა ჩართული კონკრეტულ, შედეგის გამომწვევ მიზეზობრიობაში და უსწრებდა თუ არა დროის მიხედვით წინ მისი, როგორც თანამონაწილის (დამხმარის), უმოქმედობა ამსრულებლის ქმედებას და, ზოგადად, დამდგარ შედეგს.

თუმცა დღემდე არსებობს აზრთა სხვადასხვაობა ქართულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში უმოქმედობით დახმარების შესაძლებლობის შესახებ. ო. გამყრელიძე თავის მოსაზრებას უმოქმედობით დახმარების შეუძლებლად მიჩნევის[40] შესახებ სასამართლო პრაქტიკაში შესაბამისი შემთხვევების არარსებობას აფუძნებს და ეთანხმება გერმანულ ლიტერატურაში გამოთქმულ მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც, დამცავი გარანტი, რომელიც დაკისრებულ მოვალეობას არ ასრულებს, ყოველთვის ამსრულებელია;[41] ხოლო მ. ტურავა უმოქმედობით დახმარებას, ზოგადად, შესაძლებლად მიიჩნევს.[42] უმოქმედობით გაუპატიურებაში თანამონაწილეობის (დახმარება გაუპატიურებაში – 25,137-ე მუხლი) შესაძლებლობას აღიარებს ასევე ნ. თოდუა,[43] თუმცა გამორიცხავს უმოქმედობით ამსრულებლობას გაუპატიურებაში.[44]

---

37 *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, 352.

38 *მახარაძე ა.*, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დანაშაულში დახმარებისთვის, თბ., 2006, 199.

39 *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, თბ., 2013, 89.

40 ზოგადად უმოქმედობით დახმარება აღიარებულია ქართულ სისხლის სამართალშიც. ავტორი, ალბათ, ზოგადად კი არ მიიჩნევს უმოქმედობით დახმარებას შეუძლებლად, არამედ მის მიერ მოყვანილ კონკრეტულ მაგალითში მიაჩნია ასე, სადაც მოქმედებით ამსრულებელი და უმოქმედობის ჩამდენიც, ორივე, გარანტის ფუნქციას ასრულებენ. იხ. მაგალითი, გამყრელიძე ო., სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, მე-2 გამოცემა, თბ., 2008, 200; ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მერვე გამოცემა, თბ., 2010, 273.

41 *Ebert U.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3, Aufl., Heidelberg 2001, 192.

42 *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მერვე გამოცემა, თბ., 2010, 274.

43 *ლეკვეიშვილი მ., თოდუა ნ., მამულაშვილი გ.*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეექვსე გამოცემა, თბ., 2016, 212.

44 ავტორი შეუძლებლად მიიჩნევს გაუპატიურებისას პირის მიერ უმოქმედობით ძლადობის ან ძლადობის მუქარის განხორციელების შესაძლებლობას. ზემოაღნიშნული მსჯელობიდან გამომდინარე, თუ გავითვალისწინებთ იმას, რომ კანონი მხოლოდ კონკრეტული პირობების არსებობისას ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას უმოქმედობისთვის, სრულიად შესაძლებელია უმოქმედობით გაუპატიურებაში ამსრულებლობა.

თუ დავეყრდნობით ო. გამყრელიძის მოსაზრებას, მაშინ ჩვენს კონკრეტულ მეორე შემთხვევაში მზრუნველი გარანტი, რომელსაც დამცავი გარანტის ფუნქცია აქვს და არ ასრულებს დაკისრებულ სპეციალურ მოვალეობას, პასუხს აგებს თავისი უმოქმედობის გამო, როგორც ამსრულებელი (თანაამსრულებლობა) უმოქმედობით გაუპატიურებაში. ეს, მართალია, შეესაბამება, და არ ეწინააღმდეგება, სისხლის სამართლის დოგმატიკაში გაბატონებულ თ. წერეთლის მიერ გამოთქმულ მოსაზრებას თანაამსრულებლობის, როგორც მოქმედებით, ისე უმოქმედობით ჩადენის შესაძლებლობის შესახებ,[45] თუმცა ეს მოსაზრება შეუსაბამოა ქმედებაზე ბატონობის თეორიასთან, რომელზე დაყრდნობით შესაძლებელია მტკიცება იმისა, რომ მხოლოდ მოქმედებით უშუალო (შერაცხადი) ამსრულებელი ბატონობს ქმედებაზე. გარანტის უმოქმედობა არაა ქმედებაზე ბატონობა. ამ შემთხვევაში, აღწერილ დანაშაულს ჰყავს აქტიური მოქმედებით განმხორციელებელი (ჩამდენი) შერაცხადი პირი, რომელიც ქმედებაზე ბატონობს. სწორედ ეს ნიშანი – ქმედებაზე ბატონობა აქცევს უმოქმედო გარანტს (ზედამხედველს) მეორეხარისხოვან ფიგურად – დამხმარედ; დანაშაულის დამსწრე უმოქმედო პირი დანაშაულის დახმარებისთვის მხოლოდ მაშინ აგებს პასუხს, როცა მას დანაშაულებრივი შედეგის თავიდან აცილება ევალება, ანუ აკისრია გარანტის ფუნქცია.[46] გარანტის მიერ სწორედ ამ დაკისრებული მოვალეობების განუხორციელებლობა არის მიზეზობრივ კავშირში სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფასთან, რაც განაპირობებს მისი, როგორც დამხმარის პასუხისმგებლობას. მიუხედავად იმისა, რომ ამ შემთხვევაში გარანტი უმოქმედობისას არ ბატონობს ქმედებაზე, მას ევალება დანაშაულებრივი შედეგის თავიდან აცილება, თუმცა უმოქმედო დამსწრე პირის როლს ითავისებს და პასუხს აგებს როგორც დაკისრებული მოვალეობების დარღვევისთვის, ისე დამდგარი შედეგის თავიდან არაცილებისთვის.

ზედამხედველის/გარანტის, როგორც უმოქმედობით გაუპატიურებაში დამხმარის, ქმედების კვალიფიკაცია ისევე მოხდება, როგორც მოქმედებით დახმარების სახით თანამონაწილეობისას და მიეთითება სსკ-ის 24-ე მუხლზე. თავის მხრივ, ამსრულებლის დამხმარისაგან გამიჯვნის საკითხი დამოუკიდებელი მსჯელობის საგანია და, ბუნებრივია, ამ ეტაპზე არ გვაქვს ხსენებული საკითხის სიღრმისეულად განხილვის ამოცანა. განსახილველი საკითხის ჭრილში მხოლოდ ზოგადად გვსურს შევნიშნოთ.

4.1. გაუპატიურებისას უმოქმედობაში თანამონაწილეობის სუბიექტური შემადგენლობა

სუბიექტურობის მხრივ, გარანტი, როგორც დამხმარე, განზრახ უნდა მოქმედებდეს. მას გაცნობიერებული უნდა ჰქონდეს, რომ თავისი უმოქმედობით ხელს უწყობს, ეხმარება ამსრულებელს დანაშაულის ჩადენაში და მასთან ერთად ახორციელებს ერთიან უმართლობას, რაც მათი ქმედებების ერთიანი განზრახვით შეკავშირებას გულისხმობს.[47] გარანტს შეგნებული აქვს ამსრულებლის დანაშაულებრივი ქმედების მხოლოდ დამფუძნებელი ნიშნები და პირდაპირი განზრახვით მოქმედებს. ამსრულებლის ქმედების გარეგნული გამოხატულებით გარანტისთვის აშკარაა და ცხადია ამსრულებლის გეგმა და მოქმედების ხასიათი, რისი ცოდნის გარეშეც თანამონაწილეობა გამორიცხულია.[48] ამასთან, აუცილებელი არ არის, ამსრულებელმა

[45] *წერეთელი თ.*, თანამონაწილეობა დანაშაულში, თბ., 1965, 141.

[46] *Baumann J., Weber U., Mitsch W.* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11, Aufl., Bielefeld, 2003, 214.

[47] *გამყრელიძე ო.*, სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, მე-2 გამოცემა, თბ., 2008, 200.

[48] *Трайнин А. Н.,* Учение о соучастии, Глава восьмая, Москва, Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941, 112. <http:// law. edu.ru/book/book.asp?bookID=6451 > [28.11.2016].

იცოდეს თანამონაწილის უმოქმედობის შესახებ, ე.ი., თანამონაწილეობისათვის ყოველთვის დამახასიათებელი არ არის „ურთიერთცოდნა".[49]

ამასთან, გარანტი, თავისი უმოქმედობით, ამსრულებლის მიზნის თანაზიარი ხდება და უმორჩილებს თავის მიზანს, რომლის ხორცშესხმა ამსრულებლის მოქმედების მეშვეობით ხორციელდება.[50] შედეგი სურს იმდენად, რამდენადაც ეს სურს ამსრულებელს, ამდენად, საკუთარი მიზნის მიღწევას გარანტი, რომელიც პასუხს აგებს დახმარებისთვის, ხედავს ამსრულებლის მიზნის მიღწევაში, რაც შეესაბამება სისხლის სამართლის დოქტრინაში გამოთქმულ მოსაზრებას იმის შესახებ, რომ დანაშაულში თანამონაწილეობისათვის აუცილებელია, თანამონაწილეს და ამსრულებელს ჰქონდეთ საერთო მიზანი,[51] ვინაიდან ამსრულებელი და დამხმარე ერთიან უმართლობას ახორციელებენ საერთო ობიექტურ და სუბიექტურ ელემენტებთან ერთად, სხვაგვარად ერთიანი უმართლობის განხორციელება შეუძლებელია; ანალოგიურად მსჯელობს ფ. ბურჩაკიც: „... თანამონაწილეებს ერთმანეთთან ერთიანი გამიზვნა აკავშირებთ, ასეთი ერთიანობა კი შესაძლებელია მხოლოდ იმ დანაშაულებში, რომელთა ჩადენა პირდაპირი განზრახვით ხდება".[52] სწორედ ამიტომ ფსიქიატრიული საავადმყოფოს ზედამხედველი პასუხს აგებს, როგორც დამხმარე, ერთიანი უმართლობის ჩადენაში.

იმ შემთხვევაში კი, თუ პირს არ ექნება დაკისრებული მოქმედების სპეციალური მოვალეობა, რაც დაავალდებულებს მას ისეთი მოქმედების განხორციელებას, რომელიც მიმართული იქნება შედეგის თავიდან აცილებისკენ, მხოლოდ დაესწრება დანაშაულის ჩადენას და არ იქნება დამხმარე, მაშინ, იმის გათვალისწინებით, რომ გაუპატიურება მძიმე კატეგორიის დანაშაულია, ასეთ არაგარანტ პირს პასუხისმგებლობა დაეკისრება დანაშაულის შეუტყობინებლობისათვის.[53]

5. დასკვნა

ნაშრომში გადმოცემული ზემოაღნიშნული თეორიული მსჯელობა ეფუძნება სწორ, ლოგიკურ განსჯას, რაც არის საკმარისი საფუძველი შემდგომი დისკუსიისთვის იმ პირობებში, როცა დღემდე ხსენებული საკითხი არ გამხდარა ფართო დისკუსიის საგანი.

მიუხედავად იმისა, რომ სისხლის სამართლის კოდექსის 137-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული შედეგის განხორციელება – დაზარალებულის სქესობრივი ხელშეუხებლობის ხელყოფა – ტიპურად მოქმედებით ხდება, სტატიაში გადმოცემული ზემოაღნიშნული თეორიული მსჯელობა და გაუპატიურების შემადგენლობის საკანონმდებლო ჩანაწერი გვაძლევს საკმარის საფუძველს დავასკვნათ იმავე შედეგის განხორციელების შესაძლებლობა უმოქმედობითაც.

ნიშანდობლივია, რომ სისხლის სამართლის კოდექსის 137-ე მუხლის პირველი ნაწილის საკანონმდებლო ჩანაწერში სახელდებით არაა მითითებული გაუპატიურების, როგორც კა-

---

[49] იხ. *წერეთელი თ.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I , თბ., 2007, 63-64, ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მერვე გამოცემა, თბ., 2010, 270.

[50] *მახარაძე ა.*, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დანაშაულში დახმარებისთვის, თბ., 2006, 199.

[51] *დვალიძე ი.*, მოტივისა და მიზნის გავლენა ქმედების კვალიფიკაციასა და სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე, თბ., 2008, 110.

[52] *Бурчак. Ф. Г.,* Учение о соучастии по советскому уголовному праву, киев, Киевская книжная фабрика №1, 1969, 120. <http://www.economics.com.ua/writer/4095/textbook/11742/burchak_fg/uchenie_o_souchastii_po_sovetskomu_ugolovnomu_pravu >[06.10.2017].

[53] *Ebert U.,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 3, Aufl., Heidelberg 2001, 215. იგივე, იხ. წერეთელი თ., თანამონაწილეობა დანაშაულში, თბ., 1965, 176.

ნონით აკრძალული ქმედების, სახე – მოქმედებით უნდა განხორციელდეს დაზარალებულის სქესობრივი ხელშეუხებლობის ხელყოფა თუ უმოქმედობით. სწორედ ამიტომ აქ მოქმედებაც იგულისხმება და უმოქმედობაც, რაც უქმნის მყარ საფუძველს ზემოაღნიშნულ მოსაზრებებს გაუპატიურების (შერეული) უმოქმედობით ჩადენის შესაძლებლობის შესახებ.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 22/07/1999.
2. საქართველოს კანონი „ფსიქიატრიული დახმარების შესახებ", 27/07/2006.
3. ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2016, 137, 154, 371.
4. *გამყრელიძე ო.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი III, თბ., 2013., 181, 268.
5. *გამყრელიძე ო.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი I, 2011., 190, 195-196.
6. *გამყრელიძე ო.*, სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, მე-2 გამოცემა, თბ., 2008, 96, 186, 187, 200.
7. *გოთუა ზ.*, პასუხისმგებლობა გაუპატიურებისათვის, თბ., 1994, 7;
8. *დვალიძე ი.*, მოტივისა და მიზნის გავლენა ქმედების კვალიფიკაციასა და სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე, თბ., 2008, 110.
9. *ვესელსი ი., ბოილკე ვ.*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, თბ., 2010, 421, 427, 439.
10. *კუტალია ლაშა-გიორგი*, ბრალი სისხლის სამართალში, თბ., 2000, 501;
11. *ლეკვეიშვილი მ., თოდუა ნ., მამულაშვილი გ.*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეექვსე გამოცემა, თბ., 2016, 212, 216.
12. *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, 306, 328, 352, 353, 360-361.
13. *მახარაძე ა.*, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დანაშაულში დახმარებისთვის, თბ., 2006,199.
14. *ნაჭყებია გ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2011, 257, 311.
15. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, თბ., 2013, 89.
16. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მერვე გამოცემა, თბ., 2010, 270, 273, 274.
17. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეშვიდე გამოცემა, თბ., 2008, 175.
18. *წერეთელი თ.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი I, თბ., 2007, 63-64, 279, 290, 379.
19. *წულაია ზ.*, სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, პირველი ტომი, თბ., 2000, 179;
20. *წერეთელი თ., ტყეშელიაძე გ.*, მოძღვრება დანაშაულზე, თბ., 1969, 303.
21. *წერეთელი თ.*, თანამონაწილეობა დანაშაულში, თბ., 1965, 141, 176, 131.
22. *ჯიშკარიანი ბ.*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2016, 246.
23. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT §15/Rn.35; *Schönke/Schröder-Cramer-Heine*, §25/Rn.99. ციტ. *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბილისი, 2011., 351.
24. *Baumann J., Weber U., Mitsch W.*„ Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11, Aufl., Bielefeld 2003, 214.

25. BGHSt GrS 16,155, ციტ. *ვესელსი ი.*, *ბოილკე ვ.*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, თბ., 2010, 421.
26. *Ebert U.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3, Aufl., Heidelberg 2001, 192, 215.
27. *Kindhäuser U.,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 3, Aufl., Berlin, 2008, 11, 27, 39.
28. *Schönke A.*, Schröder H., Stratgesetzbuch, Aufl., München, 2006, 16.
29. *Solnarzh V.*, Accompliceship on criminal law of Czechoslovakia Socialist Republic. M., 1962, 94, ციტ. *წერეთელი თ.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი II, თბილისი, 2007., 121.
30. *Sauer W.*, Allgemeine Strafrechtlehre, Berlin, 1955, 213-216. ციტ. *წერეთელი თ.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი II, თბ., 2007., 120.
31. *Бурчак. Ф. Г.*, Учение о соучастии по советскому уголовному праву, киев, Киевская книжная фабрика №1, 1969, 120. <http://www.economics.com.ua/writer/4095/textbook/11742/burchak_fg/ uchenie_o_ souchastii_po_sovetskomu_ugolovnomu_pravu >[06.10.2017].
32. *Журавлев М.П.*, *Никулин С.И.*, (Ред.), Уголовное право, Общая и Особенная часть, 2-е издание, 2008, 382.
33. *Ковалев М. И.,* соучастие в преступлении, частъ вторая, Свердловск, 1962, 19.
34. *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право, Часть общая, Том 1, Тула, 2001, 573.
35. *Трайнин А. Н.*, Учение о соучастии, Глава восьмая, Москва, Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941, 112. <http:// law.edu.ru/book/book.asp?bookID=6451 > [28.11.2016].
36. Пионтковский А.А., учение о преступлении, стр. 227. ციტ. *წერეთელი თ.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი I, თბ., 2007, 278.

† გურამ ნაჭყებია*

სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები და სუბიექტები, როგორც სისხლის სამართლის ფილოსოფიის კატეგორიები**

სტატიაში დასმულია სისხლის სამართლის ფილოსოფიის საკითხი და ამ პოზიციიდან გაკრიტიკებულია სისხლის სამართლის ტრადიციული დოგმატიკა, რომელიც მართლზომიერი ქმედების გამო სამართლებრივი ურთიერთობის იდეას არ იცნობს. ამ პოზიციიდანვეა გაკრიტიკებული რუსული სისხლის სამართლის დოგმატიკის ტრადიციული კონცეფციაც, რომლის თანახმად, სისხლის სამართალი თითქოს აწესრიგებს დანაშაულის ჩადენის გამო წარმოქმნილ ურთიერთობას. ამ პოზიციიდანაა შემუშავებული „დანაშაულის ობიექტისა“ და „დანაშაულის სუბიექტის“ ტრადიციული ცნებები. რეალურად კი, პირიქით, დანაშაულის ჩადენას მისი ჩამდენი პირი გაჰყავს სისხლის სამართლის ფარგლებს გარეთ, რის გამოც „დანაშაული“ სისხლის სამართლის მოწესრიგების საგანი უკვე აღარ არის.

სტატიაში ხაზგასმულია, რომ სისხლის სამართლის კანონის პრაქტიკული ამოქმედების შედეგად იქმნება სამართლებრივი ურთიერთობა მართლზომიერი ქმედების გამო, ამ პოზიციიდან „დანაშაულის სუბიექტის“ ყალბი ცნების ნაცვლად ბუნებრივად ყალიბდება „სისხლის სამართლის სუბიექტის“ ცნება, რადგან ეს უკანასკნელი, თავისი მართლზომიერი ქმედებით, სამართლის ნორმის მოთხოვნას მართლწესრიგში გადართავს. მაშასადამე, სამართლის სუბიექტი, თავისი მართლზომიერი ქმედებით, დანაშაულებრივი ხელყოფისაგან იცავს იმ ობიექტს, რომელიც დანაშაულებრივი ხელყოფისაგანაა დაცული სისხლის სამართლის კანონით. აქედან გამომდინარე, „დანაშაულის ობიექტი“ კი არ არსებობს, არამედ „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტი, რომელიც წინ უსწრებს დანაშაულის ჩადენას. „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები (მაგალითად: ადამიანის სიცოცხლე, ჯანმრთელობა, საკუთრება და. ა. შ) და სუბიექტები (მაგალითად: მოქალაქე, მოხელე, მედიცინის მუშაკი და ა.შ) შეადგენენ, ერთი მხრივ, მართლზომიერი ქმედების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ელემენტებს, ხოლო, მეორე მხრივ, ქმნიან სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემას.

საკვანძო სიტყვები: *სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები, სისხლისსამართლებრივი დაცვის სუბიექტები, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემა.*

1. შესავალი

სისხლის სამართლის, როგორც სამართლის დარგის, მოწესრიგების საგანი დღემდე არსებითი გაუგებრობის წყაროა. საბჭოურ და პოსტსაბჭოთა სისხლის სამართლის თეორიაში, როგორც წესი, აღიარებულია დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეა. დანაშაული თითქოს არის ის იურიდიული ფაქტი, რომელიც ქმნის სისხლისსამართლებრივ ურთიერ-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ემერიტუს-პროფესორი.

** წინამდებარე ნაშრომი ემერიტუს-პროფესორ გურამ ნაჭყებიას უკანასკნელი სამეცნიერო ნაშრომია.

თობას სახელმწიფოსა და დანაშაულის ჩამდენ პირს შორის, თუმცა ზოგჯერ არ უარყოფენ მართლზომიერ ქმედებას მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებებშიც. ეს გარემოებები, როგორც ცნობილია, ზოგადი წესიდან გამონაკლისია. საკითხავი კი ისაა, თუ რატომ არ შეიძლება, რომ სისხლის სამართალი აწესრიგებდეს დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო ურთიერთობას ანუ ურთიერთობას მართლზომიერი ქმედების გამო, რომელსაც სამართლის ნორმის მოთხოვნა მართლწესრიგში გადააქვს? განა აქ არ ყალიბდება **სამართლის ნორმის, როგორც ჯერარსისა, და მართლწესრიგის, როგორც ნაწილობრივ განხორციელებული სამართლის, როგორც არსის, კავშირის ფორმა? განა ამ ფორმის შინაარსი არაა სახელმწიფოს წინაშე სისხლის სამართლის სუბიექტის პოზიტიური პასუხისმგებლობა, რომლის ობიექტი მართლზომიერი ქმედება?** სახელმწიფოს წინაშე სისხლის სამართლის სუბიექტის პოზიტიური პასუხისმგებლობის გარეშე მისი არც ნეგატიური პასუხისმგებლობა იქნებოდა შესაძლებელი. **აქ, როგორც ჩანს, იკვეთება სისხლის სამართლის ფილოსოფია, რადგან პასუხისმგებლობის კატეგორიისა და სისხლის სამართლის სფეროში მისი გამოვლენის ფორმების კვლევა სისხლის სამართლის კერძო მეცნიერების საქმე არაა და იგი სისხლის სამართლის ფილოსოფიის სფეროში გადადის.**

სამწუხაროდ, სისხლის სამართლის გერმანულ დოგმატიკაში ცნობილი არაა სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა არც დანაშაულის ჩადენის გამო და არც დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო. აქედან გამომდინარე, გაბატონებულია ე.წ. სამართლებრივი სიკეთის დაცვა სისხლის სამართლის კანონში გამოხატული დასჯის მუქარის მეშვეობით.[1] მართალია, შესაძლო დანაშაულისათვის სასჯელის გამოყენების მუქარა გავლენას ახდენს საზოგადოების მერყევ ელემენტებზე, **მაგრამ ეს მუქარა არავითარ გავლენას არ ახდენს საზოგადოების იმ შეგნებულ ნაწილზე, რომელიც დანაშაულს არ სჩადის არა დასჯის მუქარის გამო, არამედ საზოგადოებისა და სახელმწიფოს წინაშე მაღალი პასუხისმგებლობის, პიროვნული ღირსებისადმი შეგნებული დამოკიდებულების გამო. აქედან გამომდინარე, ჩვენი აზრით, საზოგადოების ამ შეგნებული ნაწილის შეურაცხყოფა იქნებოდა იმის თქმა, რომ ისიც მოქმედებს დასჯის მუქარის ზეგავლენით.** გარდა ამისა, გამოდის, რომ, გერმანული დოგმატიკის მიხედვით, დანაშაულის წინააღმდეგ მხოლოდ სახელმწიფო იბრძვის, ხოლო პიროვნება ამ ბრძოლაში არ მონაწილეობს, რაკი გერმანულმა დოგმატიკამ არ იცის **„სისხლის სამართლის სუბიექტის** „ცნება, რომელიც თავისი მართლზომიერი ქმედებით დანაშაულებრივი ხელყოფისაგან იცავს განსაზღვრულ ურთიერთობას. სამწუხაროდ, „სისხლის სამართლის სუბიექტის „ცნება არც რუსულმა დოგმატიკამ არ იცის: ამ დოგმატიკაში, დანაშაულის ჩადენის გამო, სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ლოგიკით, გაბატონებულია „დანაშაულის ობიექტისა“ და „დანაშაულის სუბიექტის“ ცნებები. უფრო მეტიც, ეს **„დანაშაულის ობიექტი“ და „დანაშაულის სუბიექტი“ თითქოს სისხლის სამართლის საკანონმდებლო შემადგენლობის ელემენტებია.** მართალია, გერმანულ დოგმატიკაში დანაშაულისა და მისი შემადგენლობის ცნებები მკვეთრადაა განსხვავებული, მაგრამ იმის გამო, რომ გერმანულმა დოგმატიკამ არ იცის დანაშაულთა თვიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეა, გერმანელი კოლეგებიც იძულებულნი არიან, ჩადენილი დანაშაული დაახასიათონ ოთხი ელემენტის მიხედვით: დანაშაულის ობიექტი და სუბიექტი, ობიექტური მხარე და სუბიექტური მხარე, როგორც ეს მიღებულია სისხლის სამართლის რუსულ დოგმატიკაში.

[1] *Baumann O., Weber M.,* Mitsch W.J., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10 Auflage, 1996, 11.

2. დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეის სიყალბე

რუსეთის ფედერაციის სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის ერთ-ერთ სახელმძღვანელოში მოტანილია ძველი რუსული კანონმდებლობა, რომლის თანახმად, დანაშაული არის რაღაც წესის გადაბიჯება (*„Переступление сии правила“*).[2] მოკლედ რომ ვთქვათ, დანაშაული რაიმე წესის თუ კანონის გარეთ გასვლაა, ესე იგი, დანაშაულის ჩადენას მისი ჩამდენი პირი გაჰყავს სისხლის სამართლის, როგორც სამართლის დარგის, ფარგლებს გარეთ. ამაზე მეტყველებს ქართული სამართლის ისტორიაც. ირკვევა, რომ ძველ ქართულ სამართალში დანაშაული რაიმე წესის, კანონის „გარდასვლად“ და, მაშასადამე, „გარდამავალ“ ქმედებად იწოდებოდა. აკად. ივ. ჯავახიშვილის მტკიცებით, „კანონმდებლის მიზანს ადამიანთა ურთიერთობის მოწესრიგება შეადგენდა, მოქმედების იმ ზღვარის დადება, რომლის გადასვლა სახელმწიფოს, სარწმუნეობის, სხვისი უფლებისა და ინტერესის შებღალვას წარმოადგენდა. კანონისა და სამართლის წიგნით დადებული საზღვრით ადამიანთა შორის „კანონიერება „უნდა დამყარებულიყო და ამიტომ ადამიანის სწორ მოქმედებასაც და ქცევასაც „კანონიერებას“ უწოდებდნენ.“[3] ავტორი ასკვნიდა, რომ „თვით საქციელს, რომელიც სჯულის, სამართლისა და წესის გადალახვას წარმოადგენდა, გარდამავალი ქმედება „სწოდებია“.[4]

ამრიგად, როგორც ძველი ქართული, ისე ძველი რუსული სამართლით დანაშაულს რაიმე წესის, სჯულისა თუ კანონის „გარდამავალი“ ქმედება (*„Переступение“*) ეწოდებოდა. თუ წარმოვიდგენთ იმ რეალურ ვითარებას, რომ სისხლის სამართლის კანონი, მისი ძალაში შესვლის შემდეგ, მიმართულია ყველა შეურაცხუნარიანი პირისაკენ, რათა ყველა მათგანში აღძრას მართლზომიერი ქმედების პასუხისმგებლობა, მაშინ **აქ სახეზეა სახელმწიფოსთან სამართლის სუბიექტის სამართლებრივი ურთიერთობა სწორედ მართლზომიერი ქმედების გამო.** აქედან ადვილია დასკვნის გაკეთება, რომ დანაშაულის ჩადენას მისი ჩამდენი პირი გაჰყავს სახელმწიფოსთან სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებს გარეთ და, მაშასადამე, ჩადენილი დანაშაული სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობას არ ქმნის. **მაშასადამე, დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეა ყალბია. მითუმეტეს, თუ წმინდა იურიდიულად დანაშაული ჩადენილად ითვლება მხოლოდ მაშინ, თუ იგი დადასტურებულია კანონიერ ძალაში შესული გამამტყუნებელი განაჩენით. ამ მომენტამდე დანაშაული იურიდიულად შეუძლებელია და იგი ვერც რაიმე იურიდიულ ურთიერთობას გამოიწვევს.** სხვა საკითხია სასჯელაღსრულებითი სამართლებრივი ურთიერთობა, რაც, ცხადია, არ არის სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა.

2.1. ნეგატიური პასუხისმგებლობისა და დანაშაულის ჩადენის გამო არარსებული ურთიერთობის აღრევის ანტიფილოსოფიური შედეგები

დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის იდეა მნიშვნელოვანწილად განპირობებულია **„პასუხისმგებლობისა“** და **„ურთიერთობის“** კატეგორიების აღრევით. კერძოდ, დანაშაულის ჩადენისათვის დაწესებულია ნეგატიური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა, რაც დავას არ იწვევს, მაშინ, როცა დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა შეუძლებელია. ზემოთ დასახელებულ სახელმძღვანელოში აშკარა

[2] Уголовное право, Общая часть, Учебник для вузов, М., 2004, 78 .

[3] *ჯავახიშვილი ივ.*, ქართველი ერის ისტორია, თხზულებანი 12 ტომად, ტ. 7, 1984, 188.

[4] იქვე, 109.

ლოგიკური წინააღმდეგობაა: ერთი მხრივ, ამტკიცებენ, რომ ძველი რუსული სამართლის მიხედვით, დანაშაული არის რაიმე წესსა თუ კანონზე გადაბიჯება (*Переступление*),[5] ხოლო, ამავე სახელმძღვანელოში ამტკიცებენ, რომ „სისხლისსამართლებრივი ნორმები თავიანთი „სახით" მიმართულია ადამიანზე, რომელმაც ჩაიდინა დანაშაული."[6] ამ წინააღმდეგობიდან ერთადერთი გამოსავალი არსებობს: **კერძოდ, ერთმანეთისაგან გავმიჯნოთ სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა. სამწუხაროდ, იმის გამო, რომ თავის დროზე ვერ გაცნობიერდა „პასუხისმგებლობის" და „ურთიერთობის" კატეგორიების ფილოსოფიური ბუნება, სწორედ ამ ორი კატეგორიის კერძო მეცნიერული აღრევა დღემდე ქმნის არსებით გაუგებრობას.** დანაშაულის ჩადენას მისი ჩამდენი პირი გაჰყავს სახელმწიფოსთან სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებს გარეთ, რის გამოც იგი ნეგატიურადაა პასუხისმგებელი სახელმწიფოს წინაშე. მაგრამ საქმე ის გახლავთ, რომ დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა პრაქტიკულად სისხლის სამართლის საპროცესო ურთიერთობის გარეშე შეუძლებელია. გამოძიების ეტაპზე ბრალდებული, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 169-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, მხოლოდ სავარაუდოდაა მიჩნეული დანაშაულის ჩამდენად. ამიტომაა, რომ **ბრალდებული, თავისი პროცესუალური მდგომარეობის თანახმად, ჯერ კიდევ არაბრალეულია, ვიდრე მისი ბრალი მართლსაწინააღმდეგო ქმედების ჩადენაში არ იქნება დადგენილი კანონიერ ძალაში შესული გამამტყუნებელი განაჩენით.**

ამრიგად, დანაშაულის ჩადენის გამო პასუხისმგებლობა – ეს პასუხისმგებლობის ნეგატიური მხარეა, ასპექტია, რომელიც, როგორც ვნახეთ, პრაქტიკულად სისხლის სამართლის საპროცესო ურთიერთობის ფორმითაა გაშუალებული. ამ მიმართებით სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა საერთოდ არ ჩანს, ან იგი სასჯელთანაა გაიგივებული და მაშინ „პასუხისმგებლობის" ფილოსოფიური კატეგორია სისხლის სამართალში არ ვლინდება. ეს კი შეუძლებელია და ეწინააღმდეგება პასუხისმგებლობის კატეგორიას.

2.2. პოზიტიური პასუხისმგებლობის იდეა და მართლზომიერი ქმედების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა

„პასუხისმგებლობა" ფილოსოფიური კატეგორიაა, რომელიც ორი ასპექტით ვლინდება: პირველი, ამ მხრივ პასუხისმგებლობის პოზიტიური, პროსპექტიული, ასპექტია, რომელსაც უწოდებენ პასუხისმგებლობას მომავლისათვის, რადგან, ამ პოზიციის მიხედვით, სუბიექტი უკვე აწმყოში პასუხისმგებლობით ეკიდება თავის მოვალეობას და, მაშასადამე, მისი ეს ქმედება ზნეობრივად გამართლებულია, ხოლო სამართლებრივად მართლზომიერი. სუბიექტის მართლზომიერ ქმედებას სამართლის ნორმის მოთხოვნა მართლწესრიგში გადააქვს. მართლწესრიგი კი არის სამართლის ნორმის, როგორც ჯერარსის, და მართლწესრიგის, როგორც ნაწილობრივ განხორციელებული სამართლის, როგორც არსის, კავშირის ფორმა. ამ ფორმის შინაარსს გამოხატავს სამართლის სუბიექტის პოზიტიური პასუხისმგებლობა სწორედ მართლზომიერი ქმედების გამო, როცა იგი, ერთი მხრივ, ვალდებულია, მოქმედებდეს მართლზომიერად, ხოლო, მეორე მხრივ, როგორც პიროვნება, მოწოდებულია, მართლზომიერი ქმედების ვალდებულებას მოეკიდოს პასუხისმგებლობით, ესე იგი, ამ მოვალეობის აღსრულების შინაგანი მზაობით, პიროვნული ღირსების მაღალი შეგნებით.[7] დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლის-

[5] *ჯავახიშვილი ივ.*, ქართველი ერის ისტორია, თხზულებანი 12 ტომად, ტ. 7,1984, 78.

[6] იქვე, 61.

[7] *ნაჭყებია გ.*, სისხლის სამართალი, სახელმძღვანელო, ზოგადი ნაწილი, თბ, 2015, 46.

სამართლებრივი ურთიერთობის შესახებ ყალბი იდეის ან მართლზომიერი ქმედების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის უგულებელყოფის მიზეზით სისხლის სამართლის სფეროში პოზიტიური პასუხისმგებლობისთვის ადგილი არ რჩება და ამიტომ სამართლის ამ დარგში პასუხისმგებლობა უნდა იყოს მხოლოდ ნეგატიური. ამ პოზიციიდან სხვა გზა არ რჩება, თუ არა ნეგატიური პასუხისმგებლობისა და სასჯელის გაიგივებისა, რაც სისხლის სამართლის თეორიას გამოუვალ ჩიხში აყენებს – ამ პოზიციიდან კი სისხლის სამართლის ფილოსოფია შეუძლებელია. ეს უკანასკნელი დამოუკიდებელ კვლევას მოითხოვს და ამ სტატიის ფარგლებში იგი ვერ დაფუძნდება. მაგრამ სისხლის სამართლის ფილოსოფიის შესახებ საკითხის დასმას ამჯერად ის აზრი აქვს, რომ მოკლედ მაინც დასაბუთდეს ცნებები: **„სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტი“ და „სისხლისსამართლებრივი დავის სუბიექტი,“ როგორც დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ელემენტები.**

როგორც უკვე აღვნიშნეთ, დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ლოგიკით რუსულ სისხლისამართლებრივ აზროვნებაში გაბატონდა დანაშაულის შემადგენლობის ოთხწევროვანი დაყოფა: დანაშაულის ობიექტი, დანაშაულის სუბიექტი, დანაშაულის ობიექტური მხარე და სუბიექტური მხარე. ამის მიხედვით იქნა აგებული სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემაც.

3. „დანაშაულის ობიექტის“ ტრადიციული ცნების წინააღმდეგობანი

რუსული სისხლის სამართლის დოგმატიკაში დღემდე ბატონობს „დანაშაულის ობიექტის“ ცნება, რომელიც ქმედების საკანონმდებლო შემადგენლობის პირველ და მთავარ ელემენტადაა მიჩნეული. ამის სასარგებლოდ თითქოს მეტყველებენ სისხლის სამართლის კოდექსები, რომელთა კერძო ნაწილში პირდაპირაა გამოხატული, მაგალითად, „დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ“, „დანაშაული სიცოცხლის წინააღმდეგ“, „დანაშაული საკუთრების წინააღმდეგ“ და ა.შ. ამ პოზიციიდან სავსებით ბუნებრივი ჩანს როგორც „დანაშაულის ობიექტის“, ისე „დანაშაულს სუბიექტის“ ცნებები. მაგრამ საკმარისია, ყურადღება მივაქციოთ „დანაშაულის ობიექტის“ ტრადიციულ განსაზღვრებებს, რომ მაშინვე თავს იჩენს ე.წ. წრე ლოგიკურ განსაზღვრებაში. კერძოდ, ირკვევა, რომ „დანაშაულის ობიექტის“ ცნება ისე ვერ იქნება განსაზღვრული, თუ თავიდანვე არ იქნება მითითებული, რომ რეალურად საქმე ეხება **„სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტს“.** მაგალითად, ბ. ნიკიფოროვი ამტკიცებდა, რომ „დანაშაულის ობიექტი და სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტი ემთხვევიან ერთმანეთს. დანაშაულის ობიექტი – ეს იგივე საზოგადოებრივი ურთიერთობაა, რომლის წინააღმდეგაც მიმართულია დანაშაული და რომელსაც იცავს სისხლის სამართალი.“[8]

როგორც ჩანს, დანაშაულის ობიექტი – ეს იგივე ის საზოგადოებრივი ურთიერთობაა, რომელიც დაცულია სისხლის სამართლის კანონით. მაშასადამე, დანაშაულის ობიექტი – ეს იგივე სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტია. **„დანაშაულის ობიექტის“ ცნების განსაზღვრებას ლოგიკურად წინ უსწრებს „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის“ ცნება. ვიდრე განსაზღვრული საზოგადოებრივი ურთიერთობის სისხლისსამართლებრივი დაცვა არ შედგება, მანამ „დანაშაულის ობიექტი“ შეუძლებელია.** აქედან გამომდინარე, ვერ დავეთანხმებით პროფ. ბ. ნიკიფოროვის მტკიცებას, რომ დანაშაულის ობიექტის ცნება და სისხლისსამართლებრივი დავის ობიექტის ცნება ემთხვევიან ერთმანეთს, რადგან შეუძლებელია ერთმანეთს დაემთხვეს განსაზღვრული საზოგადოებრივი ურთიერთობის სისხლისსამართლებრივი დაცვა და მისი დანაშაულებრივი ხელყოფა. მაგალითად, ნ. კორჟანსკი

[8] *Никифоров Б.С.,* Объект преступления по советскому уголовному праву, М., 1960, 8-9.

„დანაშაულის ობიექტის“ ცნებას განსაზღვრავდა როგორც იმ საზოგადოებრივ ურთიერთობას, „რომელიც დანაშაულებრივი ხელყოფისაგან დაცულია სისხლის სამართლის კანონით.“[9]

ამრიგად, „დანაშაულის ობიექტის „ტრადიციულ ცნებას ლოგიკურადაც და ფაქტობრივადაც წინ უსწრებს სისხლისსამართლებრივი დაცვის“ ობიექტის ცნება, **რადგან ამ უკანასკნელ შემთხვევაში საქმე ეხება სახელმწიფოს საკანონმდებლო საქმიანობას, როცა იგი სისხლის სამართლის კანონის ფორმაში დანაშაულად და სისხლისსამართლებრივი წესით დასჯადად აცხადებს ადამიანთა გარკვეულ ქმედებებს და, მაშასადამე, ქმნის „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის“ ცნებას.** მაგრამ საქმის ვითარება ასე ცალსახა არ ჩანს. მაგალითად, რუსეთის ფედერაციის სისხლისსამართლებრივ ლიტერატურაში, ერთი მხრივ, არ უარყოფენ „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტს, „როგორც კანონმდებლის საქმიანობის შედეგს, ხოლო, მეორე მხრივ, ამტკიცებენ, რომ სულ სხვაა დანაშაულის ობიექტი, რომელიც ახასიათებს დანაშაულის შემადგენლობის ელემენტს.[10]

როგორც ჩანს, „დანაშაულის ობიექტის“ ცნებას „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის“ ცნებისაგან დამოუკიდებელი მნიშვნელობა აქვს, რადგან დანაშაულის ობიექტი დანაშაულის შემადგენლობის ელემენტია. გასაოცარი კი ისაა, თუ **რანაირად შეიძლება საზოგადოებრივი ურთიერთობა, რომელსაც ხელყოფს დანაშაული, დანაშაულის შემადგენლობის ელემენტად ჩაითვალოს? ან: რანაირად შეიძლება „დანაშაულის სუბიექტის“ ცნების გამართლება, როცა, ამ ცნების თანახმად, დანაშაულის ჩამდენი პირი მისივე ქმედების ელემენტია?** ამ აბსურდული ვითარების თავიდან ასაცილებლად გადაჭრით უნდა ითქვას, რომ არსებობს მხოლოდ „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტი“, რომელსაც შემდგომ ხელყოფს დანაშაულებრივი ქმედება, რომელიც ობიექტური მხარისა და სუბიექტური მხარისაგან შედგება, ხოლო, ობიექტი და სუბიექტი ქმედების შემადგენლობის გარეთაა და ქმნიან დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ელემენტებს – **სისხლის სამართლის სუბიექტის მართლზომიერი ქმედება დანაშაულებრივი ხელყოფისაგან იცავს სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტს.**

ამრიგად, აშკარაა, რომ „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის“ ცნება კანონმდებლის საქმიანობის საზრისს გამოხატავს. ამით იმის თქმა გვინდა, რომ **კრიმინალიზაციის ობიექტის დანაშაულად კვალიფიკაციის უპირველესი სუბიექტია კანონმდებელი, ხოლო სისხლის სამართლის საკანონმდებლო შემადგენლობის ფორმით ჩადენილ ქმედებას, თავიანთი საქმიანობის წესის მიხედვით, დანაშაულად აკვალიფიცირებენ გამოძიებისა და სასამართლო ორგანოები.**

ამრიგად, „დანაშაულის ობიექტი“ კი არ არსებობს, არამედ **„სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტი“** (ადამიანის სიცოცხლე, ჯანმრთელობა, თავისუფლება, საკუთრება, სახელმწიფო ხელისუფლება და ა.შ). მაშასადამე, **დანაშაული ხელყოფს სწორედ იმ ობიექტებს, რომლებიც დაცულია სისხლის სამართლის კანონით.** სისხლის სამართლის კანონის ძალაში შესვლის მომენტიდან ყალიბდება დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა, რომლის ფორმაში სუბიექტის მართლზომიერ ქმედებას სამართლის ნორმის მოთხოვნა მართლწესრიგში გადააქვს და, მაშასადამე, იგი დანაშაულის ჩადენისაგან იცავს სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტს.

---

[9] *Коржанский Н.И.,* Обиъект и предмет уголовно-правовой охраны, М., 1980, 28.

[10] *Гаухман Л.Д.,* Квалификация преступлений: закон, теория, практика, М., 2001, 64.

4. „დანაშაულის სუბიექტის“ ტრადიციული ცნების სოციოლოგიზმი

დანაშაულს განსაზღვრული სუბიექტი სჩადის, განსაზღვრულ ობიექტზე ხელყოფით. ამიტომაც დანაშაულის ობიექტისა და სუბიექტის ცნებები თითქოს სავსებით ბუნებრივი ჩანს. სინამდვილეში ერთიც და მეორეც დიდი თეორიული ცდომილების შედეგია. საკმარისია, თუ დანაშაულის სუბიექტის „ტრადიციულ ცნებას“ სამართლის სუბიექტის „ცნებით გადავანაცვლებთ. სამართლის სუბიექტი – ეს უკვე ის ფიზიკური ან იურიდიული პირია, რომელიც ვალდებულია, მოქმედებდეს მართლზომიერად და ქმნიდეს მართლწესრიგს. აქ უკვე სახეზეა გარკვეული სამართლებრივი ურთიერთობა, მაგრამ არა დანაშაულის ჩადენის გამო, არამედ, პირიქით, მართლზომიერი ქმედების გამო, როცა სამართლის სუბიექტი თავისი მართლზომიერი ქმედებით სამართლის ნორმის მოთხოვნას მართლწესრიგში გადართავს.

ამრიგად, „სამართლის სუბიექტის“ ცნება იურიდიული აზროვნების წესს გამოხატავს, რადგან **იგი ვალდებულია, მოქმედებდეს მართლზომიერად და მოწოდებულია, ამ ვალდებულებას მოეკიდოს პასუხისმგებლობით.** „დანაშაულის სუბიექტის“ ტრადიციული ცნება იურიდიულად შეუძლებელია, რადგან შეუძლებელია თვით დანაშაულის ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა. მაშასადამე, დანაშაულის ობიექტისა და სუბიექტის ტრადიციული ცნებები იურიდიული აზროვნების წესს არ გამოხატავენ, თუმცა მათ იურიდიული აზროვნების ფორმებად ასაღებენ, რაც უხეში სოციოლოგიზმია სისხლის სამართლის სფეროში. აქედან გამომდინარე, **ქმედების საკანონმდებლო შემადგენლობა შედგება მხოლოდ ობიექტური და სუბიექტური მხარეებისაგან, ხოლო „დანაშაულის ობიექტი“ და „დანაშაულის სუბიექტი“ კი არ არსებობენ, არამედ „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები“ და „სისხლისსამართლებრივი დაცვის სუბიექტები,“ რომლებიც სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემის განუყოფელ ელემენტებს შეადგენენ.**

5. სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემაში

სისხლის სამართლის კანონმდებლობა ზოგადი და კერძო ნაწილებისაგან შედგება. თუ სისხლის სამართლის ზოგად ნაწილში წყდება სისხლის სამართლის ყველაზე ფუნდამენტური საკითხები, მათ შორის სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის შესახებაც, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი ქმედების დანაშაულად საკანონმდებლო კვალიფიკაციას გამოხატავს. ამ პოზიციიდან აშკარაა, რომ სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემა სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტების ღირებულების იერარქიის მიხედვით არის დალაგებული. თუ ამ თვალსაზრისით საქართველოში სისხლისსამართლებრივი დაცვის უპირველესი ობიექტია ადამიანი, მისი სიცოცხლე, ჯანმრთელობა, თავისუფლება და სხვა, ხოლო შემდგომ დაცულია საზოგადოება და სახელმწიფო (გარკვეული კუთხით, საყოველთაო მშვიდობა და უსაფრთხოება).

ამრიგად, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემას სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტების სისტემა ქმნის. ისმის კითხვა: დაცულია თუ არა სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სახელმძღვანელოებში სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის ცნება, თუ აქ ისევ „დანაშაულის ობიექტის“ ტრადიციული ცნება ბატონობს? სამწუხაროდ, იმის მიუხედავად, რომ რუსეთის ფედერაციის სისხლის სამართლის განსაკუთრებული ნაწილის სახელმძღვანელოში ნახსენებია „სისხლისსამრთლებრივი დაცვის ობიექტის“ ცნება, იქვე „დანაშაულთა გვარობითი ობიექტის“ ცნებაზეა საუბარი.[11] დაახლოებით ასეთივე მდგომარეობაა ამ მხრივ საქართველოს

[11] Уголовное право, Особенная часть, Учебник, М., 2011, 13.

სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის 2011 წელს გამოცემულ სახელმძღვანელოში, ერთი მხრივ, დანაშაულის გვარობით ობიექტზეა ლაპარაკი,[12] ხოლო, ცოტა ქვემოთ ნათქვამია: „კანონმდებელი იცავს ადამიანის სიცოცხლეს მის გარდაცვალებამდე.“[13] ამ სახელმძღვანელოში საკუთრების წინააღმდეგ დანაშაულის ანალიზისას ნახსენებია „დანაშაულის ობიექტის“ ტრადიციული ცნება, ხოლო სახელმძღვანელოს 518-ე გვერდზე სწორადაა გამოხატული „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის“ ცნება. 2016 წელს გამოცემულ კერძო ნაწილის სახელმძღვანელოში ლაპარაკია დანაშაულის ობიექტის ერთწევროვან დაყოფაზე,[14] ხოლო შემდეგ უფრო ხშირადაა ლაპარაკი სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტზე.[15] რაც იურიდიულად სწორია, თუმცა, ჩვენი აზრით, **აჯობებდა, მოკლედ მაინც ყოფილიყო ახსნილი, თუ რა უპირატესობა აქვს „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის“ ცნებას „დანაშაულის ობიექტის“ ტრადიციულ ცნებასთან შედარებით.**

ერთი სიტყვით, ამ მხრივ ერთიანი პოზიცია არც საქართველოს კერძო ნაწილის სახელმძღვანელოებშია გამოხატული. სასურველია, რომ ერთხელ და სამუდამოდ გამოვეთხოვოთ „დანაშაულის ობიექტის“ ტრადიციულ ცნებას და მის ნაცვლად დავამკვიდროთ **„სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის“** ცნება, როგორც ქმედების დანაშაულად საკანონმდებლო კვალიფიკაციის შედეგი, როცა კანონმდებელმა სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები მათი ღირებულებითი იერარქიის მიხედვით განალაგა სისხლის სამართლის კერძო ნაწილში. **სწორედ სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები შეიძლება დავყოთ ზოგად, გვარობით თუ სახეობით ობიექტებად, აგრეთვე, ამა თუ იმ შემადგენლობის ანალიზისას დაცვის ძირითად ობიექტთან ერთად შეიძლება დავასახელოთ დამატებითი ობიექტიც.**

6. სისხლისსამართლებრივი დაცვის სუბიექტები და სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემა

სისხლისსამართლებრივი დაცვის სუბიექტის ცნება კიდევ უფრო გაურკვეველია, ვიდრე სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის ცნება. მართლაც, თუ სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის ცნება კანონმდებლის მიერაა შექმნილი, როგორც ქმედების დანაშაულად საკანონმდებლო კვალიფიკაციის შედეგი, **სისხლისსამართლებრივი დაცვის სუბიექტი თვით კანონმდებელია.** მაგრამ საქმე ისაა, რომ დანაშაულთა წინააღმდეგ ბრძოლას მხოლოდ სახელმწიფო არ ეწევა. ამ **რთულ სფეროში საზოგადოების ყოველი შეგნებული წევრიც მონაწილეობს.** საქმე ეხება სამართლებრივ ურთიერთობას დანაშაულთა თავიდან აცილების ანუ მართლზომიერი ქმედების გამო. როგორც უკვე ითქვა, მართლზომიერ ქმედებას სამართლის ნორმის მოთხოვნა მართლწესრიგში გადააქვს. მაგრამ ისიც ითქვა, რომ საზოგადოების ყოველი შეგნებული წევრი მართლზომიერ ქმედებას სასჯელის მუქარის გამო კი არ სჩადის, არამედ თავისი პიროვნების მაღალი ღირსებისა და საზოგადოების წინაშე პოზიტიური პასუხისმგებლობის შეგნებით. **სწორედ ასეთი ადამიანები სახელმწიფოსთან ერთად შეადგენენ სისხლისსამართლებრივი დაცვის სუბიექტებს.** გარდა ამისა, არ უნდა გამოგვრჩეს ე. წ. წამახალისებელი ნორმები, რომლებიც შესაბამის სუბიექტებს მოუწოდებენ მართლზომიერი ქმედებისკენ (მაგალითად, მოწოდება დანაშაულის ჩადენისაგან ნებაყოფლობით ხელის აღებისაკენ). **გარდა ამისა, დავას არ იწვევს ჩვეულებრივ მოქალაქეთა**

[12] სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, თბ., 2011, 24.

[13] იქვე.

[14] *მამულაშვილი გ.* (რედ.), სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, თბ., 2016, 20.

[15] იქვე, 32.

აქტიური ქმედებები მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებებში (აუცილებელი მოგერიება, სავარაუდო დამნაშავის შეპყრობა, უკიდურესი აუცილებლობა, მართლზომიერი რისკი).

სამწუხაროდ, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემაში დანაშაულის სუბიექტის ცნება კვლავ შენარჩუნებულია.[16] ამ მხრივ საქართველოს სისხლის სამართლის კერძო ნაწილში „დანაშაულის სუბიექტის“ ცნება ზოგჯერ გვხვდება კიდეც,[17] მაგრამ, როგორც წესი, გამოძებნილია შედარებით უფრო გონივრული გამოსავალი, კერძოდ, **ასახელებენ ამა თუ იმ დანაშაულის ამსრულებლის ცნებას, ბუნებრივია, სპეციალური ამსრულებლის ჩათვლით.** აქ მოკლედ აღვნიშნავთ, რომ დანაშაულის ჩადენა ხდება არა „ზოგადად“ და „საერთოდ,“ როგორც ხშირად ფიქრობენ კრიმინალისტები, არამედ **ქმედების საკანონმდებლო შემადგენლობის განხორციელების გზით,[18] ცხადია, მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებათა არარსებობისას.** რაკი ქმედების საკანონმდებლო შემადგენლობას პრაქტიკულად ამსრულებელი ახორციელებს (აქ თანაამსრულებლობაც ივარაუდება), **სწორედ ამსრულებელია ვალდებული, ვიდრე დანაშაულის ჩადენას გადაწყვეტდეს, დაფიქრდეს, ხომ არ ჯობია, სახელმწიფოს წინაშე პასუხისმგებლობის შეგნებით და, მაშასადამე, მართლზომიერად იმოქმედოს?** რაკი მას ამ მხრივ აქვს არჩევანი, ბუნებრივია, თუ იგი, უპირველეს ყოვლისა, პოზიტიური პასუხისმგებლობის სუბიექტია და ამ პოზიციიდან იგი არის **სახელმწიფოს მოქალაქე, გარკვეული სტატუსის მქონე მოქალაქეობის არმქონე პირი, მოხელე, მედიაციის მუშაკი, მძღოლი, გემის კაპიტანი და ა.შ. გასაგებია, რომ აქ მოკლედ ჩამოთვლილი სუბიექტები, თავიანთი სტატუსის შესაბამისად, ქმნიან სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემას.**

შეიძლება, გადაჭრით ითქვას, რომ **სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტების შესაბამისად ყალიბდებიან სისხლისსამართლებრივი დაცვის სუბიექტებიც.** ჯერ კიდევ 1999 წელს ვწერდით, რომ საქმე ეხება დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობას, ხოლო „ამ ურთიერთობის ერთ-ერთი ელემენტი სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტია. „სიხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის „ცნება ამ ელემენტს ასახავს. ცხადია, ამ მიმართებით აუცილებელია „სისხლის სამართლის სუბიექტის“ ცნებაც, რადგან სწორედ სამართლის სუბიექტის მართლზომიერი ქმედება, როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ობიექტი, ქმნის სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტს. **მაშასადამე, სისხლის სამართლის სუბიექტი და სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტი სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ელემენტებია.“**[19]

7. დასკვნა

ყოველივე ამის შემდეგ ხელს არაფერი გვიშლის ვამტკიცოთ, რომ სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემა სხვა არაფერია, თუ არა **სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტებისა და სუბიექტების ერთიანობა.** ამიტომ სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის საკანონმდებლო შემადგენლობის ანალიზი უნდა დავიწყოთ არა „დანაშაულის ობიექტის“ ტრადიციული ცნებით, არამედ, პირიქით, „სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის“ ცნებით, **რადგან სწორედ ამ პოზიციიდან ვლინდება ქმედების დანაშაულად საკანონმდებლო**

[16] Уголовное право, Особенная часть, Учебник, М., 2011, 76.

[17] მაგალითად, საქართველოს სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის 2017 წელს გამოცემული სახელმძღვანელო, წიგნი II, 159.

[18] *ნაჭყებია გ.*, ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის ზოგადი თეორიის შესავალი (სისხლის სამართლის მეცნიერების ცნებათა სისტემის ასპექტით), ნაწილი პირველი, თბ., 2000, 81.

[19] *ნაჭყებია გ.*, სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის ცნება, ჟურნ. „სამართალი“, № 6-7, 1999.

კვალიფიკაცია და, მაშასადამე, ის გარემოება, თუ რომელ საზოგადოებრივ სიკეთეს იცავს კანონმდებელი კონკრეტული საკანონმდებლო შემადგენლობის მიხედვით; მეორე მხრივ, დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის პოზიციიდან ისიც აშკარაა, **თუ ვინ იყო ვალდებული, ამ შემთხვევაში ემოქმედა მართლზომიერად და, მაშასადამე, დაეცვა სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტი.** ესაა **იურიდიული აზროვნების წესი,** რომელიც უნდა იქნეს დაცული სისხლის სამართლის არა მარტო ზოგად ნაწილში, არამედ კერძო ნაწილშიც. **აქედან გამომდინარე, სწორედ იურიდიული აზროვნების წესი მოითხოვს, რომ სისხლის სამართლის კერძო ნაწილშიც ამოვიდეთ მართლზომიერი ქმედების გამო სამართლებრივი ურთიერთობიდან, როცა სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტები და სუბიექტები შეადგენენ სისხლის სამართლის ფილოსოფიის კატეგორიებს, რომლებიც სისხლის სამართლის კერძო ნაწილის სისტემაში განუყოფელ ერთიანობას ქმნიან.**

ამ პოზიციიდან კიდევ უფრო ლოგიკურია, დასმული პრობლემა გავიაზროთ **სისხლის სამართლის ფილოსოფიის პოზიციიდან,** რადგან ქმედების დანაშაულად საკანონმდებლო კვალიფიკაცია მოითხოვს სისხლის სამართლის პრინციპების ამოქმედებას და, კანონშემოქმედების მაღალი დონის შესაბამისად, კრიმინალიზაციის ობიექტების ისეთ აღმოჩენას, როცა კანონმდებელი არა მარტო სამართლებრივადაა **ობიექტური და მართალი,** არამედ მისი ეს საქმიანობა გამართლებულია **პოლიტიკურადაც**. მით უფრო, რომ სისხლის სამართლის კანონი **სისხლის სამართლისა და პოლიტიკის კავშირის ფორმა, ესე იგი კავშირის წესით არსებული კატეგორიაა, რომელიც ამიტომ ფილოსოფიური კვლევის საგანია.**

ბიბლიოგრაფია

1. *ლეკვეიშვილი მ., თოდუა ნ., მამულაშვილი გ.,* სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, თბ., 2011, 24.
2. *მამულაშვილი გ. (რედ.),* სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, თბ., 2016, 20, 30.
3. *ნაჭყებია გ.,* სისხლის სამართალი, სახელმძღვანელო, ზოგადი ნაწილი, თბ., 2015, 46.
4. *ნაჭყებია გ.,* ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის ზოგადი თეორიის შესავალი (სისხლის სამართლის მეცნიერების ცნებათა სისტემის ასპექტით), თბ., 2000, 81.
5. *ნაჭყებია გ.,* სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის ცნება, ჟურნ. „სამართალი", № 6-7, 1999.
6. *ჯავახიშვილი ივ.,* ქართველი ერის ისტორია, თხზულებანი 12 ტომად, ტ. 7, 1984, 188, 109, 78, 61.
7. ავტორთა კოლექტივი, საქართველოს სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი II, 2017, 159.
8. *Baumann O., Weber M., Mitsch W.J.,* Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10 Auflage, 1996,
9. *Гаухман Л.Д.,* Квалификация преступлений: закон, теория, практика, М., 2001, 64.
10. Уголовное право, Общая часть, Учебник для вузов, 2004, 78.
11. *Коржанский Н. И.,* Объект и предмет уголовно-правовой охраны, М., 1980, 28.
12. *Никифоров Б. С.,* Объект преступления по советскому уголовному праву, М., 1960, стр. 8-9.
13. Уголовное право, Особенная часть, Учебник, 2001, 13.

კახა წიქარიშვილი*

დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობის თავისებურებანი ფრანგულ სისხლის სამართალში

ფრანგული სისხლის სამართალი მრავალი თავისებურებით გამოირჩევა, რაც მას გამოარჩევს არა მხოლოდ საერთო სამართლის ქვეყნების, არამედ კონტინენტური ევროპის სხვა ქვეყნების სისხლისსამართლებრივი სისტემებისგან. თავისებურია დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობაც. ქართული სისხლის სამართლისგან განსხვავებით, ფრანგულ სამართალში მოტივი და მიზანი სუბიექტური შემადგენლობის ელემენტებად არ მიიჩნევა, ხოლო ევენტუალური განზრახვა განზრახ ბრალს არ მიეკუთვნება; თანამდევი შედეგით კვალიფიცირებულ დანაშაულებში, ასევე ამსრულებლის ექსცესის დროს, ასევე მსუბუქ დანაშაულებში, ე.წ. კონტრავენციებში, შეინიშნება ობიექტური შერაცხვის ელემენტები.

საკვანძო სიტყვები: *დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობა, ბრალი, განზრახვა, გაუფრთხილებლობა, ევენტუალური განზრახვა, წინასწარ მოფიქრებული განზრახვა, ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა, წინდახედულების ნორმა.*

1. შესავალი

ფრანგულ სისხლის სამართალში დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობის საკითხის შესწავლა რამდენიმე საინტერესო თავისებურებას წარმოაჩენს, კერძოდ, დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობა და მისი ადგილი და დანაშაულის სტრუქტურაში მისი ადგილი ზუსტად არ არის განსაზღვრული; ანგლოამერიკული სისხლის სამართლის მსგავსად და ქართული სისხლის სამართლისგან განსხვავებით, ევენტუალური განზრახვა (*dol eventuel*) არ მიეკუთვნება განზრახი ბრალის კატეგორიას; ასევე ანგლოამერიკული სამართლის მსგავსად ფრანგული სისხლის სამართალი წინასწარ მოფიქრებულ განზრახვას განზრახვის მძიმე ფორმად მიიჩნევს, რაც ზოგ შემთხვევაში დამამძიმებელ გარემოებად ითვლება; დანაშაულში თანამონაწილეს ამსრულებლის მიერ ჩადენილი ქმედების დამამძიმებელი გარემოებები შეერაცხება, იმის მიუხედავად, ის მათ ითვალისწინებს თუ არა; იტალიური სამართლის მსგავსად, თანამდევი შედეგით კვალიფიცირებულ დელიქტებში თანამდევ შედეგთან პირის ბრალეული კავშირის დადგენა არ არის აუცილებელი, რაც ობიექტური შერაცხვის არსებობაზე მიუთითებს; ობიექტურ შერაცხვაზე მეტყველებს ასევე ე.წ. კონტრავენციური ბრალის ინსტიტუტი, რომელიც ანგლოამერიკულ ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობას, ანუ ***strict liability***-ს უახლოვდება.

მოკლედ მიმოვიხილოთ თითოეული ეს თავისებურება:

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი,

2. სუბიექტური ელემენტის ადგილი დანაშაულის სტრუქტურაში

დანაშაულის სტრუქტურა და მისი ელემენტების ურთიერთმიმართება ფრანგულ სისხლის სამართლის დოქტრინაში დღემდე აზრთა ფართო სხვადასხვაობას იწვევს.[1] ტრადიციულად დოქტრინა ერთმანეთისგან ასხვავებდა დანაშაულის ლეგალურ (რაც გულისხმობს სისხლის სამართლის კანონს), მატერიალურ (რაც მეტ-ნაკლებად ქმედების ობიექტურ შემადგენლობას შეესაბამება) და მორალურ (რაც, ძირითადად, ბრალს გულისხმობს) ელემენტებს.[2]

დანაშაულის ცნების შესახებ ტრადიციულ მოძღვრებას თანამედროვე ფრანგი ავტორები აკრიტიკებენ. მაგ., *პრადელი* მიიჩნევს, რომ ლეგალური ელემენტი, ანუ სისხლის სამართლის კანონი, საერთოდ არ შეიძლება მოექცეს დანაშაულის ცნებაში. ის ასევე ფიქრობს, რომ დანაშაულის ცნებაში არ უნდა მოიაზრებოდეს არც დანაშაულის „მორალური" (ანუ ინტელექტუალური) ელემენტი, ვინაიდან ერთმანეთისგან მკაფიოდ უნდა გავმიჯნოთ დამნაშავე და დანაშაული. *პრადელის* აზრით, დანაშაულის ფსიქოლოგიური ელემენტები უკავშირდება არა დანაშაულს, არამედ დამნაშავეს და მის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას.[3] შესაბამისად, დანაშაულის შემადგენლობაში ის მოიაზრებს მხოლოდ სამ ელემენტს, როგორებიცაა: ქმედება, შედეგი და მიზეზობრივი კავშირი.[4]

დესპორტე მიიჩნევს, რომ დანაშაული შედგება მხოლოდ მატერიალური და მორალური ელემენტებისგან. რაც შეეხება გამამართლებელ და საპატიო გარემოებებს (რასაც ის პასუხისმგებლობის გამომრიცხავ ობიექტურ და სუბიექტურ გარემოებებად მოიხსენიებს), ისინი ერთიანდებიან არა დანაშაულის ცნებაში, არამედ მის გარეთ, პასუხისმგებლობის გამომრიცხავი გარემოებების ცნების ქვეშ.[5]

მიშელ ლორ რასა დანაშაულის სტრუქტურაში სამ – მატერიალურ, მორალურ და მართლწინააღმდეგობის – ელემენტს გამოყოფს. მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხავ გარემოებებს ის განიხილავს სწორედ მართლწინააღმდეგობის ელემენტის განხილვისას, ხოლო ბრალის გამომრიცხავ გარემოებებს მიიჩნევს დანაშაულის სუბიექტური მხარის, ანუ მორალური ელემენტის, შემადგენელ ნაწილებად[6].

დანაშაულის სუბიექტური შემადგენლობის აღსანიშნავად ფრანგული სისხლის სამართლის თეორია იყენებს ტერმინებს: „მორალური ელემენტი", „ინტელექტუალური ელემენტი", „ფსიქოლოგიური ელემენტი". ზოგი ავტორი ბრალს სუბიექტურ შემადგენლობასთან აიგივებს, ხოლო ზოგი მის შემადგენელ ნაწილად მიიჩნევს.[7]

ფრანგულ სისხლის სამართალში ბრალის ერთიანი განმარტება არ არსებობს, თუმცა შეიძლება ითქვას, რომ გაბატონებული დოქტრინა უფრო ფსიქოლოგიური თეორიისკენ იხრება, ვიდრე ნორმატიულისკენ.[8]

---

1 *Козочкин И.Д.* (ред.), Уголовное право зарубежных стран, Омега, 2003, 275; ასევე, Ambos K., Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana, revista para el analisis del derecho, < http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124287/172260> , [10.09.2017].

2 *Pradel J.,* Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 280.

3 იქვე.

4 იქვე, 362-402.

5 *Desportes F.,* Droit Pénal Général, Economica, 2008, 389. დანაშაულის ორელემენტიან სტრუქტურას ეთანხმება ასევე ბულოკიც, რომელიც დანაშაულს განმარტავს როგორც „ქმედებას ან უმოქმედობას (élément materiel), რომელიც აკრძალულია სისხლის სამართლის კანონით და რომელიც სუბიექტურად ხორციელდება თავისუფალი ნებით და შეგნებით (élément moral)": B. Bouloc, Droit Pénal Général, Paris, 2005, 203. ციტირებულია: Cetere G.S., La Praeterintention, <http://www.penale.it/public/docs/La_praeterintention.pdf> [10.09.2017].

6 *Rassat M.L.,* Droit Pénal Général, Elypses, 2004, 304-397.

7 *Pollin C.,* Droit Pénal Général, Litec, 2000, 62.

8 გზავიე პენი ბრალს განმარტავს როგორც „პირის გადაწყვეტილებას, იმოქმედოს სისხლისსამართლებრივი აკრძალვის მიუხედავად". იხ. Pin X., Droit Pénal Général, Dalloz, 2007, 141; კრისტოფერ პოლინი ბრალს

დანა უპირისპირდება ბრალის ფსიქოლოგიურ გაგებას და მიიჩნევს, რომ ბრალი უნდა განიმარტოს როგორც პირის ინდიფერენტულობა ან მტრული დამოკიდებულება სოციალური ღირებულებებისადმი, რაც საფუძვლად ედება მისი ქმედების ნეგატიურ შეფასებას.[9]

ბრალის დეფინიციასთან დაკავშირებული ბუნდოვანებების გამო ბევრი თანამედროვე ავტორი ბრალის საკითხების განხილვისას მის განმარტებას საერთოდ თავს არიდებს.[10]

ფრანგი ავტორები – *ლავასერი* და *ბულოკი* – ერთმანეთისგან მიჯნავენ ბრალსა და შერაცხადობას და მიიჩნევენ, რომ ბრალთან ერთად ქმედების შერაცხვისთვის აუცილებელია შერაცხადობაც[11] (***imputabilite***), რაც გულისხმობს აღქმისა (***discernment***) და ნებელობის (***volonte***) არსებობას.[12]

როგორც აქედან ჩანს, დანაშაულის ცნებაში მისი სუბიექტური ელემენტის ადგილი სადავოა, ის ან დანაშაულის ცნების შიგნით, ან მის გარეთ მოიაზრება.

გაბატონებული დოქტრინის თანახმად, მოტივი და მიზანი არ არის დამოუკიდებელი ელემენტები. მიზანი მოიაზრება ბრალის კონკრეტული ფორმის – სპეციალური განზრახვის ცნებაში და მასთან არის ასოცირებული, მოტივი კი დანაშაულის შემადგენლობის ელემენტად არ სახელდება.[13]

განმარტავს როგორც კავშირს პირის „ნებასა და დანაშაულებრივ ქმედებას შორის". იხ. Pollin C., Droit Pénal Général, Litec, 2000, 59; რასა ბრალს განმარტავს როგორც დანაშაულის ფსიქოლოგიურ ელემენტს. იხ. Козочкин И.Д. (ред.), Уголовное право зарубежных стран, Омега, 2003, 290.

9 ციტირებულია: Ambos K., Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana, revista para el analisis del derecho, < http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124287/172260> , [10.09.2017]

10 სენ ჟერარდი ამ საკითხთან დაკავშირებით წერს შემდეგს: „სისხლის სამართალი საკმარის ანგარიშს არ უწევს ბრალს, როგორც დამოუკიდებელ იურიდიულ კონცეფციას. მისი გაგება ორიენტირებულია უფრო აბსტრაქციისა და ფილოსოფიისკენ, ვიდრე იურიდიული მეცნიერებისკენ, რისი შედეგიც არის ის, რომ ბრალს მიიჩნევენ დამხმარე ცნებად, რომელიც გაბნეულია სხვა უფრო ფუნდამენტურ ცნებებში". ციტირებულია: Ambos K., Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana, revista para el analisis del derecho, < http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124287/172260> , [10.09.2017].

11 მათ ეთანხმება ჟან ლარგიეც, რომელიც მიუთითებს: „ქმედება იქცევა დანაშაულად, თუ ის ჩადენილია პასუხისმგებელი პირის მიერ, რომელიც იყენებს თავის მენტალურ შესაძლებლობებს (შერაცხადობა . . .) და ჩადის ქმედებას ბრალეულად (ბრალი)". იხ. Larguier J., Droit Pénal Général, Dalloz, 2001, 77; ზოგი ფრანგი ავტორი ასევე წინადადებას იძლევა, სისხლისსამართლებრივი შერაცხადობა შეიცვალოს ტერმინით: „სისხლისსამართლებრივი ქმედუნარიანობა" (capacite penal), იხ. Pradel J., Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 432.

12 *Pradel J.*, Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 434. პრადელი მათ ეთანხმება და მიჩნევს, რომ შერაცხადობა არის ბრალის არსებობის წინაპირობა. ამავდროულად, პრადელი შერაცხადობის გამომრიცხველად მიიჩნევს ისეთ გარემოებებს, როგორებიცაა: ასაკი, სულიერი დაავადება, იძულება, შეცდომა. იხ. იქვე, 433, 459.

13 ამ პრინციპს ფრანგულ იურიდიულ ლიტერატურაში მოტივის ირელევანტურობის პრინციპად მოიხსენიებენ – principe d'indifference du mobile. რენუ ამ პრინციპს შემდეგნაირად აღწერს: „მოტივები პერსონალური მიზეზებია, რომლებიც უბიძგებენ პირს დანაშაულის ჩადენისკენ. ეს მიზეზები სხვადასხვაა და იცვლება პიროვნებებისა და გარემოებების შესაბამისად. . . . კანონი მოტივს არ იღებს მხედველობაში განზრახ მკვლელობის კონსტრუქციის აგებისას. ერთადერთი მნიშვნელობა აქვს განზრახვას, რომელიც მკვლელობის აუცილებელი და საკმარისი ელემენტია. მოტივს არ აქვს მნიშვნელობა ამ დანაშაულის კონსტრუქციაში. შესაბამისად, ამბობენ, რომ მოტივს არ აქვს იურიდიული მნიშვნელობა სისხლისსამართლებრივი რეპრესიის თვალსაზრისით". იხ. Renout H., Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 41. მიუხედავად ამისა, ის აღიარებს, რომ გამონაკლის შემთხვევებში მოტივი არის დანაშაულის სავალდებულო ელემენტი, ხოლო ზოგჯერ დამამძიმებელი გარემოება. იხ. იქვე, 142-143. ფრანგულ იურიდიულ ლიტერატურაში მოტივი და მიზანი ერთმანეთისგან მკვეთრად არ არის გამიჯნული. მოტივის მაგალითებად ზოგჯერ სახელდება „ჭეშმარიტების დადგენის ხელის შეშლის", „დანაშაულის მომზადების ან ჩადენის გაადვილების", „საჯარო წესრიგის ხელყოფის" მიზნები (იხ. იქვე). იხ., აგრეთვე, Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 438.

3. განზრახი და არაგანზრახი ბრალი

ფრანგული სისხლის სამართალი ტრადიციულად ერთმანეთისგან ასხვავებს გაზრახ და არაგანზრახ ბრალს: ***faute intentionelle, faute non intentionelles***

ყველაზე მძიმე დანაშაულები (***crimes***) შეიძლება, მხოლოდ განზრახ იქნეს ჩადენილი (საფრანგეთის სსკ-ის 121-ე (3) მუხლი). საშუალო სიმძიმის დანაშაულები (***delits***) შეიძლება ჩადენილ იქნეს ასევე გაუფრთხილებლობით, თუ კანონი ამის შესახებ საგანგებოდ მიუთითებს (იხ. სსკ-ის 121-ე (3) მუხლი), ხოლო გადაცდომები (***contraventions***) შეიძლება ჩადენილ იქნეს ბრალის ნებისმიერი ფორმით (მათ შორის, ასევე არაბრალეულად, იხ. ქვემოთ).

ზოგი ავტორი ბრალის ცალკე ფორმად გამოყოფს შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენებას[14] (იხ. ქვემოთ).

4. განზრახვა და მისი ფორმები

ქართული სისხლის სამართლის კოდექსისგან განსხვავებით, ფრანგული სისხლის სამართლის კოდექსი განზრახვას არ განმარტავს. განზრახვის გამოსახატავად ის იყენებს ტერმინებს: „ნებაყოფლობით" (***voluntairement***[15]), „შეცნობილად" („***sciemment***"[16]), „გამიზნულად" (***dans le dessein***[17]) და სხვ.

თანამედროვე ფრანგი ავტორების ნაწილი განზრახვას განმარტავს როგორც კანონში აღწერილი დანაშაულის ელემენტების განხორციელების ნებას.[18]

ჟან ლარგიე ფიქრობს, რომ ნებასთან ერთად განზრახვა ქმედების მართლსაწინააღმდეგო ხასიათის ცოდნასაც მოიცავს (***caractere illegal de ses actes***[19]).

ფრანგული სისხლის სამართლის დოქტრინა ერთმანეთისგან მიჯნავს განზრახვის სხვადასხვა ფორმას, რომელთა შორის უნდა აღინიშნოს: გენერალური განზრახვა და სპეციალური განზრახვა; პირდაპირი და არაპირდაპირი განზრახვა; პრეტერინტენციური განზრახვა. მიმოვიხილოთ თითოეული მათგანი:

4.1 გენერალური და სპეციალური განზრახვა

ფრანგული დოქტრინა, ანგლოამერიკული სისხლის სამართლის მსგავსად, ერთმანეთისგან ასხვავებს გენერალურ და სპეციალურ განზრახვას. გენერალური განზრახვა გულისხმობს კონკრეტული ქმედების აკრძალვის შეცნობას და ამ ქმედების განხორციელების სურვილს.[20] ის ყველა განზრახ დანაშაულს ახასიათებს.

პრადელი გენერალურ განზრახვას შემდეგნაირად აღწერს: „განზრახვა, პირველ რიგში, არის დამნაშავის მიერ ფაქტობრივი და სამართლებრივი რეალობის შეცნობა, რაც გულისხმობს იმას, რომ მას სწორად აქვს გააზრებული დანაშაულის მატერიალური ელემენტი და ასევე ის, რომ ეს აკრძალულია კანონით (...). შემდგომში განზრახვა – ეს არის პირის გადაწყვეტილება,

---

14 Pin X., Droit Pénal Général, Dalloz, 2007, 141.

15 223-ე(5) მუხლი.

16 224-ე(8) მუხლი.

17 434-ე(7-2) მუხლი

18 *Pin X.,* Droit Pénal Général, Dalloz, 2007, 142, Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 429.

19 *Larguier J.,* Droit Pénal Général, Dalloz, 43. იმავე აზრს იზიარებს რენუ. იხ. Herald Henout, Droit Pénal Général, Paradigme, 140.

20 *Desportes F.,* Droit Pénal Général, Economica, 430. ამერიკულ სისხლის სამართალში მსგავსი კლასიფიკაციის შესახებ იხ., მაგ., Joycelin M. Polock. Criminal Law, Routledge 2013, 56-57.

იმოქმედოს აკრძალვის მიუხედავად."[21] გენერალური განზრახვისგან განსხვავებით, სპეციალური განზრახვა მოიცავს „კანონით აკრძალული შედეგის განხორციელებისკენ სწრაფვას."[22] მაგ., განზრახ მკვლელობის დროს სპეციალური განზრახვა გულისხმობს სხვისი სიცოცხლის ხელყოფის სურვილს. ასევე სპეციალური განზრახვა გულისხმობს განზრახვას ე.წ. მიზნით დაფუძნებულ საფრთხის დელიქტებში.[23]

დესპორტე მიუთითებს, რომ ხშირ შემთხვევაში სპეციალური განზრახვის საჭიროება პირდაპირ გამომდინარეობს კანონის ტექსტიდან (მაგ., სსკ-ის 411-ე (4) მუხლით დასჯადია „ცნობების შეგროვება უცხო სახელმწიფოსათვის გადასაცემად საფრანგეთის წინააღმდეგ საომარი მოქმედებების ან აგრესიის ხელშეწყობის მიზნით"). მაგრამ არის შემთხვევები, როცა სპეციალური განზრახვა კანონის ნორმაში პირდაპირ არ ჩანს და მის საჭიროებას სასამართლო პრაქტიკა ადგენს.[24]

4.2 პირდაპირი და არაპირდაპირი განზრახვა

ზოგი ფრანგი ავტორი ერთმანეთისგან მიჯნავს პირდაპირ და არაპირდაპირ განზრახვას. *პრადელი* მიუთითებს, რომ პირდაპირი განზრახვის დროს პირი მიზნად ისახავს კონკრეტული დანაშაულებრივი შედეგის გამოწვევას,[25] ხოლო არაპირდაპირი განზრახვის დროს მას ასეთი მიზანი არ აქვს, მაგრამ დარწმუნებულია (ან თითქმის დარწმუნებულია) რომ შედეგი დადგება. სასამართლო პრაქტიკა სამართლებრივი შედეგების მიხედვით არაპირდაპირ განზრახვას პირდაპირ განზრახვას უთანაბრებს.[26]

აღსანიშნავია, რომ ფრანგულ სისხლის სამართალში განზრახვის ფორმების ასეთი კლასიფიკაცია ქართულ სისხლის სამართალში არსებულ პირველ და მეორე ხარისხის პირდაპირ განზრახვას შეესატყვისება.[27]

4.3 პრეტერინტენციონალური განზრახვა

გამოთქმა „პრეტერინტენციონალური" მომდინარეობს ლათინური სიტყვებიდან: ***preater*** და ***intentionem***, რაც განზრახვის გარეთ არსებულს მიუთითებს.

---

21 *Pradel J.,* Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 469. განზრახვის ცნების ეს გაგება მიდის იმ ლოგიკურ დასკვნამდე, რომ როგორც ფაქტობრივი, ისე საპატიო სამართლებრივი შეცდომა გამორიცხავს განზრახვას. იხ. Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 431. ზოგიერთი ავტორი ფიქრობს რომ გენერალური განზრახვის ცნება საერთოდ ზედმეტია და სისხლის სამართალს არაფერს არ მატებს. იხ. მაგ. Elliott C., French Criminal Law, Willan, Routledge, 2001, 68.

22 *Desportes F.,* Droit Pénal Général, Economica, 2008, 433. ზოგი ავტორი სპეციალურ განზრახვად აღიქვამს მხოლოდ იმ შემთხვევებს, როცა განზრახვა მიმართულია დანაშაულის მატერიალური შემადგენლობის გარეთ მდგომი შედეგის მისაღწევად. იხ. მაგ. Pin X., Droit Pénal Général, Dalloz, 2007, 145.

23 *Desportes F.,* Droit Pénal Général, Economica, 2008, 433.

24 საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსის 221-ე(5) მუხლით ისჯება ადამიანის მოწამვლა ანუ სიკვდილის გამომწვევი ნივთიერების ადმინისტრირება. საკითხი იმის შესახებ, ეს მუხლი ითხოვს თუ არა სიცოცხლის ხელყოფის მიზნის არსებობას, დიდი ხნის განმავლობაში თეორეტიკოსებსა და პრაქტიკოსებს შორის დავას იწვევდა. მხოლოდ 2003 წელს ინფიცირებული სისხლის გავრცელების სკანდალურ საქმეზე (affaire du sang contamine) საფრანგეთის საკასაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ ეს დანაშაული სახეზეა მხოლოდ მაშინ, „თუ დამნაშავე მოქმედებს სიცოცხლის ხელყოფის მიზნით". იხ. Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 434.

25 *Pradel J.,* Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 469.

26 იხ. Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 434.

27 იხ., მაგ., *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ., 2013, 132.

პრეტერინტენციონალური განზრახვა ასახავს ისეთ სიტუაციას, როცა პირის განზრახვა მიმართული იყო კონკრეტული დანაშაულებრივი შედეგისკენ, მაგრამ გამოიწვია თვისებრივად სხვა შედეგი.[28]

პრეტერინტენციონალური განზრახვის განხილვისას ფრანგი ავტორები ერთმანეთისგან ასხვავებენ სამ ვარიაციას:

პირველი, თუ განსხვავებული (ან თანამდევი) შედეგი სპეციალურად არ არის გათვალისწინებული სისხლის სამართლის კანონით, მაშინ პირი პასუხს არ აგებს მისი გამოწვევისთვის;[29]

მეორე, როცა განსხვავებული (ან თანამდევი) შედეგი გათვალისწინებულია კონკრეტული დანაშაულის შემადგენლობით, შესაძლებელია, კანონით ის ისჯებოდეს იმავე სიმკაცრით, როგორც ამ შედეგის განზრახ გამოწვევისას. მაგ., თუ თვითმფრინავის, გემის ან ტრანსპორტის სხვა საშუალების გატაცებას შედეგად მოჰყვა ერთი ან რამდენიმე ადამიანის სიკვდილი, ეს ქმედება ისჯება უვადო თავისუფლების აღკვეთით (სსკ-ის 224-ე (7) მუხლი). თუ აფეთქებით, ცეცხლის წაკიდებით ან საფრთხისშემქნელი სხვა საშუალებით, ქონების განადგურებას შედეგად მოჰყვა ადამიანის სიცოცხლის ხელყოფა, ასევე ისჯება უვადო თავისუფლების აღკვეთით (სსკ-ის 322-ე (10) მუხლი);

მესამე, როცა თანამდევი შედეგი არის გათვალისწინებული კონკრეტული დანაშაულის შემადგენლობით, შესაძლებელია, ის ისჯებოდეს უფრო ნაკლებად მკაცრად, ვიდრე შედეგის განზრახ გამოწვევა. სსკ-ის 222-ე (7) მუხლი ადგენს, რომ „ძალადობა, რომელმაც გამოიწვია სიკვდილი, რომელიც არ არის მოცული დამნაშავის განზრახვით, ისჯება 15 წლამდე თავისუფლების აღკვეთით." შესაბამისად, ეს დანაშაული ისჯება უფრო ნაკლებად მკაცრად, ვიდრე განზრახი მკვლელობა (სსკ-ის 221-ე (1) მუხლი ითვალისწინებს 30 წლამდე თავისუფლების აღკვეთას), მაგრამ უფრო მკაცრად, ვიდრე ძალადობა, რომელსაც არ მოჰყოლია ფატალური შედეგი (სსკ-ის 222-ე (11) მუხლი ითვალისწინებს თავისუფლების აღკვეთას 3 წლამდე).

მნიშვნელოვანია იმის აღნიშვნა, რომ ბოლო ორ შემთხვევაში ფრანგული სისხლის სამართალი არ ითხოვს პირის ბრალეულ დამოკიდებულებას (თუნდაც გაუფრთხილებლობის ფორმით) თანამდევი შედეგის მიმართ,[30] რაც ობიექტურ შერაცხვაზე მეტყველებს.[31] ფრანგი ავტო-

---

[28] ბრალის მსგავს ფორმას იცნობს ასევე იტალიის სისხლის სამართლის კოდექსი, იხ. 43-ე მუხლი.

[29] *Desportes F.,* Droit Pénal Général, Economica, 2008, 482. განსხვავებულ მიდგომას ავითარებს ლავასერი, რომელიც სასამართლო პრაქტიკაზე დაყრდნობით მიიჩნევს, რომ გაუფრთხილებლობის შემთხვევაში პირმა შეიძლება პასუხი აგოს ცალკე დანაშაულისთვის. იხ. Emmanuel Dreyer, Droit Pénal Général, 74. მათვე ეთანხმება გზავიე პენი, იხ. Pin X., Droit Pénal Général, Dalloz, 2007, 155.

[30] *Desportes F.,* Droit Pénal Général, Economica, 2008, 441.

[31] იტალიელი ავტორი ჟუზეპე სალვატორე ჩეტერე იხილავს რა ფრანგული სისხლის სამართლის ამ ასპექტს, ასკვნის, რომ საქმე გვაქვს ობიექტურ შერაცხვასთან: „არასასურველი შედეგის შერაცხვა ხდება ობიექტურად, ისე, რომ ამისთვის საჭირო არ არის რაიმე სახის ბრალეული დამოკიდებულება". იხ. Cetere G.S., La Praeterintention, <http://www.penale.it/public/docs/La_praeterintention.pdf> [10.09.2017]; განსხვავებულ მიდგომას ავითარებს პრადელი, რომელიც ფიქრობს, რომ შედეგი უნდა იყოს გათვალისწინებადი. იხ. Pradel J., Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 432; ამასვე ეთანხმება პროფესორი ფრანსუაზ დიურიე. იხ. Durieux F., Droit Pénal Général <www.hugo.nadin.free.fr> [10.09.2017]. აღსანიშნავია, რომ იტალიურ სისხლის სამართალში, რომელიც ბრალის მსგავს ფორმას იცნობს, ავტორთა ნაწილი მას ობიექტური შერაცხვის გამოვლინებად, ნაწილი კი ბრალის კომბინირებულ ფორმად მიიჩნევს, რომელშიც დამნაშავეს ერთ შედეგთან (მაგ., ჯანმრთელობის დაზიანებასთან) განზრახვა, ხოლო მეორე შედეგთან (სიცოცხლის ხელყოფასთან) გაუფრთხილებლობა აკავშირებს. იხ. Astolfo Di Amato, criminal law in Italy, Kluwer Law International, 2011, 86. დოქტრინის მსგავსად, წინააღმდეგობრივია სასამართლო პრაქტიკაც, იხ. Studio Cataldi, Omicidio Preterintenzionale <http://www.studiocataldi.it/ guide-diritto-penale/omicidio-preterintenzionale. asp> [10.09.2017]. პრეტერინტენციონალურ განზრახვას იცნობს ბელგიური სისხლის სამართალიც, თუმცა თანმიმდევრული შედეგის შერაცხვის წინაპირობად მისი გათვალისწინებადობა მოიაზრება. იხ. Kuty F., Principes Généraux de Droit Pénal Belge, T. II, Infraction Pénale, 261.

რები კანონმდებლის ამ მიდგომას ასაბუთებენ იმით, რომ ეს დანაშაულები შეიცავენ ადამიანის სიცოცხლის მოსპობის მომეტებულ საფრთხეს, რის გამოც რთულია იმის წინასწარ ცოდნა, თუ მას რა შედეგი მოჰყვება. გარდა ამისა, ასეთ შემთხვევებში რთულია იმის მტკიცება, სასიკვდილო შედეგი მოცული იყო თუ არა პირის განზრახვით. შესაბამისად, კანონი ბრალდების მხარეს ათავისუფლებს შედეგთან სუბიექტური კავშირის მტკიცების ვალდებულებისგან.[32]

ქართულ სისხლის სამართალში ტრადიციულად ფეხმოკიდებულია აზრი, რომ „გაძლიერებული პასუხისმგებლობა მძიმე შედეგის განხორციელების შემთხვევაში მხოლოდ მაშინაა დასაშვები, როცა მძიმე შედეგის მიმართ დამნაშავეს აქვს გაუფრთხილებლობითი ბრალი მაინც“.[33] ეს ჯერ კიდევ ასახული იყო საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსში, ხოლო შემდეგ აისახა 1999 წლის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-11 მუხლში, რომელიც ადგენს, რომ „თუ სისხლის სამართლის კანონი ითვალისწინებს სასჯელის გადიდებას იმ თანამდევი შედეგის დადგომის გამო, რომელსაც არ მოიცავდა დამნაშავის განზრახვა, მაშინ ასეთი გადიდება შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც პირმა ეს შედეგი გაუფრთხილებლობით განახორციელა“.

მეორე მხრივ, ცხადია, თუ პირის განზრახ ქმედებას (მაგ., მკვლელობის მცდელობას) გაუფრთხილებლობით მოჰყვა თვისებრივად სხვა შედეგი (ქონების დაზიანება), სახეზე გვექნება დანაშაულთა ერთობლიობა: მკვლელობის მცდელობა და ქონების დაზიანება გაუფრთხილებლობით.

4.4 წინასწარ მოფიქრებული განზრახვა

წინასწარ მოფიქრებული განზრახვის დეფინიცია მოცემულია სსკ-ის 132-ე(72) მუხლში, რომლის თანახმად, ამ დროს „გადაწყვეტილება დანაშაულის ჩადენის შესახებ მიღებულია კონკრეტული დანაშაულის ან დელიქტის ჩადენამდე“ (*premeditation*). *პრადელი* წინასწარ მოფიქრებულ განზრახვას დროში განვრცობილ განზრახვას უწოდებს.[34] *რენუს* აზრით, წინასწარ მოფიქრებული განზრახვა გულისხმობს „დანაშაულის მიზანმიმართულ და წინასწარ მოფიქრებას, მომზადებას, კალკულაციას, ორგანიზებას“. უცებ აღძრულ და წინასწარ მოფიქრებულ განზრახვას შორის განსხვავების საილუსტრაციოდ ის იხილავს ორ შემთხვევას: პირველი, როცა პირი სხვასთან ურთიერთშელაპარაკების დროს ხელს დაავლებს კედელზე ჩამოკიდებულ თოფს და ესვრის მოწინააღმდეგეს და, მეორე, როცა კონფლიქტის შემდეგ ის დაბრუნდება სახლში, შეიძენს იარაღს და შემდეგ განახორციელებს სხვისი სიცოცხლის განზრახ ხელყოფას.[35]

წინასწარ მოფიქრებულ და უეცრად აღძრულ განზრახვას შორის განსხვავებას ფრანგულ სამართალში თეორიულთან ერთად მკაფიო პრაქტიკული მნიშვნელობაც აქვს: ანგლოამერიკული სამართლის მსგავსად, წინასწარ მოფიქრებული განზრახვა მარტივ მკვლელობას (*meurtre*) დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილ მკვლელობად (*assassinat*) გადააქცევს. ის ასევე დამამძიმებელი გარემოებაა სხვა ძალადობრივ დანაშაულებში.[36]

---

[32] *Mayaud Y.,* Droit Pénal Général, Presses Universitaires de France, 2013, 254-255.

[33] საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, რედ. თ. წერეთელი, თბ., 1976, 74.

[34] *Pradel J.,* Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 472.

[35] *Renout H.,* Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 144.

[36] იხ., მაგ.,222-ე (3) მუხ. (წამება),222-ე(8 მუხლი) (ძალადობა, რომელმაც გამოიწვია სიკვდილი).

5. არაგანზრახი ბრალი

გაბატონებული დოქტრინით, არაგანზრახი დანაშაულის დროს პირი არ მიისწრაფვის კონკრეტული დანაშაულებრივი შედეგისკენ, არამედ ავლენს სისხლის სამართლით დაცული ღირებულებების მიმართ ინდიფერენტულ დამოკიდებულებას.[37]

სისხლის სამართლის თეორია ერთმანეთისგან ასხვავებს არაგანზრახი ბრალის სამ ფორმას: შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენება (*mise en danger deliberee*), გაუფრთხილებლობა (*imprudence ou negligence*) და კონტრავენციური ბრალი (*faute contraventionelle*).

5.1. საფრთხეში შეგნებულად ჩაყენება

ფრანგული სისხლის სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი თავისებურება არის ის, რომ განზრახვისა და გაუფრთხილებლობის იმ ფორმებს, რომლებიც ქართულ სისხლის სამართალში ევენტუალურ განზრახვად და თვითიმედოვნებადაა ცნობილი, ის ბრალის ერთი ფორმის – შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენების – ქვეშ აერთიანებს. ამით ის უახლოვდება ანგლოამერიკული *recklessness*-ის კონცეფციას.[38]

ფრანგულ ლიტერატურაში მოჰყავთ შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენების შემდეგი მაგალითები: ზედამხედველი, რომელიც მუშებს აუშვებს არამყარ ხარაჩოზე; მძღოლი, რომელიც შეეცდება გასწრებას შეზღუდული ხილვადობისას; პირი, რომელიც ფანჯრიდან გადააგდებს მძიმე ავეჯს, ისე, რომ არ ინტერესდება გამვლელების ბედით; *რენუ* მიუთითებს, რომ ძველი სისხლის სამართლის კოდექსი ამ შემთხვევებით, თუ ის შედეგით დასრულდებოდა, უთანაბრდებოდა დანაშაულებრივ გაუფრთხილებლობას, ხოლო შედეგის არარსებობისას ან დაუსჯელი რჩებოდა, ან ისჯებოდა როგორც ფორმალური დარღვევა (საგზაო მოძრაობის წესების ან სამშენებლო უსაფრთხოების ნორმის დარღვევა).[39]

საფრანგეთის 1994 წლის სისხლის სამართლის კოდექსმა ბრალის ეს ფორმა ზოგად ნაწილში გაითვალისწინა „შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენების“ სახით, თუმცა კერძო ნაწილში ის მხოლოდ რამდენიმე დანაშაულის შემადგენლობაში არის გათვალისწინებული.

შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენებას, როგორც ბრალის ცალკე ფორმას, ითვალისწინებს საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსის 121-ე (3) მუხლი, რომელიც ადგენს: „როდესაც კანონი ამას ითვალისწინებს, დელიქტი შეიძლება ჩადენილი იყოს სხვა პირის შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენებით“. ამასთან, კანონის თანახმად, საფრთხეში ჩაყენებას წინ უნდა უძღოდეს „კანონით ან რეგლამენტით დადგენილი უსაფრთხოების თუ წინდახედულობის კონკრეტული ვალდებულების აშკარად შეცნობილი დარღვევა“.

შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენებას, როგორც ბრალის ფორმას, ახასიათებს შემდეგი პირობები:

1. პირველ რიგში სახეზე უნდა იყოს კანონით ან რეგლამენტით[40] დადგენილი უსაფრთხოების ან სიფრთხილის ნორმის დარღვევა. (ეს შეიძლება იყოს, მაგ.: მშენებლობის ნორმები, საგზაო უსაფრთხოების ნორმები, სხვ.[41]);

---

37 *Renout H.,* Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 146.

38 იხ. *წიქარიშვილი კ.*, ევენტუალური განზრახვით დანაშაულის მცდელობის ჩადენის საკითხი იტალიურ, ფრანგულ და ანგლოამერიკულ სისხლის სამართალში, „მართლმსაჯულება და კანონი“, № 1, 2009, 10.

39 *Renout H.,* Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 154.

40 რეგლამენტში მოიაზრება მხოლოდ დეკრეტი (décret) – პრეზიდენტის ან პრემიერ-მინისტრის მიერ გამოცემული ნორმატიული ან ინდივიდუალური ადმინისტრაციული აქტი, ან ბრძანებულება (arrêté) – მინისტრის ან სხვა ადმინისტრაციული ორგანოს (პრეფექტი, მერი) მიერ გამოცემული ნორმატიული ან ინდივიდუალური აქტი. იხ. Pin X., Droit Pénal Général, Dalloz, 2007, 149; აგრეთვე, Jurispedia - décret, arrêté - http://fr.jurispedia.org [10. 09.2017].

41 *Renout H.,* Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 155.

2. ზემოთ აღნიშნული ნორმა უნდა ადგენდეს უსაფრთხოების ან სიფრთხილის კონკრეტულ ვალდებულებას, რაც ნიშნავს იმას, რომ მოსამართლე ვერ დაეყრდნობა ზოგადი ხასიათის ნორმებს.[42]

3. ბოლოს, ვალდებულების დარღვევა უნდა იყოს აშკარად წინასწარშეცნობილი.[43]

საფრთხეში შეგნებულად ჩაყენება, როგორც ბრალის ფორმა, თავისებურებებით გამოირჩევა შედეგიან და შედეგგარეშე დანაშაულებში.

შედეგიან დანაშაულებში ის შეიძლება იყოს პასუხისმგებლობის დამამძიმებელი გარემოება (თუ კანონით სპეციალურად არის გათვალისწინებული).[44]

შედეგგარეშე დანაშაულებს რაც შეეხება, სისხლის სამართლის კოდექსი მხოლოდ ერთ ასეთ დელიქტს ითვალისწინებს ბრალის ამ ფორმით, კერძოდ, სსკ-ის (223-ე (1) მუხლით, ერთ წლამდე თავისუფლების აღკვეთით და 15 000 ევრომდე ჯარიმით ისჯება „სხვა პირისთვის სიკვდილის ან დასახიჩრების, ან შრომისუნარიანობის სამუდამო დაკარგვის მყისიერი საფრთხის შექმნა, რომელიც გამოწვეულია კანონით ან რეგლამენტით დაწესებული უსაფრთხოების, ან წინდახედულების ვალდებულების აშკარად შეცნობილი დარღვევით".[45]

ამ მუხლით ქმედების კვალიფიკაციისთვის საჭიროა შემდეგი პირობების არსებობა:

1) სხვისი სიცოცხლის ან ჯანმრთელობისთვის მყისიერი საფრთხის შექმნა;

2) ეს საფრთხე გამოწვეული უნდა იყოს კანონით ან რეგლამენტით გათვალისწინებული უსაფრთხოების ან წინდახედულობის კონკრეტული ვალდებულების დარღვევით;[46]

3) დარღვევა უნდა იყოს აშკარად წინასწარშეცნობილი. თუმცა არ არის აუცილებელი, რომ დამნაშავეს შეცნობილი ჰქონდეს თავად საფრთხე[47].

გამოთქმა „აშკარად წინასწარ შეცნობილი" გულისხმობს იმას, რომ ნორმის დარღვევა უნდა იყოს პირის არჩევანი და არა უყურადღებობით გამოწვეული.[48]

---

[42] იქვე, 155.

[43] იქვე, 155.

[44] მაგ., სსკ-ის 221-ე (6) მუხლით გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის ხელყოფა ისჯება თავისუფლების აღკვეთით სამ წლამდე და 45 000 ევრომდე ჯარიმით. ამავე მუხლის მეორე ნაწილით იგივე ქმედება, რომელიც ჩადენილია კანონით ან რეგლამენტით გათვალისწინებული უსაფრთხოების ან წინდახედულების ვალდებულების აშკარად შეცნობილი დარღვევისას, ისჯება თავისუფლების აღკვეთით 5 წლამდე და 75 000 ევრომდე ჯარიმით.

[45] ამერიკულ სისხლის სამართალში ანალოგიური დანაშაულია **reckless endangerment**, რომელიც, ფრანგული **mise en danger**-ის მსგავსად, შედეგის დადგომას არ მოითხოვს. იხ. <http://definitions.uslegal.com/r/reckless-endangerment>[10.09.2017].

[46] გაუფრთხილებლობისგან განსხვავებით, ბრალის ეს ფორმა არ მოიცავს წინდახედულების დაუწერელი ნორმების დარღვევას. როგორც მიუთითებენ, ეს შეზღუდვა გამოწვეულია იმით, რომ კანონმდებელს ამ ნორმის შემოღებისას, უპირველეს ყოვლისა, მხედველობაში ჰქონდა საგზაო და შრომის უსაფრთხოების წესების დარღვევები. იხ. **Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 460.**

[47] ***Renout H.,*** **Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 156.** მიუხედავად იმისა, რომ ეს დადგინდა საკასაციო სასამართლოს 1999 წლის 16 თებერვლის გადაწყვეტილებით, ამ დებულებას სადავოდ ხდის ზოგიერთი ავტორი. (იხ. **Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 459**). აღნიშნული დათქმა სადავოდ ხდის მის ასიმილაციას ევენტუალურ განზრახვასთან ან თვითიმედოვნებასთან, ვინაიდან ამ ორივე შემთხვევაში დამნაშავეს შეცნობილი აქვს შედეგის დადგომის საფრთხე. ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსში 223-ე(1) მუხლის მსგავს შემადგენლობას ითვალისწინებს 127-ე მუხლი, „სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში ჩაყენების" სახით. თუმცა მათი ურთიერთშედარება წარმოაჩენს ორ მნიშვნელოვან განსხვავებას: კერძოდ, ქართული სისხლის სამართლის კოდექსით „დაზარალებულს არ აქვს შესაძლებლობა, მიიღოს ზომები თავის დასაცავად", ხოლო ფრანგული სისხლის სამართლის კოდექსით ეს საფრთხე გამოწვეული უნდა იყოს „კანონით ან რეგლამენტით გათვალისწინებული უსაფრთხოების ან წინდახედულების კონკრეტული ვალდებულების დარღვევით" (კ.წ.).

[48] ***Desportes F.,*** **Droit Pénal Général, Economica, 459.**

შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენების ბრალის საკანონმდებლო რეგულაციას აკრიტიკებს *გზავიე პენი*. ავტორი ერთმანეთისგან ასხვავებს ევენტუალურ განზრახვას და შეცნობილ გაუფრთხილებლობას: მაშინ, როცა ევენტუალური განზრახვის დროს პირი ინდიფერენტულია შედეგისადმი, შეცნობილი გაუფრთხილებლობის დროს ის იმედოვნებს, რომ შედეგი არ დადგება. ავტორი არ მიიჩნევს სამართლიანად ბრალის ამ ორი ფორმის ერთი ქოლგის ქვეშ მოქცევას. შესაბამისად, მისი აზრით, შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენების ბრალი უნდა მოიაზრებდეს მხოლოდ ევენტუალურ განზრახვას, ხოლო შეგნებული გაუფრთხილებლობა მოიაზრებოდეს გაუფრთხილებელ ბრალში.[49]

5.2 გაუფრთხილებლობა

ფრანგული სისხლის სამართლის კოდექსი გაუფრთხილებლობის, ისე როგორც განზრახვის, დეფინიციას არ იძლევა. გაუფრთხილებლობა გამოიხატება სიტყვებით: „გაუფრთხილებლობა“ (*imprudence, negligence*), „უყურადღებობა“ (*inattention*), „დაუდევრობა (*maladresse*)“.

ფრანგი ავტორები – *კონტი და მესტრ დიუ შამბონი* – განზრახვას და გაუფრთხილებლობას შემდეგნაირად აღწერენ: „თუკი განზრახვა – ეს არის ნებისთვის მიმართულების მიცემა, გაუფრთხილებლობა – ეს არის მიმართულების მიუცემლობა; თუკი განზრახვა არის ნება, რომელიც მიმართულია კანონსაწინააღმდეგო შედეგისკენ, გაუფრთხილებლობა – ეს არის შედეგის გაუთვალისწინებლობა, როდესაც დამნაშავე ვერ აცნობიერებს შედეგის მოულოდნელი დადგომის რისკს“.[50]

სხვადასხვა ავტორი გაუფრთხილებლობას სხვადასხვანაირად განმარტავს. *რენუ* მიუთითებს, რომ გაუფრთხილებლობა ნიშნავს შედეგის გაუთვალისწინებლობას, შესაბამისად, გაუფრთხილებლობა გამოიხატება წინდაუხედაობაში.[51] ეს განმარტება მეტად ვიწროა, ვინაიდან შეცნობილ გაუფრთხილებლობას (თვითიმედოვნებას) არ ითვალისწინებს.

წინდახედულების ვალდებულება შეიძლება სხვადასხვა წყაროდან მომდინარეობდეს. ფრანგული სამართლებრივი დოქტრინა ერთმანეთისგან არჩევს ორი ტიპის გაუფრთხილებლობას: პირველი, როცა წინდახედულების ან უსაფრთხოების ნორმა გაწერილია კანონით ან რეგლამენტით და, მეორე, როცა ის კანონით ან რეგლამენტით არ არის გაწერილი.[52]

---

[49] *Pin X.,* Droit Pénal Général, Dalloz, 2007, 157. ამ გამიჯვნას ეთანხმება ასევე პრადელი, თუმცა ის განსხვავებულ ფორმულას იყენებს მათ გასამიჯნავად. პრადელი მიიჩნევს, რომ შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენების დროს დანაშაულებრივი შედეგის დადგომას შესაძლებლად მიიჩნევს, ხოლო შეცნობილი გაუფრთხილებლობის დროს მას გამორიცხავს საკუთარ უნარებსა და შესაძლებლობებზე დაყრდნობით. იხ. Pradel J., Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 486. რენუ შეგნებულად საფრთხეში ჩაყენებად აკვალიფიცირებს მხოლოდ ისეთ შემთხვევებს, როცა პირი იმედოვნებს, რომ შედეგი არ დადგება, თუმცა ის არსად მიუთითებს, თუ რა სახის ბრალთან გვექნება საქმე, როცა პირი მავნე შედეგის დადგომას ეგუება. იხ. Renout H., Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 38.

[50] *Conte P., Maistre Du Chambon P.,* Droit Penal General, 203, ციტირებულია: Козочкин И.Д. (ред.), Уголовное право зарубежных стран, 2003, 293.

[51] *Renout H.,* Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 146. ეს განმარტებები არასაკმარისად ასახავს გაუფრთხილებლობის არსს, ვინაიდან ის არ მოიცავს შეცნობილ გაუფრთხილებლობას (კ.წ.).

[52] ზოგ შემთხვევაში კონკრეტული დანაშაულის საკანონმდებლო ფორმულირება ითვალისწინებს მხოლოდ პირველი ტიპის გაუფრთხილებლობას (იხ., მაგ., სსკ-ის 332-ე (5) მუხლი – სხვისი ქონების განადგურება აფეთქებით ან ცეცხლის წაკიდებით, რომელიც გამომდინარეობს უსაფრთხოების ან წინდახედულების კანონით, ან რეგლამენტით დადგენილი ნორმის დარღვევიდან).

ამას პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს, ვინაიდან ზოგ შემთხვევაში კონკრეტული დანაშაულის შემადგენლობა ითვალისწინებს მხოლოდ პირველი ტიპის გაუფრთხილებლობას (იხ., მაგ., სსკ-ის 332-ე (5) მუხლი – სხვისი ქონების განადგურება აფეთქებით ან ცეცხლის წაკიდებით, რომელიც გამომდინარეობს უსაფრთხოების ან წინდახედულების კანონით ან რეგლამენტით დადგენილი ნორმის დარღვევიდან).

საინტერესოა საკითხი, თუ რა უნდა ჩაითვალოს წინდახედულების ნორმის დარღვევად.

ტრადიციულად ფრანგული სასამართლო პრაქტიკა წინდახედულების ვალდებულების დარღვევას აფასებდა აბსტრაქტულად, საშუალო შესაძლებლობების მქონე ადამიანის თვალსაზრისიდან გამომდინარე, დამნაშავის კონკრეტული უნარებისა და მისი გამოცდილების მხედველობაში მიუღებლად[53]. ფრანგი ავტორების ნაწილი მიიჩნევს, რომ ეს მიდგომა შეცვალა 1996 წლის კანონმა, სადაც ჩაიწერა, რომ გაუფრთხილებლობას ადგილი არ აქვს, როცა „სუბიექტმა მიიღო გონივრული სიფრთხილის ზომები, დაკისრებული მისიის ან ფუნქციების, მისი კომპეტენციის, ისევე როგორც უფლებამოსილების და მის ხელში არსებული საშუალებების გათვალისწინებით“. ამ საკანონმდებლო ჩანაწერის შემდეგ მოსამართლე ვალდებულია, კონკრეტულად შეაფასოს წინდახედულების ვალდებულების დარღვევა პირის უნარების და მისი უფლებამოსილების გათვალისწინებით.[54]

5.3 კონტრავენციური ბრალი

ფრანგული სისხლის სამართალი ასევე იცნობს ე.წ. კონტრავენციურ ბრალს, რომელიც ტრადიციული განზრახვისა და გაუფრთხილებლობის ცნებების მიღმა დგას და ანგლოამერიკულ სამართალში არსებულ ე.წ. მკაცრი პასუხისმგებლობის ინსტიტუტს უახლოვდება.[55]

კონტრავენციური ბრალი გამოიხატება მხოლოდ სამართლებრივი ნორმით (კანონით ან რეგლამენტით) დადგენილი აკრძალვის დარღვევით. ბრალდების მხარეს არ ევალება, ამტკიცოს პირის განზრახვა ან გაუფრთხილებლობა. ზოგჯერ ამ დარღვევებს „მატერიალურ დარღვევებს“ უწოდებენ. დამრღვევი მხოლოდ მაშინ თავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან, თუ იყო იძულება (*contrainte*), შეურაცხადობა ფსიქიკური ავადმყოფობის გამო[56], მცირეწლოვნება[57], ან დაუძლეველი ძალა (*force majeur*).[58]

დესპორტე კონტრავენციური ბრალის არსებობას ამართლებს იმით, რომ გადაცდომების მარეგულირებელი ნორმები ასახავენ არა თანამედროვე საზოგადოების ფუნდამენტურ ღირებულებებს, არამედ გარკვეულ სოციალურ დისციპლინას და მათი დარღვევა არ გულისხმობს საზოგადოებრივ გაკიცხვას.[59]

---

53 *Renout H.,* Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 147.

54 იქვე, 148.

55 *წიქარიშვილი კ.,* ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა ანგლოამერიკულ სისხლის სამართალში, სამართლებრივი ანომალია თუ რეგულირების ეფექტური მექანიზმი, (ჟურნ. „სამართალი“, № 2, 2000).

56 Crim. 28 Juillet, 1881, Dp, 1882, 1., 95. იხ. Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 476.

57 *Rassat M.L.,* Droit Pénal Général, Elypses, 2004, 342.

58 სასამართლოს პრაქტიკას დაუძლეველი ძალა ფართოდ ესმის და მასში შეაქვს ასევე შემთხვევები, როცა პირმა არ იცოდა და არც შეიძლებოდა სცოდნოდა აკრძალვის არსებობის შესახებ. მაგ., მძღოლს, რომელიც მოძრაობს ცალმხრივი მოძრაობის გზაზე, მოძრაობის საწინააღმდეგო მიმართულებით, შეუძლია, დაუძლეველი ძალის არგუმენტის მოშველიებით თავი იმართლოს, თუ ამკრძალავი ნიშანი იყო აღებული. იხ., მაგ., Rassat M.L., Droit Pénal Général, Elypses, 2004, 341.

59 *Desportes F.,* Droit Pénal Général, Economica, 2008, 475.

რასა ამ ინსტიტუტის არსებობას ასაბუთებს ასევე იმით, რომ კანონმდებელი მოქალაქეებისგან ითხოვს მაქსიმალურ სიფხიზლეს, რათა თავიდან იქნეს აცილებული კანონით ან რეგლამენტით დადგენილი ნორმების დარღვევა.[60]

ძველი სისხლის სამართლის კოდექსში კონტრავენციური ბრალი არა მხოლოდ გადაცდომებზე, არამედ ზოგიერთ დელიქტზეც იყო გათვალისწინებული, თუმცა ახალმა კოდექსმა ბრალის ეს ფორმა მხოლოდ გადაცდომებით შემოფარგლა. ეს არ გულისხმობს იმას, რომ ყველა გადაცდომა შეიძლება ბრალის ამ ფორმით იქნეს ჩადენილი. კანონი ზოგჯერ უთითებს, რომ ესა თუ ის გადაცდომა შეიძლება ჩადენილ იქნეს მხოლოდ განზრახ ან გაუფრთხილებლობით.[61]

ზოგი ავტორი ასკვნის, რომ კონტრავენციური ბრალი საერთოდ ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობას გულისხმობს, რომლისთვისაც საკმარისია მხოლოდ აკრძალვის დარღვევის ფაქტის არსებობა.[62]

რასა ამ მოსაზრებას არ ეთანხმება. მისი აზრით, ეს რომ ასე იყოს, მაშინ მცირეწლოვნება, ფსიქიკური დაავადება ან იძულება არ გამორიცხავდა პასუხისმგებლობას. *რასას* აზრით, კონტრავენციური ბრალი უფრო პროცესუალური ინსტიტუტია, რომელიც ბრალდების მხარეს ათავისუფლებს ბრალის მტკიცების ტვირთისგან, ხოლო დაცვის მხარეს არ აძლევს საწინააღმდეგოს დამტკიცების შესაძლებლობას. შესაბამისად, ის არა მატერიალური სისხლის სამართლის, არამედ საპროცესო კანონმდებლობით უნდა იყოს დარეგულირებული.[63]

შესაბამისად, მრავალი სხვა ავტორის მსგავსად, ის ამ ინსტიტუტს „პრეზუმირებული ბრალის" სახელით მოიხსენიებს.[64]

6. ბრალის ფორმები თანამონაწილეობის დროს

ფრანგული სისხლის სამართლის მიხედვით, თანამონაწილეს მოეთხოვება, იცოდეს ამსრულებლის განზრახვის შესახებ.[65] *გასტონ სტეფანის* აზრით, თანამონაწილის განზრახვა განსხვავებულია ამსრულებლის განზრახვისგან, „ის გამოიხატება თანამონაწილის განზრახვით, მისი სურვილით, რომ განზრახ მიუერთდეს ამსრულებლის მიერ ჩადენილ დანაშაულებრივ ქმედებას.[66]

შესაძლებელია თუ არა, რომ თანამონაწილე მოქმედებდეს გაუფრთხილებლობით? *მიშელ ლორ რასა* ამ საკითხთან დაკავშირებით წერს შემდეგს:

---

[60] *Rassat M.L.,* Droit Pénal Général, Elypses, 2004, 342, 344. მსგავსად იშველიებენ არგუმენტებს ამერიკელი და ინგლისელი ავტორები, რომლებიც ასაბუთებენ ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის არსებობას საერთო სამართლის ქვეყნებში (იხ. წიქარიშვილი კ., ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა ინგლისურ-ამერიკულ სისხლის სამართალში, სამართლებრივი ანომალია თუ რეგულირების ეფექტური მექანიზმი, ჟურნ. „სამართალი", № 2, 2000. 49).

[61] იხ., მაგ., სსკ-ის R. 625-ე და 626-ე მუხლები.

[62] *Schmidt J.C.,* L'element intentionel en matiere de contravention, Rev. Penit. 1932. საქმეში – *სალაბიაკუ საფრანგეთის წინააღმდეგ* – ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლომ ბრალის პრეზუმფციის არსებობა არ ჩათვალა ევროპის ადამიანის უფლებათა კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევად, იმ წინაპირობით, თუ ის მოექცევა „გონივრულ ფარგლებში, სასწორზე მყოფი ინტერესის და დაცვის უფლებების გათვალისწინებით". იხ. Salabiaku v. France, judgment of 7 October 1988, Series A, No 141-A.

[63] *Rassat M.L.,* Droit Pénal Général, Elypses, 2004, 342.

[64] *Rassat M.L.,* Droit Pénal Général, Elypses, 2004, 341. დესპორტე არ იზიარებს იმ მოსაზრებას, რომ კონტრავენციული ბრალი გულისხმობს ბრალის პრეზუმფციას. პრეზუმფცია შეიძლება გაბათილდეს იმის დამტკიცებით, რომ პირი არ მოქმედებდა არც განზრახვით, არც გაუფრთხილებლობით. იხ. Desportes F., Droit Pénal Général, Economica, 2008, 476.

[65] *Elliott C.,* French Criminal Law, Willan, Routledge, 2001, 90.

[66] *Stefani G., Lavasseur G.,* et Bouloc B., Droit Pénal Général, Precis Dalloz, 1981, 269.

„გაუფრთხილებელი ქმედება, რა მძიმე ფორმითაც არ უნდა იყოს წარმოდგენილი, ვერ დააფუძნებს თანამონაწილეობას, თუნდაც მიზეზობრივი კავშირი (შედეგთან) მკაფიოდ ჩანდეს და ეს საკმარისი იყოს სამოქალაქო პასუხისმგებლობის დასაფუძნებლად. კონსიერჟი ან ბავშვის მომვლელი, რომელიც უცნობ პირს ბინაში მცხოვრებთა ჩვევებზე მოუყვება, ვერ ჩაითვლება ქურდობის ან ბავშვის მოტაცების თანამონაწილედ, თუნდაც მათი მოქმედებისთვის გადამწყვეტი იყოს მიზეზობრივი თვალსაზრისით.[67]

ცალკე აღნიშვნას იმსახურებს ე.წ. ამსრულებლის ექსცესის საკითხი. ფრანგულ სისხლის სამართალში ერთმანეთისგან ასხვავებენ სხვადასხვა სახის ექსცესს:

1. თუ ამსრულებელი ჩაიდენს სხვა ტიპის დანაშაულს,[68] ვიდრე ამას ითვალისწინებდა თანამონაწილე, ეს უკანასკნელი არ დაისჯება;[69]

2. თუ ამსრულებელი ჩაიდენს იმავე დანაშაულს, რაც მოცული იყო თანამონაწილის განზრახვით, მაგრამ დამამძიმებელ გარემოებებში, თანამონაწილეს ეს გარემოებები შეერაცხება, თუნდაც არ ჰქონოდა გათვალისწინებული.[70]

სასამართლო პრაქტიკაში ცნობილია ერთი საქმე, რომელსაც „ორიოლის მკვლელობის“ სახით მოიხსენიებენ, სადაც მარსელის პოლიციის ბრიგადირის მოადგილემ, მარიამ, პირადი და პოლიტიკური მოტივების გამო განიზრახა თავისი უფროსის, მასის, მოტაცება და მკვლელობა. მან ეს საქმე დაავალა ოთხ თანამზრახველს, რომლებიც შეიჭრნენ მასის სახლში და ოჯახის უფროსის მოლოდინში გათოკეს მისი ოჯახის 5 წევრი, მათ შორის 7 წლის ბავშვი. მაგრამ, ვინაიდან ოჯახის ერთ-ერთმა წევრმა თანამონაწილე შეიცნო ნიღბის ქვეშ, ამსრულებლებმა კვალის დაფარვის მიზნით ისინი, ყველანი, დახოცეს. მოგვიანებით მათ ასევე მოკლეს მასი. მკვლელობის წამქეზებელი მარია ცნობილ იქნა დამნაშავედ 6 პირის მკვლელობის წაქეზებაში, მიუხედავად იმისა, რომ მისი განზრახვით მხოლოდ ერთი პირის მკვლელობა იყო მოცული.[71]

3. ქართული სამართლის მსგავსად, თუ ამსრულებელი ჩაიდენს იმავე ტიპის, მაგრამ ნაკლებად მძიმე დანაშაულს, მაგალითად, მკვლელობისთვის გადაცემულ იარაღს გამოიყენებს სხეულის დაზიანებისთვის, თანამონაწილე პასუხს აგებს ფაქტობრივად ჩადენილი დანაშაულისთვის. [72]

---

67 *Rassat M.L.,* Droit Pénal Général, Elypses, 2004, 411.

68 პრადელი დანაშაულთა ტიპებს შორის განსხვავებას აკეთებს იმის მიხედვით, თუ საზოგადოებრივად დაცულ რომელ ღირებულებებს ხელყოფს დანაშაული. იხ. Pradel J., Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 423.

69 სასამართლო პრაქტიკაში ცნობილია *ნიკოლაის* საქმე, სადაც ერთმა პირმა, სახელად ნიკოლაიმ, მეორეს გადასცა იარაღი მეორის დასაშინებლად, ვალის დაბრუნების მიზნით, მაგრამ შეკვეთის ამსრულებელმა ამ იარაღით მოკლა მესამე პირი, რომელთანაც კონფლიქტი მოუვიდა. სასამართლომ ნიკოლაი არ ცნო მკვლელობის თანამონაწილედ. იხ., მაგ., http://lexinter.net/JPTXT2/complicite_par_fourniture_de_moyens.htm [10.09.2017].

70 იხ. P*radel J.,* Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 426. პრადელი ამ დებულებას იმით ასაბუთებს, რომ „დანაშაულში ყოველგვარი მონაწილეობა მოიცავს შემთხვევითობას, რისკს, რომელსაც თანამონაწილე ვერ გამორიცხავს“. იხ. იქვე.

71 იხ., მაგ., <http://www.lemonde.fr/ete-2007/article/2006/07/31/la-tuerie-d-auriol-massacre-chez-les-barbouzards_799844_781732.html> [10.09.2017]. ამ შემთხვევაში, ქართული სისხლის სამართალი განსხვავდება ფრანგულისგან, კერძოდ, საქართველოს სსკ-ის 26-ე მუხლის მეორე პუნქტით, ამსრულებლის ექსცესისთვის სხვა თანაამსრულებელს ან თანამონაწილეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა არ დაეკისრება; საქართველოს სსკ-ის 25-ე მუხლის მე-4 პუნქტით, როცა ამსრულებლის ან თანამონაწილის მხარეს არის ისეთი ნიშანი, რომელიც ახასიათებს მართლსაწინააღმდეგო ქმედებას, ეს ნიშანი შეერაცხება სხვა ამსრულებელს ან თანამონაწილეს, რომლის მხარესაც იგი არ არსებობდა, თუ მას ეს ნიშანი შეცნობილი ჰქონდა.

72 იხ. L*arguier J.,* Droit Pénal Général, Dalloz, 2001, 104. მეორე მხრივ, თუ ამსრულებელი ჩაიდენს იმავე დანაშაულს, რაც გათვალისწინებული ჰქონდა თანამონაწილეს, მაგრამ სხვა მეთოდით, ეს გავლენას ვერ მოახდენს კვალიფიკაციაზე (იხ. იქვე). ქართულ სამართლებრივ ლიტერატურაში ტრადიციულად ერთმანეთისგან

7. განზრახვა დანაშაულის მცდელობის დროს

ფრანგული სისხლის სამართალი, ისევე როგორც მრავალი ევროპული სისხლის სამართალი, დანაშაულის მომზადების ზოგად დასჯადობას არ იცნობს. რაც შეეხება დანაშაულის მცდელობის სუბიექტურ მხარეს, ფრანგულ სისხლის სამართალში დანაშაულის მცდელობა მხოლოდ განზრახი ბრალით არის შესაძლებელი.[73,74] ვინაიდან ფრანგულ სისხლის სამართალში ევენტუალური განზრახვა განზრახ ბრალს არ მიეკუთვნება, ეს გამორიცხავს ევენტუალური განზრახვით მცდელობის ჩადენის შესაძლებლობას. მაშასადამე, ფრანგულ სისხლის სამართალში დანაშაულის ჩადენის მცდელობა მხოლოდ პირდაპირი განზრახვით არის შესაძლებელი.

8. დასკვნა

წინამდებარე მიმოხილვა ადასტურებს იმას, რომ ბრალის საკითხებთან დაკავშირებით ევროპულ სისხლის სამართალში კიდევ მნიშვნელოვანი განსხვავებები არსებობს და მრავალი საკითხი კვლავ დამუშავების პროცესშია. ამ გადმოსახედიდან ქართული სისხლის სამართალი მნიშვნელოვან ასპექტებში მყარ თეორიულ საფუძვლებს ემყარება, რაც სისხლის სამართლის სკოლის დამსახურებაა. მიუხედავად ამისა, აუცილებელია ამ საფუძვლის კიდევ უფრო გაღრმავება და გამყარება, მათ შორის შედარებითსამართლებრივი კვლევების გზით, რათა ქართული სისხლის სამართალი ღირსეულად წარმოჩნდეს საერთო ევროპულ ოჯახში.

ასხვავებენ ამსრულებლის რაოდენობრივ და თვისებრივ ექსცესს. რაოდენობრივ ექსცესად ითვლება ისეთი შემთხვევა, როცა ამსრულებელმა ჩაიდინა იმავე გვარის დანაშაული, რომელიც მოცული იყო თანამონაწილის განზრახვით, მაგრამ უფრო მძიმედ; ხოლო თვისებრივ ექსცესად ითვლება ისეთი შემთხვევა, როცა ამსრულებელმა ჩაიდინა არა ერთგვაროვანი, არამედ თვისებრივად სხვა დანაშაული. (იხ. წერეთელი თ., სისხლის სამართლის პრობლემები, მე-2 ტომი, 205). ქართულ მეცნიერებაში დამკვიდრებული შეხედულებით, თანამონაწილემ პასუხი უნდა აგოს მხოლოდ იმ მოქმედებისათვის, რომელიც მისი განზრახვით იყო მოცული (იხ. იქვე). ეს მიდგომა აისახა კიდეც 1999 წლის სისხლის სამართლის კოდექსის 26-ე მუხლში, რომელიც ადგენს, რომ ამსრულებლის ექსცესისათვის სხვა თანაამსრულებელს ან თანამონაწილეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა არ დაეკისრება.

73 იხ. *Larguier J.,* Droit Pénal Général, Dalloz, 2001, 104. მეორე მხრივ, თუ ამსრულებელი ჩაიდენს იმავე დანაშაულს, რაც გათვალისწინებული ჰქონდა თანამონაწილეს, მაგრამ სხვა მეთოდით, ეს გავლენას ვერ მოახდენს კვალიფიკაციაზე (იხ. იქვე). ქართულ სამართლებრივ ლიტერატურაში ტრადიციულად ერთმანეთისგან ასხვავებენ ამსრულებლის რაოდენობრივ და თვისებრივ ექსცესს. რაოდენობრივ ექსცესად ითვლება ისეთი შემთხვევა, როცა ამსრულებელმა ჩაიდინა იმავე გვარის დანაშაული, რომელიც მოცული იყო თანამონაწილის განზრახვით, მაგრამ უფრო მძიმედ; ხოლო თვისებრივ ექსცესად ითვლება ისეთი შემთხვევა, როცა ამსრულებელმა ჩაიდინა არა ერთგვაროვანი, არამედ თვისებრივად სხვა დანაშაული. (იხ. წერეთელი თ., სისხლის სამართლის პრობლემები, მე-2 ტომი, 205). ქართულ მეცნიერებაში დამკვიდრებული შეხედულებით, თანამონაწილემ პასუხი უნდა აგოს მხოლოდ იმ მოქმედებისათვის, რომელიც მისი განზრახვით იყო მოცული (იხ. იქვე). ეს მიდგომა აისახა კიდეც 1999 წლის სისხლის სამართლის კოდექსის 26-ე მუხლში, რომელიც ადგენს, რომ ამსრულებლის ექსცესისათვის სხვა თანაამსრულებელს ან თანამონაწილეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა არ დაეკისრება.

74 *წიქარიშვილი კ.,* ევენტუალური განზრახვით დანაშაულის მცდელობის ჩადენის საკითხი იტალიურ, ფრანგულ და ანგლოამერიკულ სისხლის სამართალში, „მართლმსაჯულება და კანონი", №1, 2009, 10. ქართული სისხლის სამართალი ტრადიციულად უარყოფდა ევენტუალური განზრახვით მცდელობის შესაძლებლობას (იხ. წერეთელი თ., სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. 1, თბ. 488). თუმცა ბოლო დროის ლიტერატურასა და სასამართლო პრაქტიკაში გაჩნდა ევენტუალური განზრახვით მცდელობის მხარდამჭერი პოზიციები,. იხ. ტურავა მ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ., 2013, 136; იხ., აგრეთვე, მაგ., უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2006 წლის 20 თებერვლის გადაწყვეტილება, № 41/აპ.

ბიბლიოგრაფია

1. იტალიის სისხლის სამართლის კოდექსი, 19/10/1930.
2. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 22/07/1999.
3. საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსი, 1/04/1994.
4. საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, *რედ. თ. წერეთელი*, თბ., 1976, 74.
5. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ., 2013, 132.
6. *წერეთელი თ.*, სისხლის სამართლის პრობლემები, მე-2 ტომი, 205.
7. *წიქარიშვილი კ.*, ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა ინგლისურ-ამერიკულ სისხლის სამართალში, სამართლებრივი ანომალია თუ რეგულირების ეფექტური მექანიზმი, ჟურნალი „სამართალი", №2, 2000, 49.
8. *წიქარიშვილი კ.*, ევენტუალური განზრახვით დანაშაულის მცდელობის ჩადენის საკითხი იტალიურ, ფრანგულ და ანგლოამერიკულ სისხლის სამართალში, „მართლმსაჯულება და კანონი", № 1, 2009, 10.
9. უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2006 წლის 20 თებერვლის №41/აპ გადაწყვეტილება.
10. *B. Bouloc,* Droit Pénal Général, Paris, 2005, 203.
11. *Desportes F.*, Droit Pénal Général, Economica, 2008, 145, 389, 429, 430, 431, 433, 434, 438, 459, 460, 475, 476, 482.
12. *Elliott C.*, French Criminal Law, Willan, Routledge, 2001, 90.
13. *Stefani G., Lavasseur G., et Bouloc B.*, Droit Pénal Général, Precis Dalloz, 1981, 269.
14. *Joycelin M. Polock.* Criminal Law, Routledge, 2013, 56-57.
15. *Kuty F.*, Principes Généraux de Droit Pénal Belge, T. II, Infraction Pénale, 261.
16. *Larguier J.*, Droit Pénal Général, Dalloz, 2001, 77, 104, 140,
17. *Mayaud Y,* Droit Pénal Général, Presses Universitaires de France, 2013, 254-255.
18. *Козочкин И.Д.* (ред.), Уголовное право зарубежных стран, Омега, 2003, 275, 290, 293,
19. *Pin X.,* Droit Pénal Général, Dalloz, 2007, 141, 142.
20. *Pollin C.,* Droit Pénal Général, Litec, 2000, 59.
21. *Pradel J.*, Manuel De Droit Pénal Général, Editions Cujas, 2008, 280, 423, 432, 433, 459, 434, 469, 472, 476, 486.
22. *Rassat M.L.*, Droit Pénal Général, Elypses, 2004, 304, 341, 342, 344, 397, 411.
23. *Renout H.,* Droit Pénal Général, Paradigme, 2009, 38, 41, 142, 143, 144, 146, 147, 154, 155, 156.
24. <www.hugo.nadin.free.fr>.
25. http://fr.jurispedia.org. >.
26. <http://definitions.uslegal.com/r/reckless-endangerment>.
27. <http://www.lemonde.fr/ete-2007/article/2006/07/31/la-tuerie-d-auriol-massacre-chez-les-barbouzards_799844_781732.html>.
28. <http://www.penale.it/public/docs/La_praeterintention.pdf>.
29. <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124287/172260>.
30. <http://www.studiocataldi.it/guide-diritto-penale/omicidio-preterintenzionale.asp>.

კობა ყალიჩავა*

ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაცია ევროინტეგრაციის ჭრილში – წარსულის გამოცდილება და მომავლის პერსპექტივები

ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის პროცესი დამოუკიდებლობის პერიოდში გაჩენილი ფენომენია, რომელიც ძირითად ასოცირების შეთანხმებამდე და ასოცირების შეთანხმების შემდგომ ფაზებს მოიცავს. მიუხედავად იმისა, რომ ასოცირების შეთანხმება საქართველოს სამართლებრივი სისტემის რეფორმის კონკრეტულ ვალდებულებებს ადგენს, მის ფარგლებში მოაზრებული სამართლის ევროპეიზაციის პროცესები უნდა განვასხვაოთ ევროკავშირის ფორმალურ საზღვრებში მიმდინარე სამართლებრივი სისტემების ევროპეიზაციის ფენომენისაგან. ეს განსხვავება, თავის მხრივ, დღის წესრიგში აყენებს ქართული ადმინისტრაციული სამართლის რეფორმის (ევროპეიზაციის) რეალურად ფუნქციონირებადი სტრატეგიის შემუშავების საჭიროებას, რომლის ფარგლებშიც გაირკვევა, თუ როგორ არის შესაძლებელი ევროპული სამართლებრივი გამოცდილების წარმატებული რეცეფცია ან ტრანსპლანტაცია ქართულ სამართლებრივ სისტემაში, რაც წინამდებარე სტატიის ძირითადი მიზანია.

საკვანძო სიტყვები: *ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაცია, ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის ფაზები, ასოცირების შეთანხმება.*

1. „ევროპეიზაცია“ როგორც ქართული ადმინისტრაციული სამართლის რეფორმის მისიონერული მიზანი და უცხოური სამართლის რეცეფცია/ ტრანსპლანტაცია როგორც ამ მიზნის მიღწევის საშუალება

1.1. რატომ „ევროპეიზაცია“?

უცხოური სამართლებრივი გამოცდილების გაზიარებასთან დაკავშირებით ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ხშირად საუბრობენ ევროპული სამართლის რეცეფციაზე (უმეტესად კერძო სამართლის ჭრილში[1]), ქართული კანონმდებლობის ევროპულ სამართალთან ჰარმონიზაციაზე (ზოგადად სამართლის ჭრილში[2]) ან ქართული სამართლის ევროპეიზაცია-

* სამართლის დოქტორი, LL.M, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტისა და საქართველოს ეროვნული უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი. სტატია შესრულდა შოთა რუსთაველის ეროვნული სამეცნიერო ფონდის ფინანსური მხარდაჭერით (YS-2016-30 – ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაცია გარემოს დაცვის სამართლის მაგალითზე).

1 *ზოიძე ბ.*, ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 2005, 6; ბურდული ი. (რედ.), თანამედროვე ქართული სამეწარმეო სამართლის განვითარება (რეფორმის ძირითადი ასპექტები), თბ., 2016, 14 და შემდ.

2 *სამხარაძე ი.*, სამართლებრივ სისტემათა ჰარმონიზაცია: ევროკავშირი და საქართველო, „სამართლის ჟურნალი“, №1, 2015, 314; სურმავა ლ., საქართველოს კანონმდებლობის ევროკავშირის კანონმდებლობასთან შესაბამისობის საკითხი სახელმწიფო დახმარების დარგში, თბ., 2012, 17-60.

ზე (როგორც სექტორული ადმინისტრაციული სამართლის,[3] ისე კერძო სამართლის ჭრილში[4]). თუმცა ადმინისტრაციულ სამართალთან მიმართებით, თუ რომელ მოვლენაზე უნდა გაკეთდეს აქცენტი, ამაზე არგუმენტირებული დისკუსია ჯერ არ ყოფილა. საქართველოში თანამედროვე ადმინისტრაციული სამართლის განვითარების დინამიკას თუ დავაკვირდებით, რაზეც დაწვრილებით მოგვიანებით იქნება საუბარი, ლოგიკურად მივალთ იმ დასკვნამდე, რომ მისიონერულ დონეზე სწორი იქნება, თუ მხოლოდ „ევროპეიზაციაზე" ვისაუბრებთ. საქმე ისაა, რომ თანამედროვე ქართული ადმინისტრაციული სამართლის რეფორმა თავიდანვე ევროინტეგრაციის პროცესების პარალელურად მიმდინარეობდა. როგორც ფაქტები მოწმობენ, ადმინისტრაციული კანონმდებლობის პირველი კოდიფიკაცია (1999 წ.) პირდაპირ იყო დაკავშირებული საქართველოს ევროპულ სტრუქტურებში ინტეგრაციასთან. მაშინ ევროსაბჭოს კატეგორიული პირობა, საქართველოს საბჭოში გასაწევრიანებლად მიეღო დემოკრატიული სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებთან შესაბამისი ადმინისტრაციული კანონმდებლობა, სრულ თანხვედრაში აღმოჩნდა საქართველოს ეროვნულ ინტერესებსა და ქვეყნის პოლიტიკურ ნებასთანაც. ამგვარად, რეფორმა წარმატებით განხორციელდა. 2014 წლიდან ასოცირების შეთანხმების ფარგლებში კი ევროინტეგრაციის მისიონერული გავლენა ქართული ადმინისტრაციული სამართლის განვითარებაზე უფრო ღრმა და სისტემური გახდა.

1.2. ევროპული სამართლის რეცეფცია/ტრანსპლანტაციის როლის განსაზღვრა

ქართულ სივრცეში ევროპული სამართლის (როგორც სუპრანაციონალური, ისე ნაციონალური გაგებით) რეცეფცია/ტრანსპლანტაცია არის ევროპეიზაციის საშუალება. თანამედროვე ქართული ადმინისტრაციული სამართლის განვითარების თვალსაზრისით, ჩვენ ერთმანეთისაგან უნდა გავმიჯნოთ, ერთი მხრივ, ევროპეიზაცია, როგორც რეფორმის უცვლელი მისიონერული მიზანი, ანუ ის ღირებულებითი სივრცე, რისკენაც საქართველო მიისწრაფვის და, მეორე მხრივ, ევროპული საჯარო სამართლის რეცეფცია ან ტრანსპლანტაცია, როგორც ამ მიზნის (ანუ ევროპეიზაციის) მიღწევის საშუალება.[5] როგორც ქვემოთ იქნება საუბარი, ევროპეიზაციის პირველი ფაზა ხასიათდებოდა როგორც რეცეფციის, ისე ტრანსპლანტაციისთვის დამახასიათებელი ნიშნებით. მართალია, უცხოური სამართლის ტრანსფერის ამ ორ ფორმას შორის არსებობს განსხვავება,[6] თუმცა, ვფიქრობ, მათ შორის ძალიან მკაცრი ხაზის გავლება არ უნდა მოხდეს. ყოველ შემთხვევაში, რომელიმე ქვეყნის სამართლებრივ ცხოვრებაში შეიძლება მოვლენები ისე განვითარდეს, რომ რეცეფციის შედეგად შექმნილი ნორმა (რაც ეროვნულ იდენტობასთან შერწყმულად ყალიბდება) მოგვიანებით მიუღებლად იქცეს კონკრეტული პოლიტიკური და სოციალურ-ეკონომიკური კონიუნქტურისათვის, ხოლო ტრანსპლანტაციის შედეგად შექმნილი ნორმა (რაც ეროვნულ იდენტობასთან გაუცხოებულად ყალიბდება) შეიძლება მოგვიანებით გარდაიქმნას ქვეყნის სამართლებრივი სისტემის განუყოფელ ნაწილად.

---

[3] *ყალიჩავა კ.*, ქართული გარემოს დაცვის კანონმდებლობის რეფორმის სტრატეგიული ასპექტები, „სამართლის ჟურნალი", №1, 2012, 118.

[4] Ch*anturia L.,* Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung?, in: RabelsZ, Bd. 74, 2010, 154 ff.

[5] აღსანიშნავია, რომ ევროკავშირის ფარგლებში რეცეფცია, დაახლოება, ნორმის კონფორმისტული განმარტება განიმარტება როგორც წევრი სახელმწიფოების სამართლებრივი წესრიგების ევროპეიზაციის მიზნის მიღწევის საშუალება, იხ. Zuleeg M., Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL, 53, 1994, 165 ff.

[6] რეცეფციასა და ტრანსპლანტაციას შორის განსხვავების შესახებ დაწვრილებით იხ. ბრეგვაძე ლ., აუტოპოეტური სამართლებრივი კულტურის თეორია: სამართლის ტრანსფერები და სამართლებრივი თვითრეგულირება გლობალურ საზოგადოებაში, თბ., 2016, 155-163.

2. ევროპეიზაცია როგორც შიდა (ეროვნული) კონსტიტუციური ვალდებულების შესრულების შესაძლებლობა და ევროპეიზაციის დასაშვები ფარგლები

2.1. ევროპეიზაცია არა როგორც თვითმიზანი

ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაცია არ არის თვითმიზანი. ის, პირველ რიგში, ემსახურება თავად საქართველოს კონსტიტუციით დაწესებული ვალდებულებების შესრულებას. თუ დავუჯერებთ *ფრიც ვერნერის* თეზას, რომ „ადმინისტრაციული სამართალი არის კონკრეტიზებული კონსტიტუციური სამართალი",[7] მაშინ ეს ბმა თავისთავად ცხადი ხდება. ზემოთ უკვე იყო საუბარი იმაზე, რომ დემოკრატიულ და სოციალურ სამართლებრივ სახელმწიფოში საჯარო მმართველობას (და მის მარეგულირებელ ადმინისტრაციულ კანონმდებლობას) ეკისრება ძირითადი უფლებების უზრუნველყოფის, წესრიგის, დაცვის, მომსახურებისა და დემოკრატიული გარანტიის ფუნქციები. ყოველდღიურ ცხოვრებაში ამ ფუნქციების რეალიზება ხდება (ზოგადი და კერძო) ადმინისტრაციული კანონმდებლობის მეშვეობით. ამ სფეროში ევროპული სამართლებრივი გამოცდილების გაზიარება, რომლის ცენტრშიც მთავარ ღირებულებად ადამიანია მოაზრებული, დაცვის, კონტროლისა და სტაბილურობის სტანდარტის ზრდაზე მხოლოდ პოზიტიურად აისახება. ცხადია, ეს ქვეყნის კონსტიტუციური იდენტობის დაცვის პირობებში მხოლოდ ხელს შეუწყობს კანონმდებლის იმ ჩანაფიქრების რეალიზებას, რომლებიც მოაზრებულია უზოგადეს კონსტიტუციურ ნორმებში.

2.2. ევროპეიზაციის კონსტიტუციური ფარგლები

ქართული სამართლებრივი წესრიგის ევროპეიზაციის პროცესმა საფრთხე არ უნდა შეუქმნას ქვეყნის სახელმწიფო სუვერენიტეტს და კონსტიტუციურ იდენტობას. ამასთან დაკავშირებით საინტერესო გადაწყვეტილებები აქვს გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს, რომლის სტანდარტი კიდევ უფრო მკაცრად უნდა იქნეს გამოყენებული საქართველოს, როგორც ევროკავშირის არაწევრი სახელმწიფოს, მიმართ. გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო ადგენს ნაციონალურ სამართალზე ევროპული სამართლის გავლენის დასაშვებ ფარგლებს. სასამართლო განმარტავს, რომ ევროპული გაერთიანება არის სუვერენულ სახელმწიფოთა ერთობა და ეროვნული საკანონმდებლო ხელისუფლება პასუხისმგებელია, ევროპული კანონმდებლობის ეროვნულ სივრცეში გადმოტანისას არ ილახებოდეს სუვერენიტეტის პრინციპი.[8] სასამართლოს თქმით, „ქვეყნის ძირითადი წყობის საკითხი წევრი სახელმწიფოებისა და ხალხის გამგებლობას მიეკუთვნება", კერძოდ, „ევროპული გაერთიანება, რომელიც წარმოადგენს სუვერენულ სახელმწიფოთა სახელშეკრულებო კავშირს, დაუშვებელია, ისე განხორციელდეს, რომ წევრ სახელმწიფოებს არ დარჩეთ ეკონომიკური, კულტურული და სოციალური პოლიტიკის განსაზღვრისათვის საკმარისი სივრცე".[9] ამიტომ საკონსტიტუციო სასამართლო ევროინტეგრაციის აბსოლუტურ, ხელშეუხებელ საზღვარს ავლებს „კონსტიტუციური იდენტობის" შენარჩუნების ვალდებულებასთან.[10] ამ მიდგომებს იზიარებს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის გადაწყვეტილებაც, რომელშიც სასამართლო განმარტავს, რომ, თუ საკმარისად აშკარად არ იკვეთება ევროკავშირის კომპეტენციაში „ჩარევა" და თუ კომპეტენ-

[7] *Werner F.*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl, 1959, 527-533.

[8] BVerfGE 123, 267 ff. (Ultra-Vires-Lehre).

[9] BVerfGE 123, 267 ff. (Ultra-Vires-Lehre).

[10] BVerfGE 123, 267 ff. (Ultra-Vires-Lehre).

ციაში „ჩამრევ“ აქტს, თავის მხრივ, მნიშვნელოვანი პოზიტიური სტრუქტურული ცვლილებები მოაქვს წევრი სახელმწიფოსათვის, მაშინ კომპეტენციის დარღვევის დადგენა დაუშვებელია.[11]

3. თანამედროვე ქართული ადმინისტრაციული სამართლის განვითარების ძირითადი მოტივატორები

3.1. ქართული ადმინისტრაციული სამართალი საბჭოთა ტოტალიტარიზმისა და სამართლებრივი ნიჰილიზმი პერიოდში

როგორც ცნობილია, საბჭოთა სისტემისათვის დამახასიათებელი იყო სამართლებრივი ნიჰილიზმი და პოლიტიკის პრიმატი,[12] რაც, ცხადია, თავის ნეგატიურ გავლენას საჯარო მმართველობის სფეროსა და მის მარეგულირებელ ადმინისტრაციულ კანონმდებლობაზეც ახდენდა. სოციალისტური „სახელმწიფო მმართველი აპარატის“ საქმიანობა განისაზღვრებოდა არა კანონებით, არამედ გაბატონებული კლასის (კომუნისტური პარტიის) მიერ დადგენილი პოლიტიკით.[13] ვინაიდან სამართალი გაიგივებული იყო „გაბატონებული კლასის ნებასთან“, ადმინისტრაციული გადაწყვეტილებებიც ტრანსმისიული წესით მიიღებოდა, კერძოდ, კომუნისტური პარტიის ნება დირექტივის სახით აღსასრულებლად გადაეცემოდა სახელმწიფო მმართველობის აპარატს, რომელიც სისრულეში მოჰყავდა პარტიული ნომენკლატურის წიაღში დაწინაურებულ „კადრებს“.[14] კომუნისტური დოქტრინის თანახმად, სახელმწიფო და სამართალი განიხილებოდა სოციალისტური იდეოლოგიის, როგორც „ისტორიული მისიის“, რეალიზაციის ინსტრუმენტად.[15] თუ იმასაც გავითვალისწინებთ, რომ კაპიტალური (ისევე როგორც სოციალური) მშენებლობა, მრეწველობითი საქმიანობა, სოციალისტური ვაჭრობა და მომსახურება ტოტალურად „საჯარო მმართველობის სფეროებად განიხილებოდა“,[16] რაც სრულად ჰქონდა მონოპოლიზებული სახელმწიფოს, ლოგიკურად მივალთ იმ დასკვნამდე, რომ იმ პერიოდში, კლასიკური გაგებით, ადმინისტრაციული სამართლის განვითარებისათვის (შესაბამისად, არც მისი ევროპეიზაციისათვის) რამე გონივრული სივრცე არ რჩებოდა. ამგვარად, საბჭოთა ადმინისტრაციულ სამართალს ჰქონდა ერთადერთი დანიშნულება – ის იყო არა „სამართლებრივი ურთიერთობის მომწესრიგებელი სამართალი სახელმწიფოს, როგორც იურიდიულ პირსა და ინდივიდებს და ეკონომიკურ ერთეულებს შორის, არამედ ორგანიზაციული სამართალი“.[17]

3.2. ადმინისტრაციული სამართლის განვითარების რეალური შესაძლებლობა პოსტსაბჭოთა პერიოდში

კლასიკური გაგებით, ქართული ადმინისტრაციული სამართლის განვითარების რეალური შესაძლებლობა მხოლოდ 1991 წელს საბჭოთა კავშირის დაშლისა და საქართველოს მიერ დამოუკიდებლობის მოპოვების შემდეგ გაჩნდა. პროფესორ *გერდ ზინტერის* მიერ „გარედან“

---

11 BVerfGE 126, 286 ff. (Ultra-vires-Kontrolle).

12 საბჭოთა პერიოდში სამართლებრივი ნიჰილიზმის შესახებ იხ. გამყრელიძე ო., ბრძოლა სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის, თბ., 1998, 3-28; პოლიტიკის პრიმატის შესახებ იხ. Козлов ю.м., Советское административное право, Москва, 1984, 16-17; Старосьцяк Е., правовые формы административной деятельности, М., 1959, 68.

13 *ერემოვი გრ.*, საბჭოთა ადმინისტრაციული სამართალი, თბ., 1967, 6.

14 *König K.*, Moderne öffentliche Verwaltung, Berlin, 2008, 151.

15 *ერემოვი გრ.*, საბჭოთა ადმინისტრაციული სამართალი, თბ., 1967, 6.

16 *ყალიჩავა კ.*, გარემოსდაცვითი საქმიანობის კონტროლი იმისიების დაცვის სამართლის მაგალითზე (ქართული, გერმანული და ევროპული სამართლის შედარება), თბ., 2016, ვ.ნ. 37.

17 *ზინტერი გ.*, ადმინისტრაციული სამართლის განვითარება და სამართლებრივი კონსულტაცია საქართველოს, როგორც გარდამავალი ქვეყნის, მაგალითზე, ჟურნ. „ადმინისტრაციული სამართალი“, №1, 2013, 68.

გაკეთებული შეფასებით, მაშინდელი „პოლიტიკური გარდატეხის შემდეგ პოლიტიკური ნება აღმოჩნდა ძლიერი, სტრუქტურები ჩამოყალიბებულიყო სრულიად ახლებური კონცეფციით – სოციალური საბაზრო ეკონომიკის მქონე დემოკრატიული სამართლებრივი სახელმწიფოს სახით.“[18] 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციამ ამისათვის თავიდანვე მყარი ნორმატიული საფუძველი შექმნა, რომელმაც საქართველოს სახელმწიფოს დააკისრა ვალდებულება, ჩამოეყალიბებინა ისეთი ადმინისტრაციული კანონმდებლობა, რომელიც ხელისუფლების დანაწილებისა და საბაზრო ეკონომიკური სისტემის პირობებში ადეკვატურად განსაზღვრავდა ძირითადი უფლებების უზრუნველყოფის, წესრიგის, დაცვის, მომსახურებისა და დემოკრატიული გარანტიის ფუნქციებს, რაც ნებისმიერი დემოკრატიული ქვეყნის კონსტიტუციიდან გამომდინარეობს.[19] 1999 წელს პარლამენტის მიერ რატიფიცირებულმა ადამიანის უფლებათა ევროპულმა კონვენციამ ზემოთ აღნიშნული კონსტიტუციური დანაწესები საერთაშორისო ვალდებულების რანგშიც აიყვანა და ამით მისი მნიშვნელობა უფრო განამტკიცა. სწორედ ამ „გახსნილ ნორმატიულ სივრცეში“ გახდა შესაძლებელი რეფორმის გარე ფაქტორების ამოქმედებაც, რომელიც ქმნიდა (და დღესაც ქმნის) ქართული ადმინისტრაციული სამართლის რეფორმის (ევროპეიზაციის) ნებაყოფლობით, ხოლო ასოცირების შეთანხმების ფარგლებში უკვე ნორმატიულ საფუძველს.

4. თანამედროვე ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის პირველი ფაზა

4.1. პირველი ფაზის კონტექსტი (თვითშებოჭვის შესახებ)

ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის პირველი ფაზა იწყება საქართველოს მიერ დამოუკიდებლობის მოპოვების პერიოდიდან, როცა საქართველომ გადადგა ქმედითი ნაბიჯები ევროპულ სტრუქტურებში ინტეგრაციის მიზნით. მოვლენები ამ მიმართულებით სწრაფად განვითარდა. ქვეყანამ 1993 წელს ევროსაბჭოში მოითხოვა „სპეციალური სტუმრის“ სტატუსი. 1996 წელს მხარეებს შორის გაფორმდა პარტნიორობისა და თანამშრომლობის ხელშეკრულება (PCA), რომლის 43-ე მუხლით განისაზღვრა სამართლებრივი დაახლოების ზოგადი ვალდებულება.[20] 1997 წელს პარლამენტმა მიიღო დადგენილება „საქართველოს კანონმდებლობის ევროპის კავშირის კანონმდებლობასთან ჰარმონიზაციის შესახებ“,[21] რომლის თანახმად, ყველა კანონი და კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტი შესაბამისობაში უნდა ყოფილიყო ევროპის კავშირის მიერ დადგენილ სტანდარტებსა და ნორმებთან. საქართველოს მიერ გაკეთებულ ამ „თვითშებოჭვას“ მაშინ უფრო პოლიტიკური და საერთაშორისო პრესტიჟის ამაღლების დანიშნულება ჰქონდა და რეალურად არ სრულდებოდა. ცხადია, შეუძლებელიც იყო, „ყველა ნორმატიული აქტი“ ევროპულ სტანდარტებთან მოსულიყო შესაბამისობაში. მსგავსი ვალდებულება არც ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს არ აქვთ. თუმცა იმ პერიოდში ასეთი პოლიტიკური ნების არსებობის გამო მიღებული იყო ისეთი ნორმატიული

[18] იქვე.

[19] საჯარო მმართველობის ფუნქციები დემოკრატიულ სამართლებრივ სახელმწიფოში, იხ. ზომერმანი კ.-პ., საჯარო მმართველობა სოციალურ და დემოკრატიულ სამართლებრივ სახელმწიფოში, იხ. ხუბუა გ., ზომერმანი კ.-პ. (რედ.), საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, თბ., 2016, 18-40.

[20] იმ დროისათვის ეს გულისხმობდა იმ მინიმალური კრიტერიუმების დაკმაყოფილებას, რომლებიც აუცილებელი იყო ევროსაბჭოში საქართველოს გასაწევრიანებლად. სწორედ ასეთი კრიტერიუმების დაკმაყოფილების მერე, 1999 წლის 27 აპრილს, საქართველო გახდა ევროპის საბჭოს რიგით 41-ე წევრი.

[21] https://matsne.gov.ge/ka/document/view/38704.

აქტებიც, რომლებიც პასუხობდა ამ თვითშებოჭვის მიზნებს და, ამგვარად, ადმინისტრაციული სამართლის რეფორმის ისტორიას კარგ მაგალითებად შემორჩება.

4.2. ზოგადი ადმინისტრაციული და ადმინისტრაციული საპროცესო კანონმდებლობის რეფორმა („ჩანასახური“ ევროპეიზაცია)

ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის დასაწყისი დაკავშირებულია ზოგადი ადმინისტრაციული და ადმინისტრაციულსაპროცესო კოდექსების შექმნის იდეასთან. ეს იდეა, თავის მხრივ, მომდინარეობდა ევროსაბჭოდან, რომელმაც 1997 წელს საქართველოს გასაწევრიანებელ წინაპირობად განსაზღვრა საჯარო მმართველობის საკანონმდებლო მოწესრიგება დემოკრატიული სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპების შესაბამისად.[22] ამ საერთაშორისო ვალდებულების შესრულების თაობაზე მაშინ შიდაპოლიტიკური ნებაც არსებობდა, ყოველ შემთხვევაში, „გარედან“ ეს ასე ჩანდა.[23] რეფორმის წარმატებით განხორციელების გარანტია იყო ისიც, რომ ზოგადი ადმინისტრაციული და ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსების პროექტის მომზადება ემყარებოდა სხვადასხვა დასავლური ადმინისტრაციული სამართლებრივი წესრიგის გამოცდილებას (გერმანია, ჰოლანდია, ნაწილობრივ აშშ), რომელთა მოტივებზეც ჩამოყალიბდა ქართული სამართლებრივი ნორმები (ადმინისტრაციული წარმოების, ადმინისტრაციული ორგანოს საქმიანობის ფორმების, კანონიერი ნდობის, სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის, ადმინისტრაციული საჩივრის, უფლების სასამართლო წესით დაცვის და ა.შ. შესახებ).[24] მართალია, ბევრი ცვლილების მიუხედავად, ამ კოდექსების რეფორმის საჭიროება 16 წლის მერეც დღის წესრიგშია,[25] თუმცა ძირითადი ევროპული ხაზი თავიდანვე სწორად იქნა განსაზღვრული, ახლა მხოლოდ მის სრულყოფაზე შეიძლება იყოს საუბარი. ამგვარად, იმან, რაც თავიდან ტრანსპლანტაციის სახით დაიწყო და მაშინდელ რეალობაში უცხოდ შემოიჭრა, დღეს რეცეფციის სახე მიიღო და ქართული სამართლებრივი სისტემის ორგანული ნაწილი გახდა.

4.3. სექტორული ადმინისტრაციული კანონმდებლობის რეფორმა (უმეტესად „შემთხვევითი“ ევროპეიზაცია)

სექტორული ადმინისტრაციული კანონმდებლობის დასავლურ გამოცდილებასთან დაახლოების პროცესი უმეტესად სპონტანურ ხასიათს ატარებდა. 90-იანი წლების დასაწყისში საბაზრო ეკონომიკის, პრივატიზაციის, მეწარმეობის თავისუფლებისა და მმართველობითი სექტორის ახალი პოლიტიკის გამო საქართველოს უნდა შეექმნა სხვადასხვა სფეროს მომწესრიგებელი ახალი კანონმდებლობა.[26] ვინაიდან ჩვენი ქვეყანა იმ პერიოდში თითქმის ყველა მიმარ-

---

[22] დაწვრ. იხ. *ვინტერი გ.*, ადმინისტრაციული სამართლის განვითარება და სამართლებრივი კონსულტაცია საქართველოს, როგორც გარდამავალი ქვეყნის, მაგალითზე, ჟურნ. „ადმინისტრაციული სამართალი“, №1, 2013, 69.

[23] იქვე.

[24] იქვე, 70 და შემდეგი.

[25] 2016 წელს საქართველოს იუსტიციის სამინისტრომ და GIZ-მა ევროკავშირის გრანტის ფარგლებში წამოიწყეს ზოგადი ადმინისტრაციული და ადმინისტრაციული საპროცესო კანონმდებლობის რეფორმა. შეიქმნა სამუშაო ჯგუფი, რომელიც შედგება ქართველი და უცხოელი ექსპერტებისაგან, როგორც აკადემიური, ისე პრაქტიკის სფეროდან.

[26] *ვინტერი გ.*, ადმინისტრაციული სამართლის განვითარება და სამართლებრივი კონსულტაცია საქართველოს, როგორც გარდამავალი ქვეყნის, მაგალითზე, ჟურნ. „ადმინისტრაციული სამართალი“, №1, 2013, 73.

თულებით ახორციელებდა რეფორმას,[27] ამიტომ დასავლური სამართლებრივი გამოცდილებიდან ბევრი ნორმა ამ სიჩქარეში „უნებლიეთ“ იქნა გადმოტანილი. საქმე ის იყო, რომ საბაზრო ეკონომიკური გამოცდილების არქონის გამო ჩვენმა ქვეყანამ მაშინ საკანონმდებლო აქტების უმეტესი ნაწილის უცხოურიდან „ბრმად გადმოღება“ დაიწყო, რასაც დასავლური გამოცდილების რაღაც ნაწილი გაუაზრებლად „გადმოჰყვა“. ამის მაგალითი იყო „საუკეთესო ხელმისაწვდომი ტექნიკა“ ***(Best Available Technology – BAT)***, რომელიც რამდენიმე გარემოსდაცვით კანონში გაჩნდა, თუმცა, ვინაიდან ის „შემთხვევით გადმოყოლილი“ ნორმა იყო და მასთან ერთად არ მომხდარა მისი ამუშავებისათვის აუცილებელი მექანიზმების დანერგვა, ცხადია, მას რეალურ ცხოვრებაში არ უმუშავია.[28] მეორე მაგალითად შეგვიძლია დავასახელოთ ქალაქგეგმარების ორსაფეხურიანი სისტემა და, შესაბამისად, ე.წ. „გარე ტერიტორიებზე“ მშენებლობის აკრძალვის ევროპული კონცეფცია, რომელიც, მართალია, მაშინ შემუშავებულ კანონმდებლობაში იყო დეკლარირებული, თუმცა ეკონომიკური და პოლიტიკური მოტივაციებით შემოღებულ იქნა ისეთი საგამონაკლისო მექანიზმები, რომლებმაც გეგმარებითი კონცეფციის არსებობას საერთოდ აზრი დაუკარგა.[29] მსგავსი მაგალითები იმ დროს შექმნილ კანონმდებლობაში ბევრი იყო, ამიტომ ის თავიდანვე ძირეულ რეფორმას საჭიროებდა.[30] ამის გამო, ბუნებრივია, ზემოთ დახასიათებულ პროცესს ვერ დავარქმევთ ქართული ადმინისტრაციული სამართლის დასავლურევროპულ გამოცდილებასთან რეალურად დაახლოების პროცესს, არამედ ის უფრო მექანიკური პროცესი იყო.[31] თუმცა, მიუხედავად ამისა, მისი მნიშვნელობა მაინც არ უნდა დაკნინდეს, ვინაიდან ეს შემთხვევით გაჩენილი ცნებები და ინსტიტუტები ასოცირების შეთანხმების ფარგლებში ადმინისტრაციული კანონმდებლობის რეფორმის დღეს მიმდინარე პროცესს მეტ ორგანულობას შესძენს და გააადვილებს ევროპული სამართლებრივი გამოცდილების რეცეფციის პროცესს.

---

[27] საბჭოთა სისტემიდან პოსტსაბჭოთა სისტემაზე გადასვლა შეეხო საზოგადოებრივი ცხოვრების თითქმის ყველა სფეროს – დემოკრატიზაციას, საბაზრო სტრუქტურების განვითარებას, სახელმწიფოებრივი სტრუქტურების განვითარებას და სხვ., რისი ხარისხიანი მიღწევაც ერთდროულად შეუძლებელი იყო. იხ. ხუბუა გ., სახელმწიფო მართვის მოდერნიზაცია, თსუ ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა ინსტიტუტის გამოცემები, საჯარო მმართველობის ტრანსფორმაცია სამხრეთ კავკასიაში: გამოცდილება და პერსპექტივები, თბ., 2015, 20.

[28] *ყალიჩავა კ.*, გარემოსდაცვითი საქმიანობის დასაშვებობის კონტროლი იმისიების დაცვის სამართლის მაგალითზე (ქართული, გერმანული და ევროპული სამართლის შედარება), თბ., 2016, ვ.ნ. 136-137.

[29] აღსანიშნავია, რომ ასეთი რეფორმის საჭიროება დღესაც არსებობს. იხ. ყალიჩავა კ., საქართველოს სამშენებლო სამართლის რეფორმის გავლენა ბიზნესის თავისუფლებაზე, თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა ინსტიტუტის ფორუმის მასალები, ადმინისტრაციული მეცნიერების პერსპექტივები, №2, თბ., 2016, 37 და შემდ.

[30] *ვინტერი გ., ტურავა პ., ყალიჩავა კ.*, საქართველოს გარემოს დაცვის ზოგადი ნორმების ანალიზი და შეფასება (ნებართვების სისტემა, გარემოზე ზემოქმედების შეფასება, ზიანის პრევენცია და ანაზღაურება, გარემოს დაგეგმვა და ეკოაუდიტი), თბ., 2009, 11-132.

[31] ტრანსპლანტაციის ასეთი „...მაგალითები მრავლადაა ტოტალიტარული რეჟიმებისგან გათავისუფლებულ თუ ეკონომიკური ზრდის თვალსაზრისით კრიზისში მყოფ ქვეყნებში, სადაც დემოკრატიული ცვლილებების ეიფორიაში, ადგილი აქვს „განვითარებული, დემოკრატიული, დასავლური“ სამყაროს ქვეყნებიდან სამართლებრივი აქტებისა თუ ინსტიტუციების „მისაბაძ მოდელთა“ გაუაზრებელ, მექანიკურ, ქაოტურ გადმოღებას“ (იხ. ბრეგვაძე ლ., აუტოპოიეტური სამართლებრივი კულტურის თეორია: სამართლის ტრანსფერები და სამართლებრივი თვითრეგულირება გლობალურ საზოგადოებაში, თბ., 2016, 156).

5. თანამედროვე ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის მეორე ფაზა

5.1. მეორე ფაზის კონტექსტი (ბოჭვა ასოცირების ფარგლებში)

თანამედროვე ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის მეორე ფაზა იწყება 2014 წლის 27 ივნისიდან, როცა ბრიუსელში ევროკავშირსა და საქართველოს შორის ხელი მოეწერა ასოცირების შესახებ შეთანხმებას (AA), რომლის სრული ამოქმედება 2016 წლის 1 ივლისიდან დაიწყო.[32] ასოცირების შეთანხმებამ ჩაანაცვლა 1996 წელს ხელმოწერილი „პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმება" (PCA) და შექმნა საქართველოსა და ევროკავშირს შორის თანამშრომლობის ახალი სამართლებრივ ჩარჩო. ასოცირების შეთანხმება მიეკუთვნება ე.წ. „ახალი თაობის" შეთანხმებას და მოიცავს ღრმა და ყოვლისმომცველი თავისუფალი ვაჭრობის სივრცის კომპონენტსაც (DCFTA), რაც ევროკავშირთან დაახლოების კონკრეტულ მექანიზმებს ითვალისწინებს. ასოცირების შეთანხმების პრეამბულაში საუბარია იმაზე, რომ მხარეები „ვალდებულებას იღებენ რა, შემდგომში გააძლიერონ მხარეთა საერთო ღირებულებებზე დაფუძნებული ფუნდამენტური თავისუფლებების, ადამიანის უფლებების... დემოკრატიული პრინციპების, კანონის უზენაესობისა და კარგი მმართველობის პატივისცემა". ეს პრინციპები არტიკულირებულია შეთანხმების სხვა მუხლებშიც. შეთანხმებაში ჩადებულია ეტაპობრივი და დინამიკური დაახლოების მექანიზმები. კონკრეტული რეგულაციები და დირექტივები, რომელთა ეტაპობრივი იმპლემენტაცია უნდა მოხდეს ქართულ სამართლებრივ სისტემაში,[33] მოცემულია ასოცირების შეთანხმების სპეციალურ დანართებში. რაც შეეხება დინამიკური დაახლოების ვალდებულებას, ის გულისხმობს უკვე იმპლემენტირებულ რეგულაციებსა და დირექტივებში ევროპარლამენტის მიერ შეტანილი მიმდინარე ცვლილებების ასევე მიმდინარე რეჟიმში ასახვის ვალდებულებას ქართულ კანონმდებლობაში.[34]

5.2. ასოცირების შეთანხმების სამართლებრივი ბუნება და მისი შედარება ევროპული გაგებით ევროპეიზაციასთან

საქართველოსა და ევროკავშირს შორის გაფორმებული ასოცირების შეთანხმება არის ორმხრივ უფლებებსა და ვალდებულებებზე, ერთობლივ ამოცანებსა და განსაკუთრებულ პროცედურებზე დაფუძნებული ასოციაციის (კავშირის) საერთაშორისო სამართლებრივი საფუძველი. თუმცა აქვე უნდა ითქვას, რომ უფლება-მოვალეობათა კორელატიურობისა და რეციპროციტულობის მიუხედავად, საკანონმდებლო დაახლოების ვალდებულება საქართველოს მიმართ ცალმხრივ ხასიათს ატარებს, რაც იმას გულისხმობს, რომ მხოლოდ მას აქვს ვალდებულება, მოახდინოს ეროვნული კანონმდებლობის დაახლოება ევროპულ სტანდარტებთან.[35] საერთო ამოცანებში მოიაზრება თავისუფალი ვაჭრობის მიზნის მისაღწევად ერთობლივი ღონისძიებების გატარება, სწორედ ამის გამო ასოცირების შეთანხმება ატარებს სამართლებრი-

[32] თუმცა 2014 წლიდან ასოცირების დღის წესრიგის ფარგლებში რამდენიმე ვალდებულება უკვე ამოქმედებული იყო, რომლის ფარგლებში შემუშავდა სხვადასხვა კანონი და კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტები.

[33] ასოცირების შეთანხმების 417-ე მუხლი.

[34] ასოცირების შეთანხმების 418-ე მუხლი.

[35] ასევე იხ. სამხარაძე ი., სამართლებრივ სისტემათა ჰარმონიზაცია: ევროკავშირი და საქართველო, „სამართლის ჟურნალი", №1, 2015, 327.

ვად სავალდებულო ხასიათს.[36] ამ ვალდებულებათა შესრულებისათვის არსებობს შესაბამისი ინსტიტუციური ჩარჩო. კერძოდ, ქვეყნის შიგნით ფუნქციონირებს როგორც ვერტიკალური (პრემიერ-მინისტრისა და პარლამენტის დაქვემდებარებაში არსებული შესაბამისი უწყებები), ისე ჰორიზონტალური ინსტიტუციური ინფრასტრუქტურა (შესაბამისი სამინისტროების სახით), ხოლო საერთაშორისო დონეზე მოქმედებს ასოცირების საბჭო, ასოცირების კომიტეტი და ასოცირების ქვეკომიტეტები.[37]

ევროპულ სივრცეში ტერმინი „სამართლის ევროპეიზაცია" გამოიყენება როგორც ზოგადად სამართლის მეცნიერებაში,[38] ისე, განსაკუთრებით, ადმინისტრაციული სამართლის მეცნიერებაში.[39] ადმინისტრაციული სამართლის სფეროში ევროპეიზაციის ფენომენი ჯერ კიდევ მე-20 საუკუნის 80-იანი წლებიდან გახდა სამეცნიერო ინტერესის საგანი, რაც, ბუნებრივია, ევროპული ადმინისტრაციული სამართლის ჩამოყალიბების პარალელურად ყალიბდებოდა. მართალია, ტრანსნაციონალური (ევროპული) ადმინისტრაციული სამართლის მეცნიერების შექმნის პირველი ნიშნები ჯერ კიდევ მე-19 საუკუნის შუა პერიოდში გაჩნდა,[40] რაც დაკავშირებული იყო საერთაშორისო სატელეგრაფო კავშირისა და მსოფლიო საფოსტო გაერთიანების ჩამოყალიბებასთან,[41] თუმცა მის განვითარებაში გადამწყვეტი როლი სწორედ „მსოფლიო ისტორიის ყველაზე დიდმა სამართლებრივმა ქმნილებამ(?)"[42] – თანამედროვე ევროპულმა ადმინისტრაციულმა სამართალმა მოახდინა,[43] რომლის კონსოლიდაცია ერთდროულად ევროპული და ეროვნული სამართლებრივი წესრიგების ურთიერთგავლენების ფაქტორებს ემყარებოდა.

ევროპული ადმინისტრაციული სამართლის პირველი გერმანულენოვანი წიგნის[44] წინათქმაში ავტორი „ევროპული ადმინისტრაციული სამართლის განვითარების (მაშინ) არსებული მიღწევების წარმოჩენის" გარდა, კვლევის უმთავრეს საკითხად მიიჩნევდა იმის დადგენას, „თუ რა გავლენა ჰქონდა ნაციონალური ადმინისტრაციული სამართლის ძირითად პრინციპებს ევროგაერთიანების სამართალზე და პირიქით, იმის დადგენასაც, თუ რა უკუგავლენა ჰქონდა ახალშობილ ევროპულ სამართალს ეროვნულ ადმინისტრაციულ სამართლებრივ წესრიგზე".[45] დღესაც გერმანულ, ფრანგულ, იტალიურ თუ ინგლისურ[46] გამოცემებში ევროპული ადმინისტრაციული სამართალი გაანალიზებულია ზემოთ დასახელებული ორივე პერსპექტივიდან, ანუ როგორც ევროპული სამართლებრივი ნორმების ეროვნულ კანონ-

---

36 იქვე, 325.

37 ასოცირების შეთანხმების 404-ე, 407-ე და 409-ე მუხლები.

38 *Coing H.,* Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW, 1990, 937 ff.

39 *Sommermann K.-P.,* Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBI, 1996, 889 ff.

40 *Sommermann K.-P.,* Ziele und Methoden einer transnationalen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Sommermann (Hrsg.), Öffentliche Angelegenheiten – interdisziplinär betrachet, Berlin, 2016 , 73 ff.

41 იქვე, 81.

42 *Sommermann K.-P.,* Europäisches Verwaltungsrecht als „die großartigste Rechtsbildung der Weltgeschichte"?, DÖV, 2007, 859.

43 *Sommermann K.-P.,* Ziele und Methoden einer transnationalen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Sommermann (Hrsg.), Öffentliche Angelegenheiten – interdisziplinär betrachet, Berlin, 2016 , 73 ff.

44 *Schwartz J.,* Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I und II, Baden-Baden, 1988. ამ ორტომეულში პირველად მოხდა მანამდე ქაოსურად გაბნეული სამართლებრივი მასალის თავმოყრა და სისტემატიზაცია (იხ. Danwitz v.Th., Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin, Heidelberg, 2008, 1).

45 *Schwartz J.,* Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, Baden-Baden, 1988, I.

46 *Auby J.-B., Rochére J. D., (*dir.), Droit administratif européen, 2. Ed., Brussel, 2014; Chitti M. P., Greco G., (dir.), trattato di diritto amministrativo europeo, 2. Ed., Milano, 2007; Craig P., Eu Administrative Paw, Oxford, 2006 (ციტ. Sommermann K.-P., Ziele und Methoden einer transnationalen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Sommermann (Hrsg.), Öffentliche Angelegenheiten – interdisziplinär betrachet, Berlin, 2016 , 76 f.).

მდებლობაზე გავლენის, ისე წევრი სახელმწიფოების განსხვავებული სამართლებრივი კულტურების სუპრანაციონალურ სამართალზე უკუგავლენის პერსპექტივიდან.

მაშასადამე, ევროპული გაგებით, სამართლის ევროპეიზაცია არის ევროინტეგრაციის ჭრილში ეროვნული და სუპრანაციონალური სამართლებრივი სისტემების ერთმანეთთან დაახლოების დინამიკური პროცესი, რომელიც არის არა ნებაყოფლობითი (პოლიტიკური) აქტი, არამედ უფრო სავალდებულო (სამართლებრივი) ხასიათისაა. ამ მხრივ ერთმანეთისაგან განასხვავებენ ვერტიკალურ და ჰორიზონტალურ ზეგავლენებს/ურთიერთკავშირებს. ვერტიკალური ევროპეიზაცია გულისხმობს „სავალდებულო ძალის მქონე ევროპული ჩანაფიქრისა და მიდგომების საფუძველზე ეროვნული ადმინისტრაციული სამართლებრივი წესრიგის ტრანსფორმაციისა და ახლებურად ფორმირების პროცესს“,[47] ან კიდევ ევროგაერთიანების სამართლებრივი წესრიგით გარდაუვლად განპირობებული „...ეროვნული ადმინისტრაციული სამართლის ახლებური ინტერპრეტაციის, შინაარსობრივი ცვლილებებისა და ჩანაცვლების პროცესს“.[48]

ჰორიზონტალური ევროპეიზაცია ხაზს უსვამს იმ გარემოებას, რომ ევროგაერთიანების სამართლის გავლენა წევრი სახელმწიფოების სამართალზე არ არის ცალმხრივი, ის ორმხრივ კავშირებს ემყარება.[49] უპირველესად, ევროპული ადმინისტრაციული სამართალი, უმეტესად, ნაციონალური სამართლებრივი წესრიგის წიაღში აღმოცენებული დოგმატური ცნებებისა და ინსტიტუტების შედეგად ჩამოყალიბდა, რომელიც უნიფიცირებული სახით უკან უბრუნდება წევრ სახელმწიფოებს.[50] ამავე დროს, ევროპული სამართლის ქმედითობისათვის შესაბამისი დასაყრდენი უნდა გაჩნდეს ეროვნულ სამართალშიც, რაც დინამიკაში ემყარება სამართლებრივ წესრიგებს შორის კოლიზიის დაძლევის ისეთ სისტემურ ელემენტებს, როგორებიცაა: ევროპული სამართლის პირდაპირი მოქმედება, რეცეფცია, დაახლოება, მოსამართლის მიერ ნორმის კონფორმისტული განმარტება და სხვ.[51]

6. ქართული ადმინისტრაციული სამართლის რეფორმის (ევროპეიზაციის) სტრატეგია

6.1. შედარებითი სამართლის პრაქტიკული დანიშნულება რეფორმის პროცესში და სამართლის მეცნიერების ევროპეიზაცია

ასოცირების შეთანხმების ფარგლებში საქართველომ აიღო ისეთი ნორმების იმპლემენტაციის ვალდებულებები, რომლებთან დაკავშირებითაც მას სათანადო გამოცდილება არ ჰქონია. ევროინტერგაციის პროცესში ეროვნული სამართლის რეფორმა, ცხადია, ახალი ცნებებისა და ინსტიტუტების გაჩენას ან არსებულის ძირეულ სრულყოფას გულისხმობს. ამიტომ უცნობი ნორმების წარმატებული იმპლემენტაცია შეუძლებელი იქნება შედარებითი სამართლის როლის გაძლიერების გარეშე. ამ მეთოდს, რომელიც კერძო სამართლის წიაღში აღმოცენდა,[52]

[47] *Schmidt-Aßmann E.,* Die allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Heidelberg, 2004, 31.

[48] *Sommermann K.-P.,* Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBI, 1996, 191.

[49] *Danwitz v.Th.,* Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin, Heidelberg 2008, 4-7; Siegel Th., Europäisierung des Öffentlichen Rechts (Rahmenbedingungen und Schnittstellen zwischen dem Europarecht und dem nationalem (Verwaltungs-)Recht, Tübingen, 2012, Rn. 69.

[50] *Rengeling H.-W.,* Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL, 53, 1994, 217 ff.

[51] *Zuleeg M.,* Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht– wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL, 53, 1994, 165 ff.

[52] კერძო სამართალში შედარებითი მეთოდის მნიშვნელობა ადრეულ პერიოდში განპირობებული იყო

მისი მრავალფუნქციური დანიშნულების გამო (სამართლებრივ კულტურებს შორის კომუნიკაცია და დიალოგი, საკუთარი სამართლებრივი ღირებულებების სიღრმისეული შემეცნება, ნაციონალური სამართლის გადატანა უცხო სამართლებრივ წესრიგში, სამართლის ჰარმონიზაცია[53]), მეცნიერული შემეცნების გარდა, საკანონმდებლო სისტემის რეფორმის თვალსაზრისით, დიდი პრაქტიკული დანიშნულება აქვს.[54] ის ძირეული ცვლილებისა და ახალი სამართლებრივი წესრიგების შექმნის წყაროა როგორც ნაციონალურ, ისე სუპრანაციონალურ დონეზე: 1) ნაციონალურ დონეზე კანონმდებელი, ან მოსამართლე, რომელიც კანონს განმარტავს, სწორი სამართლებრივი პრაქტიკის დანერგვის მიზნით, ითვალისწინებს უცხოური სამართლის გამოცდილებას,[55] რაც ხდება საკუთარი ნების საფუძველზე და ამით ის განსხვავდება კიდეც კოლონიური რეჟიმის ზეგავლენით გამოწვეული სამართლებრივი ტრანსფერის პროცესებისაგან.[56] ამ უკანასკნელისაგან განსხვავებით, უცხოური სამართლის ნებაყოფლობითი გადატანის პროცესი განპირობებულია ქვეყნის განვითარების, საერთაშორისო რეპუტაციის გაზრდის, ან საერთაშორისო ვალდებულებების შესრულების სურვილით;[57] 2) სუპრანაციონალური სამართლის შემთხვევაშიც შედარებითი სამართალი სამართალშემოქმედების აუცილებელი წინაპირობაა, რაც ორი ძირითადი გარემოებითაა განპირობებული: პირველი გარემოება არის ის, რომ შედარებითი მეთოდის მეშვეობით გაირკვეს, თუ რა სახის ღირებულებებისა და პრინციპების პოზიტივირებაა შესაძლებელი კონკრეტული საერთაშორისო გაერთიანების შიგნით;[58] მეორე გარემოება კი არის ის, რომ სუპრანაციონალური კანონმდებლობის ბევრი სამართლებრივი ინსტიტუტი ეფუძნება ისეთ ფუძემდებლურ პრინციპებს, რაც საერთოა წევრი სახელმწიფოებისათვის.[59]

შედარებითი სამართლის წარმატება დაკავშირებულია სამართლის მეცნიერების ინტერნაციონალიზაციასთან. ვინაიდან თანამედროვე ადმინისტრაციული სამართალი დიდწილად „...ეროვნულ-სახელმწიფოებრივ საზღვრებში ჩაკეტილი სამართლებრივი სისტემის მსხვრევის შედეგია“,[60] საერთაშორისო პერსპექტივების რეფლექსირებისათვის ის მოითხოვს შესაბამისი (სამართლის) მეცნიერების ევროპეიზაციას/ინტერნაციონალიზაციას.[61] ამ გზით უნდა მოხდეს შესაფერისი ინტელექტუალური რესურსების მობილიზაცია. ეს კი, თავის მხრივ, მოითხოვს შესაბამისი ინფრასტრუქტურისა და ერთიანი, მობილურუნარიანი კვლევითი სივრცის ჩამოყალიბებას,[62] რაშიც გადამწყვეტი როლი უნივერსიტეტების საგარეო კავშირებმა და სამართლის მეცნიერთა მჭიდრო საერთაშორისო ქსელების ჩამოყალიბებამ უნდა შეასრულოს. უდავოა, რომ ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის

პერსონალური და კომერციული ურთიერთობების ტრანსნაციონალიზაციით, რაც საჯარო მმართველობის სფეროში მხოლოდ მოგვიანებით გახდა რელევანტური (იხ. Schwartz J., Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, 74).

53 *Kischel U.,* Rechtsvergleichung, München, 2015, 49 ff.; 56 ff.; 63 ff.; 68 ff.

54 *Sommermann S.-K.,* Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für dieFortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Eurioa, DÖV, 1999, 1019 ff.

55 *Schwartz J.,* Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, 76.

56 *Kischel J.,* Rechtsvergleichung, München, 2015, 49, 67.

57 იქვე.

58 *Schwartz J.,* Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, 77.

59 *Kischel K.,* Rechtsvergleichung, München, 2015, 89 ff.

60 Wissenschaftsrat (WR), Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschlang (Situation, Analysen, Empfehlungen), Hamburg, 2012, 29.

61 იქვე.

62 *Duve Th.,* Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft – aus deutscher Perspektive, Frankfurt a.M., 2013, 7 ff.

საქმეს სჭირდება „ევროპულად მოაზროვნე იურისტი“,[1] რომელიც არ იკეტება ნაციონალური სამართლებრივი კულტურისა და პროვინციული სამართლებრივი წესრიგის ნაჭუჭში და ერთიანი ტრანსნაციონალური სამართლებრივი ღირებულებების ძიების პროცესში გადის პარტიკულარული სამართლებრივი აზროვნების ფარგლებიდან.

6.2. რეფორმის უნივერსალისტური და კულტურალისტური კონტექსტები (განსაკუთრებით OECD-ის გაწევრების კრიტერიუმების გათვალისწინებით)

ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაცია, როგორც მისიონერული მიზანი, მოითხოვს ევროპული სამართლებრივი გამოცდილების (რომელშიც იგულისხმება როგორც სუპრანაციონალური, ისე ნაციონალური სამართლებრივი სისტემები) რეცეფციას ან ტრანსპლანტაციას. ამ მიზნის მიღწევა, უფრო სწორად, მიზნის მიღწევის შესაძლებლობა, თავის მხრივ, დაკავშირებულია კულტურისტურ და უნივერსალისტურ კონტექსტებთან. *კულტურისტური კონტექსტის* თანახმად, სამართალი განიხილება როგორც კონკრეტული სახელმწიფოს ისტორიული, ეკონომიკური და კულტურული მთლიანობის ნაწილი, რომლის პირობებში უცხო სამართლებრივი წესრიგის წარმატებული ტრანსფერი შესაძლებელია მხოლოდ შესაბამისი სახელმწიფოს ფუნდამენტური გარდაქმნის პირობებში, რომელიც, თავის მხრივ, გულისხმობს როგორც პოლიტიკურ, ისე ადმინისტრაციულ და სამართლებრივ კულტურას.[2] ავტორები, რომლებიც იზიარებენ სამართლის ამ სოციოლოგიური სკოლის მიდგომებს, ეჭვქვეშ აყენებენ სამართლის ტრანსფერის წარმატებას, თუ ამისთვის არ არსებობს შესაფერისი კულტურული მზაობა. *ლოურენს ფრიდმანის* თქმით, „შეუძლებელია, ერთმა სამართლებრივმა სისტემამ ისეთივე როლი შეასრულოს სხვა ქვეყნის ცხოვრებაში და გამოიწვიოს იგივე შედეგები, როგორც ეს წარმოშობის ქვეყანაში მოხდა“.[3] რადიკალური სკეპტიციზმის შემცველია განაცხადი იმის თაობაზე, რომ „სამართლის არსებობა სახელმწიფოს გარეშე შესაძლებელია, მაგრამ შეუძლებელია არსებობდეს სამართალი კულტურის გარეშე“.[4] ეს ბოლო შეფასება გადაჭარბებულია. საქმე ისაა, რომ შეიძლება იყოს ისეთი შემთხვევები, როცა სამართალს აქვს გარდაქმნის, მათ შორის ახალი კულტურული ღირებულებების შექმნის, ფუნქცია. ეს რომ ასე არ იყოს, მაშინ ასოცირების შეთანხმების ბევრი პუნქტი თავიდანვე ფიქციად უნდა მიგვეჩნია. თუ რეფორმის (გარდაქმნის) თაობაზე არსებობს პოლიტიკური ნება, მაშინ მისი მიღწევა სრულიად შესაძლებელია. ამ მსჯელობის გაგრძელებაა რეფორმის *უნივერსალისტური კონტექსტი*, რომელიც ემყარება არგუმენტაციას, რომ ნებისმიერ პოლიტიკურ გაერთიანებას აქვს საერთოსამართლებრივი და ორგანიზაციული საკითხები, რომლებიც შესაძლებელს ხდის სამართლებრივი ტრანსფერის უპრობლემოდ განხორციელებას, განსაკუთრებით საყოველთაოდ აღიარებული სამართლებრივი პრინციპების (მაგ., ძირითადი უფლებების) ჭრილში.[5] პრაქტიკაშიც ორივეს მაგალითები გვაქვს და ამიტომ სიმართლეც სადღაც შუაშია.[6]

---

1 ცნების შესახებ იხ. Coing K., Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW, 1990, 937 ff.

2 *Sommermann K.-P.,* Erkenntnisinteressen der Rechtsvergleichung, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Wien, 2013, 205.

3 *Friedman L.M.,* The Legal System, New York, 1975, 195.

4 *ბრეგვაძე ლ.,* აუტოპოიეტური სამართლებრივი კულტურის თეორია: სამართლის ტრანსფერები და სამართლებრივი თვითრეგულირება გლობალურ საზოგადოებაში, თბ., 2016, 246.

5 *Sommermann K.-P.,* Erkenntnisinteressen der Rechtsvergleichung, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Wien, 2013, 206.

6 *ვინტერი გ.,* ადმინისტრაციული სამართლის განვითარება და სამართლებრივი კონსულტაცია საქართველოს, როგორც გარდამავალი ქვეყნის, მაგალითზე, ჟურნ. „ადმინისტრაციული სამართალი“, №1, 2013, 83.

ცხადია, უცხოური სამართლის წარმატებული ტრანსფერი მაღალია მაშინ, როცა ცალკეულ სამართლებრივ ტრადიციაში არსებობს ამის მზაობა.[7] ასეთ შემთხვევაში ტრანსპლანტირებული სამართალი განიცდის დახვეწას, სრულყოფას და გარდაიქმნება რეცეფცირებულ სამართლად. „თუმცა არსებობს გარკვეული უნივერსალური ღირებულებები, რომლებიც აუცილებელია, თუ რომელიმე საზოგადოებაში არსებობს პოლიტიკური ნება, შექმნას და ჩამოაყალიბოს საბაზრო ეკონომიკა და სამართლებრივი სახელმწიფო".[8] კერძო საკუთრების გარანტია, ხელშეკრულების ავტონომია, საჯარო მმართველობის ბოჭვა კანონის საფუძველზე და ა.შ. არის ის უნივერსალური ღირებულებები, რომელთა გარეშეც ვერ იქნება მიღწეული ზემოთ აღნიშნული მიზნები. კიდევ ერთხელ გავიმეორებ, რომ მთავარია, არსებობდეს ამის პოლიტიკური ნება.[9] ამავე დროს, არის ისეთი უკიდურესი შემთხვევები, როცა ახალი ნორმის აბსოლუტურ მიუღებლობასთან გვაქვს საქმე. თუმცა ეს იმას კი არ ნიშნავს, რომ ნორმა ვერ იმუშავებდა, არამედ იმას, რომ დემოკრატიულ სამართლებრივ სახელმწიფოში ნორმის საზოგადოებრივი მიუღებლობა გადაიქცევა პოლიტიკური ნების ფორმირების/კორექტირების წყაროდ.[10] ტოტალიტარული პოლიტიკური რეჟიმის სახელმწიფოც კი ერიდება ისეთი ნორმის მიღებას, რომლის აღსრულება დიდ ძალისხმევასთან, ძალადობასთან და ა.შ. იქნებოდა დაკავშირებული. რაც უფრო პარტიკულარისტული (არა უნივერსალისტური) მნიშვნელობისაა საკითხი, მით უფრო მძაფრდება ასეთი წინაღობები. ამიტომ კანონმდებელი, რომელიც ამ ორ ღირებულებას შორის ავლებს სწორ ზღვარს, აღწევს წარმატებას.

ამგვარად, ჩვენ უნდა ვისაუბროთ სამართლის რეცეფციის ინდივიდუალისტურ მიდგომებზე, ვინაიდან სამართლებრივი ინსტიტუციებისა და პროცედურების ურთიერთგაცვლის პროცესი გულისხმობს არა აკულტურაციის პროცესს, არამედ სამართლებრივი ინსტიტუტების რეფორმას ტრანსკულტურაციის პროცესის პარალელურად.[11] განსაკუთრებით უნდა იქნეს გათვალისწინებული პერსისტენტული (განვითარებადი) საჯარო მმართველობები, რომლებიც, ხშირ შემთხვევაში, ვერ ამართლებენ იმ მოლოდინებს, რომლებიც არტიკულირებულია მოქმედ კანონმდებლობებში. „საჯარო მმართველობის სისტემისათვის სამართლებრივი სახელმწიფოს კვალიფიკაციის მისანიჭებლად საკმარისი არ არის საკანონმდებლო რეგულაციების მიღება,

---

7 *Sommermann K.-P.,* Erkenntnisinteressen der Rechtsvergleichung, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Wien, 2013, 207.

8 *ვინტერი გ.*, ადმინისტრაციული სამართლის განვითარება და სამართლებრივი კონსულტაცია საქართველოს, როგორც გარდამავალი ქვეყნის, მაგალითზე, ჟურნ. „ადმინისტრაციული სამართალი", №1, 2013, 83-84.

9 სამართლიანად აღნიშნავს პროფესორი გია ხუბუა, რომ „...სახელმწიფოში არ შეიძლება არსებობდეს პოლიტიკურად ნეიტრალური კანონი. პოლიტიკის სფეროსაგან რაგინდ დაშორებულ ურთიერთობებსაც უნდა აწესრიგებდეს იგი, თვითონ ამ კანონის მიღების (ან არმიღების) ფაქტი უკვე არის გარკვეული პოლიტიკა, როგორც საკანონმდებლო ორგანოში წარმოდგენილი გარკვეული პოლიტიკური ძალების კონსენსუსის ან კონფრონტაციის შედეგი" (იხ. ცნობილაძე პ., ხუბუა გ., ხმალაძე ვ., მეტრეველი ნ., კაპანაძე ო., როგორ იქმნება კანონი, თბ., 2000, 43). ზოგადად კანონისა და პოლიტიკის ურთიერთმიმართების თაობაზე იხ. იქვე, 39-46.

10 ამის მაგალითია უახლოეს პერიოდში ნადირობის შესახებ კანონის პროექტი, რომლის საჯარო განხილვებზე საზოგადოებამ ტყვიის შემცველი ტყვიის აკრძალვასა (ვინაიდან რკინის შემცველ ტყვიაზე არ იყო მათ მიერ შეძენილი იარაღები მორგებული) და სამონადირეო ტერიტორიის გარეთ ნადირობის აკრძალვაზე (ვინაიდან მონადირეებს არ სურდათ ნადირობის ორგანიზებისთვის დროის დახარჯვა) გამოხატა სრული მიუღებლობა. რეაქცია იმდენად მწვავე იყო, რომ ხელისუფლებას დროებით მოუწია უკან დახევა და გამზადებული კანონპროექტი შემოიდო თაროზე.

11 *Sommermann K.-P.,* Erkenntnisinteressen der Rechtsvergleichung, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Wien, 2013, 208.

როგორიცაა, მაგალითად, თანამედროვე ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი..., არამედ მას უნდა დაემატოს აგრეთვე პრინციპებსა და ღირებულებაზე ორიენტირებული კარგი საჯარო მმართველობის კულტურა."[12] სწორედ ამასთან დაკავშირებით, ე.წ. კოპენჰაგენის კრიტერიუმების ფარგლებში, OECD-ის 2012 წლის ანგარიშში *(„Rethinking Europe's, Rule of Law and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma")* ექსპერტების მიერ ცალსახად იქნა ხაზგასმული ის გარემოება, რომ გაწევრიანების პროცედურის ფარგლებში კანდიდატი სახელმწიფოს შეფასებისას ლეგალურთან შედარებით უფრო დიდი მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს ამ სახელმწიფოს სოციალურ-ეკონომიკური სინამდვილის ანალიზს,[13] რომელიც საჯარო მმართველობის ლეგიტიმურობის განსაზღვრის საფუძველია. ამიტომ ასოცირების ფარგლებში ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის ფარგლებში უნდა შეიქმნას ისეთი ნორმები, რომლებიც რეალურად იმუშავებენ და სამართლებრივი სახელმწიფოს გაზომვის ზემოთ დასახელებულ კრიტერიუმებსაც უპასუხებენ.

6.3. რეფორმა საერთაშორისოსამართლებრივი თანამშრომლობის ჭრილში

სამართლებრივი ტრანსფერის საკითხთან დაკავშირებით მნიშვნელოვანია საერთაშორისოსამართლებრივი თანამშრომლობის ფორმატები. ამ თვალსაზრისით *გერდ ვინტერი* თანამშრომლობის სტრუქტურებისა და პროცესების ჭრილში გამოყოფს მისიონერულ, ბიუროკრატიულ და სოკრატესეულ ასპექტებს.[14] მისონერულ საკითხებთან დაკავშირებით ჩვენ შეგვიძლია მარტივად ვთქვათ, რომ ასოცირების შეთანხმების ფარგლებში აღებული ვალდებულებები არის ის ჩარჩო, რომელსაც საერთაშორისოსამართლებრივი თანამშრომლობის ფარგლებში ჩართული დონორი ორგანიზაციები და უცხოელი ექსპერტები არ უნდა გასცდნენ. რაც შეეხება თანამშრომლობის მიმდინარეობას, აუცილებელია, პროცესი მიმდინარეობდეს სოკრატესეული მეთოდის საფუძველზე, როცა კანონშემოქმედება ხორციელდება უცხოელი და ადგილობრივი ექსპერტების ინტენსიური თანამშრომლობით. სწორედ ამ გზით შეგვიძლია, მივაღწიოთ იმ იდეალურ ფორმატს, როცა ხდება უნივერსალისტური და კულტურისტული კონტექსტების წარმატებული შერწყმა, რომლის მნიშვნელობაზე ზემოთ უკვე იყო საუბარი. ქართულ სამართალში ეს ისტორიულადაც ასე ხდებოდა. უცხოური სამართლის ეროვნულ სივრცეში გადმოტანის ნებისმიერი შემთხვევა დაკავშირებული იყო ნამდვილ შემოქმედებასთან, რაც იმას გულისხმობდა, რომ უცხოური გამოცდილების საფუძველზე იქმნებოდა ქართულ ეროვნულ იდენტობასა და ქვეყნის ეროვნულ უსაფრთხოებასთან შესაფერისი ნორმა.[15] მართალია, ამ პროცესში ბევრი მკვდარი ნორმებიც ჩნდებოდა,[16] რაც გარდაუვალია და დროთა განმავლობაში სწორდებოდა კიდეც, თუმცა ძირითად საკითხებში აღინიშნებოდა თანხვედრა და გარკვეულობა.

---

[12] *ზომერმანი კ.-პ.*, საჯარო მმართველობა სოციალურ და დემოკრატიულ სამართლებრივ სახელმწიფოში, იხ. ხუბუა გ., ზომერმანი კ.-პ. (რედ.), საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, თბ., 2016, ვ.ნ. 23.

[13] იქვე, ვ.ნ. 24.

[14] *ვინტერი გ.*, ადმინისტრაციული სამართლის განვითარება და სამართლებრივი კონსულტაცია საქართველოს, როგორც გარდამავალი ქვეყნის, მაგალითზე, ჟურნ. „ადმინისტრაციული სამართალი", №1, 2013, 82-83.

[15] *ზოიძე ბ.*, ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 2005, 5-9.

[16] იქვე, 19-20.

7. დასკვნა

ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაციის პროცესი დამოუკიდებლობის პერიოდში გაჩენილი ფენომენია. პოსტსაბჭოთა პერიოდში საქართველომ ამ მხრივ ბევრ წარმატებას მიაღწია, რომელიც ბოლოს ასოცირების შეთანხმებით დასრულდა. ასოცირების ფარგლებში ქართული ადმინისტრაციული სამართლისათვის დამთავრდა პოსტსაბჭოთა პერიოდი და გაიხსნა რეფორმის სრულიად ახალი პერსპექტივები, რაც განსაკუთრებით ადმინისტრაციული სამართლის კერძო ნაწილებს შეეხება. პირველ რიგში, ასოცირების შეთანხმებაზე ხელმოწერით გაირკვა მისიონერული საკითხი, ანუ ის არჩევანი, რაც საქართველომ ეროვნული სამართლის ევროპულ სტანდარტებთან დაახლოების თვალსაზრისით გააკეთა. პრაქტიკულად როგორ უნდა მოხდეს ასოცირების ფარგლებში ქართული ადმინისტრაციული სამართლის რეფორმა (ანუ ევროპეიზაცია)? ამასთან დაკავშირებით, წინამდებარე სტატიაში არის რეფორმის შინაარსობრივი და ფორმალური ასპექტების გარკვევის მცდელობა. შინაარსობრივ საკითხთან დაკავშირებით, საქართველომ წარმატებას შეიძლება მხოლოდ იმ შემთხვევაში მიაღწიოს, თუ ამ პროცესში მოახდენს რეფორმის კულტურისტული და უნივერსალისტური კონტექსტების შერწყმას. გარდაქმნებისა და რეფორმებისათვის გადამწყვეტი საკითხი არის პოლიტიკური ნება, რაც შესაძლებელს გახდის, რომ უნივერსალური სამართლებრივი ღირებულებები (რომელიც ეროვნულ კონსტიტუციურ იდენტობასთანაც თანხვედრაში იქნება) გახდეს ქვეყნის სამართლებრივი სისტემის ორგანული (კულტურული) ნაწილი. საქართველოში ასეთი პოლიტიკური ნება უკვე გამოვლენილია, ხოლო ამგვარი რეფორმის წარმატებული ისტორიული მაგალითები ბლომადაა. რაც შეეხება ფორმალურ ასპექტებს, იმისათვის, რომ რეფორმა მეტად იყოს დამყარებული ეროვნულ კულტურულ ნიადაგზე, აუცილებელია საერთაშორისოსამართლებრივი თანამშრომლობის ფორმატებში მეტი მანდატით იყვნენ ჩართულები ადგილობრივი ექსპერტები. ამავე დროს, უფრო მეტად უნდა მოხდეს ქართული სამართლის მეცნიერებისა და, ზოგადად, იურიდიული განათლების ინტერნაციონალიზაცია/ევროპეიზაცია.

ბიბლიოგრაფია

1. *ბრეგვაძე ლ.*, აუტოპოიეტური სამართლებრივი კულტურის თეორია: სამართლის ტრანსფერები და სამართლებრივი თვითრეგულირება გლობალურ საზოგადოებაში, თბ., 2016, 156-163 <http://press. tsu.ge/data/image_db_innova/disertaciebi_samartali/lasha_bregvadze.pdf>.
2. *ბურდული ი. (რედ.)*, თანამედროვე ქართული სამეწარმეო სამართლის განვითარება (რეფორმის ძირითადი ასპექტები), თბ., 2016, 14 და შემდ.
3. *გამყრელიძე ო.*, ბრძოლა სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის, თბ., 1998, 3-28.
4. *ერემოვი გრ.*, საბჭოთა ადმინისტრაციული სამართალი, თბ., 1967, 6.
5. *ვინტერი გ.*, ადმინისტრაციული სამართლის განვითარება და სამართლებრივი კონსულტაცია საქართველოს, როგორც გარდამავალი ქვეყნის მაგალითზე, ჟურ. „ადმინისტრაციული სამართალი", №1, 2013, 67-85.
6. *ვინტერი გ., ტურავა პ., ყალიჩავა კ.*, საქართველოს გარემოს დაცვის ზოგადი ნორმების ანალიზი და შეფასება (ნებართვების სისტემა, გარემოზე ზემოქმედების შეფასება, ზიანის პრევენცია და ანაზღაურება, გარემოს დაგეგმვა და ეკოაუდიტი), თბ., 2009, 11–132.
7. *ზოიძე ბ.*, ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 2005, 5-20.

8. *ზომერმანი კ.-პ.*, საჯარო მმართველობა სოციალურ და დემოკრატიულ სამართლებრივ სახელმწიფოში, იხ. *ხუბუა გ., ზომერმანი კ.-პ. (რედ.)*, საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, თბ., 2016, 18–40.
9. *მიშბერგერი მ.*, გერმანიის საჯარო შესყიდვების სამართალი, იხ. თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა ინსტიტუტის გამოცემები, ადმინისტრაციული მეცნიერების პერსპექტივები, №2, თბ., 2016, 80-90.
10. *სამხარაძე ი.*, სამართლებრივ სისტემათა ჰარმონიზაცია: ევროკავშირი და საქართველო, „სამართლის ჟურნალი", №1, 2015, 314.
11. *სურმავა ლ.*, საქართველოს კანონმდებლობის ევროკავშირის კანონმდებლობასთან შესაბამისობის საკითხი სახელმწიფო დახმარების დარგში, თბ., 2012, 17-60 (იხ. <http://press.tsu. ge/data/image_ db_ innova/Disertaciebi/lita_surmava.pdf>.
12. *ყალიჩავა კ.*, გარემოსდაცვითი საქმიანობის კონტროლი იმისიების დაცვის სამართლის მაგალითზე (ქართული, გერმანული და ევროპული სამართლის შედარება), თბ., 2016, ვ.ნ. 37; 136-137; 361-368.
13. *ყალიჩავა კ.*, ქართული გარემოს დაცვის კანონმდებლობის რეფორმის სტრატეგიული ასპექტები, „სამართლის ჟურნალი", №1, 2012, 118.
14. *ყალიჩავა კ.*, საქართველოს სამშენებლო სამართლის რეფორმის გავლენა ბიზნესის თავისუფლებაზე, იხ. თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა ინსტიტუტის ფორუმის მასალები, ადმინისტრაციული მეცნიერების პერსპექტივები №2, თბ., 2016, 34-42.
15. *ხუბუა გ.*, სახელმწიფო მართვის მოდერნიზაცია, იხ. თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა ინსტიტუტის გამოცემები, საჯარო მმართველობის ტრანსფორმაცია სამხრეთ კავკასიაში: გამოცდილება და პერსპექტივები, თბ., 2015, 20-29.
16. *ცნობილაძე პ., ხუბუა გ., ხმალაძე ვ., მეტრეველი ნ., კაპანაძე ო.*, როგორ იქმნება კანონი, თბ., 2000, 39-46.
17. *Coing H.*, Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW, 1990, 937-941.
18. *Danwitz v.Th.*, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin, Heidelberg 2008, 4-7; 144-157.
19. *Duve Th.*, Internationalisierung und Transnationalisierung der Rechtswissenschaft – aus deutscher Perspektive, Frankfurt a.M., 2013, 7 ff.
20. *Friedman L. M.*, The Legal System, New York, 1975, 195.
21. *Kischel U.*, Rechtsvergleichung, München, 2015, 49 ff.; 56 ff.; 63 ff.; 68 ff.
22. *König K.*, Moderne öffentliche Verwaltung, Berlin, 2008, 151.
23. *Rengeling H.-W.*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL, Heft 53, 1994, 204-234.
24. *Schmidt-Aßmann E.*, Der Europaische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europaischen Verwaltungs- rechts, in: Schmidt-Aßmann E., Schondorf-Haubold B. (Hrsg.), Der Europaische Verwaltungsverbund, 2005, 1 ff.
25. *Schmidt-Aßmann E.*, Die allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Heidelberg, 2004, 31.
26. *Schwartz J.*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, 74).
27. *Schwartz J.*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I, Baden-Baden, 1988, I.
28. *Siegel Th.*, Europäisierung als Rechtsbegriff, JöR, Bd. 61, 2013, 177-194.
29. *Siegel Th.*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts (Rahmenbedingungen und Schnittstellen zwischen dem Europarecht und dem nationalem (Verwaltungs-)Recht, Tübingen, 2012, Rn. 69.
30. *Sommermann K. P.*, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts, DVBl, 1996, 889-898.
31. *Sommermann K.-P.*, Erkenntnisinteressen der Rechtsvergleichung, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, Wien, 2013, 205.

32. *Sommermann K.-P.,* Europäisches Verwaltungsrecht als „die großartigste Rechtsbildung der Weltgeschichte"?, DÖV, 2007, 859-867.
33. *Sommermann K.-P.,* Ziele und Methoden einer transnationalen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Sommermann (Hrsg.), Öffentliche Angelegenheiten – interdisziplinär betrachet, Berlin, 2016, 71-87.
34. *Sommermann S.-K.,* Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für dieFortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Eurioa, DÖV, 1999, 1019 ff.
35. *Wissenschaftsrat (WR),* Perspetiven der Rechtswissenschaft in Deutschlang (Situation, Analysen, Empfehlungen), Hamburg, 2012, 29.
36. *Werner F.,* Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl, 1959, 527-533.
37. *Zuleeg M.,* Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, VVDStRL, 53, 1994, 165 ff.

სასამართლო გადაწყვეტილებები:

38. BVerfGE 123, 267 - Ultra-Vires-Lehre.
39. BVerfGE 126, 286 ff - Ultra-vires-Kontrolle.

დავით მაკარიძე*

ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლისა და მოქმედების შეჩერების თავისებურებანი

სტატია ეხება ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლისა და მოქმედების შეჩერების თავისებურებებს; მისი ოფიციალური გაცნობის წესს; ცალკეული ადმინისტრაციული ორგანოების პრაქტიკას ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების ძალაში შესვლასთან დაკავშირებით; გამოუქვეყნებელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის სამართლებრივი ბუნების მნიშვნელობას; სასამართლო პრაქტიკას ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლასთან დაკავშირებით. სტატიაში განხილულია ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა დამატებითი პირობებით, ასევე მისი მოქმედების შეჩერების შემთხვევები ადმინისტრაციული საჩივრის წარდგენისას და სასამართლოში გასაჩივრებისას.

საკვანძო სიტყვები: *საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, დამატებითი პირობები, სასამართლო პრაქტიკა, სუსპენზიური ეფექტი.*

1. შესავალი

სტატიის მიზანია, წარმოაჩინოს ინდივიდუალური *ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი* აქტის ძალაში შესვლისა და მოქმედების შეჩერების თავისებურებანი, მისი ოფიციალურად გაცნობისა და გამოქვეყნების წესი, ამ ინსტიტუტების საკანონმდებლო ხარვეზები და მათი გამართული ფუნქციონირების საკითხები. ხშირ შემთხვევაში ადმინისტრაციული ორგანოები ნერგავენ პრაქტიკას, როდესაც ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების ძალაში შესვლას მისი ხელმოწერის მომენტს უკავშირებენ. ნაშრომში მიმოხილულია ასეთი პრაქტიკა და გაკეთებულია ამ ფაქტის სამართლებრივი შეფასება. უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკიდან გამომდინარე, წარმოჩენილია ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის, ძალაში შესვლის კანონმდებლობით დადგენილის გარდა, სხვა წინაპირობებიც. სტატიაში განხილულია ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა დამატებითი პირობებით, რომლის ლეგალური დეფინიცია ჩვენს კანონმდებლობაში არ არსებობს. ეს ინსტიტუტი ხელს უწყობს ადმინისტრაციული ორგანოების უფრო ეფექტურ და მოქნილ საქმიანობას. ნაშრომში მიმოხილულია მისი არსი და კანონმდებლობაში დანერგვის მიზანშეწონილობის საკითხი.

სტატიაში მიმოხილულია ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების შეჩერების საკითხი, როდესაც ადმინისტრაციული საჩივრისა და სარჩელის წარდგენისას კანონი ითვალისწინებს გასაჩივრებული აქტის მოქმედების შეჩერების განსხვავე-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტისა და საქართველოს ეროვნული უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი.

ბულ შემთხვევებს. წარმოჩენილია ის პრობლემატური საკითხები, რომლებიც არსებობს ამ ორი მექანიზმის მოქმედებისას, ასევე გამოთქმულია რეკომენდაცია აღნიშნული ინსტიტუტის გაუმჯობესების კუთხით.

სტატიაში შესწავლილია საზღვარგარეთის ქვეყნების (ძირითადად გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის, ვინაიდან ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ინსტიტუტები დიდწილად გერმანული სამართლებრივი სისტემის მსგავსად არის დარეგულირებული) ანალოგიური ინსტიტუტების ფუნქციონირების მექანიზმი და შემოთავაზებულია პრობლემის გადაჭრის გზები.

2. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა

ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა ადმინისტრაციული წარმოების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ასპექტია. სწორედ ძალაში შესვლის შემდეგ ხდება სავალდებულო ის შესასრულებლად ადრესატისთვის, რომელიც უწესებს მას გარკვეული ქმედების განხორციელებას ან მისგან თავის შეკავებას. ამ ეტაპზე ასევე ერთვება უფლების დაცვის საშუალებები, თუკი აქტის ადრესატს მიაჩნია, რომ ირღვევა მისი უფლებები.

ადმინისტრაციული აქტის მომზადების, მიღებისა და მოქმედების პროცესი განსაკუთრებული სამართლებრივი პროცედურაა, რომელიც დეტალურადაა მოწესრიგებული საზღვარგარეთის ქვეყნების კანონმდებლობით. დასავლეთის ქვეყნებში ეს საკითხები, როგორც წესი, რეგულირდება სპეციალური კანონმდებლობით, კერძოდ კი აშშ-ის 1964 წლის ადმინისტრაციული პროცედურების შესახებ და შტატების შესაბამისი კანონებით, შვეიცარიის 1968 წლის ფედერალური კანონით ადმინისტრაციული პროცედურების შესახებ და შვეიცარიის კანონების ანალოგიური კანონებით, გერმანიის 1976 წლის კანონით, ესპანეთის საჯარო ადმინისტრაციის სამართლებრივი რეჟიმისა და 1992 წლის ზოგადი ადმინისტრაციული პროცედურების შესახებ კანონით, ნიდერლანდის კანონით ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის შესახებ, საფრანგეთის 2000 წლის კანონით საჯარო ადმინისტრაციის მიმართ მოქალაქეთა უფლებების შესახებ.[1]

2.1. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ოფიციალური გაცნობა

ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა საზღვარგარეთის ქვეყნების პრაქტიკის მაგალითზე დაკავშირებულია მის ოფიციალურ გაცნობასთან.[2] ანალოგიური რეგულაციაა ქართულ კანონმდებლობაშიც, კერძოდ საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის (შემდგომში – სზაკ) 54-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, თუ კანონმდებლობით სხვა რამ არ არის განსაზღვრული, ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი ძალაში შედის მხარისათვის კანონით დადგენილი წესით გაცნობისთანავე ან გამოქვეყნების დღეს. ამასთან, დადგენილი წესით გაცნობა, ამავე კოდექსის 58-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, გულისხმობს მისთვის ამ აქტის გადაცემას ან ფოსტის მეშვეობით გაგზავნას, ხოლო გამოქვეყნება, 56-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, მისი ადმინისტრაციული ორგანოს ოფიციალურ ბეჭდვით ორგანოში გამოქვეყნებას.

---

[1] *კოზირინი ა., შმამინა მ., ზელენცოვი ა., ბოგდანოვსკაია ი., დანილოვი ს., საჟინა ვ., რაიტელმაიერი კ., შაიხი კ., ნიკეროვი გ.;* მთარგმნელები: ხარშილაძე ი., ოვსიანიკოვა ნ., საზღვარგარეთის ქვეყნების ადმინისტრაციული სამართალი, თბ., 2014, 202.

[2] იქვე, 213.

2.2. ცალკეული ადმინისტრაციული ორგანოების პრაქტიკა ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების ძალაში შესვლასთან დაკავშირებით

მნიშვნელოვანია, მიმოხილულ იქნეს ადმინისტრაციული ორგანოების ცალკეული პრაქტიკა ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების ძალაში შესვლასთან დაკავშირებით. ზოგიერთი ადმინისტრაციული ორგანო ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლას უკავშირებს მის ხელმოწერას. ამის მაგალითად შეიძლება მოყვანილ იქნეს შემდეგი შემთხვევები: საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის 2014 წლის 31 მარტის №388 ბრძანების – „საჯარო სამართლის იურიდიული პირის შეფასებისა და გამოცდების ეროვნული ცენტრის მიერ 2014 წლის გაზაფხულზე ორგანიზებული პროფესიული ტესტირების ჩატარების განრიგის დამტკიცების თაობაზე“ – მე-3 მუხლის მიხედვით, ბრძანება ძალაში შედის ხელმოწერისთანავე[3]; სახელმწიფო აუდიტის სამსახურის გენერალური აუდიტორის 2015 წლის 11 მარტის №42/37 ბრძანებით დამტკიცებული „სახელმწიფო აუდიტის სამსახურის საშტატო ნუსხის სტრუქტურისა და თანამდებობრივი სარგოების“ მე-4 პუნქტის თანახმად, ეს ბრძანება უნდა ამოქმედდეს ხელმოწერისთანავე[4].

წარმოდგენილი მაგალითებიდან ნათლად ჩანს, რომ, ზოგ შემთხვევაში ადმინისტრაციული ორგანოები ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების ძალაში შესვლას უკავშირებენ მის ხელმოწერას. აქ ცალსახაა, რომ სზაკ-ის 54-ე მუხლის პირველი ნაწილით დადგენილი რეგულაცია, რომელიც აქტის ძალაში შესვლას უკავშირებს მისი ადრესატისთვის გაცნობას, ვერ შესრულდება და, შესაბამისად, მიუხედავად ასეთი დათქმისა, აქტი ვერ შევა კანონიერ ძალაში. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ოფიციალური გაცნობა არა მარტო მისი კანონიერების კრიტერიუმია, არამედ მისი არსებობის წინაპირობაცაა. როგორც კანონი მისი ოფიციალურად გამოქვეყნებით შედის ძალაში, ასევე ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტიც იძენს შესასრულებლად სავალდებულო ძალას ადრესატისათვის მისი ოფიციალურად გაცნობით. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გაცნობის პროცესში ყურადღება უნდა მიექცეს სზაკ-ის 55-ე და 58-ე მუხლებს და სპეციალურ კანონებში მოცემულ თავისებურებებს. მხარისთვის ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გადაცემის კანონით განსაზღვრული ფორმის დაუცველობა ყოველთვის არ აბრკოლებს მის ძალაში შესვლას, არამედ აქტს ხდის უკანონოს. ამ შემთხვევაში ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი ძალაში არ შედის, ანუ აქტი მხარისთვის შესასრულებლად სავალდებულო ძალის მქონე არ არის.[5] ანალოგიურ მოსაზრებას ავითარებს საქართველოს უზენაესი სასამართლო თავის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში.[6] აქტის ძალაში შესვლა დაახლოებით ანალოგიურადაა მოწესრიგებული გერმანულ სამართალშიც. სახელმწიფო ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება უნდა შევიდეს ძალაში. ადმინისტრაციული აქტი შევა ძალაში იმ მომენტში, როდესაც ამ აქტის ადრესატს ამის შესახებ აცნობებენ. ცნობება არის აუცილებელი ნაწილი ადმინისტრაციული აქტისთვის. ცნობების მნიშვნელობა არის ორმაგი: ცნობების შემდეგ ადმინისტრაციულ აქტზე შეიძლება ითქვას,

---

[3] <http://mes.gov.ge/old/upload/editor/file/Brdzanebebi/2014/marti/388.pdf>, [29.07.2017].

[4] <http://sao.ge/files/proaqtiuli/safinanso/sahtato-nusxa.pdf>, [29.07.2017].

[5] *ტურავა პ., წკეპლაძე ნ.*, ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო (მეორე გამოცემა), თბ., 2013, 84-85.

[6] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2013 წლის 9 ივლისის №ბს-220-212(2კ-13) გადაწყვეტილება.

რომ მან შეიძინა სამართლებრივი არსებობის ზემოქმედების ფუნქცია და, მეორე, ცნობების საშუალებით მთავრდება ადმინისტრაციული წარმოება.[7]

განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ამკრძალავი (მავალდებულებელი) ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ადრესატისათვის ჩაბარება. ამ შემთხვევაში ძალაში შესვლის ფაქტი დაკავშირებულია ადმინისტრაციული აღსრულების მექანიზმის ამოქმედებასთან. საკასაციო სასამართლო განმარტავს, რომ ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლის ინსტიტუტი პირდაპირ კავშირშია აქტის აღსრულების ინსტიტუტთან, ვინაიდან ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის აღსრულება არის ადმინისტრაციული წარმოების მნიშვნელოვანი სტადია. ადმინისტრაციული წარმოების საფუძველზე მიღებული გადაწყვეტილების შედეგები ვლინდება მის აღსრულებაში. აღსრულების ცნების ქვეშ მოიაზრება მოქალაქის ან სხვა სამართლის სუბიექტების საჯარო-სამართლებრივი ვალდებულებების იძულების წესით განხორციელების შესაძლებლობა. კანონით მკაცრად განსაზღვრული საგამონაკლისო შემთხვევების გარდა, დაუშვებელია ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის აღსრულების დაწყება, თუ იგი ადრესატს არ ჩაბარდა კანონით დადგენილი წესით.[8]

2.3. გამოუქვეყნებელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის სამართლებრივი ბუნება

საინტერესოა, რა ემართება უკვე გამოცემულ და ხელმოწერილ აქტს მაშინ, როდესაც ის ადრესატს ჯერ კიდევ არ ჩაბარებია და არც კანონმდებლობით დადგენილი წესით არ გამოქვეყნებულა. შესაძლებელია თუ არა, ჯერ კიდევ ადრესატისათვის ჩაუბარებელ აქტში ადმინისტრაციულმა ორგანომ შეიტანოს ცვლილება, ან, სულაც, გააუქმოს ის და ამ შემთხვევაში როგორ უნდა დაიცვას თავი აქტის გამოცემით დაინტერესებულმა მხარემ? ავტორთა კოლექტივი ამ საკითხთან დაკავშირებით აღნიშნავს, რომ ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ოფიციალური განვრცობა არა მარტო აქტის კანონიერების კრიტერიუმია, არამედ მისი არსებობის წინაპირობაცაა. როგორც კანონი მისი ოფიციალურად გამოქვეყნებით შედის ძალაში, ასევე ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტიც იძენს შესასრულებლად სავალდებულო ძალას მისი ადრესატისთვის ოფიციალურად გაცნობით.[9] ადმინისტრაციული აქტების ძალაში შესვლის წინაპირობა არის სახელმწიფოს შიდა სისტემის დატოვება და საჯარო სივრცეში გამოსვლა. აქტის არსებობისათვის აუცილებელია, რომ ის ძალაში შევიდეს. მხოლოდ ოფიციალურად გაცნობის შემდეგ გახდება აქტი არსებული, ხოლო მანამდე არსებობს ის, რაც შემდგომ გახდება ადმინისტრაციული აქტი. ოფიციალურად გაცნობამდე მიღებული დოკუმენტი არის ადმინისტრაციული ორგანოს შიგნით არსებული დაუკავშირებელი გადაწყვეტილება. დოკუმენტი, რომელიც შეიძლება შემდგომში გახდეს აქტი და შემდგომში მისი ძალაში შესვლა უნდა განვასხვაოთ ერთმანეთისგან, პირველი არის მეორის წინაპირობა.[10] შესაბამისად, თუკი ადმინისტრაციულ ორგანოს სურს უკვე გამოცემული, მაგრამ ძალაში შეუსვლელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის შეცვლა ან გაუქმება, მას ამის გაკეთების სამართლებრივი საფუძველი არ ექნება.

---

7 *Peine F.J.,* Allgemeines Verwaltungsrecht 7. neu bearbeitete Auflage, schwerpunkte C.F. Muller, Heidelberg 2004, 125.

8 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2013 წლის 9 ივლისის №ბს-220-212(2კ-13) გადაწყვეტილება.

9 *ტურავა პ., წკეპლაძე ნ.,* ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო (მეორე გამოცემა), თბ., 2013, 87.

10 *Peine F. J,* Allgemeines Verwaltungsrecht 7.. neu bearbeitete Auflage, schwerpunkte C.F. Muller, Heidelberg 2004, 125.

2.4. უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკა ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლასთან დაკავშირებით

ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის კანონიერ ძალაში შესვლასთან დაკავშირებით მნიშვნელოვან განმარტებას აკეთებს საქართველოს უზენაესი სასამართლო თავის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში: საკასაციო სასამართლო განმარტავს, რომ სასამართლო ორგანოები სასარჩელო წესით აღმჭურველი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის კანონიერების შემოწმებისას ვერ შეაფასებენ აქტის ადრესატის კანონიერი ნდობის უფლებას, შესაბამისად, ვერც დაიცავენ მას, რამდენადაც აქტის ადრესატს კანონიერი ნდობა წარმოეშობა მხოლოდ აქტის კანონიერ ძალაში შესვლის, ანუ, როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, 1. აქტის გასაჩივრების ვადის გასვლის ან 2. აქტის გასაჩივრების შემთხვევაში მის უცვლელად დატოვების შემდგომ. სწორედ აქტის კანონიერ ძალაში შესვლა იწვევს აქტის ადრესატის კანონიერი ნდობის უფლების წარმოშობას, და ამ უფლების დაცვა პრიორიტეტულ ხასიათს იძენს კანონიერების პრინციპთან მიმართებით. ამდენად, სამართალწარმოების მიმდინარეობისას ადმინისტრაციული სასამართლოების მხრიდან გასაჩივრებული აღმჭურველი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ადრესატის კანონიერი ნდობის უფლების შეფასება დაუშვებელია და არასამართლებრივი მიდგომაა, ვინაიდან ასეთ პირობებში შეუძლებელი იქნება მოსარჩელის კანონიერი ინტერესების დაცვა.[11]

სასამართლოს ამ გადაწყვეტილების საფუძველზე შეიძლება დავასკვნათ, რომ ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა დამოკიდებულია არა მხოლოდ ამ აქტის კანონით დადგენილი წესით ადრესატისათვის ჩაბარებაზე ან მის გამოქვეყნებაზე, არამედ მას ემატება კიდევ ორი კრიტერიუმი: აქტის გასაჩივრების ვადის გასვლა და, აქტის გასაჩივრების შემთხვევაში, მისი უცვლელად დატოვება. სწორედ მას შემდეგ, რაც ამოიწურება აქტის გასაჩივრების ყოველგვარი ვადა ან, გასაჩივრების შემთხვევაში, ის დარჩება ძალაში (საბოლოო გადაწყვეტილებით), წარმოეშობა დაინტერესებულ მხარეს კანონიერი ნდობა ამ აქტის მიმართ და მას შეუძლია, მიიღოს ის სარგებელი ან უფლება, რაც ამ აქტით არის დადგენილი.

2.5. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა დამატებითი პირობებით

ცალკე აღნიშვნის ღირსია იმ შინაარსის ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა, რომლის ამოქმედება, ან უკვე ამოქმედებულის ძალაში დარჩენა ადრესატის მიერ დაკავშირებულია გარკვეული პირობის შესრულებასთან. მმართველობის პრაქტიკაში არსებითი მნიშვნელობა აქვს ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის დამატებით განსაზღვრებებს, განსაკუთრებით, აღმჭურველი აქტის გამოცემის შემთხვევაში. მისი მიზანია იმ სამართლებრივი და ფაქტობრივი წინააღმდეგობების დაძლევა, რომლებიც ხელს უშლის კონკრეტული ნებართვის გაცემას და, შესაბამისად, აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემას. თუ განმცხადებელი სრულყოფილად არ პასუხობს მის მიერ მოთხოვნილი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემის კანონით განსაზღვრულ წინაპირობებს, ადმი-

[11] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2013 წლის 16 ივლისის №ბს-192-184(3კ-13) გადაწყვეტილება.

ნისტრაციულ ორგანოს შეუძლია, აქტის გამოცემაზე უარის ნაცვლად გამოსცეს ეს ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი დამატებითი განსაზღვრებების დართვით.[12] აღნიშნული ინსტიტუტი ასევე მოცემულია გერმანულ კანონმდებლობაში. ადმინისტრაციული აქტისთვის უმნიშვნელოვანესია რეგულირება. ის ქმნის ძირითად აზრს, თუ როგორ უნდა გამოსცეს სახელმწიფო ორგანომ სასურველი აქტი. სასურველი აქტი შესაძლოა, შეზღუდული იყოს ნებისმიერი ხერხით. ეს შეზღუდვა შეიძლება განხორციელდეს დამატებითი განსაზღვრებებით. დამატებითი განსაზღვრებების ცნების ეს ლეგალური დეფინიცია მოცემულია გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ადმინისტრაციული პროცედურების შესახებ კანონის 36-ე პარაგრაფში. ამ პარაგრაფის მე-2 ნაწილი ასახელებს ადმინისტრაციული აქტის 5 დამატებით განსაზღვრებას: ვადას, პირობას, გაუქმების (გამოხმობის) დათქმას, ვალდებულების დაკისრებას და ვალდებულების დაკისრების დათქმას (პირობა).[13]

იმისათვის, რომ ადმინისტრაციულმა ორგანოებმა ისარგებლონ ამ მეტად მოქნილი მექანიზმით, უმჯობესია, მოხდეს მისი კანონმდებლობაში, კერძოდ სზაკ-ის შესაბამის მუხლებში ასახვა, ვინაიდან ამ გზით ადმინისტრაციული ორგანოებისათვის ნათელი და ცალსახა იქნება, რომ მათ შეუძლიათ აღნიშნული მექანიზმის გამოყენება, რაც გაამარტივებს და უფრო ეფექტურს გახდის ადმინისტრაციულ სამართალწარმოებას, მით უმეტეს მაშინ, როდესაც გერმანიის კანონმდებლობის მაგალითზე არსებობს ამგვარი პრაქტიკა.

3. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების შეჩერება

მნიშვნელოვანია, დადგინდეს, თუ რა შემთხვევაში შეიძლება უკვე ძალაში შესული აქტის მოქმედების შეჩერება. ეს შესაძლებელია მისი გასაჩივრებით – ადმინისტრაციის შიგნით თუ გარეთ, სასამართლოში. ადმინისტრაციული საჩივრის წარდგენა იწვევს გასაჩივრებული აქტის მოქმედების შეჩერებას. სუსპენზიური ეფექტი არის უფლების დაცვის საშუალებების, ადმინისტრაციული საჩივრისა და შეცილებითი სარჩელის შედეგად ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების შეჩერება. იგი შემაჩერებელი ეფექტია და არა შეჩერებული მდგომარეობა.[14]

3.1. სუსპენზიური ეფექტის თეორიები

გერმანულ ლიტერატურაში სუსპენზიური ეფექტის სამი ძირითადი თეორიაა ჩამოყალიბებული. ამათგან ორი „ძალაში ყოფნის თეორიის“ განშტოებაა.[15]

პირველი, ე.წ. „ძალაში ყოფნის მკაცრი თეორია“, ადმინისტრაციული აქტის[16] ძალაში შესვლას გადაავადებს იმ მომენტამდე, ვიდრე მის შესახებ კანონიერ ძალაში შესული

[12] *ადეიშვილი ზ., ვარდიაშვილი ქ., იზორია ლ., კალანდაძე ნ., კოპალეიშვილი მ., სხირტლაძე ნ., ტურავა პ., ქიტოშვილი დ.*, ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბ., 2005,158-159.

[13] *Peine F. J.,* Allgemeines Verwaltungsrecht 7, neu bearbeitete Auflage, schwerpunkte C.F. Muller, Heidelberg, 2004, 118.

[14] *სიორიძე გ.*, სუსპენსიური ეფექტი ქართულ ზოგად და საპროცესო ადმინისტრაციულ სამართალში; ორმაგი რეგულაციის ხარვეზები და პერსპექტივები, ქართული ადმინისტრაციული სამართლის აქტუალური საკითხები, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ., 2016, 43.

[15] იქვე, 44-45.

[16] ტერმინი „ადმინისტრაციული აქტი“ ავტორის (გ. სიორიძე, სუსპენსიური ეფექტი ქართულ ზოგად და საპროცესო ადმინისტრაციულ სამართალში) მიერაა გამოყენებული. ამ ნაშრომის მიზნებისთვის ის გამოიყენება ინდვიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მნიშვნელობით.

სასამართლოს ან საჩივრის განმხილველი ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილება არ იქნება მიღებული. სუსპენზიური ეფექტის მიზანი ის კი არ არის, რომ უპირატესობა მიანიჭოს ვინმეს, არამედ ისაა, რომ მოსალოდნელი გამოუსწორებელი ზიანისგან სამართლებრივად დაიცვას იგი.[17]

ე.წ. „ძალაში ყოფნის შეზღუდული თეორიით“ ადმინისტრაციული აქტის ნამდვილობა მერყევად ბათილი გარიგებების ნამდვილობის ანალოგიურია. მისი მოქმედება ჩერდება მხოლოდ დროებით, ანუ ადმინისტრაციული აქტის ძალაში შესვლამდე „მოლივლივე“ მდგომარეობაშია. თუკი ის საჩივრის ან სარჩელის შედეგად კანონიერ ძალას მიიღებს, სამართლებრივი ძალა აითვლება გამოცემის გაცნობის დღიდან.[18] ამ თეორიის თანახმად, აქტი ნამდვილად ჩაითვლება უფლების დაცვაზე საბოლოო უარის მომენტიდან – თავიდანვე ნამდვილად (უკუძალა აქვს).[19]

აღსრულების თეორიის მიხედვით, სუსპენზიური ეფექტი აჩერებს მხოლოდ აქტის მოქმედებას და უფლების დაცვაზე საბოლოო უარის მომენტიდან აღსრულებას ეძლევა უკუძალა. აღსრულების თეორია ყველაზე გავრცელებულია. გამოყოფენ აგრეთვე ე.წ. შუალედურ თეორიას, რომლის თანახმად, სუსპენზიური ეფექტი არის დროებით აქტის ნამდვილობის შეჩერება.[20]

3.2. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების შეჩერება ადმინისტრაციული საჩივრის წარდგენისას

„ადმინისტრაციული სასამართლო წესრიგის“ შესახებ გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის კანონის §80 აბს. 1 თანახმად: „საჩივარს და შეცილებით სარჩელს აქვს სუსპენზიური ეფექტი. აღნიშნული მოქმედებს აგრეთვე სამართლებრივი ურთიერთობის შემცვლელ და აღიარებით აქტებთან მიმართებით, ასევე იმ აქტების დროს, რომელთაც აქვთ ორმაგი ზემოქმედების ეფექტი“ (ადმინისტრაციული აქტი ერთი პირისთვის აღმჭურველია, ხოლო მეორისათვის შემზღუდველი). განსხვავებით ქართული მოდელისგან, გერმანული კანონმდებლობით ერთადაა მოწესრიგებული დროებითი ქმედება ადმინისტრაციული საჩივრის დროს და ადმინისტრაციული სარჩელის დროს.[21] გასაჩივრებული აქტის მოქმედების შეჩერების წესს ადგენს სზაკ-ის 184-ე მუხლი, რომლის პირველი ნაწილის თანახმადაც: „თუ კანონით ან მის საფუძველზე გამოცემული კანონქვემდებარე აქტით სხვა რამ არ არის დადგენილი, გასაჩივრებული აქტის მოქმედება შეჩერდება ადმინისტრაციული საჩივრის რეგისტრაციის მომენტიდან. ამის თაობაზე ადმინისტრაციული ორგანო გამოსცემს ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულსამართლებრივ აქტს“. როგორც წესი, აქტის გასაჩივრება ავტომატურად უნდა იწვევდეს მისი მოქმედების შეჩერებას. სწორედ ეს შინაარსია ჩადებული მოყვანილი ნორმის პირველ წინადადებაში. თუმცა იქვე მეორე წინადადება ამბობს, რომ ამის თაობაზე ადმინისტრაციული ორგანო გამოსცემს ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულსამართლებრივ აქტს. თუკი კანონმდებელი დეკლარირებას უკეთებს პრინციპს იმის თაობაზე, რომ ის აღიარებს აქტის ავტომატური გასაჩივრების დროს მისი მოქმედების შეჩერებას, მაშინ გაუგებარია ამ წინადადების დატვირთვა. რა მოხდება იმ შემთხვევაში, თუკი ორგანო არ გამოსცემს ამ ში-

[17] იქვე, 45.
[18] იქვე, 45.
[19] *წიკლაური ბ.*, უფლების დაცვის წინასწარი საშუალებანი ადმინისტრაციულ სამართალში, „სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი“, 2011, 16.
[20] იქვე, 16.
[21] იქვე, 10.

ნაარსის აქტს, გამოიწვევს აღნიშნული ქმედება აქტის მოქმედების შეჩერების ძალაში არშესვლას? ამ საკითხთან დაკავშირებით ავტორთა ჯგუფი აღნიშნავს, რომ სზაკ-ის 184-ე მუხლი ადგენს საჩივრის სუსპენზიურ ეფექტს, რაც გულისხმობს გასაჩივრებული აქტის მოქმედების ავტომატურ შეჩერებას და ეს არ ეხება ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილებას.[22] სუსპენზიური ეფექტი დგება საჩივრის რეგისტრაციის წამიდან. ამის თაობაზე ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემა დეკლარაციულია და ადმინისტრაციულ ორგანოს მისი გამოცემის დისკრეციული უფლებამოსილება არ აქვს.[23] ზემოაღნიშნულმა სადავო წინადადებამ შეიძლება გამოიწვიოს მხოლოდ გაუგებრობა, ის ორგანოს, გარკვეულწილად, უტოვებს თვითნებობის საშუალებას, მით უმეტეს, რომ ის არის ჩვეულებრივი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, რომელიც ძალაში შესასვლელად უნდა ჩაბარდეს მხარეს კანონით დადგენილი წესით.

3.3. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების შეჩერება სასამართლოში გასაჩივრებისას

საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლით გათვალისწინებული უფლების დაცვის სამართლებრივი საშუალება ეფექტური მართლმსაჯულების განხორციელების უზრუნველყოფას ემსახურება. 29-ე მუხლში განსაზღვრული სარჩელის სუსპენზიური ეფექტი სწორედ უფლების დროებით დაცვას ემსახურება, რომლის მიზანია, დაიცვას პირი მმართველობის ღონისძიებების შედეგებისაგან დავის საგანზე ადმინისტრაციული სამართალწარმოების პროცესში გადაწყვეტილების მიღებამდე.[24] ამ მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, სარჩელის მიღება სასამართლოში აჩერებს გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედებას. სზაკ-ის 184-ე მუხლის პირველი ნაწილისაგან განსხვავებით, აქ რაიმე დამატებითი გადაწყვეტილების მიღება აქტის მოქმედების შეჩერების თაობაზე არ მიიღება. გასაჩივრებული ადმინისტრაციული აქტის[25] მოქმედება ჩერდება სარჩელის სასამართლოს მიერ მიღებით ავტომატურად და ეს არ არის დამოკიდებული სასამართლოს ან მხარის ნებაზე. ასეთი ნორმის არსებობა მიუთითებს ადმინისტრაციული სარჩელის უზრუნველყოფის მაღალ ხარისხზე. ადმინისტრაციული აქტის მოქმედების კანონისმიერი შეჩერება ხდება სარჩელის წარმოებაში მიღების შესახებ სასამართლოს განჩინების გამოტანის მომენტიდან. ეს არ უნდა გავიგოთ ისე, თითქოს ადმინისტრაციული აქტის შეჩერება სასამართლოს გადაწყვეტილებით ხდება. ადმინისტრაციული აქტის მოქმედება ჩერდება კანონით, ავტომატურ რეჟიმში და არა სასამართლო გადაწყვეტილების საფუძველზე.[26]

მსგავსად სზაკ-ის 184-ე მუხლის მე-2 ნაწილისა, ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლიც შეიცავს იმ შემთხვევებს, როდესაც გასაჩივრებული აქტის მოქმედება არ

---

[22] *ტურავა პ., წკეპლაძე ნ.*, ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო (მეორე გამოცემა), თბ., 2013, 202.

[23] *სიორიძე გ.*, სუსპენზიური ეფექტი ქართულ ზოგად და საპროცესო ადმინისტრაციულ სამართალში; ორმაგი რეგულაციის ხარვეზები და პერსპექტივები, ქართული ადმინისტრაციული სამართლის აქტუალური საკითხები, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ., 2016, 49.

[24] *კოპალეიშვილი მ., სხირტლაძე ნ., ქარდავა ე., ტურავა პ.*, ადმინისტრაციული საპროცესო სამართლის სახელმძღვანელო, თბ., 2008, 386.

[25] ტერმინი „ადმინისტრაციული აქტი" ავტორების (ვაჩაძე მ., თოდრია ი., ტურავა პ., წკეპლაძე ნ., საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის კომენტარი, თბ., 2005) მიერაა გამოყენებული. ამ ნაშრომის მიზნებისთვის ის გამოიყენება ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მნიშვნელობით.

[26] *ვაჩაძე მ., თოდრია ი., ტურავა პ., წკეპლაძე ნ.*, საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის კომენტარი, თბ., 2005, 160.

ჩერდება. აქტის მოქმედება არ შეჩერდება, თუ: ა) ეს დაკავშირებულია სახელმწიფო ან ადგილობრივი გადასახადების, მოსაკრებლების ან სხვა გადასახდელების გადახდასთან; ბ) აღსრულების გადადება გამოიწვევს მნიშვნელოვან მატერიალურ ზიანს, ან მნიშვნელოვან საფრთხეს შეუქმნის საზოგადოებრივ წესრიგს ან უსაფრთხოებას; გ) იგი გამოცემულია შესაბამისი კანონის საფუძველზე გამოცხადებული საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს; დ) ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ მიღებულია წერილობითი დასაბუთებული გადაწყვეტილება დაუყოვნებელი აღსრულების შესახებ, თუ არსებობს გადაუდებელი აღსრულების აუცილებლობა; ე) ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი აღსრულებულია ან იგი წარმოადგენს აღმჭურველ აქტს და მისი შეჩერება მნიშვნელოვან ზიანს მიაყენებს სხვა პირის კანონიერ უფლებას ან ინტერესს; ვ) ეს გათვალისწინებულია კანონით. როგორც ირკვევა, არსებობს გარკვეული განსხვავებები საჩივრისა და სარჩელის წარდგენის შემთხვევაში ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების შეჩერების კუთხით. მაგალითად, ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 184-ე მუხლის მე-2 ნაწილით არ არის გათვალისწინებული აქტის მოქმედების გაგრძელება ისეთი შემთხვევებისათვის, რომლებიც დადგენილია ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ და „დ“ ქვეპუნქტებით, სხვა ნაწილებშიც არის მნიშვნელოვანი სხვაობა, რაც არ არის მართებული. უმჯობესია, დადგენილი იყოს ერთიანი სტანდარტი, ერთი და იმავე შემთხვევების ჩამონათვალი, როდესაც გასაჩივრებული აქტის მოქმედება, იქნება ეს ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში თუ სასამართლოში, არ წყვეტს მოქმედებას. მაგალითად, გაუგებარია, თუ რა მიზანს უნდა ემსახურებოდეს, ერთ შემთხვევაში, აქტის მოქმედების გაგრძელება სარჩელის წარდგენისას სახელმწიფო ან ადგილობრივი გადასახადების, მოსაკრებლების ან სხვა გადასახდელების გადახდასთან დაკავშირებულ ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ აქტებთან მიმართებით, ხოლო თუ იმავე საკითხზეა ადმინისტრაციული საჩივარი ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში – არ იწვევდეს მისი მოქმედების გაგრძელებას. ეს პრობლემა უფრო მეტად იჩენს თავს იმ შემთხვევებში, როდესაც დაინტერესებულ მხარეს აქვს არჩევანი, თუ სად გაასაჩივროს ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი. მივყვეთ იმავე მაგალითს: საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 305-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, „შემოსავლების სამსახურის მიერ მომჩივნისთვის არასასურველი გადაწყვეტილების მიღების შემთხვევაში ამ მომჩივანს უფლება აქვს, გადაწყვეტილება მისი ჩაბარებიდან 20 დღის ვადაში გაასაჩივროს დავების განხილვის საბჭოში ან სასამართლოში.“ როგორ ვხედავთ, ერთ შემთხვევაში, თუკი დაინტერესებული მხარე გადაწყვეტს სასამართლოს გზით წასვლას და სარჩელის წარდგენას – სახელმწიფო ან ადგილობრივი გადასახადების, მოსაკრებლების ან სხვა გადასახდელების გადახდასთან დაკავშირებულ ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულსამართლებრივ აქტთან მიმართებით, მაშინ ამ აქტის მოქმედება არ შეჩერდება, ხოლო თუ ის გადაწყვეტს ადმინისტრაციული საჩივრის წარდგენას ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში, დავების საბჭოში – გამოიწვევს გასაჩივრებული აქტის მოქმედების შეჩერებას. ეს მაგალითი კიდევ ერთხელ წარმოაჩენს ამ პრობლემის აქტუალობას და მისი მოგვარების საჭიროებას.

საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლის მე-3 ნაწილის თანახმად, მხარის მოთხოვნით, სასამართლოს შეუძლია, შეაჩეროს ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ან მისი ნაწილის მოქმედება ამ მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალისწინებულ შემთხვევაში, თუ არსებობს დასაბუთებული ეჭვი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის კანონიერების თაობაზე, ან, თუ მისი გადაუდებელი აღსრულება არსებით ზიანს აყენებს მხარეს, ან შეუძლებელს გახდის მისი კანონიერი უფლების ან ინტერესის დაცვას. ამ შემთხვევაში კანონმდებელი ამოდის დაინტერესებული მხარის ინტერესიდან და უტოვებს მას ერთგვარ „შანსს“, მოახერხოს აქტის მოქმედების შეჩერება, რაც დადებითად უნდა ჩაითვალოს. აქ იზრდება სასამართლოს დისკრეციული როლი და ანიჭებს

მას შესაძლებლობას, ყოველი კონკრეტული შემთხვევის გათვალისწინებით გადაწყვიტოს აქტის მოქმედების შეჩერების ან შეჩერებაზე უარის თქმის შესახებ საკითხი. ადმინისტრაციული აქტის მოქმედების შეჩერების თითოეულ კონკრეტულ შემთხვევაში ნათელი უნდა იყოს ამ ღონისძიების გამოყენების აუცილებლობა. მხარის მოთხოვნა გასაჩივრებული ადმინისტრაციული აქტის შეჩერების თაობაზე უნდა შეიცავდეს მითითებას იმ ფაქტობრივ გარემოებებზე, რომელთა გამოც მისი გადაუდებელი აღსრულება არსებით ზიანს აყენებს მას, ან შეუძლებელს ხდის მისი კანონიერი უფლებისა თუ ინტერესის დაცვას, აგრეთვე ადმინისტრაციული აქტის კანონიერების თაობაზე ეჭვის დასაბუთებას.[27]

ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლის მე-4 ნაწილის თანახმად, მხარის მოთხოვნით, სასამართლოს შეუძლია, ამ მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებულ შემთხვევებში გააუქმოს ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ან მისი ნაწილის მოქმედების შეჩერება, თუ არსებობს ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ან მისი ნაწილის გადაუდებელი აღსრულების აუცილებლობა, რაც დაკავშირებულია მნიშვნელოვან (არსებით) ზიანთან ან ზღუდავს მხარის კანონიერ უფლებასა თუ ინტერესს. ავტორთა ჯგუფის მოსაზრებით, ასეთი საკანონმდებლო ცვლილება ფაქტობრივად აუქმებს 29-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით განსაზღვრული სასამართლოში გასაჩივრებული ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის კანონისმიერი, სუსპენზიური შეჩერების ეფექტს. ამ ნორმის საფუძველზე სასამართლო უფლებამოსილია, კანონით დადგენილი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის სუსპენზიური შეჩერება გააუქმოს თავისი გადაწყვეტილებით.[28] ასეთი რეგულაცია ნამდვილად აკნინებს სუსპენზიური ეფექტის ინსტიტუტს. უფრო მეტიც, ეს დანაწესი აზრს უკარგავს არა მარტო პირველ ნაწილს, არამედ მეორე ნაწილსაც, რომელიც ადგენს, რომ მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში არ ჩერდება აქტის მოქმედება. მე-4 ნაწილი კი უგულებელყოფს ამ შემთხვევებს და აქტის მოქმედების გაგრძელება შეიძლება მივიღოთ ნებისმიერ შემთხვევაში.

4. დასკვნა

სტატიაში განხილულ იქნა ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლისა და მოქმედების შეჩერების თავისებურებანი.

საკითხის შესწავლისას გამოვლინდა შემდეგი გარემოებები: ზოგიერთი ადმინისტრაციული ორგანო ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების ძალაში შესვლას უკავშირებს მის ხელმოწერას. ამ შემთხვევაში საკანონმდებლო რეგულაცია, რომელიც აქტის ძალაში შესვლას უკავშირებს მისი ადრესატისთვის გაცნობას, ვერ შესრულდება და, შესაბამისად, მიუხედავად ასეთი დათქმისა, ის ვერ შევა კანონიერ ძალაში; ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ოფიციალური გაცნობა არა მარტო ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის კანონიერების კრიტერიუმია, არამედ მისი არსებობის წინაპირობაცაა.

გამოიკვეთა, რომ, როდესაც ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი გამოცემულია, მაგრამ არ არის ჩაბარებული ადრესატისთვის კანონით დადგენილი წესით, ის, უბრალოდ, არ არსებობს, მხოლოდ ოფიციალურად გაცნობის შემდეგ ხდება აქტი არსებული, ხოლო მანამდე არსებობს ის, რაც შემდგომ გახდება ადმინისტრაციული აქტი. სასამართლოს პრაქტიკის მაგალითზე გამოიკვეთა ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის საბოლოოდ ძალაში დამატებითი ორი კრიტერიუმი – აქტის გასაჩივრების ვადის გასვლა

[27] იქვე, 167.

[28] იქვე.

და აქტის გასაჩივრების შემთხვევაში მისი უცვლელად დატოვება. ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების დამატებითი პირობით ძალაში შესვლის საკითხის შესწავლისას გამოვლინდა მისი დანერგვის მიზანშეწონილობა კანონმდებლობაში.

ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების მოქმედების შეჩერების საკითხის შესწავლისას გამოვლინდა, რომ ადმინისტრაციული საჩივრისა და სარჩელის წარდგენის შემთხვევაში ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის შეჩერების სხვადასხვა წინაპირობაა დადგენილი, რაც არ არის მართებული, ვინაიდან ის შეიძლება გახდეს გაუგებრობის წარმოშობის საფუძველი, რის გამოც უმჯობესია, დადგენილი იყოს ერთიანი სტანდარტი, ერთი და იმავე შემთხვევების ჩამონათვალი, როდესაც გასაჩივრებული აქტი, იქნება ეს ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში თუ სასამართლოში, არ წყვეტს მოქმედებას.

სტატიაში წარმოჩენილია ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლისა და მოქმედების შეჩერების კუთხით გარკვეული ტიპის ხარვეზები, გამოთქმულია შენიშვნები და, ამ სამართლებრივი ინსტიტუტების გაუმჯობესებისა და მისი უკეთ აღქმადობის კუთხით, ცალკეული რეკომენდაციები.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, 25/06/1999.
2. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, 06/08/1999.
3. საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, 12/10/2010.
4. *ადეიშვილი ზ., ვარდიაშვილი ქ., იზორია ლ., კალანდაძე ნ., კოპალეიშვილი მ., სხირტლაძე ნ., ტურავა პ., ქიტოშვილი დ.*, ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბ., 2005, 158, 159.
5. *კოპალეიშვილი მ., სხირტლაძე ნ., ქარდავა ე., ტურავა პ.*, ადმინისტრაციული საპროცესო სამართლის სახელმძღვანელო, თბ., 2008, 386.
6. *ვაჩაძე მ., თოდრია ი., ტურავა პ., წკეპლაძე ნ.*, საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის კომენტარი, თბ., 2005, 160, 167.
7. *კოზირინი ა., შმამინა მ, ზელენცოვი ა., ბოგდანოვსკაია ი., დანილოვი ს., საჟინა ვ, რაიტელმაიერი კ., შაიხი კ., ნიკეროვი გ.*, საზღვარგარეთის ქვეყნების ადმინისტრაციული სამართალი, თბ., 2014, 202, 213.
8. *სიორიძე გ.*, სუსპენზიური ეფექტი ქართულ ზოგად და საპროცესო ადმინისტრაციულ სამართალში; ორმაგი რეგულაციის ხარვეზები და პერსპექტივები, ქართული ადმინისტრაციული სამართლის აქტუალური საკითხები, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ., 2016, 43, 44, 45, 49.
9. *ტურავა პ., წკეპლაძე ნ.*, ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, მეორე გამოცემა, თბ., 2013, 84, 85, 87, 202.
10. *წიკლაური ბ.*, უფლების დაცვის წინასწარი საშუალებანი ადმინისტრაციულ სამართალში, სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი, 2011, 10, 16.
11. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2013 წლის 16 ივლისის №ბს-192-184(3კ-13) გადაწყვეტილება.
12. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2013 წლის 9 ივლისის №ბს-220-212(2კ-13) გადაწყვეტილება.
13. *Peine F. J.,* Allgemeines Verwaltungsrecht 7.. neu bearbeitete Aufl age, schwerpunkte C.F. Muller, Heidelberg 2004, §7, 118, 125.

დავით ჯურღულია*

სამშენებლო დაგეგმვისა და მშენებლობის ნებართვის გაცემისას მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა უფლებების დაცვის პრობლემატური საკითხები

სტატია ეხება სამშენებლო დაგეგმვისა და მშენებლობის ნებართვის გაცემისას მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა უფლებების დაცვის პრობლემატურ საკითხებს. ამ უფლებების დაცვა სამშენებლო სამართლის ერთ-ერთი ქვაკუთხედია. საკითხის აქტუალობა განპირობებულია ბოლო წლებში სამშენებლო საქმიანობის მნიშვნელოვანი ზრდით და ამ პროცესში მონაწილე სუბიექტებისა და იმ პირთა უფლებების დაცვის საკითხებით, რომლებიც პირდაპირ თუ ირიბად დაკავშირებულია სამშენებლო სამუშაოებთან. გარდა ამისა, უნდა აღინიშნოს, რომ არქიტექტურულ-სამშენებლო საქმიანობის ზრდა პირდაპირ კავშირშია ამ სფეროს მომწესრიგებელი კანონმდებლობის სრულყოფა-განვითარებასთან, შესაბამისად, მნიშვნელოვანი გამოწვევაა არსებული კანონმდებლობის ანალიზი და მისი პრაქტიკული გამოყენებისას წარმოჩენილი პრობლემატური საკითხების შესწავლა. სტატიაში განხილულია სამშენებლო სამართლის ძირითადი ცნებები და მისი კონსტიტუციურსამართლებრივი საფუძვლები, მშენებლობის ნებართვის გაცემის წესი და ეტაპები, ადმინისტრაციული წარმოების თავისებურებანი, წარმოებაში დაინტერესებულ პირთა მონაწილეობა, მათი ინტერესების დაცვა. აქვე მიმოხილულია მშენებლობის განხორციელებისას მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა სამართლებრივი მდგომარეობა, რაც მათი უფლებების ეფექტურად დაცვისთვის არის აუცილებელი. ამასთან, განხილულია პრაქტიკაში არსებული ხარვეზები, საკითხთან დაკავშირებული კონკრეტული პოზიციები და დასახულია ხარვეზების აღმოფხვრის კონკრეტული გზები, რაც, იმედია, საკუთარ მოკრძალებულ წვლილს შეიტანს შესაბამისი დარგის განვითარებაში.

საკვანძო სიტყვები: *სამშენებლო სამართალი, მშენებლობა, მშენებლობის ნებართვა, განაშენიანების რეგულირების გეგმა, ქალაქთმშენებლობითი დოკუმენტი, მომიჯნავე ნაგებობა.*

1. შესავალი

საქართველოში ბოლო წლებში განვითარებულ დარგებს შორის ერთ-ერთი მოწინავე ადგილი სამშენებლო საქმიანობას უჭირავს, შესაბამისად, მნიშვნელოვანი გამოწვევაა დარგის სწორი და თანმიმდევრული სამართლებრივი რეგულირება. სამშენებლო სამართალი არის ადმინისტრაციული სამართლის განსაკუთრებული ნაწილით მოწესრიგებული ერთ-ერთი სფერო. მიუხედავად მისი აქტუალობისა, იურიდიულ მეცნიერებაში სამშენებლო სამართალი ნაკლებად არის შესწავლილი.

როგორც ცნობილია, სამშენებლო საქმიანობის სამართლებრივი რეგულირებისთვის საჭირო გახდა არაერთ კანონსა თუ კანონქვემდებარე ნორმატიულ აქტში შესაბამისი ცვლილებების განხორციელება, მიღებულ იქნა ახალი მარეგულირებელი აქტები და გაიწერა მნიშვნელო-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, საქართველოს ეროვნული უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი.

ვანი პროცედურები, თუმცა არსებული კანონმდებლობა არაერთი მნიშვნელოვანი საკითხის დახვეწასა და დაზუსტებას მოითხოვს, რათა დარგის ყველა მიმართულება სწორ სამართლებრივ ჩარჩოებში მოექცეს. მიღებულმა საკანონმდებლო სიახლეებმა პრაქტიკაში იმპლემენტაციისას ბევრი ხარვეზი თუ ისეთი საკითხი წარმოაჩინა, რომლებიც არა მარტო ცვლილებებსა და დახვეწას, არამედ ახლებურ მიდგომასა და საერთაშორისო ნორმებთან შესაბამისობაში მოყვანას საჭიროებს. ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი საკითხი გახლავთ სამშენებლო დაგეგმვისა და მშენებლობის ნებართვის გაცემის სპეციფიკა და მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა უფლებების დაცვისკენ მიმართული ღონისძიებების განხორციელება.

სახელმწიფო ორგანოთა მაკონტროლებელ შიდა უწყებებში, ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოებსა და სასამართლოში მკვეთრად გაიზარდა ისეთი განცხადებების, საჩივრებისა და სარჩელების რაოდენობა, რომლებითაც დაინტერესებული პირები თუ მოსარჩელეები ითხოვენ თავიანთი ქონების მომიჯნავედ, თავიანთ სიახლოვეს მდებარე მშენებლობის მესაკუთრეთა მხრიდან თავიანთი უფლებების დარღვევის ფაქტების შესწავლას და შელახული უფლებების დაცვას. პრაქტიკაში იმატა ამ მოტივით წამოჭრილი სამეზობლო დავების რიცხვმა, რაც, ძირითადად, განპირობებულია ადმინისტრაციული ორგანოების მხრიდან გამოცემული აქტების სისრულეში მოყვანით მიღებული შედეგ(ებ)ით. სწორედ ამიტომ დღის წესრიგში დგას მიწის ნაკვეთების სამშენებლოდ გამოყენების მიზნით განხორციელებული ღონისძიებების სისწორის, სამშენებლო დაგეგმვის, მშენებლობის ნებართვის გაცემის სფეროში ადმინისტრაციული ორგანოების საქმიანობის კონკრეტული სამართლებრივი ფორმების, აქტების გამოცემისას დაინტერესებულ პირთა მონაწილეობის, დაგეგმილი მშენებლობის სიახლოვეს არსებული ქონების მესაკუთრეთა გარანტირებული უფლებების, მათი ინტერესების დაცვის, პრაქტიკაში არსებული ხარვეზების შესწავლა, ანალიზი. წინამდებარე სტატიის მიზანია სწორედ ამ პრობლემათა წარმოჩენა და მათი გადაჭრის გზების ძიება.

2. სამშენებლო სამართლის ძირითადი ცნებები და მისი კონსტიტუციურსამართლებრივი საფუძვლები

„სამშენებლო სამართალი მოიცავს როგორც საჯარო, ისე კერძო სამშენებლო სამართალს. კერძო სამშენებლო სამართლის საგანია მშენებლობის პროცესში წარმოშობილი კერძოსამართლებრივი ურთიერთობები და მეზობელთა კერძო ინტერესების დაბალანსება. საჯარო სამშენებლო სამართალი, როგორც ადმინისტრაციული სამართლის განსაკუთრებული ნაწილი, არის ნორმათა ერთობლიობა, რომელიც საჯარო ინტერესების გათვალისწინებით აწესრიგებს მიწის ნაკვეთის სამშენებლო მიზნით გამოყენების საკითხებს, კერძოდ: შენობა-ნაგებობის მშენებლობის დასაშვებობას, მშენებლობის პროცესს, შენობა-ნაგებობის აუცილებელ მახასიათებლებს, მისი გამოყენების, შეცვლისა და დემონტაჟის სამართლებრივ რეჟიმს, აგრეთვე ადგენს მშენებლობის სფეროში მართლწესრიგის დაცვის ნორმებსა და მიწის სამშენებლო მიზნით გამოყენების ფარგლებს.

სამშენებლო სამართალი არის კომპლექსური სფერო, რომლის მნიშვნელობაც ბოლო ათწლეულების განმავლობაში მუდმივად იზრდება. ეს განპირობებულია როგორც მშენებლობის პროცესის ზრდით, ასევე სამშენებლო მიზნებისთვის გამოსაყენებელი მიწის ნაკვეთის სიმცირით. რამდენადაც მშენებლობის მიზნით ტერიტორიის უსაზღვრო გამოყენებამ შესაძლებელია გამოიწვიოს როგორც მესამე პირთა უფლებების, ისე საჯარო ინტერესების ხელყოფა, აშკარაა იმის აუცილებლობა, რომ მიწის ნაკვეთის სამშენებლო და სხვა მიზნებით გამოყენება,

საჯარო ინტერესებიდან გამომდინარე, დაექვემდებაროს გარკვეულ წესებსა და შეზღუდვებს, რომელიც უზრუნველყოფს მიწის მოწესრიგებულ გამოყენებას.“[1]

სამართლებრივი ბუნების მიხედვით, არის ასევე მოსაზრება, რომ სამშენებლო სამართალი სამართლის ჰიბრიდული დარგია, ვინაიდან ის მოიცავს როგორც საჯარო, ასევე კერძოსამართლებრივ ელემენტებს[2]. როგორც ზემოთ აღინიშნა, სამშენებლო სამართალი ორ ნაწილად იყოფა: საჯარო და კერძო სამშენებლო სამართლად; ხოლო წინამდებარე კვლევისთვის საინტერესო საჯარო სამშენებლო სამართალი, თავის მხრივ, იყოფა სამშენებლო დაგეგმვისა და სამშენებლო წესრიგის სამართლად. „სამშენებლო დაგეგმვის სამართალი უკავშირდება ტერიტორიას. ის მიეკუთვნება ტერიტორიის დაგეგმვის სამართალს და მოიცავს ტერიტორიული ერთეულების ფარგლებში ტერიტორიის გამოყენებისა და მოწყობის საკითხებს (ქალაქთმშენებლობას). ქალაქთმშენებლობის სამართალი, თავის მხრივ, იყოფა ზოგად და კერძო ნაწილებად. ზოგადი ნაწილი აერთიანებს ისეთ საკითხებს, როგორებიცაა: ქალაქთმშენებლობის გენერალური გეგმა (მაგალითად, „დედაქალაქის პერსპექტიული განვითარების გენერალური გეგმა“), ტერიტორიის როგორც სამშენებლო, ისე სხვა მიზნებით გამოყენება და კომპენსაცია, ჩამორთმევა ქალაქთმშენებლობის მიზნებისთვის, მიწის ნაკვეთების ათვისება და გარემოს დაცვის ღონისძიებები. ზოგადი ნაწილი ადგენს კომუნალური ქალაქთმშენებლობის გეგმის შექმნის წარმოებასამართლებრივ და შინაარსობრივ წინაპირობებს. განსაკუთრებული ნაწილის ნორმები კი აწესრიგებს ქალაქთმშენებლობის ისეთ პრობლემურ საკითხებს, როგორებიცაა: ქალაქთმშენებლობითი აღდგენითი სამუშაოები და განახლება, ასევე ქალაქთმშენებლობის ხელშეწყობა, დაცვა და ა.შ. სამშენებლო წესრიგის სამართალი კი უკავშირდება მშენებლობის ობიექტს და ადგენს ასაშენებელი შენობა-ნაგებობის მიმართ მოქმედ სამართლებრივ მოთხოვნებს“.[3] „მოწესრიგების სფეროს გათვალისწინებით, სამშენებლო წესრიგის სამართალი მოიცავს ადმინისტრაციული წარმოების განხორციელებისა და შეზღუდვების დამდგენ ნორმებს მშენებლობის სფეროში საზოგადოებრივი წესრიგისა და უსაფრთხოების დაცვის მიზნით, შენობა-ნაგებობის მდგრადობის შენარჩუნების, ასევე საშიში და კანონსაწინააღმდეგო მდგომარეობის აღმოფხვრის ვალდებულების დადგენის გზით“.[4]

შეუძლებელია, ვისაუბროთ სამშენებლო სამართალზე, მის სამართლებრივ ბუნებაზე, ძირითად პრინციპებზე, პრობლემატურ სხვა საკითხებზე, და გვერდი ავუაროთ საკუთრების უფლებას. სამშენებლო სამართლის კონსტიტუციურსამართლებრივი საფუძველი საკუთრების უფლებაა. სამშენებლო სამართლის კონსტიტუციური საფუძვლები გამომდინარეობს ასევე საქართველოს კონსტიტუციის 101[2]-ე მუხლიდან, რომელიც უზრუნველყოფს ადგილობრივი თვითმმართველობის გარანტიას, ადგილობრივი ხელისუფლების გარანტიას ექსკლუზიური უფლებამოსილების ფარგლებში.

„სამშენებლო სამართლის კონსტიტუციურსამართლებრივი საფუძვლების შესწავლისას განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს საკუთრების კონსტიტუციურ უფლებას. საქართველოს კონსტიტუციის (შემდგომში – სკ) 21-ე მუხლით აღიარებული საკუთრების უფლება, ერთი მხრივ, არის საკუთრების, როგორც ინსტიტუტის, და, მეორე მხრივ, საკუთრების, როგორც პიროვნების, უფლების გარანტია. საკუთრების უფლების ინსტიტუტის არსი

[1] *ტურავა პ.*, სამშენებლო სამართლის ძირითადი ცნებები და ინსტიტუტები, ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი“, №2, თბ., 2009, 121.

[2] სამშენებლო სამართლის სამართლებრივ ბუნებასთან დაკავშირებით დაწვრილებით იხ. გეგენავა დ., სამშენებლო სამართალი და მისი სამართლებრივი ბუნება, ჟურნ. „სარჩევი“, №1(2), თბ., 2011, 24-32.

[3] *ტურავა პ.*, სამშენებლო სამართლის ძირითადი ცნებები და ინსტიტუტები, ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი“ №2, 2009, 122.

[4] იქვე, 122.

კერძო საკუთრების, როგორც ობიექტური ღირებულების, დაცვა, მისი არსებობის რეალური უზრუნველყოფაა, რომელიც, პირველ რიგში, კანონმდებლისკენაა მიმართული; კანონმდებელს არ შეუძლია ისეთი ნორმების გამოცემა, რომელიც კერძო საკუთრებას, როგორც ინსტიტუტს, ეჭვქვეშ დააყენებდა. სკ ძირითად უფლებებს აღიარებს როგორც უშუალოდ მოქმედ სამართალს, რომელიც ხელისუფლების სამივე შტოს ზღუდავს. საკუთრების, როგორც პიროვნების, უფლების გარანტია ემსახურება მესაკუთრის სამართლებრივი მდგომარეობის დაცვას, კერძოდ, მის პირად უფლებას გარკვეულ ქონებაზე. ყოველივე ეს ცალკეულ პირებს ანიჭებს თავისუფლებას ქონებრივ სფეროში და, ამდენად, საკუთარი ცხოვრების დამოუკიდებლად განსაზღვრის შესაძლებლობას. საკუთრების უფლების სოციალური შებოჭვა ანგარიშს უწევს იმ რეალობას, რომ მიწა არ მრავლდება, ამავდროულად, მრავალი თვალსაზრისით, შეუცვლელია. ამის გათვალისწინებით იზღუდება მისი თავისუფალი გამოყენება. სოციალურად სამართლიანი სამართლებრივი და საზოგადოებრივი წესრიგი განაპირობებს აუცილებლობას, რომ მიწაზე საკუთრებასთან მიმართებით მკვეთრად გამოიხატოს საჯარო ინტერესი, ვიდრე საკუთრების უფლების სხვა ობიექტების მიმართ. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, სამართლებრივ ურთიერთობებში მიწა არ შეიძლება განხილულ იქნეს როგორც მოძრავი ნივთის შემთხვევა. მიწაზე საკუთრების უფლების შინაარსისა და ფარგლების განსაზღვრისას კანონმდებელი უფრო ძლიერად ექცევა სოციალურად სამართლიანი გამოყენების მოთხოვნის ქვეშ, ვიდრე საკუთრების სხვა ობიექტების შემთხვევაში. მიწაზე საკუთრების სოციალური ფუნქცია (სოციალური ბოჭვა) განაპირობებს მესაკუთრის განსაკუთრებულ შეზღუდვას (ბოჭვას) სხვა ნივთზე საკუთრებასთან შედარებით. საკუთრების უფლება, ერთი მხრივ, საკუთრების, როგორც ინსტიტუტის, და, მეორე მხრივ, საკუთრების, როგორც პიროვნების, უფლების გარანტია, გულისხმობს მშენებლობის თავისუფლებას. მიწის გამოყენების სხვა შესაძლებლობებთან ერთად, საკუთრების შინაარსს განსაზღვრავს მისი მშენებლობის მიზნით გამოყენების შესაძლებლობა. ეს გამომდინარეობს იქიდან, რომ კონსტიტუციურსამართლებრივად დაცული საკუთრება ხასიათდება კერძო გამოყენების შესაძლებლობით. განსაკუთრებით მიწაზე საკუთრება, მისი გამოყენებისა და მოსავლის მიღების შესაძლებლობის გარეშე, იქნებოდა ღირებულებას მოკლებული. მიწის გამოყენება და მისი ღირებულების მატება ექცევა საკუთრების კონსტიტუციური უფლების ქვეშ. ამ შემთხვევაში საუბარი არ შეეხება უბრალო მოგების მიღების შესაძლებლობას, მომავლის იმედებსა და პროგნოზებს, რომლებიც არ ექცევა საკუთრების დაცვის კონსტიტუციურ უფლებაში. მიწის მშენებლობის მიზნით გამოყენების შესაძლებლობა არის საკუთრების უფლების არსებითი შემადგენელი ნაწილი. საკუთრების კონსტიტუციური უფლება, ზოგადად, და მათ შორის მიწის მშენებლობის მიზნით გამოყენების შესაძლებლობა შეიძლება შეიზღუდოს კანონით. სამშენებლო სამართლის ნორმები ადგენენ ამ უფლების შეზღუდვას კონსტიტუციის 21-ე მუხლის საფუძველზე და მის ფარგლებში.“[5]

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ამ შემთხვევაში არ შეიძლება ცალსახად იქნეს გაგებული საკუთრების უფლება, როგორც, ერთი მხრივ, ინსტიტუტი, მეორე მხრივ, იგი გულისხმობს საკუთრების, როგორც პიროვნების, უფლებას მშენებლობის თავისუფლებაზე. მიუხედავად იმისა, რომ მიწის ნაკვეთის მესაკუთრეს, საქართველოს დღეს მოქმედი კანონმდებლობით, აქვს მშენებლობის განხორციელების თავისუფლება, ეს თავისუფლება სრულდება იქ, სადაც სხვების კანონიერი უფლებები და ინტერესები იწყება. ამიტომ არქიტექტურულ-სამშენებლო საქმიანობის მარეგულირებელი სამართლებრივი აქტები ადგენენ ამ უფლების შეზღუდვას, ბუნებრივია, კონსტიტუციის საფუძველზე და მის ფარგლებში. როგორც ცნობილია, საკუთ-

[5] *ტურავა პ.*, სამშენებლო სამართლის ძირითადი ცნებები და ინსტიტუტები, ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი“ №2, 2009, 123.

რების უფლება არ არის აბსოლუტური უფლება – სკ-ის 21-ე მუხლი ითვალისწინებს საკუთრების უფლების შეზღუდვას. ბუნებრივია, განსახილველ შემთხვევაში არ იგულისხმება, ზოგადად, საკუთრების უფლების შეზღუდვის ფორმები. სტატიის კვლევის მიზანია საკუთრების უფლების შეზღუდვის პრობლემის სამშენებლოსამართლებრივ ჭრილში განხილვა. როგორც აღინიშნა, მშენებლობის მესაკუთრის უფლებების დაცვა სრულდება იქ, სადაც სხვისი უფლებების დარღვევის ხელყოფის საფრთხე დგება. ამ შემთხვევაში აღსანიშნავია მშენებლობის განმახორციელებელ პირთა მხრიდან მათ სიახლოვეს, მათ ირგვლივ არსებული სხვა ქონების მესაკუთრეთა უფლებების დაცვა.

მშენებლობის კონსტიტუციურსამართლებრივი პრინციპების მიმოხილვისას აუცილებლად გასათვალისწინებელია ის, რომ კონსტიტუციით გარანტირებული საკუთრების უფლების დაცვის ღონისძიებები, მისი პრინციპები მოქმედებს მანამ, სანამ მშენებლობის მესაკუთრე თავისი საკუთრებისა და მისი ქონების მართლზომიერი, თანაზომიერი გამოყენების პრინციპის დაცვით მოქმედებს. „საკუთრების ობიექტურსამართლებრივ უზრუნველყოფასთან ერთად კონსტიტუციის 21-ე მუხლის პირველი წინადადება იცავს თითოეული პირის საკუთრებას.“[6] კონსტიტუციის ის ჩანაწერი, სადაც მკაფიოდ არის მითითებული, რომ საკუთრება აღიარებული და ხელშეუვალია, განსახილველი საკითხის ჭრილში უნდა განვიხილოთ თითოეული პირის საკუთრების უფლებასთან მიმართებით, მათი საკუთრების სრულფასოვნად, დანიშნულებისამებრ სარგებლობის, გამოყენების უზრუნველყოფის დაცვით. სამშენებლო სამართლის მიხედვით, მშენებლობის პროცესში ჩართულ, მშენებლობასთან პირდაპირ თუ ირიბად დაკავშირებულ სუბიექტთა მრავალფეროვნების გათვალისწინებით, საკუთრების უფლების დაცვა მშენებლობის კანონიერების ქვაკუთხედია.

3. სამშენებლო დაგეგმვა

3.1. სამშენებლო დაგეგმვის ცნება, მნიშვნელობა და ადგილი სამშენებლო სამართალში

სამშენებლო დაგეგმვა უმნიშვნელოვანესი ეტაპია მშენებლობის განხორციელების პროცესში, სწორედ მისი შესრულების სისწორეზეა დამოკიდებული ტერიტორიათა შემდგომი სამშენებლო განვითარება. სამშენებლო დაგეგმვის საფუძვლები განმტკიცებულია საქართველოს კანონში „სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საფუძვლების შესახებ“. ეს კანონი მნიშვნელოვანი მონაპოვარია როგორც სახელმწიფოს მხრიდან გასატარებელი გეგმარებითი ღონისძიებების კუთხით, ასევე კერძო პირთა მიერ განსახორციელებელი სამშენებლო საქმიანობისთვის. კანონის რეგულირების სფეროს თუ გადავხედავთ, მკაფიოდ დავინახავთ, რომ ეს კანონი ქვეყნის მდგრადი განვითარებისა და მოსახლეობის ჯანსაღი და უსაფრთხო საცხოვრებელი და სამოღვაწეო გარემოთი უზრუნველყოფის მიზნით არეგულირებს სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის პროცესს, მათ შორის: განსახლების, დასახლებათა, ინფრასტრუქტურის განვითარებას, კულტურული მემკვიდრეობისა და გარემოს დაცვის მოთხოვნათა გათვალისწინებით და ადგენს ამ სფეროში სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოების, ფიზიკური და იურიდიული პირების უფლებებსა და მოვალეობებს. ეს კანონი ადგენს სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საგანს, პრინციპებს, პრიორიტეტებს, მიზნებსა და ამოცანე-

[6] *იზორია ლ., კორკელია კ., კუბლაშვილი კ., ხუბუა გ.,* საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბ., 2005, 146.

ბს, სივრცით-ტერიტორიული დაგეგმვისა და დაგეგმვის დოკუმენტების ფორმებსა და როლს საქართველოს ტერიტორიის განვითარებასა და განაშენიანებაში. შესაბამისად, ნათელია მისი მნიშვნელობა არა მხოლოდ ტერიტორიის სწორად დაგეგმვისათვის, არამედ ის უზრუნველყოფს ყოველმხრივად უსაფრთხო და ჯანსაღ გარემოში ცხოვრების პირობებს[7].

„თანამედროვე მსხვილი ქალაქების წინაშე მდგარი პრობლემების წარმატებით გადაჭრა მნიშვნელოვანწილად დამოკიდებულია ქალაქის სივრცითი ორგანიზაციის სრულყოფაზე, რაც, უპირველეს ყოვლისა, ტერიტორიის რაციონალურ გამოყენებას გულისხმობს. მიწის რესურსების თანამედროვე კომპლექსური გამოყენების დროს აუცილებელია გვახსოვდეს, რომ მისი გაფუჭება და დაკარგვა არაფრით შეიძლება იყოს კომპენსირებული, ამიტომ მისი გამოყენების დროს საჭიროა, დეტალურად იქნეს შესწავლილი მისი რაოდენობრივი და ხარისხობრივი მხარეები“[8]. ამიტომ აუცილებელია ქალაქის მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმის სწორად და არსებულ რეალურ მდგომარეობაზე მორგებით შემუშავება. მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმის შემუშავება არის ქალაქთმშენებლობითი დაგეგმვის მთავარი კომპონენტი. ქალაქთმშენებლობითი დაგეგმვა კი, „ადგილობრივი თვითმმართველობის კოდექსის“ შესაბამისად, არის ადგილობრივი თვითმმართველობის დისკრეციული უფლებამოსილება, უფრო ზუსტად თუ ვიტყვით, დასახლებათა ქალაქთმშენებლობის დაგეგმვის საჭიროებას განსაზღვრავენ მუნიციპალიტეტები. სამშენებლო დაგეგმვა უკავშირდება ადგილობრივი მუნიციპალიტეტების მხრიდან განსახორციელებელ არქიტექტურულ გეგმარებით, ქალაქთმშენებლობის პოლიტიკას და კერძო პირთა მხრიდან გარკვეული ტერიტორიის სამშენებლოდ დაგეგმვას. სტატიაში განსახილველი საკითხისთვის ორივე მათგანის მოკლე მიმოხილვა და იმ პრობლემის ჭრილში განხილვა აუცილებელია, რაც უკავშირდება სამშენებლო დაგეგმვისას მესამე პირთა უფლებების დაცვის საკითხებს. ადგილობრივი თვითმმართველობის დისკრეციული უფლებამოსილება არ გულისხმობს, რომ ქალაქთმშენებლობის დაგეგმვა ხორციელდება ზოგადად, სამართლებრივი მოთხოვნებისგან ცარიელ სივრცეში. „არსებობს გეგმის კანონიერების შემდეგი კრიტერიუმები:

- მატერიალური კანონიერების კრიტერიუმები, რომლებიც გულისხმობენ ქალაქთმშენებლობითი გეგმების შესაბამისობას ადამიანის ძირითად უფლებებთან, დაგეგმვის სახელმძღვანელო პრინციპებთან, დარგობრივ მოთხოვნებთან, თავსებადობის პრინციპებთან და სხვ.;
- ფორმალური კანონიერების კრიტერიუმები, რომლებიც გულისხმობენ ადმინისტრაციული წარმოების სახის, საზოგადოებისა და დაინტერესებული მხარეების მონაწილეობასა და სხვა წინაპირობების დაცვის ვალდებულებას.

ქალაქთმშენებლობითი გეგმების ლეგიტიმაციის ეს კრიტერიუმები სრულად შეესაბამება სამართლებრივი და დემოკრატიული სახელმწიფოს მოთხოვნებს.“[9]

---

[7] იხ. საქართველოს კანონი „სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საფუძვლების შესახებ“, მუხლი 1, სსმ 30, 24.06.2005, 1.

[8] *წიკალური ბ.*, ქალაქთმშენებლობა (სამშენებლო დაგეგმვა) სამშენებლო სამართლში, ჟურნ. „სარჩევი“, თბ., 2011, 39.

[9] *ყალიჩავა კ.*, მშენებლობის სამართალი, ხუბუა გ./ზომერმანი კ.პ. (რედ), საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა გამოცემები, თბ., 2016, ტ.3. 270.

3.2. სამშენებლო დაგეგმვისას მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა უფლებები და არსებული პრობლემური საკითხების მიმოხილვა

საქართველოში ქალაქთმშენებლობითი დაგეგმვა ხორციელდება „სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საფუძვლების შესახებ" საქართველოს კანონის შესაბამისად. კანონის მიხედვით, დაგეგმვა ხორციელდება მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმისა და განაშენიანების რეგულირების გეგმის მეშვეობით. აღნიშნულს ორსაფეხურიანი სისტემით დაგეგმვად მოიხსენიებენ.[10]

საკანონმდებლო დეფინიციით, მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმა არის ქალაქთმშენებლობითი დოკუმენტი, რომელიც განსაზღვრავს დასახლებათა ტერიტორიების გამოყენების (მიწათსარგებლობის) და განაშენიანების ძირითად პარამეტრებს, კეთილმოწყობის, გარემოსა და უძრავი კულტურული მემკვიდრეობის დაცვის სივრცით-ტერიტორიულ პირობებს, სატრანსპორტო, საინჟინრო და სოციალური ინფრასტრუქტურის, ასევე ეკონომიკური განვითარების სივრცით ასპექტებს და განსახლების ტერიტორიულ საკითხებს. ხოლო განაშენიანების რეგულირების გეგმა არის ქალაქთმშენებლობითი დოკუმენტი, რომელიც დასახლებათა ტერიტორიებისთვის ადგენს მიწათსარგებლობის ზონებს (ქვეზონებს) ან/და აზუსტებს ცალკეული გეგმარებითი ერთეულების, განაშენიანების არქიტექტურულ-გეგმარებით და სივრცით-მოცულობით მახასიათებლებს, შენობების განთავსებას, მათ გეგმარებით პარამეტრებს, აზუსტებს უძრავი კულტურული მემკვიდრეობის დაცვისა და განვითარების ქალაქთმშენებლობით მახასიათებლებს, რელიეფის ორგანიზებას, ტერიტორიების კეთილმოწყობასა და გამწვანებას, საინჟინრო და სატრანსპორტო ინფრასტრუქტურით უზრუნველყოფას[11]. მიწათსარგებლობის გენერალურ გეგმაზე და მისგან გამომდინარე, მასზე დაყრდნობით შედგენილ განაშენიანების რეგულირების გეგმაზე მნიშვნელოვანწილად დამოკიდებულია ცალკეულ პირთა მიერ კონსტიტუციით გარანტირებული მშენებლობის უფლების რეალიზაცია, ვინაიდან გეგმა მშენებლობის ნებართვის გაცემაზე გადაწყვეტილების მიღების ერთ-ერთი უმთავრესი საფუძველია. მიუხედავად ამისა, აუცილებელი და ყურადსაღებია ის, რომ ორივე შემთხვევაში დაცვის სფერო მშენებლობის უფლების რეალიზაციასთან ერთად არის მესამე პირთა კანონიერი ინტერესები. ორივე მათგანის უკეთ გასაგებად აუცილებელია, მოკლედ აღიწეროს მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმის მომზადებისას მისი განმახორციელებლის (ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოები) მხრიდან, რა შესაძლო საფრთხის შემცველია კერძო პირთა კანონიერი ინტერესები და რა საფრთხეების რისკის ქვეშ დგას ასევე კერძო პირთა კანონიერი ინტერესები განაშენიანების რეგულირების გეგმის შემუშავებისა და მისი დამტკიცების პროცესში. ნიშანდობლივია, რომ განაშენიანების რეგულირების გეგმას, მართალია, ამზადებს დაინტერესებული პირი, მაგრამ მისი საფუძველია გეგმარებითი დავალება, ხოლო საბოლოო პროექტს ამტკიცებს თვითმმართველობის ორგანო, შესაბამისად, სახელმწიფოს მხრიდან გასატარებელი გეგმარებითი ღონისძიებების, ასევე კერძო პირთა მიერ განსახორციელებელი სამშენებლო საქმიანობის შემთხვევაში, დასაცავი სიკეთეა კერძო პირთა გარანტირებული უფლებები.

---

[10] ორსაფეხურიანი დაგეგმვის თაობაზე დაწვრილებით იხ., ყალიჩავა კ., მშენებლობის სამართალი, ხუბუა გ./ზომერმანი კ.პ. (რედ), საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა გამოცემები, თბ., 2016, ტ.3, 270-272.

[11] იხ. საქართველოს კანონი „სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საფუძვლების შესახებ", მე-2 მუხლი, სსმ 30, 24.06.2005, 1.

„მიწათსარგებლობის გენერალურ გეგმას აქვს მოსამზადებელი ფუნქცია: ტერიტორიებისთვის ის ადგენს ზოგად სამშენებლო ზონებს ან/და სამშენებლო ქვეზონებს, რომელთა ფარგლებშიც განაშენიანების რეგულირების გეგმა ქვედა დონეზე განსაზღვრავს მშენებლობის ნებართვის გაცემისთვის აუცილებელ წინაპირობებს (გამოყენების სახეობას, განაშენიანების კონკრეტულ პარამეტრებს და სხვ.). ასეთ შემთხვევაში, მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმა არ არის ნებართვის შესახებ გადაწყვეტილების მიღების საფუძველი. ამავე დროს, თუ მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმა, ზოგადი მონაცემების გარდა, მოიცავს განაშენიანების, განაშენიანების ინტენსივობისა და გამწვანების კოეფიციენტებს, მაშინ ის მშენებლობის ნებართვის შესახებ გადაწყვეტილების მიღების საფუძველია და, შესაბამისად, სავალდებულოა კერძო პირების მიმართაც. მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმისგან განსხვავებით, განაშენიანების რეგულირების გეგმა ადგენს სამართლებრივად სავალდებულო დებულებებს, რომლებიც ზუსტად განსაზღვრავენ, თუ რა სახისა და მოცულობის მშენებლობაა ნებადართული კონკრეტულ მიწის ნაკვეთზე, შესაბამისად, ის მშენებლობის ნებართვის გაცემის შესახებ გადაწყვეტილების მიღების საფუძველია“[12]. მიწათსარგებლობის გენერალური გეგმის შემუშავება, ბუნებრივია, არის უმთავრესი, მაგრამ უნდა აღინიშნოს, რომ ის მაინც უფრო ზოგადი რეგულაციის დამდგენი დოკუმენტია. ამიტომ კვლევის მიზნისთვის მნიშვნელოვან დოკუმენტად უნდა იქნეს მიჩნეული განაშენიანების რეგულირების გეგმა თავისი სამართლებრივი ბუნებიდან, მისი მოწესრიგების საგნიდან და მისი შინაარსიდან გამომდინარე. „განაშენიანების რეგულირების გეგმის შინაარსს განსაზღვრავს ის სამართლებრივი ბუნება, რომელიც მას აქვს – ის ნებართვის გაცემის თაობაზე გადაწყვეტილების მიღების საფუძველია. ამის გათვალისწინებით, იგი მოიცავს:

- მიწის სამშენებლოდ გამოყენების სახეობას
- მიწის სამშენებლოდ გამოყენების პარამეტრებს
- მიწის ნაკვეთზე შენობათა განთავსებას
- სხვა სახის ინფორმაციას.“[13]

მთავარი ამ შემთხვევაში არის ის ინფორმაცია, თუ რას შეიცავს განაშენიანების რეგულირების გეგმა. ვინაიდან გეგმაში განსაზღვრულია მიწის სამშენებლოდ გამოყენების სახეობა, ეს გულისხმობს იმას, რომ სამშენებლოდ გამოსაყენებელი ნაკვეთის მომიჯნავედ არსებული ქონების მესაკუთრეს განაშენიანების რეგულირების გეგმის შემუშავებამ არ უნდა შეუზღუდოს ქონების გამოყენება. სწორედ ამიტომ განაშენიანების რეგულირების გეგმის შემუშავებისას აუცილებელია „სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საფუძვლების შესახებ“ საქართველოს კანონით განმტკიცებული პრინციპების დაცვა. თუ ზემოთ ჩამოთვლილი თანმიმდევრობით მოხდება საკითხის განმარტება, უნდა აღინიშნოს, რომ მიწის ნაკვეთზე შენობა-ნაგებობათა განთავსებას და მის პარამეტრებს (გაბარიტებს) უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება. ბუნებრივია, აზრს კარგავს ერთიან ჩამოყალიბებულ გარემოში არათანაზომიერი გეგმარებითი განვითარება, ამიტომ, თუ განაშენიანების რეგულირების გეგმა იმგვარად განსაზღვრავს მიწის ნაკვეთზე სამონტაჟო შენობის განთავსების პირობებს და მის გაბარიტებს, რომ მომიჯნავე მესაკუთრეების ქონებაზე მავნე ზეგავლენის მოხდენის, მისი მდგრადობისა და სიმტკიცისთვის მომეტებული საფრთხის წყაროდ იქცეს, ეს, ბუნებრივია, ვერ უზრუნველყოფს მესამე პირთა ინტერესების დაცვას. სწორედ ამიტომ ერთმნიშვნელოვნად უნდა აღინიშნოს,

[12] *ყალიჩავა კ.*, მშენებლობის სამართალი, ხუბუა გ./ზომერმანი კ.პ. (რედ), საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა გამოცემები, თბ., 2016 წ., ტ.3., 272-273.

[13] იქვე.

რომ, სამშენებლო დაგეგმვისას ქალაქის არქიტექტურულ-სამშენებლო განვითარებისა და მშენებლობის უფლების რეალიზაციის გარდა, პრიმატი იმ პირთა ინტერესების, უფლებების დაცვაა, რომელთა საცხოვრებელ გარემოზეც აისახება გეგმების შემუშავება და დამტკიცება. აუცილებელია, მთავარ, ამოსავალ წერტილად იქცეს ის, რომ სამშენებლო დაგეგმვისას გათვალისწინებულ იქნეს „სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საფუძვლების შესახებ“ საქართველოს კანონით განსაზღვრული სახელმძღვანელო პრინციპების დაცვა. კანონის მე-5 მუხლი ზედმიწევნით ადგენს იმ პრინციპებს, რაც პირდაპირ ეფუძნება ადამიანის უფლებებს და საქართველოს კონსტიტუციით განმტკიცებულ კერძო საკუთრების დაცვის, უსაფრთხო და ჯანსაღ გარემოში ცხოვრების უზრუნველყოფის უფლებას – ეს უკავშირდება ასევე გარემოს და სარეკრეაციო ტერიტორიების და კულტურული მემკვიდრეობის დაცვას.

ზემოაღნიშნულის შესაბამისად, რეზიუმეს სახით შეიძლება ითქვას, რომ სამშენებლო დაგეგმვის (ქალაქთმშენებლობის) ადგილი სამშენებლო სამართლის სისტემაში უმნიშვნელოვანესია და ის აისახება როგორც კერძო სამშენებლო, ასევე საჯარო სამშენებლო სამართალში. შესაბამისად, სამშენებლო დაგეგმვის როლი საჯარო სამშენებლო სამართალში დიდია, ვინაიდან მიწის ნაკვეთის დაგეგმვისას საჯარო ინტერესის გათვალისწინება აუცილებელი წინაპირობაა. ეს მოთხოვნები გაწერილია სფეროს მომწესრიგებელ საკანონმდებლო აქტებში. სამშენებლო დაგეგმვის ღონისძიებები ისე უნდა განხორციელდეს, რომ ადამიანის ძირითადი უფლებების დარღვევის საფრთხე არ დადგეს, მათი ინტერესების საზიანო შედეგები არ გამოიწვიოს, ვინაიდან ადამიანის უფლებების დაცვა მშენებლობის სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტია.

4. მშენებლობის ნებართვა

4.1. მშენებლობის ნებართვის გაცემის წესი და ეტაპები

საქართველოს მოქმედი კანონმდებლობის შესაბამისად, მშენებლობის ნებართვის გაცემის წესსა და პირობებს არეგულირებს საქართველოს კანონი „ლიცენზიებისა და ნებართვების შესახებ“, ასევე საქართველოს მთავრობის 2009 წლის 24 მარტის №57 დადგენილება „მშენებლობის ნებართვის გაცემის წესისა და სანებართვო პირობების შესახებ“ (შემდგომში – დადგენილება). დადგენილების პირველსავე მუხლში მითითებულია, რომ ეს დადგენილება მოიცავს საქართველოს ტერიტორიაზე მშენებლობის ნებართვასთან დაკავშირებულ საჯაროსამართლებრივ ურთიერთობათა რეგულირების სფეროს. კერძოდ, არეგულირებს საქართველოს ტერიტორიაზე მშენებლობის ნებართვის გაცემის, სანებართვო პირობების შესრულებისა და შენობა-ნაგებობის ექსპლუატაციაში მიღების პროცესებს[14]. ამ დადგენილების მნიშვნელოვანი მონაპოვარია ის პრინციპები, რომელთა საფუძველზეც ხორციელდება მშენებლობის ნებართვის გაცემა და სამშენებლო პირობების დადგენა. ეს პრინციპებია:

- სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის უსაფრთხოება;
- უსაფრთხო გარემოს უზრუნველყოფა;
- კულტურული მემკვიდრეობის დაცვა და შენარჩუნება;
- საკუთრების უფლების დაცვა და რეალიზაცია;
- საჯაროობა;
- და სხვ.

[14] „მშენებლობის ნებათვის გაცემის წესისა და სანებართვო პირობების შესახებ“ საქართველოს მთავრობის 2009 წლის 57-ე დადგენილება, 1-ლი მუხლი, სსმ 38., 27.03.2009, 1.

საქართველოს კანონმდებლობის მოთხოვნათა შესაბამისად, მშენებლობის ნებართვა გაიცემა სამ სტადიად:

I სტადია – ქალაქთმშენებლობითი პირობების დადგენა (მიწის ნაკვეთის სამშენებლოდ გამოყენების პირობების დამტკიცება);

II სტადია – არქიტექტურულ-სამშენებლო პროექტის შეთანხმება;

III სტადია – მშენებლობის ნებართვის გაცემა.

თითოეულ ამ სტადიაზე მიმდინარეობს დამოუკიდებელი ადმინისტრაციული წარმოება. რასაკვირველია, სტადიებთან დაკავშირებული ადმინისტრაციულსამართლებრივი აქტები უნდა შეესაბამებოდეს საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის (შემდგომში – სზაკ) IV თავით ადმინისტრაციული აქტისათვის დადგენილ მოთხოვნებს. წინა სტადიით გათვალისწინებული ადმინისტრაციული წარმოების დადებითად დასრულება იმის გარანტია, რომ ნებართვის მაძიებელს შემდგომი სტადიით გათვალისწინებული პროცედურების დაწყების შესაძლებლობა მიეცემა. მშენებლობის ნებართვის გაცემა წარმოებს სზაკ-ის VI თავით დადგენილი მარტივი ადმინისტრაციული წარმოებითა და „ლიცენზიებისა და ნებართვების შესახებ“ საქართველოს კანონით დადგენილი წესით.

მშენებლობის ნებართვისა და მისი გაცემის წესის მიმოხილვისას გვერდს ვერ ავუვლით ისეთ მნიშვნელოვან საკითხს, როგორიცაა შენობა-ნაგებობათა კლასები. შენობა-ნაგებობები იყოფა 5 კლასად:

- I კლასი – შენობა-ნაგებობები, რომლებიც მშენებლობის ნებართვას არ საჭიროებს;
- II კლასი – შენობა-ნაგებობები რისკის დაბალი ფაქტორით;
- III კლასი – შენობა-ნაგებობები რისკის საშუალო ფაქტორით;
- IV კლასი – შენობა-ნაგებობები რისკის მაღალი ფაქტორით;
- V კლასი – შენობა-ნაგებობები რისკის მომეტებული ფაქტორით (განსაკუთრებული მნიშვნელობის შენობა-ნაგებობები)[15].

სანამ უშუალოდ სტადიების მიმდინარეობის თავისებურებებზე, მათში მონაწილე სუბიექტების განხილვაზე, მესამე პირთა უფლებებსა და მათ გარანტიებზე, ასევე პრაქტიკაში არსებულ ხარვეზებზე გადავიდოდეთ, აუცილებელია, განიმარტოს, თუ რა არის მშენებლობის ნებართვა, რას გულისხმობს მიწის ნაკვეთის სამშენებლოდ გამოყენების პირობების დადგენა და არქიტექტურული პროექტის შეთანხმება.

დადგენილების შესაბამისად, მიწის ნაკვეთის სამშენებლოდ გამოყენების პირობები არის პირობები, რომელთა დაკმაყოფილება აუცილებელია სამშენებლო საქმიანობის განსახორციელებლად კონკრეტულ სამშენებლო მიწის ნაკვეთზე. ამ პირობათა საფუძველზე დგება მშენებლობის განხორციელების დოკუმენტები. მიწის ნაკვეთის სამშენებლოდ გამოყენების პირობებში უნდა აისახოს კანონმდებლობით, მათ შორის ამ დადგენილებით, განსაზღვრული ის სავალდებულო მოთხოვნები, რომლებიც აუცილებელია მშენებლობის განხორციელების დოკუმენტების პროექტთა შემუშავებისათვის.

რაც შეეხება შემდგომ სტადიას, არქიტექტურულ-სამშენებლო პროექტის შეთანხმებას, უნდა აღინიშნოს, რომ კანონმდებლობა იძლევა შესაძლებლობას, მეორე და მესამე სტადიები ნებართვის მაძიებლის მოთხოვნით გაერთიანდეს. ეს არჩევითობა უკავშირდება მშენებლობისადმი დიდ ინტერესს და ინვესტორთა მხრიდან შემჭიდროებულ ვადებში მშენებლობის დაწყების სურვილს. არქიტექტურულ-სამშენებლო პროექტის შეთანხმების შესაძლებლობა ნებართვის მაძიებლს აქვს მხოლოდ მიწის ნაკვეთის სამშენებლოდ გამოყენების პირობების დადგენის შემდგომ.

[15] „მშენებლობის ნებათვის გაცემის წესისა და სანებართვო პირობების შესახებ“ საქართველოს მთავრობის 2009 წლის 57-ე დადგენილება, მე-19 მუხლი, სსმ 38., 27.03.2009, 8.

მშენებლობის ნებართვის გაცემა არის ადმინისტრაციული წარმოების ბოლო, მესამე სტადია და მისი დასრულებისას გამოიცემა აღმჭურველი ინდივიდუალურსამართლებრივი აქტი – მშენებლობის ნებართვა, რომელიც მშენებლობის განხორციელების სამართლებრივი საფუძველია.

სამივე ზემოთ აღწერილი სტადია გარკვეული თავისებურებებით ხასიათდება. მათში მონაწილე სუბიექტების სიმრავლე მას საინტერესოს და, ამავდრულად, მრავალფეროვანს ხდის.

4.2. მშენებლობის ნებართვის გაცემის ადმინისტრაციული წარმოების თავისებურებანი და მასში დაინტერესებულ პირთა მონაწილეობა

მშენებლობის ნებართვის გაცემის პროცესში წარმოშობილი სამართლებრივი ურთიერთობების უკეთ გასაცნობად საჭიროა მშენებლობის ნებართვის გაცემის პროცედურის მოკლე მიმოხილვა, იმ სამოქმედო აქტების განხილვა, რომლებიც გამოიყენება ნებართვის გაცემის დროს, ასევე საჭიროა მასში მონაწილე სუბიექტების და მათი უფლება-მოვალეობების ანალიზი.

მშენებლობის ნებართვის გაცემის ადმინისტრაციული წარმოება უნდა შეესაბამებოდეს სზაკ-ის VI თავით დადგენილ ადმინისტრაციული წარმოების წესსა და პირობებს. მშენებლობის ნებართვის გაცემა ხდება მარტივი ადმინისტრაციული წარმოების გზით. გამონაკლისია მშენებლობის ნებართვის გაცემის პირველი სტადია – ქალაქთმშენებლობითი პირობების დადგენა (მიწის ნაკვეთის სამშენებლოდ გამოყენების პირობების დამტკიცება). იგი, გარკვეულწილად, თავისებურებებით ხასიათდება, კერძოდ, კანონმდებელმა ცალსახად დაადგინა, რომ მიწის ნაკვეთის სამშენებლოდ გამოყენების პირობების დამტკიცების შესახებ გადაწყვეტილებას იღებს მშენებლობის ნებართვის გამცემი ადმინისტრაციული ორგანო სზაკ-ის IX თავით დადგენილი საჯარო ადმინისტრაციული წარმოების წესით. ეს ძალზე მნიშვნელოვანი დათქმაა კანონმდებლობაში და ის, პირველ რიგში, უკავშირდება ნებისმიერი დაინტერესებული პირისთვის ინფორმაციის საჯაროდ მიწოდებას ტერიტორიაზე დაგეგმილი მშენებლობის განხორციელების თაობაზე. ის, რომ პირველ სტადიაზე ნებართვა გაიცემა საჯარო ადმინისტრაციული წარმოების გზით, №57 დადგენილების თავდაპირველ რედაქციაში არ იყო განსაზღვრული, შესაბამისად, მომიჯნავე მიწის მესაკუთრე მხოლოდ მაშინ იღებდა ინფორმაციას მის მომიჯნავედ მშენებლობის შესახებ, როდესაც გაიცემოდა მშენებლობის ნებართვა და მის საფუძველზე იწყებოდა გარკვეული ტიპის სამუშაოთა წარმოება, ამიტომ საჯარო ადმინისტრაციული წარმოების გზით პირველი სტადიის განხილვა დაინტერესებული პირ(ებ)ის უფლებათა დაცვისკენ მიმართულ მნიშვნელოვან მონაპოვრად უნდა ჩაითვალოს.

სამშენებლო ურთიერთობების ადმინისტრაციულ ჭრილში განხილვისას, ასევე, აღინიშნა დაინტერესებული მხარის ცნება. სზაკ-ის მიხედვით, დაინტერესებული მხარე არის ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი, ადმინისტრაციული ორგანო, რომლებთან დაკავშირებითაც გამოცემულია ადმინისტრაციულსამართლებრივი აქტი და რომლის კანონიერ ინტერესზე პირდაპირ და უშუალო გავლენას ადმინისტრაციულსამართლებრივი აქტი ან ადმინისტრაციული ორგანოს ქმედება ახდენს[16]. „შესაძლებელია, კონკრეტული დაინტერესებული მხარე მშენებლობის ნებართვის გაცემასთან დაკავშირებულ წარმოებაში საერთოდ არ მონაწილეობდეს. რა რეჟიმში ვაქცევთ ამ შემთხვევაში ასეთი პირის ინტერესს? თუ ნებართვის მაძიებლის მიმართ

[16] საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, მე-2 მუხლი, სსმ 32(39), 15.07.1999, 1.

ხორციელდება ღონისძიება, თუნდაც დუმილით, უფრო მძიმე მდგომარეობაშია მესამე პირი, რომლის კანონიერ ინტერესსაც შეიძლება საქმიანობის ფორმა ზღუდავდეს."[17] სწორედ აქ ვაწყდებით უმთავრეს პრობლემას, რომელიც დაკავშირებულია იმ მესაკუთრეთა უფლებების რეალიზაციასთან, მათ ინტერესთა უგულებელყოფასთან, რომლებიც იყვნენ დაგეგმილი მშენებლობის მომიჯნავედ არსებული ქონების მესაკუთრეები და მათი საცხოვრებელი პირობები, მათი საკუთრების, ჯანსაღ გარემოში ცხოვრების უფლება განმტკიცებულია ქვეყნის კონსტიტუციით და სხვა საკანონმდებლო აქტებით. „რა იცავს კანონში იმ პირის ინტერესს, რომელიც არ მონაწილეობს მშენებლობის ნებართვის გაცემასთან დაკავშირებულ ადმინისტრაციულ წარმოებაში, თუმცა არის დაინტერესებული მხარე? რეალურად მან შეიძლება, ინფორმაცია მხოლოდ საინფორმაციო დაფის საშუალებით მიიღოს. დადგენილება, საბედნიეროდ, საინფორმაციო დაფის განთავსების ვალდებულებას მაინც განსაზღვრავს."[18] ასეთ შემთხვევაში კანონმდებლობა საკმაოდ სუსტია და სავსებით სამართლიანად არის აღნიშნული იურიდიულ ლიტერატურაში მეზობლის ინტერესების საჯაროსამართლებრივი დაცვის შესახებ.[19] მეზობელს, რომლის კანონიერ უფლებასა და ინტერესს ადგება ზიანი მომიჯნავედ მდებარე ნაკვეთზე მიმდინარე ან/და განხორციელებული მშენებლობის გამო, სამწუხაროდ, რეალური ბერკეტები არ გააჩნია. ასეთ შემთხვევაში დაინტერესებულ მხარეს, ანუ მეზობელს, მხოლოდ ნებართვის გაცემის კანონიერების შესწავლის მოთხოვნა, გამოცემული აქტის კანონიერებაზე დავა შეუძლია. სამშენებლო კანონმდებლობა არ შეიცავს მკაფიო და ერთგვაროვან დათქმას მეზობლის ინტერესების დაცვის გარანტიების თაობაზე.

4.3. მშენებლობის ნებართვის გაცემის შედეგად მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა უფლებების დაცვის პრობლემატური საკითხები – კანონმდებლობისა და არსებული პრაქტიკის ზოგადი მიმოხილვა

„მშენებლობის ნებართვის გაცემის წესისა და სანებართვო პირობების შესახებ" საქართველოს მთავრობის 2009 წლის 29 მარტის №57 დადგენილება, შეიძლება ითქვას, მხოლოდ თეზისების სახით ეხება მშენებლობის ნებართვის გაცემისას მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა ინტერესებს. დადგენილების 35-ე მუხლში აღნიშნულია, რომ ახალი მშენებლობისა და არსებული შენობა-ნაგებობის რეკონსტრუქციისას უნდა მოხდეს იმ არსებულ შენობა-ნაგებობაზე ზემოქმედების შეფასება, რომლის მომიჯნავედაც დაგეგმილია მშენებლობა. იმ შემთხვევაში, თუ დაგეგმილმა სამშენებლო სამუშაოებმა შესაძლოა, გავლენა მოახდინოს მათ მდგრადობაზე, მაშინ უნდა მოხდეს ამ შენობა-ნაგებობის მდგრადობის გამოკვლევა. მართალია, დადგენილებაში მითითებულია, რომ საჭიროა, მომიჯნავე ნაკვეთზე არსებულ შენობა-ნაგებობაზე ზეგავლენის განსაზღვრა, მაგრამ ეს ყოველივე არ არის საკმარისი, რათა დაცვის მექანიზმები იქნეს უზრუნველყოფილი. აქ პრობლემა, ძირითადად, ისაა, რომ მშენებლობის ნებართვის გაცემის წესს არეგულირებს ზემოთ მითითებული დადგენილება, მაგრამ მშენებლობის ნებართვის გაცემამდე არსებულ გეგმარებით რეგულაციას აწესებს

[17] *წიკლაური ი.*, მშენებლობის ნებართვის გაცემის ადმინისტრაციული წარმოების პრობლემატიკა, ადმინისტრაციული სამართლის პრობლემები, რედ. გიორგაძე ლ., დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ., 2013, 122-123.

[18] იქვე, 122-123.

[19] საკითხთან დაკავშირებით დაწვრილებით იხ. ყალიჩავა კ., სამშენებლო საქმიანობის დასაშვებობის კონტროლი საქართველოში (რეფორმის საჭიროება და პერსპექტივები), ჟურნ. „ადმინისტრაციული სამართალი", რედ. კოპალეიშვილი მ., ტ.2, თბ., 2016, 93-104 .

„სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საფუძვლების შესახებ“ საქართველოს კანონი და ადგილობრივი მუნიციპალიტეტის წარმომადგენლობითი ორგანოს შესაბამისი აქტ(ებ)ი. ქალაქ თბილისის შემთხვევაში „ქ. თბილისის მუნიციპალიტეტის ტერიტორიების გამოყენებისა და განაშენიანების რეგულირების წესების დამტკიცების შესახებ“ ქალაქ თბილისის საკრებულოს 2016 წლის 24 მაისის №14-39 გადაწყვეტილება[20]. შესაძლებელია, მოყვანილ იქნეს ერთი მაგალითი, რაც ნათლად დაადასტურებს, რომ მშენებლობის ნებართვის გაცემის წესსა და განაშენიანების რეგულირების წესს შორის არის მნიშვნელოვანი წინააღმდეგობა, რომელიც რეალურ ცხოვრებაში გამოყენებისას მნიშვნელოვანი ურთიერთდამაბრკოლებელი გარემოება გახდება. №14-39 გადაწყვეტილებაში მითითებულია, რომ სამეზობლო მიჯნის ზონაში აშენებულ შენობაზე სამეზობლო საზღვრის მხარეს მოწყობილი კარი, ფანჯარა, სამტრედე და კედელში არსებული სხვა ღია ნაწილი არ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს დაბრკოლებად მომიჯნავე მიწის ნაკვეთზე მიჯნის ზონაში ამ ახალი შენობ(ებ)ის მშენებლობისას. ხოლო ამ დადგენილების შესაბამისად, მიწის ნაკვეთის მიჯნის ზონაში განთავსებულად ითვლება შენობა ან მისი ნაწილი, რომელიც სამეზობლო საზღვრიდან 3.0 მეტრზე ნაკლები მანძილით არის დაშორებული[21]. ბუნებრივია, ამ რეგულაციების შემდგომ რთულია, ისაუბრო რაიმე სახის საექსპერტო შეფასებასა და უფლების დაცვის მექანიზმებზე. მართალია, №57 დადგენილების 35.5 მუხლში მითითებულია, რომ ჩამოყალიბებული განაშენიანებით შეზღუდულ პირობებში მშენებლობის განხორციელებისას დამკვეთმა, დამპროექტებელმა და მშენებელმა უნდა უზრუნველყონ ყველა საჭირო ღონისძიების განხორციელება, რათა გამოირიცხოს მათი მიზეზით მიწის ნაკვეთის მოსაზღვრე შენობა-ნაგებობების კონსტრუქციების დეფორმაცია და დაზიანება, წინააღმდეგ შემთხვევაში, დამკვეთი ვალდებულია ასეთი ფაქტის დადასტურებისას: საკუთარი ხარჯებით გამოასწოროს მიწის ნაკვეთის მოსაზღვრე შენობა-ნაგებობების კონსტრუქციების დეფორმაცია და დაზიანება, ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ ვერ ხერხდება მიწის ნაკვეთის მოსაზღვრე შენობა-ნაგებობების კონსტრუქციების დეფორმაციისა და დაზიანების გამოსწორება, მაშინ მოახდინოს შესაბამისი კომპენსირება მოსაზღვრე დაზიანებული შენობა-ნაგებობის მესაკუთრესთან, შეთანხმების საფუძველზე.

მიუხედავად ამ ჩანაწერებისა, არსებული პრაქტიკა აჩვენებს, რომ დამტკიცებული განაშენიანების გეგმებისა და გაცემული ნებართვების შედეგად მომიჯნავე ქონების მესაკუთრეთა მხრიდან სასამართლოსთვის მიმართვიანობა მკვეთრად გაიზარდა სამშენებლო ობიექტის მიმდებარედ არსებული შენობა-ნაგებობების დაზიანების, მათი უფლებების დარღვევისა და საცხოვრებელი პირობების მკვეთრი გაუარესების მოტივით.

სამშენებლო სამართლის მკვლევართა ნაშრომებსა და სტატიებშიც არის ამ საკითხზე ყურადღება გამახვილებული და გამოთქმულია მოსაზრება, რომ უფლებების დაცვა მშენებლობის ნებართვის მიმართ რთულია და არსებული კანონმდებლობა საჭიროებს მნიშვნელოვან რეფორმირებას. „უფლების დაცვა მშენებლობის ნებართვის მიმართ მოიცავს როგორც ნებართვის მაძიებლის, ისე მეზობლის უფლებებს, რაც პრაქტიკაში ორი ურთიერთსაპირისპირო ინტერესის დაცვას გულისხმობს“[22]. ჩვენი განსახილველი საკითხის, მომიჯნავე ნაკვეთის მე-

[20] ეს რეგულაცია ეხება დედაქალაქს და მაგალითი მოყვანილია თბილისისთვის დადგენილი რეგულაციების ფარგლებში.

[21] იხ. ქ. თბილისის საკრებულოს „ქ. თბილისის მუნიციპალიტეტის ტერიტორიების გამოყენებისა და განაშენიანების რეგულირების წესების დამტკიცების შესახებ“, 2016 წლის 24 მაისის №14-39 გადაწყვეტილება, ვებგვერდი: www.matsne.gov.ge., 27.05.20016, 30-ე, 24-ე მუხლები.

[22] *ყალიჩავა კ.,* მშენებლობის სამართალი, ხუბუა გ./ზომერმანი კ.პ. (რედ), საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა გამოცემები, თბ., 2016, ტ.3., 299.

საკუთრეთა უფლებების დაცვის კუთხით სამართლებრივი ბერკეტები არცთუ ისე ეფექტურია. „მეზობელს, რომლის კანონიერ უფლებებსა და ინტერესებს ადგება ზიანი მომიჯნავე ნაკვეთზე მშენებლობის განხორციელების გამო, შეუძლია, ამ უფლებების დასაცავად მიმართოს სასამართლოს სასკ-ის 22-ე ან 24-ე მუხლების საფუძველზე. ამავე დროს, მეზობლის ცნებაში გადამწყვეტია არა მიწის ნაკვეთების კონფიგურაცია, არამედ ის რეალური საფრთხე, რომელიც ამ ნაკვეთიდან მომდინარეობს და ემუქრება მეზობელი ნაკვეთის მესაკუთრეს“[23]

აღნიშნული ტიპის საქმეებზე საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაც იმგვარად ჩამოყალიბდა, რომ დიდი მნიშვნელობა ენიჭება მშენებლობის მომიჯნავედ არსებული ქონების გაუარესების, მესაკუთრეთა უფლებების დაცვის ღონისძიებებს. სასამართლო ცალსახად უთითებს, რომ სამშენებლო საქმიანობა იმდენად მრავალმხრივი და რთულია, რომ სამშენებლო საქმიანობაში მხოლოდ საექსპერტო შეფასებაზე დაყრდნობით არის შესაძლებელი მომიჯნავე ქონებაზე ზემოქმედების არსებობის შესახებ დასკვნის გაკეთება[24]. წარმოშობილ დავათა რაოდენობა და სასამართლო პრაქტიკაც აჩვენებს, რომ ამ კუთხით კანონმდებლობა დასახვეწია და მეტი ყურადღება უნდა დაეთმოს ექსპერტიზას, რათა მშენებლობისას უზრუნველყოფილ იქნეს ადამიანის უფლებების დაცვა. მართალია, ექსპერტიზის ხარისხი, საექსპერტო საქმიანობის ლიცენზირება და სხვა მასთან დაკავშირებული საკანონმდებლო აქტები საერთოდ არ არსებობს, ან, რომელიც მოქმედია, ვერ ასრულებს მასზე დაკისრებულ ფუნქციას ეფექტურად, მაგრამ აუცილებელია, არსებული მინიმალური რეგულაციების ზედმიწევნით დაცვა, რათა თავიდან იქნეს აცილებული სავალალო შედეგები.

5. დასკვნა

ნათელია, რომ რიგ საკითხთა დეტალური განხილვის შედეგად გამოვლინდა მნიშვნელოვანი საკანონმდებლო თუ პრაქტიკული ნაკლოვანებები, რომლებიც დახვეწასა და მოწესრიგებას საჭიროებენ, მათი განხორციელება მეტად მნიშვნელოვანია, რათა სამშენებლო დაგეგმვისა და მშენებლობის ნებართვის გაცემის შედეგად არ იქნეს მიღებული, ერთი მხრივ, არქიტექტურულ-სამშენებლო ქაოსი, ხოლო მეორე მხრივ ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებული, ქვეყნის კონსტიტუციით განმტკიცებული უფლებების ხელყოფა. სახელმწიფო ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოების მხრიდან მათზე დაკისრებული ფუნქციების სრულყოფილად და ეფექტურად შესრულებისთვის აუცილებელია იმ ძირითადი ხარვეზების აღმოფხვრა, რომლებიც ზემოთ განხილულმა საკითხებმა წარმოაჩინა.

ზოგიერთი საკითხის განხილვისას ასევე წარმოჩენილ იქნა მოქმედი კანონმდებლობის ზოგადი სურათი და გამოვლენილ იქნა სფეროს სისტემური ხარვეზები და ნაკლოვანებები.

არსებულ ხარვეზთაგან გამოსაყოფია განაშენიანების ერთიანი, მოუწესრიგებელი სისტემის არარსებობა და თვითმმართველობის ორგანოებში შექმნილ სხვადასხვა კომისიასა თუ სამუშაო ჯგუფში გაბნეული უფლებამოსილებანი. ამავდროულად სახეზეა, რომ მნიშვნელოვანი წინააღმდეგობებით აღსავსეა სფეროს მომწესრიგებელი საკანონმდებლო ბაზა: ერთი მხრივ, თითქოს რეგლამენტებულია მიწის ნაკვეთზე შენობა-ნაგებობათა განთავსებისა და დაშორებათა მანძილების განსაზღვრა, მაგრამ არსებული პრაქტიკისა და საკანონმდებლო აქტების სიღრმისეული შესწავლა ადასტურებს, რომ თვითონ კანონმდებლობაშივეა იმგვარი დათქმები, რომლებიც ძირითად პრინციპებს ეწინააღმდეგება. არსებული ჩანაწერები,

[23] იქვე.

[24] დაწვრილებით იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 18 ივლისის განჩინება საქმეზე – №ბს-1015-1007-(კ-11)., 1.

სპეციალურ წესს დაქვემდებარებული გზით მიღებულ იქნეს ესა თუ ის დასტური/თანხმობა, ეწინააღმდეგება ზოგად პრინციპებს, აღნიშნული კი ვერ უზრუნველყოფს მოქალაქეთა ინტერესების სრულყოფილად დაცვის მექანიზმებს, რაც, საბოლოოდ, წარმოშობს ექსპერტიზის, სასამართლო დავების და დროში გაწელილი სხვა პროცესების აუცილებლობას.

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ კანონმდებლობის დონეზე აუცილებელია ძირეული რეფორმის განხორციელება, სახეზეა არსებული აქტების კოდიფიკაციის აუცილებლობა, რამაც შესაძლოა, უზრუნველყოს სტატიაში განხილული პრობლემური და სადავო საკითხების გადაწყვეტა, თუმცა, ამავდროულად, აუცილებელია, რეფორმების განხორციელებამდე შესაბამისმა ორგანოებმა უზრუნველყონ უფლებამოსილებას მიკუთვნებული საქმიანობის კანონიერებისა და სამართლიანობის პრინციპების დაცვით განხორციელება.

ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს კონსტიტუცია, **25/08/1995**.
2. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, **15/07/1999**.
3. საქართველოს კანონი „სივრცითი მოწყობისა და ქალაქთმშენებლობის საფუძვლების შესახებ“, **24/06/2005**.
1. საქართველოს კანონი „ლიცენზიებისა და ნებართვების შესახებ“, **18/07/2005**
2. „მშენებლობის ნებართვის გაცემის წესისა და სანებართვო პირობების შესახებ“, საქართველოს მთავრობის დადგენილება, **24/03/2009**.
3. „ქ. თბილისის მუნიციპალიტეტის ტერიტორიების გამოყენებისა და განაშენიანების რეგულირების წესების დამტკიცების შესახებ“, **№14-39** გადაწყვეტილება, **27/05/20016**.
4. საქართველოს ორგანული კანონი „ადგილობრივი თითმმართველობის კოდექსი“, **19/02/2014**.
5. *იზორია ლ., კორკელია კ., კუბლაშვილი კ., ხუბუა გ.,* საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბ., **2005, 146**.
6. *ტურავა პ.,* სამშენებლო სამართლის ძირითადი ცნებები და ინსტიტუტები, ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი“ **№2, 2009, 121, 122, 123**.
7. *გეგენავა დ.*, სამშენებლო სამართალი და მისი სამართლებრივი ბუნება, ჟურნ. „სარჩევი“, **1(2), 2011, 24-32**.
8. *წიკალური ბ.*, ქალაქთმშენებლობა (სამშენებლო დაგეგმვა) სამშენებლო სამართალში, ჟურნ. „სარჩევი“, თბ., **2011, 39**.
9. *წიკლაური ი.*, მშენებლობის ნებართვის გაცემის ადმინისტრაციული წარმოების პრობლემატიკა, ადმინისტრაციული სამართლის პრობლემები, რედ. *გიორგაძე ლ.*, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ., **2013, 122-123**.
10. *ყალიჩავა კ.* მშენებლობის სამართალი, *ხუბუა გ., ზომერმანი კ.პ.* (რედ), საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, თსუ-ის ადმინისტრაციულ მეცნიერებათა გამოცემები, თბ., **2016, ტ.3. 270, 271, 272, 273, 299**.
11. *ყალიჩავა კ.* სამშენებლო საქმიანობის დასაშვებობის კონტროლი საქართველოში (რეფორმის საჭიროება და პერსპექტივები), ჟურნ „ადმინისტრაციული სამართალი“, რედ. *კოპალეიშვილი მ.*, ტ.2, თბ., **2016, 93-104**.
12. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს **2012** წლის **18** ივლისის განჩინება საქმეზე – **№ბს-1015-1007-(კ-11)**.

დარიუშ შპოპერი*
პრშემისლავ დამბროვსკი**
მარიამ ხოფერია***

კავკასიის მკვიდრი ეროვნული უმცირესობები პოლონეთის ჯარში 1921–1939 წლებში

კავკასიელ ეროვნულ უმცირესობებს ძალიან მნიშვნელოვანი როლი ენიჭებოდათ პოლონეთის ჯარში პირველ და მეორე მსოფლიო ომებს შორის პერიოდში. ბევრ მათგანს, განსაკუთრებით კი ქართველებს, ჰქონდა კონტრაქტორი ოფიცრის სტატუსი, რაც მხოლოდ ოციან წლებში დამკვიდრდა. ეს ოფიცრები გამოირჩეოდნენ თავიანთი სიბეჯითითა და მამაცობით. ბევრმა მათგანმა მიიღო პოლონეთის მოქალაქეობა პოლონელ ქალბატონებზე დაქორწინებით. ეს არის პოლონელებსა და ქართველებს შორის საუკეთესო ურთიერთთანამშრომლობისა და მეგობრობის კიდევ ერთი მაგალითი.

საკვანძო სიტყვები: *ქართველი, კავკასიელი ეროვნული უმცირესობები, პოლონეთის ჯარი, კონტრაქტორი ოფიცრები.*

ჟდისლავ გ. კოვალსკის აზრით, პოლონეთის მეორე რესპუბლიკის (1918–1939) მოქალაქეთა მრავალეროვნულმა პროფილმა პოლონეთის ჯარიც არაერთგვაროვანი გახადა.[1] მნიშვნელოვანი დეტალია ის ფაქტი, რომ აქტიური სამხედრო მოსამსახურეების უდიდეს ეთნიკურ უმცირესობას კავკასიელები შეადგენდნენ. ოც წელზე ოდნავ მეტი ხნის განმავლობაში პოლონეთის ჯარში 123 კავკასიელი ოფიცერი მსახურობდა კონტრაქტორი ოფიცრის, აქტიური ოფიცრისა და მონაწილე ოფიცრის რანგში.[2] გარდა ამისა, ამ პერიოდში პოლონეთის ჯარი, სხვა დანაყოფებთან ერთად, შედგებოდა: უკრაინელების, ლიტველების, ბელორუსების, ებრაელების, კაზაკების რამდენიმე დანაყოფისა და თადეუშ კოსჩიუშკოს სახელობის პოლონურ-ამერიკული 7 საბრძოლო ასეულისაგან.[3]

პოლონეთის ჯარის ყველაზე დიდ ეთნიკურად ერთგვაროვან ჯგუფს კავკასიის მცხოვრებნი შეადგენდნენ, თუმცა, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ მათი უმრავლესობა სავალდებულო სამსახურში იყო, ისინი არ იყვნენ მუდმივი კონტრაქტორი ოფიცრები. მათმა დიდმა ნაწილმა მიიღო პოლონეთის მოქალაქეობა[4]. კავკასიელებს შორის შეგვიძლია გამოვყოთ აზერბაიჯანელები, რომლებმაც მცირე კოლონია შექმნეს პოლონეთის ჯარში (მაგალითად: ყული ხან ხოზნი-ჰუსეინი, ჯანგირ ქაზუმ ბეკი, ჯედიგარ ველი ბეკი, ისრაფილ მუჰამედ ბეი, მეჰმედ

* ვარმიისა და მაზურის უნივერსიტეტის (პოლონეთი) პროფესორი, სამართლის დოქტორი.
** ვარმიისა და მაზურის უნივერსიტეტის (პოლონეთი) პროფესორი, სამართლის დოქტორი.
*** ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტ-პროფესორი, სამართლის დოქტორი.

1 *Kowalski Z. G.,* Najliczniejsza mniejszość. Gruzini, Azerowie i inni przedstawiciele narodów Kaukazu w Wojsku Polskim w okresie międzywojennym, [in:] Mniejszości narodowe i wyznaniowe w siłach zbrojnych Drugiej Rzeczypospolitej 1918-1939, ed. by. Z. Karpus and W. Rezmer, Toruń 2001, 177.

2 იქვე, 178-179.

3 იქვე, 178.

4 იქვე, 179.

ზადე ჰამიდ ბეკი, საფარ ქაზიმ ბეკი და მურგაჯევ უმარ ბეკი); აქვე იყო ე.წ. კავკასიელ მთიელთა თოთხმეტი წარმომადგენელი (მათ შორის: ყაბარდოელი – გეთმიზ ყაზ-გირეი და ნავრუს ისლამ-გირეი; დაღესტნელი – უმაშეფ იუსუფ ბეკი და მორგატი მაჯრამ ბეკი; სხვები: ინგუში – სუნჟ ნევრუზი, მასლაგ სოზირკო; ოსი კოსტა გულდითი, და უცნობი ეროვნების ჰაჯა ბექირ ყუმუზ ჰუსეინი). თუმცა ყველაზე მრავალრიცხოვანნი, რა თქმა უნდა, ქართველები იყვნენ, რომელთა ზუსტი რაოდენობის დადგენა ძალიან რთულია, მაგრამ ნამდვილად ღირს მათზე ყურადღების გამახვილება.[5]

1921 წელს საქართველოს კომიტეტის თავმჯდომარე სერგო ყურულაშვილმა იშუამდგომლა სამხედრო საქმეთა მინისტრ კაზიმერჟ სოსნოვსკისთან, რათა განსაზღვრული რაოდენობის იუნკერები (პოლონეთის ჯარის *კადეტი ოფიცრების* შესაბამისი) დაეშვათ პოლონეთის სამხედრო სასწავლებლებში, ხოლო ქართველ ოფიცრებს (რომლებიც ძალიან მძიმე პირობებში იმყოფებოდნენ ათენსა და კონსტანტინოპოლში, 1921 წლის თებერვალ-მარტის მიჯნაზე მე-11 წითელი ჯარის მიერ საქართველოს ოკუპაციის შემდეგ) აქტიურად ემსახურათ პოლონეთის ჯარში.[6]

თითქმის იმავე პერიოდში საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის ადგილობრივმა წარმომადგენელმა გვარჯალაძემ მსგავსი თხოვნით მიმართა პოლონელ დეპუტატ ბარანოვსკის კონსტანტინოპოლში, პოლონეთის ელჩს თურქეთში და ასევე პოლკოვნიკ ლეონ ბობიცკის, სამხედრო ატაშეს; კიდევ ერთი ფორმალური მოთხოვნა პოლონეთის მთავრობას გადასცეს პარიზში დაფუძნებულმა, იმიგრაციაში მყოფმა, საქართველოს მთავრობის წარმომადგენლებმა – საგარეო საქმეთა მინისტრმა ნოე რამიშვილმა და საქართველოს გაერთიანებული შტაბის უფროსმა, გენერალმა ალექსანდრე ზაქარიაძემ. პოლონეთის მთავრობა, ქვეყნის მეთაურისაგან წინასწარ მიღებული თანხმობის საფუძველზე, დაეთანხმა ქართველების მოთხოვნას.[7] პოლონეთის ხელისუფლებას რამდენიმე მიზანი ამოძრავებდა: ა) საქართველოს ჯარის ფორმირებაში მნიშვნელოვანი გავლენის მოპოვება, ბ) კავკასიაში დივერსიული ცენტრის ჩამოყალიბება საბჭოთა რუსეთის ქმედებების საწინააღმდეგოდ, გ) კავკასიის ბუნებრივი რესურსების გამოყენება პოლონეთის სამხედრო მრეწველობისათვის, დ) მეგობრული ურთიერთობების დამყარება თურქეთთან, რომელიც აღმოსავლეთში პერსპექტიულ მოკავშირედ მიიჩნეოდა.[8]

პოლონეთში ჩამოსულ ქართველთა პირველი ჯგუფი 25 კადეტისაგან შედგებოდა. 1921 წლის დეკემბერში მათ დაიწყეს 9-თვიანი გამაერთიანებელი მოსამზადებელი კურსი ვარშავის ოფიცერ კადეტთა სკოლაში (აკადემიური წელი აგვისტოში დაიწყო, ასე რომ, მათ დიდძალი

---

5 დამატებით, იხ. იქვე, 180-181.

6 *Karabin R.,* Gruzińscy podchorążowie i oficerowie kontraktowi w Wojsku Polskim 1921–1939, part. I, „Pro Georgia", no IV, Warszawa 1994, 23–25; ჯავახიშვილი ნ., ქართველი მეომრები პოლონეთის დროშის ქვეშ (პოლონეთ-საქართველოს სამხედრო და პოლიტიკური ურთიერთობების კვლევა), თბ., 1998, 7; ქავთარაძე ჯ., საქართველოს ისტორიული მონახაზი, ვარშავა, 1929, 168–173; 1921 წლის 16 მარტს საქართველოს პარლამენტმა ბათუმში გამართულ სპეციალურ სხდომაზე მიიღო გადაწყვეტილება ჯარის დემობილიზაციის შესახებ. ოფიცრებისა და თადარიგის ოფიცრების ნაწილი საქართველოს მთავრობასთან ერთად უნდა წასულიყო ემიგრაციაში, რათა შემდგომი მომზადება გაეგრძელებინათ სხვადასხვა სამხედრო სასწავლებელში. 1921 წელს საქართველოს პრეზიდენტმა ნოე ჟორდანიამ მთავრობასა და მოსამსახურეებთან ერთად ფრანგული საბრძოლო ხომალდით დატოვა ქვეყანა. ისინი კონსტანტინოპოლში გაემგზავრნენ. ზოგიერთი ჯარისკაცი ემიგრაციაში წავიდა საფრანგეთში, ჩეხოსლოვაკიასა და გერმანიაში. უცხო ქვეყნებში ყოფნა არ იყო ადვილი. მაგალითად, კონსტანტინოპოლში მათი უმრავლესობა მძიმე ფიზიკური შრომით – ზღვის ქვიშის მოპოვებით – იყო დაკავებული.

7 *Kowalski Z. G.,* Najliczniejsza mniejszość. Gruzini, Azerowie i inni przedstawiciele narodów Kaukazu w Wojsku Polskim w okresie międzywojennym, [in:] Mniejszości narodowe i wyznaniowe w siłach zbrojnych Drugiej Rzeczypospolitej 1918-1939, ed. by. Z. Karpus and W. Rezmer, Toruń 2001, 181-189.

8 იქვე, 182.

მასალა ჰქონდათ სასწავლი).[9] ისინი სკოლის ოფიცრებად უნდა მომზადებულიყვნენ შემდგომ სწავლის გასაგრძელებლად – უნდა დაოსტატებულიყვნენ ხელისა თუ მექანიკური იარაღების ხმარებაში, ასევე მნიშვნელოვანი იყო ფიზიკური მომზადება – მეცადინეობა ინტენსიური იყო. მათ ევალებოდათ განსხვავებული ვითარებიდან და წვრთნებიდან გამომდინარე წესების ცოდნა. დამატებით ტარდებოდა როგორც პრაქტიკული, ისე თეორიული წვრთნები. ამავე ფარგლებში ისწავლებოდა პოლონური ენა, ისტორია, გეოგრაფია, პოლონური ცეკვა და სიმღერა. იმის გათვალისწინებით, რომ ბევრი საგანი ისწავლებოდა, დიდი პრობლემა იყო პოლონური ენის სრულყოფილად შესწავლა, თუმცა ქართველების დასახმარებლად თავიდანვე გამოყვეს მასწავლებლები.[10] მომდევნო წელს უნდა ჩამოსულიყვნენ სხვებიც. საერთო ჯამში, 48 ქართველმა კადეტმა დაასრულა განათლების ეს ეტაპი და მათ სწავლა განაგრძეს სხვადასხვა ოფიცერთა სასწავლებელში. მაგალითად: ვარშავის ქვეითთა საოფიცრო სკოლაში – აქ სწავლება კიდევ 2 წელს გრძელდებოდა. დამატებით ტარდებოდა როგორც პრაქტიკული, ისე თეორიული წვრთნები. დიდი ყურადღება ეთმობოდა ომის ისტორიის შესწავლას (წარმოდგენილი და განხილული იყო ნაპოლეონის საბრძოლო სტრატეგია ნოემბრის აჯანყების პერიოდში); პოლონური ენის გარდა, ქართველებს დამატებით შეეძლოთ სხვა ნებისმიერი ენის (მაგალითად, რუსულის ან გერმანულის) შესწავლა ქალაქ ტორუნში, არტილერიის ოფიცერთა სკოლაში; ორწლიანი სწავლება იყო კავალერიის ოფიცერთა სკოლაში, გრუძიაძში – ყველაზე მთავარ დისციპლინებს შორის ასწავლიდნენ ჯირითობასა და შესაბამის ტაქტიკას; ვარშავაში, ოფიცერთა საინჟინრო სკოლაში სწავლება სამწლიანი იყო. იქ ამზადებდნენ მესანგრეებს. დიდი დრო ეთმობოდა მათემატიკისა და ტექნიკური საგნების შესწავლას; საზღვაო ოფიცერთა სკოლაში, ტორუნში საწყისი სწავლება 2-წლიანი იყო, 15 თვე ეთმობოდა თეორიის შესწავლას და 9 თვე სამხედრო ხომალდებზე ცურვას. 1924 წლიდან კი სწავლის ხანგრძლივობა 3 წლამდე გაიზარდა. უნდა აღინიშნოს, რომ ამ სკოლებში ქართველები რაიმე განცალკევებულ ჯგუფებად კი არ იყვნენ, არამედ ისინი ძალიან მალე გულითადად მიიღეს პოლონელმა კოლეგებმა და მათთან ერთად, ყოველგვარი ხელოვნური დაყოფის გარეშე, მონაწილეობდნენ ორგანიზებულ საქმიანობაში. მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ სწავლების პერიოდში ქართველები არ იყვნენ პოლონეთის ჯარის შემადგენლობაში. პოლონეთში არ არსებობდა წესები, რომელთა მიხედვით, ნებადართული იქნებოდა უცხოელების შესვლა პოლონეთის ჯარში. შემოღებული ცვლილებების შესაბამისად, ქართველ კადეტებს კონტრაქტებზე ხელის მოწერის უფლება მიეცათ, რაც მათ ავტომატურად ანიჭებდა პოლონეთის ჯარის მოსამსახურის სტატუსს. ეს ხდებოდა ოფიცრის პირველი რანგის – მეორე ლეიტენანტის – წოდების მიღების შემდეგ.[11]

საქართველოს მთავრობის მიერ გადადგმული შემდგომი ნაბიჯი იყო მოლაპარაკება, პოლონეთ-საქართველოს ურთიერთთანამშრომლობის გაფართოების მიზნით, ოფიცერთა კორპუსის შექმნის შესახებ, რაც თავის წვლილს შეიტანდა ქართველი ოფიცრების მომზადებისა და პოლონეთის ჯარში სამსახურის გასავლელად მათი რეგისტრაციის საქმეში. პოლონეთის მთავრობამ ეს წინადადებები 1922 წლის დეკემბერში მოიწონა. შედეგად, 1922 წლის დეკემბერში ქართველმა ოფიცრებმა: გენერალმა ზაქარია ბაქრაძემ, გენერალმა ალექსანდრე კონიაშვილმა, გენერალმა ალექსანდრე ჩხეიძემ, კაპიტანმა სერგო ალავიძემ, კაპიტანმა დავით ქუთათელაძემ და გიორგი ფავლენიშვილმა მომზადება დაიწყეს რემბერტოვოს ჯარის ექსპერიმენტულ

[9] იხ. *Chocianowicz W.,* W 50 – lecie powstanie Wyższej Szkoły Wojennej w Warszawie, oprac. Londyn, 1969, 240; Wykaz absolwentów Szkoły Podchorążych Piechoty, [in:] Szkoła Podchorążych Piechoty. Księga pamiątkowa 1830–29 XI–1930, Ostrów Mazowiecki 1930, 464-465.

[10] *Karabin R.,* Gruzińscy podchorążowie i oficerowie kontraktowi w Wojsku Polskim 1921–1939, part. I, „Pro Georgia", no IV, Warszawa 1994, 27-28.

[11] იქვე, 28-30.

საწვრთნელ ცენტრში. მათი სამხედრო რანგების აღიარების შემდეგ ისინი დაუშვეს ქვეითთა ათასეულების (პოლკების) მეთაურთა კურსებზე (გენერლებისა და პოლკოვნიკებისათვის) ან ქვეითთა ბატალიონების მეთაურების წვრთნებზე (კაპიტნებისათვის);[12] სხვა ჯარისკაცები კი გაგზავნეს ბიდგოშჩის თადარიგის ოფიცერთა სკოლაში.[13] ქართველები განსაკუთრებით შრომისმოყვარე და ბეჯითი სტუდენტები აღმოჩნდნენ. სასწავლო კურსები ყველა ჩარიცხულმა ოფიცერმა დაამთავრა. ქართველები მოიაზრებოდნენ პოლონეთის ჯარის საუკეთესო ინსტრუქტორებად, განსაკუთრებით გაწაფულნი იყვნენ ცხენოსნობაში, ფარიკაობასა და სროლაში. საინტერესოა, რომ კონტრაქტორ ოფიცერთა საერთო რაოდენობის 25% პოლონეთის სამხედრო კოლეჯების კურსდამთავრებული იყო, რაც მნიშვნელოვნად აღემატებოდა მთლიანად პოლონეთის ჯარის საშუალო მაჩვენებელს[14].

თუმცა, 1923 წლის ბოლომდე ვარშავისა და ბიდგოშჩის კურსდამთავრებული ქართველი ოფიცრები ჯერ კიდევ არ ირიცხებოდნენ პოლონეთის სამხედრო ძალების შემადგენლობაში, რადგან მათ პოლონეთის ტერიტორიაზე დროებით მყოფ პირებად თვლიდნენ.[15] ვითარება შეიცვალა 1924 წლის ივნისიდან, როდესაც პოლონეთის პრეზიდენტმა სტანისლავ ვოიცეხოვსკიმ თანხმობა განაცხადა, რომ ქართველებს, როგორც უცხო ქვეყნის მოქალაქეებს, ემსახურათ პოლონეთის ჯარში ინდივიდუალური ხელშეკრულებების ხელმოწერის საფუძველზე. 1925 წლის ბოლოსათვის, ამ წესის შესაბამისად, ხელშეკრულებას 62-მა ოფიცერმა მოაწერა ხელი, მათ შორის: 38-მა მეორე ლეიტენანტმა, 8 ლეიტენანტმა, 10-მა კაპიტანმა, 5-მა მაიორმა და 1-მა პოლკოვნიკმა. დარჩენილი 20 ოფიცერი (6 გენერალი, 8 პოლკოვნიკი და ვიცეპოლკოვნიკი, 2 მაიორი), რომლებსაც არ ჰქონდა ხელშეკრულებაზე ხელი მოწერილი, სტაჟირებაზე გაგზავნეს სხვადასხვა სამხედრო დანაყოფსა თუ სამხედრო სკოლაში. თუმცა, საბოლოოდ, პრეზიდენტ იგნაცი მოსციცკის 1927 წლის 25 მარტის გადაწყვეტილებით, უმაღლესი რანგის 14 ოფიცერი საქართველოსა და აზერბაიჯანიდან მიიღეს კონტრაქტორ ოფიცრებად. მათ ხელშეკრულებებს ხელი მოეწერა 1927 წლის 1 მაისს.[16]

კონტრაქტორი ოფიცრები შეიყვანეს პოლონეთის ჯარის ოფიცერთა კორპუსის შემადგენლობაში. თუმცა, ამ მაღალი რანგის ქართველი ოფიცრებისათვის, რადგანაც ისინი მიიჩნეოდნენ სტუმრებად, რომლებსაც მომზადება უნდა გაევლოთ პოლონეთის ჯარში, არ იყო გათვალისწინებული მუდმივი სრულგანაკვეთიანი სამუშაო. ამიტომაც თავიდან ისინი მოქმედებდნენ როგორც შემცვლელები პოლონელი ოფიცრებისა, რომლებიც, ფაქტობრივად, იყვნენ ხელმძღვანელობაში. საერთო ჯამში, ამით ქართველებს საშუალება მიეცათ, მონაწილეობა მიეღოთ საბრძოლო პრაქტიკებში, მანევრებსა თუ წვრთნებში ყველა შესაძლო დონეზე. ისინი არ მონაწილეობდნენ ომის შემთხვევაში სამობილიზაციო გაწვევის პროცესების თაობაზე გადაწყვეტილების მიღებაში, და როგორც უკვე აღინიშნა, მათ არ ჰქონდათ გარკვეული სამხედრო თანამდებობების დაკავების უფლება.[17] როგორც წესი, სამხედრო სამსახურის დატოვების შემდეგ მათ ეძლეოდათ ყოველთვიური შემწეობა 400 ზლოტის ოდენობით.[18]

---

[12] იქვე, 33.

[13] Gruzińscy podchorążowie i oficerowie kontraktowi w Wojsku Polskim 1921–1939, ნაწილი II, „საქართველოს მხარდასაჭერად", VI, ვარშავა, 1997, 25-26.

[14] *Karabin R.,* Gruzińscy podchorążowie i oficerowie kontraktowi w Wojsku Polskim 1921–1939, part. I, „Pro Georgia", no IV, Warszawa 1994, 182-183.

[15] იქვე, 183.

[16] იქვე, 184.

[17] *Karabin R.,* Gruzińscy podchorążowie i oficerowie kontraktowi w Wojsku Polskim 1921–1939, part. II, „Pro Georgia", no IV, Warszawa 1994, 33.

[18] *Kowalski Z. G.,* Najliczniejsza mniejszość. Gruzini, Azerowie i inni przedstawiciele narodów Kaukazu w Wojsku Polskim w okresie międzywojennym, [in:] Mniejszości narodowe i wyznaniowe w siłach zbrojnych Drugiej Rzeczypospolitej 1918-1939, ed. by. Z. Karpus and W. Rezmer, Toruń 2001, 185.

მდგომარეობა შეიცვალა 1930-იანი წლების მეორე ნახევარში, როდესაც ქართველ ოფიცრებს ეძლეოდათ უფრო საპასუხისმგებლო და დამოუკიდებელი თანამდებობები. ამის კარგი მაგალითებია: კაპიტანი ვიქტორ ლომიძე – საბრძოლო ხომალდის დამოუკიდებელი მეთაური, ლეიტენანტი სხირლაგა – ფრონტის ხაზის 62-ე ასეულის მეთაური, და ლეიტენანტი დავით ყიფიანი, რომელსაც მიანდეს ინსტრუქტორისა და უფროსი მასწავლებლის თანამდებობა პოლონეთის ოფიცერთა სკოლაში.[19]

სამობილიზაციო გაწვევების ნაკლებობას ხელი არ შეუშლია კონტრაქტორი ოფიცრებისათვის, რათა მათ 1939 წელს ვაჟკაცურად დაეცვათ პოლონეთის საზღვრები. ბევრი ქართველი ოფიცერი დახოცეს გერმანელებმა, მათ შორის: კაპიტანი გედეონ ხუნდაძე, მაიორი კონსტანტინე ფერიაშვილი, კაპიტანი ივანე ქავთარაძე, კაპიტანი ლადო მაჭარაძე, მაიორი ლადო სიამაშვილი, მღვდელი გრიგოლ ფერაძე; სხვები დახოცეს შინაგან საქმეთა სახალხო კომისარიატის (НКВД) ბრძანებით, კერძოდ: ბრიგადის გენერალი ალექსანდრე ჩხეიძე, ლეიტენანტი ილია კაკაბაძე, მაიორი გიორგი მამალაძე, კაპიტანი არკადი სხირტლაძე, კაპიტანი ბასილ რუსიაშვილი, მეორე ლეიტენანტი ალექსანდრე ტაბიძე, თადარიგის კაპრალი ბრონისლავ ტაბიძე.[20] ასევე უნდა აღინიშნოს სხვა ისეთი ცნობილი კონტრაქტორი ოფიცრები, როგორებიც იყვნენ: ზაქარია ბაქრაძე (1868–1938), ივანე ყაზბეგი (1860–1943), ალექსანდრე კონიაშვილი (1872–1955), კირილე ქუთათელაძე (1861-1929) და ალექსანდრე ზაქარიაძე (1884-1957)[21]; პოლკოვნიკები: ალექსანდრე ბაგრატიონი, ნიკოლოზ ვაჩნაძე, პლატონ მიქელაძე, რომან გველესიანი, ვალოდია სიდამონ-ერისთავი, ნიკოლოზ კანდელაკი, ვალერიან თევზაძე, კონსტანტინე კიკვიძე; მაიორები: დიმიტრი შალიკაშვილი, გიორგი ფავლენიშვილი, ლადო სიამაშვილი, ალექსანდრე ყიფიანი, დავით მაჭავარიანი, კონსტანტინე თერიაშვილი, ალექსანდრე კოვზიაშვილი, არტემ არონიშიძე, ალექსანდრე ალავიძე, დავით ქუთათელაძე და ბიძინა ქუთათელაძე; კაპიტნები: ლევან კვალიაშვილი, მიხეილ კანდელაკი, ვასილ ინჯია, დავით ვაჩნაძე, ზენონ მამალაძე, დავით კლიმიაშვილი და სევერიან ჭყონია.[22]

ბიბლიოგრაფია

1. *Chocianowicz W.,* W 50 – lecie powstanie Wyższej Szkoły Wojennej w Warszawie, oprac. Londyn, 1969, 240.
2. Karabin R., Gruzińscy podchorążowie i oficerowie kontraktowi w Wojsku Polskim 1921–1939, part. I, „Pro Georgia", no IV, Warszawa 1994, 23–25, 25-26, 27-28. 28-30, 33-34, 182-183,184, 186–199.
3. Kowalski Z. G., Najliczniejsza mniejszość. Gruzini, Azerowie i inni przedstawiciele narodów Kaukazu w Wojsku Polskim w okresie międzywojennym, [in:] Mniejszości narodowe i wyznaniowe w siłach zbrojnych Drugiej Rzeczypospolitej 1918-1939, ed. by. Z. Karpus and W. Rezmer, Toruń 2001, 177, 178-179, 180-189, 182, 185.

[19] იხ. *Karabin R.,* Gruzińscy podchorążowie i oficerowie kontraktowi w Wojsku Polskim 1921–1939, part. II, „Pro Georgia", no IV, Warszawa 1994, 33-34.

[20] *Kowalski Z. G.,* Najliczniejsza mniejszość. Gruzini, Azerowie i inni przedstawiciele narodów Kaukazu w Wojsku Polskim w okresie międzywojennym, [in:] Mniejszości narodowe i wyznaniowe w siłach zbrojnych Drugiej Rzeczypospolitej 1918-1939, ed. by. Z. Karpus and W. Rezmer, Toruń 2001185; ნ.ჯავახიშვილი, დასახ. ნაშრომი, 11–13.

[21] *Kowalski Z. G.,* Najliczniejsza mniejszość. Gruzini, Azerowie i inni przedstawiciele narodów Kaukazu w Wojsku Polskim w okresie międzywojennym, [in:] Mniejszości narodowe i wyznaniowe w siłach zbrojnych Drugiej Rzeczypospolitej 1918-1939, ed. by. Z. Karpus and W. Rezmer, Toruń 2001186–199.

[22] იხ. ნ. ჯავახიშვილი, დასახ. ნაშრომი, 7–8.

4. Wykaz absolwentów Szkoły Podchorążych Piechoty, [in:] Szkoła Podchorążych Piechoty. Księga pamiątkowa 1830–29 XI–1930, Ostrów Mazowiecki 1930, 464-465.
5. ქავთარაძე ჯ., საქართველოს ისტორიული მონახაზი, ვარშავა, 1929, 168–173.
6. ჯავახიშვილი ნ., ქართველი მეომრები პოლონეთის დროშის ქვეშ (პოლონეთ-საქართველოს სამხედრო და პოლიტიკური ურთიერთობების კვლევა), თბ., 1998, 7-8, 11–13.

თარგმნა **მარიამ ხოფერიამ**

სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტ-პროფესორი

შნუც რუდოლფ დიური*

საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ევროპული სისტემების შედარებითი მიმოხილვა**

1. შესავალი

1.1. საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ისტორიული ფესვები ევროპაში

ამერიკის შეერთებული შტატების 1803 წლის საქმეში – *მერბერი მედისონის წინააღმდეგ*[1] – მისი პირველი გამოჩენიდან, გერმანიის 1848 წლის კანონმა სახელწოდებით – *„Paulskirchenverfassung"* – უზრუნველყო უმაღლესი სასამართლოსთვის – *Reichsgericht*[2] – ინდივიდუალური საჩივრით მიმართვის შესაძლებლობა. უკვე 1812 წელს რუმინეთის,[3] ნორვეგიისა[4] და მოგვიანებით მონაკოს[5] უმაღლესმა სასამართლოებმა საფუძველი ჩაუყარეს იდეას, რომ სასამართლო აღჭურვილი უნდა იყოს უფლებამოსილებით, არ გამოიყენოს არაკონსტიტუციური კანონი.

ავსტრიელმა მეცნიერმა კელზენმა წამოაყენა სპეციალური საკონსტიტუციო სასამართლოების დაფუძნების იდეა, რადგან, მისი შეხედულებით, საკონსტიტუციო კონტროლი არსებითად პოლიტიკური ფუნქციაა.[6] მისი აზრით, სასამართლო, რომელიც აღჭურვილია უფლებამოსილებით – გააუქმოს პარლამენტის მიერ მიღებული კანონი, უნდა შედგებოდეს წევრებისგან, რომელთაც საერთო სასამართლოების მოსამართლეებისგან განსხვავებული კარიერა აქვთ. კელზენის ეჭვები უკავშირდებოდა საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების დემოკრატიულ ლეგიტიმაციასთან დაკავშირებით მიმდინარე დისკუსიას. რატომ უნდა ჰქონოდა არაარჩევითი წევრებისგან ჩამოყალიბებულ სასამართლოს იმ პარლამენტის მიერ მიღებული კანონის გაუქმების უფლება, რომელიც, თავის მხრივ, არჩეულია სუვერენული ხალხის მიერ და მასვე წარმოადგენს? კელზენის მიერ შემოთავაზებული გამოსავალი ამ „მწვავე პრობლემის" მიმართ, რომელიც ამერიკის შეერთებული შტატების დოქტრინაშია მოხსენიებული[7], იყო

---

* სამართლის დოქტორი (ვენის უნივერსიტეტი), ვენეციის კომისიის საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების განყოფილების ხელმძღვანელი.

** წინამდებარე ნაშრომი გამოხატავს მხოლოდ ავტორის აზრს და არაა დაკავშირებული ვენეციის კომისიის ან ევროპის საბჭოს შეხედულებებთან.

1 US Supreme Court, Marbury v. Madison (5 U.S. 137) of 24 February 1803, summary in the Venice Commission's case-law database CODICES <USA-1803-S-001 at <www.CODICES.coe.int>.

2 თუმცა ეს ტექსტი არ ამოქმედებულა. იხ. Hartmann B, How American Ideas Travelled: Comparative Constitutional Law at Germany's National Assembly in 1848-1849, 2002, 17 The Tulane European and Civil Law Forum 23.

3 *G. Conac,* Une antériorité roumaine: le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, in Mélanges Slobodan Milacic, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation (Bruylant, Bruxelles 2007).

4 იხ. უმაღლესი სასამართლოს 1866 წლის 1-ლი ნოემბრის გადაწყვეტილება NOR-1866-S-001, <www.CODICES.coe.int>.

5 იხ. მონაკოს უმაღლესი სასამართლოს აღწერილობა CODICES მონაცემთა ბაზაში <www.CODICES.coe.int>.

6 *Hans Kelsen,* La garantie juridictionnelle de la Constitution, 44 R.D.P. 197 (1928).

7 *Sheive S. W.,* Central and Eastern Europe constitutional courts and the antimajoritarian objection to judicial review, Law and Policy in International Business, 1995, ხელმისაწვდომია <www.clas.ufl.edu/users/kreppel/pos6933/sheive.pdf> ნანახია [10/2010].

ის, რომ კანონმდებლობის თაობაზე დავის განხილვის უფლება უნდა ჰქონოდა საერთო სასამართლოების არა ყველა მოსამართლეს, არამედ ამ მიზნის განსახორციელებლად მხოლოდ ერთი სასამართლო უნდა შექმნილიყო. ამ ამოცანის დელიკატურობის გათვალისწინებით, ასეთი სასამართლოს მოსამართლეთა შერჩევა სპეციალური წესით უნდა მომხდარიყო, მათი ფუნქციის შესასრულებლად საჭირო ლეგიტიმაციის გადაცემის გზით, რომელიც პარლამენტის მიერ მიღებული აქტების კონტროლსა და გაუქმებასაც კი გულისხმობდა.

პირველი სასამართლოები, რომლებიც კელზენის იდეაზე დაყრდნობით 1920 წელს დაფუძნდნენ, ჩეხოსლოვაკიისა და ავსტრიის საკონსტიტუციო სასამართლოები, შემდეგ კი ლიხტენშტაინის სახელმწიფო სასამართლო იყო. ეს უკანასკნელი არის ყველაზე ძველი სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლო, რომელიც დაფუძნების დღიდან უწყვეტად ფუნქციონირებს.

ჩვენ შეგვიძლია, შევამჩნიოთ, რომ ამ პირველი საკონსტიტუციო სასამართლოების კვალდაკვალ, ომებს შორის პერიოდში, ისინი, უპირატესად, იმ ქვეყნებში ჩამოყალიბდნენ, სადაც დასრულდა დიქტატურის პერიოდი და დაიწყო დემოკრატიისკენ სწრაფვა. ამის ნათელი მაგალითებია: გერმანია და იტალია, მეორე მსოფლიო ომის შემდგომ, ესპანეთი და პორტუგალია, მათი დემოკრატიზაციის შემდგომ პერიოდში, ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნები, ბერლინის კედლის დაცემის შემდგომ, რომელთაგან ყველამ, გარდა ერთი გამონაკლისისა[8], შექმნა სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლო. წინა რეჟიმების დროს ადამიანის ძირითადი უფლებების დარღვევა მძლავრი არგუმენტია საკონსტიტუციო სასამართლოს შექმნისთვის, რომელიც არა მხოლოდ კონსტიტუციის ინსტიტუციურ ნაწილს იცავს, არამედ იგი ხელმისაწვდომია ნებისმიერი ინდივიდისთვის პირდაპირ (მაგალითად: გერმანია, ესპანეთი) ან არაპირდაპირ, საერთო სასამართლოების მეშვეობით (მაგალითად: იტალია, რუმინეთი, ლიტვა). ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვა ევროპის მასშტაბით საკონსტიტუციო სასამართლოების ერთ-ერთი მთავარი, თუ კვანტიტატიურად უმთავრესი არა, ფუნქცია გახდა.

1.2. რატომ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება?

ვიდრე საკონსტიტუციო სასამართლოების სპეციალურ მახასიათებლებზე გადავიდოდე, ნება მომეცით, მცირე ხნით საკონსტიტუციო კონტროლის მიზანზე შევყოვნდე. დავიწყებ კონსტიტუციათა ორი – დეკლარაციული და ნორმატიული – სახის გამოყოფით. მხოლოდ დეკლარაციული კონსტიტუციები შეიძლება აცხადებდნენ სხვადასხვა წესისა და უფლების შესახებ, მაგრამ ისინი არ გამოიყენებიან პრაქტიკაში. დეკლარაციული კონსტიტუციის მკაფიო მაგალითი გვქონდა საბჭოთა კავშირში. იგი მოიცავდა ადამიანის ძირითადი უფლებების ვრცელ ჩამონათვალს, მაგრამ მათი დიდი ნაწილი პრაქტიკაში არ ხორციელდებოდა.[9]

ნორმატიული კონსტიტუციების მიზანი სახელმწიფოს კანონისმიერად წარმართვა და საზოგადოების ჩამოყალიბებაა. თუ დავუშვებთ, რომ საზოგადოება ასრულებს ნორმატიულ კონსტიტუციას, რომელიც აწესრიგებს სახელმწიფო ორგანოებს შორის ურთიერთობას და უზრუნველყოფს ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვას, დგას კი საკონსტიტუციო კონტროლის ნამდვილი საჭიროება? განა საკმარისი არ იქნება, სახელმწიფოს მიერ კონსტიტუციის, როგორც ქვეყნის უზენაესი კანონის, მიღება, მოქალაქეები და ხელისუფლების ორგანოები კი მაინც სცემდნენ პატივს მას იერარქიული ძალის გამო?

---

[8] ესტონეთმა საკონსტიტუციო კონტროლის პალატა შექმნა უმაღლეს სასამართლოში. ამ საკითხზე ასევე იხილეთ ვენეციის კომისიის მოსაზრება CDL(1998)059. შენიშვნა: ვენეციის კომისიის ყველა დოკუმენტი, რომელიც ციტირებულია წინამდებარე სტატიაში სერიით - CDL, ხელმისაწვდომია ბმულზე: <www.venice.coe.it>.

[9] <http://www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons02.html#chap07> ნანახია: [10/2010].

ისტორია მოწმობს, რომ არაკონსტიტუციური კანონები ყველა ქვეყანაში მიღებულა. პარლამენტს შესაძლებელია, ამოძრავებდეს საუკეთესო განზრახვა, მოაწესრიგოს კონკრეტული საკითხი, მაგრამ, სამწუხაროდ, შესაძლებელია, თავად დაარღვიოს კონსტიტუციით დადგენილი ფარგლები (მაგალითად, ტერორიზმის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ კანონმდებლობის მიღებით, რომელიც ლახავს ბრალდებულის სამართლიანი სასამართლოს უფლებას). საკონსტიტუციო კონტროლი აუცილებელია იმისათვის, რომ უზრუნველყოფილი იყოს კონსტიტუციის უზენაესობა იმ კანონების გაუქმებით, რომლებიც ეწინააღმდეგება მას.

მეორე მხრივ, შესაძლებელია, ეჭვქვეშ დავაყენოთ ასეთი ფუნქციის მქონე სასამართლოს არსებობა. განა პარლამენტს არ შეუძლია, თავადვე დაადგინოს კანონის არაკონსტიტუციურობა და შეცვალოს ის კონსტიტუციასთან შესაბამისი კანონით? ეს ნამდვილად არის ერთ-ერთი შესაძლო ვარიანტი და ბევრი პარლამენტი შეისწავლის კანონების კონსტიტუციურობას მათი მიღების შემდგომ. მაგალითად, ჰოლანდიაში პარლამენტის, როგორც სუვერენული ხალხის წარმომადგენლის, სტატუსი იმდენად დაფასებულია, რომ ჰოლანდიის კონსტიტუცია პირდაპირ კრძალავს პარლამენტის მიერ მიღებული კანონების გაუქმებას[10] (ჰოლანდიაშიც კი მიმდინარეობს დისკუსია, არის თუ არა აუცილებელი, სასამართლოებმა განახორციელონ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება).

მიუხედავად ამისა, შიდა საპარლამენტო კონტროლი არ არის საკმარისი. შესაძლებელია, პარლამენტს გაუჭირდეს იმ „ხარვეზების" გამოვლენა და გამოსწორება, რომლებიც მან დაუშვა კანონის მიღების დროს და ეწინააღმდეგებიან კონსტიტუციას. გარდა ამისა, საკანონმდებლო პროცედურა, რომელიც ეფუძნება პოლიტიკური კომპრომისის მაღალ ხარისხს, ძნელად თავსებადი იქნება კანონისა და მისი დებულებების თანმიმდევრულ დასკვნებთან. ასეთი გადაწყვეტილებების მიღება უფრო მეტად სასამართლოს ბუნებას შეესაბამება. სწორედ ამიტომ ევროპის ქვეყნების უმრავლესობაში სასამართლოების მიერ საკონსტიტუციო კონტროლის ან ერთმა, ან მეორე სისტემამ გაიდგა ფესვები. აღსანიშნავია გამონაკლისი შემთხვევები ჰოლანდიის, შვეიცარიის[11], გაერთიანებული სამეფოს[12] სახით, რომელთაგან ყველა, აღნიშნულის მიუხედავად, „კონვენციურობის" კონტროლს მაინც ახორციელებს, ანუ მათი სასამართლოები არ გამოიყენებენ კანონს, რომელიც ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციას.

1.3. მოდელები v. მრავალფეროვანი სისტემები

ლიტერატურაში საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების განსხვავებული მოდელებია აღწერილი: ამერიკული დიფუზიური მოდელი, ე.წ. „ავსტრიული" მოდელი, „ფრანგული" მოდელი. შევეცდები, წარმოვაჩინო, რომ ევროპის სასამართლოები ასე ადვილად არ ერგებიან ამ კლასიფიკაციას. სხვადასხვა საკონსტიტუციო სასამართლოსა და მათი ეკვივალენტი ორგანოების მახასიათებლები ევროპაში საკმაოდ კომპლექსურია და რთულია თუნდაც ორი ისეთი სასამართლოს პოვნა, რომელთაც ერთი და იგივე თვისებები ექნება.

მე დავიწყებ იმ სამი კრიტერიუმის დასახელებით, რომელთა მიხედვითაც განსხვავდებიან სასამართლოები:

1. შემადგენლობა,
2. იურისდიქციის სახეები,

[10] 120-ე მუხლი: „პარლამენტის მიერ მიღებული აქტებისა და ხელშეკრულებების კონსტიტუციურობა არ შეიძლება განიხილოს სასამართლომ".

[11] შვეიცარიის ფედერალური ტრიბუნალი კონსტიტუციურ კონტროლს ახორციელებს მხოლოდ კანტონების კონსტიტუციებსა და კანონებზე და არა ფედერალურ კანონებზე.

[12] 1998 წელს მიღებული ადამიანის უფლებების აქტის მიღებიდან მოყოლებული.

3. გადაწყვეტილებათა ეფექტი[13].

მე ვერ შევძლებ, სრულყოფილად მიმოვიხილო, თუ როგორ ერგება სხვადასხვა სასამართლო ამ ოთხ[14] კრიტერიუმს, მაგრამ გამოვიყენებ ზოგიერთი იმ სასამართლოს მაგალითს, რომელიც, როგორც ჩანს, საინტერესოა წარმოდგენილი კრიტერიუმების მიმართ.

2. შემადგენლობა

ჩვენი კონფერენციის თემასთან დაკავშირებით, მინდა აღვნიშნო ფაქტი, რომ სადაც სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლოა, ძალზე რელევანტურია საკითხისთვის, სასამართლოსადმი მიმართვა ამოიწუროს მანამ, სანამ პირი შეძლებს ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში განაცხადის შეტანას. თუმცა ამ საკითხს მოგვიანებით შევეხები ინდივიდუალურ სარჩელზე მსჯელობისას.

2.1. სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლოები v. საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების განხორციელება საერთო სასამართლოების მიერ

როდესაც ჩვენ ვუყურებთ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების განმახორციელებელი სასამართლოების შემადგენლობას, შეგვიძლია თავიდანვე ერთმანეთისგან გავმიჯნოთ სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლოები (მაგალითად: ავსტრია, გერმანია, იტალია, რუსეთი, ესპანეთი) და მსგავსი მართლმსაჯულების განმახორციელებელი უმაღლესი სასამართლოები (მაგალითად: დანია,[15] ირლანდია,[16] ნორვეგია[17]).

პორტუგალიაში გამოიყენება კონცენტრირებული (ანუ, მხოლოდ ერთ სასამართლოს აქვს კანონმდებლობის გადახედვის უფლებამოსილება) და დიფუზიური მართლმსაჯულების (ყველა სასამართლო აღჭურვილია ამ უფლებით) განსაკუთრებული კომბინაცია. პორტუგალიაში საერთო სასამართლოებს შეუძლიათ, უარყონ იმ კანონის გამოყენება, რომელსაც ისინი არაკონსტიტუციურად ჩათვლიან, მაგრამ ასეთი მიდგომა დასაშვებია მხოლოდ კონკრეტულ შემთხვევაში, კანონი კი ადგილს „წიგნებში“ ინარჩუნებს. თუმცა, თუ ასეთი კანონი, სპეციალური განხილვის პროცედურის საფუძველზე სამჯერ იქნება მიჩნეული კონსტიტუციასთან შეუსაბამოდ, სახალხო დამცველის დეპარტამენტს შეუძლია, მიმართოს საკონ-

---

[13] როდესაც ვიყენებ ტერმინს – „გადაწყვეტილება“, ვგულისხმობ პროცედურულ და არსებით, შუალედურ და საბოლოო გადაწყვეტილებებს, რომლებიც შეიძლება იწოდებოდნენ განაჩენად, წარდგინებად, ორდონანსად და ა. შ.

[14] სტატიაში ავტორი სამ კრიტერიუმს განიხილავს, თუმცა აქ მითითებულია ოთხი. უნდა ვივარაუდოთ, რომ ტექსტში დაშვებულია ტექნიკური შეცდომა (მთარგ.).

[15] უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეები ფორმალურად დედოფლის მიერ ინიშნებიან,იუსტიციის მინისტრის რეკომენდაციის საფუძველზე, რომელსაც კანდიდატებს მოსამართლეთა დანიშვნის დამოუკიდებელი საბჭო წარუდგენს. ამ საბჭოს ხელმძღვანელობს უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლე და შედგება ორი მოსამართლისგან: პრაქტიკოსი იურისტისა და ფართო საზოგადოების ორი წარმომადგენლისგან. საბჭო მინისტრს წარუდგენს მხოლოდ ერთი კანდიდატის სახელს, რომელიც, როგორც წესი, ეთანხმება რეკომენდებულ კანდიდატურას. დანიშვნა ხდება განუსაზღვრელი ვადით.

[16] მოსამართლეები ინიშნებიან მთავრობასთან შეთანხმებით ირლანდიის პრეზიდენტის მიერ და თანამდებობას იკავებენ 70 წლის ასაკის მიღწევამდე.

[17] სასამართლოს თავმჯდომარე და სხვა მოსამართლეები აირჩევიან საბჭოში მეფის მიერ 70 წლის ასაკის მიღწევამდე. არჩევის დროს ისინი საშუალოდ 50 წლის არიან და კონსტიტუციის 91-ე მუხლის შესაბამისად, არ შეიძლება მათი თანამდებობაზე დანიშვნა 30 წლის ასაკამდე. მოსამართლეები არიან მაღალი თანამდებობის პირები და არ შეიძლება გათავისუფლდნენ თანამდებობიდან, გარდა სასამართლოს გადაწყვეტილების შემთხვევისა.

სტიტუციო სასამართლოს კანონის ძალადაკარგულად გამოცხადების მოთხოვნით, რომლის გადაწყვეტილებასაც კანონის გაუქმების ზოგადი ეფექტი ექნება.

საკონსტიტუციო სასამართლოების დაკომპლექტების თაობაზე გამოცემულ ანგარიშში[18] ვენეციის კომისია იმ დასკვნამდე მივიდა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოებზე შეძლებისდაგვარად უნდა აისახოს საზოგადოების სხვადასხვა ტენდენცია, ეროვნული უმცირესობების ჩათვლით. შემადგენლობის ჩამოყალიბების ამგვარი წესი უზრუნველყოფს ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვასა და განსაკუთრებით დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლას შორის მყარი კავშირის ჩამოყალიბებას. რაც უფრო მეტად ასახავს სასამართლო ქვეყნის შემადგენლობას, მით მეტად იქნება დაცული მრავალფეროვანი საზოგადოების წევრთა ძირითადი უფლებები.

ასეთი დაბალანსებული შემადგენლობის მაგალითია საკონსტიტუციო სასამართლო ბელგიაში – ლინგვისტური ნიშნის გამო ხანგრძლივი და, სამწუხაროდ, მიმდინარე დავების ისტორიის მქონე სახელმწიფოში, საკონსტიტუციო სასამართლო შედგება 6-6 ფრანგულენოვანი და ფლამანდიურად მოსაუბრე მოსამართლისგან. ეს ენობრივი ბალანსი ნაწილობრივ ემთხვევა ორ ლინგვისტურ ჯგუფში მემარცხენე-მემარჯვენე პოლიტიკურ ძალთა შორის ბალანსს. თავდაპირველად, სასამართლოს ეწოდებოდა „საარბიტრაჟო სასამართლო“, რადგან მისი მთავარი ამოცანა ორ, ხშირად დაპირისპირებულ, ლინგვისტურ ჯგუფს შორის „არბიტრობა“ იყო, ვიდრე ის არ ჩამოყალიბდა, ძირითადად, თანასწორობის საკითხებში დამუშავებული პრაქტიკით, სრულყოფილ საკონსტიტუციო სასამართლოდ. ის ასევე არის ერთადერთი საკონსტიტუციო სასამართლო, რომელსაც ჰყავს არა ერთი, არამედ ორი თავმჯდომარე, რომლებიც ორივე ენობრივ ჯგუფს წარმოადგენენ.

2.2. ხელისუფლების შტოებს შორის შეთანხმება v. მხოლოდ პარლამენტის მიერ არჩევა

სპეციალიზებულ საკონსტიტუციო სასამართლოებს შორის შესაძლებელია გამოვყოთ ორი მთავარი სისტემა, სადაც ან ყველა მოსამართლე აირჩევა პარლამენტის მიერ, კონსენსუსის უზრუნველყოფის მიზნით კვალიფიციური უმრავლესობის მიერ (მაგალითად: ბელგია, გერმანია,[19] უნგრეთი, პოლონეთი), ან გამოიყენება შერეული ფორმირების წესი, რომელშიც ხელისუფლების ორი ან სამი შტოც კი არის ჩართული. პორტუგალიაში მოქმედებს საინტერესო სისტემა, რომლის მიხედვითაც 10 მოსამართლე აირჩევა პარლამენტის მიერ, ხოლო 3 თავად სასამართლოს მოსამართლეების მიერ;

საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეთა დანიშვნაზე წინადადებების წარმოდგენისას, ერთი მხრივ, მთავრობისა და, მეორე მხრივ, პარლამენტის პალატების მონაწილეობით,[20] ავსტრიის კონსტიტუცია ხელისუფლების ორი შტოს ჩართულობას ითვალისწინებს;[21] ანალოგიურად, საფრანგეთშიც სახელმწიფო ხელისუფლების ორი შტოა მონაწილე:

[18] Venice Commission, Report on the Composition of Constitutional Courts, Science and Technique of Democracy, no. 20, (Council of Europe Publications, Strasbourg 1997), <http://www.venice.coe.int/docs/1997/CDL-STD%281997%29020-e.asp>.

[19] პარლამენტის ორი პალატიდან თითოეული ირჩევს 8 მოსამართლეს.

[20] ავსტრიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეები ინიშნებიან სახელმწიფოს მეთაურის მიერ ფედერალური მთავრობის წინადადების საფუძველზე, თავმჯდომარის მოადგილის, ექვსი რიგითი და სამი სარეზერვო მოსამართლის, ეროვნული კრების (პარლამენტის ქვედა პალატა) წარდგინებით – სამი რიგითი და ორი სარეზერვო მოსამართლის, და ფედერალური კრების (პარლამენტის ზედა პალატა) წინადადების საფუძველზე, სამი რიგითი და ერთი სარეზერვო მოსამართლის თანამდებობაზე. სამი რიგითი და ორი სარეზერვო მოსამართლე უნდა იყოს ვენის არარეზიდენტი პირი.

[21] სომხეთში საკონსტიტუციო სასამართლოს ხუთი მოსამართლე აირჩევა ეროვნული ასამბლეის მიერ მისი თავმჯდომარის წარდგინებით. დანარჩენი ოთხი წევრი აირჩევა რესპუბლიკის პრეზიდენტის მიერ მისი დისკრეციული გადაწყვეტილების შესაბამისად.

რესპუბლიკის პრეზიდენტი და პარლამენტის პალატების თავმჯდომარეები (სენატი და ეროვნული ასამბლეა). თითოეული მათგანი საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრთა ერთ მესამედს ნიშნავს. რესპუბლიკის ყოფილი პრეზიდენტები საკონსტიტუციო საბჭოს ***de jure*** წევრებად მიიჩნევიან სიცოცხლის ბოლომდე,[22] თუ ისინი არ დაიკავებენ საბჭოს წევრისთვის შეუთავსებელ თანამდებობას, რა დროსაც მათ შეეზღუდებათ სხდომაში მონაწილეობის უფლება;[23]

იტალიაში საკონსტიტუციო სასამართლოს ხუთი მოსამართლე აირჩევა პარლამენტის კვალიფიციური უმრავლესობით, ხუთი მოსამართლე აირჩევა რესპუბლიკის პრეზიდენტის მიერ და ხუთი – უმაღლესი სასამართლოების მიერ;[24] ესპანეთში ოთხი მოსამართლიდან თითოეული აირჩევა პარლამენტის ორივე პალატის მიერ, ორ მოსამართლეს მთავრობა და ორსაც იუსტიციის საბჭო ნიშნავს. ეს მოდელი, რომელიც გულისხმობს ხელისუფლების სამივე შტოს ჩართულობას, გამოიყენება ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპის ზოგიერთ ქვეყანაში (მაგალითად: საქართველო[25], რუმინეთი[26], უკრაინა[27]).

2.3. საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეთა „პოლიტიზაციის“ საფრთხეები

ამ წლის სექტემბერში თურქეთში მიღებული საკონსტიტუციო ცვლილებები უზრუნველყოფს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს ამჟამინდელი 17 მოსამართლე, სამის გარდა, პარლამენტის მიერ აირჩევა.[28] სავარაუდოა, რომ ეს გამოიწვევს პარლამენტის მიერ სასამართლოს პოლიტიკურ კონტროლს. პირადად მე ვეჭვობ, რომ ასეთი შიში მაშინ ყალიბდება, როცა მოსამართლეებს კვალიფიციური უმრავლესობით ირჩევენ. შევხედოთ გერმანიის მაგალითს, სადაც ყველა მოსამართლე არჩეულია პარლამენტის მიერ. იქ აღმოვაჩენთ, რომ მოსამართლეთა დანიშვნა ნამდვილად არის მოლაპარაკების საგანი პოლიტიკურ პარტიებს შორის, რომლებიც მოსამართლეებს საკუთარი „კვოტის“ ფარგლებში წარადგენენ. მიუხედავად ამისა, ეს სულაც არ ნიშნავს, რომ მოსამართლეები იმ პარტიას წარმოადგენენ, რომელთაც წარადგინეს ისინი. მოსამართლეები იზღუდებიან კონსტიტუციით, იმოქმედონ ერთობლივად, როგორც კოლეგიამ, და სერიოზულად მიიღონ მათი წარმდგენი პარტიის მიმართ „უმადურობის ვალდებულება“. ხანდახან პოლიტიკური პარტიები გაოცებულნი რჩებიან „მათი მოსამართლეების“ დამოკიდებულებით, რომელიც მოსამართლეთა განსხვავებულ აზრში მჟღავნდება.[29]

---

[22] პრაქტიკაში რესპუბლიკის ყოფილი პრეზიდენტები არ მონაწილეობენ „კონსტიტუციურობის თაობაზე განჩინების პრიორიტეტულობის“ ახალ პროცედურაში, რომელიც ინდივიდებს საკონსტიტუციო სასამართლოსადმი არაპირდაპირი მიმართვის საშუალებას აძლევს, რითაც იგი სრულფასოვანი ex posteriori საკონსტიტუციო სასამართლო გახდა.

[23] სხვადასხვა სასამართლოს წევრთა არჩევის სისტემის თაობაზე მეტი ინფორმაციისთვის იხ. CODICES-ის მონაცემთა ბაზა, ბმულის – „აღწერილობისა“ და „შემადგენლობა და ორგანიზაცია“ – ქვეშ.

[24] სამი მოსამართლე აირჩევა საკასაციო სასამართლოს მიერ, ერთი – სახელმწიფო საბჭოს (უმაღლესი ადმინისტრაციული სასამართლო) მიერ, ერთი – საანგარიშო სასამართლოს მიერ.

[25] საკონსტიტუციო სასამართლოს სამი წევრი აირჩევა საქართველოს პრეზიდენტის მიერ, სამი – პარლამენტის მიერ არანაკლებ პარლამენტის წევრთა 3/5-ის შემადგენლობით და სამი – უზენაესი სასამართლოს მიერ.

[26] სამი მოსამართლე აირჩევა მთავრობის მიერ, სამი – პარლამენტის მიერ, და სამიც – რესპუბლიკის სახელმწიფოს მეთაურის მიერ.

[27] უკრაინის პრეზიდენტი, პარლამენტისა და მოსამართლეთა კონგრესი საკონსტიტუციო სასამართლოში 6-6 წევრს ირჩევენ.

[28] მანამდე 11 წევრი.

[29] Lamprecht R, Richter contra Richter Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur; (Nomos, Baden-Baden 1992).

2.4. საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელებისას მოსამართლეთა სპეციალიზაცია

განსხვავება სპეციალიზებულ საკონსტიტუციო სასამართლოებსა და უმაღლეს სასამართლოებს შორის ბუნდოვანია იმ ფაქტის გამო, რომ ზოგიერთ ქვეყანაში უმაღლესი სასამართლოების მოსამართლეთა შერჩევა ძალზე პოლიტიკური საკითხია, რისთვისაც ამერიკის შეერთებული შტატების მაგალითიც კი საკმარისია. იმ სახელმწიფოებში, სადაც უმაღლესი სასამართლო ახორციელებს საკონსტიტუციო იურისდიქციას, მისი შემადგენლობის ჩამოყალიბება უფრო ხშირადაა მკაცრი დაკვირვებისა და „დაბალანსების“ ქვეშ, ვიდრე საკონსტიტუციო იურისდიქციის მქონე ქვეყნებში საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეთა არჩევა. და, რაც მთავარია, ჩემი აზრით, ეს ხდება არა მაშინ, როცა სასამართლო „საკონსტიტუციო სასამართლოდ იწოდება“, არამედ – როცა მისი მოსამართლეები სრულად მხოლოდ საკონსტიტუციო მოსამართლეები არიან.

უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეები, რომლებიც საერთო სასამართლოების იერარქიის სათავეში იმყოფებიან და რომელთაც უწევთ დიდი რაოდენობით სამოქალაქო და სისხლის სამართლის საქმეების განხილვა, იყენებენ კანონს, მაგრამ ისინი ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, სავალდებულო წესით არ ამოწმებენ ამ კანონების კონსტიტუციასთან შესაბამისობას, მაშინ, როდესაც სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლოს მთავარი ამოცანა სწორედ ესაა. სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეს მთავარი აქცენტი გადააქვს არა კანონის გამოყენებაზე, არამედ მის განხილვაზე. მართალია, მხარეები უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეებსაც სთხოვენ, შეამოწმოს კანონის კონსტიტუციურობა და, რა თქმა უნდა, განსაკუთრებული ყურადღება ექცევა ასეთ მოთხოვნას, მიუხედავად ამისა, ჩემს აზრზე დავრჩები, რომ კანონისადმი ზოგადი დამოკიდებულება განსხვავებული იქნება იმ მოსამართლის მიერ, რომელსაც სთხოვენ კანონის კონსტიტუციურობის კონტროლს, როგორც უმთავრეს საკითხს, იმ მოსამართლესთან შედარებით, რომელმაც უნდა და შეიძლება განახორციელოს იგი.

ამ მოსაზრების შეჯამების მიზნით მე მხოლოდ გავიმეორებ, რომ სასამართლოს სახელწოდებას მნიშვნელობა არ აქვს. საერთო სასამართლოების იერარქიის სათავეში მყოფი ამერიკის შეერთებული შტატების უმაღლესი სასამართლო ***de facto*** შეარჩევს მხოლოდ „საკონსტიტუციო შემთხვევებს“ მისი ***certiorari*** გაცხრილვის მეშვეობით.

3. იურისდიქციის[30] სახეები

საკონსტიტუციო სასამართლოში ინდივიდუალური სარჩელის განხილვამდე მოკლედ შევეხები კლასიკურ განსხვავებებს აბსტრაქტულ და კონკრეტულ კონტროლს,[31] ***a priori*** და ***a posteriori*** კონტროლს შორის.

---

[30] ტერმინი „Jurisdiction" სტატიაში გამოიყენება საკონსტიტუციო იურისდიქციის, საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების, საკონსტიტუციო კონტროლის მნიშვნელობით. (მთარგ.)

[31] საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ინდივიდუალური ხელმისაწვდომობის შესახებ საკუთარ დასკვნაში (CDL-AD(2010)039rev) ვენეციის კომისია თავს არიდებს ტერმინს – „კონკრეტული კონტროლი", რადგან გერმანულ დოქტრინაში ეს ტერმინი მხოლოდ საერთო სასამართლოების წარდგინების განხილვის აღსანიშნავად და არა ყველა კონკრეტულ საქმესთან მიმართებით გამოიყენება, რაც გამორიცხავს ინდივიდუალურ მოსარჩელეებს, რომლებიც „კონკრეტული შემთხვევებია" მათ ქვეყნებში.

3.1. აბსტრაქტული კონტროლი v. კონკრეტულ შემთხვევასთან დაკავშირებული კონტროლი

ევროპაში სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლოების მიერ აბსტრაქტული კონტროლის განხორციელება კელზენის კონცეფციის შედეგია, როდესაც სახელმწიფო ორგანოები (სახელმწიფოს მეთაური, მთავრობა, პარლამენტი – თავისთავად, და, ხშირად, საპარლამენტო უმცირესობები) აღჭურვილნი არიან უფლებამოსილებით, მოითხოვონ კანონის კონსტიტუციურობის კონტროლი ამ კანონის გამოყენების კონკრეტული შემთხვევის არარსებობისას.

აბსტრაქტული კონტროლი ხანდახან კრიტიკის საგანი ხდება მოსამართლეებისთვის საკანონმდებლო ხელისუფლების განხორციელების უფლების მიცემის გამო, რამდენადაც მათ შეუძლიათ, გამორიცხონ პარლამენტის პოლიტიკური ინიციატივები.[32] მაგალითად, გერმანიაში, ნამდვილად შეიძლება ითქვას, რომ ოპოზიცია საკონსტიტუციო სასამართლოს ხანდახან მოუწოდებს, შეამოწმოს კანონის კონსტიტუციურობა, თუნდაც ეს კანონი, სავარაუდოდ, კონსტიტუციის შესაბამისი იყოს. შეიძლება, ოპოზიციის პოლიტიკური დღის წესრიგის შემადგენელი ნაწილი იყოს – მოითხოვონ პოლიტიკური დავების ეფექტურად მოგვარება.[33] „პოლიტიკური საკითხის" ამერიკული დოქტრინა არ იძლევა პრაქტიკულ გამოსავალს საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის, რომელსაც აქვს ვალდებულება, პასუხი გასცეს კონსტიტუციურობის საკითხს. თუმცა მიმაჩნია, რომ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება სიცოცხლისუნარიანია ისეთი საქმეების არსებობისას, რომლებიც პრაქტიკაში არც ისე ხშირია, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ვინმე მათ უფლებით ბოროტად სარგებლობად მიიჩნევს. საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება აუცილებლად ახლოსაა პოლიტიკასთან და საკონსტიტუციო სასამართლოსადმი მიმართვას პოლიტიკოსებისთვის ლეგიტიმური ინტერესი აქვს. პოლიტიკურად მოტივირებული სარჩელი პრობლემა არ უნდა იყოს, სანამ საკონსტიტუციო სასამართლო თავად არაა პოლიტიზებული.

Actio popularis, რომელიც ნებისმიერ პირს აძლევს უფლებას, მოითხოვოს კანონის აბსტრაქტული კონტროლი პირადი ინტერესის გარეშე, არის სხვა შემთხვევა, რადგან მას შეუძლია, გამოიწვიოს დიდი რაოდენობის საქმეები, რომლებმაც შესაძლოა, შეაჩეროს საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმიანობა და გახადოს იგი უუნარო, გონივრულ დროში განიხილოს აქტუალური საკითხები, ადამიანის ძირითადი უფლებების საქმეების ჩათვლით. მონტენეგროს შესახებ ვენეციის კომისიის დასკვნაში ხორვატიის საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე ომეჯეკმა გაგვაფრთხილა ***actio popularis***-თან დაკავშირებული საფრთხეების თაობაზე, იმაზე მითითებით, რომ ერთმა ადამიანმა 800 განაცხადი წარადგინა მის სასამართლოში, რამაც სასამართლოს საქმიანობის მნიშვნელოვანი ხელშეშლა გამოიწვია.[34] ეს გაფრთხილება ექოსავით გაისმა ვენეციის კომისიის მიერ 2010 წლის დეკემბრის პლენარულ სესიაზე მიღებულ დასკვნაში, რომელიც საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებისადმი ინდივიდუალურ მიმართვას შეეხებოდა.[35]

---

[32] *Sweet A.S,* The Politics of constitutional review in France and Europe, ICON, Vol. 5, No.1, 2007; Sheive W., Sheive S.W., Central and Eastern Europe constitutional courts and the anti-majoritarian objection to judicial review, Law and Policy in International Business, 1995, <www.clas.ufl.edu/users/kreppel/pos6933/sheive.pdf> ნანახია [10/2010].

[33] იხ. ფედერაციის ყოფილ პრეზიდენტ კიოლერის სიტყვით გამოსვლა საკონსტიტუციო სასამართლოს ახალი თავმჯდომარის დანიშვნის ღონისძიებაზე: http://www.bundespraesident.de/Reden-und-Interviews/Reden-Horst-Koehler-,12213.663872/Das-Bundesverfassungsgericht-i.htm ნანახია: [10.2010].

[34] Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of Montenegro, adopted by the Venice Commission at its 76th Plenary Session (Venice, 17-18 October 2008, CDL-AD(2008)030), para. 51.

[35] CDL-AD(2010)039rev.

3.2. A *priori* v. *a posteriori* იურისდიქცია

განსხვავება *a priori* და *a posteriori* კონტროლთა შორის მნიშვნელოვანია, რამდენადაც კონტროლის ბუნებას უკავშირდება. სასამართლოს მიერ *a priori* კონტროლის ყველაზე მნიშვნელოვანი მაგალითი საფრანგეთის საკონსტიტუციო საბჭოა, რომელიც, გარდა მისი ძირითადი ფუნქციისა, როგორც საარჩევნო სასამართლო, აკონტროლებს კანონებს საფრანგეთის რესპუბლიკის პრეზიდენტის მიერ მათი ხელმოწერის შემდგომ. მას შემდეგ, რაც ბოლო დროს დაინერგა „კონსტიტუციურობის თაობაზე განჩინების პრიორიტეტულობის" პროცედურა[36] კონსტიტუციის 61.1 მუხლის საფუძველზე, საკონსტიტუციო საბჭო რადიკალურად შეიცვალა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიმართულებით *a posteriori* კონტროლის კონკრეტულ შემთხვევებში გამოყენებით.

A priori კონტროლი არსებითად უფრო „პოლიტიკური" ხასიათისაა, ვიდრე უკვე მოქმედი კანონის კონსტიტუციურობის კონტროლი, რადგან სასამართლო ჩარევა ხდება კანონის მიღებისთანავე, როცა პოლიტიკური დებატები ჯერ ისევ „ცხელია" და როდესაც ოპოზიცია ხედავს კანონის გაუქმებისათვის მის ბოლო იმედს საკონსტიტუციო სასამართლოს (საფრანგეთში – საკონსტიტუციო საბჭო) მეშვეობით. *A priori* კონტროლის უპირატესობა ისაა, რომ არაკონსტიტუციური შინაარსის კანონი ვერასდროს შევა ძალაში, რითაც საზოგადოებაზე მოსალოდნელი უარყოფითი გავლენის თავიდან აცილება ხდება.

მეორე მხრივ, *A priori* კონტროლი, განმარტების შესაბამისად, უფრო აბსტრაქტულია და ვერ ითვალისწინებს კანონის აღსრულებას. თუმცა ხშირად კანონმდებლობის ნეგატიური შედეგები მხოლოდ პრაქტიკაში შეიძლება დადგეს საერთო სასამართლოების მიერ შესაძლო არაკონსტიტუციური კანონის გამოყენებით. მაშინაც კი, როცა *a priori* და *a posteriori* კონტროლის სახეები თანაარსებობენ, საკონსტიტუციო სასამართლოსათვის მაინც რთულია *a posteriori* კონტროლის მეშვეობით იმ კანონის არაკონსტიტუციურობის გამოვლენა, რომელიც *a priori* კონტროლის დროს კონსტიტუციურად მიიჩნია, რადგან ეს შეიძლება ჩაითვალოს სასამართლოს მიერ განხორციელებული კონტროლისას შეცდომის აღიარების ტოლფასად.

A priori კონტროლი ნამდვილად გამოსადეგია საერთაშორისო ხელშეკრულებების რატიფიკაციის დროს. რატიფიკაციის შემდგომ სახელმწიფო იბოჭება ხელშეკრულებით და თუ საკონსტიტუციო სასამართლო მხოლოდ მოგვიანებით აღმოაჩენს კონსტიტუციასთან მის შეუსაბამობას, სახელმწიფო რთულ მდგომარეობაში აღმოჩნდება. ის ვეღარ შეძლებს, ისარგებლოს ეროვნული კანონმდებლობით, რადგან ხელშეკრულება, რომლის შინაარსითაც ის იბოჭება, საერთაშორისო სამართალს მიეკუთვნება. აქედან გამომდინარე, რიგი სახელმწიფოებისა ითვალისწინებენ საერთაშორისო ხელშეკრულებების *a priori* კონტროლს (მაგალითად: სომხეთი, ავსტრია, ესპანეთი).

3.3. ადამიანის უფლებათა იურისდიქცია – ინდივიდუალური სარჩელები

ინდივიდების მიერ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიმართვისთვის შემუშავებულია სხვადასხვა მეთოდი: ეს დიაპაზონი მოიცავს ომბუდსმენის მეშვეობით ირიბ გზას – საერთო სასამართლოებისათვის მიმართვას, მაგალითად, კონსტიტუციურ წარდგინებებს; პირდაპირი

[36] ეს არის თარგმანი, რომელიც გამოიყენება საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ „question prioritaire de constitutionnalité", იხ. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/priority-preliminary-rulings-on-the-issue-of-constitutionality/priority-preliminary-rulings-onthe-issue-of-constitutionality.48002.html> [10.2010]

მიმართვის სხვადასხვა ფორმას, როგორიცაა „ინდივიდუალური წარდგინება"[37]; ნორმატიულ კონსტიტუციურ სარჩელს; და სრულ ინდივიდუალურ კონსტიტუციურ სარჩელს. ზემოთ უკვე შევეხე ***actio popularis***-ს.

აქ მხოლოდ ნორმატიულ და სრულ კონსტიტუციურ სარჩელებს მიმოვიხილავ. ეს უკანასკნელი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია სამართლებრივი საშუალებების ამოწურვის მოთხოვნის გათვალისწინებით, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსათვის მიმართვის თვალსაზრისით.

ტერმინი ინდივიდუალური სარჩელი მოიცავს მიმართვის ორ ძირითად ფორმას, რომლებიც უნდა განვასხვაოთ განსახილველი აქტის მიხედვით. საკონსტიტუციო სასამართლოში წარდგენილი პირდაპირი კონსტიტუციური სარჩელები შეიძლება მიმართული იყოს, ზოგადად, მხოლოდ ნორმატიული აქტის (მაგალითად: კანონის, ზოგჯერ განკარგულების) ან ინდივიდუალური აქტის მიმართ.

ორივე ტიპის მიმართვის შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლოს ჩარევა ხდება მას შემდეგ, რაც საერთო სასამართლოები მიიღებენ გადაწყვეტილებას. ამ ორი ტიპის სასამართლოებს შორის ურთიერთობა არის რელევანტური, ზოგჯერ კი მათ შორის დაპირისპირებაა. უნგრეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარემ განასხვავა „საკანონმდებლო კონტროლი მართლმსაჯულების კონტროლისგან"[38], რადგან არა ყველა უმაღლესი სასამართლო მიიჩნევს სხვა სასამართლოებს მათზე მაღლა მდგომებად.

3.4. ნორმატიული კონსტიტუციური სარჩელი[39]

აქ განვიხილავთ პირის მიერ მასთან დაკავშირებულ კონკრეტულ საქმეზე წარდგენილ ინდივიდუალურ სარჩელს ნორმატიული აქტის (კანონი ან სხვა ზოგადი რეგულაცია, მაგალითად განკარგულება)[40] თაობაზე, რომელიც ეწინააღმდეგება კონსტიტუციას და ეს არაკონსტიტუციურობა ლახავს მის ძირითად უფლებებს. სარჩელის ეს სახე არსებობს, მაგალითად: სომხეთში, აზერბაიჯანში, ხორვატიაში, საქართველოში, ლატვიაში, რუსეთსა და უკრაინაში.[41] სასამართლო განხილვის საგანია არა საერთო სასამართლოს ბოლო ინსტანციის

[37] „ინდივიდუალური წარდგინება" საინტერესო საშუალებაა ინდივიდებისათვის, მიმართონ საკონსტიტუციო სასამართლოს კანონმდებლობის გადასინჯვის თხოვნით. ამ ტიპის მიმართვა მოქმედებს ალბანეთში, უნგრეთში, პოლონეთსა და რუმინეთში. საკონსტიტუციო სასამართლოს აქვს მიმართვის მიღების ან არმიღების დისკრეცია. მონტენეგროსა და სერბეთში სასამართლომ უნდა დაასაბუთოს საკითხის განხილვაზე უარი.

[38] ***Paczolay P.,*** **Venice Commission, Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session (Venice, 18-19 June 2004, CDL-AD(2004)024).**

[39] **Unechte Verfassungsbeschewerde** გერმანული ტერმინია, რომელიც უხეშად შეიძლება ითარგმნოს როგორც „არარეალური" კონსტიტუციური სარჩელი.

[40] ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპის ზოგ ქვეყანაში სამართლებრივი აქტის „ნორმატიულ აქტად" კვალიფიკაცია „ნორმატიული აქტების შესახებ" სპეციალური კანონითაა განსაზღვრული. საკონსტიტუციო სასამართლოში აქტის გასაჩივრება ამ აქტის კვალიფიკაციაზეა დამოკიდებული. ნორმატიული აქტების შესახებ იხ.: **The opinions on the Venice Commission on the Draft Law on normative Legal Acts of Azerbaijan adopted by the Venice Commission at its 83rd Plenary Session (Venice, 4 June 2010, CDLAD(2010)017) and the Avis sur le Projet de Loi sur les actes normatifs de Bulgarie adoptè par la Commission de Venise lors de sa 81e session plènière (Venise, 11-12 dècembre 2009, CDLAD(2009)053).**

[41] თუ ინდივიდები აცხადებენ, რომ მათი ძირითადი უფლებების დარღვევა გამოიწვია საერთო სასამართლოების მიერ კანონის ინტერპრეტაციის ფარგლების გადაცილებამ, მათ შეუძლიათ, კანონის სავალდებულო განმარტების თხოვნით მიმართონ საკონსტიტუციო სასამართლოს უკრაინის კონსტიტუციის 95.2 მუხლის შესაბამისად; მაშინაც კი, თუკი პროცედურები უშუალოდაა მიმართული კანონის მბოჭავი ინტერპრეტაციისკენ, სასამართლოს ასევე შეუძლია მივიდეს დასკვნამდე – გამოაცხადოს კანონი არაკონსტიტუციურად.

გადაწყვეტილება (როგორც სრული კონსტიტუციური სარჩელის შემთხვევაშია, რომელიც ქვემოთ განიხილება), არამედ ნორმატიული აქტი, რომელსაც ბოლო ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება ეფუძნება. ეს ნიშნავს, რომ საერთო სასამართლოში უკვე მიმდინარეობდა სამართალწარმოება კონკრეტულ შემთხვევებში.[42]

საკონსტიტუციო სასამართლო შეისწავლის კანონის კონსტიტუციურობას, მაგრამ უპირატესობა აქვს, ეს კანონი კონკრეტულ შემთხვევაში გამოყენებული ნახოს, რაც უკეთ გამოავლენს კანონის არაკონსტიტუციურობას, ვიდრე აბსტრაქტული კონტროლისას. თუ საკონსტიტუციო სასამართლო დაასკვნის, რომ კანონი არაკონსტიტუციურია, ის გააუქმებს კანონს და შესაბამის საქმეს უკან გადაუგზავნის საერთო სასამართლოს ბოლო ინსტანციას, რომელიც კვლავ განიხილავს საქმეს და გადაწყვეტს მას კანონის არარსებობის მიუხედავად.

საქმის ხელახლა განხილვა ასევე საჭიროა, თუ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ კანონის კონსტიტუციის შესაბამისი ინტერპრეტაცია გამორიცხავს უმაღლესი სასამართლოს (ან ბოლო ინსტანციის სასამართლოს) მიერ მანამდე გაცემულ განმარტებას.

ნორმატიული კონსტიტუციური სარჩელის უპირატესობა, ჩვეულებრივ, ისაა, რომ იგი ნაკლებ დაპირისპირებას იწვევს საკონსტიტუციო და უმაღლეს სასამართლოებს შორის, რადგან ამ უკანასკნელის გადაწყვეტილება არ უქმდება და უმაღლეს სასამართლოს შეუძლია, თავად განიხილოს ხელახლა საქმე და „ღირსეულად“ მიიღოს ახალი გადაწყვეტილება.

მიუხედავად ამისა, პრობლემები ხანდახან მაინც ჩნდება. მაგალითად, აზერბაიჯანში უმაღლესმა სასამართლომ მსგავსი საქმეები ხელახლა არ განიხილა, ან განიხილა კანონის იმავე ინტერპრეტაციით, როგორითაც საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო ისინი. როგორც ჩანს, უმაღლეს სასამართლოს უჭირს აღიაროს, რომ ის არა მხოლოდ შეცდა კანონის ინტერპრეტაციისას, არამედ თავადვეა ვალდებული, გამოასწოროს შეცდომა.[43] როგორც ჩანს, უმაღლესი სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მარტივად გაუქმება (როგორც სრული კონსტიტუციური სარჩელის შემთხვევაში, რომელიც ქვემოთაა განხილული), ყველაზე ნაკლები ბოროტება იქნებოდა.

ამას ჩვენ მივყავართ სრულ კონსტიტუციურ სარჩელთან.

3.5. სრული კონსტიტუციური სარჩელი

სრული კონსტიტუციური სარჩელით[44] მოსარჩელე ასაჩივრებს ბოლო ინსტანციის (რითაც ამოწურავს სამართლებრივ საშუალებებს) სასამართლოს იმ გადაწყვეტილებას, რომელიც, სავარაუდოდ, არღვევს მის უფლებას. სარჩელის ასეთი ფორმა გავრცელებულია, მაგალითად: ალბანეთში, ავსტრიაში[45], ბელგიაში, ჩეხეთის რესპუბლიკაში, გერმანიაში, ლიხტენშტაინსა და ესპანეთშიც კი, მიუხედავად ამ ქვეყნებში ხელმისაწვდომობის პირობების განსხვავებულობისა.

[42] საკონსტიტუციო და საერთო სასამართლოებს შორის ურთიერთობის შესახებ იხ. Alen A., Melchior M., Renauld B., Meersschaut F., Courtoy C., The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts, General Report of the XIIth Congress of Conference of European Constitutional Courts, Brussels, 14-16 May 2002, ხელმისაწვდომია: <http://www.confcoconsteu.org/reports/General%20report-EN.pdf> ნანახია: [11.2010]

[43] Conference on the „Execution of decisions of Constitutional Courts" (Baku, Azerbaijan, 14-15 July 2008) – Synopsis, CDL-JU(2008)051syn.

[44] Echte Verfassungsbeschwerde – გერმანულად, რაც ნიშნავს „რეალურ კონსტიტუციურ სარჩელს". იხ. Brunner G., Der Zugang des Einzelnen zur erfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, CDL-JU(2001)022.

[45] მხოლოდ ადმინისტრაციულ საქმეებზე და მანამდეც (უმაღლესი) ადმინისტრაციული სასამართლო აკონტროლებდა კანონიერებას.

სრული კონსტიტუციური სარჩელი მოსარჩელეს იცავს არა მხოლოდ არაკონსტიტუციური კანონებისგან, რომელიც ნორმატიული კონსტიტუციური სარჩელის მოქმედების არეალში ექცევა, არამედ ის ასევე მოიცავს კონსტიტუციური კანონების არაკონსტიტუციურ გამოყენებას. ორივე შემთხვევაში ბოლო ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება უქმდება, პირველ შემთხვევაში კი არაკონსტიტუციურად ცხადდება კანონი.

სრული კონსტიტუციური სარჩელი ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვის ალბათ ყველაზე ეფექტური საშუალებაა, თუმცა არსებობს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადატვირთვასთან დაკავშირებული მუდმივი საფრთხეები. ის წარმოშობს უფრო დიდი რაოდენობის საქმეებს, ვიდრე ნორმატიული კონსტიტუციური სარჩელი, რადგან, გარდა არაკონსტიტუციურ კანონთან დაკავშირებული შემთხვევებისა, შეიძლება გასაჩივრდეს კონსტიტუციის შესაბამისი კანონების არაკონსტიტუციური მნიშვნელობით გამოყენება. მაგალითად: 2009 წელს გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს 6000-ზე მეტ საქმესთან მოუწია გამკლავება,[46] რომელთაგან სარჩელთა მხოლოდ 2%-ზე ნაკლები იყო წარმატებული[47]; ესპანეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ განიხილა 10700-ზე მეტი კონსტიტუციური სარჩელის ესპანური ვარიანტი – *amparos*.[48]

იმისათვის, რომ საქმეთა ასე დიდ რაოდენობასთან მოხდეს გამკლავება, საჭიროა შესაბამისი „ფილტრები“ და ორგანიზაციული ღონისძიებები. ვენეციის კომისიის ანგარიშის პროექტი, რომელიც საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებისადმი ინდივიდუალურ მიმართვას შეეხება, ითვალისწინებს მთელ რიგს „ფილტრებისას“, როგორებიცაა: დროის ლიმიტები, სამართალწარმოების საფასური, კანონიერი წარმომადგენლის ყოლის ვალდებულება და, რაღა თქმა უნდა, სამართლებრივი საშუალებების ამოწურვის ვალდებულება.[49] ორგანიზაციული ღონისძიებები შეიძლება გულისხმობდეს მცირე პალატების ჩამოყალიბებას, მოსამართლეთათვის საქმის მასალების მომზადების მიზნით სამართლებრივი თანაშემწეების დანიშვნას და ეფექტურ IT სამუშაო სისტემას.

ზოგიერთი მტკიცებით, საკონსტიტუციო სასამართლოებს, ამერიკის შეერთებული შტატების უმაღლესი სასამართლოს მსგავსად, უნდა ჰქონდეთ საქმეთა შერჩევის უფლება. ასეთი დისკუსია მიმდინარეობს სლოვენიაში, სადაც საკონსტიტუციო სასამართლო ასევე პირისპირ ეჯახება საქმეთა დიდ რაოდენობას. პირადად მე სიფრთხილით ვეკიდები ასეთი ნაბიჯების გადადგმას, რადგან ინდივიდთა ძირითადი უფლებების ეფექტური დაცვა ომისშემდგომი ევროპის მთავარი მიღწევაა ორივე – როგორც ეროვნული, ისე ევროპის – მასშტაბით. ყოველთვის იარსებებს გადაწყვეტილებები, რომელთაც სამართლის განვითარებისთვის არანაირი მნიშვნელობა ექნება და შეიძლება უმნიშვნელო შემთხვევებად ჩანდნენ. თუმცა ამ საქმეებთან დაკავშირებულ პირთა კონსტიტუციური უფლებების დაკმაყოფილება შეიძლება სერიოზულად შეფერხდეს და სამართლის მისაღწევად ინდივიდუალური სარჩელი მათი ბოლო იმედი იყოს. სანამ ყველა შესაძლო „ფილტრისა“ და ორგანიზაციული ღონისძიების ჩამოყალიბება და შემოწმება არ მოხდება, მე თავს შევიკავებდი, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, ადამიანის ძირითადი უფლებების ეფექტური დაცვის დაპირებისაგან.

---

[46] <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2009/A-II-1.html> ნანახია; [04.2011].

[47] <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2009/A-IV-2.html> ნანახია: [04.2011].

[48] <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2009.aspx ნანახია [04.2011].

[49] გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო განმცხადებლებს აცნობებს აშკარად დაუსაბუთებელი ან სავარაუდოდ წარუმატებელი საჩივრის თაობაზე. მიუხედავად ამისა, მათ შეუძლიათ, მოითხოვონ სასამართლოს მიერ საჩივრის განხილვა. იხ., Merkblatt Über die erfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, at: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/vb_merkblatt.html> ნანახია: [10.2010].

3.6. კონსტიტუციური სარჩელი და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო

საკონსტიტუციო სასამართლოსა და ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს შორის ურთიერთობა განსაკუთრებით საინტერესოა, როცა ინდივიდებს საკონსტიტუციო სასამართლოსადმი პირდაპირი მიმართვის უფლება აქვთ. მთავარი კითხვა, რომელსაც პასუხი უნდა გაეცეს, ესაა – უნდა ამოწუროს თუ არა ინდივიდმა გასაჩივრების ყველა შიდაეროვნული საშუალება, რათა მიეცეს სტრასბურგის სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის 35-ე მუხლის შესაბამისად, „სასამართლომ შეიძლება მხოლოდ მაშინ განიხილოს საქმე, თუ შიდასამართლებრივი საშუალებები ამოწურულია“. საკითხი – საკონსტიტუციო სასამართლოში წარდგენილი სარჩელი არის თუ არა ასეთი საშუალება, თავის მხრივ, დამოკიდებულია იმაზე, არის თუ არა „ეფექტური საშუალება“ კონვენციის მე-13 მუხლის მნიშვნელობით; საკითხი იმის თაობაზე, არის თუ არა ინდივიდუალური სარჩელი ამგვარი ეფექტური საშუალება და უნდა იქნეს თუ არა ამოწურული, რთულია, და არა მხოლოდ განსხვავებულია სხვადასხვა ქვეყანაში, არამედ, ასევე, დამოკიდებულია სავარაუდო დარღვევის არსებობასა და საკონსტიტუციო სასამართლოს შესაძლებლობაზე, უზრუნველყოს სათანადო ანაზღაურება. საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებისადმი ინდივიდუალური მიმართვის თაობაზე ვენეციის კომისიის წინასწარ ანგარიშში განხილულია მოსაზრება, რომ, უბრალოდ, არაკონსტიტუციურად გამოცხადება სტრასბურგის სასამართლოსთვის საკმარისი არაა.[50] სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა განახორციელოს წესრიგის ეფექტურად დასამყარებლად საჭირო ღონისძიებები. სასამართლო ხელმისაწვდომი უნდა იყოს ნებისმიერი ინდივიდისთვის: საკონსტიტუციო სასამართლოს პროცედურის დასაშვებობის ხარჯები მას, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს თვალთახედვით, „არაეფექტურს“ ხდის. საკონსტიტუციო სასამართლოს უნდა შეეძლოს, განახორციელოს შუალედური ღონისძიებები გარდაუვალი ზიანის თავიდან ასაცილებლად.[51]

კიდევ უფრო რთულადაა საქმე გაჭიანურებული საქმისწარმოების შემთხვევაში. აქ საკონსტიტუციო სასამართლომ კიდეც უნდა უზრუნველყოს პროცესის დაჩქარებისათვის საჭირო ღონისძიებები (მაგალითად, შეძლოს საერთო სასამართლოებისათვის დავალების მიცემა, დააჩქარონ სასამართლო პროცესი) და, ამავე დროს, კომპენსაციის გაცემა, რომლის ოდენობაც არ უნდა იყოს მნიშვნელოვნად დაბალი, ვიდრე ესაა მსგავსი შემთხვევების არსებობისას ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში.[52]

შეგვიძლია დავასკვნათ, კონსტიტუციური სარჩელების იმ ეფექტურ საშუალებად მიჩნევისათვის, რომელიც უნდა ამოიწუროს, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოთხოვნები საკმაოდ მაღალია, მაგრამ განსხვავებული, საკითხში მოცემული უფლებიდან გამომდინარე.

ახლა შევეხოთ არაკონსტიტუციურობის თაობაზე საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების ეფექტს.

---

50 *Ihan v.* Turkey (App no 22277/93) (2000) Reports of Judgments and Decisions 2000-VII, para. 58.

51 *Čonka v.* Belgium (App no 51564/99) (2002) Reports of Judgments and Decisions 2002-I, para. 79.

52 იხ. ვენეციის კომისიის დასკვნა ეროვნული საშუალებების ეფექტურობის შესახებ სამართალწარმოების გაჭიანურებულ ვადებთან მიმართებით, რომელიც კომისიის მიერ მიღებულია 69-ე პლენარულ სესიაზე, (Venice, 15-16 December 2006, CDL-AD(2006)036rev).

4. არაკონსტიტუციურობის თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილებების ეფექტი

ზოგადად, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები საბოლოო და სავალდებულოა. მათი გასაჩივრების შესაძლებლობა არ არსებობს. წარსულში პოლონეთისა და რუმინეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებებისთვის შეიძლებოდა, გადაეხედა პარლამენტს,[53] მაგრამ ამ ქვეყნების კონსტიტუციები შეიცვალა – პარლამენტს ეს უფლებამოსილება ჩამოსცილდა.[54] ჩვეულებრივ, საკონსტიტუციო სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას კონსტიტუციურად ან არაკონსტიტუციურად ცნობის შესახებ. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში სასამართლო განხილვის შედეგად ძალადაკარგულად ან ბათილად ცნობს აქტს.

თუ აქტი, რომელიც არაკონსტიტუციურად იქნა ცნობილი და გაუქმდა, იყო სამართლებრივი დებულება, ან წინა კანონმდებლობა (იმ დებულების ძალაში შესვლამდე, რომელიც მოგვიანებით გაუქმდა) კვლავ ამოქმედდება, ან დებულება, უბრალოდ, ქრება, შესაძლოა, შეიქმნას სამართლებრივი სიცარიელე, რომელიც პარლამენტის მიერ უნდა შეივსოს. ჩვეულებრივ შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლოს შეუძლია არა კანონის შექმნა, არამედ მხოლოდ მისი გაუქმება (კელზენის „ნეგატიური" კანონმდებელი), მაშინაც კი, თუ იგი უზრუნველყოფს კონსტიტუციის შესაბამის ინტერპრეტაციას და ამ ქმედებით პოზიტიური კანონმდებლის ფუნქციას უახლოვდება.

გადაწყვეტილების გაუქმებით შექმნილი სიტუაცია შეიძლება თავად გახდეს არაკონსტიტუციური ან საზოგადოებაში არსებული მდგომარეობის შეუსაბამო (მაგალითად, საოჯახო სამართლის იმ დებულების გაუქმებამ, რომელიც სქესთა შორის თანასწორობას უზრუნველყოფს, შესაძლებელია, გამოიწვიოს ძველი და უფრო არაკონსტიტუციური დებულების აღდგენა). აქედან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლოების ნაწილმა შესაძლებელია, გადაავადოს მიღებული გადაწყვეტილების ძალაში შესვლა, იმ მიზნით, რომ კანონმდებელს მისცეს დრო კონსტიტუციასთან შესაბამისი ახალი კანონის მიღებისთვის (მაგალითად: ალბანეთი, სომხეთი, ავსტრია, თურქეთი და ახლა უკვე საფრანგეთიც „კონსტიტუციურობის თაობაზე განჩინების პრიორიტეტულობის" შესახებ პროცედურის შემოღების შემდეგ).

მაშინ, როცა გადაწყვეტილების სარეზოლუციო ნაწილი მხარეებს ავალდებულებს, ეს არც ისე ნათელია ე.წ. ***obiter dictum***-თან მიმართებით, რომელშიც წარმოდგენილია სასამართლოს მსჯელობისას გამოყენებული არგუმენტები.

ხშირად საკონსტიტუციო სასამართლოები იმ დასკვნამდე მიდიან, რომ კანონი არაკონსტიტუციურია, თუ ის განიმარტება კონკრეტული მნიშვნელობით. შესაბამისად, საკონსტიტუციო სასამართლო არ გააუქმებს, მაგრამ იმ პირობით დატოვებს კანონს ძალაში, რომ იგი გამოყენებული იქნება იმავე მნიშვნელობით, რომელიც სასამართლომ კონსტიტუციურად მიიჩნია. ეს მეთოდი იცავს კანონს და კანონმდებლის საქმიანობაში საკონსტიტუციო სასამართლოს ნაკლებად ჩარევას განაპირობებს. თუმცა, თუ ამ გადაწყვეტილების შემდგომ აღმასრულებელი ხელისუფლება ან საერთო სასამართლოები გამოიყენებენ კანონს არა ამავე საკონსტიტუციო განმარტებით, არამედ მისი არაკონსტიტუციური მნიშვნელობით, საკონსტიტუციო სასამართლო გადაწყვეტილებით ამაში ხელს შეუშლით.

---

[53] *Elster J.,* The Role of Institutional Interest in East European Constitution-Making – Explaining legislative dominance, East European Constitutional Review, 5 (6) (1996), p. 63 <http://www.reocities.com/hmelberg/elster/AR96ELD.HTM> ნანახია: [04.11].

[54] საინტერესოა, რომ მსგავსი სისტემა დღემდე მოქმედებს მონღოლეთში, მაგრამ საკონსტიტუციო სასამართლოს შეუძლია, ხელახლა მიიღოს საბოლოო და სავალდებულო გადაწყვეტილება, მას შემდეგ, რაც პარლამენტი უარყოფს მას.

იტალიის საკონსტიტუციო სასამართლომ შეიმუშავა ცოცხალი სამართლის კონცეფცია ***(diritto vivente)***, რომლის მეშვეობითაც საკონსტიტუციო სასამართლო კანონს საერთო სასამართლოების მსგავსად განმარტავს[55] და შეუძლია, გააუქმოს იგი, თუ განმარტება არაკონსტიტუციურია, თუნდაც არსებობდეს მისი ერთი კონსტიტუციური მნიშვნელობით ინტერპრეტაციის შესაძლებლობა. მაშინ, როდესაც ეს აღიქმება საკასაციო (უმაღლეს) სასამართლოსგან განსხვავებად, იგი ასევე საკონსტიტუციო სასამართლოსეული ინტერპრეტაციის აღსრულების ძლიერი საშუალებაა. თუ საერთო სასამართლოების ინტერპრეტაცია არაკონსტიტუციურია, უქმდება მთლიანად კანონი, მაშინაც კი, თუ მისი კონსტიტუციასთან შესაბამისი განმარტება შესაძლებელი იყო. პარლამენტი ვალდებულია, მიიღოს ახალი კანონი, რომელიც, იმედია, არ მისცემს საერთო სასამართლოებს მისი არაკონსტიტუციური მნიშვნელობით ინტერპრეტაციის შესაძლებლობას.[56]

საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ კანონის გაუქმებით გამოწვეული დროებითი ეფექტი რთული საკითხია. ზოგიერთ სასამართლოს შეუძლია, ბათილად (ძალადაკარგულად) ცნოს კანონი მხოლოდ გადაწყვეტილების მიღების დღიდან ***ex nunc*** (მაგალითად, ავსტრია). ამ მიდგომის უპირატესობა ისაა, რომ ძველი ინდივიდუალური აქტები, რომლებიც ეფუძნებიან არაკონსტიტუციურად ცნობილ კანონს, ძალაში რჩებიან და სამართლებრივი სინამდვილე შენარჩუნებულია; მეორე მხრივ, ასეთ სისტემაში მიღებულია, რომ ეს აქტები არაკონსტიტუციურ დებულებებზე დაფუძნებულად რჩება, თუნდაც ისინი თავად იყვნენ კონსტიტუციური, რადგან კონსტიტუციამ მათი მოქმედების ვადის გაგრძელება უზრუნველყო.

სხვა კონსტიტუციები ითვალისწინებენ კანონის გაუქმების შესაძლებლობას მათი ძალაში შესვლის მომენტიდან (***ex tunc***). ეს კონცეფცია დოქტრინულად უფრო თანმიმდევრულია, რადგან საკონსტიტუციო სასამართლო მხოლოდ „აღმოაჩენს" კანონის არაკონსტიტუციურობას, რომელიც კანონისთვის თანდაყოლილია. ამ შემთხვევაში სასამართლო უფრო დეკლარაციულობას ახორციელებს, ვიდრე მის დამფუძნებლურ ფუნქციას, მიუხედავად იმისა, რომ პრაქტიკაში ეს ორი მიდგომა მსგავს შედეგებამდე მიდის, ვინაიდან ***ex nunc*** კანონის გაუქმების ეფექტი შეზღუდულია მიმდინარე საქმეებით, რომლებზეც ჯერ კიდევ არაა ***res judicata***.[57]

5. დასკვნა

საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება ევროპაში კომპლექსური საკითხია. სასამართლოების ნაწილი მსგავსებას ამჟღავნებს ერთმანეთთან, თუმცა განსხვავდება სხვებისგან. აქედან გამომდინარე, რთულია კონკრეტული „მოდელების" იდენტიფიცირება, თუმცა შეგვიძლია რამდენიმე ელემენტის გამოყოფა:

1. საკონსტიტუციო სასამართლოები სწრაფად გავრცელდა ევროპაში, განსაკუთრებით ბერლინის კედლის დაცემის შემდეგ. პრაქტიკულად, ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპის ყველა სახელმწიფოში დაფუძნდა სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლო;

2. საკონსტიტუციო სასამართლოს დაბალანსებული შემადგენლობა უზრუნველყოფს პარლამენტის მიერ მიღებული კანონების გაუქმებისათვის საჭირო ლეგიტიმაციას;

---

55 *Pinelli C.*, The protection of Human Rights by the Constitutional Court of Italy, Report for the Workshop on the Constitutional Court as a Protector of Individual Rights and Freedoms, Baku, 17-18 April 2000', CDL-JU(2000)023.

56 იხ. ასევე Alen and others, op. cit., Part II, para. 27.

57 მაგალითად გერმანია: იხილეთ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ კანონის 79.2-ე მუხლი. თუმცა სისხლის სამართლის საქმეები შეიძლება ხელახლა იქნეს განხილული, თუნდაც უკვე გამოტანილი იყოს საბოლოო და სავალდებულო განაჩენი (მუხლი 79.1).

3. სრული ინდივიდუალური სარჩელი ყველაზე ეფექტური საშუალებაა ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვის თვალსაზრისით და ამ ეფექტური წვდომის საშუალების მქონე ქვეყნები შედარებით ნაკლებად ექცევიან ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს კრიტიკის ქვეშ;

4. ინდივიდუალურ სარჩელთა დიდი რაოდენობა საკონსტიტუციო სასამართლოსათვის სერიოზული ტვირთია და განაპირობებს გაცხრილვის ეფექტური საშუალებების დამკვიდრების საჭიროებას;

5. ეროვნულ დონეზე ადამიანის უფლებების ეფექტური დაცვა არა მხოლოდ ხელს უწყობს დარღვევების ადრეულ ეტაპზე გამოსწორებას და ინდივიდებთან დაახლოებას, არამედ ის ამცირებს წარდგენილ საქმეთა რაოდენობას ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში.

ნება მომეცით, პოლიტიკოსებისათვის რჩევით დავასრულო საკონსტიტუციო კონტროლზე საუბარი. ვენეციის კომისიის ერთ-ერთ პლენარულ სესიაზე მე დამაინტერესა იაპონელი მონაწილის მოსმენამ, რომელიც გაოცებული იყო, თუ როგორი „პოლიტიკურია" საკონსტიტუციო საკითხები ევროპასა და, განსაკუთრებით, ცენტრალურ და აღმოსავლეთ ევროპაში მაშინ, როცა იაპონიაში საკონსტიტუციო სამართალი უფრო აკადემიური თემაა. ევროპის ბევრ ქვეყანაში კონსტიტუცია ყოველდღიურ დისკურსში, მართლაც, მაღალი აქტუალობით გამოირჩევა. ბოლო საკონსტიტუციო ცვლილებები თურქეთსა და უკრაინაში ძალზე საკამათო დებულებებს შეიცავდნენ. ეს, სულ მცირე, იმას ნიშნავს, რომ კონსტიტუციებს სერიოზულად მიიჩნევენ და, ალბათ, ამით ის ასრულებს საკუთარ „ნორმატიულ" ფუნქციას.

სამწუხაროდ, ამ პოლიტიკური მნიშვნელობის გამო ხშირად ვხდებით საკონსტიტუციო სასამართლოზე ზეწოლის თვითმხილველები: წარსულში უკრაინის პარლამენტმა არ აირჩია მოსამართლეები კვორუმის შევსებისთვის საჭირო რაოდენობით. შედეგად, საკონსტიტუციო სასამართლო წელიწად-ნახევრის განმავლობაში ვერ იკრიბებოდა. ვენეციის კომისიამ და ევროპის საკონსტიტუციო სასამართლოების კონფერენციამ, ლიტვის თავმჯდომარეობით, შეიმუშავა საჯარო დეკლარაცია, რომელიც მოუწოდებდა პარლამენტს, ვაკანტურ ადგილებზე მოსამართლეები აერჩია.[58] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო ნამდვილად იდგა დაშლის საფრთხის წინაშე, და მეტიც, ყირგიზეთის საკონსტიტუციო სასამართლო საერთოდ გაუქმდა.

ჩვენ კიდევ გვაქვს საკონსტიტუციო სასამართლოზე პოლიტიკური გავლენის ბოლო მაგალითი. უნგრეთში სამთავრობო უმრავლესობამ, მათთვის არასასურველი გადაწყვეტილების მიღების გამო, კონსტიტუციაში ცვლილებების საშუალებით და იურისდიქციის შეზღუდვით დასაჯა საკონსტიტუციო სასამართლო. როგორც ჩანს, ასეთი შეზღუდვები ახალი კონსტიტუციის ნაწილიც კი იქნება, რომელსაც 2011 წლის აპრილში მიიღებენ.

თარგმნა **პაატა ჯავახიშვილმა**,
ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სამართლის დოქტორი.

[58] იხ. http://www.venice.coe.int/files/2005_12_17_ukr_declaration_appointment_cc_judges_E.asp, [04.2011].

ვინფრიდ ჰასემერი

გერმანული სამართლის ფილოსოფია და სისხლის სამართალი*

გერმანული ფილოსოფიის ოქროს ხანაში, იდეალიზმისა და განმანათლებლობის საუკუნეში, ფილოსოფიის, სამართლის ფილოსოფიისა და სისხლის სამართლის იდეებს შორის ძალზე მჭიდრო კავშირი არსებობდა. მეცხრამეტე საუკუნის განმავლობაში ეს მჭიდრო კავშირები შესუსტდა. კანტისა და ჰეგელის სისტემათა მემკვიდრეებს, ნეოკანტელებსა და ნეოჰეგელიანებს, ნაყოფიერი ფილოსოფოსობის მიუხედავად, ფილოსოფიური აზროვნების ყოვლისმომცველი სისტემა არ ჰქონიათ.

მეოცე საუკუნის დასაწყისში ტრადიციული სამართლის ფილოსოფია საკუთარი ხედვის სფეროს კიდევ უფრო დავიწროებით დაზარალდა. სამართლის თეორია და მეთოდოლოგია, ერთი მხრივ, და სამართლის სოციოლოგია, მეორე მხრივ, შემოდის თამაშში: ისინი ითვისებენ სამართლის ფილოსოფიის ტრადიციულ საკითხებს და მათ თავისებურად განიხილავენ. სამართლის ფილოსოფია დაიმცრო სამართლის გამამართლებელ თეორიამდე (ღირებულების თეორია, ბუნებითი სამართალი, სამართლის ნამდვილობის თეორია; წინააღმდეგობის უფლება და ა.შ.). კლასიკური სამართლის ფილოსოფიის ბევრი საკითხი დოგმატურ იურისპრუდენციაში გადავიდა, მაგალითად: სახელმწიფოს ლეგიტიმაცია – საკონსტიტუციო სამართალში და სასჯელის ლეგიტიმაცია – სისხლის სამართალში.

სისხლის სამართლის სფეროში ფილოსოფიური ტრადიცია წმინდა და ნაყოფიერი დარჩა. განსაკუთრებით, კანტიანურ ტრადიციაში ჩვენ ვხვდებით სისხლის სამართლისა და სასჯელის ფილოსოფიურად გამართლებულ თეორიებს, დაფუძნებულს ორ სვეტზე. ესენი გერმანული იდეალიზმისა და განმანათლებლობის ეპოქის პოლიტიკური ფილოსოფიის ეპისტემოლოგიაა. აზროვნების ამ მიმართულების წარმომადგენლები არიან: პოლ იოჰანი, ანსელმ ფოიერბახი, გუსტავ რადბრუხი, კარლ ენგლიში და არტურ კაუფმანი. საკუთარ თავს ამ ტრადიციას მიკუთვნებულად განვიხილავ.

წინამდებარე დისკუსიაში განვიხილავ გერმანული იდეალიზმის ამ ტრადიციის გავლენას სისხლის სამართლის ევოლუციის კონკრეტულ საკითხებზე.

1. ბუნებითი სამართლის დასასრული

მარტივად რომ ითქვას, ალბათ ძალიან მარტივადაც, გერმანული იდეალიზმის კრიტიკულმა ეპისტემოლოგიამ იუწყა ბუნებითი სამართლის კლასიკური ერის დასასრული. არისტოტელესეული ტრადიციის კოსმოლოგიურმა ბუნებითმა სამართალმა, დაფუძნებულმა „ჯერარსისა და არსის“ განსაზღვრაზე, ვალდებულებათა ადამიანური სამყაროს ბუნების ნამდვილ სამყაროზე მოდელირება მოახდინა. კანტის შემდეგ ეს გადასვლა „არსიდან ჯერარსზე“ აღარაა თანმიმდევრული. ნეოკანტიანელებმა სიფრთხილით შეზღუდეს „ჯერარსისა და არსის“ მეოცე საუკუნისეული გამიჯვნა.

ღვთაებრივად შთაგონებული ბუნებითი სამართლის ბედი, ევროპული შუა საუკუნეებიდან განსაკუთრებით თომა აკვინელის მიერ წინ წამოწეული, მჭიდროდაა დაკავშირებული ღმე-

---

* თარგმანი შესრულებულია შემდეგი გამოცემიდან: Winfried Hassemer, German Legal Philosophy and the Criminal Law, Tel Aviv University Studies in law, Vol.10, 1990.

რთის იმანენტურ გაგებასთან, – რომ ყოფიერება, რომელიც არა მხოლოდ წმინდა ჯერარსის წყაროა, არამედ ეს ჯერარსი ჩვენამდე გასაგებად მოაქვს. თუმცა მეთვრამეტე საუკუნის თეოლოგიამ და ფილოსოფიამაც კი დაუშვეს ღმერთის არსებობა სხვადასხვა ფორმით – ნათელი და გადაწყვეტილი იყო, ღმერთი აღარ აღიქმებოდა როგორც ვალდებულებათა კანონმდებელი ადამიანურ სამყაროში.

იდეალისტური ფილოსოფია ვერ დაიმსახურებდა თავის სახელს, მას რომ ბუნებითი სამართლის საკუთარი ფორმა არ შეექმნა, რაციონალური ბუნებითი სამართლის სახელწოდებით. ვალდებულებათა ეს წესრიგი, ნაწარმოები ადამიანური გონიდან, იყო ორივე – კოსმოლოგიური და ღვთაებრივად შთაგონებული – ბუნებითი სამართლის დასრულების აშკარა თანამონაწილეობა. პირველ ხანებში ადამიანურმა ყოფიერებამ, როგორც პასუხისმგებლიანმა და ავტონომიურმა ყოფიერებამ, ფილოსოფიური ანთროპოლოგიის ცენტრში გადაინაცვლა. ეს რაციონალისტური ბუნებითი სამართალი უმთავრესი ფაქტორი იყო პოლიტიკური ძალაუფლების ლეგიტიმაციისა და დელეგიტიმაციის თაობაზე მეცხრამეტე საუკუნის აზრთა სხვადასხვაობაში. თუმცა ეს წარმატება ამ ფაქტორით იყო განპირობებული, სახელდობრ მისი თანდაყოლილი განუსაზღვრელობით, რაც ნაკლებად ემსახურებოდა ბუნებითი სამართლის ამ ვერსიის მისაღებად გახდომას. ადამიანური გონი უფრო არგუმენტაციის საკითხი იყო, ვიდრე სამართლის წყარო. ბუნებითსამართლებრივი აზროვნების ეს ფორმა ნაკლებად აკმაყოფილებდა წმინდა და პრაქტიკული გონების კანტისეული კრიტიკის მკაცრ მეთოდოლოგიურ კრიტერიუმებს.

2. საზოგადოებრივი ხელშეკრულება

შემეცნების კანტისეული კრიტიკის შესაფერისი პასუხი იყო არა ბუნებითი სამართლის რაციონალისტური მოდელი, არამედ საზოგადოებრივი ხელშეკრულების უამრავი დოქტრინა, რომლებმაც იმ დროს მთელ ევროპაში სახე მიიღო. ზოგადად, ამ დოქტრინებმა წინ წამოწიეს სოციალური და პოლიტიკური ფილოსოფია შემდეგი მიმართულებებით:

1. ლეგისლატურის როლი სრულიად შეიცვალა. კანონმდებელი უკვე აღარაა ტრანსცენდენტური სამართლის ინტერპრეტატორი, არამედ იგი სახელმწიფოს წარმომადგენელია, რომელიც სამართალს ქმნის. რაც კანონმდებელმა დაადგინა, უკვე ვეღარ გამართლდება როგორც დედუქციები უდავო ჭეშმარიტი სამართლიდან, არამედ უნდა გამართლდეს კანონთა შინაარსზე დაყრდნობით;

2. საზოგადოებრივი ხელშეკრულება კანონმდებლობის ახლებური გაგების ლეგიტიმაციას უზრუნველყოფს. არსებითად, მართლწესრიგები ამ წესრიგთა სუბიექტებს უნდა დაეფუძნონ, რითაც ბუნებითიდან სამართლებრივ სახელმწიფოზე გადასვლა ვლინდება, ვინაიდან ყოველი მოქალაქე თავის წილ ბუნებით თავისუფლებას თმობს, რათა იცხოვრონ თავისუფლებაში სხვებთან ერთად, ვინც ასევე დათმო თავიანთი თავისუფლების ნაწილი. ამიტომაც საზოგადოებრივი ხელშეკრულება, ჰორიზონტალური ასპექტით, არის ყველა მოქალაქის ჰიპოთეზური შეთანხმება მართლწესრიგში, რაც თითოეულ ჩვენგანს ავალდებულებს.

3. ვერტიკალური ასპექტით, საზოგადოებრივი ხელშეკრულება მოითხოვს ინსტიტუციურ დაცვას, განხორციელებულს ხელშეკრულებით დაფუძნებული ხელისუფლის მიერ, რომელსაც საზოგადოებრივი ხელშეკრულების პირობათა რეალიზების ამოცანა აქვს – ეს დელიკატური პრობლემაა, საზოგადოებრივი ხელშეკრულებისთვის ეს შესაძლებელია მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც მოქალაქეები თმობენ თავისუფლების შეთანხმებულ ხარისხს. ის, ვინც ერევა სხვის თავისუფლებაში, არღვევს ხელშეკრულებას ნაწილობრივ. უმაღლესი ხელისუფალი, თა-

ვის მხრივ, არღვევს ხელშეკრულებას მოქალაქეებისთვის თავისუფლების შეთანხმებულ დათმობაზე მეტის წართმევით. ბევრი თეორეტიკოსისთვის ეს დარღვევა წარმოშობს წინააღმდეგობის უფლებას მოქალაქეთა სასარგებლოდ.

3. სისხლის სამართლის ფილოსოფია: თავისუფლების დაცვა

ამჟამად სისხლის სამართლის ამოცანა საზოგადოებრივი ხელშეკრულების თეორიის კონტექსტში გამოაშკარავდა. წესით, ამ ამოცანის გასაგებად უნდა გვახსოვდეს, რომ ფოიერბახმა, სისხლის სამართლის ფილოსოფიის ამ ყველაზე მნიშვნელოვანმა წარმომადგენელმა, ასევე წამოაყენა სისხლის სამართალში კოდიფიკაციის იდეა. მან გავლენა მოახდინა მეცხრამეტე საუკუნის დასაწყისის უმნიშვნელოვანეს სისხლის სამართლის კოდექსზე – ბავარიის 1813 წლის კოდექსზე.

ა. ლეგალურობის პრინციპი

კოდიფიკაციის იდეა, პრინციპი, რომ სამოქალაქო თავისუფლებათა საზღვრები საკანონმდებლო დონეზე უნდა განისაზღვროს, პოსტგანმანათლებლობის პერიოდის სისხლის სამართლის არსებითი მახასიათებელია. ***Nulla poena, nullum crimen sine lege***, ე.წ. ლეგალურობის პრინციპი კვლავაც სისხლის სამართლის ცენტრალური კრიტერიუმია, შესაბამისობაშია სამართლის უზენაესობასთან, როგორც გერმანულ ტრადიციაშია გაგებული. ეს ჩადებულია ჩვენს კონსტიტუციასა (მუხლი 103, II) და ჩვენს სისხლის სამართლის კოდექსში (პარ. 1: უმართლობა შეიძლება დაისაჯოს მხოლოდ მაშინ, თუ დასჯადობა კანონმდებლობით ივარაუდებოდა უმართლობის ჩადენამდე). ეს პრინციპი წარმოშობს იმედს სიცრუისგან თავისუფალ და გამჭვირვალეობასა და კონტროლს დაქვემდებარებული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემის მიმართ.

ბ. კონსეკვენციალიზმი (შედეგზე ორიენტირებული)

ფოიერბახი კანტს გაემიჯნა ცენტრალურ საკითხში. სასჯელის გამართლებაში მას არ აკმაყოფილებდა სამართლიანობის მოთხოვნები, შედეგებისგან დამოუკიდებლად, თუმცა მოითხოვდა, რომ სასჯელი გამართლებულიყო, როგორც „ემპირიულ“ მიზნებს მიდევნება. სასჯელმა უნდა შეძლოს, რომ პოტენციურმა დამნაშავეებმა დანაშაულის ჩადენისგან თავი შეიკავონ. იგი ფიქრობდა, რომ, პრინციპში, ბოროტებისკენ მიდრეკილი პირები ბორკილებით უნდა იყვნენ შებოჭილები, თუმცა მას შემდეგ, რაც ეს შეუძლებლად მიიჩნია, მან მოიფიქრა ფსიქოლოგიური ბორკილები ინდივიდთა წასაქეზებლად, რათა არ ჩაიდინონ დანაშაული. ამ მიზნისთვის, მოსალოდნელი სანქცია უნდა აღემატებოდეს დანაშაულის ჩადენისგან მიღებულ პოტენციურ სარგებელს.

ფსიქოლოგიური იძულების ეს თეორია დემონსტრირებას ახდენს, რომ პოსტგანმანათლებლობის ეპოქის სისხლის სამართალი უხვევს დეონტოლოგიური, იდეალისტური ფილოსოფიის დანახარჯზე ორიენტაციიდან და აკავშირებს სისხლის სამართალს კონსეკვენციალიზმთან, შედეგზე ორიენტირებულ სისტემასთან.

ეს თეორია აშკარა მსგავსებას ამჟღავნებს უტილიტარიზმთან. რეაბილიტაციის თანამედროვე პრინციპით შევსებული სისხლის სამართლის ასეთი პრევენციული განზოგადება ლეგიტიმაციის პრობლემას სანქციის საზოგადოებრივ ინტერესში მოქცევით წყვეტს. ეს განზოგადება პირდაპირ იზიდავს კლასიკური სკოლის ცეცხლს, რომლის მიხედვითაც, მაგალითად,

ჰეგელის თქმით, ეს ხალხს განიხილავს არა თავისუფალ და პასუხისმგებლიან მოქალაქეებად, არამედ როგორც ძაღლებს, რომელთაც კეტს ვუღერებთ.

გ. სამართლებრივი დაცვის ობიექტი

რამდენადაც შედეგზე ორიენტირებული სისხლის სამართალი ახორციელებს ან დაბრკოლებას უქმნის განმანათლებლობის ეპოქის პოლიტიკურ ფილოსოფიას, ღიად ტოვებს კითხვას, დღესდღეობით აქტიურად განხილულს გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში. ჩემი აზრით, სიმართლე შუაშია: საზოგადოებრივ ხელშეკრულებაზე დაფუძნებული სისხლის სამართალი, ერთი მხრივ, უნდა ითვალისწინებდეს შედეგებს, რომლებიც მას თან სდევს; მეორე მხრივ, შედეგზე (კონსეკვენციალისტური) ორიენტაცია უნდა გარდატყდეს ნორმატიული პრინციპებით, როგორებიცაა: დანაშაულის თანაზომიერება, ადამიანის ღირსების პატივისცემა და წესზე დაფუძნებული, „ფორმალიზებული“ სისხლის სამართლის სხვა პრინციპები; მესამე მახასიათებელი, რომელიც სისხლის სამართალს სამართლებრივ დაცვასთან აკავშირებს, ყოველგვარი ეჭვის გარეშე, განმანათლებლობის ეპოქის მემკვიდრეობას განეკუთვნება.

სამართლებრივი დაცვის ობიექტის პრინციპი პირველად ფოიერბახმა დაამუშავა, შემდეგ კი განავითარეს სხვებმა (ბირნბაუმი, ფრანც ვ. ლისტი). მხოლოდ ადამიანური ინტერესები (ფოიერბახი) ან სამართლებრივად დაცული ინტერესები (Rechtsgüter) შეიძლება სისხლის-სამართლებრივი სანქციის ობიექტი იყოს. სადამსჯელო სანქცია, რომელსაც მიზნად მხოლოდ სოციალური იდეოლოგია აქვს, არალეგიტიმურია. თავიდანვე სამართლებრივად დაცვადი ინტერესის მოთხოვნა მოიცავდა ორივე ინდივიდუალურ ინტერესსა (როგორებიცაა: სიცოცხლე, ჯანმრთელობა, თავისუფლება, ღირსება და რეპუტაცია) და საყოველთაო ინტერესებს (როგორებიცაა: სამართლებრივი ტრანსაქციები, მართლმსაჯულების ადმინისტრირება და ეროვნული უსაფრთხოება).

ნაციონალ-სოციალისტების სისხლის სამართალმა უარი თქვა ამ პრინციპზე და სანაცვლოდ სასჯელის ლეგიტიმაცია დამნაშავის მიერ ვალდებულების დარღვევაზე დააფუძნა. 1950 და 1960-იან წლებში სამართლებრივად დაცვადი ინტერესის მოთხოვნა ეფექტურად იქნა მიჩნეული სექსუალურ და რელიგიურ დანაშაულებთან ბრძოლაში.

დ. ფორმალიზაცია

განმანათლებლობის ეპოქის პოლიტიკურმა ფილოსოფიამ, როგორც საზოგადოებრივ-მეცნიერებითი რეფლექსიებით გამდიდრებულმა, მიაგნო ახალი ტერმინით გამოსახულ ახლანდელ რეფორმულირებას: „საზოგადოებრივი კონტროლის ფორმალიზაცია“.

უნდა დავუშვათ, რომ ყველა საზოგადოება ჩართულია სოციალურ კონტროლში ნორმების დადგენით, დევიაციური ქცევის დაშვებითა და სანქციათა იძულების პროცედურის განხორციელებით. ყოველდღიურ ცხოვრებაში სოციალური კონტროლი ვლინდება არაფორმალიზებული, სპონტანური გზით. სოციალური კონტროლი არსებობს ოჯახში, სამსახურში, სკოლაში, სასპორტო ღონისძიებებში და ა.შ. იგი აუცილებელია როგორც ხალხის სოციალიზაციისა და კულტურული ასიმილაციისთვის, ისე ჯგუფების თვითგამორკვევისათვის.

სოციალური კონტროლი არა მხოლოდ მასტაბილურებელია, მას დამრღვევი, ძალმომრეობითი, აგრესიული ასპექტებიც აქვს. იგი შეიძლება გადაიზარდოს ცინიზმში, საზოგადოებრივი ხელშეკრულების დაკნინებაში, სამსახურის დაკარგვასა და, უკიდურეს შემთხვევაში, ლინჩის წესით გასამართლებაში. ხალხისთვის, რომელსაც ეს შეეხო, მისი სახიფათოობა კონფლიქტის სიმძიმის ფუნქციაა. რაც უფრო სერიოზულია კონფლიქტის გავლენა სხვებზე, მით

უფრო სწრაფად იკლებს კონფლიქტი და მისი კონტროლი. სპონტანური სოციალური კონტროლი ემუქრება არა მარტო დამრღვევის ადამიანის უფლებებს, არამედ, ასევე, მსხვერპლსა და მოწმეებს. სოციალური კონტროლის ჩვენეული ინსტიტუციების ფორმა და შინაარსის სახე განსაზღვრავს იმ საზოგადოების სახეს, რომელიც გვაქვს.

სისხლის სამართალი სოციალური კონტროლის ფორმალიზებით არის ლეგიტიმიზებული. ფორმალიზაცია ორ რამეს გულისხმობს: ერთი მხრივ, გამჭვირვალობა და სიცხადე (და შესაბამისად, კონტროლირების შესაძლებლობა) სადამსჯელო საშუალებების თაობაზე; მეორე მხრივ, გარკვეული ღირებულებითი პრინციპების პატივისცემა. პირველი შეესაბამება კანონიერების კლასიკურ პრინციპს. ღირებულებითი პრინციპები მოიცავს მრავალფეროვან საპროცესო უფლებებს, მათ შორის: უფლებას ადვოკატზე, თანაზომიერების პრინციპს, ეჭვის ბრალდებულის სასარგებლოდ გადაწყვეტას, გასაჩივრებისას განაჩენის დამძიმებისა და ხელმეორედ გასამართლების აკრძალვას, და ა.შ.

სისხლის სამართალი საკუთარ გამართლებას ჰპოვებს იმ ფარგლებში, რომლებშიც იგი სოციალური კონტროლის ფორმალიზებაში წარმატებას აღწევს. გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში, სამართლის ახლანდელი მდგომარეობით, ფორმალიზაციის მოთხოვნათა გაწირვის ტენდენცია არსებობს.

4. გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის სისხლის სამართლის მიმდინარე ტენდენციები

ა. მდგომარეობა

დღევანდელი ტენდენცია თეორიასა და პრაქტიკაში ფორმალიზებული და პრინციპებზე დაფუძნებული სისხლის სამართლის სოციალური ტექნოლოგიის იარაღად გარდაქმნას მოიაზრებს.

სუბსტანციური სისხლის სამართლის რეფორმები ხასიათდება:

1. მედიის მიერ აღქმული და განსაზღვრული პრობლემების, – მაგალითად: ტერორიზმი, ნარკოტიკები, – წინააღმდეგ დაუყოვნებელი რეაქციით;

2. ინდივიდუალურ ინტერესებთან შედარებით სამართლებრივი დაცვის უნივერსალური ინტერესებისთვის უპირატესობის მინიჭებით, მაგალითად: საზოგადოებრივი ჯანდაცვა, გარემოს დაცვა;

3. მკაცრი პასუხისმგებლობის (უმეტესი ნაწილისთვის) შემოღებით ახალ, აბსტრაქტული რისკის შემქმნელ დანაშაულებთან მიმართებით. მაგალითად, სამთავრობო სუბსიდიის მისაღებად ყალბი განცხადების შევსება;

4. პირადი პასუხისმგებლობის მოთხოვნათა დარღვევით, განსაკუთრებით მცდელობებისა და თანამონაწილეობის სამართალში;

5. ზოგადი პრევენციის ინტერესებისთვის სანქციათა გამკაცრებით;

6. მცდელობებით, შეამცირონ და ნაკლებად ფორმალიზებული გახადონ, დაახასიათონ *სისხლის სამართლის პროცესის* რეფორმები.

ამ რეფორმებმა გააფართოვა დაზარალებულის უპირატესობა ბრალდებულის ხარჯზე. „მართლმსაჯულების ადმინისტრირების ფუნქციური ეფექტურობა (***Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege***) მოქმედებს როგორც სახელმძღვანელო პრინციპი უმაღლესი საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკასა და სხვა სასამართლო გადაწყვეტილებებში, ანიჭებს რა უპირატესობას ეფექტურობასა და ეკონომიურობას.

ამჟამად „საპატიმროს ადმინისტრირების შესახებ“ კანონში რაიმე საყურადღებო რეფორმა არ მიმდინარეობს; ეს სფერო არ შეესაბამება სოციალური ტექნოლოგიის მიღწევებს.

სისხლის სამართლის ახლანდელი გაბატონებული თეორია ავითარებს ფუნქციონალისტურ დოქტრინებს, რომლებიც სასჯელის ინსტიტუტებს თანამედროვე სისხლის სამართლის პოლიტიკასთან აახლოებს. სისხლის სამართალი, როგორც „გადაულახავი საზღვარი სისხლის სამართლის პოლიტიკის წინააღმდეგ“, ანაქრონისტული, უტოპიური სქემა ხდება. ამჟამინდელი კონცეფციები უტილიტარისტულია, როგორც შედეგზე ორიენტირება, ინტერესთა შეწონადობა, რისკის გათვალისწინება და მოქნილი გადაწყვეტილებები, რომლებიც მხარს ფუნქციონირებად პოლიტიკურ სისტემას უჭერს.

სასჯელისა და დაშინებით პრევენციის გაბატონებული თეორიები, ასევე, სოციალურ ტექნოლოგიას ეფუძნება. ვინაიდან საუკუნის დამდეგიდან სასჯელის ერთი, განსაზღვრული მიზანი აღარ არსებობს, სამაგიეროს მიზღვის (შურისგების) თეორიები, ასევე, მოქმედებს როგორც ზოგადი პრევენცია. ნეოკლასიკურ ტენდენციებს ამჟამად შანსი არა აქვთ გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში. „სოციალურ ტექნოლოგიებზე დაფუძნება“ გულისხმობს:

- სასჯელი განისაზღვრება ეფექტით და არა შურისგებით;
- „ეფექტი“ არის მხოლოდ პირის მიმართ სადამსჯელო სანქციის გარეგანი შედეგი; სტრატეგიულად, მისი „ეფექტი“ არის დანაშაულებრიობის ზოგად განვითარებაზე;
- პირის სასჯელი ან დაშინება, უბრალოდ სასჯელის მიზნის შუალედური ობიექტია, მისი ნამდვილი ობიექტი მომავალი დანაშაულებრიობის წარმომადგენლად მოქმედებაა.

ბ. განვითარებები

ამ მდგომარეობას, როგორც ზემოთ აღინიშნა, საკუთარი „თანამედროვეობის დიალექტიკა“ აქვს – სისხლის სამართლის მორალიზება განმანათლებლობის ეპოქის პოლიტიკური ფილოსოფიის საწინააღმდეგოდ. დღეს გერმანიაში პრობლემა სოციალურ-ტექნოლოგიური სისხლის სამართალია.

ადამიანური ინტერესების დაცვის კონცეფცია დასჯადად აცხადებს საზოგადოებისთვის ძლიერ საზიანოდ აღქმულ ქცევას, არა მხოლოდ იმისათვის, რათა, უბრალოდ, უზრუნველყოს მორალი.

სასჯელის მიზნები მიმართულია სადამსჯელო ჩარევებისკენ, ნეიტრალური ან თუნდაც კონტრპროდუქტული შედეგებით. „წმინდა“ სამაგიეროს მიზღვა არასაკმარისად რაციონალურია თავისუფლებასა და საკუთრებაში ჩარევისთვის; ***Mens Rea***-ს დოქტრინა ფუნქციონირებს არა როგორც ელემენტი, არამედ როგორც სასჯელის ზღვარი. ამ საზღვრებში სისტემა მიისწრაფვის გამოსწორებისა და პრევენციის სარგებლის მომტანი ემპირიული მიზნებისკენ.

ეს განვითარებები ინტენსიურ ზეწოლას ახორციელებს სისხლის სამართლის სისტემის რაციონალიზების მიზნით. დამსჯელობითი სანქციებისა და სასჯელების დეონტოლოგიური გამართლება უკვე აღარაა საკმარისი. ახლა საშიშია, დაამტკიცო, რომ სისტემა მუშაობს სოციალურ-ტექნოლოგიური თვალთახედვით; რომ იგი ქმნის სარგებლის მომტან შედეგებს და ხელს უშლის არამოგებიან შედეგებს. შედეგზე ორიენტირება მოითხოვს, სისხლისსამართლებრივმა სისტემამ საჯაროდ და გამუდმებით დაამტკიცოს, რომ იგი შიდა პოლიტიკის ტექნიკურად ეფექტური საშუალებაა. მსგავსი მოლოდინი არსებითად ვერ დაკმაყოფილდება სისხლის სამართლის სისტემით. თუმცა იმის ნაცვლად, რომ სოციალურ-ტექნოლოგიური კონცეფციები უარყოს, „სიმბოლური სისხლის სამართლის პოლიტიკა“ ტარდება; მაგალითად, ექსპერტების მკაფიო დასკვნების მიუხედავად, რომ გაზრდილი დამსჯელობითი სანქციები პრევენციას შესამჩნევად არ ზრდის, კანონმდებელმა უნდა შექმნას საჯარო აღქმის სურათი, რომ იგი სწრა-

ფად და მარტივად აღიარებს „მოქმედების საჭიროებას“ ამ სანქციათა მიღების გზით. ეს სიმბოლური სარგებელი დიდი დანახარჯის სანაცვლოდ მიიღება: სისხლის სამართლის სანდოობა და სამართლიანობა.

რთული და გავრცელებული საშიში ფენომენის თვალთახედვით, სისხლის სამართალმა გვერდი უნდა აუაროს სოციალური კონტროლის ფორმალიზაციას. გარკვეულწილად, მან უნდა:

1. დაიცვას ადამიანური ინტერესები მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც ამ ინტერესების კონკრეტულად აღწერა და უზრუნველყოფა შეუძლია საკუთარი საშუალებებით, – განსაკუთრებით რთულია ამოცანა გარემოსა და ნარკოტიკებთან დაკავშირებით;

2. შეინარჩუნოს ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის პრინციპი რთული, განმაპირობებელი ფენომენის გადმოსახედიდან, მაგალითად, მსხვილ საწარმოებში;

3. მხარი დაუჭიროს სისხლის სამართლის კონცეფციას, როგორც ***ultima ratio***, დაცვის სხვა საშუალებების ენერგიულად შენარჩუნებით, როგორებიცაა: გადასახადები, დაზღვევა თუ კომპენსაცია;

4. დაიცვას ღირებულება-პრინციპები პოლიტიკურ ინტერესებთან მიმართებით, როგორებიცაა: კანონიერების პრინციპი და ***in-dubio*** პრინციპი.

გ. შედეგები

ამ კრიტიკის მიზანია სოციალურ-ტექნოლოგიური სისხლის სამართლის საკითხთა გადაწყვეტა. თუმცა ასევე მნიშვნელოვანია, განახლდეს „მორალის“ ტრადიციები, რომლებიც ფოკუსირდებიან სასჯელის სისტემის სამართლიანობასა და თავისუფლების აღკვეთაზე, რათა დაიცვან სუბსტანციური ადამიანური ინტერესები. სოციალური კონტროლის სისტემის ფარგლებში სისხლის სამართალმა უნდა აღადგინოს და ხაზი გაუსვას მის განმასხვავებელ ნიშნებს. ანაქრონისტული იქნება სასჯელის აბსოლუტური საფუძვლის ან სამართლებრივი დაცვის კლასიკური მიზნების შეზღუდვისკენ მიბრუნება. ეს დაუპირისპირდება თანამედროვე სახელმწიფოს საჭიროებებსა და „რისკსაზოგადოებას“, რომელმაც დამაზიანებელ ფენომენს (გარემოსთვის ზიანი, ნარკოტიკის მოხმარება, ორგანიზებული დანაშაული და ა.შ.) პასუხი სისხლის სამართლის საშუალებით უნდა გასცეს.

სისხლის სამართალმა უნდა დაიბრუნოს ნდობა, რაც იმას მოითხოვს, რომ სასჯელის ჩარევის რეალური ეფექტების ძიება გაგრძელდება და გაძლიერდება. მის ეფექტებთან დაკავშირებით არდამტკიცებული ვარაუდები არ უნდა იქნეს დამტკიცებული, ასევე არ უნდა დაიმალოს არასასურველი მეორეული ეფექტები. სისხლის სამართალი, ლეგიტიმირებული თავისი შედეგებით, ლეგიტიმაციას ფარულად ვერ მოიპოვებს.

თარგმნა ***დიმიტრი გეგენავამ***

სამართლის დოქტორი, დავით ბატონიშვილის
სამართლის ინსტიტუტის დირექტორი

გუნთერ ტოიბნერი

ფრაგმენტირებული საფუძვლები: საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმი ეროვნულ სახელმწიფოს მიღმა*

I. ახალი კონსტიტუციური საკითხი

კონსტიტუციურ უფლებათა ჰორიზონტალური ეფექტი

ძირითადი უფლებების „ჰორიზონტალური" ეფექტის საკითხი, ანუ მათი მეშვეობით მოვალეობების დაწესება არა მარტო საჯარო უწყებების, არამედ უშუალოდ „კერძო მმართველობის" მიმართაც, კიდევ უფრო დრამატულ ხასიათს იძენს ტრანსნაციონალურ სფეროში, ვიდრე მას ოდესმე ჰქონია ნაციონალური სახელმწიფოს კონტექსტში. საკითხი განსაკუთრებით წინააღმდეგობრივია იმ შემთხვევებში, როდესაც ადამიანის უფლებების დარღვევებში მხილებულია ტრანსნაციონალური კორპორაციები. გამოვყოფ რამდენიმე გახმაურებულ შემთხვევას: გარემოს დაბინძურება და ადგილობრივ მოსახლეობათა ჯგუფებისადმი არაადამიანური მოპყრობა, მაგალითად, კორპორაცია Schell-ის მხრიდან ნიგერიაში; ქიმიური კატასტროფა ბოპალში; უღირსი სამუშაო პირობები აზიისა და ლათინური ამერიკის ქარხნებსა და სახელოსნოებში; ფარმაცევტული ნაწარმის გადაჭარბებული განფასების პოლიტიკა სამხრეთ აფრიკის შიდსის დრამის დროს; ბავშვთა შრომის გამოყენებისთვის კორპორაციების – IKEA და Nike – მხილება; კომპანია Adidas-ის დადანაშაულება ჩინეთში სპორტული ბურთების იძულებითი შრომით წარმოების გამო; ბანანის პლანტაციებში მძიმედ მომწამვლელი პესტიციდების გამოყენება; პროფკავშირებში გაწევრიანებული მუშების „გაუჩინარება"; გარემოსადმი მიყენებული ზიანი ფართომასშტაბიანი სამშენებლო პროექტების შედეგად. ამ ჩამონათვალის განვრცობა ადვილია. სკანდალური მოვლენებით ტომეულების შევსება შეიძლება.

რაც ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტის სამართლებრივ საკითხს საჭირბოროტო პოლიტიკურ მოვლენად გარდაქმნის, ეს არის მთავრობის პრივატიზაციის მიმდინარე პროცესი. ჰორიზონტალური ეფექტის სამართლებრივი დოქტრინა ჩვეულებრივ თავს არიდებს მძიმე შეკითხვას ძირითადი უფლებებით კერძო აქტორების უშუალო შებოჭვის შესახებ. შემუშავდა დოქტრინათა სიმრავლე, რის თანახმადაც კერძო სფეროში ძირითადი უფლებები ხასიათდება მხოლოდ „არაპირდაპირი" მოქმედების ძალით.[1] საკითხის უხეში გამარტივების შედეგად, მიიღება ორი ძირითადი კონსტრუქცია, თუმცა კი მრავალი ვარიანტით. სახელმწიფოებრივი მოქმედების დოქტრინის თანახმად, კერძო აქტორებზე ცალსახად არ ვრცელდება

---

* ნაშრომი თარგმნილია შემდეგი გამოცემიდან: Teubner, Gunther: „Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State", in: Dobner, Petra and Loughlin, Martin (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010: 327-341

1 შედარებითი შეხედულებისთვის, იხ.: Friedmann, Daniel and Barak-Erez, Daphne (eds.): *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2001. Anderson, Gavin W.: „Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism", in: *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 17, 2004: 31-59; Alston, Philip (ed.): *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2005; Clapham, Andrew: *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

ძირითადი უფლებების მბოჭავი ძალა, თუ მათ საქმიანობაში ვერ მოხერხდება სახელმწიფოებრივი მოქმედების ვერანაირი ელემენტის მიკვლევა. ეს შეიძლება მოხდეს იმის გამო, რომ სახელმწიფო უწყებები გარკვეულწილად ჩართულნი არიან ამ პროცესში, ან კერძო აქტორი ითავსებს ფართო თვალსაზრისით „საჯაროდ“ მიჩნეულ ფუნქციებს. ალტერნატიულად, ძირითადი უფლებების სტრუქტურული მოქმედების დოქტრინის ძალით, აუცილებელია ამ უფლებების აღიარება სამართლის მთელი სისტემის მასშტაბით, სახელმწიფოს მიერ ამოქმედებული კერძოსამართლებრივი დანაწესების ჩათვლით. თუმცა ძირითადი უფლებების მოქმედების შეზღუდვა სამართლის სისტემის ფარგლებში გულისხმობს, რომ უშუალოდ კერძო აქტორები არ არიან ძირითადი უფლებებით დაწესებული მოვალეობების სუბიექტები.

ამ გამოცანის ამოხსნას კიდევ უფრო ართულებს გლობალიზაცია. ძირითადი უფლებებით კერძო აქტორების შებოჭვის საკითხი უფრო მწვავედ დგას ტრანსნაციონალურ სივრცეში, ვიდრე ეროვნული სახელმწიფოს კონტექსტში. სხვა მხრივ ყველგან მყოფი სახელმწიფო და მისი ნაციონალური სამართალი ამ შემთხვევაში თითქმის გამქრალია, რის შედეგადაც სახელმწიფოს მოქმედების დოქტრინა და ძირითადი უფლებების სტრუქტურული მოქმედების თეორია გამოიყენება მხოლოდ უმნიშვნელოდ, სულ რამდენიმე სიტუაციაში. იმავდროულად, ტრანსნაციონალური კერძო აქტორები, მეტადრე ტრანსნაციონალური კორპორაციები, ინტენსიურად აწესრიგებენ ცხოვრების განსხვავებულ სფეროებს კერძო მართვის თავიანთი რეჟიმებით. ამდენად, შეუძლებელია თავის დაღწევა კითხვისგან – ხდება თუ არა მათი პირდაპირი შებოჭვა ძირითადი უფლებებით.

საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმი

ასახული პრობლემიდან გამომდინარეობს უფრო ზოგადი თეორიული კითხვა: რა პასუხის გაცემა შეუძლია კონსტიტუციურ თეორიას იმ გამოწვევებზე, რომლებიც ეფუძნება მნიშვნელოვან ორ ტენდენციას – პრივატიზაციას და გლობალიზაციას? სწორედ ეს უნდა იყოს დღევანდელი „კონსტიტუციური საკითხი“. თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმი ვითარდება ნაციონალურ სახელმწიფოს მიღმა. ის ამას ორმაგი მნიშვნელობით ახერხებს: კონსტიტუციონალიზმი ვითარდება ტრანსნაციონალურ კონტექსტში და კერძო სექტორში.[2] როდესაც ეროვნულ სახელმწიფოთა ძველი კონსტიტუციები ერთდროულად ახდენდნენ დემოკრატიული პოლიტიკის დინამიკის გათავისუფლებას და რეპრესიული პოლიტიკური ძალაუფლების მოთვინიერებას სამართლის მეშვეობით, დღესდღეობით საშურია სავსებით განსხვავებული სოციალური დინამიკის გათავისუფლება და მოთვინიერება – და ამის განხორციელება ამჯერად უკვე გლობალურ დონეზე. შესწევს კი ძალა კონსტიტუციურ თეორიას, განაზოგადოს ეროვნული სახელმწიფოსთვის მის მიერ ადრე განვითარებული იდეები და მოახდინოს მათი ახლებური განსაზღვრა დღევანდელი პრობლემების გათვალისწინებით? სხვა სიტყვებით, შესაძლებელია ეროვნული სახელმწიფოს კონსტიტუციონალიზმის ტრადიციის ნაყოფიერი გამოყენება და გარდაქმნა პრივატიზაციისა და გლობალიზაციის ფენომენებთან გამკლავებისთვის?[3]

თანამედროვე კონსტიტუციური თეორია კვლავ სახელმწიფოზეა ცენტრირებული. ეს ნამდვილად არის ***obstacle épistémologique***. ეს ცუდად ამარაგებს კონსტიტუციურ თეორიას ტრა-

[2] საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმის სოციოლოგიური თეორიისთვის, იხ.: Selznick, Philip: ***Law, Society and Industrial Justice***, New York: Russel Sage, 1969; Sciulli, David: ***Theory of Societal Constitutionalism***, Cambridge: Cambridge University Press, 1992; Prandini, Riccardo: „The Morphogenesis of Constitutionalism“, in: Dobner, Petra and Loughlin, Martin (eds.): ***The Twilight of Constitutionalism?*** Oxford: Oxford University Press, 2010: 309-326.

[3] საკითხის უფრო დეტალური დამუშავებისთვის, იხ.: Teubner, Gunther: „Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutinal Theory“, in: Joerges, Christian / Sand, Inger-Johanne and Teubner, Gunther (eds.): ***Transnational Governance and Constitutionalism***, Oxford: Hart Publishing, 2004: 3-28.

ნსნაციონალურ დონეზე კერძო მართვის საკითხის დასამუშავებლად. ალტერნატივა, რომელიც უნდა შემუშავდეს, არის კონსტიტუციონალიზმი სახელმწიფოს გარეშე. კონსტიტუციის თეორეტიკოსთათვის ეს ტაბუს დამსხვრევის ტოლფასია.[4] მათთვის კონსტიტუცია სახელმწიფოს გარეშე საუკეთესო შემთხვევაში უტოპიაა – უმწეო უტოპია, ზუსტად რომ ითქვას. მაგრამ ეს ფორმულა სულაც არ არის აბსტრაქტული ნორმატიული მოთხოვნა, წაყენებული შორეული, განუსაზღვრელი მომავლისადმი. ნაცვლად ამისა, ეს რეალური ტენდენციის შესახებ მტკიცებაა, რომელზე დაკვირვებაც შესაძლებელია მსოფლიო მასშტაბით.

მოკლედ რომ ითქვას, მსურს დავამტკიცო, რომ მოწმენი ვართ ეროვნულ სახელმწიფოს მიღმა სამოქალაქო კონსტიტუციათა სიმრავლის ჩამოყალიბებისა. მაგრამ არ უნდა მოხდეს მსოფლიო საზოგადოების კონსტიტუციის გააზრება ექსკლუზიურად საერთაშორისო პოლიტიკის წარმომადგენლობით ინსტიტუციებში; მისი განხორციელება ასევე შეუძლებელია უნიტარული გლობალური კონსტიტუციის სახით, რომელიც ფარავს საზოგადოების ყველა სფეროს. ნაცვლად ამისა, იგი მრავალგვარად აღმოცენდება მსოფლიო საზოგადოების ურიცხვი ავტონომიური ქვესისტემის კონსტიტუციონალიზაციის ფარგლებში.[5]

II. ფრაგმენტირებული გლობალიზაცია

აღმოცენებადი საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმის მოხელთება შესაძლებელი იქნება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ჯეროვანი ყურადღება მიექცევა გლობალიზაციის პოლიცენტრულ ფორმას. გლობალიზაციის ამგვარი გააზრება კი მხოლოდ მაშინ მოხერხდება, თუ უარს ვიტყვით სოციალურ და სამართლის თეორიაში ფართოდ გავრცელებულ ხუთ მოსაზრებაზე, რათა შესაძლებელი გახდეს მათი ჩანაცვლება ერთი შეხედვით უჩვეულო იდეებით.[6] მათ ნაცვლად გაზიარებულია შემდეგი ხუთი მოსაზრება:

რაციონალობათა დაპირისპირებანი პოლიცენტრულ გლობალურ საზოგადოებაში

პირველი მოსაზრება, რომლის უგულებელყოფაც აუცილებელია, სამართლის გლობალიზაციას მიიჩნევს ეკონომიკის ინტერნაციონალიზაციის შედეგად. ეკონომიკით განპირობებული

---

4 Grimm, Dieter: „The Constitution in the Process of Denationalization", in: *Constellations*, Vol. 12, 2005: 447-463.

5 ავტორები, რომლებიც უახლოვდებიან ამ პოზიციას, არიან: Brunkhorst, Hauke: „Constitutionalism and Democracy in the World Society", in: Dobner, Petra and Loughlin, Martin (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010: 179-198; Prandini, Riccardo: „The Morphogenesis of Constitutionalism", in: Dobner, Petra and Loughlin, Martin (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010: 309-326; Preuss, Ulrich K.: „Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?", in: Dobner, Petra and Loughlin, Martin (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010: 23-46; Walker, Neil: „Beyond the Holistic Constitution?", in: Dobner, Petra and Loughlin, Martin (eds.): *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010: 291-308; Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism", in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-59; Walter, Christian: „Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law", in: *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001: 170-201, 188; Calliess, Gralf-Peter and Zumbansen, Peer: *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2010; Ladeur, Karl-Heinz and Viellechner, Lars: „Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globales Privatrechtsregimes", in: *Archiv des Völkerrechts*, Band 46, 2008: 42-73; Schepel, Harm: *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford: Hart Publishing, 2005; Amstutz, Marc / Abegg, Andreas und Karavas, Vaios: *Soziales Vertragsrecht: Eine rechtsevolutorische Studie*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2006.

6 საკითხის უფრო დაწვრილებით დამუშავებისთვის, იხ.: Fischer-Lescano, Andreas and Teubner, Gunther: „Regime-Collisions: The Vain Search of Legal Unity in the Fragmentation of Global law", in: *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004: 999-1045.

გლობალიზაციის ამგვარი ფორმის ალტერნატივა არის „პოლიცენტრული გლობალიზაცია“.[7] ამ განვითარების უპირველესი წარმმართველია საზოგადოების ფუნქციონალური დიფერენცირება. საზოგადოების თითოეული ავტონომიური ფუნქციონალური ქვესისტემა უსხლტება თავის ტერიტორიულ მიჯნებს და ახდენს საკუთარი თავის გლობალურად კონსტიტუირებას. ეს პროცესი არ არის შეზღუდული მარტოოდენ ეკონომიკური ბაზრებით; ის ასევე მოიცავს მეცნიერებას, კულტურას, ტექნოლოგიას, ჯანდაცვას, თავდაცვას, ტრანსპორტს, ტურიზმს და სპორტს, და ასევე, თუმცა გარკვეულწილად განუვითარებელი სახით, პოლიტიკას, სამართალს და სოციალურ უზრუნველყოფას. დღესდღეობით, თითოეული ამ ქვესისტემათაგანი ოპერირებს ავტონომიურად გლობალურ დონეზე.

რაც ამჟამად განსაკუთრებულ ინტერესს იწვევს, ეს არის ეგრეთ წოდებული გარეგანი ურთიერთობანი ამ გლობალურ სოფლებს შორის. ამ ურთიერთობებზე ყველაფერი შეიძლება ითქვას, გარდა მათი ჰარმონიულობისა. თუკი რამე შეიძლება გამოიხატოს „კულტურათა შეჯახების“ იდეით, ეს სწორედ მოცემული შემთხვევაა. თავიანთი ოპერაციული დახურულობით გლობალური ფუნქციონალური სისტემები აყალიბებენ საკუთარ სფეროს, რომლის ფარგლებშიაც თავისუფალნი არიან გაამძაფრონ პირადი რაციონალობა სხვა სოციალური სისტემების ან თავიანთი ბუნებითი თუ ადამიანური გარესამყაროს გაუთვალისწინებლად. თავისი ინოვაციური ანალიზით კარლ მარქსმა წარმოაჩინა გლობალიზებული ეკონომიკური რაციონალობის დესტრუქციული პოტენციალი. მაქს ვებერი კიდევ უფრო შორს წავიდა და აამოქმედა „მოდერნული პოლითეიზმის“ ცნება. მან გამოააშკარავა დესტრუქციული პოტენციალი ცხოვრების სხვა სფეროებში და გააანალიზა რაციონალობათა საშიში კონფლიქტები აღმოცენების პროცესში. ამასობაში, ფართო საზოგადოებისთვის თვალსაჩინო გახდა ადამიანური და ეკოლოგიური რისკები, მომდინარე მეტად სპეციალიზებული გლობალური სისტემებისგან, როგორებიცაა მეცნიერება და ტექნოლოგია.[8] როდესაც განიხილება სამხრეთ ნახევარსფეროს ქვეყნების მდგომარეობა, აშკარაა, რომ რეალური საფრთხე მომდინარეობს ეკონომიკურ, პოლიტიკურ, სამეცნიერო და ტექნოლოგიურ რაციონალობათა სფეროებს შორის კონფლიქტისაგან, რაც იწვევს „რაციონალობათა შეჯახების“ გამძაფრებას. ნიკლას ლუმანის ძირითადი თეზისის თანახმად, ამ რისკთა განმაპირობებელი მიზეზის მიკვლევა შესაძლებელია რაციონალობათა მაქსიმიზაციაში, რისკენაც მიმართულია სხვადასხვა გლობალური ფუნქციონალური სისტემა და რაც საფრთხის არნახულ პოტენციალს შეიცავს ადამიანების, ბუნებისა და საზოგადოების საწინააღმდეგოდ.[9]

ამ თვალთახედვით, ტრანსნაციონალური საწარმოების მიერ ადამიანის უფლებების გამოაშკარავებული დარღვევები აღარ განიხილება უბრალო კონფლიქტად ინდივიდუალურ უფლებებს შორის – კომპანიების საკუთრების უფლებასა და ადამიანის უფლებებს შორის. ნაცვლად ამისა, ისინი წარმოადგენენ ინსტიტუციონალიზებულ რაციონალობათა კოლიზიებს. ისინი ჩართულნი არიან ტრანსნაციონალურ ორგანიზაციათა განსხვავებულ პოლიტიკურ

[7] Held, David: *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*,Cambridge: Polity Press, 1995: 62. ასევე, იხ.: Meyer, John W. / Boli, John / Thomas, George M. and Ramirez, Francisco O.: „World Society and the Nation-State“, in: *American Journal of Sociology*, Vol. 103, 1997: 144-181; Schütz, Anton: „The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems, and Observing World Society“, in: Teubner, Gunther (ed): *Global Law without A State*, Aldershot: Dartmouth, 1997: 257–93; Santos, Boaventura de Sousa: *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Evanston, Ill.: Northwestern University Press, 2003; Günther, Klaus and Randeria, Shalini: *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Bad Homburg: Reimers, 2001: 28; Luhmann, Niklas: „Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft“, in: Beck, Ulrich (ed.): *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp,1998: 345.

[8] იხ. განსაკუთრებით: Beck, Ulrich: *Risk Society*, London: Sage, 1992.

[9] Luhmann, Niklas: *Die Gesellschaft der gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997: 1088.

პროცესებში. ამგვარი პრობლემები გამოწვეულია გლობალური საზოგადოების ფრაგმენტირებული და ოპერაციულად დახურული ფუნქციონალური ქვესისტემებით, რომლებიც თავიანთი ექსპანსიონისტური აღტყინებისას წარმოშობენ გლობალური საზოგადოებისთვის ყველაზე მძაფრ პრობლემებს.

ტრანსნაციონალური მარეგულირებელი რეჟიმები

მეორე, საჭიროა უარის თქმა იდეაზე, რომლის თანახმადაც მართლწესრიგების არსებობა შესაძლებელია მხოლოდ ეროვნული სახელმწიფოს დონეზე. სამართალმა უკვე შეძლო თავის დაფუძნება გლობალურად, როგორც მსოფლიო საზოგადოების უნიტარულმა ფუნქციონალურმა სისტემამ. მიუხედავად გლობალურ დონეზე მისი მთლიანობისა, სამართალს ევალება შინაგან წინააღმდეგობათა სიმრავლის გათვალისწინება. ამდენად, სამართლებრივი მთლიანობა გლობალურ სამართალში გადანაცვლებულია ნორმატიული თანმიმდევრულობიდან ოპერაციული „ინტერლეგალურობისაკენ".[10]

საფუძველი ჩაეყარა სამართლის ახალ, შინაგან დიფერენცირებას. ეს ახლებური დიფერენცირება სამართლის შიგნით არის შედეგი სამართალზე სოციალური დიფერენცირების ძლიერმოქმედი გავლენისა. საუკუნეების განმავლობაში სამართალი მიჰყვებოდა ეროვნულ სახელმწიფოთა პოლიტიკურ ლოგიკას და იყო ხილვადი ნაციონალურ მართლწესრიგთა სიმრავლეში. თითოეულ მათგანს ჰქონდა საკუთარი ტერიტორიული იურისდიქცია. თუმცა, უკანასკნელი ორმოცდაათი წლის განმავლობაში, სწრაფად მზარდი ექსპანსიის პირობებში, ტრანსნაციონალურმა რეჟიმებმა, მათ შორის კი ყველაზე თვალსაჩინოდ მსოფლიო სავაჭრო ორგანიზაციამ, მოახერხეს ავტონომიურ მართლწესრიგებად თვითდაფუძნება გლობალურ დონეზე. გავრცელებული მოსაზრებების საპირისპიროდ, გლობალურ სამართლებრივ რეჟიმთა აღმოცენება სულაც არ გულისხმობს მართლწესრიგთა ინტეგრაციას ან კონვერგენციას. ნაცვლად ამისა, საზოგადოებრივი ფრაგმენტაცია იმგვარად მოქმედებს სამართალზე, რომ დიფერენცირებულ საზოგადოებრივ სფეროთა პოლიტიკური მოწესრიგება მოითხოვს საგნობრივად სპეციფიკური პოლიტიკური სივრცეების დანაწევრებას, რომლებიც ახდენენ თავისსავე იურიდიფიკაციას.

შედეგად, ტერიტორიულობის პოლიტიკურ პრინციპთან შესაბამისობაში ჩამოყალიბებული ტრადიციული დიფერენცირება შედარებით ავტონომიურ ნაციონალურ მართლწესრიგებად გადაფარულია სექტორული დიფერენცირების პრინციპით: გლობალური სამართლის დიფერენცირება ტრანსნაციონალურ სამართლებრივ რეჟიმებად, რაც განსაზღვრავს მათ იურისდიქციებზე გარეგან წვდომას საგნობრივად სპეციფიკურ და არა ტერიტორიულ საზღვრებზე დაყრდნობით.

ტრანსნაციონალური „კერძო" რეჟიმები

მაგრამ ეს ჯერ კიდევ არ კმარა სამართლებრივი გლობალიზაციის ყოველმხრივი გაგების უზრუნველყოფისათვის. ჯერ კიდევ არ მოჰფენია სინათლე არასახელმწიფოებრივ „კერძო" სამართლებრივ რეჟიმთა თანაბრად სწრაფ რაოდენობრივ ზრდას. მხოლოდ ეს რეჟიმები წარმოშობენ „გლობალურ სამართალს სახელმწიფოს გარეშე", რომელიც უშუალოდაა პასუხისმგებელი გლობალური სამართლებრივი პლურალიზმის მრავალგანზომილებიანი ბუნებისათ-

[10] Santos, Boaventura de Sousa: „State Transformation, Legal Pluralism and Community Justice: An Introduction", in: *Social and Legal Studies*, Vol. 1, 1992: 131-142; Amstutz, Marc: „Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung", in: Amstutz, Marc (ed.): *Festschrift für Heinz Rey*, Zürich: Schulthess, 2003: 161-176.

ვის.[11] მრავალგანზომილებიანი სამართლებრივი პლურალიზმის სრული გააზრება მიიღწევა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ უკუგდებულია სოციალურ და სამართლის თეორიაში ჩამოყალიბებული მესამე ვარაუდი: მტკიცება, რომლის თანახმადაც, თითქოსდა, სამართალს მოქმედების ძალას ანიჭებს ექსკლუზიურად სახელმწიფოს მიერ ინიცირებული საკანონმდებლო პროცესები; რომ სამართალი, სამართლად აღიარებისთვის, უნდა მომდინარეობდეს მისი ცნობილი შინაგანი წყაროებიდან ან ეფუძნებოდეს ოფიციალურად სანქცირებულ საერთაშორისო წყაროებს. ამდენად, აუცილებელია სამართლის ცნების განვრცობა, რათა მან მოიცვას ის ნორმებიც, რომლებიც მოქმედებენ ნაციონალური სახელმწიფოსა და საერთაშორისო სამართლის ოფიციალურ წყაროებს მიღმა.

„ტრანსნაციონალურ თანამეგობრობებს" ან საზოგადოების ავტონომიურ ფრაგმენტებს, როგორებიცაა გლობალიზებული ეკონომიკა, მეცნიერება, ტექნოლოგია, მასმედია, მედიცინა, განათლება და ტრანსპორტი, უვითარდება ძლიერი „ნორმატიული შიმშილი", მომწესრიგებელი ნორმების არნახული საჭიროება, რისი დაკმაყოფილებაც შეუძლებელია ეროვნული ან საერთაშორისო ინსტიტუციების მიერ. ნაცვლად ამისა, ისინი თავიანთ მოთხოვნას იკმაყოფილებენ სამართალზე პირდაპირი წვდომით. გლობალური კერძო რეჟიმები, სულ უფრო მეტად, აყალიბებენ თავიანთ მატერიალურ სამართალს. ისინი მოიხმარენ სამართლის საკუთარ წყაროებს, რომლებიც ჩამოყალიბებულია ნაციონალური კანონშემოქმედებისა და საერთაშორისო შეთანხმებების გარეთ.[12]

დღესდღეობით კერძო სამართლებრივ რეჟიმთა ყველაზე ცნობილი მაგალითებია საერთაშორისო ეკონომიკის სფეროში ჩამოყალიბებული *ლექს მერცატორია* და ინტერნეტის სექტორში განვითარებული ***lex digitalis***.[13] თუმცა ამ მაგალითებს ემატება მრავალრიცხოვანი კერძო თუ კერძო-საჯარო მარეგულირებელი და დავების გადამწყვეტი რეჟიმი, რომლებიც ქმნიან გლობალურ მოქმედებაზე პრეტენზიის მქონე ავტონომიურ სამართალს.[14] ეს პოსტნაციონალური წარმონაქმნები ორგანიზებულნი არიან ფინანსირების, რეკრუტირების, კოორდინაციის, კომუნიკაციის და რეპროდუცირების პრინციპთა ირგვლივ, რომლებიც ძირეულად პოსტნაციონალური – და არა უბრალოდ მულტინაციონალური თუ საერთაშორისო – ხასიათისაა. მათ შორისაა მულტინაციონალური საწარმოები, რომლებიც აყალიბებენ საკუთარ შინაგან მართლწესრიგს, მაგრამ ასევე ტრანსნაციონალური რეჟიმები, რომლებიც აწესრიგებენ სოციალურ საკითხებს მსოფლიო მასშტაბით. ეს კერძო რეჟიმები ხშირად წინააღმდეგობაშია ეროვნული სახელმწიფოს სამართლებრივ ნორმებთან და სხვა ტრანსნაციონალურ რეჟიმებთან.

კონსტიტუციონალიზმი ტრანსნაციონალურ რეჟიმებში

გლობალური საზოგადოების ფრაგმენტირება და მისი გავლენა სამართალზე ზემოქმედებას ახდენს კონსტიტუციურ თეორიაზე. გლობალურ დონეზე მიმდინარეობს კონსტიტუციონალიზაციის სივრცის გადანაცვლება საერთაშორისო ურთიერთობების სისტემიდან განსხვავებული სოციალური სექტორებისკენ, რომლებიც აყალიბებენ საკუთარ სამოქალაქო კონ-

[11] სამართლებრივი პლურალიზმის შესახებ დისკუსიისთვის, იხ.: Berman, Paul Schiff: „The Globalization of Jurisdiction", in: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, 2002: 311-545, 325.

[12] Teubner, Gunther: „Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society", in: G. Teubner (ed.): *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, 1997: 3-28.

[13] იხ. *lex mercatoria*-s Sesaxeb: Sweet, Alec Stone: „The New Lex Mercatoria and Transnational Governance", in: *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, 2006: 627-646. ix. *lex digitalis*-is Sesaxeb: Perritt, Henry H.: „Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR", in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 15, 2000: 675-703, 691.

[14] Berman, Paul Schiff: „The Globalization of Jurisdiction", in: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, 2002: 311-545, 369.

სტიტუციებს. კონსტიტუციური პლურალიზმის ცნების თანახმად, მიზანშეწონილია ნაციონალური სახელმწიფოს ფარგლებს გარეთ კოლექტიურ ორგანოთა „კონსტიტუციაზე" საუბარი, როდესაც გამოკვეთილია ნილ უოლკერის მიერ გამოკვეთილი შემდეგი პირობები:

(I) ექსპლიციტური კონსტიტუციური დისკურსისა და კონსტიტუციური თვითცნობიერების განვითარება;

(II) პრეტენზიის გაცხადება ფუნდამენტურ სამართლებრივ ძალაუფლებაზე ან სუვერენულობაზე, როდესაც სუვერენულობა არ არის მიჩნეული აბსოლუტურად;

(III) უფლებამოსილების სფეროთა გამიჯვნა;

(IV) წყობილების შინაგანი ორგანოს არსებობა, რომელსაც ექნება ინტერპრეტაციული ავტონომია უფლებამოსილებათა მნიშვნელობასა და მიზანთან მიმართებით;

(V) წყობილების სამართავი ინსტიტუციური სტრუქტურის არსებობა;

(VI) მოქალაქეთა უფლებანი და მოვალეობანი, გაგებული ფართო მნიშვნელობით;

(VII) წყობილებაში მოქალაქეთა წარმომადგენლობის პირობათა განმარტება.[15]

„წყობილება" ამ კონტექსტში არ უნდა იქნეს გაგებული ინსტიტუციონალიზებული პოლიტიკის ვიწრო მნიშვნელობით. ტერმინი ასევე გულისხმობს სამოქალაქო საზოგადოების არაპოლიტიკურ ინსტიტუციებს, ეკონომიკას, მეცნიერებას, განათლებას, ჯანდაცვას, ხელოვნებას თუ სპორტს – ყოველ იმ სოციალურ არეს, სადაც ხორციელდება კონსტიტუციონალიზაცია.[16] ამგვარად, თვითკმარი რეჟიმები აძლიერებენ საკუთარ თავს ავტოკონსტიტუციური რეჟიმების სახით. თვითკმარ რეჟიმთა განმსაზღვრელი მახასიათებელი არ არის უბრალოდ ის, რომ მათ შეუძლიათ საკმაოდ სპეციალიზებული პირველადი ნორმების ჩამოყალიბება, ანუ მატერიალური ნორმების შექმნა სამართლის მნიშვნელოვან სფეროებში, არამედ მნიშვნელოვანია ის გარემოება, რომ ისინი ასევე აწარმოებენ საკუთარ საპროცესო ნორმებს სამართალწარმოების, სამართლებრივი აღიარების და სამართლებრივი სანქციების შესახებ: ეგრეთ წოდებულ მეორეულ ნორმებს.[17] თუმცა ნორმათა ამგვარი რეფლექსიური ფორმირება ჯერ კიდევ არ ნიშნავს კონსტიტუციურ ნორმათა წარმოებას სიტყვის ზუსტი მნიშვნელობით. მეორეული ნორმები მხოლოდ მაშინ გარდაიქმნებიან კონსტიტუციურ ნორმებად, როდესაც შეძლებენ განავითარონ უფრო ახლო პარალელები პოლიტიკური კონსტიტუციის ნორმებთან მიმართებით. პოლიტიკური კონსტიტუციები არ შეიცავენ მხოლოდ უფრო მაღალი დონის სამართლებრივ ნორმებს. ნაცვლად ამისა, ისინი აყალიბებენ სტრუქტურულ შეკავშირებას სამართლისა და პოლიტიკის რეფლექსიურ მექანიზმებს შორის.[18] შესაბამისად, ავტოკონსტიტუციურ რეჟიმთა განმსაზღვრელი მახასიათებელია კავშირის არსებობა სამართლის რეფლექსიურ პროცესებსა და სხვა სოციალური სფეროების რეფლექსიურ პროცესებს შორის. რეფლექსიურობა ამ კონტექსტში აღნიშნავს სპეციფიკურ პროცესთა გამოყენებას საკუთარ თავთან მიმართებით – ნორმათა ნორმირება, პოლიტიკური პრინციპების ამოქმედება უშუალოდ პოლიტიკურ პროცესთან დაკავშირებით, ეპისტემოლოგია როგორც თეორიების შესახებ თეორიული განაზრება და ა.შ.

---

15 Walker, Neil: „The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key", in: de Burca, Gráinne and Scott, Joanne (eds.): *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford: Hart Publishing, 2001: 31-57, 33.

16 ამაზე ყურადღებას ამახვილებს შული: Sciulli, David: *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992; Brunkhorst, Hauke: *Solidarity: From Civil Friendship to a Global Legal Community*, Cambridge: Mass.: MIT Press, 2005.

17 Simma, Bruno: „Self-Contained Regimes", in: *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 16, 1985: 111-136; Koskenniemi, Martti: *Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law: The Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of „Self-contained Regimes"*, 2003, at: http://www.un.org/law/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf .

18 Luhmann, Niklas: „Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", in: Rechtshistorisches Journal, Band 9, 1990: 176-220.

ავტოკონსტიტუციური რეჟიმები განისაზღვრებიან მათი რეფლექსიურობის გაორებით. სამართლის სისტემაში მეორეულ ნორმათა წარმოება კომბინირებულია შესაბამის ავტონომიურ სოციალურ სფეროში რაციონალობის ფუნდამენტურ პრინციპთა განსაზღვრასთან. საზოგადოებრივი კონსტიტუციები აყალიბებენ სტრუქტურულ შეკავშირებას სამართალში ნორმათა მეორეულ წარმოებასა და სხვა სოციალური სექტორის რეფლექსიურ მექანიზმებს შორის. შესაბამისად, არასახელმწიფოებრივი, არაპოლიტიკური, სამოქალაქო საზოგადოების მიერ წარმართული კონსტიტუციონალიზაცია ხორციელდება იმ მასშტაბით, რომ რეფლექსიური სოციალური პროცესები, რომლებიც თავიანთი თვითგამოყენებით განსაზღვრავენ სოციალურ რაციონალობებს, იმავდროულად განიცდიან იურიდიფიკაციას და ამგვარად მიერთებულნი არიან რეფლექსიურ სამართლებრივ პროცესებთან. ამ სახით გააზრებისას გონივრულია კონსტიტუციური ელემენტების არსებობაზე საუბარი – ტერმინის ზუსტი მნიშვნელობით – ეკონომიკურ რეჟიმებში, აკადემიურ სისტემასა და ინტერნეტის დიგიტალურ რეჟიმებში. აქ, ამ განსხვავებულ კონტექსტებში, შესაძლებელია კონსტიტუციის იმგვარი ტიპობრივი ელემენტების მიკვლევა, როგორებიცაა: ერთი მხრივ, გადაწყვეტილებათა მიღებისთვის საჭირო დანაწესების ჩამოყალიბება და ამოქმედება (ორგანიზაციული და პროცედურული წესები), მეორე მხრივ კი, ინდივიდუალური თავისუფლებებისა და საზოგადოებრივი ავტონომიების (ძირითადი უფლებების) განსაზღვრა.[19]

მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ საზოგადოებრივ კონსტიტუციათა ჩამოყალიბება ამძაფრებს კონფლიქტს სამართლებრივ რეჟიმებს შორის, მათ მიერ განვითარებულ ძირითადი უფლებების ცნებებს შორისაც კი, რამდენადაც ეს პროცესი, რეფლექსიური მექანიზმების მეშვეობით, განამტკიცებს სამართლებრივი რეჟიმის დამოუკიდებლობას განსხვავებული სამართლებრივი რეჟიმებისგან.

რეჟიმთა კონსტიტუციების კოლიზია

რას უნდა ნიშნავდეს ყოველივე ეს უნიფიცირებული მსოფლიო კონსტიტუციის იდეასთან დაკავშირებით? ბოლო მოსაზრება, რომლის უკუგდებაც აუცილებელია, არის უნიფიცირებული გლობალური კონსტიტუციის იდეა, რომლის გადარჩენისთვის, სხვებთან ერთად, ზრუნავენ პოლიტიკის ფილოსოფოსები, მათ შორის იურგენ ჰაბერმასიც: ***Lasciate ogni speranza***. ნებისმიერი მისწრაფება გლობალური სამართლის კონსტიტუციური მთლიანობისკენ უსათუოდ ქიმერაა. მიზეზი კი ისაა, რომ გლობალური საზოგადოება არის „საზოგადოება მწვერვალისა და ცენტრის გარეშე".[20] პოლიტიკის დეცენტრირების კვალად, აღარც არსებობს იმგვარი ძალაუფლება, რომელიც უზრუნველყოფდა საზოგადოებრივი ფრაგმენტების კონსტიტუციონალიზაციას.

სამართლებრივ იერარქიათა ჩამოშლის შემდეგ ერთადერთი რეალისტური არჩევანია სამართლის ჰეტერარქიული ფორმების განვითარება, რომელთა ექსკლუზიური ფუნქციაც იქნება კონსტიტუციურ ფრაგმენტებთან თავისუფალი ურთიერთობების შექმნა. განსხვავებულ რეჟიმთა კონსტიტუციებს შორის კოლიზიების დაძლევა შესაძლებელია ქსელური ურთიერთობების შერჩევითი პროცესებით, რაც ნორმატიულად აძლიერებს რეჟიმთა კონსტიტუციებს შორის უკვე არსებულ ფაქტობრივ ქსელებს: რეჟიმთა კონსტიტუციების მიერთებას ავტონომიურ სოციალურ სექტორებთან და, რაც ამ კონტექსტში კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია, რეჟიმთა კონსტიტუციების ერთმანეთთან მიერთებას. ამდენად, ქსელური თეორიის უახლესი

[19] Fischer-Lescano, Andreas: „Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Band 88, 2002: 349-378.

[20] Luhmann, Niklas: *Political Theory in the Welfare State*, Berlin: De Gruyter, 1990.

განვითარებანი შეიძლება მნიშვნელოვანი აღმოჩნდეს საერთაშორისო კონსტიტუციური სამართლისთვის. ამ თეორიამ წარმოაჩინა მოქმედების პარადოქსული ლოგიკა ქსელებში, ჰეტერარქიული კონფიგურაციების ***unitas multiplex***. როგორც „ჰეტეროგენული ელემენტების კვლავწარმოების მეტად საეჭვო კონტექსტები",[21] ქსელები განეკუთვნებიან ავტონომიურ სისტემათა საპირისპირო ინსტიტუციებს. მოქმედებათა განსხვავებული ლოგიკის კომბინირებით ისინი შუამავლობენ ავტონომიურ ფუნქციონალურ სისტემებს, ფორმალურ ორგანიზაციებს და, რაც მეტად მნიშვნელოვანია, ამ შემთხვევაში – ავტონომიურ რეჟიმებს შორის. სამართლებრივ რეჟიმთა დეცენტრალიზებული ქსელური ურთიერთობის სამი წარმმართველი პრინციპი შეიძლება გამოიკვეთოს ზოგადი სახით:

(I) უბრალო ნორმატიული თავსებადობა, ნაცვლად სამართლის იერარქიული მთლიანობისა.

(II) ტრანსნაციონალურ რეჟიმებსა და ეროვნულ სახელმწიფოებში კონსტიტუციათა ფორმირება ამ ავტონომიურ მართლწესრიგთა ორმხრივი ირიტაციის, დაკვირვების და რეფლექსიურობის მეშვეობით.

(III) რეჟიმთა კონსტიტუციებს შორის კონფლიქტის დაძლევის დეცენტრალიზებული საშუალებანი, როგორც სამართლის მეთოდი.[22]

III. კონსტიტუციური უფლებები ტრანსნაციონალურ კერძო რეჟიმებში

ძირითადი უფლებები როგორც ეროვნული სახელმწიფოს პოლიტიკის ლიმიტაცია

რა შედეგის მომტანია საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმი ძირითადი უფლებებისთვის?[23] გადაწყვეტილების მიღების პროცედურულ წესებთან ერთად, ძირითადი უფლებები კონსტიტუციების ყველაზე მნიშვნელოვანი კომპონენტებია. სპეციფიკური თანამედროვე მნიშვნელობით, ძირითადი უფლებების ჩამოყალიბება წარმოებს ცალკეულ კომუნიკაციურ სამყაროთა – ანუ განსხვავებული „მატრიცების" – სიმრავლის ავტონომიზაციასთან ერთად. ისტორიული თვალსაზრისით პირველად, რაც ასევე ყოველმხრივ შესამჩნევია, მოყოლებული მაკიაველის ეპოქიდან, სწორედ პოლიტიკის მატრიცამ მოიპოვა ავტონომიურობა. იგი გამოეყო ძველი ევროპული საზოგადოების ძლიერ მორალურ-რელიგიურ-ეკონომიკურ კავშირებს და გაავრცელა პოლიტიკური ძალაუფლება ნებისმიერი შინაგანი შეზღუდვის გარეშე. თავისი ოპერაციული დახურულობითა და სტრუქტურული ავტონომიით პოლიტიკის სისტემამ განავითარა ექსპანსიური, ცალსახად იმპერიალისტური ტენდენციები. ცენტრალიზებულ ძალაუფლებას ლეგიტიმური კოლექტიური გადაწყვეტილებებისთვის ახასიათებს ნებისმიერ საზღვარს მიღმა საზოგადოებაში გავრცელების თანდაყოლილი ტენდენცია.[24] ამით იგი ათავისუფლებს მეტად დესტრუქციულ ძალას.

პოლიტიკური მატრიცის გავრცელება მიისწრაფვის ორი განსხვავებული მიმართულებით: ერთი მხრივ, იგი კვეთს სხვა სოციალური სექტორების საზღვრებს. მათი პასუხია კომუნიკაციური ავტონომიის მომარჯვება პოლიტიკის ინტერვენციის საპირისპიროდ. სწორედ ეს

[21] Baecker, Dirk: *Organisation und Gesellschaft*, Witten-Herdecke: Universität, 2002: 14.

[22] ევროპული კონტექსტისთვის, იხ.: Joerges, Christian: „The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective", in: *European Law Journal*, Vol. 3, 1997: 378-406.

[23] უფრო დეტალური ანალიზისთვის, იხ.: Teubner, Gunther: „The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by „Private" Transnational Actors", in: *Modern Law Review*, Vol. 69, 2006: 327-346.

[24] Luhmann, Niklas: *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965: 24.

არის ძირითადი უფლებების დაბადების ჟამი: ძირითადი უფლებებით პოლიტიკისგან გამიჯნულია ავტონომიის სივრცეები, რაც განკუთვნილია სოციალური ინსტიტუციებისთვის ან ინდივიდებისთვის, როგორც სოციალური კონსტრუქციებისთვის.[25] ორივე შემთხვევაში ძირითადი უფლებები უწესებენ საზღვრებს საზოგადოებაში პოლიტიკური მატრიცის ტოტალიზების ტენდენციებს; მეორე მხრივ, თავისი მცდელობით, გააკონტროლოს ადამიანის სული და სხეული, პოლიტიკა ვრცელდება გარკვეული ძალით საზოგადოების საზღვრებს გასწვრივ. ჩამოყალიბებული პროტესტი სოციალურად გარდაიქმნება ჩაგრულთა პოლიტიკურ ბრძოლად მჩაგვრელთა წინააღმდეგ და ბოლოს, ისტორიული კომპრომისის მეშვეობით, გვირგვინდება ინდივიდებთან მიმართებით პოლიტიკის თვითშეზღუდვის პოლიტიკური გარანტიებით. განსხვავებით ნახსენები ინსტიტუციონალური და პირადი ძირითადი უფლებებისგან, ეს პოლიტიკური გარანტიები ადამიანის უფლებებია – ზუსტი მნიშვნელობით.

ექსპანსიურ სოციალურ სისტემათა გამრავლება

ძირითად უფლებათა მოცემული მოდელი, რომელიც ორიენტირებულია პოლიტიკისა და სახელმწიფოსკენ, ქმედითია იმდენად, რამდენადაც სახელმწიფო გათანაბრებულია საზოგადოებასთან ან, სულ მცირე, მიჩნეულია საზოგადოების ორგანიზაციულ ფორმად, პოლიტიკა კი მის იერარქიულ კოორდინირებად. თუმცა, რამდენადაც სხვა მეტად სპეციალიზებული კომუნიკაციური მედიუმები – ფული, ცოდნა, სამართალი, მედიცინა, ტექნოლოგია – მოიპოვებენ ავტონომიას, ეს მოდელი კარგავს დამაჯერებლობას. ამ თვალთახედვით, მნიშვნელობას იძენს ძირითადი უფლებების და ადამიანის უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტი. საზოგადოების ფრაგმენტირება იწვევს სასაზღვრო ზონების გამრავლებას ავტონომიურ კომუნიკაციურ მატრიცებსა და ინდივიდებს შორის. ახალ „ტერიტორიათაგან" თითოეულს აქვს საკუთარი საზღვარი თავის ადამიანურ გარესამყაროში. აქ აღმოცენდება ახალი საფრთხე, მიმართული სხეულისა და სულის ინტეგრირებისა და ინსტიტუციური კომუნიკაციური სფეროების ავტონომიის წინააღმდეგ.

შესაბამისად, შეუძლებელია ძირითადი უფლებების დაყვანა სახელმწფოსა და ინდივიდს შორის ურთიერთობამდე. ინდივიდისა და ინსტიტუციური ინტეგრირების საგანგებო საფრთხეში ჩაგდება კომუნიკაციური მატრიცის მიერ მომდინარეობს არა მარტო პოლიტიკიდან, არამედ ასევე ცალსახად ყველა სოციალური სექტორიდან, რომლებიც ხასიათდებიან ექსპანსიური ტენდენციებით.[26] ეკონომიკის მატრიცისათვის მარქსმა ეს დაწვრილებით ნათელყო იმგვარი ცნებებით, როგორებიცაა: გაუცხოება, კაპიტალის ავტონომია, სამყაროს კომოდიფიკაცია, ადამიანის მიერ ადამიანის ექსპლუატაცია. დღესდღეობით ვაკვირდებით – მეტადრე ფუკოს, აგამბენისა და ლეჟანდრის ნაშრომებში[27] – ინდივიდუალური და ინსტიტუციური ინტეგრირების მსგავს საფრთხეებს, რაც მომდინარეობს საბუნებისმეტყველო მეცნიერებების, ფსიქოლოგიის, სოციალური მეცნიერებების, ტექნოლოგიის, მედიცინის, პრესის, რადიოს და ტელევიზიის მატრიცებიდან. სასტიკი ექსპერიმენტები, რომლებსაც საკონცენტრაციო ბანაკებში დოქტორი მენდელე ატარებდა ადამიანებზე, მარტოოდენ სადისტური პიროვნულობის გამოხატულებად კი არ უნდა იქნეს მიჩნეული, არამედ ასევე აღქმულ უნდა იქნეს მეცნიერე-

[25] ინდივიდუალური უფლებების ძირითად უფლებებად ტრანსფორმაციის შესახებ, იხ.: Ladeur, Karl-Heinz: *Kritik der Abwegung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr & Siebeck, 2004: 77.

[26] Preuss, Ulrich K.: „The Guarantee of Rights: Horizontal Rights", in: Troper, Michel and Chagnollaud, Dominique (eds.): *Traité international de droit constitutionnel, Tome III*, Paris: Dalloz, 2012.

[27] Foucault, Michel: *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, London: Penguin Books, 1991; Agamben, Giorgio: *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1998; Legendre, Pierre: *Lecons VIII: Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père*, Paris: Fayard, 1989.

ბის დამონებად ტოტალიტარული ნაცისტური პოლიტიკის მიერ. ბოლო პერიოდის გამოკვლევა პრესტიჟული სამეცნიერო ინსტიტუციების ნაცისტურ პოლიტიკაში ჩართულობის შესახებ ადასტურებს, რომ ექსპერიმენტები ასევე მიჩნეულ უნდა იქნეს საბუნებსმეტყველო მეცნიერებათა ექსპანსიური ტენდენციების ნაყოფად, რაც მიმართულია ცოდნის დაგროვების ყოველი შესაძლებლობის დაუფლებისკენ, როდესაც მეცნიერებაზე არ ხორციელდება გარეგანი კონტროლი.[28]

ახლა კი ალბათ ნათელი უნდა გახდეს, თუ რატომაა მნიშვნელოვანი იმ ძირითად უფლებათა „ჰორიზონტალურ ეფექტზე" საუბარი, რომლებიც დაცულია პოლიტიკურ კონსტიტუციაში. არ არსებობს ინდივიდუალურ თავისუფლებათა სახელმწიფოებრივი გარანტიების არანაირი გადატანა კერძო სუბიექტებს შორის „ჰორიზონტალურ" ურთიერთობებში. ნაცვლად ამისა, რაღაც სხვა არის საჭირო. რაც აუცილებელია, ეს არის გარანტიების ახალი ტიპის განვითარება, რითაც შეიზღუდება კომუნიკაციის დესტრუქციული პოტენციალი ინსტიტუციონალიზებული პოლიტიკის სფეროს გარეთ.

ანონიმური მატრიცა

თუ ძირითადი უფლებების დარღვევა მომდინარეობს ქვესისტემურ რაციონალობათა ტოტალიზაციის ტენდენციიდან, აზრი აღარ აქვს ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტის იმგვარ გააზრებას, რომლის თანახმადაც საჭიროა კერძო სუბიექტთა უფლებების ერთმანეთთან შეპირისპირება და თანაზომიერების დაცვა. „ჰორიზონტალურობის" წარმოსახვა მიუღებელ მიმართულებას აძლევს ადამიანის უფლებათა მთელ საკითხს, თითქოსდა ადამიანის უფლებათა დაცვის ძირითადი არსი შეეხებოდეს ინდივიდის მიერ სხვა ინდივიდისთვის საფრთხის შექმნას.

ინდივიდთა ინტეგრაციის დარღვევა სხვა ინდივიდების მიერ წამოჭრის სავსებით განსხვავებული საკითხების წყებას, რომელიც ჩამოყალიბდა ჯერ კიდევ დიდი ხნის წინ, დღევანდელი სახით საზოგადოების რადიკალურ ფრაგმენტაციამდე. აუცილებელია მისი სისტემატიკური გამოცალკევება ძირითადი უფლებების საკითხისაგან. ევროპულ ტრადიციაში კონფლიქტი ინდივიდებს შორის მოწესრიგდა პირებისთვის „უფლებების" მინიჭების გზით. უფლებების თეორია კანტისეულ ტრადიციაში იდეალურად გამიჯნავს ერთმანეთისგან მოქალაქის თვითნებური თავისუფლების სფეროებს იმგვარად, რომ სამართალს შეუძლია მიიღოს განმაზოგადებელი ფორმა. ეს იდეა ყველაზე ნათლად განვითარდა კლასიკურ დელიქტურ სამართალში, სადაც ცენტრალური ადგილი უკავია უფლების დარღვევას. მაგრამ „ძირითადი უფლებები" აქ განხილული სახით განსხვავდება კერძო სამართალში გამოყენებული „უფლების" ცნებისგან. „ძირითადი უფლებების" ინსტიტუტი არ ინტერესდება კერძო ინდივიდთა მიერ ერთმანეთისთვის საფრთხის შექმნით, ანუ სუბიექტთაშორისი ურთიერთობებით, მაგრამ იგი ინტერესდება ინდივიდუალური და ინსტიტუციონალური ინტეგრირების წინააღმდეგ მიმართული იმ საფრთხით, რასაც იწვევენ ანონიმური კომუნიკაციური მატრიცები.

სისხლის სამართლის სფეროში ჩამოყალიბებული ცნებები მაკროდანაშაულობისა და ფორმალურ ორგანიზაციათა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის შესახებ ახლოსაა განსახილველ საკითხთან.[29] ამ ცნებებით ასახულია ნორმათა დარღვევები, რაც მომდინარეობს არა ინდივიდებისგან, არამედ არაპერსონალური სოციალური პროცესებიდან. მაგრამ ეს

[28] Schmuhl, Hans-Walter: *Grenzüberschreitungen: Das Kaiser-Wilhelm-Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre und Eugenik 1927 bis 1945*, Göttingen: Wallstein, 2005.

[29] მაგალითისთვის იხ.: Jäger, Herbert: *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

ცნებები მაინც საკმაოდ ვიწროა, რამდენადაც შემოფარგლულია მხოლოდ იმ საფრთხეების ასახვით, რაც „კოლექტიური სუბიექტებისგან" მომდინარეობს (სახელმწიფოები, პოლიტიკური პარტიები, საწარმოები, კომპანიათა გაერთიანებანი, კავშირები) და ვერ ამჩნევენ იმ საფრთხეებს, რომლებიც „ანონიმური მატრიციდან", ანუ ავტონომიური კომუნიკაციური პროცესებიდან (ინსტიტუციები, ფუნქციონალური სისტემები, ქსელები) იღებენ სათავეს – ისინი არ არიან განპიროვნებულნი კოლექტიური სუბიექტების სახით. ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტის მიჩნევა ინდივიდებს შორის არსებულ უფლებებად, უბრალოდ, გამოიწვევდა მის დაყვანას დელიქტურ სამართლამდე და პირთა შორის არსებულ ურთიერთობამდე. შედეგად, იძულებულნი ვიქნებოდით, მასობრივად გამოგვეყენებინა სახელმწიფოზე ორიენტირებული კონკრეტული ძირითადი უფლებები სავსებით განსხვავებულ ინტერპერსონალურ ურთიერთობებთან მიმართებით, რაც გამანადგურებელი შედეგით დასრულდებოდა პირადი ცხოვრების არჩევითი თავისუფლებისთვის. აქ ჩანს რაციონალური საფუძველი ცივილისტების მოჭარბებული პროტესტისა კერძო სამართალში ძირითადი უფლებების შეჭრის წინააღმდეგ – თუმცა ეს პრეტენზიები გადაჭარბებულია და შორდება რეალურ საკითხებს.[30]

ადამიანის უფლებათა როგორც „ძველი" – პოლიტიკური, ასევე „ახალი" – პოლიკონტექსტურალური საკითხები გაგებულ უნდა იქნეს არა ინდივიდების მიერ ერთმანეთისთვის საფრთხის შექმნის კონტექსტში, არამედ ანონიმური კომუნიკაციური პროცესებიდან მომდინარე საფრთხის თვალსაზრისით. უპირველეს ყოვლისა, საჭიროა ამ პროცესების გამოაშკარავება. მათი ამოცნობა ყველაზე ნათლად მიშელ ფუკომ შეძლო, რომელმაც მოახდინა ძალაუფლების ფენომენის რადიკალური დეპერსონალიზება და გამოავლინა თანამედროვე მიკრო-ძალაუფლებითი ურთიერთობები საზოგადოების კაპილარებში, „დისციპლინების" დისკურსების/პრაქტიკების გამოხატულების სახით.[31]

ახლა კი შესაძლებელია აბსტრაქტული მოსაზრებების შეჯერება. ადამიანის უფლებების საკითხი, ზუსტი მნიშვნელობით, დღესდღეობით გააზრებულ უნდა იქნეს ინდივიდუალური და ინსტიტუციონალური ინტეგრირებისთვის საფრთხის შექმნის კონტექსტში, როდესაც საფრთხე მომდინარეობს ანონიმური და უკვე გლობალიზებული კომუნიკაციური პროცესების სიმრავლისგან. მსოფლიო საზოგადოების ფრაგმენტირება ავტონომიურ ქვესისტემებად აყალიბებს ახალ საზღვრებს ქვესისტემასა და ინდივიდს შორის და ასევე – სხვადასხვა ქვესისტემას შორის. ქვესისტემათა ექსპანსიური ტენდენციები მიიწევს ორივე მიმართულებით.[32] უკვე ნათელია, თუ როგორ უნდა ჩაანაცვლოს ახალმა „განტოლებამ" ჰორიზონტალური ეფექტის ძველი „განტოლება". ძველი ეფუძნებოდა ორი კერძო სუბიექტის ურთიერთობას – ძირითადი უფლების კერძო ხელმყოფი და კერძო დაზარალებული. ახალი განტოლების ერთ მხარეს ძირითადი უფლების დამრღვევად კვლავ კერძო სუბიექტი კი არ არის წარმოდგენილი, არამედ მისი ადგილი უკავია ავტონომიური კომუნიკაციური მედიუმის ანონიმურ მატრიცას. მეორე მხარესაც აღარ არის, უბრალოდ, კომპაქტური ინდივიდი. ნაცვლად ამისა, ინდივიდის დაცვა დანაწევრებულია სამი ძირითადი მიმართულებით:

(I) ინსტიტუციური ძირითადი უფლებები, რომლებითაც სოციალურ დისკურსთა – ხელოვნების, მეცნიერების, რელიგიის – ავტონომია დაცულია კომუნიკაციური მატრიცის ტოტალიზირებადი ტენდენციებისგან.

---

30 Medicus, Dieter: „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht", in: *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 192, 1992: 35-70; Zöllner, Wolfgang: „Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen", in: *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 196, 1996: 1-36.

31 Foucault, Michel: *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, London: Penguin Books, 1991: 135.

32 უფრო დეტალურად: Fischer-Lescano, Andreas and Teubner, Gunther: *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006: თავი I.

(II) პერსონალური ძირითადი უფლებები, რომლებითაც დაცულია კომუნიკაციების ავტონომია, რითაც ხასიათდებიან არა ინსტიტუციები, არამედ „პირებად" წოდებული სოციალური არტეფაქტები.

(III) ადამიანის უფლებები, როგორც საზოგადოებრივი კომუნიკაციის ნეგატიური შეზღუდვა, როდესაც ინდივიდის სხეულისა და სულის ინტეგრირებას საფრთხე ექმნება კომუნიკაციური მატრიცის მხრიდან.

იუსტიციაბილურობა?

როგორ შეუძლია სამართალს ასახოს ეს სასაზღვრო კონფლიქტები, როდესაც, საბოლოო ჯამში, მის განკარგულებაშია მხოლოდ „უფლებებისა" და „პირთა" ცნებებით გაჯერებული ენა?[33] შეუძლია მას, უფლებების შესახებ ამ მწირი ენის ფარგლებში, ნებისმიერი სახით მოახდინოს განსხვავების რეკონსტრუქცია ერთი მხრივ ინტერპერსონალურ კონფლიქტს, მეორე მხრივ კი კომუნიკაციური მატრიცისა და ინდივიდების ინტეგრირების კონფლიქტს შორის? აქ უკვე მიღწეულია სამართლებრივი დოგმატიკისა და სასამართლო საქმისწარმოების ზღვარი. სამართალწარმოებაში აუცილებელია მოსარჩელის არსებობა, რომელიც უჩივის მოპასუხეს უფლებების დარღვევისთვის. კონფლიქტის ამ იძულებითი ბინარიზაციის პირობებში, რომელიც გამოიხატება სქემით – პირი პირის წინააღმდეგ, ნუთუ საერთოდ შესაძლებელია ძირითადი უფლებების მიმართვა ანონიმურ სოციალურ პროცესთა სტრუქტურული ძალადობისკენ?

ერთადერთი გზა ამის მისაღწევად არის ინდივიდუალური სარჩელების გამოყენება კერძო აქტორების საპირისპიროდ, რითაც მოხერხდება იმ კონფლიქტების თემატიზება, რომლებშიაც ინდივიდთა ძირითადი უფლებები მიმართულია მატრიცის სტრუქტურული ძალადობის წინააღმდეგ. უფრო ტრადიციული ცნებების გამოყენებით რომ ითქვას, რეალურად არსებული ინსტიტუციონალური კონფლიქტი უნდა აისახოს მოქმედების ინდივიდუალურ ფორმებში. რაღაც მსგავსი უკვე ცნობილია ძირითადი უფლებების ინსტიტუციონალური თეორიებიდან, რომლებიც ძირითადი უფლებების მატარებლად აღიარებენ არა მარტო პირებს, არამედ ასევე ინსტიტუციებსაც.[34] ვინც კი განამტკიცებს გამოხატვის ინდივიდუალურ თავისუფლებას, იმთავითვე იცავს პოლიტიკური პროცესების ინტეგრირებას.

არის კი ეს განსხვავება განსჯადობას დაქვემდებარებული? შესაძლებელია, ორ პირს შორის კონფლიქტი გაიმიჯნოს კონფლიქტისაგან კომუნიკაციასა და ინდივიდს შორის? სამართლებრივი ენით თარგმნის შემდეგ საკითხი იქცევა შერაცხადობის პრობლემად. ვინ არის ბრალეული? რა პირობებში შეიძლება შეერაცხოს ინტეგრირების კონკრეტული დარღვევა არა პირებს, არამედ კოლექტიურ აქტორებს ან ანონიმურ კომუნიკაციურ პროცესებს? თუ შერაცხადობის საკითხი გაირკვეოდა, მოხერხდებოდა ადამიანის უფლებების ნამდვილი პრობლემატიკის ფორმულირება, თუნდაც სამართლისთვის ნიშანდობლივ უფლებათა მწირი დისკურსის ფარგლებშიც.

უკიდურესი სიმარტივით, ადამიანის უფლებების „ჰორიზონტალური" პრობლემატიკა შეიძლება აისახოს უფრო ცნობილი სამართლებრივი კატეგორიებით შემდეგნაირად: კერძო სამართალში ადამიანის უფლებების პრობლემა წარმოიშობა მხოლოდ მაშინ, როდესაც სხეულისა და სულის ინტეგრირებას ემუქრება საფრთხე სოციალური „ინსტიტუციებისგან" (და არა მხოლოდ ინდივიდუალური აქტორებისგან). პრინციპული თვალსაზრისით, ინსტიტუციებში

[33] Glendon, Mary Ann: „Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse", in: Eberly, Don E. (ed.): *The Essential Civil Society Reader*, Oxford: Rowman Littlefield, 2000: 305-316.

[34] ძირითადი უფლებების არაპერსონალური ცნების შესახებ, იხ.: Ridder, Helmut: *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1975; Ladeur, Karl-Heinz: „Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie", in: *Kritische Justiz*, Band 32, 1999: 281-300.

იგულისხმება კერძო ფორმალური ორგანიზაციები და კერძო მარეგულირებელი სისტემები. ყველაზე მნიშვნელოვანი მაგალითები ამ შემთხვევაში იქნებოდა ერთი მხრივ ბიზნეს-კორპორაციები, კერძო კავშირები, ჰოსპიტალები, სკოლები და უნივერსიტეტები, როგორც ფორმალური ორგანიზაციები; და, მეორე მხრივ – ვაჭრობის ზოგადი პირობები, კერძო სტანდარტიზაცია და ნორმათა დამდგენი მსგავსი მექანიზმები, როგორც კერძო მარეგულირებელი სისტემები. რასაკვირველია, ცხადი უნდა იყოს, რომ ტერმინი „ინსტიტუცია“ მხოლოდ არასრულყოფილად ასახავს კომუნიკაციური მოქმედებების იმ ჯაჭვს, რაც საფრთხეს უქმნის სულისა და სხეულის ინტეგრირებას და ვერ მოიცავს მთელი სისავსით იმ გავრცელებად ფენომენს, რომელიც ნამდვილად იგულისხმება. სწორედ ესაა მიზეზი, თუ მის სანაცვლოდ რატომ ვიყენებთ ანონიმური „მატრიცის“ მეტაფორას. მაგრამ იურისტებისთვის, რომლებიც ნორმებისა და პირებისკენ არიან ორიენტირებულნი, „ინსტიტუციას“ ენიჭება უპირატესობა, განიმარტოს ნორმათა კრებულის სახით და იმავდროულად იყოს პერსონიფიცირებული. შესაბამისად, ინსტიტუციის ცნებას შეუძლია მიაღწიოს სოციალურ სექტორში ძირითადი უფლებების რესპეციფიკაციას. შედეგი იქნებოდა „მესამე მხარის მიმართ მოქმედების“ ფორმულა, რაც დამაჯერებლად მოეჩვენებოდა დოგმატიკოს იურისტსაც. ამ ფორმულის მეშვეობით ჰორიზონტალური ეფექტი აღარ ჩაითვლებოდა მარტოოდენ ინდივიდუალურ სუბიექტთა შორის ძირითადი უფლებების დაბალანსებად, არამედ, ნაცვლად ამისა, განისაზღვრებოდა ადამიანის უფლებებისა და დისკურსთა უფლებების დაცვის სახით, მზარდი სოციალური ინსტიტუციების საპირისპიროდ.

ინდივიდუალური და ინსტიტუციონალური მიმართებანი

დავუბრუნდეთ ტრანსნაციონალური კორპორაციების მიერ ძირითადი უფლებების დარღვევის საკითხს. ახლა უკვე ხილვადია ის მიმართულებანი, საითკენაც შეიძლება განვითარდეს ადამიანის უფლებები. უკვე ცხადი უნდა იყოს, რამდენად არაადეკვატურია სასამართლო საქმისწარმოებაში ინდივიდის ძირითადი უფლებების თანაფარდობის დადგენა ტრანსნაციონალური კორპორაციების ინდივიდუალურ უფლებებთან მიმართებით. ეს არ არის „კორპორაციული სოციალური პასუხისმგებლობის“ საკითხი, როდესაც ერთი კონკრეტული კორპორაციული აქტორი არღვევს ძირითად უფლებებს. ადამიანის უფლება მხოლოდ იმ შემთხვევაში გადაიქცევა რეალობად, თუ მოხერხდება ძირითადი უფლებების „ჰორიზონტალური“ ეფექტის რეფორმულირება და, ნაცვლად ინტერპერსონალური კონფლიქტებისა, გავრცელდება სოციალურ სისტემასა და მის გარესამყაროს შორის არსებულ კონფლიქტებზეც.

ინსტიტუციონალურ უფლებებთან მიმართებით, საჭიროა კონფლიქტის მოქცევა სოციალურ კონტექსტში, რაც ჩვენგან მოითხოვს დავაკვირდეთ, რომ კონფლიქტი გამოწვეულია მოქმედების შეუთავსებელ ლოგიკათა შეჯახებით. კრიტიკული დონის კონფლიქტი წარმოიშობა განსხვავებულ სოციალურ რაციონალობათა ნორმებს შორის წინააღმდეგობისას. ამდენად, ცალკეულ კორპორაციებზე კონტროლის განხორციელება კი არ არის გამოსავალი, არამედ საჭიროა აბსტრაქტული და ზოგადი ნორმების განვითარება განსხვავებულ სოციალურ სექტორთა შეუთავსებლობების შესახებ, ასევე – კონფლიქტური ტრანსნაციონალური რეჟიმების მომზადება, პასუხი გასცენ მოქმედების შეუთავსებელ ლოგიკებს შორის არსებულ დესტრუქციულ წინააღმდეგობებს და ამის მისაღწევად შეძლონ სხვისი საჭიროებების გათვალისწინება საკუთარ რაციონალობათა ნორმებში. რამდენადაც არ არსებობს მსგავსი კონფლიქტის განმხილველი უზენაესი სასამართლო ინსტანცია, მისი გადაჭრა შესაძლებელია კონფლიქტში ჩართული მხოლოდ ერთ-ერთი რეჟიმის თვალთახედვაზე დაყრდნობით. მაგრამ მოქმედების კონკურენტული ლოგიკა, ანუ ერთი კონკრეტული სექტორის ნორმატიული პრინციპები, უნდა მოექცეს მეორე სექტორის კონტექსტში ლიმიტაციის სახით.

სადაც სამართალი მთავრდება

ეს მონახაზი კონფლიქტზე რეაგირების სამართლებრივი გზებისა ადასტურებს, თუ რამდენად უადგილოა ოპტიმიზმი იმის შესახებ, რომ ადამიანის უფლებების პრობლემა შეიძლება გადაიჭრას სამართლის რესურსების გამოყენებით. შეიძლება ერთი დისკურსით სხვა დისკურსის ჯეროვანი დაფასება? ეს ის პრობლემაა, რომლის დილემებიც გააანალიზა ფრანსუა ლიოტარმა.[35] მაგრამ, სულ მცირე, ეს არის პრობლემა საზოგადოებაში, ის პრობლემა, რომელზე პასუხის გაცემაც დაისახა მიზნად ნიკლას ლუმანმა სამართლიანობის, როგორც სოციალურად ადეკვატური კომპლექსურობის ცნების შემუშავებით.[36] სიტუაცია კიდევ უფრო დრამატულია ვიწრო მნიშვნელობით გაგებულ ადამიანის უფლებებთან მიმართებით, რომლებიც განლაგებულია კომუნიკაციასა და ადამიანს შორის არსებულ მიჯნაზე. ყოველი ფრთხილი მცდელობა ადამიანის უფლებათა იურიდიფიკაციისა ვერ შეძლებს მიჩქმალოს ფაქტი, რომ ეს ცალსახად შეუძლებელი პროექტია. როგორ შეუძლია საზოგადოებას, ოდესმე „სამართლიანად დააფასოს" ნამდვილი ადამიანები, თუ ადამიანები მისი ნაწილები კი არ არიან, არამედ კომუნიკაციის გარეთ დგანან – თუ საზოგადოებას არ შეუძლია მათთან კომუნიკაცია, მაგრამ, ყველაზე მეტი, ახერხებს მხოლოდ მათ შესახებ კომუნიკაციას, თუ მართლაცდა ვერც კი სწვდება ადამიანებს, არამედ შეუძლია მარტოოდენ მათი ირიტაცია ან განადგურება? უხეშად არაჰუმანური სოციალური პრაქტიკების გათვალისწინებით, ადამიანის უფლებების სამართლიანობა მწველი საკითხია, მაგრამ ისეთი, რომელსაც არც გააჩნია ამოხსნის პერსპექტივა. აუცილებელია ამის აღნიშვნა მთელი სიმკაცრით.

თუ ცალსახად შეუძლებელია საზოგადოებასა და ადამიანს შორის ურთიერთობის ფარგლებში სამართლიანობის პოზიტიური ცნების შემუშავება, მაშინ, რაც რჩება, თუ არ გვსურს დავნებდეთ პოსტსტრუქტურალისტურ კვიეტიზმს, ეს არის საუკეთესოთა შორის მეორე ამონახსენი. სამართალში, უნდა ვაღიაროთ, რომ სხეულისა და სულის მთლიანობის პრობლემა შეიძლება განცდილ იქნეს მხოლოდ ირიტაციის, რეკონსტრუქციისა და კვლავშეტანის არაადეკვატური სენსორებით. ღრმა ხასიათი კონფლიქტებისა, ერთი მხრივ კომუნიკაციას, ხოლო მეორე მხრივ სულსა და სხეულს შორის, ყველაზე უკეთ შეიძლება ამოიხსნას სამართლის მეშვეობით. ერთადერთი ხელმისაწვდომი მანიშნებელი არის სამართლებრივი აკრძალვა, რომლის მეშვეობითაც კომუნიკაციის თვითშეზღუდვა შესაძლებელი უნდა იყოს. სამართლიანობის ეს პროგრამა საბოლოოდ განწირულია წარუმატებლობისთვის და არ შეუძლია, დერიდასთან ერთად, ინუგეშოს თავი, რომ ის მაინც „დადგება, *à venir*".[37] ის უნდა დაუპირისპირდეს მისსავე პრინციპულ შეუძლებლობას. მაშინ, ადამიანის უფლებების სამართლიანობა, საუკეთესო შემთხვევაში, შეიძლება ფორმულირებულ იქნეს ნეგატიურად. იგი მიმართულია უსამართლო სიტუაციების მოშლისკენ და არა სამართლიანი სიტუაციების შექმნისკენ. ის მხოლოდ სხეულისა და სულის კომუნიკაციური დარღვევების საპირისპირო პრინციპია, პროტესტი კომუნიკაციის არაჰუმანურობის წინააღმდეგ, რომლის გარეშეც შეუძლებელი იქნებოდა პოზიტიურად იმის მტკიცება, თუ რა უნდა იყოს „ადამიანურად სამართლიანი" კომუნიკაციის პირობები.[38]

---

35 Lyotard, Jean-François: *The Differend: Phrases in Dispute*, Manchester: Manchester University Press, 1987.

36 Luhmann, Niklas: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer, 1974; Luhmann, Niklas: „Gerechtigkeit in des Rechtssystem der modernen Gesellschaft", in: Luhmann, Niklas: *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981: 374-418; Luhmann, Niklas: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, 218.

37 Derrida, Jacques: „Force of Law: The Mystical Foundation of Authority", in: *Cardozo Law Review,* Vol. 11, 1990: 919-1046, 969.

38 საკითხის შემდგომი დამუშავებისთვის, იხ.: Teubner, Gunther: „Self-subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?", in: *Modern Law Review*, Vol. 72, 2009: 1-23.

საკითხის გამოსწორება არც მოდერნულობის ემანსიპაციური პროგრამებითაა შესაძლებელი, მსგავსად ჰაბერმასის მიერ შემუშავებულისა. არანაირი ინფორმაცია არ აღწევს სოციალურ პროცესებში ინდივიდთა დემოკრატიული ჩართულობის კრიტერიუმიდან, რადგანაც ამ პროცესში მხოლოდ პირები მონაწილეობენ და არა სხეული თუ სული. ამ თვალთახედვით შეიძლება მხოლოდ გაოგნება წარმომადგენლობითი რომანტიზმის გულუბრყვილობის გამო. დემოკრატიული პროცედურები არ არის საზოგადოებაში არსებული ადამიანის უფლებათა სამართლიანობის ტესტი. თანაბრად არაინფორმაციულია უნივერსალიზაციის თეორიები, რომლებიც ტრანსცენდენტალურად არგუმენტირებენ გამოხატული საჭიროებების აპრიორი მახასიათებლების ან აპოსტერიორი უნივერსალიზაციის მეშვეობით. რა საერთო აქვთ ამგვარ ფილოსოფიურ აბსტრაქციებს რეალურ ინდივიდებთან? იგივე შეიძლება ითქვას ეკონომიკურ თეორიებზე ინდივიდუალური უპირატესობების შესახებ, რომელთა დაჯგუფება ხორციელდება საბაზრო მექანიზმების მეშვეობით.

მხოლოდ სულისა და სხეულის თვითდაკვირვებას – ინტროსპექცია, ტანჯვა, ტკივილი – შეუძლია განსაზღვროს, არღვევს თუ არა კომუნიკაცია ადამიანის უფლებებს. თუ ეს თვითდაკვირვებანი, მიუხედავად მათი ნებისმიერი სახით გამრუდებისა, მოიპოვებენ წვდომას კომუნიკაციაზე, მაშინ შეიქმნება გარკვეული შესაძლებლობა კომუნიკაციის ადამიანურად სამართლიანი თვითშეზღუდვისთვის. გადამწყვეტი გარემოებაა „მომენტი“: ცნობიერებისა და კომუნიკაციის ერთდროულობა, ტკივილის გამომხატველი კივილი. ამიტომაც ვაკვირდებით სამართლიანობის სიახლოვეს სპონტანურ აღშფოთებასთან, მღელვარებასთან, პროტესტთან და მის დაშორებას ფილოსოფიური, პოლიტიკური და სამართლებრივი დისკურსებისგან.

ინგლისურიდან თარგმნა ***ლაშა ბრეგვაძემ***

თინათინ წერეთლის სახელობის სახლმწიფოსა და
სამართლის ინსტიტუტის დირექტორი

გამოცემაზე მუშაობდნენ:
გამომცემლობის რედაქტორი თამარ გაბელაია
ნათია დვალი
მარიამ ებრალიძე
ლელა წიკლაური

0179 თბილისი, ილია ჭავჭავაძის გამზირი 14
14 Ilia Tchavtchavadze Avenue, Tbilisi 0179
Tel 995 (32) 225 14 32
www.press.tsu.edu.ge