

იროდიონ სურგულაძის სამართლის ინსტიტუტი

პროფესორი იროდიონ სურგულაძე 130

Scripta Manent

საიუბილეო კრებული

თბილისი
2022

იროდიონ სურგულაძე (1892-1945) - უმაღლესი იურიდიული განათლების ერთ-ერთი ფუძემდებელი საქართველოში, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი (1927), თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი, სამართლის თეორიის, სამართლის ფილოსოფიის, სახელმწიფო სამართლის, ადმინისტრაციული სამართლის და სამართლის ისტორიის ერთ-ერთი მესაძირკვე საქართველოში, სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიის კათედრის გამგე, საქართველოს უმაღლესი სასამართლოს წევრი (1925-1927), საბჭოთა აღმშენებლობისა და სამართლის ინსტიტუტის დირექტორის მოადგილე (1930-1932), თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დეკანი, საქართველოს მეცნიერების დამსახურებული მოღვაწე (1944).

პროფესორი იროდიონ სურგულაძე 130, Scripta Manent, საიუბილეო კრებული, *თ. ნემსწვერიძისა და ს. ტაკაშვილის რედაქტორობით*, თბილისი, 2022, 483 გვ.

Professor Irodion Surguladze 130, Scripta Manent, Anniversary Collection, Edited by *T. Nemtsveridze and S. Takashvili*, Tbilisi, 2022, 483 pg.

რედაქტორები:

თორნიკე ნემსწვერიძე

სამართლის მაგისტრი (თსუ), იროდიონ სურგულაძის სამართლის ინსტიტუტის უფროსი მკვლევარი

სიმონი ტაკაშვილი

სამართლის დოქტორი, სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის აფილირებული ასოცირებული პროფესორი, იურიდიული ფირმა „ჯეი ენდ თი ქონსალთინგის“ პარტნიორი

კრებული გამოიცა იურიდიული ფირმა „ჯეი ენდ თი ქონსალთინგის“

მხარდაჭერით

© ავტორები, 2022

© იროდიონ სურგულაძის სამართლის ინსტიტუტი, 2022

ISBN 978-9941-34-104-5

„თანამედროვე სახელმწიფო უფლებრივი სახელმწიფოა. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ კანონი მის ცხოვრებაში უმაღლესი ავტორიტეტის მატარებელი ძალაა“.

„სახელმწიფო ხელისუფლების არცერთი ფუნქცია არ შეიძლება, რომ სუვერენული ერის კომპეტენციის დამოუკიდებლად არსებობდეს; სახელმწიფოს მთელი ძალაუფლება სავსებით მოთავსებულია ერში, როგორც იურიდიულ მთლიანობაში“.

„უმნიშვნელოვანესი თვისება, რომლითაც თანამედროვე სახელმწიფო არსებითად განსხვავდება აბსოლუტური მონარქიის რეჟიმისაგან არის კანონის ბატონობა, როგორც ახალი დროის სახელმწიფოს ძირითადი დამახასიათებელი მომენტი“.

პროფესორი იროდიონ სურგულაძე

1923 წელი

იროდიონ სურგულაძე და მისი დრო

გასული საუკუნის ოციანი წლებიდან ორმოციან წლებამდე პერიოდი ქართული თავისუფალი აზრის ისტორიით დაინტერესებული ხალხისთვის ყველაზე საგულისხმო დროის მონაკვეთია. ცხადია, იურიდიული აზრიც თავისუფალი აზრის შემადგენელ ნაწილად უნდა განვიხილოთ, თუმცა ამ აზრებისა და იდეების უალრესად საინტერესო მოძრაობების სრულფასოვანი ცოდნით მაინცდამაინც ვერ დავიკვეხნით. არსებული თეთრი ლაქების გასაფერადებლად ბოლო ათი წლის განმავლობაში ბევრი, თუმცა ბოლომდე არასაკმარისი გაკეთდა. ეს კრებულის ერთ-ერთი ნაბიჯია არც თუ მარტივ გზაზე, რომელიც სრული და ობიექტური სურათის საბოლოო აღდგენაში უნდა დაგვეხმაროს.

როცა მომავალი თაობები ამ პერიოდს მოუბრუნდებიან, თორნიკე ნემსწვერიძის სახელს ალბათ ყველაზე ხშირად ახსენებენ. თორნიკეს გარდა ალბათ არავის გაახსენდებოდა, რომ ქართული იურიდიული აზრის ერთ-ერთი მთავარი წარმომადგენელი იროდიონ სურგულაძე წელს 130 წლის გახდებოდა. საიუბილეო კრებულის გამოცემა გახსენებისა და პატივის მიცემის საინტერესო აკადემიური ფორმაა. ეს ფორმა, რომ აუცილებლად გამოსაყენებელი იყო, თორნიკეს ამაში ჩემი დარწმუნება არ გასჭირვებია.

კრებული ლაიბნიცს მიკუთვნებული და ილია ჭავჭავაძის საყვარელი ციტატის მიხედვით არის აგებული. წარმოდგენილ სტატიებში თავის ადგილზეა და გაცოცხლებულია, როგორც იროდიონ სურგულაძის დროინდელი წარსული, ასევე, ჩვენი აწმყო და ალბათ გარკვეულწილად მომავალიც. თუ ამ წიგნს თავიდან ბოლომდე წაიკითხავთ, ადვილად შეძლებთ მემკვიდრეობითობის იმ ხაზის დანახვას, რომლის განადგურებაც სამოცდაათწლიანი მცდელობის შემდეგაც კი, როგორც ჩანს, მაინც შეუძლებელი აღმოჩნდა. სწორედ ამ კრებულზე მუშაობის დროს გავიგე, რომ გრიგოლ რცხილაძე ოციანი წლების ბოლოს წერდა მორალურ ზიანზე და Numerus Clausus პრინციპზე. ამ იდეებთან დაბრუნება საბოლოოდ 1997 წლის სამოქალაქო კოდექსმა გაათვორმა და განვითარების განწყვეტილი ხაზი დაგვიანებით, მაგრამ მაინც ალაღვინა.

რადგან კრებულს იროდიონ სურგულაძის სახელი ჰქვია, ერთი ორი სიტყვით მისი პიროვნებისადმი ჩემს დამოკიდებულებასაც მინდა შევცხო.

მაქსიმალიზმი დიდი ხნის წინ გარდაცვლილი საინტერესო ადამიანის შეფასებაში - ძველი ქართული წესია. ამ დროს, პიროვნება, რომელიც ინტერესის საგანია ან ზეცაში უნდა ავიყვანოთ ქება-დიდებათ, ან მიწასთან უნდა გავასწოროთ ლანძღვით. თუმცა, ძალიან გვიჭირის ხოლმე დანახვა, რომ სურათი ყოველთვის ასეთი მკვეთრი და შავ-თეთრი არ არის.

იროდიონ სურგულაძეს ძალიან რთულ დროში მოუწია ცხოვრება. სტალინური პერიოდი ნამდვილად იყო ყველანაირი ადამიანური თვისების გამოცდის პოლიგონი. იროდიონ სურგულაძის ცოდნისა და მომზადების იურისტი მაშინდელ საქართველოში ძნელად თუ მოიძებნებოდა, მაგრამ დამოუკიდებელი საქართველოს პერიოდში მის აქტიურობას ვერ ვხედავთ. ისიც ფაქტია, რომ სურგულაძე აქტიურ პრაქტიკულ და აკადემიურ მოღვაწეობას გასაბჭოების შემდეგ იწყებს. ამ დროს ის პირველი ქართველი სამართლის დოქტორიც ხდება, ვინც დისერტაცია თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში დაიცვა, უზენაესი სასამართლოს მოსამართლევ და პროფესორიც, თუმცა იდეალიზმში ბრალდებასა და მარქსისტული მატერიალისტური მიდგომის უარყოფის გამო კრიტიკას მაინც ვერ იცილებს თავიდან. უნდა, რომ წეროს საჯარო სამართალში ხელშეკრულების მნიშვნელობაზე, სადაც ინდივიდის თავისუფლებაზე მსჯელობას გვერდს ვერ უვლის, მაგრამ 1937 წლიდან საერთოდ თავს ანებებს მოქმედი სამართლის პრობლემებს და მთლიანად სამართლის ისტორიაში გადადის. იურისტი დიდი პრაქტიკული გამოცდილებით, კარგად ხვდებოდა საიდან შეიძლებოდა წამოსულიყო საფრთხე და თავდაცვის საკუთარი სტრატეგიაც კარგად ჰქონდა შემუშავებული. მის ამ შემობრუნებას სამართლის ისტორიისაკენ გმირობითა და პრინციპულობით ვერ ავსხნით, თუმცა ისიც უნდა ვაღიაროთ, რომ ასეთმა გადაწყვეტილებამ რამდენიმე ბრწყინვალე ნაშრომი შესძინა ქართული სამართლის ისტორიის მეცნიერებას.

როგორი მოქნილიც არ უნდა ყოფილიყო პატივცემული პროფესორის სტრატეგია, ის ალბათ თვითონაც ხვდებოდა, რომ სისტემას იმიტაც კი აღიზიანებდა, რომ ჯერ კიდევ ცოცხალი იყო და მუშაობდა. როგორი ფრთხილიც არ უნდა ყოფილიყო სტატიის წერისას, სასამართლო პროცესზე თუ აუდიტორიაში, ის ვერასდროს შეძლებდა ბოლომდე დაემაღლა უნარი, რომელიც მას - ასეთ მოქნილსა და კომპრომისულსაც

კი, ამ სისტემის დაუძინებელ მტრად აქცევდა. ეს კრიტიკული აზროვნების, წინააღმდეგობების დანახვისა და დასკვნების გამოტანის უნარია. გამოცდილი და ბევრის მნახველი ინტელიგენტი, რამდენიმე ევროპული ენის სრულყოფილი ცოდნით და ინფორმაციით აღჭურვილი, ყოველთვის იქნებოდა სისტემის მხრიდან ძალიან ფრთხილი და ზიზღნარევი დაკვირვების ობიექტი.

მისი გარდაცვალების საკმაოდ უცნაური გარემოებებიც ამით უნდა აიხსნას. ოცდაათიანი წლების ქართველებში გამოვლილ, ორმოცდაათ წელს გადაცილებულ პროფესორს ალბათ კიდევ ბევრის დანერა და მოსწრება შეეძლო. უბრალოდ, სისტემის ლოგიკა ამას ვერ დაუშვებდა. დღეს ნაკლებად აქვს მნიშვნელობა იყო თუ არა მისი სიკვდილი ბუნებრივი. ნებისმიერ შემთხვევაში, სევდის მომგვრელია იმის გახსენება, რომ იროდიონ სურგულაძე იყო ძალიან ნიჭიერი და შრომისმოყვარე კაცი, რომელიც სხვა დროსა და სხვა გარემოებებში ალბათ ბევრად მეტის გაკეთებას შეძლებდა საკუთარი ქვეყნისთვის. სისტემა ნიჭს და კრიტიკული აზროვნების უნარს არავის ჰპატიობდა და იროდიონ სურგულაძე რატომ უნდა ყოფილიყო გამონაკლისი. სისტემას ხომ ასეთ დროს გამონაკლისები არ უყვარს.

გიორგი ცერცვაძე

იურიდიული ფირმა „ჯეი ენდ თი ქონსალთინგის“ მმართველი
პარტნიორი

2022 წლის აპრილი

ვარშავა

პერსონალიასთან და კრებულთან დაკავშირებული კონტაქსტების გაგებისათვის

საიუბილეო კრებულის გამოცემა. საბჭოთა საქართველოს იურიდიულ საზოგადოებაში, სამწუხაროა, მაგრამ, როგორც წესი, მიღებული არ იყო კონკრეტული მეცნიერის საიუბილეო თარიღისადმი კრებულის მიძღვნა და ნამდვილად მისასალმებელია, რომ გასული საუკუნის 90-იანი წლებიდან საიუბილეო კრებულის გამოცემების აკადემიური ფორმატის ღირებულ ტრადიციას ჩაეყარა საფუძველი. სამეცნიერო მოღვაწეობის ხელშესახები შედეგიდან გამომდინარე, პროფესორი იროდიონ სურგულაძე, ისევე როგორც პროფესორები: ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი, გიორგი ნანეიშვილი, ალექსანდრე ვაჩიშვილი, დოცენტი სერგი ჯაფარიძე, გრიგოლ რცხილაძე და ა.შ., ნამდვილად ღირსები არიან მსგავსი საიუბილეო კრებულებისა, რომლითაც საქართველოში სამართლის მეცნიერების ევოლუციის კვალდაკვალ, თანამედროვეობას გავახსენებთ წარსულის იმ პერიოდს, როდესაც მეცნიერული სამართლებრივი აზრის კვლევა საქართველოში თანაგანმცდელი იყო ევროპაში მიმდინარე სამართლებრივ-ფილოსოფიური დისკუსიებისა. საქართველოში სამართლის მეცნიერების განვითარებაში შეტანილი განსაკუთრებული წვლილის მქონე პერსონალიებისადმი კრებულების, წიგნების, წერილების მიძღვნა, მათი გამოკვლევების გამოცემა და მსგავსი აქტივობები დაგვეხმარება ისტორიული წარსულის განცდის კრიზისის დაძლევაში, რომელიც სამართლის მეცნიერების ქართულ რეალობაში, მათ შორის, ეპოქალური მოვლენების გათვალისწინებით, გვხვდება.

პროფ. სურგულაძის ოჯახი. იროდიონ სურგულაძის დაბადების შესახებ მეტრიკული ჩანაწერი დაცულია ხვანჭკარის წმ. გიორგის სახელობის ეკლესიის 1892 წლის წიგნში, რომლის მიხედვითაც, მომავალში ცნობილი სამართალმცოდნე იროდიონ სურგულაძე, მაშინდელი რაჭის მაზრის სოფელ ხვანჭკარაში¹ საეკლესიო პირის, მღვდელ აპოლონ

¹ დღევანდელი მონაცემებით: სოფელი ხვანჭკარა, ხვანჭკარის ადმინისტრაციული ერთეული, ამბროლაურის მუნიციპალიტეტი.

სურგულაძის¹ (დაიბადა: 1855 /25 მარტი/ წელს, გარდაიცვალა: 1935 /29 ივნისი/ წელს) ოჯახში 1892 წლის 15 მაისს² დაიბადა. დაბადების მეტრიკული წიგნის შესაბამის გრაფაში მითითებულია, რომ ამ ჩანაწერის სინამდვილეს ამოწმებს, თავად დაბადებულის მამა და მისი „მიმ[რ]ქმელი“ (ანუ ნათლია) ცნობილი სასულიერო მოღვაწე, მღვდელი ვლადიმერ ფოფხაძე. საარქივო დოკუმენტებითა და სამეცნიერო-საცნობარო ლიტერატურის საფუძველზე შეიძლება დადასტურებულად ვთქვათ, რომ იროდიონ სურგულაძის უშუალო წინაპრები 1800-იანი წლების დასაწყისიდან 1918 წლამდე რაჭის სხვადასხვა სოფლის, მაგრამ ძირითადად სოფელ ხვანჭკარის წმ. გიორგის სახელობის ტაძარში ეწეოდნენ საღვდელმსახურო მოღვაწეობას³.

ცხოვრების უცნობი ფურცლები - 1918-1921 წლები. პროფესორ იროდიონ სურგულაძის ცხოვრების ეს პერიოდი შესწავლილი არ არის ისევე, როგორც, ზოგადად, მისი მოღვაწეობა, მაგრამ იმ განსხვავებით, რომ განსახილველ პერიოდში, მისი საქმიანობის ამსახველი დოკუმენტები, როგორც წესი, იშვიათად მოიპოვება, ხოლო მისი შემდგომ წლებში

¹ საქართველოს ეროვნულ არქივში დაცული ხვანჭკარის წმ. გიორგის 1855 წლის დაბადების მეტრიკულ წიგნში მითითებულია გვარი - სურღულაძე. შეიძლება ვთქვათ, რომ, მოცემულ შემთხვევაში, სურგულაძე წარმოადგენს გვარის - სურღულაძე, თანამედროვე ტრანსკრიფციას. აღნიშნულ საკითხზე იხ. კეზევაძე მ., ეგზარქოსობისდროინდელი რაჭის ეკლესიები და მღვდლები, მეორე შესწორებული და შევსებული გამოცემა, ქუთაისი, 2014, 7.

² პროფ. სურგულაძის პირად არქივში დაცული, საკუთარი ხელით დაწერილ Curriculum Vitae-ში მითითებულია 1892 წლის 15 მაისი. ტარტუს უნივერსიტეტის არქივში არსებულ პროფ. ირ. სურგულაძის პირად საქმეში მოძიებული დოკუმენტებითაც დასტურდება, რომ იგი დაიბადა 1892 წლის 15 მაისს. იხ. იურიევის საიმპერატორო უნივერსიტეტის საქმე, იროდიონ აპოლონის ძე სურღულაძე, 1915 წლის 13 თებერვალი; აგრეთვე იხ. Чантурия Л., Ярвелейд П., Профессор И. А. Сургуладзе - воспитанник Тартуского университета, ТГУ, 6.05.83; Чантурия Л., Ярвелейд П., Профессор И. А. Сургуладзе - воспитанник Тартуского университета, Tartu ülikooli ajaloo küsimusi, 16, Тарту, 1985, 76; ასევე, იხ. საქართველოს ეროვნული არქივი, ცენტრალური საისტორიო არქივი, ფონდი 489, ანაწერი 10, საქმე 2280, ფურცელი 10.

³ კეზევაძე მ., ეგზარქოსობისდროინდელი რაჭის ეკლესიები და მღვდლები, მეორე შესწორებული და შევსებული გამოცემა, ქუთაისი, 2014, 25, 38.

მოღვაწეობის შესაფასებლად წყაროები მეტნაკლებად საკმარისია. იროდიონ სურგულაძე სადიპლომო ნაშრომის - “Философские предпосылки учения о праве” („სამართლის მეცნიერების ფილოსოფიური წანამძღვრები“) - საფუძველზე, 1918 წლის 23 აპრილს იურიევის (ტარტუს) საიმპერატორო უნივერსიტეტის საბჭოს გადაწყვეტილებით (ხელს აწერს უნივერსიტეტის რექტორი) დატოვეს იურიდიული ფაკულტეტის სახელმწიფო სამართლის კათედრაზე საპროფესოროდ მოსამზადებლად სახელმწიფო სამართლის ცნობილ პროფესორ ლევ შალანდთან¹. თუმცა, სამუხაროდ, ამ გადაწყვეტილებას გაგრძელება არ მოჰყოლია, რადგან ტარტუ, 1918 წელს გერმანელებმა დაიკავეს. ამ დროისათვის, ტარტუს უნივერსიტეტის რუსულენოვანი აკადემიური პერსონალი და სტუდენტები ტოვებენ ქალაქს, მათ შორის, იროდიონ სურგულაძეც, რომელიც სამშობლოში ბრუნდება. როგორც თავად პროფესორი სურგულაძე მიუთითებს - „1918 წელს ქ. იურიევი დაკავებული იქნა გერმანელების მიერ და მე იძულებული გავხდი სამშობლოში დავბრუნებულიყავი“. იგი 1918 წელს საქართველოში სამართლის მეცნიერებასა და ფილოსოფიაში განსწავლული ბრუნდება და რაჭის სოფელ ხვანჭკარაში, მშობლებთან ერთად ცხოვრებას აგრძელებს. სწორედ ამ პერიოდთან დაკავშირებით, იროდიონ სურგულაძე თავის ავტობიოგრაფიაში, საკუთარი საქმიანობის შესახებ წერს: „1918 წელს ვბრუნდები

¹ პროფესორი ლევ შალანდი (1868-1919) - ცნობილი იურისტი, სახელმწიფო სამართლის სპეციალისტი. 1891 წელს დაამთავრა პეტერბურგის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, რის შემდეგაც მუშაობდა ჟენევისა და ჰაიდელბერგის უნივერსიტეტებში. ჰაიდელბერგის უნივერსიტეტში მიენიჭა ფილოსოფიის დოქტორის ხარისხი. 1903 წელს მოიპოვა საერთაშორისო სამართლის მაგისტრის ხარისხი. ამ დროიდან 1918 წლამდე იყო იურიევის (ტარტუს) უნივერსიტეტის სახელმწიფო სამართლის კათედრის პროფესორი. 1918 წელს, გერმანელების მიერ იურიევის (ტარტუს) დაკავების შემდეგ, ამ უნივერსიტეტიდან წასული რუსულენოვანი აკადემიური პერსონალისა და სტუდენტებისათვის გაიხსნა ვორონეჟის უნივერსიტეტი, სადაც შალანდი 1918-1919 წლებში გახლდათ ვორონეჟის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პირველი დეკანი, სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიის კათედრის პროფესორი. იხ. Сазонникова Е. В., Навстречу 100-летию Юридического факультета Воронежского государственного университета в 2018, Вестник Воронежского государственного университета, Серия: Право, №4, 2016, 16-18.

საქართველოში და ვცხოვრობ რაჭის მაზრაში, მშობლებთან, სადაც განვაგრძობ მუშაობას მეცნიერების ღრმად შესასწავლად და ენების ასათვისებლად“. ჩვენ გვქონდა პოზიცია, რომ საქართველოში დაბრუნებული იროდიონ სურგულაძე მიმდინარე პოლიტიკურ ბატალიებში არ ჩართულა: „ქვეყანაში არსებული პოლიტიკური ქაოსის პირობებში, როგორც ჩანს, სრულიად აპოლიტიკური იროდიონ სურგულაძე ამ სიტუაციას რაჭაში განერიდა, სადაც მეცნიერების და ენების კიდევ უფრო ღრმად შესწავლას მიჰყო ხელი“.¹ პროფ. სურგულაძის პირად არქივზე მუშაობის პროცესში გარკვეული მასალების გაცნობის შემდეგ, ზემოთ გამოთქმული მოსაზრება არ უნდა იყოს ბოლომდე მართებული. არსებული მასალებით, მართალია პირდაპირ არ დასტურდება, რომ იროდიონ სურგულაძე აქტიურ პოლიტიკურ საქმიანობაში იყო ჩართული, მაგრამ ჩანს მისი პოლიტიკური სიმპათიები და, მათ შორის, ინფორმაცია მისი პარტიული კუთვნილების შესახებ. კერძოდ, მის პირად არქივში დაცულია წერილი სათაურით - „ჩვენი გზა“ [დათარიღებულია: 2/VII/1919], - რომელიც ხელმოუწერელია, მაგრამ ასოების მოყვანილობა, წერისა და აზრის გადმოცემის სტილი/მანერა ალბათობის მაღალი ხარისხით გვაფიქრებინებს, რომ წერილის ავტორი იროდიონ სურგულაძეა. წერილის ავტორი განიხილავს შიდა პარტიულ საკითხებს, განვითარების კვალდაკვალ პარტიის ძირითად გამოწვევებს, განიხილავს 1919 წელს საქართველოს სოციალისტ-ფედერალისტთა პარტიაში მიმდინარე ორ ჯგუფად დაყოფის მიზეზებს და ა.შ.. ფაქტია, წერილი დაწერილია საქმის ცოდნითა და მიმდინარე პროცესებში ჩახედული პირის მიერ, მაგრამ არა როგორც მეცნიერის, არამედ როგორც საქართველოს სოციალისტ-ფედერალისტთა სარეგულაციო პარტიის წევრის, აქტორის მიერ. შესაბამისად, ამ წერილიდან გამომდინარე, გვაქვს საფუძველი, გამოვთქვათ მოსაზრება, რომ პირველი დემოკრატიული რესპუბლიკის პერიოდში იროდიონ სურგულაძე უნდა ყოფილიყო საქართველოს სოციალისტ-ფედერალისტთა პარტიის წევრი,

¹ კორძაძე ზ., ნემსწვერიძე თ., El Maestro - პროფესორი იროდიონ სურგულაძე, ნიგნო: Surguladse Ir., Gewalt und Recht, Eine Abhandlung zum Problem des Verhältnisses von Staat und Recht, Erster Teil, Der Begriff des Rechtsverhältnisses, eine Reihe verbotener juristischer Literatur, Buch II, unter der Redaktion von S. Kordsadse und T. Nemszweridse, Tbilisi, 2019, 14.

რომელიც აქტიურად იყო ჩართული პარტიულ ცხოვრებაში, მაგრამ საჯარო სივრცეში ჯერ კიდევ არ ჩანდა. დამატებით მოგახსენებთ, რომ ამ პარტიის წევრები იყვნენ იმ პერიოდის ინტელექტუალური ფენომენები, რომლებმაც დიდი კვალი დატოვეს ქართული ჰუმანიტარული კულტურის ანალებში: არჩილ ჯორჯაძე, გრიგოლ რცხილაძე, სამსონ ფირცხალავა, შალვა ნუცუბიძე და სხვები. არ არის გამორიცხული, რომ პროფ. სურგულაძესა და აკად. ნუცუბიძეს შორის მეგობრული ურთიერთობა (ქვემოთ იქნება საუბარი) სწორედ ამ პერიოდიდან იწყებოდეს.

პროფ. სურგულაძის პირად არქივში, ასევე, ინახება მეორე წერილი სათაურით - „საქართველოს კონსტიტუცია და თანამედროვე იურიდიული მეცნიერება“, რომელიც ბოლონაკლულია. წერილი ხელმოწერელია, მაგრამ ასოების მოყვანილობა, წერისა და აზრის გადმოცემის სტილი/მანერა გვაფიქრებინებს, რომ იგი ნამდვილად უნდა ეკუთვნოდეს პროფესორ იროდიონ სურგულაძეს. წერილის სავარაუდო თარიღის განსასაზღვრად რამდენიმე მომენტი გასათვალისწინებელი: 1. ავტორი იყენებს ნოე ჟორდანიას პუბლიკაციას, რომელიც 1919 წელს გამოქვეყნდა¹. 2. შინაარსიდან გამომდინარე, შეიძლება ვთქვათ, რომ წერილი შესრულებული უნდა იყოს 1920 წელს, მას შემდეგ რაც გამოქვეყნდა 1921 წლის 21 თებერვალს მიღებული საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის პირველი კონსტიტუციის პროექტი გაზეთ „საქართველოს რესპუბლიკაში“. ავტორი წერილში განიხილავს იურიდიულ მეცნიერებაში კონსტიტუციასთან მიმართებით არსებულ მიდგომებს და ცდილობს ამ მიდგომებთან საქართველოს კონსტიტუციის პროექტის შეპირისპირებას, ასევე, ეხება კონსტიტუციის მიღების საჭიროებასა და იმ მეთოდოლოგიურ საფუძველს, რომელსაც უნდა დაეფუძნოს ქვეყნის ძირითადი კანონის ფუნდამენტი. ამ წერილში პროფ. სურგულაძე უპირატესად, როგორც მეცნიერი ისე, ფილიგრანულად მიუდგა საკითხის კვლევას და ზოგადი ფორმატით, საინტერესო შეხედულებებიც გამოთქვა გამოქვეყნებული კონსტიტუციის პროექტის მიმართ.

¹ Жордания Н., За два года (с 1-го марта 1917 года по 1-е марта 1919 года), Доклады и речи, Тифлис, 1919.

იმ პერიოდის საზოგადოებრივი ტექსტურისათვის დამახასიათებელი „პოლიტიკური ვნებიანობის“ ფონზე, იროდიონ სურგულაძე ჩრდილში მყოფია, მაგრამ მაინც შეინიშნება მისი აქტიურობის საკმაოდ საინტერესო პოლიტიკური არჩევანი.

დამოკიდებულებები. იროდიონ სურგულაძის უნივერსიტეტში მიღების საკითხში მთავარი და გადამწყვეტი როლი ითამაშა პროფესორმა ლუარსაბ ანდრონიკაშვილმა (შესაბამისად, ნიმანდობლივია, რომ კრებულში შეტანილია ლუარსაბ ანდრონიკაშვილის პუბლიკაცია). 1922 წლის 30 ივნისს, სიბრძნისმეტყველების ფაკულტეტის სამეცნიერო საბჭოსადმი წარდგენილ შუამდგომლობაში პროფ. ანდრონიკაშვილი მიუთითებდა: „ვშუამდგომლობ ფაკულტეტის წინაშე დატოვებულ იქნეს უნივერსიტეტთან პროფესორობისათვის მოსამზადებლად სახელმწიფო სამართალში, ერთი წლის ვადით სტიპენდიით იურიფის უნივერსიტეტის კურსდამთავრებული იროდიონ სურგულაძე, რომელმაც ჩემზე მოახდინა შთაბეჭდილება ნიჭიერისა და საფუძვლიანად მომზადებული ახალგაზრდისა. იმედი მაქვს ერთი წლის განმავლობაში ის გამოცდებსაც ჩააბარებს და დისერტაციასაც დაამზადებს. ასე, რომ შედარებით მოკლე ხანში ჩვენს მცირერიცხოვან იურისტთა წრეს ერთი მომზადებული წევრი შეემატება“.¹ აქედან ნათელია, რომ ირ. სურგულაძის ინტელექტუალურმა მომზადებულობამ დიდი შთაბეჭდილება დატოვა პროფესორ ანდრონიკაშვილზე, ადამიანზე, რომლის მსგავსი მასშტაბის ფიგურა ქართულ იურიდიულ საზოგადოებას არ ჰყოლია. 1923-1924 წლებში იროდიონ სურგულაძემ ფრიალზე ჩააბარა ზეპირი სადოქტორო გამოცდები სახელმწიფო (1923 წლის 9 თებერვალი), ადმინისტრაციულ (1923 წლის 19 ივნისი) და საერთაშორისო სამართალში (1924 წლის 21 მაისი). საგამოცდო კომისიის წევრები იყვნენ: პროფესორი ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი, ცნობილი ცივილისტი, დამსახურებული პროფესორი იური გამბაროვი და აკადემიკოსი შალვა ნუცუბიძე. თურმე პროფ. ლუარსაბ ანდრონიკაშვილს სანერ მაგიდაზე, სხვა მნიშვნელოვან ნიჭ-

¹ ჯორბენაძე ს., თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დაარსების 50 წლისთავისათვის, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №5, 1973, 59.

ნებთან ერთად, იპოვნიდით იროდიონ სურგულაძის სადოქტორო დისერტაციასაც, როგორც ამას გიორგი კორსაველი იხსენებს: ლუარსაბ ანდრონიკაშვილს „მაგიდაზე ეწყო მიხეილ ჯავახიშვილის ყველა ნაწარმოები, ს. შანშიაშვილის პოემები და დრამები, ჩვენი გამოჩენილი მათემატიკოსის ანდრია რაჭმაძის შრომები, ეისენშაუმის დიდი გამოკვლევა ლევ ტოლსტოის შესახებ, ირ. სურგულაძის სადოქტორო დისერტაცია...“¹.

როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ პროფესორ იროდიონ სურგულაძეს ახლო მეგობრობა აკავშირებდა აკადემიკოს შალვა ნუცუბიძესთან. 1927 წელს სადოქტორო დისერტაციის დაცვის დროს, სწორედ შალვა ნუცუბიძე იყო იროდიონ სურგულაძის ერთ-ერთი ოფიციალური ოპონენტი. ისინი ერთმანეთის მეზობლად ცხოვრობდნენ² და თურმე ორივეს ჰყვარებია ნადირობა, შალვა ნუცუბიძე გამოუვლიდა ხოლმე იროდიონ სურგულაძეს და ერთად მიდიოდნენ სანადიროდ. მათი მეგობრობის დასტურია პროფ. სურგულაძის პირად ბიბლიოთეკაში დაცული შალვა ნუცუბიძის თარგმნილი წიგნი³ სამახსოვრო წარწერით: „ჩემს საყვარელ ძმას და მეგობარს იროდიონს სახსოვრად შალვასგან! 3.XII.43“.

ახლო მეგობრული ურთიერთობა ჰქონდათ ერთმანეთთან პროფესორ იროდიონ სურგულაძესა და პროფესორ ივანე სურგულაძეს, ეს უკანასკნელი ირ. სურგულაძის სტუდენტი იყო და მიუხედავად ერთი და იგივე გვარისა ისინი ნათესავები არ იყვნენ⁴. გასული საუკუნის 40-იანი

¹ კორსაველი გ., ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი, ჟურნალი „მეგზური“, №7, 1980, 586.

² ირ. სურგულაძე ცხოვრობდა - მაშინდელი პეროვის შესახვევის/ვამლოვანის შესახვევის [დღევანდელი მიმინოშვილის ქუჩა] მე-2 ნომერში, ხოლო შალვა ნუცუბიძე - ყოფილი პეროვსკაიას ქუჩაზე [დღევანდელი ახვლედიანისა და ია ეკალაძის ქუჩების კვეთა].

³ Шавтели, Абдул Мессиа, Перевод с грузинского Ш. Нуцубидзе, Тбилиси, 1942.

⁴ იმის გათვალისწინებით, რომ იროდიონ სურგულაძე დაიბადა 1892 წელს, ხოლო ივანე სურგულაძე - 1903 წელს, უხეშ შეცდომად უნდა მივიჩნიოთ და ჟურნალისტის არაკვალიფიციურობას დავაბრალოთ ინტერნეტ სივრცეში გავრცელებული ინფორმაცია, თითქოს იროდიონ სურგულაძე ივანე სურგულაძის ძმად იყოს.

ნლების დასაწყისში პროფესორ ივანე სურგულაძის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში მოწვევაში დიდი წვლილი სწორედ პროფესორ იროდიონ სურგულაძეს მიუძღვის და ამ უკანასკნელის ღვაწლს საქართველოში სამართლის მეცნიერების განვითარებისათვის ყოველთვის აფასებდა ივანე სურგულაძე. პროფესორ იროდიონ სურგულაძის წიგნის შესახებ საინტერესო პასაჟზე აკეთებს ხაზგასმას, თავის მოგონებაში პროფ. გურამ ნაჭყებია, რომელიც თავად შეესწრო ფაქტს თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის საბჭოს სხდომაზე, თუ როგორ დააყენა პროფ. ივანე სურგულაძემ იროდიონ სურგულაძის წიგნის ქართულად თარგმნის საკითხის აუცილებლობა: „...მაგალითად, ერთხელ მან [იგულისხმება პროფ. ივანე სურგულაძე - თ.ნ.] დასვა იროდიონ სურგულაძის ნაშრომის („ხელისუფლება და სამართალი“) გერმანული ენიდან ქართულ ენაზე თარგმნისა და მისი გამოცემის საკითხი. მას იქვე უპასუხეს, რომ ამ წიგნში თითქოს ეწერა: „მარქსიზმ ისტ ფოლშ“ („მარქსიზმი ყალბია“) და ამიტომ ამ წიგნის თარგმნა და გამოცემა დაუშვებელია. ამის გაგონება და ბატონი ივანე ფეხზე გაფიცხელებული წამოიჭრა... იმ კაცს სულ „პროვოკატორი“ ეძახა, ხოლო ამ სიტყვების აღრესატმა არაფერი შეიმჩნია, თითქოს არაფერი ისეთი არ ეთქვას!“¹.

თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში დაცული პირველი სადოქტორო დისერტაცია სამართალში. პროფესორი იროდიონ სურგულაძე პირველი იყო არა მხოლოდ იმაში, რომ საფუძველი ჩაუყარა მთელ რიგ იურიდიულ დისციპლინებს ახლადდაარსებულ უნივერსიტეტსა და ფაკულტეტზე, არამედ სწორედ მან, პირველმა დაიცვა სადოქტორო დისერტაცია სამართალში. დავიწყოთ თავიდან - პროფესორმა სურგულაძემ, უნივერსიტეტის ადმინისტრაციისადმი განცხადებით მიმართვის დროს დადებული პირობა შეასრულა და 1923-1924 წლებში მართლაც მოამზადა თავისი გერმანულენოვანი ნაშრომი - „Gewalt und Recht,

ლაძის მამა იყო. იხ. <<https://for.ge/view/27/bunCula-da-xelisuflebis-momxre.html>> [10.04.2022]. სტატიაში მათ დაბადების თარიღებს თავად ჟურნალისტიკ მიუთითებს [ჟურნალისტი - ნინო მიქიაშვილი].

¹ ნაჭყებია გ., პროფესორ ივანე სურგულაძის სამეცნიერო-პედაგოგიური საქმიანობის ზოგიერთი ფრაგმენტი, კრებულში: სამართლისა და პოლიტიკური აზროვნების ისტორიის ნარკვევები, წიგნი III, გ. ფერაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2015, 731.

Eine Abhandlung zum Problem des Verhältnisses von Staat und Recht, Erster Teil: Der Begriff des Rechtsverhältnisses”¹, - რომელიც 1925 წელს თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტმა გამოსცა. უნივერსიტეტის სოციალურ-ეკონომიკურ ფაკულტეტზე 1927 წელს დასახელებული მონოგრაფია პროფესორმა სურგულაძემ სადოქტორო დისერტაციად წარადგინა. ეს პუბლიკაცია გახლდათ თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში (შესაბამისად, საქართველოში) პირველი სადოქტორო დისერტაცია², რომლის საფუძველზედაც ავტორს მიენიჭა იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორის სამეცნიერო ხარისხი³. სადოქტორო დისერტაცია იროდიონ სურგულაძემ სოციალურ-ეკონომიკურ ფაკულტეტს წარუდგინა 1927 წლის 22 მარტს. ფაკულტეტის საბჭომ სადისერტაციო ნაშრომზე წერილობითი რეცენზიების მომზადება დაავალა თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში იურიდიული განათლების ფუძემდებელს პროფესორ ლუარსაბ ანდრონიკაშვილს, აკადემიკოს შალვა ნუცუბიძესა და პროფესორ გიორგი ნანეიშვილს. დისერტაციის საჯარო დაცვა გაიმართა 1927 წლის 27 ნოემბერს, სადაც ოფიციალურ ოპონენტებად გამოვიდნენ აკადემიკოსი შალვა ნუცუბიძე და პროფესორი გიორგი ნანეიშვილი. პაექრობის შემდეგ, ფაკულტეტის საბჭომ ერთხმად დაუჭირა მხარი სურგულიძისათვის დოქტორის ხარისხის მინიჭებას.⁴

¹ Surguladse Ir., Gewalt und Recht, Eine Abhandlung zum Problem des Verhältnisses von Staat und Recht, Erster Teil: Der Begriff des Rechtsverhältnisses, Universitätslithographie, Tiflis, 1925.

² 1925 წლიდან დღემდე სამართლის მეცნიერებაში ეს გახლავთ თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში დაცული ერთადერთი გერმანულენოვანი სადოქტორო დისერტაცია.

³ „თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში ეს პირველი შემთხვევა იყო იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორის ხარისხის მოსაპოვებლად დისერტაციის დაცვისა“. იხ. სურგულაძე ივ., პროფ. იროდიონ სურგულაძის ცხოვრება და მოღვაწეობა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №3, 1963, 50; წერეთელი თ., უვანია გ., სამართლის მეცნიერება, წიგნში: მეცნიერება საბჭოთა საქართველოში 40 წლის მანძილზე, თბილისი, 1961, 78. ასევე, იხ. მაყაშვილი ვლ., წიგნში: ქართული საბჭოთა ენციკლოპედია, ტომი 9, თბილისი, 1985, 610.

⁴ ინფორმაცია ეფუძნება პროფესორ სურგულაძის დისერტაციის საჯარო დაცვის ამსახველ ოქმს. იხ. ტფილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სოციალურ-ეკონომიკური ფაკულტეტის 1927 წლის 27 ნოემბერის №3 საჯარო სხდომის ოქმი.

იროდიონ სურგულაძის მიზანი იყო „სამართლის შესახებ თავისი ორიგინალური შეხედულება გამოეტანა ევროპულ მეცნიერთა სამსჯავროს წინაშე. ეს განახორციელა მან თავისი გერმანულ ენაზე დაწერილი შრომით“¹. პროფესორმა სურგულაძემ, როგორც ფართომასშტაბიანი დიპაზონის მეცნიერმა, წარმოადგინა ფუნდამენტური კვლევა, რომელშიც ერთდროულად გაცხადებულია სახელმწიფო სამართლის, სამართლის თეორიის, სამართლის ფილოსოფიისა და სამართლის სოციოლოგიისათვის მნიშვნელოვანი იურიდიული კლავშულები, რომელთაც უზადო სამართლებრივი კონსტრუქციებით აწვდის მკითხველს.

ეპოქალური პოლემიკა. XX საუკუნის 20-იანი წლების ერთ-ერთი მონაპოვარი სიღრმისეული სამეცნიერო დისპუტებია, რომლებიც ქართული პერიოდიკის ფურცლებზე იმართებოდა ფილოლოგებს, ლიტერატურათმცოდნეებს, ფილოსოფოსებს, ისტორიკოსებს შორის. ამ პერიოდთან დაკავშირებულია პოლემიკა იურისტებს - პროფესორ გიორგი ნანეიშვილსა და პროფესორ იროდიონ სურგულაძეს შორის². ამ პოლემიკის შესახებ პროფესორი ედუარდ კოდუა წერდა: „თითქოს არც სამართლის თეორიის დარგის მუშაკები იყვნენ ხელმოცარულნი, მაგრამ ამ დონის პოლემიკა სამართლის თეორეტიკოსებს შორის არ ყოფილა არც მანამდე და არც მას შემდეგ“³. პროფ. ნანეიშვილსა და პროფ. სურგულაძეს შორის მიმდინარე პოლემიკა იურიდიული მეცნიერების საგნის და მეთოდის შესახებ გასული საუკუნის დასაწყისში არსებული

¹ სურგულაძე ივ., პროფ. იროდიონ სურგულაძის ცხოვრება და მოღვაწეობა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №3, 1963, 59.

² პოლემიკასთან დაკავშირებით დაწერილებით იხ. ნანეიშვილი გ., ერთი წიგნის მეთოდოლოგიისათვის, ჟურნალი „მნათობი“, №3, 1928; სურგულაძე ირ., იურიდიული მეთოდოლოგიისათვის, პასუხი გ. ნანეიშვილს, ჟურნალი „მნათობი“, №10, 1928; სურგულაძე ირ., დასკვნა გ. ნანეიშვილის სადისერტაციოდ წარმოდგენილ ნაშრომზე - „სამართლის ნამდვილობა და ცდა ნორმატიული ფაქტების დასაბუთებისა“, კრებულში: ქართული სამართლის კლასიკა, წიგნი II, ეძღვნება პროფესორ გიორგი ნანეიშვილის 125 წლის იუბილეს, ზ. კორძაძისა და თ. ნემსწვერიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 450-504.

³ კოდუა ე., სამართლის ფილოსოფიის და სოციოლოგიის პრობლემები გიორგი ნანეიშვილის ნააზრევში, წიგნში: ნანეიშვილი გ., სამართლის ფილოსოფიის საკითხები, ე. კოდუას რედაქტორობით, თბილისი, 1992, 13.

საერთო თეორიული ინტერესის ერთ-ერთ გამოვლინებად უნდა მივიჩნიოთ¹. საქართველოს სამართლებრივი აზრის ისტორიაში ეს პოლემიკა, თავისი მასშტაბით, ყოველთვის დარჩება ორი დიდი მეცნიერის ინტელექტუალური ეპოქალური ჭიდილის ნიმუშად.

კრებულის შედგენილობა. კრებულის არქიტექტონიკა, შეიძლება ითქვას, რომ ორიგინალურია და აერთიანებს საქართველოში სამართლის კლასიკად ქცეულ ნაშრომებსა და თანამედროვე პერიოდის ახალგაზრდა მკვლევარების მიერ მომზადებულ საინტერესო გამოკვლევებს. ორიოდვე სიტყვით შევხები კრებულის რარიტეტულ ნაწილს:

წინამდებარე გამოცემაში შეხვდებით საიუბილეო კრებულის ადრესატის - პროფ. იროდიონ სურგულაძის - შესახებ ცნობილი მეცნიერის ივანე სურგულაძის საინტერესო და მნიშვნელოვან წერილს, რომელიც საქართველოში სამართლის მეცნიერების განვითარებაში მისი მასწავლებლის წვლილს ყოველთვის აფასებდა. 1963 წელს პროფ. ირ. სურგულაძის 70 წლის საიუბილეო საღამოს ერთ-ერთი ორგანიზატორი და მთავარი მომხსენებელი სწორედ პროფ. ივანე სურგულაძე გახლდათ.

საინტერესოა პროფ. იროდიონ სურგულაძის სადოქტორო დისერტაციის თემისები (ქართულენოვანი), რომელიც ავტორმა 1927 წელს მოამზადა და მოკლედ გადმოცემულია დისერტაციის ძირითადი პასაჟები. ცალკე ხაზგასასმელია, პროფ. სურგულაძის საინტერესო წერილი ადმინისტრაციული სამართლის მნიშვნელოვანი ინსტიტუტის შესახებ. თანამედროვე ადმინისტრაციული სამართალი, რომელიც ადამიანსა და ადმინისტრაციულ ორგანოს შორის ურთიერთობებს აწესრიგებს, ეფუძნება როგორც სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპს, ასევე, ამ ურთიერთობებში ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის უპირობო პრინციპს, განსხვავებით ადმინისტრაციული სამართლის საბჭოური დოქტრინისაგან, რომლითაც სახელმწიფო უპირობო დომინანტს წარმოადგენდა, სწორედ იგი იყო განმკარგულებელ-აღმასრუ-

¹ ნინიძე თ., კონსტიტუციონალიზმის გაკვეთილები, წიგნში: შაიო ა., ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, მ. მაისურაძის თარგმანი, თ. ნინიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2003, ii.

ლებელი, რომელსაც ადამიანი უნდა დამორჩილებოდა. ამ მოცემელობით, საბჭოთა პოლიტიკურმა ხელისუფალმა ადმინისტრაციულ სამართალს განვითარებისათვის აუცილებელი დარგის სუბსტანციური ელემენტი გამოაყალბა და ზედმეტად იდეოლოგიურებულ სამართლის დარგად აქცია. ამ ყველაფრის გათვალისწინებით, საბჭოთა პერიოდის განმავლობაში, სამართლის ამ დარგის გაუცხოვება საზოგადოებისაგან ლოგიკურად მოხდა. ამის პარალელურად, გასული საუკუნის 20-იან წლებში, საბჭოთა საქართველოს სინამდვილეში პროფესორი იროდიონ სურგულაძე, რომელიც ადმინისტრაციული სამართლის კურსს კითხულობდა თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სოციალურ-ეკონომიკურ ფაკულტეტზე და განაგებდა ადმინისტრაციული სამართლის კათედრას, აქვეყნებს სტატიას სათაურით - „საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების პრობლემა“¹, რომლითაც, ფაქტობრივად, ირიბად დაუპირისპირდა პოლიტიკურ ხელისუფლებას, რომელსაც ხელშეკრულების ინსტიტუტის ფუნქციური დანიშნულებაც კი ეზედმეტებოდა ადმინისტრაციული სამართლისათვის, არათუ მის შესახებ მეცნიერული დისპუტი და გამოკვლევები. სწორედ ამან განაპირობა დიდი ალბათობით ის, რომ სტატიის მეორე ნაწილი ავტორმა აღარ გამოაქვეყნა. სტატიის I ნაწილი პირველად 1928 წელს გამოქვეყნდა ჟურნალში - „საბჭოთა სამართალი“, ხოლო II ნაწილი დაკარგულად, შესაბამისად, გამოუქვეყნებლად მიიჩნეოდა, ამიტომაც პუბლიკაციას დაუსრულებლად თვლიდნენ². დასახელებული სტატიის II ნაწილი შემთხვევით აღმოვაჩინეთ პროფ. იროდიონ სურგულაძის პირად არქივში და ქვეყნდება პირველად. კანონმდებლობით საჯაროსამართლებრივი ხელშეკრულების გათვალისწინება არის ერთ-ერთი კარგი გამოხატულება ადმინისტრაციული ორგანოსა და ადამიანის/დაინტერესებულ პირის ურთიერთობისა, მიუხედავად იმისა, რომ იურიდიულ დოქტრინაში განასხვავებენ კოორდინაციულ და სუბორდინაციულ საჯაროსამართ-

¹ იხ. სურგულაძე ირ., საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების პრობლემა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №5, 1928.

² მაგალითად, იხ. სურგულაძე ივ., პროფ. იროდიონ სურგულაძის ცხოვრება და მოღვაწეობა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №3, 1963, 54.

ლებრივ ხელშეკრულებებს. პროფ. სურგულაძე საკვლევი საგნის შესწავლას კლასიკურად მიუდგა და კრიტიკულად განიხილა საჯაროსამართლებრივ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული, იმ პერიოდის სამეცნიერო ლიტერატურაში არსებული მიდგომები და თეორიები. იგი აღნიშნული პრობლემის მოგვარებისათვის საჭიროდ მიიჩნევს ხელშეკრულების ცნების დეტალურ ანალიზსა და საჯარო და კერძო სამართლის განსხვავების გაანალიზებას, იმ პერიოდისათვის დამახასიათებელი ტენდენციების გათვალისწინებით. ალბათ იშვიათად შეიძლება ასეთ მცირე მოცულობის წერილში მკითხველს მიანოდო საკმარისი ინფორმაცია საკვლევი თემის შესახებ, რაც ავტორმა შეძლო. თავად სტატიის სათაურის პირველი სიტყვა - „საჯაროუფლებრივი“, იმ პერიოდისათვის დამახასიათებელი იურიდიული ტერმინია, რაც საჯაროსამართლებრივს ნიშნავს. პროფ. სურგულაძის სტატიის ხელმეორედ გამოქვეყნება განაპირობა იმ ფაქტმა, რომ ქართველი მეცნიერები, რომლებიც ადმინისტრაციული ხელშეკრულების სამართლებრივ ბუნებას იკვლევდნენ თავიანთ ნაშრომებში არ მიუთითებდნენ¹ განსახილველ წერილზე, მათ შორის, როგორც ამ ინსტიტუტისადმი მიძღვნილ პირველ ქართულენოვან გამოკვლევას, შესაბამისად, წინამდებარე გამოცემა პროფესიული საზოგადოების ინფორმირების ფუნქციითაც არის დეტერმინებული. ეს უკანასკნელი პასაჟი მიემართება ქვემოთ განხილულ სტატიებსა და მათ ავტორებსაც.

¹ მაგალითად, 2003 წელს პროფესორმა მაია კოპალეიშვილმა გამოაქვეყნა ძალიან საინტერესო გამოკვლევა ადმინისტრაციული გარიგების შესახებ, მაგრამ ავტორი არ უთითებს პროფ. სურგულაძის სტატიაზე. იხ. კოპალეიშვილი მ., ადმინისტრაციული გარიგება, თბილისი, 2003. ასევე, 2016 წელს თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე გ. კიკილაშვილმა დაიცვა დისერტაცია სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად თემაზე - „ადმინისტრაციული და სამოქალაქო ხელშეკრულების გამიჯვნის საპროცესო სამართლებრივი ფუნქცია“, მაგრამ ავტორს ამ შემთხვევაში არ აქვს გამოყენებული განსახილველი პუბლიკაცია. იხ. კიკილაშვილი გ., ადმინისტრაციული და სამოქალაქო ხელშეკრულების გამიჯვნის საპროცესო სამართლებრივი ფუნქცია (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), სადოქტორო დისერტაცია, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, <http://press.tsu.ge/data/image_db_innova/samartal/goga_kikalishvili.pdf> [21.03.2022].

მეტად საინტერესო და თანამედროვეობამდე მოდერნულია გრიგოლ რცხილაძის სტატია მორალური ზიანის შესახებ, მიუხედავად იმისა, რომ თითქმის ერთი საუკუნის წინ გამოქვეყნდა. გრიგოლ რცხილაძე თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში პროფ. ლუარსაბ ანდრონიკაშვილის მოწვევით კითხულობდა „სპეციალურ სამოქალაქო სამართალს“. როგორც მიუთითებენ გრიგოლ რცხილაძეს პროფ. ანდრონიკაშვილი „ქართველ დიუვერნუას“¹ უწოდებდა² და მას ძალიან აფასებდა, როგორც მაღალი კვალიფიკაციის ცივილისტს. გრიგოლ რცხილაძეს მორალური ზიანის ანაზღაურების სამართლებრივი კონსტრუქცია სამართლებრივი უსივრცობიდან კი არ მოაქვს, საფუძვლად უდებს საზღვარგარეთის საკანონმდებლო პრაქტიკასა და იურიდიულ დოქტრინაში არსებულ მრავალწლიან დისკუსიებს. იგი აყენებს თეზას, რომლის მიხედვითაც, მორალური ზიანის ანაზღაურება შეიძლება დაეფუძნოს სამართლებრივად დაცვის ღირსი სიკეთისათვის ზიანის მიყენებას³. საქმის მცოდნე მკითხველს, გრიგოლ რცხილაძის სტატიის წაკითხვისას არ შეიძლება არ გაახსენდეს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2018 წლის გადაწყვეტილება საქმეზე სარიშხილი-

¹ პროფესორი ნიკოლაი დიუვერნუა (1836-1906) - წარმოშობით ფრანგი და რუსეთში მოღვაწე ცნობილი მეცნიერი იურისტი, სამართლის ისტორიკოსი და ცივილისტი, დამსახურებული პროფესორი, სამოქალაქო სამართლის დოქტორი. პროფესორმა დიუვერნუამ 1869 დაიცვა სამაგისტრო დისერტაცია - “Источники права и суд в древней России”, ხოლო 1874 წელს ნოვოროსიისკის (ოდესის) უნივერსიტეტში დაიცვა სადოქტორო დისერტაცია - “Основная форма корреляльного обязательства. Историко-юридическое и критическое исследование по римскому праву”. პროფესორი დიუვერნუა ლუარსაბ ანდრონიკაშვილსა და გრიგოლ რცხილაძეს უკითხავდა ლექციებს პეტერბურგის უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე.

² კორსაველი გ., ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი, ჟურნალი „მეგზური“, №7, 1980, 592.

³ მეტად საინტერესოა სამართლის დოქტორ მ. ბიჭიას მიერ მომზადებული წერილი, რომელიც გრიგოლ რცხილაძის ხსენებული პუბლიკაციის შეფასების ცდას წარმოადგენს. იხ. ბიჭია მ., გრიგოლ რცხილაძის სტატიის - „მორალური ზიანის ანაზღაურება“ - ანალიზი, ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, №8, 75-91.

ბოლქვაძე საქართველოს წინააღმდეგ და ამ გადაწყვეტილებაში განვითარებული სამართლებრივი მსჯელობა¹. ასევე, მაღალ მეცნიერულ დონეზე შესრულებული გრიგოლ რცხილაძის მეორე წერილი, რომელიც სამოქალაქო კოდექსით გაუთვალისწინებელ ხელშეკრულებებს ეხება. ავტორი მშვენივრად აცნობიერებს, რომ საბჭოთა სამართალი არ აღიარებს სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპს და იგი მიმართულია „ადამიანთა სამეურნეო მოქმედების რეგულაციისაკენ ქვეყნის ერთიან[ი] სამეურნეო გეგმის საფუძველზე. საბჭოთა სამართლის ამ ძირითად[ი] თავისებურების გავლენით გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულებითი ვალდებულებანი დღევანდლამდე კითხვის ქვეშ სდგანან. მართალია, საბჭოთა სასამართლოების პრაქტიკიდან მრავალი ისეთი მაგალითი შეიძლება იქნეს დასახელებული, რომლებიც გამოამხელებს, რომ გაუთვალისწინებელ ხელშეკრულებასაც იურიდიული ძალა აქვს მითვისებული ვალდებულებათა სფეროში, მაგრამ მისი აღჭურვა ამ ძალით ყოველთვის ისეთი მოტივაციით ხდება, რომ პრინციპიალური საკითხი დაიჩრდილოს და გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულება გამართლებულ იქნეს, როგორც თითქოს კანონის მიერ გათვალისწინებული“. იმ პერიოდში არსებული საბჭოთა ნორმატიული წესრიგის პირობებში, გრიგოლ რცხილაძე პოულობს გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულებების არსებობის ნორმატიულ-ჰერმენევტიკულ საფუძველს.

კრებული საინტერესოა იმ მხრივაც, რომ აქ შეხვდებით რეცენზიას, რომლის რუსულენოვანი ხელნაწერი ეგზემპლარი დაცულია საქართველოს ეროვნულ არქივში და ეკუთვნის საქართველოში უმაღლესი იურიდიული განათლების ფუძემდებელს, პროფესორ ლუარსაბ ანდრონიკაშვილს, ადამიანს, რომლის ინტელექტუალური რესურსის უსაზღვრობა დღემდე მომხიბლავია ნებისმიერი დაინტერესებული პირისათვის. მოცემულ შემთხვევაში, ქვეყნდება, როგორც რუსულენოვანი დედანი, ასევე, ქართული თარგმანიც.

კრებულში, ასევე, იხილავთ აკადემიკოს შალვა ნუსეზიძის 20-იან წლებში ჟურნალ „საბჭოთა სამართლის“ ფურცლებზე გამოქვეყნებულ

¹ Case of Sarishvili-Bolkvadze v. Georgia, 19/07/2018.

წერილს¹, რომელიც მატერიალური ჭეშმარიტებისა და სასამართლოს ინიციატივის შინაარსის დაზუსტების მეტად პრაქტიკული პრობლემის გადაჭრას ეხება. კრებულში ასევე, შეხვედრებით სისხლის სამართლის ქართული სკოლის ფუძემდებლების პროფესორ თინათინ წერეთლისა² და ვლადიმერ მაყაშვილის³ მეტად საინტერესო წერილებს. პროფესორი იროდიონ სურგულაძე მათი პედაგოგი იყო და ძალიან ახლო მეგობრული ურთიერთობა აკავშირებდათ ერთმანეთთან. მაშინ, როდესაც 1944 წელს თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე დაიცვა თინათინ წერეთელმა დისერტაცია იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატის სამეცნიერო ხარისხის მოსაპოვებლად, პროფ. ალექსანდრე ვაჩიშვილთან ერთად, ოფიციალურ ოპონენტად პროფესორი იროდიონ სურგულაძე გამოვიდა. 1943 წლის 20 ნოემბერს მომზადებულ რეცენზიაში პროფ. იროდიონ სურგულაძე წერდა: „შრომაში გატარებული იდეების ორიგინალობა და მეცნიერული დამოუკიდებლობა მათ დამუშავებაში, მეცნიერული მუშაობის მაღალი სტილი, რომელიც აშკარად სჩანს თით[ო]ეული საკითხის დამუშავებისას და სხვა დადებითი მომენტები, რომელნიც ზევით იყვნენ აღნიშნული, სარეცენზიო შრომას უდავოდ მნიშვნელოვანი მოვლენის ხასიათს აძლევენ საბჭოთა იურიდიულ ლიტერატურაში; ყველა ზემოთ მითითებული თვისებების გამო შრომა ძალიან შორს იტოვებს უკან საკანდიდატო ხარისხის მოსაპოვებლად წარმოდგენილ შრომებს, და მთლიანად სდგას იმ სიმაღლეზე, რომელიც დოქტორის სამეცნიერო ხარისხის მოსაპო[ვ]ებლად კარგად შესრულებულ მეცნიერულ გამოკვლევებს უნდა ახასიათებდეს. ყოველივე ზემოთ აღნიშნული საფუძველს მაძლევს, ვიშუამდგომლო უნივერსიტეტის სამეცნიერო ნაწილის წინაშე, რომ თინათინ ვასილის ასულ წერეთლის მიერ წარმოდგენილ შრომას მიეცეს

¹ ნუკუბიძე შ., მატერიალური ჭეშმარიტება და სასამართლოს ინიციატივა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №4, 1928.

² წერეთელი თ., სისხლის სამართლის კანონის მოქმედება დროში, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №2, 1967.

³ მაყაშვილი ვლ., პასუხისმგებლობა მოქმედების თავისუფლების ხელყოფისათვის, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №4, 1979.

ისეთივე შემდგომი მსვლელობა, როგორც სადოქტორო ხარისხის მოსაპოვებლად წარმოდგენილ შრომებს, ე.ი. გამოყოფილ იქნეს ახალი, დოქტორის სამეცნიერო ხარისხის მქონე პირი რეცენზიის წარმოსადგენად. რადგანაც ჩვენს სინამდვილეში ასეთი პირი არ მოიპოვება, იგი არსებული პრაქტიკის თანახმად, მოწვეულ უნდა იქნეს საბჭოთა კავშირის სხვა სამეცნიერო ცენტრებიდან, სახელდობრ, ქ. მოსკოვიდან (მაგ., ცნობილი კრიმინალისტი პროფ. ისაევი, ქ. მოსკოვში); მან უნდა მოგვეცეს დასკვნა - აკმაყოფილებს თუ არა წარმოდგენილი შრომა სადოქტორო დისერტაციის მოთხოვნილებებს“. მაღალ შეფასებას აძლევდა პროფ. სურგულაძე ვლადიმერ მაყაშვილის სამეცნიერო მოღვაწეობას. ხაზგასასმელია ისიც, რომ 1945 წელს პროფ. იროდიონ სურგულაძე, ვლადიმერ მაყაშვილთან ერთად, აქვეყნებს საგაზეთო წერილს, რომელიც ეხება პროფ. ლუარსაბ ანდრონიკაშვილის გარდაცვალების ხუთი წლისთავს¹. სიმბოლურად კრებულში შეხვდებით პროფ. იროდიონ სურგულაძის შვილის სამართლის დოქტორ ლამარა სურგულაძის საინტერესო სტატიას².

რარიტეტული ნაშრომების პუბლიკაციასთან დაკავშირებული ტექნიკური დეტალები. ტექნიკური თვალსაზრისით, კრებულში წარმოდგენილ რარიტეტულ ნაშრომებს ახასიათებს შემდეგი თავისებურებები: ქართულენოვან ტექსტებში მოჭარბებულად იგრძნობა იმ პერიოდისათვის დამახასიათებელი ლექსიკა, სიტყვები, წინადადების წყობა, რომელიც დღეს მკითხველს შესაძლოა გრამატიკულად გაუმართავად მოეჩვენოს, ამიტომაც ტექსტის შინაარსის აღქმის გამარტივების მიზნით, სადაც შესაძლებელი იყო, გადავწყვიტეთ, სპეციალურად დამაზუსტებელი სიტყვები ან ასოები ჩავვემატებინა ოთხკუთხა კავებში ([...]), რითაც გარჩევადი იქნება საარქივო ავტორისეული ვერსია და სამეცნიერო რედაქტორის (თორნიკე ნემსწვერიძე [თ.ნ.] მიერ ტექსტის გაგების მიზ-

¹ Сургуладзе И. А., Макашвили Вл., Памяти проф. Л. Н. Андроникашвили, Заря Востока, 3 января, №2, 1945.

² სურგულაძე ლ., სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა საექიმო სამართალდარღვევებისათვის, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის მაცნე, ეკონომიკისა და სამართლის სერია, №4, 1985

ნით გაკეთებული ჩანართები. ამასთან, ოთხკუთხა კაფებში ([...]) არსებული სიტყვა, დამაზუსტებელი სიტყვა თუ ასო წარმოდგენს მხოლოდ სამეცნიერო რედაქტორის მითითებას.

საიუბილეო კრებულის (რარიტეტული სტატიების ნაწილში) პუბლიკაციის ინტენსიური დიზაინი ეფუძნება შემდეგ პრინციპებს: პირველი - როგორც პროფ. აკაკი ბაქრაძე აღნიშნავდა: „წიგნს აუცილებლად უნდა ეტყობოდეს ეპოქის კვალი, სურნელება, ხასიათი...“, ამიტომაც ყველა რარიტეტული ნაშრომი პირვანდელი სახით ქვეყნდება; მეორე - იქიდან გამომდინარე, რომ უნივერსალური ტექსტოლოგიური გამოცემები, როგორც წესი, ემყარება პრინციპს - „თითოეული შემთხვევა სპეციფიკურია“¹, შესაბამისად, ნაშრომების გამოსაცემად მომზადების დროს შევეცადეთ უპირატესობა მიგვენიჭებინა ტექსტების ავთენტურობისათვის, რაც იმას ნიშნავს, რომ კრებულში გამოსაქვეყნებლად წარმოდგენილი წერილები ეფუძნებიან დედან, ორიგინალ ნაშრომებს. რარიტეტული ნაშრომების გამოსაცემად მომზადების პროცესში ჩვენთვის მთავარი პრინციპი იყო ტექსტების ავთენტურობის დაცვა. თანამედროვე ტექსტოლოგიაში პუნქტუაციის შესწორებასთან დაკავშირებით აზრთა სხვადასხვაობაა. ზოგიერთი მიუთითებენ, რომ ორთოგრაფიასა და პუნქტუაციას ტექსტის სემანტიკურ ელემენტებთან შედარებით, ნაკლები მნიშვნელობა აქვს და ცალსახად უნდა გასწორდეს, მეორენი კი, ამის წინააღმდეგნი არიან და აღნიშნავენ, რომ ავტორისეული მართლწერა ტექსტს სპეციფიკურ, ამ კონკრეტული ავტორისათვის დამახასიათებელ ელფერს სძენს². ტექსტოლოგიური პრინციპების მიხედვით, ასევე, მიუთითებენ, რომ „თუ პუნქტუაციას რაიმე სახის დამატებითი მხატვრული მნიშვნელობა აქვს, ვტოვებთ ხელუხლებლად, დანარჩენ შემთხვევაში კი ვასწორებთ“³. მოცემულ შემთხვევაში, ვინაიდან პუნქტუაცია მხატვრული მნიშვნელობით არ იყო დეტერმინებული, ვფიქრობთ, რომ უკანასკნელი გზა უკეთესია, ამიტომაც ის ჩასწორდა.

მადლიერება. განსაკუთრებული მადლობა მინდა გადავუხადო იურიდიული ფირმა ჯეი ენდ თი ქონსალთინგის მმართველ პარტნიორს,

¹ ნინიძე მ., გიგაშვილი ქ., ტექსტოლოგია, თბილისი, 2018, 32.

² იქვე, 40.

³ იქვე, 42.

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებულ პროფესორ, სამართლის დოქტორ **გიორგი ცერცვაძეს**, რომ არა მისი გულისხმიერი დამოკიდებულება და მონდომება წინამდებარე კრებული, ამ სახით, დღის სინათლეს ნამდვილად ვერ იხილავდა. ამასთან, ცალკე ხაზგასასმელია კრებულის თანარედაქტორის, სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის აფილირებული ასოცირებული პროფესორის, სამართლის დოქტორ **სიმონ ტაკაშვილის** წვლილი.

მადლობა მინდა გადავუხადო თითოეულ ავტორს, რომელმაც თავისი სამეცნიერო სტატიის პუბლიკაციით, წვლილი შეიტანა კრებულის ამ სახით გამოცემაში. მადლიერების გრძნობით მინდა, აგრეთვე, მოვიხსენიო მედიცინის მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი **მაია სულაქველიძე**, საოჯახო არქივში დაცული უნიკალური მასალების მონოდებისათვის.

თორნიკე ნემსწვერიძე

15 მაისი, 2022 წელი

შინაარსი

I. პერსონალია - პროფესორი იროდიონ სურგულაძე

პროფესორი ივანე სურგულაძე

პროფ. იროდიონ სურგულაძის ცხოვრება და მოღვაწეობა..... 31

II. რარიტეტული იურიდიული ლიტერატურა

პროფესორი იროდიონ სურგულაძე

“Gewalt und Recht” - სადოქტორო დისერტაციის

ძირითადი თეზისები..... 57

პროფესორი იროდიონ სურგულაძე

საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების პრობლემა..... 66

პროფესორი ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი

რეცენზია სისხლის სამართლის დოცენტის მოვალეობის

შემსრულებლის ბორის ზაქარიას ძე ფურცხვანიძის სადისერტაციო

თემაზე: „1864 წლის რეფორმები“ 77

Профессор Луарсаб Андроникашвили

Рецензия на диссертацию исполняющего обязанности доцента

уголовного права Бориса Захарьевича Пурцхванидзе на тему:

«Реформы 1864 года»..... 80

გრიგოლ რცხილაძე

მორალური ზიანის ანაზღაურება 83

გრიგოლ რცხილაძე

გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულებანი 92

აკადემიკოსი შალვა ნუცუბიძე

მატერიალური ჭეშმარიტება და სასამართლოს ინიციატივა 100

პროფესორი თინათინ წერეთელი

სისხლის სამართლის კანონის მოქმედება დროში 105

ვლადიმერ მაყაშვილი

პასუხისმგებლობა მოქმედების თავისუფლების ხელყოფისათვის 118

ლამარა სურგულაძე

სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა საექიმო

სამართალდარღვევებისათვის 135

III. თანამედროვე გამოწვევები იურიდიულ მეცნიერებაში

Keti Benashvili

Prohibition of Insider Dealing as an Investor Protection Mechanism - A Comparison between the EU and Georgia - Private Enforcement of Investor Claims under Georgian Civil Law 141

სიმონი ტაკაშვილი

მტკიცების პროცესი შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან პარტნიორის გარიცხვის დროს 197

ოთარ მაჩაიძე

ხელშეკრულებიდან გასვლის და ხელშეკრულების მოშლის გამიჯვნის მცდელობა ნარდობის ხელშეკრულების მაგალითზე ქართული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით 215

თორნიკე ნემსწერაძე

„ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი...“ - ძირითადი კანონის პრეამბულისეული კლაუზულის ინტენცია და მისგან მომდინარე იმპერატივები 237

დავით აბესაძე

ოფცია და გამოსყიდვა როგორც საკუთრების უფლების წარმოშობის საფუძველი და მათი გამიჯვნა მომიჯნავე სამართლებრივი ინსტიტუტებისგან 268

გივი ლუაშვილი

სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტების გაუქმება, ძალადაკარგულად გამოცხადება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოებაში 317

Natia Jiniuzashvili

To what extent does the current EU regulatory framework for civilian drone address privacy, safety and security issues? 351

მარიკა გურგენიძე

ინვესტორები და მათი უფლებების დაცვის ძირითადი ინსტრუმენტები საინვესტიციო ფონდებში 399

ნათია გველესიანი

დანაშაულის საგნის, იარაღისა და დანაშაულის ჩასადენად გამიზნული ნივთის კონფისკაციის მიმართება საკუთრების უფლებასთან 424

ზურაბ ლორია

მენარმე იურიდიული პირის დირექტორის პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები 455

**I. პერსონალია - პროფესორი იროდიონ
სურგულაძე**

† პროფესორი ივანე სურგულაძე (1903-1983)

იროდიონ აპოლონის ძე სურგულაძე დაიბადა 1892 წელს ამბროლაურის რაიონის სოფ. ხვანჭკარაში „საშუალო შეძლების სოფლის მეურნის ოჯახში“ (მისი ავტობიოგრაფიიდან). საშუალო სასწავლებელი წარმატებით დაამთავრა თბილისში 1912 წელს და იმავე წელს შევიდა პეტერბურგის ფსიქო-ნევროლოგიურ ინსტიტუტში. ამ ინსტიტუტში სწავლობდა ორი წლის განმავლობაში და გაიარა ე.წ. საერთო საგანმანათლებლო ციკლი. ირ. სურგულაძემ ვერ აიტანა ლენინგრადის¹ ჰავა და იძულებული გახდა დაეტოვებინა ეს ქალაქი. სწავლის გასაგრძელებლად ის მიემგზავრება ქ. ტარტუში (მაშინდელი იურიევი) და 1914 წელს შედის დორპატის (ახლანდელი ტარტუს) ცნობილი უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე. მან, IV კურსის სტუდენტმა, დაწერა საპრემიო ნაშრომი - „Философские предпосылки учения о праве“, რომელიც წარადგინა სადიპლომო პრომად. პრომამ ოქროს მედალი დაიმსახურა. ამ პრომის საფუძველზე ირ. სურგულაძე უნივერსიტეტის დამთავრების შემდეგ (1917 წ.), დატოვებულ იქნა საპროფესოროდ მოსამზადებლად სახელმწიფო სამართალში პროფ. ლ. შალანდთან.

1918 წელს ი. სურგულაძე დაბრუნდა საქართველოში და ცხოვრობდა რაჭაში მშობლებთან 1921 წლამდე. საქართველოში საბჭოთა ხელისუფლების დამყარების შემდეგ იგი მუშაობას იწყებს ქ. ონში რაჭის მაზრის რევკომის იუსტიციის განყოფილების გამგის თანამდებობაზე.

* პირველად დაიბეჭდა 1963 წელს ჟურნალში - „საბჭოთა სამართალი“. იხ. სურგულაძე ივ., პროფ. იროდიონ სურგულაძის ცხოვრება და მოღვაწეობა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №3, 1963, 50-59 [თ.6.].

† იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი (1946 წ.), პროფესორი (1947 წ.), თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიის კათედრის გამგე (1947-1983 წწ.), საქართველოს მეცნიერების დამსახურებული მოღვაწე (1963 წ.), სამართლის ისტორიკოსი [თ.6.].

¹ იველისხმება პეტერბურგი, რომელსაც საბჭოთა პერიოდში ლენინგრადი ეწოდებოდა [თ.6.].

1922 წელს ირ. სურგულაძე გადმოვიდა თბილისში და დორპატის უნივერსიტეტის ცნობის საფუძველზე, ჩაირიცხა ასპირანტად¹ თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის მაშინდელი სიბრძნისმეტყველების ფაკულტეტზე.

1923-24 წლების განმავლობაში ის აბარებს ზეპირ სადოქტორო გამოცდებს: სახელმწიფო სამართალში (1923 წლის 9 თებერვალს), აღმინისტრაციულ სამართალში (1923 წლის 19 ივნისს), საერთაშორისო სამართალში (1924 წლის 21 მაისს). ყველა საგანში მან მიიღო შეფასება „ფერადი“. საგამოცდო კომისიის წევრები იყვნენ: პროფ. ი. გამბაროვი, პროფ. ლ. ანდრონიკაშვილი და პროფ. შ. ნუცუბიძე.

ირ. სურგულაძემ 1925 წელს გამოაქვეყნა შრომა - „ხელისუფლება და სამართალი“ (გერმანულ ენაზე). ეს იყო სადოქტორო დისერტაცია, რომელიც მან დაიცვა 1927 წელს. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში ეს პირველი შემთხვევა იყო იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორის ხარისხის მოსაპოვებლად დისერტაციის დაცვისა. 1923 წელს ირ. სურგულაძე უნივერსიტეტის მიერ მიწვეული იქნა სახელმწიფო სამართლის ლექტორად, ხოლო 1925 წლიდან მასვე მიენდო აღმინისტრაციული სამართლის კურსი. 1927 წელს ირ. სურგულაძეს მიენიჭა დოცენტის წოდება, ხოლო 1929 წელს - პროფესორის წოდება.

პროფ. ირ. სურგულაძე აქტიურად მონაწილეობდა სოციალურ-ეკონომიკური ფაკულტეტისა და სამართლის ინსტიტუტის საქმიანობაში. ერთხანს ის იყო დეკანის მოადგილე (1926-1930 წლამდე), შემდეგ უნივერსიტეტისაგან გამოყოფილ[ი] საბჭოთა აღმშენებლობისა და სამართლის ინსტიტუტის სასწავლო ნაწილის გამგედ (1930-1933 წ.), ხოლო ინსტიტუტის დახურვისა და უნივერსიტეტთან იურიდიული ფაკულტეტის ჩამოყალიბების შემდეგ იგი იყო დეკანად 1933-დან 1935 წლამდე².

¹ იგულისხმება საპროფესოროდ მოსამზადებლად [თ.6.].

² პროფ. ირ. სურგულაძე თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დეკანის მოვალეობას, ასევე, 1936 წლის მეორე ნახევრიდან 1937 წლის პირველი ნახევრის ჩათვლით ასრულებდა, მაგრამ დაკავებული პოზიცია პირადი განცხადების საფუძველზე დატოვა [თ.6.].

ირ. სურგულაძეს მინიჭებული ჰქონდა მეცნიერების დამსახურებული მოღვაწის წოდება.

პროფ. ირ. სურგულაძე აქტიურ საზოგადოებრივ მუშაობას ეწეოდა: 1926 წლიდან 1928 წლამდე ის იყო უნივერსიტეტის ადგილკომის თავმჯდომარე და ამასთანავე, მეცნიერ მუშაკთა სექციის ცენტრალური ბიუროს წევრი. 1937 წლიდან 1945 წლამდე (გარდაცვალებამდე) არჩეული იყო თბილისის საბჭოს დეპუტატად. 1943 წლიდან შეთავსებით მუშაობდა საქართველოს [მეცნიერებათა] აკადემიის ისტორიის ინსტიტუტის უფროს მეცნიერ-თანამშრომლად.

პროფ. ირ. სურგულაძე სამეცნიერო-პედაგოგიურ მუშაობას ათავსებდა პრაქტიკულ საქმიანობასა და საზოგადოებრივ მოღვაწეობასთან. 1922 წლიდან 1927 წლამდე ის იყო შრომის სასამართლოს თავმჯდომარე და უზენაესი სასამართლოს წევრი. ლექციებიდან სტუდენტები ხშირად სასამართლო პროცესზე მიდიოდნენ, რომელსაც ირ. სურგულაძე ხელმძღვანელობდა. უზენაეს სასამართლოში კი, პროფ. ირ. სურგულაძეს ყველაზე რთულ საქმეებს აძლევდნენ გასარჩევად. ბუნებრივი იყო, რომ ასეთი საქმეები საინტერესო იყო იურიდიული თვალსაზრისით და სტუდენტებთან პრაქტიკული მეცადინეობის დროს სწორედ ასეთი საქმეები მოჰქონდათ სავარჯიშოდ. პროფ. ირ. სურგულაძე სამართლის ნორმების პრაქტიკულად გამოყენების მაგალითს უჩვენებდა სტუდენტებს.

პროფ. ირ. სურგულაძე გარდაიცვალა 1945 წლის 22 ნოემბერს უნივერსიტეტში, სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების დროს (ლექციის დაწყების წინ).

პროფ. სურგულაძის ადრინდელი შრომები იდეალისტური კონცეფციით არის დაწერილი. ჰუსერლის ფილოსოფიასა და უკანასკნელის საფუძველზე წარმოშობილ სამართლის ფენომენოლოგიურ სკოლას საკმაო გავრცელება ჰქონდა ბურჟუაზიულ ქვეყნებში, როგორც მოღერ ფილოსოფიასა და სკოლას ირ. სურგულაძის სტუდენტობის ხანაში. ირ. სურგულაძეც ჰუსერლის ფილოსოფიისა და სამართლის ფენომენოლოგიური სკოლის გავლენის ქვეშ აღმოჩნდა. სამართლის ფენომენოლოგიური სკოლის თვალსაზრისით, სამართლის მეცნიერებას განეყნებული ხასიათი აქვს; ეს სკოლა სამართალს იხილავს მისი კონკრეტული ისტორიული შინაარსის გარეშე, მისი კლასობრივი შინაარსის გარეშე.

მოქმედი სამართლის ნორმები, ამ სკოლის აზრით, ასახავენ მუდმივი არსებობის მქონე პოსტულატებს, რომლებიც შეიცნობა აპრიორულად, ინტელექტუალური ინტუიცი[ი]თ. ამიტომ, ამ სკოლის აზრით, სამართლის მეცნიერება გამოირიცხავს მიზგზობრიობის კანონზომიერებაზე დამყარებულ კვლევას: სამართლის მეცნიერებამ უნდა შეისწავლოს სამართლის ამსახველი მუდმივი პოსტულატები, ხოლო უკანასკნელთა შესწავლის ერთადერთი საშუალება მდგომარეობს ინტუიციის გზით მათ გამოცნობაში.

როდესაც პროფ. ირ. სურგულაძის მსოფლმხედველობის ჩამოყალიბებისა და განვითარების გზებს ვიხილავთ, საჭიროა აღვნიშნოთ, რომ პროფ. ირ. სურგულაძის მხოლოდ პირველი შრომებია დაწერილი ჰუსერლისა და სამართლის ფენომენოლოგიური სკოლის გავლენის ქვეშ. ამ შემთხვევაშიც, პროფ. ირ. სურგულაძეს აქვს წამოყენებული ზოგიერთი ორიგინალური და საღი მოსაზრება. შემდგომ შრომებში პროფ. ირ. სურგულაძე მართებულად იმარჯვებს მარქსიზმ-ლენინიზმის მეთოდოლოგიას.

პირველი შრომა, რომელიც პროფ. ირ. სურგულაძემ გამოაქვეყნა 1925 წელს გერმანულ ენაზე, იყო მისი სადოქტორო დისერტაცია შემდეგი სათაურით: *Gewalt und Recht, Eine Abhandlung zum Problem des Verhältnisses von Staat und Recht, Erster Teil, Der Begriff des Rechtsverhältnisses* (ხელისუფლება და სამართალი, სახელმწიფოსა და სამართლის ურთიერთდამოკიდებულების პრობლემის შესახებ, ნაწილი პირველი, მართლწესრიგის ცნება, 1925 წ., 155 გვ.).

ეს არის პირველი ნაწილი, ანუ ერთგვარი შესავალი ავტორის მიერ მოფიქრებული დიდი შრომისა - „ხელისუფლება და სამართალი“, რომელიც მას აღარ დაუწერია შემდეგში. მაგრამ ამ პირველ ნაწილს სავსებით დამოუკიდებელი მნიშვნელობა აქვს და ამდენად, დამთავრებულ მონოგრაფიას წარმოადგენს. შრომა ეხება სამართლის თეორიისა და სახელმწიფო სამართლის ზოგიერთ ძირითად საკითხს. ავტორის აზრით, სახელმწიფო სამართლის ბუნების შესასწავლად, პირველ ყოვლისა, აუცილებელია მართლწესრიგის ცნების ყოველმხრივი შესწავლა. მართლწესრიგის ცნების დასადგენად პროფ. ირ. სურგულაძე სწავლობს უფლებრივ ურთიერთობას, როგორც მართლწესრიგის უმარტივეს ელემენტს. უფლებრივი ურთიერთობის შემადგენელი ნაწილების

- სუბიექტის, ობიექტის, უფლების, მოვალეობისა და უკანასკნელთან დაკავშირებულ[ი] პრობლემების განხილვა შეადგენს პროფ. ირ. სურგულაძის ხსენებული შრომის საგანს.

პროფ. ირ. სურგულაძე სახელმწიფო სამართლის სპეციალისტი იყო და ამიტომაც, პირველ ყოვლისა, მან მიზნად დაისახა ამ მეცნიერების საგნის განსაზღვრა. სწორედ ამ საკითხთან დაკავშირებით აქვს მას გამოთქმული თავისი შეხედულება სამართლის სხვადასხვა საკითხზე.

პროფ. ირ. სურგულაძე ასე აყენებს საკითხს: სახელმწიფო სამართლის, როგორც დამოუკიდებელი მეცნიერების დასაბუთება მაშინ არის შესაძლებელი, თუ დავასაბუთებთ ამ მეცნიერების განსაკუთრებულ საგანს.

თავისთავად საკითხის ასეთი დაყენება მართებულია: მეცნიერების ყოველ დარგს თავისი შესწავლის საგანი აქვს და პირველ ყოვლისა, ეს საგანი უნდა იქნეს განსაზღვრული. მაგრამ პროფ. ირ. სურგულაძე, ამ შემთხვევაში, საკითხს იდეალისტური პოზიციებიდან მიუდგა. პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, საჭიროა მივაგნოთ ობიექტურად არსებულ განსხვავებულ საგნებს და ამის მიხედვით განვსაზღვროთ ამა თუ იმ მეცნიერების საგანი. მისი აზრით, სოციალური პროცესების ერთობლიობა, რომელსაც ჩვენ ვხედავთ სახელმწიფოს ცხოვრებაში, არ ამოსწურავს სახელმწიფოს არსს და სახელმწიფო, როგორც ადამიანთა თანაცხოვრების გარკვეული ფორმა განსხვავდება სახელმწიფოსაგან, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტისაგან. ასეთი განსხვავება, პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, წმინდა ლოგიკურია; სინამდვილეში კი, სოციალური და სამართლებრივი მჭიდროდ არის ერთმანეთთან დაკავშირებული და თითოეული მათგანი ცალ-ცალკე არც არსებობს.

ამ კონცეფციის იდეალისტური შინაარსი ძირითადად იმაში მდგომარეობს, რომ სახელმწიფო, როგორც სოციალური ფენომენი დაპირისპირებულია სახელმწიფოსადმი, როგორც სამართლებრივ ინსტიტუტთან.

ამ განმარტებაში საგნებით უგულებელყოფილია სახელმწიფოს, როგორც კლასთა ბატონობის ორგანოს დანიშნულება.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, არ არის საკმარისი იმის აღნიშვნა, რომ სახელმწიფო, როგორც სამართლის ინსტიტუტი განსხვავებულია სახელმწიფოსაგან, როგორც სოციალური წარმონაქმნისაგან. ავტორის

აზრით, საერთოდ, დამოუკიდებელი მეცნიერება შეიძლება არსებობდეს მხოლოდ მაშინ, როცა ეს მეცნიერება თავის საკუთარ კანონებს ემყარება, ისეთ კანონებს, რომლებსაც სხვა მეცნიერება არ ემყარება. ამ შემთხვევაში, ავტორი ჰუსერლის მისდევს. ავტორი საკითხს ამგვარად აყენებს: სამართლებრივი კატეგორიები, რომლებსაც ჩვენ ვხვდებით სამართლებრივ ურთიერთობაში არ ატარებენ რეალურად არსებული მოვლენების ხასიათს; რეალურად არსებული მოვლენები მიზეზობრიობის კანონებს ემორჩილებიან, ხოლო სამართლებრივი კატეგორიები, როგორც იდეალური წარმონაქმნები, არ ემორჩილებიან მიზეზობრივ კანონზომიერებას. ბუნების მოვლენები მიზეზობრიობის კანონს ემორჩილება, სამართალი კი, რომელსაც არა აქვს რეალური ხასიათი არ ემორჩილება მიზეზობრიობის კანონზომიერებას. პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, თუ სამართალს რეალური არსებობის ხასიათს მივანიჭებთ, მაშინ მას დავუმორჩილებთ მიზეზობრიობის კანონს, ისე როგორც ყოველგვარი რეალურად არსებულ მოვლენას და ამით წავშლით ყოველგვარ განსხვავებას ბუნებისა და სამართლის მოვლენებს შორის, ბაზისსა და ზედნაშენს შორის და ა.შ..

ჰუსერლიც სოციოლოგიის, როგორც დამოუკიდებელი მეცნიერების არსებობის აუცილებელ პირობად სწორედ იმას თვლიდა, რომ უპირისპირებდა ერთმანეთს რეალურსა და ლოგიკურ კატეგორიებს.

საყურადღებოა აღინიშნოს, რომ პროფ. ირ. სურგულაძე ამ საკითხის გადაჭრაში ჰუსერლის იშველიებს და ხშირად მოყავს ციტატები მისი შრომიდან (კერძოდ, მეცნიერებათა კლასიფიკაციის საკითხის გადაჭრაში ის ჰუსერლის ემყარება).

პროფ. ირ. სურგულაძე სახელმწიფო სამართლის, როგორც დამოუკიდებელი მეცნიერების, დასაბუთების ცდაში მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ სამართალი მოკლებულია რეალურ ყოფიერებას, რომ ის არ ემორჩილება მიზეზობრივ კანონზომიერებას. სამართალი, პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, თავისი დანიშნულებით წარმოადგენს საშუალებათა კომპლექსს, რომლის მიზანია საზოგადოებრივ მიმართებათა რეგულირება. ამიტომ და ამდენად, განაგრძობს პროფ. ირ. სურგულაძე, მართლწესრიგი თავის[ი] შინაგანი კანონზომიერებით არ შეიძლება ემთხვეოდეს საზოგადოებრივ მიმართებას.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, სამართლისა და რეალურად არსებული საზოგადოებრივ ურთიერთობათა გასამიჯნავად, საშუალებისა და მიზნის დაპირისპირება ერთგვარი ამოსავალია. საქმე იმაშია, რომ მოვლენები, რომლებიც საშუალებას ეკუთვნის, განსხვავდებიან იმ მოვლენებისაგან, რომლებიც მიზანს ეკუთვნის, მაგრამ ეს განსხვავება არ არის საკმარისი დამოუკიდებელი მეცნიერების არსებობის დასასაბუთებლად.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, ეს იმას ნიშნავს, რომ სამართალსა და სოციალურ მიმართებას შორის განსხვავება არ ამოიწურება იმ განსხვავებით, რომელიც საშუალებასა და მიზანს შორის არსებობს. უკანასკნელი ხასიათის (საშუალება და მიზანი) განსხვავება შეიძლება არსებობდეს ერთი და იმავე ონტოლოგიური რიგის მოვლენებს შორის და ასეთ შემთხვევაში, ის სპეციალური კანონზომიერება, რომელიც ამ ორი წყების მოვლენას შორის არსებობს, აუცილებლად უნდა დასაბუთდეს ონტოლოგიური რიგის ძირითადი კანონზომიერებით. ეს უკანასკნელი კი არის ძირითადი საფუძველი, რომლითაც ერთი რიგის ონტოლოგიური მოვლენები განსხვავდება სხვა რიგის მოვლენებისაგან.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, ასეთი საფუძველმდებელი განსხვავება სამართალსა და საზოგადოებრივ მიმართებათა შორის იმაში მდგომარეობს, რომ სოციალური მიმართების ყოფიერება ხასიათდება ონტოლოგიურად, როგორც რეალური ყოფიერება და მის არსებობას განსაზღვრავს მისთვის ძირითადი მიზეზობრივი კანონზომიერება; მაშინ, როდესაც მართლწესრიგი, სამართალი ონტოლოგიურად წარმოადგენს ყოფიერების იდეალურ ფორმას, რომლის შინაგანი კანონზომიერება გამოირიცხავს მიზეზობრივ კანონზომიერებას. პროფ. ირ. სურგულაძის მოსაზრებით, სწორედ აქ არის მოცემული ის დასაბუთება, რომელიც ესაჭიროება სახელმწიფო სამართალს, როგორც დამოუკიდებელ მეცნიერებას.

აქვე უნდა აღვნიშნოთ, რომ საკითხის ასეთი გადანწყვეტა იდეალისტურია, რადგან ამ შეხედულებით, სამართლებრივი მოვლენები მოკლებულია ყოფიერების ნიშანს და ამით ის გამოცალკევებულია რეალურად არსებული სამყაროდან. ამასთან ერთად, პროფ. ირ. სურგულაძის

ლაძე აყენებს საკითხს იმის შესახებ, თუ რა დამოკიდებულებაა, ან როგორია იმ დამოკიდებულების ხასიათი, რომელიც არსებობს სამართალსა და სოციალურ მოვლენებს შორის.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, სამართლის კატეგორიებში მოცემულია შინაგანი ორბუნებოვანობა, რაც იმას ნიშნავს, რომ ამ კატეგორიებში წმი[ნ]და სამართლებრივ[ი] მომენტების გვერდით მოცემულია, აგრეთვე, არასამართლებრივი მოვლენებიც. ავტორის აზრით, სამართლის შესწავლის დროს, ისე როგორც ყოველი საგნის მეცნიერული შესწავლის დროს, უნდა შევისწავლოთ არა მარტო ის, რაც შეინიშნება სამართალში მისი განცალკევებით წარმოდგენისას, არამედ ისიც, რაც სამართალს ახასიათებს სხვა საგნებთან დამოკიდებულებაში. მხოლოდ ამ დამოკიდებულებების შინაარსის მეცნიერულად ამოხსნითაა შესაძლებელი სამართლის ჭეშმარიტი ბუნების შესწავლა. სამართალი ზედნაშენის კატეგორიაა. აქედან გამომდინარეობს, რომ სამართალი ბაზისზე ანუ ეკონომი[კ]ურის რიგის მოვლენაზეა დამოკიდებული.

სახელმწიფო სამართლის საგანი ნორმათა გარკვეული სისტემაა, რომელიც არ შეიძლება იზოლირებული იყოს არასამართლებრივი მოვლენებისაგან, რადგანაც ნორმათა ეს სისტემა სწორედ არასამართლებრივ მოვლენებთან კავშირში ამჟღავნებს თავის ბუნებას.

სახელმწიფოს ორივე მხარე სოციალური და სამართლებრივი, ავტორის აზრით, მჭიდროდ არიან ერთმანეთთან დაკავშირებულნი. სამართლებრივი სისტემა წარმოადგენს სოციალური ცხოვრების ნამდვილსა და გაუთიშავ მომენტს.

პროფ. ირ. სურგულაძის ხსენებულ ნაშრომში წამოყენებულია ძირითადი დებულება იმის შესახებ, რომ სახელმწიფო სამართლის საგნის სწორი განმარტებისათვის აუცილებელია წინასწარ იმის გაშუქება, თუ რა თავისებურება ახასიათებს სამართალს, საერთოდ. სარეცენზიო ნაშრომში მთლიანად ამ ამოცანის გადაჭრისადმი არის მიძღვნილი. ნაშრომში დასმულია და გაშუქებულია საკითხი სამართლის ძირითადი ელემენტების და მათი ბუნების შესახებ. ამასთანავე, სამართლის ეს ელემენტი შრომაში განხილულია სამართლისა და არასამართლებრივი მოვლენებს შორის დამოკიდებულების ვითარებაში და ნაჩვენებია, რომ ამ დამოკიდებულების შესწავლის გარეშე შეუძლებელია სამართლის არსის ამოხსნა.

ავტორი მართებულად სვამს საკითხს სამართლის ელემენტების შესახებ. სწორია, აგრეთვე, ავტორის შეხედულება იმის შესახებ, რომ სამართლებრივი და არასამართლებრივი მოვლენები ერთობლიობაში, ურთიერთკავშირში უნდა იქნას განხილული. პროფ. ირ. სურგულაძის მიერ დასმულ საკითხზე (სამართლებრივი[ი] და არასამართლებრივი მოვლენების ერთობლივად შესწავლის შესახებ) ავტორის მეორე შრომის გარჩევისას შევჩერდებით.

პროფ. ირ. სურგულაძის მეორე შრომის (რომელიც ერთგვარ დამატებას წარმოადგენს პირველი შრომისა) სახელწოდებაა: „იურიდიული მეთოდოლოგიისათვის“ (ყურნ[ალი] „მნათობი“, 1928 წელი, №10, გვ. 198-210). ნაშრომი თავისი შინაარსით პოლემიკური ხასიათისაა. მისი ქვესათაური ასეთია: „პასუხი გ. ნანეიშვილს“ (ყურნ[ალი] „მნათობი“, 1928 წელი, №3). პროფ. გ. ნანეიშვილმა გამოაქვეყნა წერილი სათაურით - „ერთი წიგნის მეთოდოლოგიისათვის“. ეს წერილი წარმოადგენს რეცენზიას პროფ. ირ. სურგულაძის შრომაზე - „ხელისუფლება და სამართალი“; პროფ. ირ. სურგულაძის ეს წერილი პროფ. გ. ნანეიშვილის რეცენზიის პასუხია.

ამ შრომაში პროფ. ირ. სურგულაძე ცდილობს დაიცვას სადოქტორო შრომის ძირითადი დებულებები, მაგრამ, ამასთანავე, იგი მკითხველის ყურადღებას ამახვილებს იმ გარემოებაზე, რომ ხსენებულ შრომაში მას საუბარი აქვს სამართლის დამოკიდებულებაზე სოციალურ-ეკონომიკური პირობებისაგან.

პროფ. ირ. სურგულაძემ მართლაც დააყენა საკითხი სოციალურ[ი] და სამართლებრივი[ი] ურთიერთობის შესახებ და თავისებურად გადაჭრა ის. პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, სამართლის შესწავლა ცალკე, სოციალურ-ეკონომიკური მოვლენებისაგან იზოლირებურად შეუძლებელია. სამართალი ზედნაშენური კატეგორიაა; როგორც ზედნაშენი, სამართალი მჭიდროდ არის დაკავშირებული სოციალურ-ეკონომიკურ ფაქტორთან. სამართლის ჭეშმარიტი არსის ამოხსნა შესაძლებელია მხოლოდ მაშინ, თუ სამართალი და სოციალური მოვლენები ერთად იქნება შესწავლილი. ამ შემთხვევაში, პროფ. ირ. სურგულაძის შეხედულება ორიგინალურია იმ მხრივ, რომ სამართლის ფუნდამენტური სკოლის სხვა წარმომადგენელთათვის და, საერთოდ, ნორ-

მატიული სკოლის წარმომადგენელთათვის საკითხისადმი ასეთი მიდგომა უცხოა. ამავე დროს პროფ. ირ. სურგულაძის მიერ წამოყენებული დებულება სამართლის და სოციალური მოვლენის შესწავლის შესახებ შედარებით უფრო პროგრესულია, ე.ი. წინ გადადგმული ნაბიჯია. საერთოდ კი, ეს სწორი დებულება ეწინააღმდეგება მის შრომებში გატარებულ იდეალისტურ კონცეფციას.

როგორც ვთქვით, პროფ. ირ. სურგულაძეს ხსენებულ შრომებში ის აზრი აქვს გატარებული, რომ სოციალური და სამართლებრივი მოვლენები ერთმანეთისაგან დამოუკიდებელ, თავთავიანთ კანონზომიერებას ემორჩილებიან. ამ შემთხვევაში, ირ. სურგულაძე ჰუსერლის ფილოსოფიის საფუძველზე დგას და სამართლის ფენომენოლოგიური სკოლისათვის დამახასიათებელ დებულებებს ანვითარებს.

საყურადღებოა იმ გარემოების აღნიშვნა, რომ უფრო გვიან თვითონ პროფ. ირ. სურგულაძე აღნიშნავდა ამ შრომებში დაშვებული მეთოდოლოგიური შეცდომების შესახებ.

1930 წელს თბილისში მოეწყო დისკუსია - „საბჭოთა საქართველოში იურიდიული აზრის შესახებ“, სადაც განხილული იქნა, აგრეთვე, პროფ. ირ. სურგულაძის ხსენებული შრომებიც. დისკუსიაზე განსაკუთრებული ყურადღება მიექცა საბჭოთა ხელისუფლების დროს სამართლის დარგში გამოქვეყნებული შრომების მეთოდოლოგიურ მხარეს. ამ დისკუსიაზე ორჯერ გამოვიდა სიტყვით პროფ. ირ. სურგულაძე (იხ. ამის შესახებ: „Против идеализма в правовой мысли советской Грузии“, 1931, г.).

სიტყვებში პროფ. ირ. სურგულაძემ აღნიშნა, რომ თავის შრომებში მას საუბარი აქვს სამართალზე, როგორც ზედნაშენზე, რომ სამართალი შესწავლილი უნდა იქნეს სოციალურ-ეკონომიკურ მოვლენებთან დაკავშირებით და სხვა. ამასთანავე, დისკუსიის შესახებ სტენოგრაფიულ მასალას დართული აქვს პროფ. ირ. სურგულაძის განცხადება, რომ მისი სადოქტორო შრომა შეიცავს მეთოდოლოგიური ხასიათის შეცდომებს.

კიდევ უფრო გვიან ამ შრომების შესახებ პროფ. ირ. სურგულაძე წერდა: ეს შრომები „როგორც მეთოდოლოგიურად, ისე შინაარსის მხრივ ჯერ კიდევ ბურჟუაზიული უფლებრივი იდეოლოგიის ძლიერი გავლენის ქვეშ იმყოფებოდნენ“ („მეცნიერება საბჭოთა საქართველოში 25 წლის მანძილზე“, საქართველოს სსრ მეცნიერებათა აკადემია, 1946

წელი, პროფ. ირ. სურგულაძის წერილი - „სამართალი“, გვ. 107. წერილი დაწერილია 1945 წელს, გამოქვეყნდა ის ავტორის გარდაცვალების შემდეგ).

პროფ. ირ. სურგულაძის მიერ შემდგომ გამოქვეყნებული შრომები ძირითადად სწორ მეთოდოლოგიურ საფუძველზეა აგებული.

პროფ. ირ. სურგულაძემ 1928 წელს გამოაქვეყნა შრომა - „საჯაროსამართლებრივი¹ ხელშეკრულების პრობლემა“ (ჟურნ[ალი] „საბჭოთა სამართალი“, 1928 წ., №5). ავტორს ამ შრომაში განხილული აქვს საკითხი იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა იქნეს დახასიათებული ის მდგომარეობა, როცა იურიდიული მიმართების სუბიექტად გამოდიან, ერთის მხრივ, სახელმწიფო, როგორც საჯარო ხელისუფლების მატარებელი, მეორეს მხრივ, კი კერძო მოქალაქე. ავტორის აზრით, საერთოდ, საჯარო სამართალი არ გამოირიცხავს ხელშეკრულების ცნებას, ამის მაჩვენებელია საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებანი, აგრეთვე, სახელმწიფოს შიგნით დაწესებულებათა შორის დადებული ხელშეკრულებანი.

ავტორი აღნიშნავს, რომ სახელმწიფო თავის დამოკიდებულებას კერძო პირთან აწესრიგებს არა მარტო ცალმხრივი განკარგულებით, არამედ ხელშეკრულებითაც.

ავტორს მოყავს ამ საკითხზე ბურჟუაზიულ იურიდიულ მეცნიერებაში გამოთქმული სხვადასხვა მოსაზრებანი.

პროფ. ირ. სურგულაძე აკრიტიკებს თითოეულ შეხედულებას. მისი აზრით, ამ პრობლემის გადაჭრა „მჭიდროდ არის დაკავშირებული სამართლის მოძღვრების ზოგიერთ ძირითად ცნებასთან“.

ავტორს განზრახული ჰქონდა ამ საკითხებზე მეორე წერილის დაწერაც (ხსენებული წერილის ბოლოს წერია: „გაგრძელება იქნება“), რომელშიაც დაწვრილებით იქნებოდა მოცემული ავტორისეული

¹ პროფ. ივანე სურგულაძეს შეცდომით აქვს მითითებული სტატიის სათაური, პროფ. იროდიონ სურგულაძის სტატიის სახელწოდებაა - „საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების შესახებ“ [თ.6.].

შეხედულება, მაგრამ, როგორც ჩანს, ეს განზრახვა მას ვერ განუხორციელებია. ამის გამო ხსენებული შრომა დამთავრებულად არ ჩაითვლება¹.

1929 წელს პროფ. ირ. სურგულაძემ გამოაქვეყნა შრომა შემდეგი სათაურით - „კ. კაუცკის ახალი მოძღვრება სახელმწიფოს შესახებ“ (ჟურნ[ალი] „მნათობი“, 1929 წელი, №10). წერილი წარმოადგენს ვრცელ რეცენზიას კ. კაუცკის შრომაზე: „Die materialistische Geschichtsauffassung“, 1927, Bd. I-II.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, სახელმწიფოს არსის შესწავლას უდიდესი მნიშვნელობა აქვს, რადგან სახელმწიფო თავისი წარმოშობის დროიდანვე დიდ გავლენას ახდენდა საზოგადოების განვითარებაზე, სახელმწიფოს ბუნების შესწავლის გარეშე შეუძლებელიც არის საზოგადოების განვითარების სხვადასხვა ეტაპების გათვალისწინება. ავტორი აღნიშნავს, რომ სახელმწიფოს არსის გაგების საკითხში კ. კაუცკი საგნებით ჩამოშორდა მარქსიზმს, თუმცა თვით კ. კაუცკის რომ დავეუჯეროთ, ამ საკითხში ის მარქსისა და ენგელსის თეორიის „ძირითად საფუძვლებს“ არ მოშორებია.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, კ. კაუცკის მიერ სახელმწიფოს ბუნების შესწავლა, პირველ რიგში, სახელმწიფოს წარმოშობის საკითხის შესწავლის აუცილებლობა მართებულია, მაგრამ თვით საკითხის კაუცკისეული გადაჭრა არ არის მარქსისტული.

პროფ. ირ. სურგულაძე ასაბუთებს, რომ კ. კაუცკის აზრით, სახელმწიფო წარმოიშობა ერთი ტომის მიერ მეორე ტომის დაპყრობის შედეგად. ამ შემთხვევაში, კ. კაუცკის შეხედულება გუმპლოვიჩის თეორიისაგან არსებითად არ განსხვავდება.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, კ. კაუცკის ძალადობის თეორია უარყოფს მარქსიზმის იმ ძირითად დებულებას, რომ სახელმწიფო წარმოიშობა პირველყოფილი თემური წყობილების შინაგანი ეკონომი[კ]უ-

¹ პროფ. ივანე სურგულაძის მიერ დასახელებული სტატიის II ნაწილი შემთხვევით აღმოვაჩინეთ პროფ. იროდიონ სურგულაძის პირად არქივში და წინამდებარე კრებულში პირველ ნაწილთან ერთად ქვეყნდება [თ.ნ.].

რი განვითარების შედეგად, როდესაც კერძო საკუთრების გაჩენა აპირობებს ადამიანის მიერ ადამიანის ექსპლოატაციას, ე.ი. კლასების გაჩენას.

პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, კ. კაუცკი შორდება მარქსიზმს, აგრეთვე, თანამედროვე კაპიტალისტური სახელმწიფოს დანიშნულების გაგების საკითხში.

პროფ. ირ. სურგულაძეს მოჰყავს კაუცკის მოსაზრება იმის შესახებ, რომ ბურჟუაზიული ქვეყნების დემოკრატია სახელმწიფოს ისეთი ფორმაა, რომელიც არსებითად განსხვავდება წინამორბედი სახელმწიფოსაგან. მას, ე.ი. ბურჟუაზიულ დემოკრატიულ სახელმწიფოს არ მიუდგება მარქსიზმის ის განმარტება, რომლის მიხედვით სახელმწიფო არის კლასთა ბატონობის ორგანო. პროფ. ირ. სურგულაძე გადმოგვცემს, რომ კ. კაუცკის მსოფლმხედველობით, განსხვავებით ანტიკური დემოკრატიისა, თანამედროვე, ე.ი. ბურჟუაზიული დემოკრატია თავისი არსით, ბუნებით, დანიშნულებით არ ითმენს არავითარ, განსაკუთრებული უფლებებით აღჭურვილ ორგანიზაციას, რადგანაც ის ემყარება ყველა მოქალაქის თანასწორუფლებიანობას და, ამ მხრივ, ის უახლოვდება პირველყოფილ თემურ წყობილებას. კ. კაუცკის აზრით, ასკენის პროფ. ირ. სურგულაძე, ბურჟუაზიული დემოკრატია პროლეტარიატს ესაჭიროება სოციალური გამარჯვებისათვის. დემოკრატია კლასობრივ ბრძოლას აძლევს მშვიდობიან ხასიათს, იგი შეუძლებლად ხდის შეიარაღებული ბრძოლის საჭიროებას კლასობრივი კონფლიქტების გადასაჭრელად.

პროფ. ირ. სურგულაძე მიუთითებს კაპიტალისტურ ქვეყნებში მუშათა მოძრაობის პრაქტიკაზე, როგორც ისეთ მოვლენაზე, რომელიც არღვევს კ. კაუცკის შეხედულებას. კ. კაუცკის აზრით, პროლეტარიატი სოციალიზმს უნდა შეეზარდოს მშვიდობიანი გზით, ხოლო ბურჟუაზიული დემოკრატია ის პოლიტიკური ფორმაა, რომელიც უზრუნველყოფს ამ მშვიდობიან მსვლელობას. პროფ. ირ. სურგულაძე მართებულად აღნიშნავს, რომ კაუცკი უარყოფს მარქსიზმის კლასიკოსების თეორიას პროლეტარიატის დიქტატურის შესახებ.

პროფ. ირ. სურგულაძე აღნიშნავს, რომ კ. კაუცკიმ საფსებით უარყო მარქსიზმი, მისი ძირითადი დებულება, რომ ეკონომიკა არის განვითარების საფუძველი, რომ სახელმწიფო არის გაბატონებული კლასის ორგანო.

პროფ. ირ. სურგულაძის შრომა - „კ. კაუცკის ახალი მოძღვრება სახელმწიფოს შესახებ“, ძირითადად მარქსიზმ-ლენინიზმის მეთოდოლოგიურ საფუძველზეა აგებული.

მაგრამ ამ წერილშიც ავტორს აქვს მოცემული ზოგიერთი საკითხის არასაკმარისი განმარტება ანუ არაზუსტი ფორმულირება. ასეთია, მაგალითად, საზოგადოებისა და სახელმწიფოს დამოკიდებულება სახელმწიფოს წარმოშობის საკითხთან დაკავშირებით. ამ საკითხის განხილვისას ავტორი ხაზს უსვამს იმ გარემოებას, რომ სახელმწიფოს წარმოშობა არის შედეგი კლასთა წინააღმდეგობის შეურიგებლობა.

შემდგომ პერიოდში პროფ. ირ. სურგულაძის მიერ გამოქვეყნებული შრომებიდან კი ჩანს, რომ მათი ავტორი საფსებით დაეუფლა მარქსიზმ-ლენინიზმის მეთოდოლოგიას.

1937 წელს პროფ. ირ. სურგულაძემ გამოაქვეყნა შრომა - „მოქალაქეთა უფლებები და მოვალეობანი 1936 წლის კონსტიტუციის მიხედვით“ (ყურნ[ალი] „კომუნისტური აღზრდისათვის“, 1937 წელი, №3, გვ. 81-90).

ავტორის აზრით, 1936 წლის კონსტიტუციის მე-10 თავის შეფასება უნდა მოხდეს „საზოგადოების ისტორიული განვითარების პერსპექტივის თვალსაზრისით“.

ავტორი იხილავს პიროვნების ძირითად[ი] უფლებების საკითხს ანტაგონისტურ საზოგადოებათა ისტორიაში და აღნიშნავს, რომ საერთოდ ანტაგონისტურ საზოგადოებაში პიროვნების უფლებები გაბატონებული კლასის ინტერესების შესაბამისად წყდებოდა და ამოსავალი პრინციპი, რომელზედაც იყო დაფუძნებული პიროვნების უფლებები - ადამიანის მიერ ადამიანის ექსპლოატაცია იყო.

მშრომელთა ექსპლოატაციის ის ფორმები, რომლებიც მონათმფლობელურისა და ფეოდალური საზოგადოებისათვის იყო დამახასიათებელი, აუცილებლად თხოულობდა გარეეკონომიკურ ძილებას. მონები და ყმები მოკლებულნი იყვნენ ადამიანურ უფლებებს, მონას

განიხილავდნენ როგორც ნივთს, მოლაპარაკე ინსტრუმენტს; მაშასადამე, ის სამართლის მხოლოდ ობიექტი იყო. რაც შეეხება ყმას, მისი უფლებები ამოიწურებოდა „სამოქალაქო ბრუნვაში შებლუდელ ფორმებში მონაწილეობის შესაძლებლობით“, ხოლო საჯაროუფლებრივი სფეროდან ყმა სავსებით გამორიცხული იყო.

ავტორი აღნიშნავს, რომ მონათმფლობელურსა და ფეოდალურ საზოგადოებაში თავისუფალი ფენების მდგომარეობაც არ იყო ერთგვარი, მაგრამ ორთავე საზოგადოებისათვის საერთო ის იყო, რომ გაბატონებული კლასის ინტერესი განსაზღვრავდა ადამიანის უფლებებს.

კაპიტალისტურ საზოგადოებაში, რასაკვირველია, მოცემულია ეს შინაგანი შეუძლებლობა ადამიანის უფლებების აღიარებისა. ექსპლოატაციის საფუძველზე აგებულ კაპიტალისტურ საზოგადოებას არ შეუძლია პიროვნების უფლებების ცნობა, რადგანაც სამართლებრივ[ი] ზედნაშენის „სფეროში მოცემული მოვლენები თავისი შინაარსით მხოლოდ“ კლასობრივი ექსპლოატაციის მიზნით არის განსაზღვრული. ადამიანის უფლებები ბურჟუაზიულ საზოგადოებაში ფორმალურად არის აღიარებული და რეალურად არ ხორციელდება.

„ნამდვილი მთლიანობა ინდივიდის და საზოგადოების ინტერესებს შორის, ნამდვილი კოლექტიურობის მიღწევა, მხოლოდ კლასობრივი ექსპლოატაციის, საზოგადოებრივ მიმართებათა ანტაგონისტური ფორმების მოსპობის ნიადაგზეა შესაძლებელი. ამას კი, ადამიანი სოციალისტურ საზოგადოებაში აღწევს“ - წერს ავტორი.

ანტაგონისტურ საზოგადოებაში საჯარო უფლებებით სარგებლობა ფაქტიურად შეუძლებელია. იმ დიდი ცვლილებების შინაარსი, რომელიც 1936 წლის სსრკ[-ის] კონსტიტუციის მე-10 თავს შეაქვს, „პიროვნების უფლებიერივი მდგომარეობის საკითხში ის არის, რომ აქ პირველად ჰპოვეს თავს განთავისუფლებული ადამიანი, განთავისუფლებული კლასობრივი საზოგადოების ყველა ხუნდისაგან და მას თავისი ძალისა და ნიჭის განვითარების უსაზღვრო პერსპექტივები ეშლება წინ“.

პროფ. ირ. სურგულაძის ეს ნაშრომი მეთოდოლოგიურად სწორ საფუძველზეა აგებული.

განხილული შრომის შემდეგ, ე.ი. 1937 წლის შემდეგ, პროფ. ირ. სურგულაძემ თავის მეცნიერულ კვლევის საგნად სახელმწიფო სა-

მართლის ნაცვლად ძირითადად სამართლის ისტორია გაიხადა. მთელი თავისი უშრეტი ენერგია და მეცნიერული კვლევის დიდი ალლო გადაიტანა მან სამართლის ისტორიის პრობლემების დამუშავებაზე. სამართლის ზოგადი ისტორიის საკითხების შესწავლის შემდეგ ის შეუდგა საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიის შესწავლას.

ამასთანავე, უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე პროფ. ირ. სურგულაძე შეუდგა სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი ისტორიის, საბჭოთა კავშირის ხალხების სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისა და რომის სამოქალაქო სამართლის კურსების წაკითხვას.

ფართო იურიდიული განათლება, დიდი ნიჭი და ერუდიცია, რომის სამართლის იშვიათი ცოდნა თავდები იყო იმისა, რომ პროფ. ირ. სურგულაძეს დიდი წარმატება ექნებოდა სამართლის ისტორიის დარგში. პირველ ყოვლისა, ის შეუდგა ძველ[ი] აღმოსავლეთის სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიის შესწავლას. პროფ. ირ. სურგულაძე არ დასჯერდა რუსულ, გერმანულ, ფრანგულ და ინგლისურ ენებზე არსებულ ლიტერატურას ძველი აღმოსავლეთის შესახებ და პირველ წყაროებზე დაყრდნობით მუშაობისათვის შეუდგა ასურული და ეგვიპტური დამწერლობის შესწავლას. პროფ. ირ. სურგულაძე მიემგზავრება სამეცნიერო მივლინებაში მოსკოვსა და ლენინგრადში სათანადო სპეციალისტებთან მჭიდრო კონტაქტის დასამყარებლად და შესასწავლი პრობლემებისათვის საჭირო მასალების მოსაპოვებლად. ამასთანავე, იურიდიულ უმაღლეს სასწავლებელთა საკავშირო სამმართველო ავალეებს პროფ. ირ. სურგულაძეს სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი ისტორიის სახელმძღვანელოს შედგენას. ამ დავალების შესრულება მას არ დასცალდა, მაგრამ აღმოსავლეთის ხალხების სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიის შესწავლის მიმართულებით კი, მან სერიოზული ნაბიჯი გადადგა.

პროფ. ირ. სურგულაძემ დაწერა შესანიშნავი გამოკვლევა ეგვიპტის ძველი პერიოდის სახელმწიფოს და სამართლის ისტორიიდან. პრომის სათაური ასეთია: „საგვარეულო წყობილების ორგანოების აღმნიშვნელი ტერმინები ძველ ეგვიპტურ ენაში“ I (სსრ კავშირის მეცნიერების აკადემიის საქართველოს ფილიალი მოამბე, ტ. I, №8, 1940, გვ. 629-639; II წერილი ამავე სათაურით მოთავსებულია იმავე „მოამბის“ 1940 წლის

№10-ში, გვ. 771-778, ხოლო III წერილი „მოამბის“ II ტომში, 1941 წლის №3, გვ. 285-292). მიუხედავად იმისა, რომ სამივე წერილი ერთსა და იმავე სახელს ატარებს, შინაარსის მიხედვით ისინი სამ გამოკვლევას წარმოადგენენ, რადგანაც თითოეული წერილის საკვლევი ობიექტი სხვადასხვაა: პირველ წერილში შესწავლილი საგვარეულო წყობილებიდან მომდინარე ერთი ტერმინი, მეორეში სხვა და მესამეში კიდევ სხვა.

თავის[ი] პირველი წერილის დასაწყისში ავტორს ერთგვარი შესავალი აქვს გაკეთებული. ამ შესავალში მას აღნიშნული აქვს, რომ ეგვიპტის გვაროვნული წყობილების ინსტიტუტების შესწავლას მნიშვნელობა აქვს არა მარტო ეგვიპტის ისტორიისათვის, არამედ, საერთოდ, პირველყოფილი თემური წყობილების შესწავლის თვალსაზრისითაც.

პირველყოფილ თემური წყობილების „შესახებ მეცნიერულად გამართული თეორია მარქსიზმის ფუძემდებელთაგან დიდი ისტორიულ-ეთნოგრაფიული მასალის საფუძველზე იყო გამოუმუშავებული; მაგრამ მარქსისტულ-ლენინური მოძღვრება პირველყოფილი საზოგადოების მოძრაობისა და არსებითი სტრუქტურის შესახებ ძირითადად იმ სოციალურ სინამდვილეზე არის ორიენტირებული, რომელსაც განვითარების წინაკლასობრივ საფეხურზე ანტიკური ქვეყნები და ევროპის ხალხები გვიჩვენებენ, ხოლო, მეორე მხრივ, იმ მასალაზე, რომელიც XIX-XX სს. ეთნოგრაფიულ კვლევათა შედეგად არის ამოცნობილი“. როგორც ცნობილია, აღნიშნავს ავტორი, ძველი აღმოსავლეთის ქვეყნების საზოგადოებრივი განვითარების თავისებურებათა შესახებ მარქსიზმის კლასიკოსების შრომებში ფუძემდებელი შენიშვნებია გაკეთებული, „რომელიც ამ დარგში ყოველი მეცნიერული კვლევისათვის მეთოდოლოგიურსა და შინაარსობრივ დასაყრდენს წარმოადგენს, მაგრამ, როგორც ცნობილია, აღმოსავლეთის ხალხებში საგვარეულო წყობილების საკითხი მარქსიზმის ფუძემდებელთაგან სპეციალური დამუშავების საგნად დასახული არ ყოფილა“.

ამიტომ, პროფ. ირ. სურგულაძის მოსაზრებით, კიდევ უფრო დიდი მეცნიერული ინტერესი აღმოსავლეთის ქვეყნებში გვაროვნული შესწავლისადმი, რადგანაც სხენებული პრობლემა ჯერ კიდევ შეუსწავლელია და იმავე დროს ისტორიის ეს პერიოდი, აღმოსავლეთის ქვეყნებში, რიგ თავისებურებათა მატარებელია. ამ პრობლემების „მეცნიერ-

ლი გაშუქება, მარქსისტულ-ლენინური თეორიის დებულებათა საფუძველზე შესრულებული ამ თეორიის შემდგომ კონკრეტიზაციას, მის განვითარებას ემსახურება“.

აღმოსავლეთის ქვეყნებში გვაროვნული წყობილების შესასწავლად, იმ თავისებურებათა გამოსავლინებლად, რომლებიც დამახასიათებელია ამ ქვეყნის გვაროვნული წყობილებისათვის, ავტორს საჭიროდ მიაჩნია აღმოსავლეთის ცალკეული ქვეყნების სათანადო მასალის ანაზღაურება, ამ მასალის მონაცემების გააზრება, რომ, ამ გზით, შესაძლებელი იყო სხვადასხვა ქვეყნებისათვის საერთო დასკვნების გამოტანა.

ავტორი გვაროვნული წყობილების შესწავლას იწყებს ეგვიპტიდან. პროფ. ირ. სურგულაძე აღნიშნავს, რომ არქეოლოგიური გათხრების შედეგად ეგვიპტის ტერიტორიაზე აღმოჩენილი მატერიალური კულტურის ძეგლების ანალიზი ეჭვს არ ტოვებს იმაში, რომ ნილოსის დაბლობის მოსახლეობამ თანმიმდევრულად განვლო გვაროვნული წყობილების სხვადასხვა საფეხური. ამასთანავე, ავტორის აზრით, არქეოლოგიური მასალის ანალიზის საფუძველზე შესაძლებელია გვაროვნული წყობილების ძირითადი საფეხურების განსაზღვრა. მაგრამ ეს მასალა არ არის საკმარისი იმისათვის, რომ დახასიათებულ იქნას ეგვიპტის გვაროვნული წყობილების თავისებურებანი. ეგვიპტის საგვარეულო საზოგადოების კონკრეტული სტრუქტურის აღდგენისათვის საჭიროა „იდეოლოგიური შემონაქმედის კრიტიკული ანალიზი“. ამასთანავე, ავტორი აღნიშნავს, რომ ტექსტები, რომელთა მიხედვით შეიძლება საგვარეულო წყობილების ინსტიტუტების შესწავლა მოგვიანო პერიოდში გვხვდებიან, როცა ეგვიპტის მონათმფლობელურ სახელმწიფოს დიდი ხნის ისტორია აქვს გავლილი, „მაგრამ ერთხელვე გამოუმუშავებული ცნებებისა და ტერმინების კონსერვატულობის შედეგად“ ამ ტერმინებში გვაროვნული წყობილებისათვის დამახასიათებელი ეს თუ ის ნიშანია შემონახული და, ამდენად, ხსენებულ ტერმინთა შინაარსის გამორკვევის შედეგად შესაძლებელია, ავტორის აზრით, ეგვიპტის გვაროვნული წყობილების ამა თუ იმ მხარის შესწავლა.

ამ მიზნით ავტორი იღებს ერთ-ერთ ასეთ ტერმინს - d^3d^3-t - სწავლობს მას სხვადასხვა ტექსტების ანალიზის საფუძველზე, რომელშიაც გვხვდება ეს ტერმინი. ავტორი მიდის იმ დასკვნამდე, რომ პირველად ამ

ტერმინით აღინიშნებოდა გვაროვნული წყობილების ორგანო - თანამოგვარეთა საერთო კრება. ეგვიპტის მონათმფლობელურ სახელმწიფოში, რასაკვირველია, ამ ტერმინს შინაარსი შეცვლილი აქვს, მაგრამ მაინც შესაძლებელია იმის გამოცნობა, რომ ის გვაროვნული წყობილებიდან მომდინარეობს.

თავის მეორე წერილში პროფ. ირ. სურგულაძე ასაბუთებს, რომ ტექსტებში ხმარებული ტერმინი, რომლითაც გადმოიციემა კორპორაცია, საგვარეულო წყობილებიდან მოდის და მაშინ ეს ტერმინი უხეცესთა საბჭოს ნიშნავდა.

თავის მესამე წერილში ავტორი არკვევს მონარქების ტიტულების მიხედვით ზოგიერთ ფუნქციას, რომელიც ტომის ბელადს ჰქონდა.

შრომები ემყარება დიდძალი მასალის ანალიზს და სათანადო სამეცნიერო ლიტერატურის ღრმა დამუშავებას.

1942¹ წელს პროფ. ირ. სურგულაძემ შეასრულა შრომა - „სუბიექტის² საჯარო უფლებების პრობლემის ისტორიისათვის“ (თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, სამეცნიერო სესია, 1940 წ. 7-11 მაისი, მოხსენებათა თეზისები). თეზისების მიხედვით, შრომაში წამოყენებული[ა] საყურადღებო დებულებები სუბიექტური საჯარო უფლებების შესახებ. ავტორის აზრით, „საზოგადოების ეკონომი[კ]ური სტრუქტურა“ განსაზღვრავს პიროვნების უფლებრივ რეჟიმს „სხვადასხვა ისტორიულ ეპოქაში“. ავტორი იხილავს პიროვნების უფლებების საკითხს ანტაგონისტურ საზოგადოებაში და მიდის დასკვნამდე, რომ კაცობრიობის ისტორიაში მხოლოდ სოციალიზმის ეპოქაში ხდება პირველად „ადამიანის ნამდვილი უფლებების აღიარება“.

პროფ. ირ. სურგულაძის მიერ ქართული სამართლის ისტორიიდან გამოქვეყნებულია შრომა შემდეგი სათაურით: „„ძეგლი ერისთავთა“ და მისი მნიშვნელობა სახელმწიფოს წარმოშობის ზოგიერთ[ი] საკითხისათვის“ (ენიმკის მოამბე, 1943 წ., XIII, გვ. 219-232). ავტორს მიზნად დაუსახავს ხსენებული ძეგლის ანალიზის საფუძველზე განიხილოს

¹ „1942“ შეცდომით არის მითითებული, უნდა იყოს - „1940“ [თ.ნ.].

² სიტყვა - „სუბიექტის“ შეცდომით არის მითითებული, უნდა იყოს - „სუბიექტური[ი]“ [თ.ნ.].

სახელმწიფოს წარმოშობის ზოგიერთი მნიშვნელოვანი საკითხი. აღნიშნული საკითხის გასარკვევად ავტორი არ კმაყოფილდება მარტო ხსენებული ძეგლით, გზადაგზა ის იშველიებს სხვა წყაროებსაც, მაგრამ როგორც შრომის სათაურიდანაც ჩანს, ძირითადი წყარო, რომელიც ავტორმა საფუძვლად დაუდო თავის შრომას არის „ძეგლი ერისთავთა“.

ავტორი, პირველ ყოვლისა, ეხება საკითხს იმის შესახებ, რომ „სახელმწიფო სოციალურ ურთიერთობებში“ მძლავრი ფაქტორია და „მის წარმოშობას“ არ შეეძლო არ შეეცვალა როგორც საზოგადოებრივი სინამდვილის მთლიანი სახე, ისე კულტურულ-შემოქმედებითი პროცესის მიმართულება, შინაარსი და სტილი. ამიტომ სახელმწიფოს წარმოშობის საკითხი საქართველოში „კიდევ დიდხანს დარჩება ჩვენი მეცნიერული საზოგადოებრიობის ყურადღების ცენტრში“.

ავტორი ახასიათებს „ძეგლი ერისთავთა“-ს, როგორც ქსნის ერისთავების ისტორიული გენეალოგიის წყაროს და აღნიშნავს, რომ ძეგლი ნახევრად ლეგენდარულ თხრობას შეიცავს, რომლის მიზანია ყოველგვარი საშუალებით განადიდოს ქსნის ერისთავთა გვარი. ავტორი აღნიშნავს, რომ ცალკეულ მსხვილ ფეოდალთა ასეთი ლოკალური შინაარსის მატყინებები დამახასიათებელია ფეოდალური სახელმწიფოსათვის ისეთ ვითარებაში, როცა ცენტრალური ხელისუფლება ძლიერ დასუსტებულია და მსხვილ ფეოდალებს ფართო სარბიელი აქვთ შექმნილი თავიანთი დეცენტრალისტური მიდრეკილებების განსახორციელებლად. ძეგლში მოთხრობილი ისტორიული ფაქტები და მათი თანამიმდევრობა „უდავოდ მრავალ საეჭვო ელემენტს შეიცავს“, მაგრამ „ისტორიულ-სოციალური აზრი, რომელიც ძეგლის წარათეულ ფორმაში არის გახვეული, უაღრესად მნიშვნელოვანია და შორეული წარსულის სოციალური სინამდვილის მრავალ საინტერესო მხარეს უთითებს“. ავტორი ხსენებული ძეგლის სწორედ იმ ადგილების ინტერპრეტაციას იძლევა, რომელიც საქართველოში სახელმწიფოს წარმოშობის პროცესთან რაიმე მხრივ არის დაკავშირებული.

ძეგლი შედგენილი უნდა იყოს XIV-XV საუკუნეებში. რასაკვირველია, ძეგლში სახელმწიფოს წარმოშობაზე არ არის საუბარი. ასეთ რამეს, აღნიშნავს ავტორი, ამგვარი ხასიათის ძეგლებიდან არც უნდა მოელოდეთ. საერთოდ კი, „თვით პრობლემა სახელმწიფოს წარმოშობისა კულტურული ევოლუციის გაცილებით უფრო გვიან საფეხურზე ჩნდება“.

ძეგლში, რომელიც გვიანფეოდალურ პერიოდში არის შედგენილი და, მამასადამე, სახელმწიფოს წარმოშობის პერიოდს დიდი ხნით არის დაშორებული, უძველესი ეპოქიდან მომდინარე ტრადიცია გამოიყენება.

ამ მხრივ, განსაკუთრებით საყურადღებოა ძეგლის დასაწყისი ნაწილი, რომელშიაც მოთხრობილია როტომ ქვენიფნეველის ლარგვისში დამკვიდრების ამბავი.

ავტორი ყურადღებას აქცევს იმ გარემოებას, რომ ძეგლში, ერთი მხრივ, ნაჩვენებია საერისთაო ხელისუფლების წარმოშობა ცხრაძმის ხევში და, მეორე მხრივ, როსტომ ქვენიფნეველის გაერისთავება. ამ ორი მოვლენის აღწერილობა ძეგლში წინააღმდეგობას შეიცავს. საერისთაოს დაწესება ძეგლში წარმოდგენილია მეფის ხელისუფლების არ არსებობის პირობებში, მაშინ როდესაც როსტომის გაერისთავება ძეგლის მიხედვით თითქოს მეფე იუსტინიანეს უკავშირდება.

ავტორი ანალიზს უკეთებს ძეგლის დასაწყის ადგილს, სადაც საუბარია ცხრაძმისხეველთა შესახებ, რომ მათ „ერისთაობა არავისი ინებეს“, ისინი ისეთ კაცს ეძებდნენ, რომელიც ხევის მართვაში ძალადობას არ მიმართავდა. ავტორის აზრით, ძეგლის მიხედვით, ამ შემთხვევაში, ცხრაძმისხეველთა სახით მოცემულია ისეთი კოლექტივი, „რომელიც თვითვე სწყევტს პოლიტიკური წყობილების ისეთ მნიშვნელოვან საკითხს, როგორიც არის ერისთაობის არსებობა არ არსებობის საკითხი“.

ავტორი საგანგებოდ ჩერდება იმაზე, რომ როსტომის გაერისთავება, რომელიმე ჯგუფის, საზოგადოების, რომელიმე კლასის სურვილის მიხედვით კი არ მომხდარა, არამედ „ცხრაძმისხეველთა საერთო დადგენილებით“. ავტორი ყურადღებას აქცევს იმ გარემოებას, რომ ძეგლში მოცემული ბრძოლის აღწერილობა ისეთ მომენტებს შეიცავს, რომ გამოირიცხავს კლასობრივი საზოგადოებისა და სახელმწიფოს არსებობას. მაგალითად, ბრძოლაში მონაწილედ არ ჩანს სპეციალურად გამოყოფილი ჯარი, არ ჩანს პოლიტიკური ძალაუფლებით აღჭურვილი მეთაური, ბრძოლას აწარმოებენ ცხრაძმისხეველები, როგორც ერთიანი კოლექტივი. ამასთანავე, დვალელებისაგან განსხვავებით ცხრაძმისხეველებში უკვე მოჩანს სოციალური დიფერენცირების პროცესის მაჩვენებელი ნიშნები. ამის დამადასტურებელია ის, რომ ძეგლში საუბარია „ნაქონებ“ სოფლებზე, ციხე-სიმაგრეებზე და სხვა. მიუხედავად ამისა, ცხრაძმისხეველთა საზოგადოება ჯერ კიდევ საგვარეულო წყობილების

ფარგლებიდან არ არის გამოსული. ეს ჩანს იქიდან რომ როსტომი ერისთავად დასვეს „საერთო დადგენილებით“ და ამასთანავე, შემდეგაც ძეგლში ნაჩვენებია ცხრაძმისხველთა კოლექტიური დამოკიდებულება ახლად დასმულ[ი] ერისთავისადმი: „რქუა ყოველმან ერმან როსტომს: რა გნებაეს, რათა ვჰყოთ შენთვის?“ - პროფ. ირ. სურგულაძე ასკვნის: „მოყვანილი ადგილები უდავოდ ადასტურებენ, რომ მნიშვნელოვანი საზოგადოებრივი საკითხები აქ საერთო კრების საგანს შეადგენს, ე.ი. საგვარეულო წყობილებისათვის დამახასიათებელი ტრადიცია აქ მთლიანად დაცულია“. მაგრამ, ამასთანავე, აქვე „საქმე გვაქვს პოლიტიკური ფორმის პირველ ჩასახვასთან, რომელიც ჯერ კიდევ როსტომამდე იყო შემზადებული“. ეს ჩანს როსტომის მიერ „ციხის და სახლების“ აგება-დაპატრონებაში, რომელიც „ძეგლში გარკვევით არის კვალიფიცირებული როგორც ქვეყნის დაუფლების... ე.ი. პოლიტიკური ბატონობის დამყარების ცდა“. ამ შემთხვევაში, ავტორს მხედველობაში აქვს ძეგლის ის ადგილი, რომელიც შემდეგნაირად იკითხება: როსტომი და მისი ძმები „შემდგომად მცირედისა დაეუფლნენ ყოველსა ქუეყანას ჩუენსა“.

ძეგლის ამ დასაწყისი ადგილის სახით, პროფ. ირ. სურგულაძის აზრით, „სხვადასხვა“ პერიოდიდან წარმომდგარ იდეოლოგიურ დანაშრევებთან გვაქვს საქმე, რომელთა შეერთების ცდა ხდება არა მხოლოდ ისტორიული სინამდვილის დამახინჯების, არამედ შინაგანი შინაარსობრივ-ლოგიკური შეუთანხმებლობის ხარჯზე. მიუხედავად ამისა, ავტორმა ძეგლზე ხანგრძლივი მუშაობისა და ღრმა ანალიზის შედეგად შესძლო ფრიად საყურადღებო დასკვნების გამოტანა.

ძეგლის მიხედვით, ავტორმა დაახასიათა საზოგადოება, რომელიც პირველყოფილ[ი] თემური წყობილების რღვევის, კლასობრივი საზოგადოებისა და სახელმწიფო დასაწყის პერიოდში იმყოფება.

ჩვენ განვიხილეთ პროფ. ირ. სურგულაძის უფრო მნიშვნელოვანი შრომები. გარდა ამისა, მას მრავალი სტატია აქვს გამოქვეყნებული ჟურნალებსა და გაზეთებში.

თავის[ი] ცხოვრების უკანასკნელ ხანებში პროფ. ირ. სურგულაძე მთელი თავისი ენერგიით მუშაობდა ქართული სამართლის ისტორიის ძეგლებზე. ის იშვიათი გულმოდგინეობით სწავლობდა წყაროებს. პროფ. ირ. სურგულაძე უკანასკნელი წლების განმავლობაში მუშაობდა

ბეჟა-ალბულას სამართლის წიგნზე, მაგრამ ამ შრომის დამთავრება არ დასცალდა.

პროფ. ირ. სურგულაძე ღრმად იყო დაუფლებული სამართლის კატეგორიებს. განსაკუთრებით აღსანიშნავია მისი დიდი ერუდიცია სამართლის ფილოსოფიაში. საერთოდ, პროფ. ირ. სურგულაძე ფართო ჰორიზონტის და დიდი ღიაპაზონის მეცნიერი იყო. მისი შრომები განსაკუთრებით გამოირჩევა დაუცხრომელი მაძიებლური გონებით. როგორც მოაზროვნე ის ორიგინალურია. მისი მიზანი იყო სამართლის შესახებ თავისი ორიგინალური შეხედულება გამოეტანა ევროპულ მეცნიერთა სამსჯავროს წინაშე. ეს განახორციელა მან თავისი გერმანულ ენაზე დაწერილი შრომით, რომლის შესახებ ზემოთ გვქონდა საუბარი.

გაზ[ეთ] „Заря Востока“-სა და გაზ[ეთ] „კომუნისტში“ 1945 წლის 25 ნოემბერს, პროფ. ირ. სურგულაძის გარდაცვალების გამო, დაიბეჭდა ნეკროლოგი, რომელშიც აკადემიკოსები ს. ჯანაშია, ნ. ბერძენიშვილი, ვ. კუპრაძე, ნ. კეცხოველი, ა. ბარამიძე და სხვები წერდნენ: „გარდაიცვალა იურიდიული მეცნიერების ერთ-ერთი გამოჩენილი მოღვაწე... საქართველოს მეცნიერული საზოგადოება გულწრფელად გლოვობს, რომ დაკარგა მეცნიერი, რომელსაც შეეძლო ჯერ კიდევ ბევრი რამ ღირსშესანიშნავი მიეცა მშობლიური მეცნიერებისათვის“. პროფ. ირ. სურგულაძე 52¹ წლის ასაკში გარდაიცვალა. მის მიერ დასახული ამოცანებიდან მრავალი განუხორციელებელი დარჩა.

პროფ. ირ. სურგულაძის სახელი, როგორც მეცნიერის, მასწავლებლისა და საზოგადო მოღვაწის სამუდამოდ დარჩება ქართველი ხალხის ხსოვნაში.

¹ „52“ შეცდომით არის მითითებული, უნდა იყოს - „53“ [თ.გ.].

II. რარიტეტული იურიდიული ლიტერატურა

“Gewalt und Recht” – სადოქტორო დისერტაციის ძირითადი თეზისები*

† პროფესორი იროდიონ სურგულაძე

შესავალი

1. არსებულ ლიტერატურაში საკითხი სახელმწიფოს ბუნების და ამასთან დაკავშირებით სახელმწიფო სამართლის მეცნიერების ძირითადი პრინციპების და მეთოდის შესახებ, სხვადასხვა გადაჭრას პოულობენ.

* პირველად გამოქვეყნდა 2002 წელს. იხ. ხელისუფლება და სამართალი, სადოქტორო დისერტაციის თეზისები, წიგნში: სურგულაძე ირ., ხელისუფლება და სამართალი, ო. გამყრელიძის თარგმანი, გ. ხუბუას რედაქტორობით, თბილისი, 2002, 35-40. დისერტაციის თეზისების დედანი (ხელნაწერი) დაცულია პროფ. იროდიონ სურგულაძის პირად არქივში. საოჯახო არქივში მიკვლეული ხელნაწერი დასათაურებული არ არის, შესაბამისად, თეზისების სათაური ეკუთვნის სამეცნიერო რედაქტორს. წინამდებარე პუბლიკაცია მცირედით განსხვავდება 2002 წელს გამოქვეყნებული ვარიანტისაგან, ამასთანავე, გამოცემაში შენარჩუნებულია ავტორისეული სტილი. შესრულებულია 1927 წელს [თ.ნ.].

† ცნობილი ქართველი იურისტი, უმაღლესი იურიდიული განათლების ერთ-ერთი ფუძემდებელი საქართველოში, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი, სამართლის თეორიის, სამართლის ფილოსოფიის, სამართლის სოციოლოგიის, სახელმწიფო სამართლის, ადმინისტრაციული სამართლის და სამართლის ისტორიის ერთ-ერთი მესაძირკვლე საქართველოში, სახელმწიფო სამართლისა და ადმინისტრაციული სამართლის კათედრების გამგე, სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი თეორიის კათედრის გამგე, სამოქალაქო სამართლის კათედრის გამგე, სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიის კათედრის გამგე, საქართველოს მეცნიერების დამსახურებული მოღვაწე (1944 წ.), საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ისტორიის ინსტიტუტის უფროსი მეცნიერ-თანამშრომელი, შრომის სასამართლოს თავმჯდომარე (1923-1925 წწ.), საქართველოს უმაღლესი სასამართლოს წევრი (1925-1927 წწ.), საბჭოთა აღმშენებლობისა და სამართლის ინსტიტუტის დირექტორის მოადგილე (1930-1932 წწ.), თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დეკანი [თ.ნ.].

ამის მიზეზი ჩვენ უნდა ვეძიოთ იმ თავისებურებაში, რომლითაც სახელმწიფო[ს] სამართლის საგანიხასიათდება (S. 1).

2. სხვადასხვა შეხედულებანი, რომლებსაც ჩვენ ვხვდებით სახელმწიფოს ბუნების შესახებ ორ მთავარ ტიპათ შორის შეგვიძლია დავყოთ:

ა) ნატურალისტური შეხედულება, რომელიც სახელმწიფოს სოციალურ ნატურალურ მოვლენათ და რომელიც ამიტომ ვერა სწვდება სახელმწიფოს ნამდვილი ბუნების გაგებას, ვინაიდან სახელმწიფოს ცნება არსებითად იურიდიულ ცნებას წარმოადგენს (S. 3-6); ამ მიმართულებისათვის შეუგნებელი რჩება ის თავისებურება, რომელიც სახელმწიფოს როგორც იურიდიულ წყობილებას (Rechtsordnung) ახასიათებს (S. 6-7).

ბ) იურიდიული მიმართულება, რომელიც სახელმწიფო სამართლის თავისებურებას ასახულებს იმ განსხვავებით, რომელიც არსებობს sein და sollen-ის, ნორმის და კანონის შორის (Naturwissenschaften) (S. 7). ამასთან ერთად, ეს შეხედულება განსხვავებას კაუზალურ და ნორმატიულ მეცნიერებათა შორის ხედავს არა უკანასკნელთა საგნობრივი შინაარსის თავისებურებაში, არამედ ამ განსხვავებას იგი ხსნის თვალთახედვის თავისებურებით (Betrachtungsweise). ამდენად, ამოუღებელია ეს მიმდინარეობა თავის გამოსავალ პუნქტში, ვინაიდან Betrachtungsweise თავის მხრით, производной და დამოკიდებული მოვლენაა, სახელდობრ, განსაზღვრულია მეცნიერების შინაარსობრივი თავისებურებით (S. 8-13).

3. მთავარი და სადა[ვ]ო საკითხი იმ დამოკიდებულების (отношение) შესახებ, რომელიც არსებობს სოციალურ მოვლენებ[ს] შორის, რომლებსაც სახელმწიფოში ვხვდებით და სახელმწიფოს, როგორც იურიდიული მთლიანობის, შორის, შეიძლება გადაჭრილ იქნეს ორივე წყების მოვლენების - სოციალურ[ი] და იურიდიულ[ი] წყების - დეტალურ[ი] ანალიზის საფუძველზე. თუ Simmel-თან ერთად მივიღებთ, რომ საზოგადოების არსს über und unterordnung გამოხატავს, ჩვენ შეგვიძლია იმ დაპირისპირების აღსანიშნავად, რომელიც სახელმწიფოს უფლებრივ და სოციალურ მხარეებ[ს] შორის არსებობს ხელისუფლების და სამართლის ცნებათაშორის. უკანასკნელთა ურთიერთდამოკიდებულების სწორი გაგებისათვის, პირველ ყოვლისა, საჭიროა ანალიზი იმ ძირითადი ელემენტების, რომლებსაგან (sich aufbaut) შედგება უფლებრივი წყობილება (Rechtsordnung); მხოლოდ მას შემდეგ, რაც პირველი

ამოცანა შესრულებულია, შესაძლებელი იქნება უფლებრივი წყობილების გარკვეულ, განსაზღვრულ სოციალურ Milieu-ში მოცემულობის დახასიათება (S. 14-15).

I-te Abschnitt

1. ის, რომ აღნიშნულ[ი] წყების მოვლენებ[ს] შორის განსხვავება არსებობს სჩანს თუნდაც იმ ფაქტიდან, რომ სოციალური დამოკიდებულება ინდივიდებ[ს] შორის ყოველთვის არ ატარებს უფლებრივი მიმართების სახეს. მაგრამ ასეთი განსახვავება არ არის საკმარისი იმისათვის, რომ თვითეულ, ზევით დასახელებულ წყების მოვლენათა შესწავლისათვის ცალკე მეცნიერების არსებობა იქნეს აღიარებული. ამისათვის საკმარისია არა მხოლოდ სხვადასხვაობა შესასწავლ მოვლენებ[ს] შორის, სხვადასხვაობა, რომელსაც ჩვენ უდა[ვ]ოთ თვითეულ[ი] მეცნიერების ფარგლებში ვხვდებით, არამედ ამისათვის საჭიროა, როგორც ამას ჰუსერლი აღნიშნავს, ძირითადი კანონზომიერებაა (Grundgesetzlichkeit), რომელიც გარკვეულ[ი] რიგის მოვლენებისათვის არის დამახასიათებელი და რომელიც არ შეიძლება დაყვანილ იქნეს სხვა რომელიმე მეცნიერების ძირითად კანონზომიერებაზე (S. 19).

2. ამის მიხედვით საჭიროა იმ ძირითადი კანონზომიერების გაშუქება, რომელსაც ჩვენ ვხვდებით, ერთის მხრით, სოციალურ, მეორე მხრით კი, იურიდიულ მოვლენებ[ს] შორის.

3. როგორც სახელმწიფოს არსებობის სოციალური მხარე, ისე სახელმწიფო, როგორც იურიდიული მთლიანობა მარტივ[ი] და ძირითად[ი] ელემენტებისაგან შესდგება და იმ დამოკიდებულების დასახასიათებლად, რომელიც ამ ორი წყების მოვლენებ[ს] შორის არსებობს, საჭიროა ამ ძირითად[ი] ელემენტების ანალიზი, იმ კანონზომიერების გაშუქება, რომელიც აღნიშნულ ძირითად[ი] ელემენტების ურთიერთდამოკიდებულებას განსაზღვრავს.

4. სოციალური წყების მოვლენების აღნიშნულ[ი] თვალსაზრისით დახასიათების დროს ძირითად სოციალურ მოვლენად გვევლინება დამოკიდებულება ორ ინდივიდ[ს] შორის. ძირითადი კანონზომიერება, რომელსაც ჩვენ აქ ვხვდებით, კუზალობის ცნებაშიდ გამოიხატება (S. 20-21).

5. იურიდიული წყების მოვლენათა ანალიზის დროს, - სხვათა შორის იმ თვალსაზრისითაც, რომ სოციალურ მოვლენებთან შედარებისათვის უკეთესი პირობა იქნეს შექმნილი - ელემენტარულ ფენომენად იურიდიული მიმართება უნდა იქნეს აღებული (და არა ნორმა, ვინაიდან ნორმა კორელატიურია კანონის ცნებასთან) (S. 22).

6. სხვადასხვა შეხედულებანი, რომელნიც ლიტერატურაში არიან გამომუშავებული იურიდიული მიმართების და მისი სოციალურ მიმართებასთან დამოკიდებულების საკითხის ირგვლივ იმ უარყოფითი თვისებით ხასიათდებიან, რომ მათთვის შეუმჩნეველი რჩება განსხვავება სოციალურ და იურიდიულ მიმართებას შორის; ზოგ შემთხვევებში კი ამ ორი სახის მოვლენის გაიგივებას აქვს ადგილი. ასეთია Savigny-ს შეხედულება, რომელშიდაც უფლებრივი მიმართების იურიდიული ფორმა და შინაარსი მთლიანი რეალური პროცესის აბსტრაქციის საშუალებით გამოყოფილ მომენტებს აღნიშნავენ (S. 23).

თუ სავინის შეხედულებაში ეს აზრი ისე მკაფიოთ გამოთქმული არ არის, სამაგიეროთ ბირლინგის ნაშრომებში იურიდიული მიმართება თავის ძირითად ელემენტებში უკვე გარკვევით გაიგივებულია პსიქიურ მოვლენებთან (S. 26-34). კიდევ უფრო შორს მიდის ამ მხრით Zitelmann, რომელიც სამართლის ძირითად[ი] კატეგორიების ფსიქოლოგიურ გაგებასთან დაკავშირებით საცსებით (folgerichtig) შესაძლებლად სთვლის კაუზალობის პრინციპის შეფარდებას სამართლის მეცნიერებაში (S. 34-42).

ზევით მოყვანილ შეხედულებათა განხილვის შედეგში ჩვენ იმ დასკვნამდე მივდივართ, რომ იურიდიული მიმართების სოციალურ მიმართებასთან გაიგივებას ან შინაგან წინააღმდეგობამდე მიჰყავს აზროვნება, ან კიდევ და სამართლის მეთოდოლოგიის ყალბ კონსტრუქციამდე. ამავე შედეგს იძლევა, აგრეთვე, იმ ძირითად[ი] შემადგენელ[ი] ელემენტების ანალიზი, რომლებსაც იურიდიულ მიმართებაში ვხვდებით (S. 43).

7. ასეთ ძირითად ელემენტს წარმოადგენს, პირველ ყოვლისა, იურიდიული მიმართების სუბიექტი. სამართლის სუბიექტის ბუნების გაშუქების საკითხში ორი ძირითადი შეხედულება არის გამომუშავებული, რომლებიც სამართლის სუბიექტის და ფიზიკურ[ი] ინდივიდის ცნების გაიგივებიდან გამოდიან: ორგანიული სკოლა და ფიქციის თეორია.

ასეთი გაიგივება ყალბია და ამიტომ აღნიშნული თეორიებიც მეცნიერულად მიუღებელია არიან.

8. ორგანიული სკოლა, რომელიც იურიდიულ პირს რეალურად არსებულ ორგანიზმად სთვლის, უარსაყოფია, ვინაიდან იგი აღნიშნულ[ი] დებულებას (იურიდიული პირის რეალობის შესახებ) ვერ ასახუთებს (S. 46-49). ფიქციის თეორია კი მიუღებელია, ვინაიდან ფიქცია არ შეიძლება მიჩნეულ იქნეს სამართლის პრობლემების გადაჭრის თეორიულ საშუალებათ (S. 49-57).

9. მეორე ძირითად ელემენტს იურიდიულ მიმართებაში უფლება და მოვალეობა წარმოადგენს. აღნიშნული ელემენტების განხილვის დროსაც არსებულ ლიტერატურაში გავრცელებული შეხედულებანი იურიდიულ და ფსიქოლოგიურ წყების მოვლენათა გაიგივების საფუძველზე სცდილობენ საბიექტიურ[ი] უფლების და მოვალეობის პრობლემის გადაჭრას, ე.ი. არსებითად იმავე უსწორო დებულებიდან გამოდიან (სამ[ართლის] კატეგორია=რეალური მოვლენა), რომელიც იურიდიული მიმართების ბუნების და სამართლის სუბიექტის პრობლემის დაწყებისას არის შესამჩნევი და რომელზედაც ზევით იყო მითითებული.

10. ნათქვამის ილუსტრაციისათვის საკმარისია შეჩერება როგორც ნებისყოფის, ისე ინტერესის თეორიაზე სუბიექტიური უფლების საკითხის დარგში. ორივე თეორია უარსაყოფია, ვინაიდან სუბიექტიურ[ი] უფლება-მოვალეობის განსაზღვრულ ფსიქიურ მოვლენებთან გაიგივების შედეგში აღნიშნული თეორიებისათვის შეუძლებელი ხდება სამართლის დარგიდან მთელი რიგი მოვლენების ახსნა (S. 57-72).

II Abschnitt

1. როგორც აღნიშნული იყო, სამართლის ძირითად ელემენტად იურიდიული მიმართება უნდა იქნეს ცნობილი და ამ უკანასკნელის დეტალური ანალიზი სამართლის დარგში გამეფებულ ძირითად[ი] კანონზომიერების გაგებისათვის აუცილებელი პირობაა. სხვადასხვა ზევით განხილული თეორიები ვერ იძლევიან ამ ძირითად[ი] იურიდიულ[ი] ფენომენის სწორ ანალიზს და ამის მთავარი მიზეზი ფსიქოლოგიურ-ნატურალისტური მეთოდოლოგიის შეფარდება სამართლის პრობლემების დამუშავების დროს.

2. იურიდიული მიმართების სწორი გაგებისათვის საჭიროა იმ დებულებიდან გამოსვლა, რომ სუბიექტიური უფლება და მოვალეობა კორელატიური ცნებებია; ამასთან ერთად ეს კორელატივობა ატარებს არა ანალიტიკურ არამედ სინთეტიურ ხასიათს, ე.ი. იგი ეყრდნობა კორელატიურად შეკავშირებულ[ი] ელემენტების შინაარსის თავისებურობას.

ორი მთავარი თვისება უნდა იქნეს აქ აღნიშნული, რომელიც ამ კორელატიურ მიმართებას ახასიათებს: მიმართების ობიექტიური ხასიათი და დამოკიდებული ხასიათი (Unselbstständigkeit) იმ ელემენტებისა, რომელნიც მიმართებაში არიან. უკანასკნელი დებულებიდან გამომდინარეობს, რომ ელემენტების არსებობა აქ აუცილებლად გულისხმობს იმ მთელის (Das Ganze) არსებობას, რომლის ფარგლებშიც ელემენტები არიან მოცემულ და რომლის ძირითადი კანონზომიერების (Gesetzmässigkeit) გათვალისწინება აუცილებელი პირობაა ელემენტების ბუნების სწორი გაგებისათვის (S. 72-77).

3. არსებულ ლიტერატურაში იურიდიული მიმართების ელემენტების - სუბიექტიურ[ი] უფლება-მოვალეობის - დამოკიდებული ხასიათი თუმცა შეგნებულია, მაგრამ მიმართება ამ ელემენტებ[ს] შორის არ არის გაგებული როგორც ობიექტიურად აუცილებელი. ვინაიდან, მეორე მხრით, ამ ორი ელემენტს შორის კავშირი იურიდიული სიანმდვილის უტყუარი ფაქტია, გაბატონებული შეხედულება სცდილობს ამ კავშირის სხვა გზით აღდგენას. სახელდობრ, ამ მიზნით გამოუმუშავებულია შეხედულება, რომლის თანახმად, როგორც სუბიექტიური უფლება ისე მოვალეობა აუცილებლად გულისხმობს „მატარებელს“ („Träger“), რომლების ურთიერთდამოკიდებულების პროცესშიც პირველ[ად] იქმნება კონტაქტი აღნიშნულ ელემენტებ[ს] შორის. ასეთი შეხედულება ლოღიკურად აუცილებელი დასკვნაა სუბიექტიურ[ი] უფლება-მოვალეობის ფსიქოლოგიურ პროცესებთან გაიგივებისა; იგი უარსაყოფია, ვინაიდან აქ ნაჩვენებია გზით შეუძლებელია დასახელებულ[ი] ელემენტების კორელატივობის გაგება (S. 77-79).

4. აღნიშნულიდან გასაგებია, რომ იურიდიული მიმართება ვერ იქნება დახასიათებული როგორც ინდივიდუალური შორის დამყარებული და უფლებრივად მონესრიგებული სოციალური მიმართება (Lebensverhältnis); თავის წმინდა ფორმაში, ე.ი. სამართლის სხვა ძირითად[ი] კატე-

გორიებისაგან და იურიდიულად რელევანტ[ური] ფაქტებისაგან დამოუკიდებლად აღებული, იგი აღნიშნავს მხოლოდ უფლების და მოვალეობის მიმართებას, ამ ელემენტების ობიექტიურად აუცილებელ, აპრიორულ კორელაიურ მთლიანობას. კონკრეტულ[ი] იურიდიული კავშირის დამყარება ინდივიდებ[ს] შორის პირველ[ად] კი არ ჰქმნის ამ სახით გაგებულ იურიდიულ მიმართებას, არამედ გულისხმობს მის ადრევე არსებობას (S. 79-80).

5. იურიდიული მიმართების და მისი ელემენტების მეტის დაახლოებით დახასიათებისათვის საჭიროა იმ დამოკიდებულების გაშუქება, რომელიც, ერთის მხრით, უფლებბრივი წყობილების (Rechtsordnung), მეორე მხრით კი, იურიდიული მიმართების და მის ელემენტებ[ს] შორის არის მოცემული. ლიტერატურაშიდ ასეთი დამოკიდებულება არსებულად ცნობილია სუბიექტიურ[ი] უფლების და უფლებბრივი წყობილებას შორის; ასეთი შეხედულება ლოლიკურად აუცილებელია სუბიექტიური უფლების ფსიქიურ მოვლენასთან გაიგივების შედეგშიდ და სწორედ ამიტომ იგი შემცდარი არის. სინამდვილეშიდ უშუალო დამოკიდებულება არსებობს არა უფლებბრივი წყობილების და სუბიექტიურ უფლებას შორის, არამედ უფლებბრივი წყობილების და იურიდიულ მიმართებათა შორის (S. 80-84).

6. უფლებბრივი წყობილების ანალიზის დროსა, ისე, როგორც იურიდიული მიმართების და მისი ელემენტების ანალიზის დროს, ჩვენ იმ დასკვნამდე მივდივართ, რომ იგი არსებულის (Seinsgebiet) ონტოლოგიურად შემოფარგლულ სფეროს აღნიშნავს, რომელიც საკუთარი კანონზომიერებით (Gesetzmässigkeit) ხასიათდება. იგი რთულ იურიდიულ კომპლექსს წარმოადგენს, რომლის შემადგენელ ელემენტებს იურიდიული მიმართებანი აღნიშნავენ. სწორედ ამიტომ, როგორც ზევით იყო მითითებული, უშუალო დამოკიდებულება არსებობს არა უფლებბრივი წყობილების და იურიდიულ[ი] მიმართების ელემენტებ[ს] - სუბიექტიურ უფლება-მოვალეობის - შორის, არამედ უფლებბრივი წყობილების და თვით იურიდიული მიმართებას შორის (S. 84-90).

7. უფლებბრივი წყობილება, გაგებული როგორც იურიდიულ მიმართებათა (რომელნიც თავის მხრით გაგებული უნდა იყვნენ, როგორც უფლება-მოვალეობის კორელატიური დამოკიდებულება) მთლიანობა,

წარმოადგენს იურიდიულ[ი] მოწესრიგების (rechtliche Regelung) აბსტრაქტ[ულ] სისტემას; ასეთ ფორმაშიდ მოცემული, იგი არ იმყოფება ისეთ მდგომარეობაშიდ, რომელიც იურიდიულად შესაძლებელ[ი] განხორციელების სტადიის ცნებით შეგვიძლია აღვნიშნოთ. ამ უკანასკნელ ცნებაშიდ, წმინდა იურიდიულ[ი] ელემენტების გარდა, იგულისხმება განსაზღვრული ფაქტიური ხასიათის ელემენტების მოცემულობა, რომელნიც (ელემენტები), თუმც თავისდათავად იურიდიულ ხასიათს მოკლებული არიან, მაგრამ იურიდიულ მნიშვნელობას იღებენ განმსაზღვრელ[ი] უფლებრივი ნორმებისაგან (bestimmende Rechtssätze). აღნიშნული ფაქტიური ხასიათის ელემენტებზედ შეჩერება მით უფრო საჭიროა, რომ, ერთის მხრით, ამ გზით ჩვენ შევსძლებთ იმის გაშუქებას, თუ რითი ხასიათდება უფლებრივი წყობილება იურიდიულად შესაძლებელ[ი] განხორციელების საფეხურზედ და რითი ხასიათდება იურიდიული მიმართება, კონკრეტ[ულ] ფორმაშიდ მოცემული, ხოლო მეორე მხრით კი, ამავე გზით შესაძლებელი გახდება იმ ელემენტების განხილვა, რომლებიც ტრადიციულ[ი] შეხედულების თანახმად შედიან იურიდიულ მიმართებაშიდ და რომლებზედაც ჩვენ არ შევჩერებულვართ (S. 91-92).

8. აღნიშნულ[ი] ფაქტიურ[ი] ელემენტების განცალკევებით განხილვამდე საჭიროა იმ ძირითადი სახეების აღნიშვნა, რომლებშიდაც საერთოდ გვხვდება უფლებრივ[ი] კატეგორიების ფაქტიურ[ი] ხასიათის მოვლენებთან დამოკიდებულება. ასეთი არის სამი ძირითადი სახე: ა) დამოკიდებულება, რომელიც არსებობს საზოგადოების სოციალ[ურ]-ეკონომი[კ]ური სტრუქტურის და უფლებრივი წყობილებას შორის; ბ) დამოკიდებულება იურიდიული მიმართების წმინდა იურიდიულ ელემენტებსა და იურიდიული მიმართების საგანს შორის; გ) დამოკიდებულება, რომელიც იურიდიული რელევანტობის ცნებით აღინიშნება.

9. აღნიშნული დამოკიდებულებებისაგან პირველი ეხება ინდივიდუალური იურიდიული წყობილების დამყარების მომენტს, ორი უკანასკნელი კი აღნიშნავენ იურიდიული მიმართების (რომელთა მთლიანობა უფლებსივ წყობილებას წარმოადგენს - და ამიტომ ამ უკანასკნელისავე (S. 92-111).

10. უფრო დეტალურად საჭიროა იურიდიული რელევანტობის ცნების გაშუქება, ვინაიდან მასთან მჭიდროდ არის დაკავშირებული საკითხი სამართლის სუბიექტის შესახებ.

უნდა განსხვავებულ იქნეს ერთი მეორისაგან ორი სახე იურიდიული რელევანტობისა: ძირითადი და დამოკიდებული. თავის მხრით, იურიდიული რელევანტობის ძირითად და დამოკიდებულ სახეებად დაყოფა გამოწვეულია იმით, რომ უფლებრივი წყობილების ძირითადი ელემენტები - იურიდიული მიმართებანი - იურიდიულ სინამდვილეში განცალკევებით კომპლექს ფორმებში. ამასთან ერთად, უფლებრივი წყობილების ანალიზი იმ დასკვნასაც იძლევა, რომ ეს გაერთიანებანი თანაბარი მნიშვნელობით არ ხასიათდებიან; სახელდობრ, აქ მოცემულია, ერთის მხრით, ისეთი გაერთიანებანი, რომელთაც ფუძეობითი (fundierende) მნიშვნელობა უნდა მიეცეს სხვა იურიდიულ[ი] მიმართებების მიმართ.

ამგვარად, თვით იურიდიულ მიმართებათა ფარგლებშიდაც ჩვენ ვხვდებით ძირითად იურიდიულ კომპლექსს - რომელიც Status-ის ცნებით შეიძლება აღნიშნულ იქნეს - და დამოკიდებულ იურიდიულ მიმართებებს. ამ სხვადასხვაობაზედ ეყრდნობა ზევით მოყვანილი განსხვავება ძირითად[ი] და დამოკიდებულ[ი] იურიდიულ[ი] რელევანტობას შორის.

სამართლის სუბიექტის ცნება აღნიშნავს ძირითად იურიდიულ რელევანტობას, რომელიც გარკვეული, ფაქტიური ხასიათის მოვლენებს მიეცემათ ობიექტიური სამართლის მხრით. ამით უარყოფილია ტეზა - სამართლის სუბიექტის და ფიზიკური ინდივიდის გაიგივების შესახებ.

უფლება და მოვალეობის გვერდით იურიდიული მიმართების საგნის და სამართლის სუბიექტის ცნების ანალიზით მთავრდება იურიდიული მიმართების ელემენტების, და აქედგან, თვით იურიდიული მიმართების ბუნების გაშუქება.

საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების პრობლემა*

† პროფესორი იროდიონ სურგულაძე

I

საჯარო სამართლის დარგში ხელშეკრულების არსებობის შესაძლებლობა თანამედროვე ლიტერატურაში სადა[ვ]ოდ არის გამხდარი, მაგრამ არა იმ მხრით, რომ რომელიმე ავტორის შეხედულება ამ სა-

* სტატიის I ნაწილი პირველად 1928 წელს გამოქვეყნდა ჟურნალში - „საბჭოთა სამართალი“ (იხ. სურგულაძე ირ., საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების პრობლემა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №5, 1928.), ხოლო II ნაწილი დაკარგულად, შესაბამისად, გამოუქვეყნებლად მიიჩნეოდა, ამიტომაც პუბლიკაციას დაუსრულებლად თვლიდნენ (მაგალითად, იხ. სურგულაძე ივ., პროფ. იროდიონ სურგულაძის ცხოვრება და მოღვაწეობა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №3, 1963, 54). წინამდებარე სტატიის II ნაწილის გამოუქვეყნებელი ხელნაწერი შემთხვევით აღმოვაჩინეთ პროფ. იროდიონ სურგულაძის პირად არქივში და სრულყოფილი სახით ქვეყნდება პირველად [თ.ნ.].

† ცნობილი ქართველი იურისტი, უმაღლესი იურიდიული განათლების ერთ-ერთი ფუძემდებელი საქართველოში, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი, სამართლის თეორიის, სამართლის ფილოსოფიის, სამართლის სოციოლოგიის, სახელმწიფო სამართლის, ადმინისტრაციული სამართლის და სამართლის ისტორიის ერთ-ერთი მესაძირკვე საქართველოში, სახელმწიფო სამართლისა და ადმინისტრაციული სამართლის კათედრების გამგე, სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი თეორიის კათედრის გამგე, სამოქალაქო სამართლის კათედრის გამგე, სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიის კათედრის გამგე, საქართველოს მეცნიერების დამსახურებული მოღვაწე (1944 წ.), საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ისტორიის ინსტიტუტის უფროსი მეცნიერ-თანამშრომელი, შრომის სასამართლოს თავმჯდომარე (1923-1925 წწ.), საქართველოს უმაღლესი სასამართლოს წევრი (1925-1927 წწ.), საბჭოთა აღმშენებლობისა და სამართლის ინსტიტუტის დირექტორის მოადგილე (1930-1933 წწ.), თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დეკანი [თ.ნ.].

კითხში საჯარო სამართლიდან ხელშეკრულების ცნების სრული განდევნის ცდას წარმოადგენდეს; ასეთი ცდა უიმედო იქნებოდა იმ უბრალო მოსაზრებით, რომ საჯარო სამართლის დარგში მოცემულია შემთხვევების მთელი რიგი, როდესაც ხელშეკრულების არსებობა უდავო არის. მაგალითისათვის, შესაძლებელია მითითება საერთაშორისო სამართალზე, რომელიც საკმაოდ მდიდარია ხელშეკრულებითი აქტებით; მეორეს მხრით, კი შინასახელმწიფოებრივ იურიდიულ ურთიერთობათა დარგში ხელშეკრულებები, რომელნიც თვითმ[შ]ართველობით ერთეულებს ან საჯაროუფლებრივ კორპორაციებს შორის დაიდებიან, ბევრ შემთხვევაში საჯაროუფლებრივ ხასიათს ატარებენ.

დასასრულ, თუმცა უფრო იშვიათად საჯაროუფლებრივ ხელშეკრულებებს ჩვენ მაინც ვხვდებით კერძო შირთა შორის (მაგალითები იხ. Kormann, System der rechtsgesch[äftlichen] Staatsa[k]te, ბ. 30.), ამიტომ ვიმეორებთ, რომ ხელშეკრულების ცნების სრული განდევნის ცდა საჯარო სამართლის დარგიდან უიმედოა და, ამ მხრით, დავაც შეუძლებელია.

დავა, რომელიც ზემოთ აღვნიშნეთ, უფრო ვიწროდ შემოფარგლულ მოვლენათა წრეს ეხება, სახელდობრ, იმ შემთხვევებს, როდესაც იურიდიულ[ი] მიმართების სუბიექტებად გამოდიან, ერთის მხრით, სახელმწიფო, როგორც საჯარო ხელისუფლების მატარებელი, მეორეს მხრით, კი კერძო მოქალაქე. აი, სწორედ აქ, ამგვარად შემოფარგლულ იურიდიულ მიმართებათა დარგში შესაძლებელი არის თუ არა საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულება? სხვაგვარად, რომ ვსთქვათ, შესაძლებელი არის თუ არა, რომ სახელმწიფო, როგორც imperium-ის მატარებელი, თავის დამოკიდებულებას კერძო მოქალაქესთან ანგსრიგებდეს არა მხოლოდ ცალმხრივ განკარგულებათა სისტემით, არამედ ამის გვერდით, ხელშეკრულებითაც? თავისთავად ცხადია, რომ ასეთი საკითხის თვით დაყენებაც კი შესაძლებელი გახდა მას შემდგომ, რაც ე.წ. უფლებრივი სახელმწიფოს ძირითადმა პრინციპებმა მარტოოდენ პირველი ჩამოყალიბება კი არა, არამედ ერთგვარი ევოლიუცია განიცადეს, ე.ი. მხოლოდ უკანასკნელ დროს.

ის აზრი, რომ საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულება შესაძლებელი არის სახელმწიფოსა და კერძო მოქალაქეს შორის, ყველაზე უფრო ვრცლად და დასაბუთებულ[ი] ფორმით განვითარებული არის ოტტო

მაიერისაგან. საჯარო სამართლის დარგი, ამ ავტორის განმარტებით, არსებითად იმით ხასიათდება, რომ იურიდიული მიმართების სუბიექტები თანასწორ მდგომარეობაში არ იმყოფებიან. სახელდობრ, სახელმწიფო აღნიშნულ[ი] მიმართების გაბატონებულ მხარეს წარმოადგენს, რომლის ნებისყოფა იმდენად ძლიერი არის კერძო პიროვნების ნებისყოფასთან შედარებით, რომ უკანასკნელს იგი ცალმხრივად ზღუდავს. მას გარკვეულ ვალდებულებებს ცალმხრივად აკისრებს და რადგანაც ხელშეკრულების ცნება აუცილებლად გულისხმობს კონტრაჰენტების უფლებრივ თანასწორობას და მათი ნებისყოფის თანასწორს იურიდიულ ღირებულებას აუცილებელი არის დასკვნა, რომ საჯარო სამართლის დარგში სახელმწიფოსა და კერძო მოქალაქის დამოკიდებულება ხელშეკრულების ფორმაში ვერ ჩამოყალიბდება. ის, რასაც საჯარო სამართლის დარგში ხშირად უთითებენ, როგორც ხელშეკრულების შესაძლებლობის ილუსტრაციას, როგორც, მაგალითად, სახელმწიფოებრივ სამსახურში დანიშვნა ან/და ნატურალიზაცია - ნამდვილად არ წარმოადგენს ხელშეკრულებას, არამედ ცალმხრივ ადმინისტრაციულ აქტს, რომელიც მხოლოდ იმ თავისებურობით ხასიათდება, რომ აქ აქტის კანონიერების ერთ-ერთ პირობას დაინტერესებული პირის მხრით ნებისყოფის გამოამჟღავნება ჰქმნის. ასეთი არის მოკლედ ოტტო მაიერის შეხედულება ამ საკითხში.

ამ შეხედულებების სხვა მიმდევრები (გერბერ[ი], გ. მეიერ ცორნ[ი], ჰენელ[ი], კომანნ[ი], ულბრის[ი] და სხვ.) არსებითად არაფერს ჰმატებენ იმ არგუმენტაციას, რომელსაც ოტტო მაიერი ემყარება.

საწინააღმდეგო შეხედულება, რომელიც საჯაროუფლებრივ ხელშეკრულებას შესაძლებლად სთვლის იმ შემთხვევებშიც, როდესაც იურიდიული მიმართება სახელმწიფოსა და კერძო მოქალაქეს შორის მყარდება, თანამედროვე ლიტერატურაში სხვადასხვა სახით არის წარმოდგენილი. იმ იურიდიული ფენომენის ანალიზის დროს, რომელიც ამა თუ იმ პირის თანამდებობაზე დანიშვნის აქტში მდგომარეობს, ლაბანდი ანვითარებს იმ აზრს, რომ აღნიშნული აქტი ხელშეკრულებითი აქტების კატეგორიას მიეკუთვნება და ამასთან დაკავშირებით საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების შესაძლებლობის საკითხს დადებითად სწევტს. ზოგიერთი იმ მოსაზრებათაგანი, რომელნიც ლაბანდს აქვს მოყვანილი, ნომინაციის აქტის სპეციფიკურ თავისებურობასთან არიან დაკავშირე-

ბული და ამიტომ ჩვენთვის მათი განხილვა საჭირო არ არის სპეციალურად საჯაროუფლებრივ[ი] ხელშეკრულების შესაძლებლობის და სახელდობრ, იმ არგუმენტაციის შესახებ, რომელიც ზემოთ იყო მოყვანილი, როგორც ო. მაიერის აზრი. ლაბანდი აღნიშნავს, რომ იგი ემყარება ხელშეკრულების ცნების ისეთ გაგებას, რაც მხოლოდ კერძო სამართლისათვის არის დამახასიათებელი; მაგრამ ხელშეკრულება სრულებით არ წარმოადგენს მხოლოდ კერძო სამართლის კატეგორიას, არამედ საერთოდ, სამართლისას და ამიტომ საჯაროუფლებრივ[ი] ხელშეკრულების შესაძლებლობის საკითხის გადაჭრის დროს ის თავისებური მოდალობა, რომელიც ხელშეკრულებას მხოლოდ კერძო სამართლის დარგში ახასიათებს, გამოსავალ წერტილად აღებული ვერ იქნება.

სხვა ავტორები უფრო სხვა, ხშირად საწინააღმდეგო დასაბუთებას აძლევენ საჯაროუფლებრივ[ი] ხელშეკრულების არსებობის საკითხს. მაგ[ალითად], ფლეინერის აზრით, საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების შესაძლებლობა უფლებრივი სახელმწიფოს თავისებურობით აიხსნება. სახელდობრ, იმით, რომ აქ სახელმწიფოს მმართველობითი მოქმედება კანონის ქვემდებარე სახეს ატარებს და ამიტომ, თვით სახელმწიფოც უფლებრივი მდგომარეობის მხრით, კერძო მოქალაქესთან ერთგვარ წონასწორობაში არის ჩაყენებული; ამიტომ საჯარო ხელშეკრულებითი აქტით მიღებული ვალდებულება ისევე ზღუდავს სახელმწიფოს, როგორც კერძო მოქალაქეს. უკანასკნელთან თავის დამოკიდებულებათა მოწესრიგებისას სახელმწიფო ხელშეკრულების ფორმას მიმართავს მხოლოდ მაშინ, როდესაც, ერთის მხრით, არსებობს სათანადო ნორმა, რომელიც მმართველობის ორგანოებს საამისო უფლებას აძლევს, ხოლო, მეორეს მხრით, კი როდესაც მმართველობის დარგში ამა თუ იმ საკითხის მოწესრიგება ცალმხრივი განკარგულების საშუალებით დაბრკოლებებს ხვდება და ეს უკანასკნელი ხელშეკრულების გზით აცილებული იქნებოდა.

არსებითად იმავე აზრებს, რაც ფლეინერს აქვს გამოთქმული, ჩვენ ვხვდებით ლოენინგის, ე. კაუფმანის, შოენის, ლაიერის და სხვ[ათა] შეხედულებებში. ამ ავტორებს, მეორეს მხრით, ისიც საერთო აქვთ, რომ სახელმწიფოებრივი მმართველობის დარგში ხელშეკრულებას ისინი მეორეხარისხოვან და სუბსიდიარულ მნიშვნელობას აძლევენ.

უკანასკნელ საკითხში სხვა აზრის არის ერთ-ერთი ახალი მკვლევართაგანი - აპელტი. ფლენინერის შეხედულების წინააღმდეგ ეს ავტორი იმ დებულებიდან გამოდის, რომ საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების არსებობისათვის სრულებით არა სთვლის აუცილებლად სათანადო საკანონმდებლო ნორმის წინასწარ მოცემულობას; საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების არსებობა მიზანშეწონილობის პრინციპიდან უნდა იქნეს გამოყვანილი. რასაკვირველია, არის ისეთი შემთხვევებიც, როდესაც ხელშეკრულების ფორმისადმი მიმართვა მმართველობის ორგანოებს თვით კანონით ევალებათ; მაგრამ ხელშეკრულების ფორმას უფრო მეტი მნიშვნელობა აქვს მაშინ, როდესაც მმართველობით ორგანოს ამა თუ იმ კონკრეტ[ულ]ი ამოცანის მოწესრიგებისას კანონი რაიმე სახელმძღვანელო მითითებებს არ აძლევს. ასეთ პირობებში საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების გზა, უმრავლეს შემთხვევაში, ერთადერთ საშუალებას წარმოადგენს საკითხის მოწესრიგებისათვის. საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულება მმართველობის დარგში უფრო ელასტიურს, მოქნილ უფლებრივ ფორმას აღნიშნავს და ამიტომ მისი მნიშვნელობა აქ არ შეიძლება დახასიათებული იქნეს, როგორც მეორეხარისხოვანი ან სუბსიდიარული.

ზემოთ დასახელებულ[ი] ავტორების შეხედულებიდან სრულებით განცალკევებით სდგას საჯაროუფლებრივი პრობლემის ის გადაჭრა, რომელსაც ჰანს კელზენი იძლევა. უკანასკნელი ამ პრობლემას საჯარო და კერძო სამართლის განსხვავების საკითხს უკავშირებს. ასეთი განსხვავების უარყოფიდან ავტორი იმ დასკვნამდე მიდის, რომ შეუძლებლად სთვლის ხელშეკრულების მიკუთვნებას კერძო ან საჯარო სამართლისათვის და მას უცქერის, როგორც ზოგად[ი] სამართლის მოძღვრების ცნებას. საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების უარყოფა, ავტორის აზრით, იმით არის გამოწვეული, რომ ერთი მეორისაგან განსხვავებული არ არის ორი ცნება - ცნება სახელმწიფოსი, როგორც ხელისუფლების მატარებლისა და ცნება სახელმწიფოსი, როგორც სამართლის სუბიექტისა. როდესაც ჩვენ სახელმწიფოს ვღებულობთ, როგორც სამართლის სუბიექტს - იურიდიული მიმართება კი, კერძო მოქალაქესა და სახელმწიფოს შორის შესაძლებელი არის მხოლოდ მაშინ, როდესაც უკანასკნელი გამოდის, როგორც უფლების სუბიექტი -

მისი და კერძო მოქალაქის ურთიერთდამოკიდებულებათა დახასიათება შეუძლებელია ბატონობა-დაქვემდებარების (Über- und Unterordnungsverhältnis) ცნებით. ამიტომ მთავარი არგუმენტი საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების შესაძლებლობის წინააღმდეგ უარყოფილ უნდა იქნეს და ეს იურიდიული ფორმა საჯარო სამართლის დარგში უნდა ცნობილ იქნეს ყველა იმ შემთხვევაში, როდესაც იურიდიული ეფექტი სამართლის ნორმით უკავშირდება არა სახელმწიფოს ცალმხრივ[ი] ნებისყოფის გამოაშკარავებას, არამედ სახელმწიფოსა და კერძო პიროვნების შეთანხმებულ[ი] ნებისყოფის გამოაშკარავებას, ე.ი. ხელშეკრულებას.

ასეთი არის მოკლედ, ის ძირითადი შეხედულებები, რომლებსაც ჩვენ ვხვდებით თანამედროვე ლიტერატურაში საჯაროუფლებრივი ხელშეკრულების პრობლემის შესახებ.

ის გარემოება, რომ აღნიშნული პრობლემა თანამედროვე საჯარო სამართლის ლიტერატურის ყურადღების ცენტრში დგას და სრულებით სხვადასხვა გადაჭრის ცდებს იწვევს, არსებითად იმით აიხსნება, რომ იგი მჭიდროდ არის დაკავშირებული სამართლის მოძღვრების ზოგიერთ ძირითად ცნებებთან. აღნიშნულ[ი] პრობლემის გადაჭრისას განსაკუთრებით საჭირო არის, ერთის მხრით, ხელშეკრულების ცნების დეტალური ანალიზი, მეორეს მხრით კი - საჯარო და კერძო სამართლის განსხვავების საკითხის ახალი განხილვა თანამედროვე კანონმდებლობაში გამოსახულ[ი] ტენდენციების თვალსაზრისით.

II

ხელშეკრულების ცნება, ისე როგორც ბევრი სხვა ძირითადი იურიდიული ცნებები, ისტორიულად პირველ[ად] სამოქალაქო სამართლის დარგშიდ არის გამოუმუშავებული. აქედგან აღვილი გასაგებია, რომ საჯარო სამართლის დარგშიდ ამ ცნების ანალიზის დროს გამოსავალ წერტილად უმრავლეს შემთხვევაშიდ აღებული არის ის შინაარსი, რომელიც აღნიშნულ[ი] ცნების წმინდა ცივილისტურ[ი] გაგებისათვის არის დამახასიათებელი. ასეთი გზა არ არის სწორი, ვინაიდან სამოქალაქო სამართლის დარგშიდ ხელშეკრულება თავისებურ მოდალობაშიდ არის მოცემული და გარდა იმ თვისებებისა, რომელნიც

ხელშეკრულებას, როგორც ასეთს, ახასიათებენ, აქ იგულისხმება ისეთი თვისებებიც, რომელნიც ხელშეკრულების მხოლოდ ცივილისტურ გაგებას ახასიათებენ¹. მეორე მხრით, აქ ყურადღება მისაქცევი არის იმ გარემოებაზედაც, რომ საჯარო და, კერძოთ, კი ადმინისტრაციულ[ი] სამართლის დარგშიდ, ძირითადი და კერძო სამართალთან საერთო იურიდიული ფორმები, მოცემული არიან შედარებით უფრო რთულ და უფრო მრავალსახოვან მოვლენებით გამდიდრებულ milieu-შიდ და სწორედ ამიტომ აქ, სხვადასხვა იურიდიული ფორმების ერთი მეორისაგან განსაზღვრისას საჭირო[ო]ა ამ ფორმების შინაარსის უფრო მეტი დეტალიზაცია, ვინემ ამას კერძო სამართალშიდ ცნებათა დამუშავების ინტერესები მოითხოვენ. კერძოთ, ეს უნდა ითქვას ხელშეკრულების

¹ არსებულ იურიდიულ ლიტერატურაშიდ ფართოდ არის გავრცელებული შეხედულება, რომლის თანახმად გარიგების ცნება მხოლოდ კერძო სამართლის ცნება არის და საჯარო სამართლის დარგშიდ მით სარგებლობა არ შეიძლება; ამ შეხედულების ლოლიკურად აუცილებელი შედეგია საერთოდ, საჯაროფლებრივი ხელშეკრულების უარყოფაც, ვინაილდან ხელშეკრულება გარიგების ერთ-ერთ სახეს წარმოადგენს. ზევით უკვე მითითებული იყო, რომ საჯარო სამართლის სხვადასხვა დარგებშიდ ხელშეკრულებითი აქტების მოცემულობა დავის გარეშე სდვას და მართო ამ გარემოებაზედ მითითებით აქ აღნიშნულ[ი] შეხედულების უსაფუძვლობა საკმაოდ თვალსაჩინოა. მაგრამ, თუ დავუკვირდებით არგუმენტაციას, რომელსაც აღნიშნულ[ი] შეხედულების მიმდევრები იძლევიან, ალვილად დავრწმუნდებით ასეთი შეფასების სისწორეშიდ. მაგ[ალითად], A. Manigk-ი (Das Anwendungsgebiet der Vorschriften f[ür] die Rechtsgeschäfte, S. 19.) გარიგების ცნებით სარგებლობის შეუძლებლობას საჯარო სამართალშიდ იმით ასაბუთებს, რომ ის ნორმები, რომელნიც კერძო სამართლის მიერ გამოუმუშავებული არიან გარიგებისათვის, როგორც ასეთისათვის, საჯარო სამართალშიდ შეფარდებული ვერ იქნებიან, ნორმებ[ის] გარეშე კი, გარიგება არ შეიძლება მოცემული იქნეს. მთელ ამ მსჯელობაშიდ გადაწყვეტი მნიშვნელობა აქვს გამოთქმას „გარიგებისათვის, როგორც ასეთისათვის“, - მაგრამ სწორედ ამ ნაწილშიდ Manigk-ის აზრი არათვრით არ არის დასაბუთებული. სხვა ავტორების (Michel, Bülow, Gierke, Bernatzik და სხვა) შეხედულებების გარჩევა, რომელნიც საჯარო სამართლის დარგშიდ უარყოფენ გარიგებას, ძლიერ შორს წავიყვანდა, თუმცა ასეთი განხილვის შედეგშიდ ალვილად დავრწმუნდებოლით, რომ არგუმენტაცია აქაც ისეთივე „სადა“ არის, როგორც Manigk-თან.

ცნების შესახებაც; საჯარო სამართლის დარგში ამ ცნების ანალიზი მოითხოვს ისეთი თვისებების აღნიშვნას, რომელნიც ცივილისტს, მის მეცნიერებაში ხელშეკრულების ცნების განმარტების თვალსაზრისით შეიძლება მოეჩვენოს როგორც unfruchtbare Spitzfindigkeit.

ამ მოსაზრებითაც საჯარო სამართლის დარგში ხელშეკრულების ანალიზის დროს მხოლოდ იმ შინაარსის მხედველობაში მიღება, რომლითაც ეს ცნება ხასიათდება კერძო სამართალში, შეცდომა იქნებოდა.

ცივილისტურ ლიტერატურაში გავრცელებული არის ხელშეკრულების განსაზღვრა, რომელიც უკანასკნელში ხედავს ორი ან რამდენიმე მხარის ორმხრივ[ი] ნებისყოფის გამოაშკარავებას, რომელიც გარკვეულ იურიდიულ ეფექტს იწვევს ან უშუალოდ ხელშეკრულების დამდებ[ი] ან მესამე პირისათვის. ამასთან ერთად, ხელშეკრულების ძირითად თვისებათ მიჩნეულია გამოაშკარავებულ[ი] ნებისყოფათა თანხმობა, მათი კონსენს[უს]ი. ასეთი განმარტება თავისდათავად უსწორო არ არის, მაგრამ ამასთან ერთად არც საკმარისია ხელშეკრულების ცნების დამთავრებულ[ი] განსაზღვრისათვის. ორმხრივი ნების გამოაშკარავება და ნებისყოფათა თანხმობა, რომელნიც გავრცელებული შეხედულების თანახმად, ხელშეკრულების არსებით დახასიათებას ჰქმნიან, ჩვენ გვხვდება ბევრ სხვა იურიდიულ ფორმებშიდაც და ამიტომ ამ თვისებების მიხედვით ხელშეკრულების სრული შემოფარგვლა შეუძლებელია. მაგ[ალითად], Dantscher-ი¹ არ არის საფუძველს მოკლებული, როდესაც აღნიშნავს, რომ მართო ზევით აღნიშნულ თვისებებს, თუ მივიღებთ მხედველობაში, ადმინისტრაციული ორგანოს განკარგულებაა, რომელიც ამა თუ იმ პირის განცხადების მიხედვით იქნება შესრულებული, უნდა დახასიათებულ იქნეს როგორც ხელშეკრულება, ვინაიდან აქ მოცემული არის როგორც ორმხრივი ნებისყოფის გამოჩენა, ისე ნებისყოფათა კონსენს[უს]ი; ის გარემოება, რომ აქ ნებისყოფის გამოაშკარავების აქტები უშუალოდ არ მისდევნენ ერთი მეორეს, არა ჰქმნის არსებით განსხვავებას, ვინაიდან ასეთსავე მდგომარეობას ხშირად ადგილი აქვს ხელშეკრულების დადების შემთხვევებშიდაც. მაგრამ აშკარა არის, რომ აღნიშნული სახის ადმინისტრაციულ განკარგუ-

¹ Die politischen Rechte der Untert[h]anen, III, S. 86.

ლებ[ა]ს[ა] და ხელშეკრულებ[ა]ს შორის არსებითი განსხვავება არსებობს, რომელიც ზევით დასახელებულ[ი] და ტრადიციულ[ი] შეხედულების თანახმად, ხელშეკრულებისათვის დამახასიათებლად ცნობილ[ი] თვისებების საშუალებით გამოხატული ვერ იქნება. ამკარა არის, რომ საჭიროა დამატებითი მომენტების აღნიშვნა ხელშეკრულების ცნების შინაარსში იმისათვის, რომ მსგავს[ი] მოვლენებისაგან ხელშეკრულების მკაფიოდ გამოყოფის შესაძლებლობა არსებობდეს.

იმ თავისებურ[ი] იურიდიულ[ი] ფორმის ხელშეკრულების ცნებიდან განსაზღვრის მიზნით, რომელსაც პირველ[ად] ბინდინგმა მიუთითა¹ და Vereinbarung-ის ცნებით აღნიშნა, ეს ავტორი სპეციალურად ჩერდება ხელშეკრულების და შეთანხმების (Vereinbarung) ურთიერთდამოკიდებულების საკითხზე და აღნიშნავს ახალ თვისებებს, რომლითაც ეს ორი ფორმა ერთი მეორისაგან განსხვავდება. ყველა ის აქტები, რომელნიც უფლებრივად რელევანტ[ურ] ხასიათს ატარებენ და ამასთან ერთად, ნებისყოფათა შეერთებაში მდგომარეობენ, ჩვენ არ უნდა მივაკუთვნოთ ხელშეკრულებითი აქტების კატეგორიას; პირიქით, აქ მოცემული არის, ავტორის აზრით, არა ერთი, არამედ ორი განსხვავებული იურიდიული ფორმა - ხელშეკრულება და შეთანხმება. რაშიდ მდგომარეობს აქ განსხვავება?

ბინდინგის აზრით, თუმცა ხელშეკრულების ცნებით ჩვეულებრივ აღნიშნავენ ნებისყოფათა გაერთიანებას (Willenseinigung), მაგრამ სინამდვილეში იგი წარმოადგენს არა ნებისყოფათა შეთანხმებას, არამედ ხელშეკრულების დამდებ მხარეთა ნებისყოფის შეზღუდვას (Willensbindung). აქ შეუძლებელი არის ლაპარაკი გაერთიანებაზე (Einigung), ვინაიდან თვითიური კონტრაჰენტის ნებისყოფა საწინააღმდეგო შინაარსის მატარებელია და ამიტომ ამ განცალკევებულად არსებულ და განსხვავებული შინაარსის მქონე ნებისყოფითი აქტებიდან შეუძლებელი არის ერთი მთლიანი ნებისყოფის (Gesamtwille) გამომუშავება. ხელშეკრულების დადების დროს კონტრაჰენტებისათვის საერთო არის მხოლოდ მიზანი, რომლის განხორციელება აქ ხდება აღნიშნულ[ი] მიზნისაკენ მიმართულ[ი], ერთი მეორეს შემავსებელ[ი] და განსხვავებული შინაარსის მქონე მოქმედებებით.

¹ K. Binding, Die Gründung des Nordd[e]utschen Bundes, S. 65 ff.

სხვა თვისებებით ხასიათდება, ბინდინგის აზრით, შეთანხმება (Vereinbarung). უკანასკნელი წარმოადგენს არა სხვადასხვა შინაარსის ნებისყოფათა შეზღუდვას, არამედ რამოდენიმე პირის ერთი და იგივე შინაარსის ნებისყოფათა შედუღებას (Verschmälerung). ამიტომ ერთი მთლიანი ნებისყოფის გამომუშავებას ადგილი აქვს არა ხელშეკრულებითი აქტების შემთხვევაში, არამედ მხოლოდ შეთანხმებითი აქტის განხორციელების დროს. შეთანხმებითი აქტის მაგალითს, ბინდინგის აზრით, წარმოადგენს სასამართლოს გადაწყვეტილება, ან ის შემთხვევა, როდესაც საკანონმდებლო ნორმის გამოცემა ხდება რამოდენიმე ორგანოს ან პირების თანამონაწილეობით.

ასეთი არის მოკლედ ის განსხვავება, რომელსაც ბინდინგი ხედავს ხელშეკრულებ[ა]ს[ა] და შეთანხმებ[ა]ს შორის და ის ახალი მომენტები (კონტრაჰენტების ნებისყოფათა შეზღუდულობა, განსხვავება ნებისყოფათა შინაარსში და სხვა), რომელსაც ის, აღნიშნულ[ი] განსხვავების გატარების დროს ასახელებს ხელშეკრულების ცნებაში.

ეს შეხედულება თანამედროვე ლიტერატურაში განცალკევებით არა სდგას, პირიქით, იგი მთელი რიგი შემდგომ[ი] ავტორებისაგან შეთვისებულ[ი], ნაწილობრივ მოდიფიკაციამწილ[ი] და სამართლის ცალკე[ული] დარგების სპეციალ[ური] პრობლემების დამუშავებისას გამოყენებული იყო. ჩვენ ძალიან შორს წაგვიყვანდა სხვადასხვა ავტორების შეხედულებათა განხილვა ამ საკითხში, ისე როგორც იმ მოდიფიკაციების აღნიშვნა, რომელნიც შეთანხმების ცნებამ განიცადა შემდგომ[ი] დამუშავების პროცესში; მხოლოდ მოკლედ შევჩერდებით იმ შეხედულებაზე, რომელიც Kuntze-ის¹ მიერ იყო გამომუშავებული, ვინაიდან ეს შეხედულება იმდენად თავისებური არის, რომ ბინდინგის თეორიის უბრალო მოდიფიკაციას კი არ წარმოადგენს, არამედ ახალი იურიდიული ფორმის კონსტრუქციის ცდას აღნიშნავს. თვით ავტორიც, ასევე, უცქერს თავის შეხედულებას (რომელიც, უდა[ვ]ოთ, ბინდინგის თეორიის ზედგავლენით არის გამომუშავებული) და ამ ახალ იურიდიულ ფორმას არა შეთანხმების, არამედ მთლიანი აქტის (Gesamtakt) ცნებით აღნიშნავს. ისე, როგორც ბინდინგი, კუნცე სცდილობს ამ ახალი

¹ Johannes Emil Kuntze, Der Gesam[m]takt, ein neuer Rechtsbegriff (Testgabe f. o. Müller).

იურიდიული ფორმის თავისებურობა გამონახოს ხელშეკრულების ცნებასთან დაპირისპირების საშვალეებით. მთლიანი აქტი, ისე როგორც ხელშეკრულება შეიძლება განხორციელდეს იქნეს მხოლოდ რამოდენიმე პირის მონაწილეობით, ე.ი. აღნიშნულ[ი] პირების მხრით ნებისყოფის გამოაშკარავების გზით. მაგრამ ხელშეკრულებიდან განსხვავებით, მთლიანი აქტის შესრულების დროს აქტის შემსრულებლები ერთი მეორესადმი კი არ არიან დაპირისპირებული და ამიტომ კონტრაჰენტებს კი არ წარმოადგენენ, არამედ გამოდიან, როგორც ერთი მხარე. აქედგან გამომდინარეობს მცირე განსხვავებაც, რომელიც იმაშიდ მდგომარეობს, რომ განსხვავებით ხელშეკრულებიდან მთლიანი აქტის იურიდიული ეფექტი აქტის შემსრულებელ[ი] პირების ინდივიდუალურ[ი] უფლებრივ[ი] სფეროს გარეშე არის და აქტის შემსრულებლებს შორის იგი არ ამყარებს არავითარ იურიდიულ კავშირს, არავითარ ურთიერთ უფლებრივ მიმართებებს¹.

¹ op. cit. S. 45.

**რეპენზია სისხლის სამართლის დოცენტის მოვალეობის
შემსრულებლის ბორის გაქარიას ძე ფურცხვანიძის სადისარტაციო
თემაზე: „1864 წლის რეფორმები“***

† პროფესორი ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი (1872-1939)

კანდიდატის სამეცნიერო ხარისხის მოსაპოვებლად წარმოდგენილი დისერტაციის დადებითი მხარეებია: 1) რაოდენობრივად შთამბეჭდავი სალიტერატურო მასალა, რომელსაც ავტორი მიუთითებს დისერტაციის ბოლოში, როგორც თავისი ნაშრომის საფუძველს; 2) როგორც რეფორმამდელ [პერიოდში], ისე მის შემდეგ, რუსეთში გაშვებული სასამართლო წესების სურათის მთლიანობა. 3) არ მოკლებულია ელევანტურობას და, უმრავლეს შემთხვევაში - ზუსტი დასკვნები.

* რუსული ხელნაწერი დედანი დაცულია საქართველოს ეროვნულ არქივში. იხ. უახლესი ისტორიის ცენტრალური არქივი, ფონდი 471, ანაწერი 19, საქმე 268, ფურცლები 27-36. ქართული თარგმანი შესრულებულია თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებულ პროფესორის, სამართლის დოქტორ მარინა გარიშვილის მიერ და ქვეყნდება პირველად. პროფ. ბორის ფურცხვანიძემ იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატის სამეცნიერო ხარისხის მოსაპოვებლად დისერტაცია 1939 წელს დაიცვა თემაზე - „1864 წლის სასამართლო რეფორმა რუსეთში“. დისერტაციის ოფიციალურ ოპონენტებად თავდაპირველად დაინიშნენ პროფესორი ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი და პროფესორი იროდიონ სურგულაძე, ხოლო ეს უკანასკნელი შემდეგ პროფესორმა ალექსანდრე ვაჩიშვილმა შეცვალა [თ.ნ.].

თარგმნილი ტექსტის უკეთ გაგების მიზნით, მთარგმნელის მიერ ოთხკუთხა კავებში ([...]) ჩამატებულია დამაზუსტებელი სიტყვები ან ასოები, რომლებიც მართალია ორიგინალ ხელნაწერ ტექსტში არ გვხვდება, მაგრამ მკითხველს დახმარებას გაუწევს თარგმნილი ტექსტის უკეთ გასაგებად [მ.გ.].

† ცნობილი ქართველი იურისტი, ადვოკატი, პოლიტიკური დამცველი, საქართველოში უმაღლესი იურიდიული განათლების ფუძემდებელი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სისხლის სამართლის კათედრის პროფესორი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სამოქალაქო სამართლის კათედრის გამგე, ფილოსოფოსი, ხელოვნებათმცოდნე, თეატრმცოდნე [თ.ნ.].

სუსტ მხარეებს წარმოადგენენ: 1) [ზედმეტი] დაჩქარება ისეთი თემის შემუშავებისას, რომელიც მოითხოვს დიდ თეორიულ მომზადებას სამართლის სფეროში. 2) რაოდენ საკვირველიც არ უნდა იყოს, პირველწყაროების უცოდინრობა და სურვილი, რომ ყველაფერი აგებული ყოფილიყო სალიტერატურო ნაშრომებზე; კერძოდ, 1864 წლის წესდების გადასინჯვისათვის [შექმნილი] კომისიის შრომები; 2) ისტორიულ ნაწილში, რომელიც ეძღვნება 1864 წლის რეფორმამდელ სამართალწარმოების წესებს, ავტორის მიერ არ ეთმობა ყურადღება იმ მითითებებს, რომლებიც მოიპოვება ლიტერატურაში, პეტრე I-ის კანონმდებლობის ორიგინალობის, დაკითხვის დროს დეპუტატთა ინსტიტუტისა და მტკიცებულებათა ფორმალური თეორიის დაცვითი ფორმის მიმართ. 3) დისერტაციის ყველაზე საპასუხისმგებლო ნაწილში, რომელიც ეძღვნება სასამართლო რეფორმის საფუძვლების ჩამოყალიბებას, ავტორი სრულებით უგულებელყოფს როგორც სისხლის სამართლის, ისე სამოქალაქო სამართალწარმოების პროცესის დისპოზიციურობის პრინციპის შესახებ მოძღვრებას, რომლებიც ძალზედ მკაფიოდ იყო ჩამოყალიბებული შემდგენელებისა და კომისიის წევრების მიერ პროექტის განხილვის დროს.

სისხლის სამართლის პროცესში - დემოკრატიულობის საწყისები, მტკიცებულებათა თავისუფალი შეფასების (იხ. სამოქ. სისხლ. სასამართ. შეტან. შესწ. სახელმწიფო კანცელარიის გამოც., 1866 წელი), მატერიალური ჭეშმარიტებისა (იქვე) და ა.შ. და სამოქალაქო პროცესში დისპოზიციურობის საწყისები, და საბრალდებო ხელისუფლების სასამართლო ხელისუფლებისგან და სასამართლო ხელისუფლების - დაცვისგან გამიჯვნა (იქვე).

[4)]¹ შეჯიბრებითობის საწყისების ანალიზის დროს, ავტორი არ დგას არც ისტორიულობის ნიადაგზე, არც თეორიის ნიადაგზე. ის ეწინააღმდეგება მონაცემებს, რადგან სასამართლო წესდების შემდგენელები შეჯიბრებითობის პრინციპის [ცნებაში] გულისხმობდნენ უნივერსალურ გზას და ცდილობდნენ მისგან გამოეყვანათ, სხვა ყველა თუ არა, ყოველ შემთხვევაში, მრავალი საწყისი მაინც. ავტორი კი უფრო ვიწრო გაგებით

¹ რეცენზიის ავტორისეულ ხელნაწერ ტექსტში აღნიშნული ადგილი არ არის დანომრილი [მ.გ.].

აღიქვამს [შეჯიბრებითობას]. თეორიას არ ეთანხმება დისერტანტის მრწამსი, რადგან, ავტორის აზრით, შეჯიბრებითობა [სასამართლო] პროცესში შობს ბრალდებულის მდგომარეობას, როგორც სუბიექტისას, მაშინ, როცა თეორია ამტკიცებს, რომ პიროვნების მიმართ თანდაყოლილი და განუსხვისებელი უფლებების აღიარებით, კანონმდებელი ვალდებულებას იღებდა [შემოედო] პროცესის ისეთი ფორმები, რომლებშიც ეს სუბიექტი შესძლებდა დაცვაზე საკუთარი უფლების განხორციელებას.

შეჯიბრებითობა სულაც არ არის თანასწორობის ტოლფასი, როგორც ამას ამტკიცებს ავტორი. თეორია განასხვავებს შეჯიბრებით პროცესს, - როგორც მხოლოდ მხარეთა უფლების აღიარებას მტკიცებულებათა შეგროვებასა და სასამართლოში წარდგენაზე, შეჯიბრებითი ფორმისაგან, - როგორც სასამართლოსადმი მიმართული კანონმდებლის მოთხოვნა, მისცეს მხარეს მტკიცებულებების წარმოდგენის [უფლება], მეორე მხარეს მისცეს მოწინააღმდეგის განცხადების მოსმენის [შესაძლებლობა] და მისცეს მას განცხადების ირგვლის [მოსაზრების] გამოთქმის [უფლება] და არ გადაედგა ნაბიჯი მეორე მხარის მოსმენამდე (*Audiat et altera pars*).

5) პროკურატურისა და ადვოკატურის შესახებ თავი არ წარმოადგენს ინტერესს.

ფურცხვანიძის ნაშრომი თეორიულადაც სუსტია. [ხოლო] როგორც რეფორმამდელი, ისე რეფორმის დროინდელი სასამართლო წესების ასახვა - ნაშრომი წარმოადგენს ინტერესს. დასურათება, ზოგიერთი გამოწვევის გარდა, სწორია. რეფორმის პროგრესულობა მკვეთრად ხაზგასმულია ავტორის მიერ. სწორად არის მოთხრობილი რეაქციული წრეების ბრძოლა რეფორმის წინააღმდეგ; სწორად არის მითითებული რეფორმის კლასობრივი ხასიათიც, ქონებრივ სფეროში დამნაშავეების გასამართლება შეჯიბრებითობაზე დაფუძნებულ სისხლის სამართლის პროცესით შეიძლებოდა. ასეთია სასამართლო წესდების შემდგენელთა ღრმა რწმენაც. ამითვე მიიჩნიეს მათ ბურჟუაზიულად საკუთარი სასამართლო.

აღნიშნული საფუძვლებით, მე შესაძლებლად მიმაჩნია ამხ[ანავ] ფურცხვანიძის დაშვება მისი დისერტაციის საჯარო დაცვაზე.

**Рецензия на диссертацию и[сполняющего] об[язанности]
доцента уг[оловного] права Бориса Захарьевича
Пурцхванидзе на тему: «Реформы 1864 года» ***

† Профессор Луарсаб Андроникашвили (1872-1939)

Положительной стороной диссертации, представленной на соискание ученой степени кандидата, является: 1) Внушительный по количеству литературный материал, указанный автором в конце диссертации как основание своей работы. 2) Цельность картины судебных порядков, царивших в России как до реформы, так и после нея¹. 3) Не лишенный элегантности, и в преобладающем числе случаях - точный вывод.

Слабыми сторонами являются: 1) спешка в разработке такой темы, кот[орая] требует большой теоретической подготовки в сфере права. 2) Как ни странно, незнание с первоисточниками и желание построить все на литературных разработках; в частности, с работами комиссии по пересмотру уставов 1864 года; 2) В исторической части, посвященной судопроизводственным порядкам

* Русскоязычный рукописи подлинник хранится в Национальном Архиве Грузии. См. Центр. Архив Новейшей истории, фонд 471, опись 19, дело 268, лист 27-36. Научный редактор: Ассоц. проф. Юридического факультета ТГУ, доктору права Марине Гаришвили ([М.Г.]). Публикуется в первый раз. Проф. Борис Пурцхванидзе в 1939 году защитил диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук, на тему – «Судебная реформа 1864 года в России». Официальными оппонентами, первоначально, были назначены профессор Луарсаб Андроникашвили и профессор Иродион Сургуладзе, которого впоследствии заменил профессор Александр Вачейшвили [Т.Н.].

С целью лучшего восприятия текста, научный редактор применил четырехугольные скобки ([...]), с дополнением уточнительных слов или букв, которых, несмотря на то, что не встречаем в самом тексте, они способствуют успешному воспроизведению текста [М.Г.].

† Прославленный грузинский юрист, адвокат, политический защитник, один из основоположников высшего юридического образования в Грузии, профессор кафедры уголовного права Юридического факультета ТГУ, заведующий кафедрой гражданского права Юридического факультета ТГУ, философ, искусствовед, театровед [Т.Н.].

¹ нея - древнерусское, в современном литературном языке используется слово «нее» [М.Г.].

до реформы 1864 года, не обращено автором внимания на указания, имеющиеся в литературе, на оригинальность законодательства Петра I, на институт депутатов при допросах и защитную форму формальной теории доказательств. 3) В наиболее ответственной части диссертации, посвященной изложению основ судебной реформы, автор совершенно не обратил внимание на учение принципа диспозитивности процесса как уголовного, так и гражданского судопроизводства, которые были очень отчетливо сформулированы составителями и членами комиссии при обсуждении проекта.

В уголовном процессе – начала демократичности, свободной оценки доказательств (см. внес. из. к гр.у. Суд. Изд. Госканцелярии 1866 года), материальной истины (там же) и т.д., и начала диспозитивности в гражданском процессе, и начала отделения обвинительной власти от Судебной и Судебной от защиты (там же).

[4)]¹ При анализе начала состязательности, автор не стоит ни на почве истории, ни на почве теории. Он противоречит данным, потому что составители Судебного устава понимали под принципом состязательности путь универсальный и старались выводить из него, если не все другие, то во всяком случае, многие начала. Автор же понимает более узко. С теорией несогласны воззрения диссертанта, потому что, по автору, состязательность порождает положение обвиняемого в процессе как субъекта, в то время, как теория доказывает, что с признанием за личностью прав врожденных и неотчуждаемых, законодатель обязывался [вводить] такие формы процесса, в котор[ых] этот субъект мог бы осуществить свои права на защиту.

Состязание не тождественно равноправию, как утверждает автор. Теория различает состязательный процесс, – как признание права собирания доказательств и представления их суду только за сторонами, от состязательности формы, – как требования, обращенн[ые] законодателем [к] суду, дать стороне представить доказательства, дать другой стороне выслушать заявление противника и предоставить ему высказаться по заявлениям и не предпринимать шагов до выслушивания другой стороны (*Audiatur et altera pars*).

¹ Нет нумерации в тексте рецензии [М.Г.].

5) Глава о прокуратуре и адвокатуре не представляет интереса.

Труд Пурцхванидзе слаб теоретически. Как изображение порядков в судах дореформенных, и также реформы – труд представляет интересен. Картины, за некоторыми исключениями, правильны. Прогрессивность реформы отчетливо подчеркнут[а] автором. Правильно рас[с]казана¹ борьба реакционных кругов против реформы; правильно указан и классовый характер реформы, преступников в имущественной сфере мог бы судить уголовный проц[есс], котор[ый] был состязанием. Таково глубокое убеждение составителей Судебных уставов. Этим они признали свой суд буржуазным.

По сим основаниям, я признаю возможным допускание т[оварищем] Пурцхванидзе к защите публичной своей диссертации.

¹ рассказана - древнерусское, в современном литературном языке используется слово «рассказана» [М.Г.].

მორალური ზიანის ანაზღაურება*

† გრიგოლ რცხილაძე (1876-1934)

რუსეთის და უკრაინის სპეციალურ იურიდიულ ლიტერატურაში დროგამოშვებით იბეჭდება წერილები მორალურ[ი] ზიანის ანაზღაურებაზე, მაგრამ აზრთა სხვადასხვაობა ამ საგანზე ჯერ დაძლეული არ არის. როგორც ანაზღაურების მომხრენი, ისე მოწინააღმდეგენი პოულობენ არსებულ კანონებში საფუძველს თავის[ი] შეხედულების გამართლებისათვის, რაც არსებითად მხოლოდ იმის მაჩვენებელია, რომ ნამდვილათ საბჭოთა კანონმდებლობაში ეს საკითხი ღიათ არის დატოვებული და მის[ი] გადაწყვეტა უნდა მოხდეს საბჭოთა სამართლის ზოგად[ი] მიზნების[ა] და მიმართულების მიხედვით. მართალია, რუსეთის და უკრაინის უზენაეს[ი] სასამართლოების საკასაციო კოლეგიების პრაქტიკა 1924 წლიდან გარკვეულათ აღიარებს, რომ მორალურ[ი] ზიანის ანაზღაურება საბჭოთა სამართლისათვის უცხო ინსტიტუტიაო, მაგრამ ეს გარემოება თავისთავათ არ დააბრკოლებს საწინააღმდეგო პრაქტიკის შემოღებას, თუკი ძირითადი შეხედულება საგანზე გამოირკვა საბოლოოთ იმ მიმართულებით, რომ მორალური ზიანი არ უნდა რჩებოდეს აუნაზღაურებელი.

* პირველად გამოქვეყნდა 1928 წელს ჟურნალში - „საბჭოთა სამართალი“. იხ. რცხილაძე გ., მორალური ზიანის ანაზღაურება, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №4, 1928 [თ.6].

† ცნობილი ქართველი ცივილისტი, დამცველთა კოლეგიის წევრი, ადვოკატი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სამოქალაქო სამართლის კათედრის ლექტორი, ჟურნალისტი, პუბლიცისტი, კრიტიკოსი, ლიტერატურათმცოდნე, ქართული სიტყვა-კაზმული მწერლობის საზოგადოების თავმჯდომარე, ქართველთა შორის წერა-კითხვის გამავრცელებელი საზოგადოების წევრი, სოციალ-ფედერალისტთა პარტიის ერთ-ერთი ლიდერი, პეტერბურგის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის კურსდამთავრებული, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დაარსების საზოგადოების წევრი [თ.6].

იმისთვის, რომ მორალურ[ი] ზიანის იურიდიული პრობლემა გაიხსნას, საჭიროა გამოირკვეს შემდეგი სამი საკითხი: ა) რას ეწოდება მორალური ზიანი და რამდენათ რეალურია იგი; ბ) რა საფუძველი აქვს ზიანის რეპარაციას, საერთოთ, და მორალურისას, კერძოთ, და გ) რამდენათ შესაძლებელია მორალურ[ი] ზიანის ანაზღაურება ფულადი საზღაურით და რამდენათ მიზანშეწონილია ამ უკანასკნელის შემოღება. აი, სწორეთ ამ საკითხებზე გვექნება მსჯელობა ამ წერილში.

მორალური ზიანი უპირისპირდება მატერიალურ ანუ ქონებრივ ზიანს. მატერიალურია ზიანი არა მარტო იმ შემთხვევაში, როცა ზიანს ქონებისთვის ვნების მიყენების ხასიათი აქვს, არამედ ყოველთვის, როცა ზიანი შეიძლება შეფასებულ იქნეს ფულზე, სამოქალაქო ბრუნვის წესების თანახმად. ზიანი, რომელიც ფულადი ეკვივალენტით შეიძლება გამოთქმულ იქნეს, ყოველთვის მატერიალური ანუ ქონებრივი ზიანია, იმის განუკითხავათ, თუ რა თვისებები ახასიათებს იმ სიკეთეს, რომლის ვნების შედეგსაც წარმოადგენს ეს ზიანი. სიკეთე შეიძლება მორალური იყოს, ამ სიკეთის ვნება კი, ქონებრივ ზიანს წარმოადგენდეს, და პირიქით, სიკეთე შეიძლება მატერიალური იყოს, ხოლო იმის ვნებას მორალური ზიანი ჰქონდეს შედეგად. ნდობა ანუ კრედიტი¹, რომელიც აქვს პირს საქმიან წრეებში, წმინდა მორალურ[ი] თვისების სიკეთეა, ხოლო ვნება, მიყენებული ამ სიკეთისთვის, მაგ[ალითად], ისეთი ცრუ ხმების გავრცელებით ამ პირისა და მისი ქონებრივი მდგომარეობის შესახებ, რაც მას კრედიტს შეურყევს და დაუკარგავს, მატერიალური ანუ ქონებრივი ზიანია. ნივთი, მიღებული სახსოვრათ მეგობრისაგან, მატერიალური სიკეთეა, ხოლო ამ ნივთის დაღუპვა ინვეცს ხშირათ ზიანს, რომელიც საგრძნობელია დამკარგავისთვის არა იმდენათ ნივთის ფასის გამო, რამდენათაც იმ მოგონებათა გამო, რომელნიც შეკავშირებული არიან შემეცნებაში ამ ნივთთან, და ამიტომ ზიანიც მორალურია და არა მატერიალური. ზიანის მორალური ხასიათი დამოკიდებულია არა ვნებულ[ი] სიკეთის თვისებისაგან, არამედ ვნების შედეგის იმ თვისებისაგან, რაც ამ შედეგის ქონებრივ შეფასებას და ფულად ეკვივალენტში გამოხატვას შეუძლებლათ ხდის. ხშირათ ზიანი ერთსა და იმავე დროს

¹ იგულისხმება რეპუტაცია [თ.ნ.].

მორალურიც არის და მატერიალურიც, მაგრამ ეს შეხვედრა¹ წარმოადგენს მათ გამომწვევ გარემოებათა იგივეობას და არა თვით მატერიალურ[ი] და მორალურ[ი] ზიანის იგივეობას.

ხშირათ პიროვნებისთვის და ქონებისთვის ვნების მიყენებას უპირისპირებენ ერთმანეთს და ამ დაპირისპირების ნიადაგზე განარჩევენ მატერიალურ[ი] ზიანისაგან მორალურ ზიანს, თითქოს მორალური ზიანი და საპირადლო ზიანი ერთმანეთს ჰფარავდნენ. ასეთი დაპირისპირებაა მოცემული სამ[ოქალაქო] სამ[ართლის] კოდექსის] 403-ე მუხლში. როგორც ზემოთ მოცემულ[ი] განმარტებიდან ჩანს, ნამდვილათ საპირადლო ზიანი და მორალური ზიანი ერთმანეთისაგან არსებითად განსხვავებული ცნებებია. საპირადლო ყოველი ზიანი, რომელიც კი ჩნდება პირადობისთვის ვნების მიყენებით, თუნდაც ეს ზიანი ფულზე გადაიტანებოდეს, ხოლო მორალურია ისეთი ზიანი, რაც ფულადი ეკვივალენტით არ გამოიხატება, თუნდაც გამოწვეული იყოს ქონების და არა პირადობისთვის ვნების მიყენებისაგან. საპირადლო სიკეთენი, მაგ[ალითად], ჯანმრთელობა და ფიზიკური შეუვალლობა, თავისთავად ქონებას არ წარმოადგენენ და ფულადი რაოდენობით არ შეფასდებიან, მაგრამ იერიში, მიტანილი ამ სიკეთეზე, ხშირათ შრომის უნარს უსპობს ან უმცირებს პირს, ხოლო ეს კი შეკავშირებულია იმ შემოსავლის შემოკლებასთან, დაკარგვასთან, რასაც წინათ ადამიანი თავისი შრომით შოულობდა. ზიანი, წარმომდგარი ჯანმრთელობისთვის ვნების მიყენებისაგან, რამდენათაც ეს ზიანი გამოიხატება შემოსავლის დაკარგვით ან შემცირებით, ქონებრივი ანუ მატერიალურია და ანაზღაურდება სათანადო ფულადი თანხის გადახდევინებით, მაგრამ სრულიად უეჭველია, რაც გინდ ზუსტი მათემატიკურის სისწორით იქნეს ნაანგარიშევი დაკარგულ[ი] შემოსავლის რაოდენობა, ეს მაინც ვერ შეავსებს დაკარგულ ჯანმრთელობას. ამოუვსებელი დარჩება სწორეთ ის, რაც აღემატება მატერიალურ ზიანს და შეადგენს მორალურ ზიანს. ჯანმრთელობის მნიშვნელობა არ ამოიწურება იმით, რომ ის შესაძლებლობას აძლევს ადამიანს იშრომოს და შრომის სასყიდელი მიიღოს. ჯანმრთელობა აძლევს ადამიანს ამის გარეშე ცხოვრების საერთო საამურ ტონს, რო-

¹ sic [თ.6].

მელიც შემოსავალს არ მოიყვამა, მაგრამ მაინც სრულიად რელურ ღირებულებას წარმოადგენს, იმდენათ ძლიერს და ძვირფასს, რომ ჯანმრთელობისათვის მიყენებული ვნება საგრძნობელია და მტკივნეული თავის[ი] მორალური ზიანის შედეგით უფრო მეტათ და უფრო მწვავეთ, ვიდრე ქონებრივი ზიანის შედეგით.

ეს მაგალითი ამტკიცებს, რომ მორალური ზიანი არის არა მდგომარეობის ზნეობრივი შეფასება, არამედ სრულიად რეალური ვნება, განაცადი ადამიანის სულიერი ორგანიზაციის მიერ და ხშირათ უფრო მტკივნეული, ვიდრე მატერიალური ზიანი. თუ საჭიროა უფრო რელიეფურათ იქნეს წარმოდგენილი მორალურ[ი] ზიანის რეალობა, შეიძლება ავიღოთ, მაგ[ალითად], შემთხვევანი ავტომობილის ან რკინის გზის მიერ ბავშვის გასრესისა, საგანგებოთ შემზადებული სითხით პირისახის დასახიჩრების, საპირადო საიდუმლოების გა[მო]ქვეყნებისა, შეურაცხყოფის წერილის მიღებისა და სხვა. ბავშვს ჯერ კიდევ ხანგრძლივი მოვლა და აღზრდა ესაჭიროებოდა, მშობლები ამის ხარჯისაგან განთავისუფლდნენ, ქონებრივათ უბედური შემთხვევა არა თუ არავის რას აკლებს, პირიქით, შემატებს, მაგრამ ვის აღეძვრის ეჭვი, რომ მშობლებისთვის ბავშვის დაღუპვა, განსაკუთრებით, თუ მათ სხვა ბავშვი არ ჰყავთ, მტკივნეულია, ზიანია. პირისახის დასახიჩრებას შეიძლება არ მოჰყვეს შრომის უნარის არავითარი შემცირება, მაგრამ ვინ იფიქრებს, რომ ზიანი არ იყოს ის გარემოება, რომ დასახიჩრებულს ყველა ერიდება, განზე გაურბის, ხოლო თვით დასახიჩრებულმა კი იცის, რომ მისი სახის სანახაობა იწვევს ასეთ მოპყრობას და მთელ[ი] თავის[ი] სიცოცხლის განმავლობაში ვერაფრით ამას ვერ უშველის... გაგრძელება ამ მაგალითების ანალიზისა და სხვა მაგალითების დასახელება ზედმეტათ მიგვაჩნია. უიმისოთაც სრულიად ნათელია, რომ მორალური ზიანი ისეთივე რეალობაა, როგორც მატერიალური, ხოლო ზოგჯერ უფრო მტკივნეული, ვიდრე ეს უკანასკნელი.

სამართალი, რომ მატერიალურ[ი] ზიანის აღდგენას (რეპარაციას) უნდა აწესებდეს, ეს ეჭვმიუკარებელი დებულებაა; იმდენათ ელემენტარული და უდავო, რომ ჩვეულებრივ არც კი ვინმე კითხულობს, რა საფუძველი აქვს და რა ამართლებს მას. რა თქმა უნდა, ამ საფუძველს იძლევა არა ობიექტიური არსებობა ქონების, ე.ი. საბოლოო ანგარიშით

იმ ნივთების, რომლებითაც ადამიანს თავისი საჭიროებანი და მოთხოვნილებანი შეუძლიან დაიკმაყოფილოს, არამედ ამ ნივთების კუთვნილება პირისთვის. გამართლება მატერიალურ[ი] ზიანის ანაზღაურებისა მდგომარეობს არა ნივთებში, არა ქონებაში თავისთავად, არამედ პიროვნებაში, პირისთვის ნივთის კუთვნილებაში. გამოსავალი წერტილი მატერიალურ[ი] ზიანის ანაზღაურებისთვის არის არა ნივთი, არამედ პირი. სამართალი იცავს და იფარავს პირის იმ მდგომარეობას, რაც მას შესაძლებლობას აძლევს განახორციელოს ადამიანური ბედნიერება; ეს მდგომარეობა გულისხმობს სხვადასხვაგვარ სიკეთეს, რაც ადამიანს თავის განკარგულებაში აქვს. ამ სიკეთეთა ბუნება და რაობა ცვალებადია და განისაზღვრება კულტურულ[ი] წარმატების დონით. სია იმ სიკეთეთა, რაც ადამიანს შეუძლიან გამოიყენოს ბედნიერების მისაღწევად და გასამტკიცებლად, კულტურულ[ი] წარმატების პროცესში ფართოდება, ხოლო დედააზრი ამ სიკეთეთა კუთვნილების დაცვისა სამართლის მიერ უცვლელად რჩება და ეს დედააზრი არის პირი, რომლის გულისთვისაც დანესებულია, როგორც რომაელები ამბობდნენ, მთელი სამართალი (*omne jus hominum causa constitutum est*); ვინაიდან მიყენებულ[ი] ვნების ანაზღაურების საფუძველს შეადგენს პირისათვის სიკეთეთა კუთვნილება, ამიტომ სრულიად ინდიფერენტული გარემოებაა ის, თუ რა ხასიათი აქვს სიკეთეს, რომლის წართმევა ან შელახვაც წარმოადგენს ზიანს, ისე როგორც ინდიფერენტულია ის, თუ რა სპეციალური თვისებები აქვს სიკეთის შელახვით პირის მიერ განცდილ ზიანს. მატერიალურია თუ იმმატერიალური სიკეთე და ზიანი, სამართალი თავის დანიშნულებას უღალატებს, თუ არ დაიფარავს პირს იმ სიკეთეთა მფლობელობის მდგომარეობაში, რომლებითაც ადამიანი ქმნის და ამტკიცებს ადამიანურ ბედნიერებას. ამნაირათ, ურყევ დებულებათ შეიძლება იქნეს აღიარებული, რომ მორალური ზიანის რეპარაციას იგივე საფუძველი აქვს, რაც მატერიალურ[ი] ზიანისას. არავითარი სპეციალური გამართლება მორალური ზიანის რეპარაციისათვის საჭირო არ არის. ეს გამართლება გამომდინარეობს თვით სამართლის უძირითადესი დანიშნულებიდან.

კაცობრიობის განვითარება დახასიათდება სხვათა შორის იმით, რომ კულტურის პირველ საფეხურებზე ადამიანი ყველა თავის წარმოდგენას,

ფიქრს და იდეას აძლევს გრძნობად საგნობრივობის სანახაობას, მაგრამ რაც უფრო წარმატებაში შედის, მით მეტათ თავისუფლდება იგი ამ პირველყოფილ[ი] გრძნობადობისგან და მისი მსოფლმხედველობა უფრო რეალისტური ხდება. რომაელების სამართალი ხედავდა მხოლოდ სხეულით სხეულისთვის მიყენებულ ზიანს (*damnum corpore corpori datum*) და მხოლოდ ამ გრძნობადობის სამოსელში გახვეულ ზიანს სთვლიდა სამოქალაქოუფლებრივ[ი] რეპარაციის ღირსათ, მაგრამ ჩვენს დროში ზიანის ცნების მომწყვედვა ასეთ ვიწრო ჩარჩოებში შეუწეწარებელი ანაქრონიზმი იქნებოდა. ჩვენს დროში არც კი ვინმე დავობს სერიოზულათ მორალურ[ი] ვნების რეპარაციის საფუძვლიანობის წინააღმდეგ; სადავო და საკამათოა არა გამართლება მორალურ[ი] ზიანის რეპარაციის, არამედ შესაძლებლობა ამ რეპარაციის მიღწევისა სამართლისთვის იმ საშუალებებით, რაც მას გააჩნია.

ზიანის რეპარაციისთვის სამართლის განკარგულებაში მხოლოდ ორი საშუალებაა: აღდგენა იმ ფაქტიური მდგომარეობისა, რაც ვნების მიყენებამდე არსებობდა (ე.წ. რესტიტუციო) და ფულადი თანხის გადახდევისებით ანაზღაურება იმ დანაკლისის, რასაც განცდილი ზიანი გულისხმობს (ე.წ. კომპენსაციო). რესტიტუციო მორალურ[ი] ზიანისთვის სრულიად მიუმატავებელია, მწუხარება, ტანჯვა, სულიერი დაკოდილობა, ერთხელ ადამიანის მიერ განცდილი ამოუშლელია მის[ი] სულიერ[ი] აგებულებიდან და ამიტომ სამართალი მორალურ[ი] ზიანის მალამოთ რესტიტუციოს ვერ იხმარს. რჩება ფულადი ანაზღაურება და დავაც სწორეთ აქ სწარმოებს: შეიძლება თუ არა ფულადი თანხის გადახდევისებით ანაზღაურებულ იქნეს მორალური ზიანი?

დასავლეთ ევროპის ქვეყნების სამართალი და პრაქტიკა ამ საკითხს ყველგან დადებითს პასუხს აძლევს, მაგრამ სხვადასხვა მოცულობით. განირჩევა ფრანგულ-ინგლისური სისტემა პრინციპიულურათ მორალურ[ი] ზიანის ფულადი ანაზღაურების დაშვებისა ყოველთვის სპეციალურათ კანონში ნაჩვენებ[ი] გამოწვევების გარდა და გერმანული სისტემა, ასეთი ანაზღაურების შესაძლებლობისა მხოლოდ იმ საგანგებო შემთხვევებში, რაც სპეციალურათ ნაჩვენებია კანონში. პირველი სისტემა მიღებული აქვს ინგლისს, საფრანგეთს, ესპანეთს და საერთოდ ლათინთა რასის ქვეყნებს, მეორე სისტემა მოქმედობს გერმანიაში, ავსტრიაში და ნაწილობრივ იტალიაში. საინტერესოა აღინიშნოს, როგორც ნიმუში

სამართლის საკითხებისთვის კლას[იკ]ური თვალსაზრისის მიმარჯვე-
ბისა, რომ ინგლისში აკრძალულია იმ მორალურ[ი] ზიანის ფულადი
ანაზღაურება, რომელიც წარმოსდგება მუშაობის შესრულების დროს
მშრომელის ფიზიკურ[ი] დახიზნების ან ჯანსაღობის შელახვისაგან.
გერმანიის სამოქალაქო სამართლის დებულებაში შეტანილია მხო-
ლოდ ორი პარაგრაფი, რომელნიც შეიცავენ იმ შემთხვევათა ამომწუ-
რავ ჩამოთვლას, სადაც შესაძლოა არის აღიარებული მორალური
ზიანის, ან როგორც თვით ტექსტი ამბობს, არაქონებრივ[ი] ზარალის
ფულადი ანაზღაურება. ეს სპეციალური შემთხვევებია: სხეულის ან
ჯანმრთელობის შელახვა, ქალის მიმართ ისეთი დანაშაულობის ჩადენა,
რაც ზნეობის გადალახვას წარმოადგენს ან მის დაყოლიებას ქორ-
წინების გარეშე ცოლქმრულ ცხოვრებაზე მოტყუებით, მექარით ან
ხელქვეითობის ბოროტათ გამოყენებით (§847) და საქმროს მიერ
გარეშე საპატიო მიზეზისა სასძლოს მიტოვება, თუ მათ შორის სასძლოს
თანხმობით ცოლქმრული კავშირი არსებობდა (§1300). ინგლისში გა-
ნარჩევნ მორალურ[ი] ზიანის ორნაირ ფულად ანაზღაურებას: ნომი-
ნალურს და სამაგალითოს (nominal and exemplary damages). ნომინა-
ლური ანაზღაურება არის მცირედი თანხის გადახდევინება მორალუ-
რათ დაზიანებულის სასარგებლოთ, ჩვეულებრივ ერთი ან რამდენიმე
შილინგის რაოდენობით, თითქოს გადალახულ[ი] უფლების აღიარების
ნიშნათ. სამაგალითო ანაზღაურება კი, საკმაოდ დიდ თანხას წარ-
მოადგენს, ზოგჯერ რამდენიმე ათას გიქვანქა სტერლინგს და მას
თითქოს კერძო სასჯელის ხასიათი აქვს. განსაკუთრებით ფართოთ
მიუმარჯვებენ მორალურ[ი] ზიანის ფულად ანაზღაურებას საფრანგეთის
სასამართლოები, რომელთა პრაქტიკითაც შემუშავებულია მთელი სის-
ტემა მორალურ[ი] ზიანის ანაზღაურების ნორმებისა.

ეს მოკლე მიმოხილვა ევროპიულ[ი] ქვეყნების სამართლისა ამტ-
კიცებს, რომ მორალური ზიანის ანაზღაურება შეტანილია თანამედროვე
სამოქალაქო სამართლის სისტემაში, როგორც ერთ-ერთი ისეთი ინს-
ტიტუტი, რომელსაც გვერდი არ აექცევა. თუ ისტორიულ წარსულში
პოზიტიური სისტემები ამ ინსტიტუტს არ სცნობდნენ, ეს მხოლოდ იმის
დამამტკიცებელია, რომ მორალურ[ი] ზიანის რეპარაციის აზრამდე
ასამაღლებლათ მოითხოვება შედარებით მაღალი კულტურული დონე
და სამართლის დანიშნულების ისეთი ფართო შემეცნება, რომელიც

სამართლიერ[ი]¹ მფარველობის ღირსათ სთვლის არა მარტო მატერიალურ და ქონებრივ ინტერესებს, არამედ, აგრეთვე, მორალურსაც.

რა თქმა უნდა, ფულადი ანაზღაურება მორალური ზიანის ეკვივალენტი არ არის. მორალი და ფული სულ სხვადასხვა რიგის ცნებებია და მათი გათანაბრება შეუძლებელია, მაგრამ ფულად[ი] თანხის გადახდევენებას მორალურათ დაზიანებულის სასარგებლოთ მაინც განსაზღვრულ[ი] დაკმაყოფილების მნიშვნელობა აქვს. იმ ქვეყნების პრაქტიკა და თეორია, სადაც მორალურ[ი] ვნების ანაზღაურებას ფართე ასპარეზი აქვს მიჩენილი, აღნიშნავს, რომ ფულადი თანხის გადახდევენებას ზოგჯერ საკომპენსაციო მნიშვნელობა აქვს, ზოგჯერ იმ უფლების დადასტურების მნიშვნელობა, რომლის შელახვაც იწვევს მორალურ ზიანს, ზოგჯერ გაფრთხილების და ზოგჯერ პირდაპირ კერძო მსჯავრის (ე.ი. კერძო სასჯელის) (იხ. R. Demogue, *Traité des Obligations en Général*, I, t-IV, p. 43-86.). მორალურ[ი] ზიანის რეპარაციისთვის მთლიანათ შესაფერისი საშუალება არ არსებობს. ფულადი ანაზღაურება მხოლოდ სუროგატი და არა პირდაპირი სარეპარაციო იარაღი, მაგრამ უკეთეს[ი] საშუალების უქონლობის პირობებში საკითხი ისმის ისე, რომ ან სრულიათ უსანქციოთ უნდა იქნეს დატოვებული მორალური ზიანის მიყენება, ან მას სანქციოთ ფულადი თანხის გადახდა უნდა დაენიშნოს. უსანქციოთ რაიმე უფლების შელახვის დატოვება თვით ამ უფლების უარყოფას უდრის და, ამიტომ, უეჭველათ მისაღებია ის შეხედულება, რომ უკეთეს[ი] საშუალების უქონლობის გამო სამართალი ფულადი თანხის გადახდევენებით მაინც უნდა მფარველობდეს იმ უფლებებს, რომელთა გადალახვასაც მოსდევს მორალური ზიანი. მართალია, არ არსებობს არავითარი ობიექტური საზომი იმის გამოსარკვევათ, თუ რაოდენი თანხა უნდა იქნეს გადახდილი მორალურ[ი] ზიანის თით[ო]ეულ შემთხვევაში, ვინაიდან მორალი და ფული თანაზომიერი ოდენობანი არ არიან, მაგრამ სამართლისთვის ეს გარემოება დაუძლეველ დაბრკოლებას არ შეადგენს; გადასახდელ[ი] თანხის რაოდენობის განსაზღვრა ამგვარ შემთხვევებში ენდობა სასამართლოს თავისუფალ მიხედულებას, რომელსაც კანონმდებელი ჩვენს დროში ხშირათ მიმართვას. როგორც ყველა ქვეყნის და ხალხის გამოცდილებით მტკიცდება, რაც

¹ იგულისხმება სამართლებრივი [თ.ნ.].

უფრო მეტი ნდობით აღიჭურვება სასამართლო, მით მეტი სამართლიანობა მიიღწევა. თუ სასამართლოს თავისუფალი მიხედულება სანდო ყავარჯენია დანაშაულობისთვის შესაფერ[ი] სასჯელის ანუ სოციალურ[ი] დაცვის ღონისძიების ამოსარჩევად, რატომ არ უნდა იყოს შესაძლებელი იმავე[ე] სასამართლოს მიხედულებას მიენდოს მორალურ[ი] ზიანისთვის თით[ო]ეულ შემთხვევაში მდგომარეობის და გარემოებათა მიხედვით დანიშნოს რაოდენობა ასანაზღაურებელი თანხისა.

ჩვენ ვფიქრობთ, რომ მორალურ[ი] ზიანის ფულადი ანაზღაურება შემოღებულ უნდა იქნეს, მაგრამ ეს იმას არ ნიშნავს, რომ ყოველგვარი უსიამოვნებისთვის ფულადი ანაზღაურების დაწესება მიგვაჩნდეს მიზანშეწონილად. პირიქით, მორალური ზიანის თით[ო]ეული ტიპიური შემთხვევა შეფასებულ უნდა იქნეს მოქმედ[ი] სამართლის სისტემის საერთო მიზნების თვალსაზრისით და ანაზღაურდეს მხოლოდ ის ზიანი, რაც დაცვის ღირსი მორალური სიკეთის შელახვისაგან წარმოსდგება. მორალური ზიანის ანაზღაურების ინსტიტუტი მისცემს ხელში სასამართლოს მძლავრ იარაღს უშუალო გავლენა იქონიოს მოქალაქეთა ცხოვრების იმ მხარეებზე, რომელთაც ყველაზე უფრო ინტიმური ხასიათი აქვთ და რომელთა გამოვლინებასაც წარმოადგენს ე.წ. ყოფა-ცხოვრება. როგორც უკვე აღვნიშნეთ ამ წერილის დასაწყისში, ჩვენი სამოქ[ალაქო] სამარ[თლის] კოდექსი 403-ე მ[უხლი] არავითარ ფორმალურ დაბრკოლებას არ შეიცავს მორალურ[ი] ზიანის ანაზღაურების შემოღებისთვის, ხოლო შემოღებულ იქნება თუ არა იგი, ეს დამოკიდებულია ჩვენ სასამართლოებზე და სასამართლოთა მოღვაწეობის ხელმძღვანელებზე.

გაუთვალისწინებალი ხელშეკრულებანი*

† გრიგოლ რცხილაძე (1876-1934)

სამოქალაქო სამართლის კოდექსში გათვალისწინებული ხელშეკრულებითი ვალდებულებანი სხვადასხვა ნიშნის მიხედვით შეიძლება დალაგებულ იქნენ ჯგუფებათ. ერთ-ერთი ასეთი ნიშანი არის ის ეკონომი[კ]ური ფუნქცია, რაც ხელშეკრულებით შესრულდება. ამ ნიშნის საფუძველზე სამ[ოქალაქო] სამ[ართლის] კოდექსში გათვალისწინებული ხელშეკრულებანი განიყოფიან ხუთ შემდეგ ჯგუფათ: ა) გასხვისების ხელშეკრულებანი (ნასყიდობა, გაცვლა, ჩუქება), ბ) სარგებლობის და გამოყენების ხელშეკრულებანი (ქირავნობა, სესხი), გ) ნაკეთობის ხელშეკრულებანი (ნარდათ მუშაობა, მიყიდვა-მიწოდება, მიწოდებლობა, რწმუნებულება, კომისია), დ) ამხანაგობის ხელშეკრულებანი (მარტივი ამხანაგობა, სრული ამხანაგობა, ნდობის ამხანაგობა, შეზღუდულ[ი] პასუხისმგებლობის ამხანაგობა, სააქციო საზოგადოება) და ე) უზრუნველყოფის ხელშეკრულებანი (კირავნობა, თავდებობა, ჯარიმა, ბე, დელკრედერე, დაზღვევა).

ხელშეკრულებათა ეს დალაგება ჯგუფებათ ეკონომი[კ]ური დანიშნულების მიხედვით ერთადერთ შესაძლებლობას არ წარმოადგენს. იმავე[ე] ნიშნის მიხედვით შესაძლებელია, აგრეთვე, სხვანაირი დალაგება; მისაღებია, მაგ[ალითად], ცალკე ჯგუფათ იქნენ გამოყოფილი

* პირველად გამოქვეყნდა 1928 წელს ჟურნალში - „საბჭოთა სამართალი“. იხ. რცხილაძე გ., გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულებანი, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №9, 1928 [თ.6.].

† ცნობილი ქართველი ცივილისტი, დამცველთა კოლეგიის წევრი, ადვოკატი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სამოქალაქო სამართლის კათედრის ლექტორი, ჟურნალისტი, პუბლიცისტი, კრიტიკოსი, ლიტერატურათმცოდნე, ქართული სიტყვა-კაზმული მწერლობის საზოგადოების თავმჯდომარე, ქართველთა შორის წერა-კითხვის გამავრცელებელი საზოგადოების წევრი, სოციალ-ფედერალისტთა პარტიის ერთ-ერთი ლიდერი, პეტერბურგის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის კურსდამთავრებული, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დაარსების საზოგადოების წევრი [თ.6.].

კრედიტის ხელშეკრულებანი, მაგრამ ამ სხვაობას არსებითი მნიშვნელობა არა აქვს, ვინაიდან დალაგების, ე.ი. სისტემატიზაციის წესს თავისთავად გადამწყვეტი ძალა არ ეკუთვნის ხელშეკრულებასთან შეკავშირებულ[ი] იურიდიულ[ი] საკითხებისათვის და ის მხოლოდ გვეხმარება გავითვალისწინოთ, რა იურიდიული საშუალებით მიიღწევა სამოქალაქო ბრუნვაში ესა თუ ის ეკონომიკური მიზანი. გაცილებით მეტი მნიშვნელობა აქვს იმ გარემოებას, რომ სამოქალაქო სამართლის კოდექსში თითოეულ[ი] ჯგუფის თითოეულ[ი] სახის ხელშეკრულებაზე ცალკე ლაპარაკობს და თითოეულისთვის ცალკე ნორმებს აწესებს. ეს ნორმები ჰქმნიან თითოეულ[ი] ხელშეკრულების ტიპს და არკვევენ, რა უფლებანი და მოვალეობანი ეკუთვნის ამა თუ იმ ტიპის ხელშეკრულების მონაწილეებს (მხარეებს) ერთმანეთის მიმართ.

სრულიად უდავოა, რომ სამოქალაქო სამართლის კოდექსში გათვალისწინებული თითოეული ტიპი ხელშეკრულებისა მიუთითებს, რა უფლება და რა მოვალეობა აქვს ხელშეკრულების თითოეულ მონაწილეს, მაგრამ ამ უდავო დებულებით გადანყვეტილი არ არის საკითხი იმის შესახებ, თუ რა შეადგენს უფლებათა და მოვალეობათა კუთვნილების წყაროს. ამ კითხვაზე წარმოსადგენია ორი სხვადასხვანაირი პასუხი: ერთი ის, რომ უფლებათა და მოვალეობათა წყარო არის სამოქალაქო სამართლის კოდექსის დადგენილება (ე.ი. ნორმა), ხოლო მეორე ის, რომ წყაროს მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულებას და არა ნორმას, რომელიც არ ჰქმნის უფლებას და მოვალეობას, მხოლოდ უჩვენებს და მიუთითებს ამ უფლებებზე და მოვალეობებზე, როგორც უკვე წარმოშობილზე დადებულ[ი] ხელშეკრულებიდან. არა გვგონია საჭირო იყოს საგანგებოთ შეაჩეროთ იმ მნიშვნელობაზე, რაც ამ ორ სანინაღმდეგო პასუხის შესაძლებლობაშია ჩაქსოვილი. თუ სიმართლე პირველ პასუხს ეკუთვნის, თუ ხელშეკრულებითი უფლებანი და მოვალეობანი ჩნდებიან სამოქალაქო სამართლის კოდექსის ნორმებიდან ლოგიკურად აუცილებელია დასკვნა, რომ არავითარი უფლება და მოვალეობა არ შეიძლება წარმოსდგეს ისეთი ხელშეკრულებისაგან, რომელიც მოხსენებული და გათვალისწინებული არ არის სამოქალაქო სამართლის კოდექსში; პირიქით, თუ სიმართლე მეორე პასუხს ეკუთვნის - თუ უფლებანი და მოვალეობანი კოდექსის ნორმის მიერ

მხოლოდ აღინიშნებიან, წარმოშობით კი ხელშეკრულებიდან წარმოიშობიან, ამ შემთხვევაში, აუცილებელია ვიფიქროთ, რომ ხელშეკრულება, თუნდაც გაუთვალისწინებელი და მოუხსენიებელი კოდექსში, მაინც შესძენს მის მონაწილეებს უფლებებს და მოვალეობებს, რომელნიც კოდექსში ნაჩვენებია და მითითებული არ არიან, მაგრამ მაინც ნამდვილათ წარმომდგარი არიან. ამნაირათ, მეტათ დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობის საკითხი - ჩნდება თუ არა ვალდებულება ისეთი ხელშეკრულებიდან, რომელიც გაუთვალისწინებელი არ არის სამოქალაქო სამართლის კოდექსში გადამწყდება საბოლოოთ დადებითად ან უარყოფითად იმის მიხედვით, თუ რა იქნება აღიარებული უფლებათა და მოვალეობათა წყაროთ - კოდექსი თუ ხელშეკრულება.

უნდა აღინიშნოს, რომ სამოქალაქო სამართლის კოდექსის თანაბარი მნიშვნელობა აქვს ამ მხრივ ყოველ კანონს, რომელიც კი ტიპურ ხელშეკრულებას ითვალისწინებს. კოდექსი უფლებათა და მოვალეობათა წყაროდ შეიძლება იყოს არა იმ თავის თავისებურობის გამო, რომელიც მას გამოაცალკევებს სხვა საკანონმდებლო აქტებიდან, არამედ იმ თავის ხასიათით, რომელიც მას ეკუთვნის როგორც კანონს და საერთო აქვს ყველა სხვა საკანონმდებლო აქტებთან. ამიტომ, ზემოთ მოცემული საკითხის დაყენებაში სამოქალაქო სამართლის კოდექსის ნაცვლათ ყველგან შეგვიძლიან ვიგულისხმოთ პირდაპირ კანონი, სულ ერთია რა სახელწოდება ან გარეგანი ფორმა აქვს მას - კოდექსის, დეკრეტის, დებულების, დადგენილების თუ კიდევ სხვა რამ.

ჩვენ მიერ დაყენებული საკითხი ცნობილია სამართლის მეცნიერებაში დახურულ[ი] რიცხვის (Numerus Clausus) პრობლემის სახელით. ამ საკითხს სანივთო და ვალდებულების სამართლისათვის ყოველთვის ერთმანეთისაგან დამოუკიდებელი და განცალკევებულათ არკვევენ. ადვილი გასაგებია რატომ. სანივთო უფლება ყოველთვის ერთგვარ საჯარო მომენტს შეიცავს, მას აბსოლუტური ხასიათი აქვს, და რა თქმა უნდა, ყოველად მიუღებელია ხელშეკრულება, დადებული განსაზღვრულ[ი] კერძო პირებით თანხმობის საფუძველზე, რაიმე გავლენას მოიპოვებდეს იმ პირების უფლებათა და მოვალეობათა გარეშე, ვინც ხელშეკრულება დადეს. ამ ძირითად[ი] მოსაზრების საფუძველზე, სრულიად უდავოა, რომ სანივთო სამართალში დახურულ[ი] რიცხვის პრინ-

ციპი ურყევად და მტკიცეთ უნდა ტარდებოდეს. საქართველოს უმენაეს[ი] სასამართლოს სამოქალაქო საკასაციო საკრებულოსა და პლენუმის პრაქტიკაში, მართალია, ზოგჯერ იურიდიული მნიშვნელობა აქვს მიცემული ისეთ სანივთოუფლებრივ ხელშეკრულებას, რომლის ტიპიც არც სამ[ოქალაქო] სამ[ართლის] კოდექსში, არც სხვა რაიმე საკანონმდებლო აქტში გათვალისწინებული არ არის, მაგალითად, სიკვდილამდე ნივთების უსასყიდლო სარგებლობის (უზუსტურეუქეს) დამანესებელ ხელშეკრულებას, მაგრამ ამის მაგალითები იშვიათი და შემთხვევითი ხასიათისანი არიან, რაც დაბრკოლებას არ წარმოადგენს ან არ უნდა წარმოადგენდეს იმისთვის, რომ გადაჭრით იქნეს აღიარებული ჩვენს სანივთო სამართალში დახურული რიცხვის პრინციპი.

ვალდებულების მიმართებაში უფლება (მოთხოვნის უფლება) და მოვალეობა საჯარო ხასიათს არ ატარებს. აქ უფლება ჭრის მხოლოდ იმ განსაზღვრულ პირის ან პირების მიმართ, ვინც ვალდებულების მიმართების წრეშია მოქცეული. საჯარო[ო]ბის ნაცვლათ მოთხოვნის უფლებას კარჩაკეტილობა ახასიათებს. ამიტომ იმ მოსაზრებისათვის, რომელიც დახურულ[ი] რიცხვის პრინციპს სანივთო სამართალში აუცილებლათ ჰქმნის, ვალდებულების სამართალი მიუწვდომელია. აქ ეს საკითხი შეიძლება გადანაცდეს მხოლოდ იმის მიხედვით, თუ რა შეადგენს ვალდებულების წყაროს, თვით ხელშეკრულება თუ კანონი.

რა პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს ამ საკითხს, ეს სრულიად ნათელია სასამართლოს ყველა მოღვაწისთვის. საკმარისია გავისენოთ, რომ სამოქალაქო ბრუნვა ვერ ეტევა კანონის მიერ ნაჩვენებ ტიპიურ ვალდებულებებში და ხშირათ ისეთს ხელშეკრულებებს მოიმარჯვებს, რომელნიც გათვალისწინებული არ არიან არც სამ[ოქალაქო] სამ[ართლის] კოდექსში, არც სხვა რომელიმე კანონში. ამგვარი ხელშეკრულებაა, მაგალითად, ამანათის ხელშეკრულება, უსასყიდლო სარგებლობისთვის ნივთის მიცემის (თხოვების) ხელშეკრულება დაბრუნების პირობით, მოსამსახურე პირთან დადებული ხელშეკრულება ქონებრივი პასუხისმგებლობის შესახებ, თამასუქის გადაბარება მოვალისათვის გასანაღდებლათ წარდგენის მიზნით, სპეციალური მიმდინარე ანგარიშის ხელშეკრულება, ჩეკი და მრავალი სხვა. როგორ უნდა შეფასდეს ასეთი,

კანონის მიერ გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულება, როგორც იურიდიულათ უმნიშვნელო ფაქტი, თუ როგორც იმ უფლებათა და მოვალეობათა წყარო, რაც ნაჩვენებია მის შინაარსში?

ინდივიდუალიზმის ნიადაგზე აღმოცენებული ევროპიული სამართალი ისევე, როგორც რომის სამართალი, ამ საკითხის დადებითად გადაწყვეტისთვის არაავითარ დაბრკოლებას არ ჰხვდება. ინდივიდუალისტური თვალსაზრისით უკანასკნელი და უღრმესი საფუძველი ყოველივე უფლებისა არის ნებისყოფა, ხოლო სამოქალაქო სამართლის ასპარეზზე კი, კერძო პირის ავტონომიური ნებისყოფა. ეს კერძო ნებისყოფა ინდივიდუალისტურ[ი] შემეცნებისათვის თ[ვ]ითონ არის განსაზღვრული ღირებულება, რომელიც ზოგჯერ საზოგადოებრივ[ი] ინტერესების დასაცავათ შეიძლება რამდენადმე შეიზღუდოს, მაგრამ ვიდრე ასეთი შეზღუდვა სპეციალურათ არ არის დაწესებული საკანონმდებლო აქტით, იგი სამართლის მიერ ყოველმხრივ დაცულ[ი] უნდა იქნეს. ამიტომ თანამედროვე ევროპულ სამართალში ხელშეკრულება, როგორც კერძო ნებისყოფის ერთ-ერთი გამოხატულება, ბუნებრივად განიხილება ვალდებულების წყაროთ და ამიტომ ვალდებულების სამართლის ასპარეზზე დახურულ[ი] რიცხვის პრინციპს არც შეიძლება ადგილი ჰქონდეს.

საბჭოთა სამართალი, როგორც ვიცით, ინდივიდუალისტური სამართალი არ არის. კერძოობა, საერთოთ, ხოლო კერძო ნებისყოფა, განსაკუთრებით, მას არ მიაჩნია სათაყვანებელ ფეტიშათ. მართო იმის გამო, რომ ხელშეკრულება კერძო ნებისყოფათა თანხმობაა, იგი სამართლის წყაროთ აღიარებული ვერ იქნება. საბჭოთა სამართლის გამოსავალი წერტილები იმყოფებიან ადამიანთა ცხოვრების სოციალურ მონყოილობაში, საწარმოო ძალა განვითარების ინტერესში, შრომის და მშრომელთა ინტერესების დაცვაში და არა ინდივიდის ნებისყოფაში, ამიტომ სრულიად გასაგებია, რომ საკითხი კანონში გაუთვალისწინებელ ხელშეკრულებათა იურიდიული მნიშვნელობის შესახებ ისე მართივით ვერ გადანყდება საბჭოთა სამართლის თეორიასა და პრაქტიკაში, როგორც ევროპიულ ქვეყნებში. ეგრეთ წოდებული ხელშეკრულებითი თავისუფლება საბჭოთა სამართლის მიერ აღიარებული პრინციპი არ არის. საბჭოთა სამართალი მიმართულია არა ხელშეკ-

რულებითი თავისუფლებისკენ, არამედ ადამიანთა სამეურნეო მოქმედების რეგულაციისაკენ ქვეყნის ერთიან[ი] სამეურნეო გეგმის საფუძველზე. საბჭოთა სამართლის ამ ძირითად[ი] თავისებურების გავლენით გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულებითი ვალდებულებანი დღევანდლამდე კითხვის ქვეშ სდგანან. მართალია, საბჭოთა სასამართლოების პრაქტიკიდან მრავალი ისეთი მაგალითი შეიძლება იქნეს დასახელებული, რომლებიც გამოამხელებენ, რომ გაუთვალისწინებელ ხელშეკრულებასაც იურიდიული ძალა აქვს მითვისებული ვალდებულებათა სფეროში, მაგრამ მისი აღჭურვა ამ ძალით ყოველთვის ისეთი მოტივაციით ხდება, რომ პრინციპიალური საკითხი დაიჩრდილოს და გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულება გამართლებულ იქნეს, როგორც თითქოს კანონის მიერ გათვალისწინებული. განსაკუთრებით ხშირია გაუთვალისწინებელ ხელშეკრულებათა გამართლება საზოგადოებათა, ორგანიზაციათა და დაწესებულებათა წესდებებით და ინსტრუქციებით, თითქოს ეს უკანასკნელნი საკანონმდებლო აქტებს წარმოადგენდნენ ან მათი თანაბარი მნიშვნელობა ჰქონდეთ.

ჩვენი აზრით, ეს იურიდიული სკეპტიციზმი ისეთ ხელშეკრულებათა მიმართ, რომელნიც კანონის მიერ არ არიან სპეციალურათ მოხსენებული და გათვალისწინებული, არა თუ არ არის გამართლებული სამოქალაქო სამარ[თლის] კოდექსით, პირდაპირ ეწინააღმდეგება ამ უკანასკნელს. ვალდებულების სამართლის მეორე თავი - „ხელშეკრულებით წარმოშობილი ვალდებულებანი“ - არ შეიცავს სრულიად არავითარ მითითებას ისეთ დებულებაზე, რომ მხოლოდ კანონში გათვალისწინებულ ხელშეკრულებას ეკუთვნოდეს ძალა ვალდებულების წარმოშობის; ამის ნაცვლათ აქ კანონის მიერ მოცემულია ხელშეკრულების რეკვიზიტები ისეთ ზოგად და განყენებულს ფორმაში, რომ ხელშეკრულების შინაარსის არავითარი ნატამალი არ არის დატოვებული. რაც კანონის მიერ აღნიშნულ რეკვიზიტებს აკმაყოფილებს, ის ხელშეკრულებაა, ხოლო ს[ამოქალაქო] ს[ამართლის] კ[ოდექსის] 106-ე მუხლის თანახმად კი, ხელშეკრულებიდან წარმოიშვის ვალდებულება ისევე, როგორც კანონის მიერ აღნიშნულ[ი] სხვა საფუძვლიდან. ამნაირათ ჩვენი სამოქალაქო სამართლის კოდექსის პირდაპირი და ნათლათ აღიარებული პრინციპი ის არის, რომ ყოველი ხელშეკრულება

წარმოშობს ვალდებულებას და არა მარტოდენ საგანგებოთ გათვალისწინებული, თუკი ის აკმაყოფილებს კანონის მიერ დადგენილ რეკვიზიტებს. არცერთი სიტყვით არსად ჩვენს სამოქალაქო სამართლის კოდექსში ხელშეკრულების რეკვიზიტათ არ არის მოხსენებული პირობა, რომ მისი ტიპი საგანგებოთ იყოს გათვალისწინებული. გათვალისწინებული ხელშეკრულება უკანონოთ ან კანონის საწინააღმდეგოთ არ ჩაითვლება მარტო იმ ფორმალური მოსაზრების ძალით, რომ იგი სპეციალურათ გათვალისწინებული არ არის. ხელშეკრულების ტიპების გადმოცემას კოდექსში ეკუთვნის არა სარეგულაციო, არამედ მხოლოდ ნებისყოფის შემავსებლობის მნიშვნელობა. რა თქმა უნდა, შევსების ფუნქცია არსებითად განირჩევა ვალდებულების წარმოშობის ფუნქციისაგან. წარმოშობის ფუნქცია ხელშეკრულებას მითვისებული აქვს ს[ამოქალაქო] ს[ამართლის] კ[ოდექსის] 106-ე მუხლით, შევსების ფუნქცია კი, ეკუთვნის კანონის მიერ თითოეულ[ი] ხელშეკრულების ტიპურ[ი] შინაარსის გადმოცემას.

ვალდებულების სამართლისთვის დახურულ[ი] რიცხვის პრინციპის უარყოფა და ხელშეკრულებითი თავისუფლების აღიარება ერთი და იგივე არ არის. ხელშეკრულებითი თავისუფლება, ისე როგორც ინდივიდუალიზმის ყველა სხვა გამოხატულება, უარყოფილია ჩვენი სამოქალაქო სამართალ[ის] კოდექსის პირველ მუხლში, ვინაიდან დადგენილია, რომ არ დაიცვის უფლება, თუ იგი თავის სოციალურ-სამეურნეო დანიშნულებას ეწინააღმდეგება. ეს შეზღუდვა ვრცელდება ყველა უფლებაზე და, სხვათა შორის, ისეთ მოთხოვნის უფლებაზედაც, რომელიც წარმოიშვის კოდექსში გათვალისწინებულ[ი] ტიპის ხელშეკრულებიდან, რა თქმა უნდა, ეს შეზღუდვა ვრცელდება გათვალისწინებულ[ი] ტიპის ხელშეკრულებიდან წარმოშობილ ვალდებულებაზედაც, მაგრამ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ის თავის[ი] შინაარსით ს[ამოქალაქო] ს[ამართლის] კ[ოდექსის] 1-ლი მუხლის ქვეშ მოჰყვება, და არა იმიტომ რომ კანონში მოცემული არ იყოს ტიპი იმ ხელშეკრულებისა, საიდანაც ვალდებულება წარმოიშვება. აქედან ნამდვილათ სჩანს, რომ ინდივიდუალიზმის დასაძლევათ საბჭოთა სამართალი საჭიროთ არა სთვლის ჩამოაცალის ხელშეკრულებას ვალდებულების წარმოშობის ძალა; ამ

მიზნისათვის საბჭოთა სამართალი სრულიად სხვა ღონისძიებას მიმართავს, ვინაიდან სამართალში ინდივიდუალიზმის უარყოფითი გამოვლინების დაძლევა უფრო ფართე ამოცანაა, ვიდრე ვალდებულებათა საფუძვლების დაწესება. მართალია, რომ ხელშეკრულება საბოლოოთ კერძო ნებისყოფას ემყარება, თუნდაც თვით ნებისყოფის ნაცვლათ მის გარეგან გამოვლინებას მიეწერებოდეს იურიდიული მნიშვნელობა თანახმად ხელშეკრულების სოციალური თეორიისა, მაგრამ არ უნდა დავივიწყოთ, რომ საბჭოთა სამოქალაქო სამართლის მთელი სისტემა გამოწვეულია იმ ახალ[ი] ეკონომი[კ]ურ[ი] პოლიტიკით, რომელიც 1922 წლიდან გადაჭრით აუცილებელ საზოგადოებრივ საჭიროებათ აღიარებს ქვეყნის ეკონომი[კ]ურ ძალთა განვითარებისთვის მიჩუმებულ საზღვრებში თავისუფალი ასპარეზი მიეცეს კერძო თაოსნობას და წაქეზებულ იქნეს თითოეული მოქალაქე ამ ასპარეზზე მოქმედების გასაშლელათ. რამდენათაც სამოქალაქო სამართალი, აუცილებელივ, კერძო თაოსნობის სამოქმედო ასპარეზის საკანონმდებლო მოწესრიგებაა, იმდენათ საბჭოთა სამოქალაქო სამართალიც იურიდიულ[ი] მნიშვნელობის ფაქტათ სთვლის ხელშეკრულებას იმის და მიუხედავათ, გათვალისწინებულია თუ არა კერძოთ ტიპი ამა თუ იმ ხელშეკრულებისა კოდექსში ან სხვა რამ სპეციალურ კანონში.

† აკადემიკოსი შალვა ნუცუბიძე (1888-1969)

პროცესი საშუალებაა წესთა კრებულის ანუ ნორმების ცხოვრებისათვის შესაფარდებლად. სრულიად მართალნი არიან ის იურისტები და სამართლის თეორეტიკოსები დასავლეთ ევროპაში, რომლებიც დადებით სამართალს აფასებენ, როგორც დოგმატიურ მოვლენას, ნებისყოფის მომენტთან დაკავშირებულს. მაგრამ ნებისყოფა კანონის როგორც ბრძანების, როგორც სავალდებულოების ფორმაში მოცემული არ შეადგენს კანონის გამოყენების შესაძლებლობასაც და უზრუნველყოფასაც.

კანონი რომ ცხოვრების კანონად იქცეს, ე.ი. მან რომ ცხოვრების მოწესრიგება შესძლოს, საჭიროა მოქმედებათა ახალი რიგი, კანონის გამოყენების შემცვლელი და მაჩვენებელი. ამ ახალ მოქმედებათა რიგს, როგორც ასეთს, კიდევ ახალი წესი ესაჭიროება და აი, სწორედ ესაა პროცესის ბუნებრივი ადგილი.

ასეთი განმარტება გვესაჭიროება არა იმისათვის, რომ პროცესის ბუნების შესახებ ძველ დისკუსიას დავებრუნდეთ. საბჭოთა იურისპრუდენცია აღიარებს პროცესის დამოუკიდებელ ღირებულებას თეორიაშიც და პრაქტიკაშიაც. ჩვენი მიზანია გავარკვიოთ, როგორ სდგას ჩვენს პროცესში საკითხი ე.წ. „მატერიალურ[ი] ჭეშმარიტების“ შესახებ, რა

* სტატია პირველად გამოქვეყნდა 1928 წელს ჟურნალში - „საბჭოთა სამართალი“. იხ. ნუცუბიძე შ., მატერიალური ჭეშმარიტება და სასამართლოს ინიციატივა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №4, 1928 [თ.6.].

† ცნობილი ქართველი ფილოსოფოსი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ერთ-ერთი დამაარსებელი და პრორექტორი, სოციალურ-ეკონომიკური ფაკულტეტის დეკანი, ფილოსოფიის მეცნიერებათა დოქტორი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი, ლიტერატურათმცოდნე, კულტურის ისტორიკოსი, მთარგმნელი, ქართული ფილოსოფიის ისტორიის მეცნიერული სკოლის ფუძემდებელი, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის აკადემიკოსი (1944 წ.), საქართველოს მეცნიერების დამსახურებული მოღვაწე (1961 წ.), მსოფლიო ლიტერატურის ისტორიის კათედრის გამგე, თსუ-ის ფუნდამენტური ბიბლიოთეკის დირექტორი [თ.6.].

დამოკიდებულებაში იგი პროცესის იმ მოთხოვნასთან, რომელიც ლაპარაკობს, რომ „ჭეშმარიტება რაც შეიძლება ნათლად იქნეს გამოკვეთილი“ (სისხლ[ის] სამ[ართლის] საპ[როცესო] კოდ[ექსის] 275-ე მუხ[ლის] ნაწილი I) ან იმ „გარემოებათა გამოკვეთაზე, რასაც საქმის გადასაწყვეტად არსებითი მნიშვნელობა ექნება“ (სამ[ოქალაქო] სამ[ართლის] საპ[როცესო] კოდ[ექსის] მე-7 მუხ[ლი]). ასეთი საკითხი მით უფრო ბუნებრივია, რომ ზოგიერთებს სწორედ აქ მოყვანილი პროცესუალური მოთხოვნები მიაჩნიათ იმის დამამტკიცებელ საბუთად, რომ საბჭოთა პროცესი ემყარება „მატერიალური ჭეშმარიტებისადმი“ მისწრაფების პრინციპს. ასეთია, მაგ., პროფ. ლიუბლინსკის შეხედულება.

არ შეიძლება ითქვას, რომ აღნიშნული დებულება თავისთავად ცხადი და ნათელი იყოს. „მატერიალური ჭეშმარიტების“ პრინციპით გატაცებას შეუძლია შექმნას მდგომარეობა, როდესაც მოსამართლე ადვილად დაადგება გზას წესის და კანონის გადაღმა „ცხოვრების ჭეშმარიტების“ მოძებნისა და დანახვისას. ეს ის გზაა, რომელზეც მთელი პროცესი, ადვილად შესაძლებელია, მართოდენ ფაქტიური კვლევა-ძიების სარბიელად იქცეს და საშიშროება არა მარტო იქ შეიქმნება, სადაც სასამართლო ფორმალ[ურ] მოთხოვნათა სფეროს ფაქტიურ[ი] საფუძვლებით ამოვსებას შეუდგება, არამედ იქ, სადაც „საჭირო ფორმალობა“ (სსსკ მე-7 მუხლი) და ფაქტიურობის ძებნა ერთი მეორეს დაუპირისპირდება.

ცხადია, რომ ჩვენი პროცესი არ სდგას ფორმალ[ური] თეორიის ნიადაგზე. ეს ნიადაგი დიდი ხანია დატოვებულია ბურჟუაზიულ[ი] სასამართლოს მიერაც კი. შეიძლება ითქვას, რომ ფორმალ[ური] თეორიის წინააღმდეგ ბრძოლამ იმდენად მძაფრი სახე მიიღო, რომ თითქმის უკიდურესობას მიაღწია და თავისუფალი დარწმუნების პრინციპი მოჭარბებულად წამოაყენა წინ. ეს ბრძოლა კანონიერი იყო, მაგრამ საბჭოთა კანონმდებლობაში, განსხვავებულად ბურჟუაზიული-საგან, თავისუფლება არ შეიძლება კერძო ინიციატივის თავისუფლებას ნიშნავდეს. ამით ისმება საკითხი: რას ნიშნავს ფორმალიზმის წინააღმდეგ ბრძოლა საბჭოთა სამართალში და რა დამოკიდებულებაში იგი (სასამართლოს, ანუ მოსამართლის ინიციატივასთან) „მატერიალურ[ი] ჭეშმარიტების“, ე.ი. საქმის არსებითი მხარის გარკვევის დროს?

სისხლ[ის] სამ[ართლის] საპრ[ოცესო] კოდ[ექსის] 56-ე მუხ[ლი] კატეგორიულად აღიარებს, რომ „სასამართლო არავეითარი ფორმალური დამამტკიცებელი საბუთით არ არის შეზღუდული“ და ამით, ყოველივე მერყეობის გარეშე მოცემულია ფორმალიზმის სანინაღმდეგო პოზიცია. შეიძლება აქედან დავასკვნათ, რომ, მაშასადამე, საბჭოთა სამართალი „მატერიალური ჭეშმარიტების“ პრინციპზე დგას? საკითხის ასეთი დაყენება არ იქნება სწორი; საჭიროა შესწორება, რომელსაც პრაქტიკულად დიდი მნიშვნელობა აქვს.

რას უნდა ნიშნავდეს საბჭოთა პროცესის თვალსაზრისით მატერიალური ჭეშმარიტება? თავისთავად ცხადია, რომ თვითონ ამ ჭეშმარიტების „მატერიალური“ განმარტება შეუძლებელია, ე.ი. არ შეიძლება აღინიშნოს შინაარსის მხრივ, რაში უნდა მდგომარეობდეს მატერიალური ჭეშმარიტება. მაშინ უნდა მოვნახოთ ისეთი განმარტება, რომელიც ყოველ შესაძლებელ ფაქტიურ შემთხვევას, ასევე, ფაქტიურად შეიცავდეს. მეცნიერებამ დიდი ხანია გაარკვია, რომ ასეთი განმარტება „მატერიალური ჭეშმარიტების“ არ შეიძლება არსებობდეს და, მაშასადამე, მატერიალური ჭეშმარიტებაც შეიძლება ფორმალურად იქნას განმარტებული, ე.ი. უნდა მითითებულ იქნას წესებზე, რომელთა დაცვა უზრუნველყოფს სიმართლეს და სისწორეს, რამდენადაც ეს უკანასკნელი მართლმსაჯულების დასაყრდენს წარმოადგენს. სხვა გზა არ არსებობს და ვინც პროფ. ლიუბლინსკის დავვარად განაცხადებს, რომ საბჭოთა პროცესი „მატერიალურ[ი] ჭეშმარიტების პრინციპზე დგას“-ო ის არ იძლევა გარკვეულ პასუხს მეტად მნიშვნელოვან საკითხზე. „მატერიალური ჭეშმარიტების“ განმარტება შეიძლება მხოლოდ მოთხოვნის სახით, ე.ი. „რომ ჭეშმარიტება, რაც შეიძლება ნათლად იქნას გამოარკვეული“ და სწორედ ასე სწვევტს საკითხს ჩვენი პროცესი (სისხლ[ის] სამ[ართლის] საპრ[ოცესო] კოდ[ექსის] 257-ე მ[უხლი]).

რამდენადაც ეს ასეა, ნათელია ისიც, რომ საბჭოთა პროცესი ფორმალიზმის წინააღმდეგ ხელაღებით ბრძოლით კი არ საზრდოობს, პირიქით, სწორედ იქ, სადაც ჩვენი პროცესი საქმის არსებითი მხარეების გარკვევას უსვამს ხაზს (იხ. სამ[ოქალაქო] სამ[ართლის] საპრ[ოცესო] კ[ოდექსის] მე-7 მ[უხლი]) აღიარებს, აგრეთვე, „საჭირო ფორმალობის“ პრინციპს. მაშასადამე, ეს ორი მომენტი „საქმის არსებითი მხარე“

(„მატერიალური ჭეშმარიტება“) და „საჭირო ფორმალობა“ ერთი მეორეს არ ეწინააღმდეგება და არ უარყოფს. პირიქით, ისინი მთლიანად პროცესის განუცალკევებელი მომენტებია და ერთი უმეოროდ მართლმსაჯულებას ავნებდა. სწორედ ამის მიხედვით საბჭოთა პროცესს გადააქვს ცენტრი სასამართლოს ინიციატივის საკითხში და სწორედ ესაა მისთვის დამახასიათებელი. საბჭოთა კანონმდებლობა აქტიურია არა მარტო ნორმის საშუალებით გამოჭედილ ნებისყოფაში, იგი აქტიურია ნორმის შეფარდების საფუძვლის დადგენებაშიაც. თუ საწარმოო ძალთა განვითარების და კლასობრივი თვალსაზრისის ნიადაგზე საბჭოთა კანონმდებლობამ სამოქალაქო მატერიალურ სამართალს გამოაცალა კერძო სამართლის ბალავერი და სახელმწიფოებრივ[ი] მიზანშეწონილობის პრინციპით იგივე საჯარო სამართლის სფეროს აზიარა, მის ბაღდად პროცესში კიდევ უფრო ხაზგასმით სასამართლოს ინიციატივის პრინციპი დაამკვიდრა. ესაა მთავარი და არა „მატერიალური ჭეშმარიტების პრინციპი“, რომელიც სქოლასტიკურ დაპირისპირებათა არსენალიდან ამოღებული ცნება უფროა, ვიდრე ახალ[ი] ვითარებისათვის საჭირო და გამოსადეგი პრინციპი.

მაშასადამე, „მატერიალური ჭეშმარიტება“ არაა რაიმე დოგმა საბჭოთა პროცესისათვის, იგი უნდა განტვირთულ იქნას ყოველივე დოგმატიკურობისაგან; იგი არის მოთხოვნა წმინდა პროცესუალური ხასიათის, რომლის მთავარი აზრია სასამართლოს ინიციატივის პირველადგილზე წამოყენებაში. მის მოწინააღმდეგე ბანაკში სდგას, მაგალ[ითად], ინგლის-ამერიკული პროცესი, რომელსაც მოსამართლის პირმოთნე პასიურობით სურს შექმნას ფილისტერული შთაბეჭდილება მიუდგომლობისა და მართლმსაჯულების. ამის საწინააღმდეგოთ, საბჭოთა პროცესი მოითხოვს მოსამართლისაგან, რომ ის „არ უნდა დასჯერდეს წარდგენილ ახსნა-განმარტებას და მასალას“ და გამოიჩინოს საკუთარი ინიციატივა, როგორც, საერთოდ, ისე, კერძოდ, ყველა მშრომელს, რომელიც სასამართლოს მიმართავს, აქტიური დახმარება „უნდა გაუწიოს უფლებისა და კანონიერი ინტერესის დაცვისათვის“ (სსსკ-ის მე-7 მუხლი).

ეს არის დამახასიათებელი საბჭოთა პროცესისათვის და „მატერიალური ჭეშმარიტებაში“ საჭირო და სასარგებლოა არა დოგმატიკა,

არამედ პროცესუალურ მოთხოვნა სასამართლოს ინიციატივის გამო-
ჩენისა, რომ „ჭეშმარიტება, რაც შეიძლება ნათლად იქნეს
გამორკვეული“ (სისხლ[ის] სამ[ართლის] საპრ[ოცესო] კ[ოდექსის] 257-
ე მ[უხლი]).

სისხლის სამართლის კანონის მოქმედება დროში*

† პროფესორი თინათინ წერეთელი (1903-1980)

1. საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის მიხედვით „ქმედობის დანაშაულებრივობა და დასჯადობა განისაზღვრება კანონით, რომელიც მოქმედებდა ამ ქმედობის ჩადენის დროს“.

კანონის ამ სიტყვებით თანმიმდევრულად არის გამოხატული დემოკრატიული პრინციპი: არ არის დანაშაული, არ არის სასჯელი კანონის გარეშე (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

ამ პრინციპის სწორად განხორციელებისათვის აუცილებელია, უპირველეს ყოვლისა, დავადგინოთ, თუ რომელი კანონი ითვლება მოქმედად დანაშაულის ჩადენის დროს და, მეორე - როდის ითვლება ჩადენილად დანაშაულებრივი ქმედობა.

2. დროის ყოველ განსაზღვრულ მონაკვეთში შეიძლება მოქმედებდეს ამა თუ იმ ურთიერთობის მომწესრიგებელი მხოლოდ ერთი კანონი. ამ დებულებას ძალა აქვს სისხლის სამართლის კანონის მიმართაც, რომელიც ქმედობის დანაშაულებრივობას და დასჯადობას განსაზღვრავს.

მოქმედ კანონად ითვლება კანონი, რომელიც მიღებულია ხელისუფლების უმაღლესი ორგანოს მიერ და ძალაში შესულია სათანადოდ დადგენილი წესის თანახმად. საბჭოთა კავშირის კანონების ძალაში

* პირველად გამოქვეყნდა 1967 წელს ჟურნალ „საბჭოთა სამართალში“. იხ. წერეთელი თ., სისხლის სამართლის კანონის მოქმედება დროში, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №2, 1967 [თ.ნ.].

† ცნობილი ქართველი იურისტი, სისხლის სამართლის ქართული სკოლის ფუძემდებელი, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი (1949), პროფესორი, საქართველოს მეცნიერების დამსახურებული მოღვაწე (1960), საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის წევრ-კორესპონდენტი (1967), თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დეკანი (1950-1952), საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ეკონომიკის და სამართლის ინსტიტუტის სამართლის სექტორის ხელმძღვანელი, საქართველოს უმაღლეს სასამართლოსთან არსებული სამეცნიერო-მეთოდური საბჭოს წევრი [თ.ნ.].

შესვლის წესი დადგენილია ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის 1958 წლის 19 ივნისის ბრძანებულებით „ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის კანონებისა, ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი საბჭოს დადგენილებებისა, ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის ბრძანებულებებისა და დადგენილებების გამოქვეყნებისა და ძალაში შესვლის წესის შესახებ“ (ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი საბჭოს უწყებები, 1958 წ., №14, მუხ[ლი] 275).

საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რესპუბლიკის კანონთა ძალაში შესვლის წესი დადგენილია საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რესპუბლიკის უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის 1959 წლის 4 მარტის ბრძანებულებით - „საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] კანონებისა, საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი საბჭოს დადგენილებებისა, საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის ბრძანებულებებისა და დადგენილებების გამოქვეყნებისა და ძალაში შესვლის წესის შესახებ“ (საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი საბჭოს უწყებები, 1959 წ., №2, მუხ[ლი] 6).

აღნიშნულ ბრძანებულებათა შესაბამისად, უმაღლესი საბჭოს კანონები და დადგენილებანი, აგრეთვე, უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის ბრძანებულებები და დადგენილებანი, რომელთაც საერთო მნიშვნელობა აქვთ ან ნორმატიულ ხასიათს ატარებენ, უნდა გამოქვეყნდეს სათანადო ოფიციალურ ორგანოში. ასეთ ოფიციალურ ორგანოდ საბჭოთა კავშირის კანონებისათვის ითვლება „ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი საბჭოს უწყებები“ და გაზეთი „იზვესტია“, ხოლო საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] კანონებისათვის - „საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი საბჭოს უწყებები“ და გაზეთები „კომუნისტი“ და „ზარია ვოსტოკა“.

სისხლის სამართლის კანონში შეიძლება პირდაპირ იქნეს აღნიშნული მისი ძალაში შესვლის დღე. ასეთ შემთხვევაში, კანონი ძალაში შედის სწორედ ამ დღიდან. მაგალითად, საქართველოს ს[აბჭოთა]

ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსი მიღებული იყო საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი საბჭოს მიერ 1960 წლის 30 დეკემბერს. კანონში სისხლის სამართლის კოდექსის დამტკიცების შესახებ მითითებულია, რომ იგი სამოქმედოდ შემოღებულ იქნეს 1961 წლის 1 მარტიდან. როდესაც კანონის ძალაში შესვლის მომენტი სპეციალურად მისი მიღებისას გათვალისწინებული არ არის, ასეთ შემთხვევაში, კანონი ძალაში შევა მას შემდეგ, რაც 10 დღე გავა მისი გამოქვეყნების შემდეგ, ე.ი. ათდღიანი ვადის უკანასკნელი დღე-ღამის მომდევნო დღეს. მაგალითად, „ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის და მოკავშირე რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კანონმდებლობის საფუძვლები“ მიღებულ იქნა 1958 წლის 25 დეკემბერს, გამოქვეყნდა გაზეთ „იზვესტიაში“ 26 დეკემბერს, ხოლო ძალაში შევიდა 1959 წლის 6 იანვარს.

სასამართლოს უფლება არა აქვს ახალი კანონით განსაზღვროს, ჩადენილი დროის იმ მონაკვეთში, როცა ახალი კანონი თუმცა გამოქვეყნებულია, მაგრამ ჯერ იდევ ძალაში შესული არ არის.

განსაზღვრული ვადები კანონის გამოქვეყნებასა და მის ძალაში შესვლას შორის დადგენილია იმისათვის, რათა მოქალაქეებს შესაძლებლობა ჰქონდეთ გაეცნონ კანონებს და არ მოიმიჯგონონ კანონის უცოდინარობა თავის გასამართლებლად უკანონო მოქმედების ჩადენის დროს.

სასამართლო ორგანოები ყოველთვის სწორად ვერ აფასებენ გემოაღნიშნულ დებულებებს კანონის ძალაში შესვლის შესახებ. ამის საილუსტრაციოდ შეიძლება მოვიტანოთ „დ“-ს საქმე. „დ“ მიცემული იყო პასუხისგებაში ქრთამის სისტემატურად გამოძალვისათვის. მოსკოვის საოლქო სასამართლომ მიუყენა მას ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის 1962 წ[ლის] 20 თებერვლის ბრძანებულების - „მექრთამეობისათვის სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის გაძლიერების შესახებ“ პირველი მუხლის მე-2 ნაწილი. „დ“-მ ქრთამი უკანასკნელად 1962 წ. 3 მარტს აიღო. ბრძანებულება მექრთამეობისათვის პასუხისმგებლობის შესახებ გამოქვეყნდა 21 თებერვალს, მაშასადამე, იგი ძალაში შევიდა 4 მარტს. ამიტომ რ[უსეთის] ს[აბჭოთა] ფ[ედერაციული] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლეს[ი] სასამართლოს პრეზიდიუმმა არასწორად ცნო „დ“-

სათვის ახალი ბრძანებულების მიყენება და გადააკვალიფიკირა მისი მოქმედება რ[უსეთის] ს[აბჭოთა] ფ[ედერაციული] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის 173-ე მუხლის მე-3 ნაწილით (იხ. Бюллетень Верховного Суда РСФСР, 1965 г., №1, стр. 13-14).

სისხლის სამართლის კანონი ძალას ჰკარგავს შემდეგი წესით: 1) როდესაც მას გააუქმებს ახალი კანონი; 2) როდესაც მას შეცვლის ახალი კანონი; 3) თუ თვით კანონში მითითებულია მისი მოქმედების ვადა - ამ ვადის გასვლის შემდეგ; 4) თუ კანონი გამოცემული იყო განსაზღვრულ პირობასთან ან გარემოებასთან დაკავშირებით - ამ პირობის თუ გარემოების მოსპობის შემდეგ.

სისხლის სამართლის კოდექსში გათვალისწინებულია რამდენიმე მუხლი, რომელიც ანესებს ომის დროს ან სამხედრო ვითარებაში ჩადენილი დანაშაულის დასჯადობას. ასეთი კანონები მოქმედ კანონებად ითვლებიან, მაგრამ მათი გამოყენებისათვის აუცილებელია, რომ დანაშაული ჩადენილი იყოს ომიანობის დროს ან სამხედრო ვითარებაში.

3. მეორე საკითხი, რომელიც გარკვეული უნდა იქნეს მე-7 მუხლის სწორად გამოყენებისათვის, ეს არის ის საკითხი, თუ როდის უნდა ჩაითვალოს ქმედობა ჩადენილად. აქ მოქმედობს განსაზღვრული წესები დანაშაულის შემადგენლობის ხასიათის შესაბამისად.

ზოგადად შეიძლება ითქვას, რომ დანაშაული ჩადენილად ითვლება იმ მომენტში, როდესაც შესრულებულია დანაშაულებრივი ქმედობის უკანასკნელი აქტი. უმოქმედობის შემთხვევაში დანაშაული ჩადენილად ითვლება იმ მომენტში, როდესაც სავალდებულო მოქმედება უნდა შესრულებულიყო. ორაქტიანი დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში დანაშაულის ჩადენის დროდ ითვლება უკანასკნელი აქტის შესრულების დრო. მაგალითად, თუ სპეკულაციის მიზნით საქონლის შესყიდვა ერთი სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების დროს მოხდა, ხოლო გაყიდვა - მეორე სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების დროს, სპეკულაცია ჩადენილად ითვლება გადაყიდვის მომენტში და მას ახალი კანონი მიეყენება. ეგრეთ წოდებული შედეგიანი დანაშაულის (მაგალითად, მკვლელობის) დროს, თუ აღსრულებითი მოქმედება ჩადენილია ერთი სისხლის სამართლის კანონის მოქმედების დროს, ხოლო დანაშაულებრივი შედეგი განხორციელდა უფრო გვიან, როდესაც უკვე

სხვა სისხლის სამართლის კანონი მოქმედებდა, დანაშაულის ჩადენის დროდ ითვლება არა შედეგის (კაცის სიკვდილის) განხორციელების მომენტი, არამედ ქმედობის (საწამლავის მიცემის და ა.შ.) ჩადენის დრო. განგრძობადი დანაშაული ჩადენილად ითვლება იმ მომენტში, როდესაც შესრულებული იყო უკანასკნელი დანაშაულებრივი აქტი. ამიტომ, თუ პირი სისტემატურად ფლანგავდა სახელმწიფო ქონებას, თანაც ამ განგრძობადი დანაშაულის ზოგიერთი აქტი მას ჩადენილი აქვს უფრო ადრე, ვიდრე გამოვიდოდა ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის 1961 წლის 5 მაისის დადგენილება „განსაკუთრებით საშიშ დანაშაულობასთან ბრძოლის გაძლიერების შესახებ“, რომელმაც გაზარდა სასჯელი ამ სახის დანაშაულისათვის, ხოლო ზოგიერთი აქტი კი, ჩადენილი აქვს აღნიშნული ბრძანებულების ძალაში შესვლის შემდეგ, ერთიანი განგრძობადი დანაშაული ჩადენილად ჩაითვლება 1961 წ[ლის] 5 მაისის ბრძანებულების მოქმედების დროს. იგივე პრინციპი მოქმედებს მყოვარი დანაშაულის მიმართაც, რომელიც ჩადენილად ჩაითვლება იმ მომენტში, როდესაც შეწყდა დანაშაულებრივი მდგომარეობა.

თანამონაწილეობით დანაშაულის ჩადენის დროდ ჩაითვლება: ამსრულებლისათვის - აღსრულებითი მოქმედების ჩადენის მომენტი, ხოლო თანამონაწილეთათვის - მათი საკუთარი მოქმედების ჩადენის მომენტი. ამიტომ, თუ დანაშაულისაკენ წაქეზების დროს ერთი სისხლის სამართლის კანონი მოქმედებდა, დანაშაულის აღსრულების დროს კი, ახალი კანონი მოქმედებს, წაქეზებლის მოქმედება ჩადენილად ითვლება ძველი კანონის მოქმედების დროს, ხოლო ამსრულებლის მოქმედება - ახალი კანონის ძალაში შესვლის შემდეგ. წინასწარ შეუპირებული დაფარვა ჩადენილად ითვლება არა იმ დროს, როცა ძირითადი დანაშაულია ჩადენილი, არამედ როცა დაფარვის მოქმედებაა განხორციელებული. ასევე, დანაშაულის განუცხადებლობა ჩადენილად ითვლება არა იმ მომენტში, როცა ძირითადი დანაშაულია ჩადენილი, არამედ - რამდენადაც განუცხადებლობა მყოვარი დანაშაულია - როცა შეწყდა დანაშაულებრივი მდგომარეობა.

4. დებულებიდან, რომ ქმედობის დანაშაულებრიობა და დასჯადობა განისაზღვრება მისი ჩადენის დროს მოქმედი კანონით, მე-2 მუხ[ლი] ითვალისწინებს გამონაკლისს: კანონი, რომელიც საგსებით აუქმებს

ქმედობის დასჯადობას ან ამსუბუქებს სასჯელს, ვრცელდება იმ ქმედობაზეც, რომელიც ჩადენილია მის ძალაში შესვლამდე. სისხლის სამართლის კანონის ასეთ მოქმედებას მისი უკუძალა ეწოდება.

სახელმწიფომ შეიძლება გააუქმოს ქმედობის დასჯადობა ან იმიტომ, რომ ქმედობა შეცვლილ ვითარებაში უკვე აღარ შეიძლება ჩაითვალოს საზოგადოებრივად საშიშად, ან იმიტომ, რომ ამ ქმედობის წინააღმდეგ საბრძოლველად მას საკმარისად მიაჩნია სხვა სახის სამართლებრივ ღონისძიებათა (მაგალითად, ადმინისტრაციული სასჯელის) ან საზოგადოებრივი ზემოქმედების ზომების გამოყენება. ასეთი ქმედობის სისხლის სამართლის წესით დასჯა მხოლოდ იმიტომ რომ მას ძველი კანონი სჯიდა, არა მარტო ეწინააღმდეგება სამართლიანობის გრძნობას, არამედ მიზნაშეუწონელიც არის მართლმსაჯულების ერთიანობის თვალსაზრისით. სოციალისტური კანონიერების განმტკიცებას სულაც არ შეუწყობს ხელს ძველი, უკვე დრომოჭმული და გაუქმებული კანონის ავტორიტეტის დაცვა.

ახალი სისხლის სამართლის კოდექსის ძალაში შესვლის შემდეგ გაუქმდა მთელი რიგი ქმედობების დანაშაულებრიობა და დასჯადობა. მოქმედ კოდექსში გათვალისწინებული არ არის, მაგალითად, ისეთი ქმედობები, როგორც [ებ]იკაა მშვიდობიანობის დროს ბეგარის, დავალების ან სახელმწიფოებრივი მნიშვნელობის სამუშაოს შესრულებაზე უარის განცხადება, მშვიდობიანობის დროს გადასახადის გადახდისათვის თავის არიდება, ხელისუფლების დისკრედიტირება, სისხლის აღრევა და ა.შ.. იმ საკითხის გადაჭრის დროს, გაუქმებულია თუ არა ქმედობის დასჯადობა, აუცილებელია კარგად იქნეს შესწავლილი მოქმედი კოდექსით გათვალისწინებული შემადგენლობანი. ზოგჯერ ახალი კოდექსი არ გამოჰყოფს დანაშაულის შემადგენლობას, რომელიც წინად ცალკე მუხლში იყო გათვალისწინებული, დამოუკიდებელ შემადგენლობად, არამედ ითვალისწინებს მას სხვა მუხლის შემადგენლობაში. მაგალითად, ძველი კოდექსი ხელისუფლების უმოქმედობას ცალკე მუხლში ითვალისწინებდა, ახალი კოდექსით ეს დანაშაული ცალკე შემადგენლობად გამოყოფილი არ არის, მაგრამ მას მოიცავს ნაწილობრივ ხელისუფლების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობა (განზრახი უმოქმედობა), ხოლო ნაწილობრივ - თანამდებობრივი დაუდევრობა (გაუფრთხილებელი უმოქმედობა). კიდევ ერთი მაგალითი,

1928 წლის სისხლის სამართლის კოდექსის 150-ე მუხლის პირველ ნაწილში გათვალისწინებული იყო არასრულწლოვანის ან შეურაცხი პირის შეგულიანება თვითმკვლელობისადმი, თუ ამას შედეგად მოჰყვა თვითმკვლელობა ან თვითმკვლელობის მცდელობა. ახალი კოდექსი დანაშაულის ასეთ შემადგენლობას არ ითვალისწინებს, მაგრამ ეს როდი ნიშნავს აღნიშნული ქმედობის დასჯადობის გაუქმებას. ამჟამად ასეთი ქმედობა განიხილება როგორც მკვლელობა, ვინაიდან არასრულწლოვანი ან შეურაცხი პირი გამოყენებულია დამნაშავის მიერ, როგორც ბრმა იარაღი მისივე საკუთარი სიცოცხლის მოსასპობად.

5. თუ დანაშაული მისი ჩადენის მომენტში უფრო მკაცრად ისჯებოდა, ხოლო შემდგომ გამოცემული კანონი მისთვის უფრო მსუბუქ სასჯელს ითვალისწინებს, ასეთ შემთხვევაში ძველი, უკვე გაუქმებული კანონის გამოყენება უსამართლო და მიზანშეუწონელი იქნებოდა: სახელმწიფოს ზნეობრივი უფლება არა აქვს დაადოს პირს იმაზე მკაცრი სასჯელი, ვიდრე დღეს მას აუცილებლად მიაჩნია. ახალი, უფრო მსუბუქი კანონის გამოყენებას მოითხოვს, აგრეთვე, სოციალისტური კანონიერების ერთიანობის ამოცანა.

უფრო ლმობიერ კანონად უნდა ჩაითვალოს: ა) კანონი, რომელიც ითვალისწინებს სასჯელის უფრო დაბალ მაქსიმუმს ან უფრო დაბალ მინიმუმს; ბ) კანონი, რომელიც ითვალისწინებს ალტერნატიულ სანქციას, თუ ეს ალტერნატივა შესაძლებლობას იძლევა დაინიშნოს უფრო მსუბუქი სანქცია; გ) კანონი, რომელიც უკვლელად ტოვებს ძირითად სასჯელს, მაგრამ აუქმებს დამატებით სასჯელს.

თუ ახალი კანონი ერთსა და იმავე დროს კიდევაც ამძიმეს და კიდევაც ამსუბუქებს სასჯელს (მაგალითად, ითვალისწინებს უფრო დაბალ მაქსიმუმს, ვიდრე ძველი კანონი, მაგრამ, ამავე დროს, უფრო მაღალ მინიმუმს ანდა პირიქით), გამოყენებული უნდა იქნეს ის კანონი, რომელიც საქმის ყველა (დამამძიმებელი და შემამსუბუქებელი) გარემოების მხედველობაში მიღებით შესაძლებლობას იძლევა დაენიშნოს კონკრეტულ დამნაშავეს უფრო მსუბუქი სასჯელი.

დანაშაულის ჩადენის დღიდან საქმის სასამართლოში განხილვამდე კანონი შეიძლება ორჯერ ან მეტჯერ შეიცვალოს, თანაც შუალედში გამოცემული კანონი შეიძლება უფრო ლმობიერი იყოს, ვიდრე დანაშაულის ჩადენის და საქმის სასამართლოში განხილვის დროის კანონი.

შეუძლია თუ არა სასამართლოს მიუყენოს მსჯავრდებულს შუალედში გამოცემული უფრო მსუბუქი კანონი? ამ საკითხზე საბჭოთა სასამართლო პრაქტიკაში და იურიდიული ლიტერატურაში აზრთა ერთიანობა არ არის. უმაღლეს სასამართლოს პლენუმმა „ფ“-ს საქმეზე მიუთითა, რომ კანონი, რომელიც არ მოქმედებდა არც დანაშაულის ჩადენის მომენტში და არც საქმის განხილვის დროს, სასამართლომ არ უნდა მიიღოს მხედველობაში, არამედ მან უნდა შეადაროს ერთმანეთს მხოლოდ დანაშაულის ჩადენის დროისა და საქმის განხილვის დროის კანონები და მათგან შეარჩიოს უფრო ლმობიერი (იხ. Бюллетень Верховного Суда СССР, 1965 г., №2, стр. 29-31).

ეს დადგენილება, ჩვენის აზრით, სწორი არ არის. თუმცა შუალედში მიღებული უფრო ლმობიერი კანონი დანაშაულის ჩადენის დროს ჯერ გამოცემული არ იყო, მაგრამ ამ კანონის ძალაში შესვლის მომენტიდან იგი გადაიქცა მოქმედ კანონად, რომელიც გამოყენებული უნდა ყოფილიყო მის ძალაში შესვლამდე ჩადენილი ქმედობის მიმართაც. დამნაშავემ შეიძინა უფლება, რათა მისი ქმედობა განსჯილი ყოფილიყო ამ უფრო მსუბუქი კანონით და ამ უფლებას შემდგომ გამოცემული უფრო მკაცრი კანონი მას ვერ ჩამოართმევს.¹

როგორც მართებულად მიუთითებენ ზაიცევი, ტიშკევიჩი და გორელიკი, „შუალედში მიღებული უფრო მსუბუქი კანონის უგულებელყოფა გამოიწვევს საფუძვლების მე-6 მუხლში გადმოცემული პრინციპის დარღვევას, რომლის თანახმად, უფრო მკაცრ სისხლის სამართლის კანონს არ შეიძლება უკუძალა ჰქონდეს“.²

უკუძალა აქვთ, აგრეთვე, სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგადი ნაწილის იმ ნორმებსაც, რომლებიც სასჯელის დანიშვნის უფრო ლმობიერ წესებს ითვალისწინებენ. ასეთი ძალა ექნება, მაგალითად, კანონს, რომელიც გამორიცხავს რაიმე გარემოებას დამამძიმებელ გარემოებათა ნუსხიდან ან, პირიქით შეიტანს შემამსუბუქებელ გარემოებათა ნუსხაში ახალ გარემოებას.

¹ ამ საკითხზე იხ. Зайцев, Тишкевич, Горелик, Действуют ли промежуточные уголовные законы, „Советская юстиция“, №1, 1960 г., стр. 6-8.

² იქვე, გვ. 7.

ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის 1959 წ[ლის] 14 თებერვლის ბრძანებულება, რომელმაც განსაზღვრა „საფუძვლების“ ძალაში შესვლის წესი, მიუთითებს, რომ „საფუძვლების“ მიერ გათვალისწინებული წესები ხანდაზმულობისა, ნასამართლობის მოხსნისა და გაქარწყლების შესახებ ვრცელდება იმ პირებზედაც, ვინც დანაშაული ჩაიდინა ან ვინც მსჯავრდებული იყო ან სასჯელი მოიხადა „საფუძვლების“ მიღებამდე (იხ. Бюллетень Верховного Суда СССР, 1965 г., №7, стр. 60).

უკუძალა აქვთ სისხლის სამართლის კოდექსის ნორმებს ვადამდე ან პირობით ვადამდე გათავისუფლებისა და სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სასჯელით შეცვლის შესახებ (მუხ[ლი] 54-ე, [მუხლი] 55-ე), იმისდა მიუხედავად, აფართოებენ თუ, პირიქით, ზღუდავენ ეს ნორმები ვადამდე გათავისუფლებას. ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლესი სასამართლოს პლენუმის 1963 წ[ლის] 18 დეკემბრის №19 დადგენილებაში განმარტებულია: „კანონმდებლობა ვადამდე, პირობით ვადამდე გათავისუფლებისა და სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სასჯელით შეცვლის შესახებ არ წყვეტს ქმედობის დანაშაულებრიობისა და დასჯადობის საკითხს. ამიტომ ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირისა და მოკავშირე რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კანონმდებლობის საფუძვლების მე-6 მუხლის წესი ასეთ შემთხვევებზე არ ვრცელდება და საკითხი ვადამდე, ვადამდე პირობით გათავისუფლებისა და სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სასჯელით შეცვლის შესაძლებლობის შესახებ უნდა გადაწყდეს ამ მომენტში მოქმედი კანონის შესაბამისად და არა იმ კანონმდებლობის საფუძველზე, რომელიც დანაშაულის ჩადენის მომენტში მოქმედებდა“ (იხ. Бюллетень Верховного Суда СССР, 1965 г., №1, стр. 8).

ახალი, უფრო ლმობიერი კანონის უკუძალა შემოფარგლულია იმ საქმეებით, რომლებზედაც სასამართლოს განაჩენი კანონიერ ძალაში შესული არ არის. თუ ახალმა კანონმა გააუქმა ქმედობის დასჯადობა, სისხლის სამართლის საქმის წარმოება პროცესის ყოველ სტადიაში უნდა მოისპოს. თუ ახალმა კანონმა შეამსუბუქა სასჯელი, სასამართლო ვალდებულია, ვიდრე განაჩენი კანონიერ ძალაში შევიდოდეს, დანიშნოს სასჯელი ახალი, უფრო ლმობიერი კანონის შესაბამისად.

ახალ კანონს, რომელიც აუქმებს ქმედობის დასჯადობას ან ამსუბუქებს სასჯელს, უკუძალა აქვს იმ მომენტამდე, ვიდრე ძველი კანონით გამოტანილი განაჩენი ძალაში შევიდოდეს, ხოლო, თუ უფრო მსუბუქი კანონი გამოცემულია განაჩენის კანონიერ ძალაში შესვლის შემდეგ, საკითხი ასეთი განაჩენის შეცვლის (ე.ი. პირის სასჯელისაგან გათავისუფლების ან უფრო ლმობიერი სასჯელის დანიშვნის) შესახებ შეიძლება გადაწყდეს მხოლოდ საკანონმდებლო გზით.

1961 წ[ლის] 28 თებერვალს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლეს[ი] საბჭოს პრეზიდიუმმა მიიღო ბრძანებულება „საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსების სამოქმედოდ შემოღებასთან დაკავშირებულ ღონისძიებათა შესახებ“. ამ ბრძანებულებაში მითითებული იყო, რომ საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] ტერიტორიაზე ჩადენილ დანაშაულთათვის მსჯავრდებული პირებისათვის დანიშნული სასჯელები შესაბამისობაში უნდა იქნეს მოყვანილი საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] 1960 წ[ლის] სისხლის სამართლის კოდექსში გათვალისწინებულ სასჯელებთან, თუკი ამ კოდექსით უფრო ლმობიერი სასჯელებია გათვალისწინებული.

ამავე დროს საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლეს საბჭოს პრეზიდიუმს უფლება მიეცა დაედგინა, რომ საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის ძალაში შესვლის დროს ეს შემსუბუქება არ გავრცელდება განსაზღვრული კატეგორიის დანაშაულთა ჩამდენ პირებზე, თუ ამ პირების მიმართ გამოტანილი განაჩენი ძალაში შევიდა 1961 წ[ლის] 1 მარტამდე.

აღნიშნული ბრძანებულების შესაბამისად მიღებულ იქნა საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლეს საბჭოს პრეზიდიუმის 1961 წ[ლის] 1 მარტის ბრძანებულება „საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსების სამოქმედოდ შემოღების წესის შესახებ“ (იხ. საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი საბჭოს უწყებები, 1961, №7, მუხ[ლის] 121). ამ

ბრძანებულებამ დაადგინა, რომ გათავისუფლებულ იქნენ სასჯელი-საგან ის პირნი, რომელნიც 1961 წ[ლის] 1 მარტამდე მსჯავრდებული არიან ისეთი ქმედობისათვის, რაც ახალი კოდექსით დანაშაულად არ ითვლება, ხოლო, თუ ძველი კანონებით მსჯავრდებულ დამნაშაევებს უფრო მძიმე სასჯელი აქვთ დანიშნული, ვიდრე ამას ახალი კანონი ითვალისწინებს, სასჯელი ამ პირებს შესაბამისად უნდა შეუმცირდეთ. თანაც სასჯელი აღნიშნულ პირებს უმცირდებოდათ ახალი უფრო ლმობიერი კანონით გათვალისწინებული სასჯელის ზომის მაქსიმუმამდე.

ამავე ბრძანებულების თანახმად, სასჯელი არ შეუმცირდათ იმ პირებს, ვინც ახალი კოდექსის სამოქმედოდ შემოღებამდე მსჯავრდებული იყვნენ განსაკუთრებით საშიში სახელმწიფო დანაშაულისათვის, ბანდიტიზმისათვის, დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილი მკვლელობისათვის, სახელმწიფოებრივი ან საზოგადოებრივი ქონების დიდი ოდენობით დატაცებისა და ყაჩაღობისათვის, აგრეთვე, განსაკუთრებით საშიშ რეციდივისტებს. ამასთან ერთად, თანახმად საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] 1961 წ[ლის] 3 ნოემბრის ბრძანებულებისა „საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რესპუბლიკის სისხლის სამართლის ახალი კოდექსის სამოქმედოდ შემოღებასთან დაკავშირებით პატიმრობის ადგილებში რეჟიმის ბოროტად დამრღვევთა მიმართ სასჯელის ზომების შემსუბუქების არ გამოყენების შესახებ“ სასამართლოებს უფლება მიეცათ არ შეუმსუბუქონ სასჯელი იმ პირებს, რომელთაც მისტილი აქვთ თავისუფლების აღკვეთა და რომელნიც სასჯელის მოხდის პერიოდში არ დაადგნენ გამოსწორების გზას - ბოროტად არღვევენ რეჟიმს, ან სისტემატურად თავს არიდებენ სამუშაოს, ან პარაზიტულ ცხოვრებას ეწევიან (საქ[ართველოს] ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი საბჭოს უწყებები, 1961 წ., №31, მუხ[ლი] 467).

სასჯელის შემცირების შეზღუდვა, რაც ამ ბრძანებულებით არის გათვალისწინებული, დასაშვებია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მათში ჩამოთვლილი დანაშაულობანი არა მარტო ძველი კოდექსებით, არამედ ახალი კოდექსებითაც ითვლებიან განსაკუთრებით საშიშ დანაშაულებრივ ქმედობებად. ამ გარემოებაზე მითითებულია ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირის უმაღლეს[ი] სასამართლოს პლენუმის 1964 წ[ლის] 22 დეკემბრის დადგენილებაში „ს[აბჭოთა]

ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკების] კავშირისა და მოკავშირე რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კანონმდებლობის საფუძვლების დამტკიცების თაობაზე“ 1958 წლის 25 დეკემბერს გამოცემული კანონის მე-2 მუხლის გამოყენების სასამართლო პრაქტიკის შესახებ“. პლენუმის დადგენილებაში ნათქვამია, რომ აღნიშნული შეზღუდვა არ ვრცელდება, მაგალითად, შურისძიების ან ეჭვიანობის მოტივით ჩადენილ მკვლელობაზე, რომელიც ძველი კოდექსით დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილ მკვლელობად ითვლებოდა, მაგრამ ახალი კოდექსის თანახმად არ კვალიფიცირდება როგორც დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილი მკვლელობა, ან, მაგალითად, ქონების ძალადობით გატაცებაზე, რომელიც საშიში არ არის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისათვის, ან გატაცებაზე, რომელიც დაკავშირებული არ არის ასეთი ძალადობის მუქარასთან. რაც წინათ ყაჩაღობად ითვლებოდა, ახლა კი, კვალიფიცირდება როგორც გაძარცვა და ა.შ., ასეთ შემთხვევაში იმ პირის ქმედობა, რომელიც აღნიშნულ დანაშაულთათვის სასჯელს იხდის, უნდა გადაკვალიფიცირდეს ახალი კოდექსის შესაბამისი მუხლების მიხედვით, თანაც სასჯელის ზომა უნდა შემცირდეს ამ მუხლებში მითითებულ მაქსიმუმამდე. ცხადია, სასჯელის ზომა, ასეთ შემთხვევაში, არ შეიძლება აღემატებოდეს სასამართლოს განაჩენით დანიშნულ ზომას (იხ. Бюллетень Верховного Суда СССР, 1965 г., №1, стр. 12-14).

6. უკუძალა არა აქვს სისხლის სამართლის კანონს, რომელიც: ა) აწესებს ქმედობის დასჯადობას ან ბ) ამძიმებს სასჯელს.

[ა]) ისეთი კანონის უკუმიუქცევლობა, რომელიც ქმედობის დასჯადობას აწესებს, ეფუძნება პრინციპს: არ არის დანაშაული კანონის გარეშე. თუ ქმედობის ჩადენის დროს იგი არ ისჯებოდა, პირს არავითარი სისხლისსამართლებრივი ნორმა არ დაურღვევია.

მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსი ითვალისწინებს ზოგიერთ შემადგენლობებს, რომლებიც 1928 წლის სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული არ იყო. ასეთია, მაგალითად, სახელმწიფოებრივი ან საზოგადო ქონების გაუფრთხილებლობით დაზიანება (მუხ[ლი] 101), იძულება (მუხ[ლი] 134), მუქარა (მუხ[ლი] 136), პირადი ქონების გაუფრთხილებლობით დაზიანება (მუხ[ლი] 158) და სხვა. ასეთი ქმედობანი, თუ ისინი მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსის ძალაში

შესვლამდე არიან ჩადენილნი, დანაშაულად არ ჩაითვლებიან და მათ ახალი კოდექსი არ შეეფარდებათ.

ბ) ისეთი კანონის უკუმიუქცევლობა, რომელიც უფრო მკაცრ სასჯელს ითვალისწინებს, ემყარება შემდეგ მოსაზრებას: სახელმწიფოს უფლება არა აქვს დასაჯოს მოქალაქე იმაზე მკაცრად, ვიდრე იგი ქმედობის ჩადენის მომენტში ემუქრებოდა; უფრო მკაცრი სასჯელის გამოყენება ზოგადი პრევენციის ამოცანას არ ემსახურება.

უფრო მკაცრი კანონის გამოყენება ადრე ჩადენილი ქმედობის მიმართ ეკრძალება სასამართლოს, ხოლო თვით კანონმდებელს უფლება აქვს უკუძალა მისცეს ისეთ კანონს, რომელიც აწესებს ქმედობის დასჯადობას ან ითვალისწინებს უფრო მკაცრ სასჯელს. ვინაიდან უფრო მკაცრი კანონისათვის უკუძალის მიცემა მოქალაქეთა თავისუფლების პრინციპს არღვევს და ამავე დროს ზოგადი პრევენციის ამოცანას არ ემსახურება, ამიტომ საბჭოთა სახელმწიფო უაღრესად იშვიათ შემთხვევაში ითვალისწინებს ასეთი კანონისათვის უკუძალის მიცემას.

მუხ[ლი] მე-7 კრძალავს იმ კანონის უკუძალას, რომელიც უფრო მკაცრ სასჯელს ითვალისწინებს, მაგრამ კანონის უკუძალის აკრძალვა არ შეეხება კანონს, რომელიც სამედიცინო და აღმზრდელობითი ხასიათის იძულებით ღონისძიებას აწესრიგებს, ვინაიდან ასეთი იძულებითი ღონისძიება სასჯელს არ წარმოადგენს.

† ვლადიმერ მაყაშვილი (1904-1986)

პირადი თავისუფლება ადამიანის ერთ-ერთი უძვირფასესი სიკეთეა. ყოველი ადამიანი ამა თუ იმ ზომით გრძნობს პირადი თავისუფლების, უფრო ზუსტად, საკუთარი ნება-სურვილის მიხედვით მოქმედების ზნეობრივ და სოციალურ ღირებულებას. პიროვნება რომ ყოველმხრივად განვითარდეს, მისი ზნეობრივი ხასიათი და თავისთავადობა რომ განმტკიცდეს, ინიციატივობა და დამოუკიდებლობა გაიზარდოს, მას შესაძლებლობა უნდა ჰქონდეს თავისუფლად განაგოს საკუთარი ყოფაქცევა და იძულებული არ იყოს იმოქმედოს საკუთარი ნების წინააღმდეგ.

ს[აბჭოთა] ს[ოციალურ] რ[ესპუბლიკების] კავშირის კონსტიტუცია და მოკავშირე რესპუბლიკების კონსტიტუციები ადამიანის საქმიანობის სხვადასხვა სფეროში მთელ რიგ თავისუფლებებს ითვალისწინებენ (სიტყვის, პრესის, კრიტიკის თავისუფლება, სინდისის თავისუფლება და სხვ.) და უზრუნველყოფენ მათი განხორციელების შესაძლებლობას. თავისუფლებანი, რომელთაც განსაკუთრებით დიდი სოციალურ-პოლიტიკური მნიშვნელობა აქვთ, კონსტიტუციურ რანგამდეა აყვანილი და ძირითადი კანონი თვით უკრძალავს თანამდებობის პირებს და მოქალაქეებს მათ დარღვევას.

პრინციპულად, მოქმედების თავისუფლად განკარგვის ანუ საკუთარი სურვილის მიხედვით რაიმე საქმიანობის არჩევის ან რაიმე საქმიანობისაგან თავის შეკავების ყოველგვარი ხელყოფა საზოგადოებრივად

* პირველად გამოქვეყნდა 1979 წელს ჟურნალ - „საბჭოთა სამართალში“. იხ. მაყაშვილი ვლ., პასუხისმგებლობა მოქმედების თავისუფლების ხელყოფისათვის, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №4, 1979 [თ.6].

† ცნობილი ქართველი სწავლული იურისტი, სისხლის სამართლის ქართული სკოლის ერთ-ერთი ფუძემდებელი, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ეკონომიკისა და სამართლის ინსტიტუტის უფროსი მეცნიერ-თანამშრომელი, საქართველოს დამსახურებული იურისტი, ქართული საბჭოთა ენციკლოპედიის სამართლის რედაქციის გამგე [თ.6].

საშიშა და ზნეობრივ გაკიცხვას იმსახურებს. საბჭოთა ადამიანის ზნეობრივი გრძნობა და სამართლებრივი შეგნება ვერ ურიგდება და მეტად მწვავე რეაგირებას ახდენს იძულების ყოველგვარ ფაქტზე. მაგალითად, ვინმეს იძულება - მოსპოს წერილი ან დოკუმენტი, რომელიც მოძალადის გამაწილებელ ცნობებს შეიცავს, ან განწყვიტოს კავშირი თავის სატრფოსთან ან დაქორწინდეს განსაზღვრულ პირთან, ან დაუწეროს დაუმსახურებელი მაღალი ნიშანი სტუდენტს და ა.შ.. იძულება შეიძლება მიმართული იყოს რაიმე მოქმედებისაგან თავის შეკავებაზეც. მაგალითად, ვინმეს იძულება, რომ არ მიიღოს მონაწილეობა ვაკანტური ადგილის დასაკავებლად გამოცხადებულ კონკურსში, ან იძულება არ აცნობოს სათანადო ორგანოებს ჩადენილი დანაშაულის, მაგალითად, გაუპატიურების ფაქტი და სხვა.

ყველა თანამედროვე სისხლის სამართლის კოდექსი ითვალისწინებს იძულების სპეციალურ სახეებს, როდესაც იძულება გამოყენებულია როგორც რაიმე განსაზღვრული სახელმწიფოებრივი, საზოგადოებრივი ან პირადი ინტერესის ხელყოფის საშუალება. ამ მხრივ, ტიპურია გაუპატიურება, რომლის დროსაც ქალი იძულების გამო მოკლებულია შესაძლებლობას განაგებდეს თავის სქესობრივ თავისუფლებას, ან გამოძალვა, როდესაც დაზარალებული, მისთვის ან მისი ახლობლებისათვის მომავალში მნიშვნელოვანი ზიანის მიყენების მუქარით, იძულებულია გადასცეს მაიძულებელს რაიმე ქონება ან დაუთმოს ქონებრივი უფლება თუ ქონებრივი გამორჩენა. იძულების სპეციალური შემადგენლობაა, აგრეთვე, მოწმის იძულება, რომ მართლმსაჯულების ორგანოებს მისცეს ცრუ ჩვენება და სხვა.

ზოგიერთი ქვეყნის სისხლის სამართლის კანონმდებლობა უფრო შორს მიდის და დანაშაულის იმ შემადგენლობების გარდა, რომლებშიც იძულება ამა თუ იმ მნიშვნელოვანი ინტერესის ხელყოფის საშუალებას წარმოადგენს, ითვალისწინებს იძულების ზოგად შემადგენლობას. ასეთი შემადგენლობის შეტანა სისხლის სამართლის კოდექსებში გამოწვეულია იმით, რომ, ერთი მხრივ, კანონმდებელს არ ძალუძს გაითვალისწინოს იძულების სისხლის სამართლის წესით დასაჯელი ყველა შემთხვევა, ხოლო, მეორე მხრივ, იმით, რომ ყოველგვარი იძულება, იმისდა მიუხედავად, თუ ადამიანის საქმიანობის რომელ სფეროს ეხება და რა

ინტერესებს არღვევს, თავისთავად, საზოგადოებრივად საშიშია. ამასთანავე, იძულების საერთო შემადგენლობას სათანადოგო ხასიათი აქვს: იგი გულისხმობს ისეთ იძულებას, რომელიც არ მოიცავს სპეციალური სახის იძულების ნიშნებს.

იძულების საერთო შემადგენლობა გათვალისწინებულია საზღვარგარეთის სოციალისტური ქვეყნების სისხლის სამართლის კოდექსებში. მაგალითად, გერმანიის დემოკრატიული რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსის 129-ე პარაგრაფში ნათქვამია: „ვინც ძალადობის გამოყენებით ან სერიოზული ზიანის მიყენების მექარით კანონსაწინააღმდეგოდ აიძულებს ადამიანს ჩაიდინოს განსაზღვრული ქმედობა, დაისჯება თავისუფლების აღკვეთით ორ წლამდე ვადით, ან პირობითი მსჯავრით, ან ჯარიმით, ან საზოგადოებრივი გაკიცხვით“.

იძულების ზოგადი შემადგენლობა გათვალისწინებულია სხვა სოციალისტური ქვეყნების კოდექსებშიც - პოლონეთისა და ბულგარეთის სახალხო რესპუბლიკების, იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერაციული რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსებში.

იძულების საერთო შემადგენლობას ითვალისწინებს, აგრეთვე, მთელი რიგი ბურჟუაზიული ქვეყნების, მაგალითად, შვეიცარიის, დანიის, ავსტრიის, ფინეთის, იაპონიის და სხვა სისხლის სამართლის კოდექსები. ასეთი შემადგენლობა იყო რევოლუციამდელი რუსეთის 1903 წლის სისხლის სამართლის სჯულდებამდე მას ითვალისწინებს გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის შედარებით ახალი, 1975 წლის სისხლის სამართლის კოდექსი. თვალში საცემია სანქციები, რომლებიც აღნიშნული კოდექსით დადგენილია ამ დანაშაულისათვის. „განსაკუთრებით მძიმე შემთხვევებში“ იძულებისათვის შეიძლება დანიშნულ იქნეს თავისუფლების აღკვეთა ხუთ წლამდე ვადით.

საბჭოთა სისხლის სამართლის კანონმდებლობა, მისი განვითარების მთელ მანძილზე არასდროს არ ითვალისწინებდა იძულების ზოგად შემადგენლობას. გამოწვევისაა მხოლოდ საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსი (1960 წლისა). ეს არის საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის ერთ-ერთი თავისებურება, რომელიც განასხვავებს მას სხვა მოკავშირე რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კოდექსებისაგან. ამ კოდექსის 135-ე მუხლში

ნათქვამია: „ძალდატანებით ან დასასჯელი მექარით სხვა პირის იძულება, რომ შეასრულოს ან არ შეასრულოს ესა თუ ის მოქმედება, ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით ერთ წლამდე, ან გამასწორებელი სამუშაოებით იმავე ვადით, ან ჯარიმით ას მანეთამდე“.¹

როგორც 135-ე მუხლის ტექსტიდან ჩანს, სხვა პირის ნებისყოფასა და ყოფაცქევზე ყოველგვარი ზემოქმედება კი არ იწვევს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობას, არამედ მხოლოდ ისეთი, როდესაც პირი ამას შერება გარკვეული საშუალებების - ფიზიკური ძალადობის ან მექარის გამოყენებით. თუ პირი ადამიანზე ზემოქმედების სხვა საშუალებებს მიმართავს, იძულების შემადგენლობა გამორიცხულია. კერძოდ, 135-ე მუხლით ადამიანზე ზემოქმედება არ შეიძლება კვალიფიკირებულ იქნეს მისი მოტყუების ანუ შეცდომაში შეყვანის მეშვეობით (მაგალითად, პირის გამოძახება სხვა ქალაქში დეპეშით, რომელიც შეიცავს სამსახურებრივი, მატერიალური ან სხვაგვარი დამოკიდებულების გამოყენებით.

ფიზიკურ ძალადობას, როგორც იძულების შემადგენლობის აუცილებელ ნიშანს, ითვალისწინებს ყველა სისხლის სამართლის კოდექსი, რომელშიც შეტანილია იძულების ზოგადი შემადგენლობა. ეს ნიშანი გულისხმობს ფიზიკური ძალის გამოყენებას. დანაშაულის ჩადენის საშუალებად (მაგალითად, დარტყმით, ჩხვლეტით, ან დანვით ფიზიკური ტკივილის მიყენება, რათა ადამიანს ხელი მოაწერიონ დოკუმენტზე, მგზავრის ძალით გადმოთრევა მანქანიდან, რათა მას არ ჰქონდეს ტრანსპორტის გამოყენების საშუალება და სხვა). ძალადობა, როგორც ზემოქმედების საშუალება, შეიძლება მიმართული იყოს არა მარტო იმ პირის წინააღმდეგ, ვისაც აიძულებენ რაიმე ქნას ან არ ქნას, არამედ მისი ახლობლების წინააღმდეგაც. ასეთ შემთხვევაში, დაზარალებული ფიზიკურ ძალადობას სხვა პირების წინააღმდეგ ისე განიცდის, თითქოს თვით იგი იყოს ძალადობის უშუალო ობიექტი (მაგალითად, ცოლის ცემა

¹ გ. ოსტროვის აზრით, - საბჭოთა სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში არსებული ხარვეზი - იძულების საერთო შემადგენლობის გაუთვალისწინებლობა - შევსებულია მხოლოდ საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსში. „საკანონმდებლო საქმიანობის ეს გამოცდილება, - წერს გ. კოსტროვი, - უეჭველად იმსახურებს ყურადღებას“. იხ. Г. Костров, Нужен общий состав об ответственности за принуждение, „Советская юстиция“, 1976, №2.

ქმრის თანდასწრებით რათა ამ გზით ქმარი აიძულონ რაიმე მოქმედებისათვის). ფიზიკური ზემოქმედების უშუალო საგანი შეიძლება იყოს ნივთი, თუ ამით აქტიურ ზემოქმედებას ახდენენ პიროვნებაზე, აიძულებენ მას ესა თუ ის მოქმედება ჩაიდინოს ან არ ჩაიდინოს (მაგალითად, ცივ ზამთარში ფანჯრის მინების ამოღება, რათა ამით აიძულონ პირი გამოვიდეს ეს ამ ოთახიდან, ან ავტომანქანის გაფუჭება, რათა აიძულონ მისი მფლობელი დაიგვიანოს მატარებელზე).

თუ იძულების საშუალებად გამოყენებულ ფიზიკურ ძალადობას სხეულის დაშავება მოჰყვა, დამნაშავეს ქმედობა კვალიფიციურებულ უნდა იქნეს დანაშაულთა ერთობლიობის წესით როგორც იძულება (მუხ[ლი] 135-ე) და შესაბამისი მუხლით გათვალისწინებული სხეულის დაშავება.

იძულების საშუალება, კანონის მიხედვით, შეიძლება იყოს, აგრეთვე, მექარა, მაგრამ არა ყოველგვარი, არამედ მხოლოდ დასჯადი მექარა, ე.ი. ისეთი, რომელიც თავისთავად იწვევს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, ასეთი მექარა გათვალისწინებულია საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის 136-ე მუხლში, რომლის მიხედვითაც კანონსაწინააღმდეგოდ და დასჯადად ითვლება „მოკვლის ან სხეულის მძიმე დაზიანების, ან საყოველთაოდ საშიში საშუალებით ქონების დაზიანების“ მექარა. მაშასადამე, თუ პირი იძულების მიზნით იყენებს სხვაგვარი ხასიათის მექარას, ეს ვერ მოგვცემს 135-ე მუხლით გათვალისწინებული ძალადობის შემადგენლობას, თუნდაც პირი საკმაოდ მნიშვნელოვანი ზიანის მიყენებით იმუქრებოდეს (მაგალითად, გაუპატიურებით, ცემით, ტყუილი გამანზილებელი ცნობების გავრცელებით და სხვა). ქონების დაზიანების ყოველი მექარა კი არ ჩაითვლება იძულების დანაშაულის საშუალებად, არამედ მხოლოდ საყოველთაოდ საშიში საშუალებით (ცეცხლის ნაკიდებით, აფეთქებით, წყლის მიშვებით და სხვა) ქონების დაზიანების ან განადგურების მექარა. დამნაშავე შეიძლება იმუქრებოდეს, რომ ზიანს მიაყენებს არა მარტო იმ პირს, ვისაც იგი აიძულებს რაიმე მოქმედების ჩადენას, არამედ მის ახლობლებსაც.

მექარის შინაარსის გარდა, კანონსაწინააღმდეგო მექარის ცნება მეორე მნიშვნელოვან მომენტსაც შეიცავს; სახელდობრ, უნდა არსებობდეს საკმაო საფუძველი, რომ მექარა ნამდვილად განხორციელდება; მაშასადამე, მექარას სერიოზული ხასიათი უნდა ჰქონდეს, იგი უნდა

ქმნიდეს შთაბეჭდილებას, რომ მეტად თუ ნაკლებად მოკლე ხანში იგი სინამდვილედ გადაიქცევა.

მუქარის, როგორც იძულების საშუალების, საკითხი სხვადასხვა სისხლის სამართლის კოდექსებში სავსებით ერთგვაროვნად როდი წყდება. საქართველოს სსრს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის 135-ე მუხლის კონსტრუქციას ამ საკითხში უახლოვდება პოლონეთის სახალხო რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსის ფორმულა. ამ კოდექსის 167-ე მუხლში ნათქვამია, რომ მუქარა, როგორც იძულების საშუალება, უნდა იყოს „კანონსაწინააღმდეგო“, მაგრამ თვით „კანონსაწინააღმდეგო“ მუქარის ცნება, რომლის განსაზღვრება მოცემულია პოლონეთის კოდექსის 166-ე მუხლში, უფრო ფართოა, ვიდრე საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] ს[ისხლის] ს[ამართლის] კოდექსის 136-ე მუხლით გათვალისწინებული მუქარის ცნება. სახელდობრ, მას მიეკუთვნება დამუქრება ნებისმიერი დანაშაულის ჩადენით დაზარალებულის ან მისი ახლობლების საზიანოდ. გერმანიის დემოკრატიული რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსში ლაპარაკია „სერიოზული ზიანის მიყენების მუქარაზე“ (§129). მაშასადამე, აქ მუქარა შეიძლება დაკავშირებული არ იყოს სისხლის სამართლის წესით დასჯად ქმედობასთან. ზოგიერთი კანონმდებლობა პირდაპირ მიუთითებს მუქარაზე, როგორც იძულების საშუალებაზე და არაფერს ამბობს იმაზე, თუ რა ხასიათი უნდა ჰქონდეს მუქარას. ასეთია, მაგალითად, ბულგარეთის სახალხო რესპუბლიკის 143-ე მუხლის კონსტრუქცია, რომლის მიხედვით ყოველგვარი მუქარა საკმარისია იძულების ზოგადი შემადგენლობის არსებობისათვის.

ჩვენი აზრით, იძულების დანაშაულთან უფრო ეფექტიანად ბრძოლისათვის საჭიროა ერთგვარად გაფართოვდეს მუქარის ცნება, რომელსაც იყენებს საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსი. შეუძლებელია დაუსჯელად დავტოვოთ ისეთი შემთხვევები, როდესაც დამნაშავე ემუქრება დაზარალებულს გაუპატიურებით, ან დაზარალებულისა თუ მისი ახლობლების თაობაზე მათი გამანობილებელი ცრუ ცნობების გავრცელებით, ან ისეთი ნამდვილი

თუ მოგონილი ფაქტების გამომჟღავნებით, რომლებიც დაზარალებულის ინტიმურ ცხოვრებას ეხება, და ასეთი მექარის საშუალებით სურს აიძულოს დაზარალებული იმოქმედოს გარკვეული მიმართულებით.

სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა იძულებისათვის დასაბუთებულია მხოლოდ მაშინ, როდესაც იძულებას მართლსაწინააღმდეგო ხასიათი აქვს. თუ პირი უფლებამოსილია აიძულოს სხვა ადამიანი, თუ მას უფლება აქვს მიმართოს იძულების კანონიერ საშუალებებს, ასეთ შემთხვევაში პასუხისმგებლობა გამორიცხულია. ამიტომ არ შეიძლება პასუხი აგოს იძულებისთვის იმ პირმა, ვინც დანაშაულის ჩადენის ადგილზე დააკავა დამნაშავე და ფიზიკური ძალა გამოიყენა იმისათვის, რომ იგი მილიციისათვის ჩაებარებინა.

სისხლისსამართლებრივი წესით დასჯადი იძულება არ არის, აგრეთვე, ის შემთხვევა, როდესაც პირი ძალდატანებით ან მექარით შეასრულებინებს ადამიანს მოვალეობას, რომელსაც მას კანონი აკისრებს (მაგალითად, აიძულებს მას გადაიხადოს ვალი, ალიმენტი ან უკან დააბრუნოს ნივთი, რომელიც ეკუთვნის მაიძულებელს). ასეთ შემთხვევაში ვერ ვიტყვით, რომ შეზღუდულია პირის მოქმედების თავისუფლება, ვინაიდან პირი, მართლწესრიგის მოთხოვნათა საფუძველზე ვალდებული იყო შეესრულებინა სწორედ ის მოქმედება, რომელსაც მისგან მოითხოვს ის, ვინც მასზე ზემოქმედება მოახდინა. აქ შეიძლება საკითხი შეეხოს მხოლოდ იმას, ხომ არ უნდა აგოს მოძალადემ პასუხი საქმის კონკრეტული გარემოებების მიხედვით, ფიზიკური ან ფსიქიკური ძალადობისათვის ან თვითნებობისათვის, რამდენადაც იგი ახორციელებს თავის უფლებას თვითნებურად, კანონით დადგენილი წესის საწინააღმდეგოდ, და არა იძულებისათვის.

ცოტა სხვაგვარად წყვეტს ამ საკითხს გ. კოსტროვი. გ. კოსტროვის შეხედულება საინტერესოა იმ მხრივ, რომ ამ შემთხვევების საფუძველზე იგი გამოთქვამს ზოგად, კონსტრუქტიული ხასიათის მოსაზრებებს იძულებისათვის პასუხისმგებლობის შესახებ და ამ მიზნით წინადადებას იძლევა დაზუსტდეს იძულების ის ზოგადი შემადგენლობა, რომელსაც ითვალისწინებს საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსი. აღსანიშნავია, რომ გ. კოსტროვის წერილი საბჭოთა სისხლისსამართლებრივ ლიტერატურაში ერთადერთია, რომელიც სპეციალურად მიეძღვნა იძულების შემადგენლობას. გ.

კოსტროვის აზრით, იძულების საერთო შემადგენლობა გათვალისწინებული უნდა იქნეს მოკავშირე რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კოდექსებში. ეს ნათლად ჩანს უკვე მისი წერილის სათაურიდან - „საჭიროა ზოგადი შემადგენლობა იძულებისათვის პასუხისმგებლობის შესახებ“.¹

გ. კოსტროვი თავის წერილში აღნიშნავს, რომ „მუქარის გამოყენება იმ მიზნით, რათა მეორე პირი იძულებული გახდეს შეასრულოს თავისი მოვალეობა არ შეიძლება გავუთანაბროთ იმ შემთხვევას, როდესაც დამმუქრებელს ჰქონდა უფლება მოეთხოვა ამ მოქმედების შესრულება“.² კოსტროვის აზრით, ეს შემთხვევები განსხვავდება ერთმანეთისაგან საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხით. პირველ შემთხვევაში, მეორისაგან განსხვავებით, არ ხდება არავითარი სამართლით დაცული ინტერესის დარღვევა, პირს აკეთებინებენ იმას, რაც მას უნდა გაეკეთებინა. ამგვარად, ასეთი შემთხვევების სხვადასხვავებარი შეფასება დაკავშირებულია იმ მოქმედებათა ხასიათთან, რომელთა შესრულებას ან შეუსრულებლობას აიძულებენ პიროვნებას. გ. კოსტროვის აზრით, იძულებისათვის პასუხისმგებლობის სიმძიმის ცენტრი სწორედ ის მომენტი, თუ როგორ ურთიერთობაშია ნაიძულები ქცევა პირის სამართლით დაცულ ინტერესთან, რამდენად ღრმად, რამდენად უხეშად არის დარღვეული ეს ინტერესები. გ. კოსტროვის აზრით, დამნაშავე საბოლოო ანგარიშით სწორედ ამ ინტერესებს ხელყოფს, ამიტომ ეს განსაზღვრავს საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხს. აქ, გ. კოსტროვი აყენებს საერთო დებულებას, რომ იძულება უნდა იწვევდეს სისხლის სამართლებრივ პასუხისმგებლობას მხოლოდ მაშინ, როდესაც მნიშვნელოვნად დარღვეულია დაზარალებულის ინტერესები, ხოლო, თუ ეს დამატებითი მომენტი - დაზარალებულის სამართლით დაცული ინტერესების არსებითი დარღვევა - არ არსებობს, ე.ი. თუ საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი არ სცილდება იძულებისათვის გამოყენებული საშუალებების საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხს, საკმარისია ქმედობა დაისაჯოს როგორც ძალადობა ან მუქარა თავისდათავად და არ არის საჭირო იძულების შემადგენლობის გამოყენება.

¹ „Советская юстиция“, 1976, №2.

² გ. კოსტროვი, ციტ. წერილი, გვ. 23.

ამის საფუძველზე გ. კოსტროვი წინადადებას იძლევა იძულების საკანონმდებლო განსაზღვრებაში შეტანილ იქნეს მითითება, რომ პირი ძალადობისა და მუქარის მეშვეობით მოითხოვს მეორე ადამიანისაგან რაიმე მოქმედების შესრულებას ან შეუსრულებლობას, რითაც „არსებითად ირღვევა დაზარალებულის სამართლით დაცული ინტერესები“.¹

გ. კოსტროვის წინადადება ჩვენ არ მიგვაჩნია მართებულად. ჩვენი აზრით, ამგვარი დამატება კანონში საჭირო არ არის, თუ პირი ძალდატანებით შეასრულებინებს სხვა პირს ისეთ მოქმედებას, რისი შესრულება მას ისედაც ევალებოდა, აქ სისხლისსამართლებრივი წესით დასჯადი იძულების შემადგენლობა არა გვაქვს, ვინაიდან არ არსებობს ხელყოფის ობიექტი, პირის მოქმედება არ არღვევს ადამიანის მოქმედების თავისუფლებას: მას არ ჰქონდა სხვაგვარად მოქმედების ალტერნატივა, კანონი მოითხოვდა მისგან იმ მოქმედებას, რომელიც მას შეასრულებინეს. ამიტომ, იმისათვის, რომ გამოვიყენოთ პასუხისმგებლობა იძულების ასეთი შემთხვევებისათვის, სრულიადაც არ არის საჭირო იძულების განსაზღვრებაში გ. კოსტროვის მიერ შემოთავაზებული დამატებების შეტანა. ხოლო იმ შემთხვევისათვის, როდესაც მოძალადე უფლებამოსილი არ არის მოითხოვოს დაზარალებულისაგან ის მოქმედება, რომელიც მან შეასრულებინა, გ. კოსტროვის მიერ შემოთავაზებული შეზღუდვა ჩვენ მართებულად არ მიგვაჩნია. ჩვენი აზრით, პრინციპულად, ადამიანის პირადი თავისუფლების ყოველგვარი მართლსაწინააღმდეგო, ძალმომრეობითი დარღვევა უნდა შეფასდეს, როგორც პიროვნების თავისუფლების სერიოზული შელახვა. მაგალითად, მომლერალს ძალმომრეობით აიძულებენ იმღეროს განსაზღვრული სიმღერა. არ შეიძლება ითქვას, რომ ასეთი სიმღერა არღვევდეს მომლერლის რაიმე არსებით ინტერესს: ძალდატანება რომ არ ყოფილიყო, სიმღერა რომ მომლერალს საკუთარი ნება-სურვილით შეესრულებინა, მას შეიძლება ამით ესთეტიკური სიამოვნებაც მიეღო. მდგომარეობა არსებითად იცვლება, როდესაც მომლერალს აიძულებენ იმღეროს საკუთარი ნება-სურვილის საწინააღმდეგოდ: ამით ზიანდება პიროვნების ერთ-ერთი უძვირფასესი უფლება - თვითგამორკვევის თავისუფლება. ასეთ შემთხვევაში, ადგილი აქვს მთელი პიროვნების ღრმა შელახვას.

¹ გ. კოსტროვი, ციტ. წერილი, გვ. 23.

ამიტომ საჭიროა მართლწესრიგის რეაგირება იძულების შემთხვევებზე იმისდა მიუხედავად, თუ რა დამოკიდებულებაშია იძულებითი მოქმედება დაზარალებულის სამართლებრივად დაცულ ინტერესებთან. ამავე დროს, ბუნებრივია, რომ ამ გარემოებას შეიძლება ქონდეს მნიშვნელობა ქმედობის საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხის განსაზღვრისათვის და მხედველობაში იქნეს მიღებული მოსამართლის მიერ სასჯელის დანიშვნისას, ზოგჯერ კი ამან შეიძლება გამოიწვიოს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლება და საზოგადოებრივი ზემოქმედების ღონისძიების დანიშვნა.

იძულება არ არის საზოგადოებრივად საშიში და მართლსაწინააღმდეგო, თუ იგი გამოყენებულია, როგორც აუცილებელი საშუალება უფრო ძვირფასი სიკეთის გადასარჩენად, ვიდრე საკუთარი მოქმედების განკარგვის პირადი თავისუფლება. მაგალითად, ვინმე ძალადობის გამოყენებით ხელს უშლის ადამიანის თვითმკვლელობას, ამ შემთხვევაში პირის მოქმედების თავისუფლება, რა თქმა უნდა, შეზღუდულია, მაგრამ სამაგიეროდ, ამით გადაარჩენენ ისეთი მაღალი ღირებულების სიკეთეს, როგორიცაა ადამიანის სიცოცხლე. მოძალადე, ასეთ შემთხვევაში, განთავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან უკიდურესი აუცილებლობის საფუძველზე (საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის მე-15 მუხლი).

ძალადობა შეიძლება შეეხოს ადამიანის საქმიანობის ყოველგვარ სფეროს. იძულების შემადგენლობისათვის მნიშვნელობა არა აქვს, თუ რა მოქმედებას ჩაადენინებენ ძალმომრეობით დაზარალებულს. ამ მოქმედებას შეიძლება ჰქონდეს იურიდიული მნიშვნელობა (დაზარალებულს აიძულებენ წერილობით თანხმობა განაცხადოს განქორწინებაზე) ან იგი იურიდიული თვალსაზრისით, შეიძლება იყოს სავსებით ინდიფერენტული (მოვრალი ახალგაზრდები, თავის გართობის მიზნით, აიძულებენ ხანში შესულ ქალს იცეკვოს მათ წინაშე).

იძულების შემადგენლობა მაშინაც გვექნება, როდესაც პირს აიძულებენ ჩაიდინოს ისეთი მოქმედება, რომელიც ზნეობრივი თვალსაზრისით, გასაკიცხი არ არის, მაგალითად, აიძულებენ მატერიალურად დაეხმარონ გაჭირვებულ ადამიანს. ეს შეიძლება გათვალისწინებულ

იქნეს მხოლოდ როგორც პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება.

თუ დამნაშავემ ფიზიკური ძალმომრეობის ან მუქარის მეშვეობით ჩაადენინა სხვას დანაშაული, ასეთი ქმედობა შეიძლება კვალიფიცირებულ იქნეს 135-ე მუხლით, ე.ი. როგორც იძულება, მხოლოდ მაშინ, როდესაც, დანაშაული, რომელიც დაზარალებულს ჩაადენინეს, იწვევს ნაკლებად მძიმე ან ისეთსავე სასჯელს, რაც გათვალისწინებულია იძულებისათვის. წინააღმდეგ შემთხვევაში, დამნაშავემ შეიძლება პასუხი აგოს სხვა დანაშაულის წაქეზებისათვის, ე.ი. იმისათვის, რომ შეაგულიანა სხვა პირი დანაშაულის ჩასადენად, ხოლო, თუ გემოქმედება იმდენად ძლიერია, რომ სავსებით პარალიზებულიყო ფიზიკური ამსრულებლის ნებისყოფა და იგი გადაიქცა ბრმა იარაღად დამნაშავეს ხელში, ასეთ შემთხვევაში, მაიძულებელი ჩაითვლება დანაშაულის შუალობით ამსრულებლად. ის, ვინც პისტოლეტის დამიზნებით აიძულებს ადამიანს ცეცხლი წაუკიდოს სხვის სახლს, პასუხს აგებს არა იძულებისათვის, არა იმისათვის, რომ წააქეზა სხვა პირი ცეცხლი წაეკიდებინა სხვისი სახლისათვის, არამედ სხვისი მეშვეობით ცეცხლის წაკიდებისათვის (საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის 157-ე მუხლის მე-2 ნაწილი).

იძულების სუბიექტური მხარე ეჭვს არ იწვევს. თავისი ბუნებით იძულება გაუფრთხილებლობით შეუძლებელია, თანაც იძულება გულისხმობს პირდაპირ განზრახვას. პირი ითვალისწინებს, რომ ხელყოფს სხვისი მოქმედების თავისუფლებას, აიძულებს მას საკუთარი ნების წინააღმდეგ შეასრულოს ან არ შეასრულოს რაიმე მოქმედება და სურს ეს. მოტივს, რის გამოც პირმა გადაწყვიტა დანაშაულის ჩადენა, იძულების შემადგენლობისათვის მნიშვნელობა არა აქვს, თუმცა იგი შეიძლება მიღებულ იქნეს მხედველობაში სასჯელის ინდივიდუალიზაციის დროს.

ის საკითხი, თუ როდის უნდა ჩაითვალოს დამთავრებულად იძულების დანაშაული, სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობაში სხვადასხვაგვარად წყდება. ზოგიერთი კანონმდებლობა იძულებას დამთავრებულად თვლის უკვე იმ მომენტში, როდესაც დამნაშავემ გამოიყენა ფიზიკური ან ფსიქიკური ძალადობა, ე.ი. ძალმომრეობითი მოქმედების შეს-

რელების მომენტში. ასეთი პოზიცია უკავია პოლონეთის სახალხო რესპუბლიკის 1969 წლის სისხლის სამართლის კოდექსს. სხვა კოდექსები იძულებას დამთავრებულად თვლიან მხოლოდ იმ მომენტში, როდესაც შესრულდა მოქმედება ან პირიქით, როდესაც ადგილი ჰქონდა იმ უმოქმედებას, რომელსაც მოითხოვდა დაზარალებულისაგან დამნაშავე. ხოლო, თუ დანაშაული შეჩერდა ფიზიკური ძალადობის ან მექარის სტადიაზე, მას აკვალიფიცირებენ, როგორც იძულების მცდელობას. იძულების ასეთი კონსტრუქცია მოცემულია გერმანიის დემოკრატიული რესპუბლიკის 1968 წლისა და ბულგარეთის სახალხო რესპუბლიკის 1968 წლის სისხლის სამართლის კოდექსებში. ჩვენი აზრით, ლოგიკური იურიდიული თვალსაზრისით, უპირატესობა უნდა მიენიჭოს მეორე შეხედულებას. ფიზიკური და ფსიქიკური ძალადობა წარმოადგენენ პიროვნების მოქმედების თავისუფლების შეზღუდვის საშუალებას, მაგრამ აღნიშნულ საშუალებათა გამოყენება ჯერ კიდევ არ მოასწავებს იმას, რომ ეს თავისუფლება პირს ნამვილად წაერთვა. პირის მოქმედების თავისუფლების აღკვეთასთან მაშინ გვექნება საქმე, როდესაც დაზარალებული ნამდვილად შეასრულებს ან არ შეასრულებს იმ მოქმედებას, რასაც მისგან დამნაშავე მოითხოვს.

საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის 135-ე მუხლი არ იძლევა ზუსტ პასუხს იმაზე, თუ როდის უნდა ჩაითვალოს იძულება დამთავრებულად. ამიტომ მუხლის რედაქცია, ამ მხრივ, ერთგვარ დაზუსტებას მოითხოვს.

იძულების შემადგენლობა მრავალ სხვა დანაშაულს ენათესავება, მაგრამ ყველაზე მეტად, თავისი ბუნებითაც და შინაარსითაც, მიმოსვლის თავისუფლების აღკვეთას უახლოვდება (საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის 133-ე მუხ[ლი]). მაგრამ, თუ იძულება გულისხმობს პიროვნების მხოლოდ ამა თუ იმ მოქმედების შეზღუდვას, მიმოსვლის თავისუფლების უკანონოდ აღკვეთის დროს, დამნაშავეს ხელთ უპყრია დაზარალებულის მთელი პიროვნება, იგი ძალმომრეობით ჩაკეტილი ჰყავთ რაიმე შენობაში ან მას აკავებენ განსაზღვრულ ადგილას.

სასამართლო პრაქტიკა იძულებას საქმეებზე არცთუ ისე დიდია. ქმედობის კვალიფიკაცია საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური]

რ[ესპუბლიკის] [სისხლის სამართლის კოდექსის] 135-ე მუხლით იშვიათად გვხვდება. ეს მართო იმით როდი აიხსნება, რომ ლატენტური დანაშაულობა ამ სფეროში დიდია, ესე იგი იძულების მრავალი შემთხვევა არ აღწევს მართლმსაჯულების ორგანოებამდე, არამედ იმითაც, რომ პასუხისმგებლობა იძულებისათვის კანონში დიფერენცირებული არ არის. კოდექსში არ არის მოცემული ამ დანაშაულის კვალიფიციური შემადგენლობა, რაც იმას ნიშნავს, რომ კანონი ერთნაირად აფასებს იძულების მსუბუქ და მძიმე შემთხვევებს. თანაც კანონით გათვალისწინებული სანქცია (მაქსიმალური სასჯელი - თავისუფლების აღკვეთა ვადით ერთ წლამდე) არ შეესაბამება მძიმე შემთხვევებს, როდესაც იძულებას, მაგალითად, თან სდევს სიცოცხლისათვის საშიში ძალადობა ან ასეთი ძალადობის დაუყოვნებლივ გამოყენების მექარა. ამით აიხსნება ის გარემოება, რომ სასამართლოები დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილ ძალადობას ზოგჯერ აკვალიფიცირებენ არა საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სისხლის სამართლის კოდექსის 135-ე მუხლით, არამედ სხვა მუხლებით, რომლებიც უფრო მკაცრ სასჯელს ითვალისწინებენ. რა თქმა უნდა, სამართლიანობის გრძნობის გამოვლინების ასეთი ფორმა მიუღებელია. აქ ერთმანეთს უპირისპირდება ორი პრინციპი: კანონიერებისა და მიზანშეწონილობის. მაგრამ შეუწყნარებელია, რომ მოსამართლემ თავისი შეხედულებისამებრ გააფართოოს დანაშაულის შემადგენლობა, განსაზღვრული სისხლის სამართლის კანონით, და მიაკუთვნოს მას ისეთი შემთხვევები, რომლებიც არც კანონის სიტყვით და არც მისი აზრით მოცული არ არის. ეს სოციალისტური კანონიერების უხეში დარღვევაა.

ამ ხასიათის შეცდომა დაუშვეს საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] სასამართლო ორგანოებმა: მათ იარაღის გამოყენებით ჩადენილი ხულიგნობის კვალიფიკაცია მისცეს სტუდენტთა მოქმედებას, რომლებმაც იარაღის დამუქრებით დააწერიეს მასწავლებელს კარგი ნიშანი. ამ პირთა მოქმედება ზუსტად შეესაბამებოდა იძულების და არა ხულიგნობის შემადგენლობას, რომელიც გულისხმობს საზოგადოებრივი წესრიგის უხეშ დარღვევას და საზოგადოებისადმი აშკარა უპატივცემულობის გამოვლინებას, რასაც, ამ შემთხვევაში, ადგილი არ ჰქონია.

საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი სასამართლო ზოგჯერ ასწორებს ასეთ შეცდომებს და ქმედობას სწორად აკვალიფიცირებს. ამ მხრივ, დამახასიათებელია ს-ს, ნ-ს, გ-ს და ხ-ს საქმე. მათ ბრალად ედებოდათ, რომ მოვრალეებმა ერთმანეთთან წინასწარი შეთანხმებით, სიკვდილის მექარით აიძულეს დაზარალებული გამოსულიყო თავისი ავტომანქანიდან და დროებითი მოხმარების მიზნით ხელთ იგდეს ეს მანქანა. პირველი ინსტანციის სასამართლომ მათ მოქმედებას კვალიფიკაცია მისცა 152-ე მუხლის მე-2 ნაწილით, როგორც ყაჩაღური თავდასხმა. საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი სასამართლოს სასამართლო კოლეგიამ განაჩენი უცვლელად დატოვა. უმაღლესი სასამართლოს პრეზიდიუმმა მიუთითა, რომ ყაჩაღობა გატაცების სახეა და გულისხმობს მითვისების, ე.ი. სხვისი ქონების მისაკუთრების მიზანს. აღნიშნული პირები ამ მიზანს არ ისახავდნენ. საქმის მასალებით დადასტურებულია, რომ მათ გაიტაცეს მანქანა „მოსკვიჩი“ მხოლოდ დროებითი სარგებლობისათვის. ამასთან დაკავშირებით, უმაღლესი სასამართლოს პრეზიდიუმმა საფუძვლით სწორად მიუთითა, რომ განსასჯელთა მოქმედება კვალიფიცირებული უნდა იქნეს დანაშაულთა ერთობლიობის წესისამებრ, ორი მუხლით: 135-ე მუხლით, რომელიც ითვალისწინებს იძულებას, რამდენადაც მათ ძალით გადმოიყვანეს დაზარალებული საკუთარი მანქანიდან და 234-ე მუხლით, რომელიც სჯის ავტოსატრანსპორტო საშუალების გატაცებას დროებითი გამოყენების მიზნით.¹

¹ საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი სასამართლოს პრეზიდიუმის 1977 წლის 23 სექტემბრის დადგენილება №109. საქართველოს ს[აბჭოთა] ს[ოციალისტური] რ[ესპუბლიკის] უმაღლესი საბჭოს პრეზიდიუმის 1979 წლის 18 აპრილის ბრძანებულებით „ავტოსატრანსპორტო საშუალებათა გატაცებისათვის პასუხისმგებლობის გაძლიერების შესახებ“ 243-ე მუხლის რედაქცია შეცვლილია: მას დაემატა ორი ნაწილი, რომლებშიც გათვალისწინებულია ავტომოტოსატრანსპორტო საშუალებათა გატაცება, დაკავშირებული ძალადობასთან ან მექარასთან. იძულების აღნიშნული სპეციალური შემადგენლობების დაწესების შემდეგ, ბუნებრივია, ასეთი ქმედობები უნდა დაკვალიფიცირდეს არა 135-ე მუხლით, არამედ მხოლოდ 243-ე მუხლის მე-2 ან მე-3 ნაწილით.

მსდარ კვალიფიკაციათა თავიდან ასაცილებლად მიზანშეწონილი იქნება კანონში გათვალისწინებულ იქნეს იძულების კვალიფიციური შემადგენლობები შესაბამისი სანქციებითურთ.

ყოველივე ამის საფუძველზე, მუხლი იძულების შესახებ, ჩვენი აზრით, ფორმულირებული უნდა იქნეს შემდეგნაირად:

იძულება.

იძულება, ე.ი. განზრახი მოქმედება, რომლითაც პირი ძალადობით ან მნიშვნელოვანი ზიანის მიყენების სერიოზული მუქარით შეასრულებინებს პირს რაიმე მოქმედებას ან თავს შეაკავებინებს რაიმე მოქმედებისაგან;

ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით ერთ წლამდე, ან გამასწორებელი სამუშაოებით იმავე ვადით, ან ჯარიმით სამას მანეთამდე.

იგივე ქმედობა, ჩადენილი განმეორებით ან რამდენიმე პირის წინასწარი შეთანხმებით ან დაკავშირებული ჯანმრთელობისათვის საშიშ ძალადობასთან ან ასეთი ძალადობის გამოყენების მუქარასთან, -

ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით ორ წლამდე.

იგივე ქმედობა, დაკავშირებული სიცოცხლისათვის საშიშ ძალადობასთან ან ასეთი ძალადობის გამოყენების მუქარასთან, -

ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ვადით ორიდან ოთხ წლამდე.

ახალი კონსტიტუციის მიღებასთან დაკავშირებით, სისხლის სამართლის კანონმდებლობის გაუმჯობესებისას განხილულ უნდა იქნეს საკითხი მოკავშირე რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კოდექსებში იძულების საერთო შემადგენლობის შეტანის შესახებ. ჩვენი აზრით, ასეთი შემადგენლობის შემოღება შეესაბამება ახალი კონსტიტუციის ძირითად პრინციპებს, რომლებიც ადასტურებენ თანამედროვე საზოგადოებაში პიროვნების სოციალურ-პოლიტიკური მნიშვნელობის ზრდას, და კონსტიტუციურ ნორმებს, რომლებიც ითვალისწინებენ პიროვნების კანონიერი ინტერესებისა და უფლებების დაცვას. ამ იდეათა თვალსაზრისით, დიდი მნიშვნელობა ენიჭება პიროვნების თავისუფლების დაცვას და მის ხელყოფასთან ბრძოლას. ამავე დროს, სისხლისსამართლებრივი ზემოქმედების ის ღონისძიებანი, რომელთაც იყენებენ ამ ხელყოფათა წინააღმდეგ, აშკარად არასაკმარისია. იმ მოკავშირე რესპუბლიკების სასამართლოები, რომელთა სისხლის სამართლის კოდექსებში არ

არის გათვალისწინებული იძულების შემადგენლობა, იძულების შემთხვევაში იყენებენ მუხლებს ძალადობის ან მუქარის შესახებ, რადგან სხვა გამოსავალი არა აქვთ. მაგრამ ამ მუხლებით ისჯება ძალადობა ან მუქარა, რომელიც გამოყენებულია როგორც საშუალება ადამიანის პირადი თავისუფლების შეზღუდვისათვის. ეს არ გვაძლევს საშუალებას სწორად შევაფასოთ მთლიანად ქმედობის საზოგადოებრივი საშიშროება, რადგანაც ძალადობისა და მუქარის შემადგენლობებში გათვალისწინებული არ არის ძირითადი მომენტი, რომელიც განსაზღვრავს იძულების საზოგადოებრივ საშიშროებას, სახელდობრ, ის, რომ დამნაშავე ამ საშუალებების გამოყენებით ზემოქმედებას ახდენს სხვა ადამიანზე, აიძულებს მას იმოქმედოს თავის[ი] ნების საწინააღმდეგოდ: ან შეასრულოს მოქმედება, რომელიც მას არ სურს, ან თავი შეიკავოს მოქმედებისაგან, რომელიც მას სურდა შეესრულები[ნ]ა.

პრაქტიკის მაგალითებიდან ნათლად ჩანს, თუ რამდენად უმართებულოა იძულების დასჯა ძალადობისათვის ან მუქარისათვის არსებული მუხლის საფუძველზე, რამდენად შეუფერებელია ზოგჯერ იძულებისათვის ის სასჯელი, რომელიც ამ დანაშაულთათვის არის გათვალისწინებული. მაგალითად, იმ პირის მოქმედება, რომელიც სისტემატურად მოკვლით ემუქრებოდა თავის ყოფილ ცოლს, რათა აეძულებინა იგი გაეთავისუფლებინა მათი საერთო ბინა, კვალიფიცირებულ იქნა რუსეთის ს[აბჭოთა] ფ[ედერაციული] ს[ოციალისტური] რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსის 207-ე მუხლით, როგორც მუქარა, რომლისთვისაც სასჯელად გათვალისწინებულია თავისუფლების აღკვეთა ვადით ექვს თვემდე. ასევეა კვალიფიცირებული ა-ს მოქმედება, რომელიც, ეჭვიანობის ნიადაგზე, მოკვლის მუქარით, აიძულებდა თავის ცოლს თავი მოეკლა¹.

სასამართლოები ზოგჯერ გრძნობენ იმ სასჯელის არასაკმარისობას, რომელიც გათვალისწინებულია ძალადობის ან მუქარისათვის და მეტისმეტად ლმობიერი განაჩენის თავიდან ასაცილებლად იძულებას

¹ სასამართლო პრაქტიკის ეს მაგალითები მოყვანილია გ. კოსტროვის ზემოთ მითითებული წერილის მიხედვით. იხ. "Советская юстиция", 1976, №2, стр. 22.

კვალიფიკაციას აძლევენ სისხლის სამართლის კოდექსის ისეთი მუხლით, რომელიც უფრო მძიმე სასჯელს ითვალისწინებს, მაგალითად, იმ პირთა ჯგუფის მოქმედებას, რომლებმაც მოკვლის მუქარით აიძულეს მანქანის მფლობელი წაეყვანა ისინი მათთვის სასურველ ადგილას, მიეცა ხულიგნობის კვალიფიკაცია¹.

ამგვარად, როგორც თეორიულ-კონსტრუქციული და სისხლის-სამართლებრივ-პოლიტიკური ხასიათის მოსაზრებები, ისე სასამართლო პრაქტიკის მოთხოვნილება დაჟინებით აყენებს ჩვენ წინაშე საკითხს, რომ შეივსოს მოკავშირე რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კოდექსებში არსებული ხარვეზი და შეიტანონ ამ კოდექსებში იძულების საერთო შემადგენლობა, თანაც თვით კანონში დიფერენცირებულ იქნეს პასუხისმგებლობა იძულებისათვის მისი ჩადენის სხვადასხვა გარემოების შესაბამისად.

¹ იქვე.

**სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა საქმეში
სამართალდარღვევისათვის***

† ლამარა სურგულაძე (1935-2006)

მეცნიერულ-ტექნიკური პროგრესის პირობებში, ახალმა მიმართულებებმა მედიცინაში მწვავედ დააყენა სამედიცინო პროფესიული საქმიანობის სამართლებრივი მოწესრიგების, კერძოდ, დიაგნოსტიკის და მკურნალობის არასასურველი შედეგების განხორციელებისას სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძვლების ზუსტად დადგენის საკითხი.

იურიდიული თვალსაზრისით საკითხის სწორად გადაჭრა დიდ სიძნელეს არ წარმოადგენს, მაგრამ იგი გართულებულია იმიტომ, რომ მას მიეძღვნა მედიცინის დარგის წარმომადგენელთა მრავალი ნარკვევი, სადაც უგულებელყოფილია სისხლის სამართლის თეორიის ძირითადი დებულებები. ასე, მაგალითად, ექიმთა ნაწილს მიაჩნდა, რომ ექიმმა საერთოდ არ შეიძლება პასუხი აგოს დიაგნოსტიკისა და მკურნალობის მავნე შედეგებისათვის და მისი ერთადერთი განმსჯელი მხოლოდ მისი სინდისია. სხვები ასე შორს არ მიდიან. საექიმო ხასიათის დასჯადი დარღვევების საკითხის გადაჭრისას ისინი ფართოდ იყენებენ ე.წ. „საექიმო შეცდომის“ ცნებას და ამასთან დაკავშირებით სამედიცინო ხასიათის ყველა იმ მოქმედებებს, რომელთაც არასასურველი შედეგი გამოიწვიეს, ყოფენ სამ ჯგუფად: 1. უბედური შემთხვევები, როდესაც ექიმს არ შეუძლია მავნე შედეგების გათვალისწინება და მათი თავიდან

* წინამდებარე წერილი წარმოადგენს ავტორის მიერ 1984 წლის 26-27 ოქტომბერს ქუთაისში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის მიერ ორგანიზებული შეხვედრის პლენარულ სხდომაზე წაკითხული მოხსენების შემოკლებულ ვარიანტს. წერილი პირველად გამოქვეყნდა 1985 წელს ჟურნალ „მაცნეში“. იხ. სურგულაძე ლ., სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა საექიმო სამართალდარღვევებისათვის, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის მაცნე, ეკონომიკისა და სამართლის სერია, №4, 1985 [თ.6.].

† სამართლის დოქტორი, თინათინ წერეთელის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის წამყვანი მეცნიერ-თანამშრომელი, ამავე ინსტიტუტის სისხლის სამართლის და პროცესის განყოფილების გამგის მოადგილე [თ.6.].

აცილებს, 2. საექიმო შეცდომები და 3. დასჯადი დარღვევები (პროფესიული დანაშაული). ორივე უკანასკნელ შემთხვევაში ირღვევა ოფიციალურ დოკუმენტებში გადმოცემული, სამედიცინო მეცნიერების მონაცემებით განმტკიცებული და პრაქტიკით დამკვიდრებული წესები. მაგრამ საექიმო შეცდომის დროს არასასურველი შედეგები გამოწვეულია, როგორც სამედიცინო დარგის მონაცემების უსრულობით, ისე ექიმის არასაკმაო ცოდნით, ხელოვნებით ან გამოუცდელობით. ექიმმა ამ შემთხვევაში არ შეიძლება აგოს პასუხი; იგი ამ დროს კეთილსინდისიერად მოქმედებს, გულწრფელად ცდილობს დაეხმაროს ავადმყოფს, მაგრამ არსებითად მისი მოქმედება მცდარია. პროფესიული დანაშაული კი, გულისხმობს საქმისადმი ექიმის არაკეთილსინდისიერ, დაუდევარ და უყურადღებო დამოკიდებულებას.

საკითხისადმი ასეთი მიდგომა არაა სწორი, მართალია, მედიცინის მუშაკის პროფესიული საქმიანობის იურიდიული შეფასება გაცილებით რთულია, ვიდრე სხვა რომელიმე დარგის წარმომადგენლისა, ვინაიდან იგი ძნელად ექვემდებარება ოფიციალურად თუ არაოფიციალურად დადგენილ წესებს, მაგრამ მაინც ეს არ იძლევა იმის საფუძველს, რომ ვალიაროთ იგი საქმიანობის რაღაც განსაკუთრებულ სახედ და შემოვიღოთ მის შესაფასებლად განსხვავებული ცნებები და ტერმინები; ადამიანისთვის სიცოცხლის მოსპობა, მისი ჯანმრთელობისათვის ვნების მიყენება ისეთი შედეგებია, რომლისთვისაც სისხლისსამართლებრივი აკრძალვა ვრცელდება ადამიანთა მოღვაწეობის უკლებლივ ყველა სფეროზე. აქ, მთავარი და ძირითადია დადგინდეს არის თუ არა ექიმის მოქმედება ყოველთვის მართლსაწინააღმდეგო, როდესაც არასასურველი შედეგია. განხორციელებული, ე.ი. შეესატყვისება თუ არა ეს მოქმედება იმ მოთხოვნებს, რომლებიც სხვადასხვა ინსტრუქციებში და დადგენილებებშია გადმოცემული და რომელსაც სამედიცინო მეცნიერება და პრაქტიკა უყენებს, განვითარების დღევანდელ პირობებში, ამ დარგის მუშაკებს. ესაა პირველი და მნიშვნელოვანი ნაბიჯი მოქმედების საბოლოო სამართლებრივი შეფასების გზაზე და უკვე ამ სტადიაზე შეიძლება გაკეთდეს დასკვნა ქმედობის იურიდიული ბუნების თაობაზე.

როგორც ცნობილია, ქმედობის საზოგადოებრივი საშიშროების იური-
დიულ გამოხატულებას მისი მართლწინააღმდეგობა წარმოადგენს. თუ
დარღვეულია აუცილებლად შესასრულებელი განსაზღვრული წესი,
უნდა დადგინდეს მიზეზობრივი კავშირი ექიმის მოქმედებასა და გან-
ხორციელებულ საზოგადოებრივად საშიშ შედეგს შორის, მაგრამ მიზე-
ზობრივი კავშირი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის პირვე-
ლი ძირითადი ობიექტური წანამძღვარია, რომელიც ერთი მოვლე-
ნიდან მეორის წარმოშობაზე მიუთითებს მხოლოდ. სისხლის სამართ-
ლის პასუხისმგებლობისათვის საჭიროა განისაზღვროს მედიცინის მუშა-
კის ბრალი შედეგის დადგომაში. ბრალის ის ძირითადი დებულებები,
რომლებიც შემუშავებულია სისხლის სამართლის თეორიის მიერ და
განმტკიცებულია სასამართლო პრაქტიკით, აქაც მთლიანად ინარ-
ჩუნებენ თავიანთ მნიშვნელობას, ისევე როგორც საქმიანობის ყველა
სფეროსათვის, ე.ი. გაუფრთხილებელი ბრალის მხოლოდ ორივე კრი-
ტერიუმის - ობიექტურის და სუბიექტურის თანაარსებობა დაასაბუთებს
მედიცინის მუშაკის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას. გე-
მოთქმულიდან გამომდინარე, „საექიმო შეცდომის“ ცნება თავისთავად
არ შეიძლება დავეუპირისპიროთ დანაშაულის ცნებას. განსაზღვრულ
პირობებში, კერძოდ, ბრალის არსებობისას შეცდომა დასასჯელ, დანა-
შაულებრივ შეცდომად, მაგრამ მაინც შეცდომად რჩება. სხვა შემთ-
ხვევაში იგი შეიძლება დისციპლინურ გადაცდომას წარმოადგენდეს, და
ბოლოს იგი შეიძლება არც იყოს მისი ჩამდენი პირის ბრალეული ქცევის
შედეგი; ამიტომაც ექიმის მიერ უცოდინარობის ან გამოუცდელობის
გამო დაშვებული შეცდომა, რამაც სავალალო შედეგი გამოიწვია, თუნ-
დაც საქმისადმი კეთილსინდისიერი დამოკიდებულების დროს, როდი
გახდება მისი სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფ-
ლების უპირობო საფუძველი. უნდა ითქვას, რომ პროფესიული შეცდომა
არაა მხოლოდ სამედიცინო ტერმინი და აქაც ისე, როგორც ყველა სხვა
შემთხვევაში პასუხი უნდა გაეცეს კითხვას, თუ სამედიცინო ცოდნისა და

გამოცდილების რა ღონეა მიჩნეული სავალდებულოდ ამა თუ იმ დი-
აგნოსტიკურ-სამკურნალო ხასიათის ღონისძიებების გატარებისას, ანუ
სხვაგვარად რომ ვთქვათ, როდის შეიძლება პირმა პასუხი აგოს უცოდინ-
არობისა და გამოუცდელობისათვის. უნდა ითქვას, რომ განსაზღ-
ვრული ცოდნა და გამოცდილება მოეთხოვება ყოველი დარგის სპე-
ციალისტს და მითუმეტეს მედიცინის დარგის მუშაკს. ესაა მისი არა მორა-
ლური, არამედ იურიდიული მოვალეობა. მხოლოდ იმიტომ, რომ
ავადმყოფი ექიმში ხედავს თავისი საქმის მცოდნე სპეციალისტს, იგი
ანდობს მას თავის სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას. ამიტომაც მედი-
ცინის დარგის მუშაკი მხოლოდ მაშინ შეიძლება გათავისუფლდეს პა-
სუხისმგებლობისაგან, როდესაც ვერ ვუსაყვედურებთ მას სათანადო
ცოდნისა და გამოცდილების უქონლობას, როდესაც მან ეს ცოდნა და
გამოცდილება ვერ შეიძინა მისგან დამოუკიდებელი მიზეზების გამო და
მხოლოდ გამონაკლისის სახით უცოდინარობამ შეიძლება გამორიცხოს
გაუფრთხილებლობა.

III. თანამედროვე გამოწვევები იურიდიულ მეცნიერებაში

Prohibition of Insider Dealing as an Investor Protection Mechanism - A Comparison between the EU and Georgia - Private Enforcement of Investor Claims under Georgian Civil Law*

Keti Benashvili**

INTRODUCTION

Capital markets law refers to the organisation of the capital markets, the trading of securities and the respective behaviour of the market participants – investors, issuers and financial intermediaries.¹ A well-functioning financial market is an essential element of a strong economy and market abuse can be detrimental in this regard.² The regulations and directives enacted by the European legislature aim to achieve a single European market for capital and financial services³ in order to ensure the efficiency of the capital markets and investor protection.⁴

* The present work was submitted as a Master's Thesis to the Bucerius Law School (Hamburg, Germany) Master of Law and Business Program in fulfilment of the requirements for the award of the Master of Laws (LL.M.) Degree in the year 2019.

** LL.M. (Bucerius Law School), BA in Law (Tbilisi State University), Researcher at the Center for Interdisciplinary Law Studies at the Irodion Surguladze Institute of Law (ISIL).

¹ Moloney, N., *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3rd edition, Oxford, United Kingdom, 2014, 2.

² Deirdre R., *Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation*, *King's Inns Law Review*, No. 8, 2019, 61.

³ *European Capital Markets Law*, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 24.

⁴ See: Bumke Ch., *Regulierung am Beispiel der Kapitalmärkte*, in: *Kapitalmarktgesetzgebung Im Europäischen Binnenmarkt*, Bearbeitet von K. J. Hopt, R. Veil and J. A. Kämmerer, Tübingen, 2008, 107.

The functioning of capital markets and investor protection are two ‘communication vessels’¹ that support each other.² It is still unclear whether and how the investor protection should be defined.³ However, it is important to note that one of the fundamental concepts of capital markets regulation refers to the equal access to information for investors, so that unfair informational advantage is prevented.⁴

Insider dealing is a form of market abuse, meaning that it constitutes a market delict⁵, and it is committed when a person who has information not available to other investors makes use of that information for personal gain.⁶ The prohibition of insider dealing is usually justified on the basis that insiders have an informational advantage over external market participants.⁷

Prohibitions of insider dealing and market manipulation provided by the MAR⁸ aim to enhance investor confidence and ensure the functioning of markets.⁹ Insider dealing is difficult to detect and even harder to prove,¹⁰ which is why the regulation of insider dealing presents unique challenge and different jurisdictions take various

¹ Hopt J. K., Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 52, in: European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 25.

² Bumke Ch., Regulierung am Beispiel der Kapitalmärkte, in: Kapitalmarktgesetzgebung Im Europäischen Binnenmarkt, Bearbeitet von K. J. Hopt, R. Veil, and J. A. Kämmerer, Tübingen, 2008, in: Ibid.

³ Ibid.

⁴ Heinze, S., Europäisches KapitalmarktRecht: Recht des Primärmarktes, Europäisches Wirtschaftsrecht, Bd. 17, München, 1999, 9.

⁵ Kölner Kommentar Zum WpHG, Bearbeitet von H. Hirte and T. M. J. Möllers, 2. Auflage, Kölner Kommentare Zum Unternehmens- Und Gesellschaftsrecht, Köln, 2014, 633.

⁶ Roibu M., All Eyes on Market – Abuse, Misuse and Insider Dealing, Journal of Eastern-European Criminal Law, Volume 2, No. 2, 2015, 51.

⁷ Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King’s Inns Law Review, No. 8, 2019, 71–72.

⁸ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC.

⁹ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 28.

¹⁰ Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King’s Inns Law Review, No. 8, 2019, 62.

approaches to this.¹ Regulation of insider dealing is reflected in the common idea that permitting such activities will cause investors to lose confidence in the market, believing it to be unfairly rigged against them.²

Insiders usually trade when they are in possession of material non-public information³, which affects the market price of securities if known by other investors⁴. Insider dealing impairs the allocative efficiency of the financial markets, reduces market liquidity and increases the cost of capital; jeopardises the development of fair and orderly markets and in doing so undermines investor confidence.⁵

A major goal of the market regulation is to assure orderly markets⁶, and the securities regulations protect the integrity and fairness of the financial markets through prohibiting unfair trading practices such as insider trading.⁷ Since the securities markets are vital mechanisms by which the companies have access to the finance and therefore they are absolutely critical to the economic development of the country, consequently there is a strong interest in maintaining the integrity and fairness of financial markets.⁸

Georgia is a post-soviet country, which struggled to overcome its financial and economic crisis following the collapse of the Soviet Union. Due to the fundamental reforms in economic management and governance Georgia has earned a reputation of a 'star reformer'.⁹

¹ Ibid., 63.

² Armour J., Awrey D., Davies P., Enriques L., Gordon J.N., Mayer C.P., and Payne J., *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, 183.

³ *Research Handbook on Insider Trading*, Research Handbooks in Corporate Law and Governance, Edited by S. M. Bainbridge, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2013, 9.

⁴ *Market Abuse Regulation: Commentary and Annotated Guide*, Edited by M. Ventrizzo and S. Mock, 1st edition, Oxford, United Kingdom, 2017, 13.

⁵ Cole M., *Insider Dealing in the City*, Law and Financial Markets Review, Volume 1, No. 4, 2007, 307.

⁶ Hazen, T. L., *Treatise on the Law of Securities Regulation*, 3rd edition, St. Paul, Minn, 1995, 2.

⁷ Austin J., *Insider Trading and Market Manipulation: Investigating and Prosecuting across Borders*, Cheltenham, UK, 2017, 2.

⁸ Ibid., 3.

⁹ "The World Bank in Georgia - Country Overview," See: <<https://www.worldbank.org/en/country/georgia/overview#1>> [30.06.2019].

Nowadays, Georgia's medium-term growth outlook is positive¹ and it is regarded as one of the emerging markets throughout the Eastern Europe. Despite the impressive numerous reforms executed by the Government of Georgia, Georgia is still characterized with a relatively undeveloped capital market.² However, in 2014, in a historic undertaking³, Georgia signed an Association Agreement with the EU⁴ under which it undertook the obligation to harmonize and approximate its laws and regulations in accordance with the respective legal acts of the EU listed in the Annex of the AA.⁵

Since market abuse can have a significant impact on the functioning of financial markets,⁶ it is essential for Georgia to achieve sufficient legal framework for the prohibition of such activities. In order to promote the integrity within the markets, the legal regime governing the functioning of the capital markets shall contain strict rules against insider trading, market manipulation, self-dealing and broker abuse⁷, therefore it is of utmost importance for Georgia to make sure that its legislation with respect to insider dealing is up-to-date and corresponds to the actual needs of proper functioning of the securities markets. It is important to note that capital markets law

¹ The International Bank for Reconstruction and Development, the International Finance Corporation, the Multilateral Investment Guarantee Agency. "Country Partnership Framework for Georgia for the Period FY19-FY22," April 25, 2018, 5. See: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/588751525364587100/pdf/WBG-Georgia-CPF-FINAL-4-25-04302018.pdf>> [30.06.2019].

² Ibid., 48.

³ The Capital Markets Working Group, "The Georgian Capital Market - Diagnostic Study and Recommendations." Discussion Draft, May 12, 2015, 42. See: <http://www.economy.ge/uploads/meniu_publicaciebi/ouer/CMWG-Diagnostic_Report_12_May_2015.pdf> [30.06.2019].

⁴ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part (2014). See: <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/association_agreement.pdf> [29.06.2019].

⁵ Ibid., Art. 103.

⁶ Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King's Inns Law Review, No. 8, 2019, 60.

⁷ The Capital Markets Working Group. "The Georgian Capital Market - Diagnostic Study and Recommendations." Discussion Draft, May 12, 2015, 10. See: <http://www.economy.ge/uploads/meniu_publicaciebi/ouer/CMWG-Diagnostic_Report_12_May_2015.pdf> [30.06.2019].

and, more specifically, insider dealing prohibition is a rather unexplored field of law in Georgian legal doctrine, which is also accompanied by the fact that there is no corresponding case law available in this regard in the Georgian General Courts.

The present work will analyse the general framework of insider dealing regulation in the EU and Georgia and will offer a comparison between the respective legal acts. The main hypothesis of the article lies within the question whether the Georgian legislation is in compliance with the EU regulation applicable to the prohibition of insider dealing, in particular, the MAR and whether the sufficient degree of investor protection can be achieved through the framework established by the Georgian law. The first part of the article will be elaborated on the general framework of insider dealing regulation in the EU and the possibility and importance of private enforcement of insider dealing in the Member States, as an effective means for investors to raise their private claims against insiders in order to protect their legitimate interests. The Second part of the article will focus on the comparative discussion with respect to Georgian legal framework and the regime provided by the MAR; and the last Chapter of the article will be dedicated to the analysis of the respective legal grounds in the Georgian civil law in order to prove that investors' private claims arisen as a result of infringement of the insider dealing regulation are admissible, executable and enforceable under the Georgian civil law framework. In the end, the conclusion of the article will provide recommendations, in particular, in which regards the Georgian law needs to be adapted and approximated to the standards set by the EU legislator.

This article mainly applies comparative research method while comparing relevant legislative provisions and approaches established and developed in the EU and Georgia. The discussions in the article are, also, based on the logical and analytical methods while addressing the respective legal (normative) acts and their implications with respect to investor protection. In addition, while analysing the legal regime established in the EU, the interpretations of respective legal provisions developed through the case law of the ECJ will be reasoned and explained.

1. REGULATION OF INSIDER DEALING IN THE EU

1.1. Development of Insider Dealing Regulation in the EU

Regulation of insider dealing begins with the enactment of the Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealings. Introducing this directive was justified with the fact that investor confidence was based mainly on the assurance that all investors are placed on equal footing and are protected against the improper use of inside information.¹ In order to provide necessary legal certainty and guarantee a uniform application, the EU Commission enacted various implementing measures: Directive 2003/124/EEC² on definitions and Directive 2004/72/EC³ with further specifications on insider legislation.⁴

Eleven years later the changes on the financial markets caused the European legislature to carry out fundamental reforms of the regime in order to prevent insider dealings and market manipulation more effectively.⁵ As a result the MAD was adopted in 2003, which replaced the Insider Directive.⁶

The MAD's main objective referred to ensuring the integrity of the financial markets and enhancing investor confidence.⁷ At the same time, the directive considered insider dealing as one of the important

¹ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 192.

² Commission Directive 2003/124/EC of 22 December 2003 Implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as Regards the Definition and Public Disclosure of inside Information and the Definition of Market Manipulation, OJ L339 § (2003).

³ Commission Directive 2004/72/EC of 29 April 2004 Implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as Regards Accepted Market Practices, the Definition of inside Information in Relation to Derivatives on Commodities, the Drawing of Lists of Insiders, the Notification of Managers' Transactions and the Notification of Suspicious Transactions., OJ L 162 § (2004), 72.

⁴ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 11.

⁵ Ibid., 192.

⁶ Ibid.

⁷ Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse), OJ L 96 § (2003), Recital 12.

factors preventing full and proper market transparency, this latter being a prerequisite for trading for all economic actors in integrated financial markets.¹ The MAD requested the Member States to forbid insider dealings, however, the provisions regarding insider dealing were far more detailed than those of the former Directive 89/592/EEC on insider dealing.²

The start of the new era in European capital markets legislation is related to the adoption of the MAR, which has been applicable since July 3, 2016. The worldwide economic and financial crises made the importance of the market integrity obvious.³ On the other hand, the de Larosi re Report⁴ underlined the fact that the legal situation in the Member States regarding criminal and administrative sanctions was in general weak and heterogeneous⁵ and the sanctions adopted by the Member States were insufficient to ensure compliance with the rules on preventing market abuse.⁶ An additional aim was to harmonise the criminal sanctions for insider dealings and market manipulation in Europe.⁷ The implementation of new regulations led to recognition of insider dealing and market manipulation as criminal offences in all European Economic Area countries and most other jurisdictions with developed markets.⁸

The MAR, being directly applicable, is enforceable in all Member States and does not need to be transposed into national law,⁹ it aims to strengthen the powers of NCAs and it focuses on administrative

¹ Ibid., Recital 15.

² European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 11.

³ Ibid., 193.

⁴ "Report of the High-Level Group on Financial Supervision in the EU," Chaired by Jacques de Larosi re (Brussels, February 25, 2009).

⁵ Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on Criminal Sanctions for Market Abuse (Market Abuse Directive), OJ L173/179 § (2014), Recital 3.

⁶ Ibid., Recital 5.

⁷ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 18.

⁸ Research Handbook on Insider Trading, Research Handbooks in Corporate Law and Governance, Edited by S. M. Bainbridge and A. Kern, Cheltenham, 2013, 407.

⁹ Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King's Inns Law Review, No. 8, 2019, 77.

measures and sanctions.¹ On the other hand, the CRIM-MAD refers to the prohibition of certain forms of behaviour by criminal law.² The MAR expands the prohibitions of insider dealings on all actions with respect to the financial instruments that are admitted to trading on regulated markets, on an MTF, an OTF or if an OTC traded instrument depends on or affects an instrument on those markets.³

1.2. Definition of Inside Information under the MAR

The concept of inside information is the key element of various rules in capital markets law⁴ and it plays an important role while making a decision whether a certain conduct constitutes insider dealing. The concept of inside information constitutes a requirement for all three prohibitions of insider dealings described in the MAR and CRIM-MAD and for the ad hoc disclosure obligation provided by the MAR.⁵

The main rationale behind the fact that the MAR contains the same definition of inside information as the MAD was referred to the decision of ECJ in the case *Daimler/Geltl*⁶ in which the court interpreted this term in a convincing manner.⁷

According to the MAR, inside information is “*information of a precise nature which has not been made public, relating directly or indirectly, to one or more issuers or to one or more financial instruments, and which, if it were public, would be likely to have a significant effect on the prices of those financial instruments or on the price of related derivative financial instruments*”.⁸ Deriving from this provision, the MAR sets out following elements for determining inside

¹ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 193.

² Ibid.

³ Art. 2 (1) MAR, in: European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 109.

⁴ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 195.

⁵ Ibid.

⁶ *Daimler/Geltl*, C 258 OJ (European Court of Justice 2012).

⁷ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 195.

⁸ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on Market Abuse (Market Abuse Regulation) and Repealing 148

information: a) information of a precise nature; b) information which is not publicly available; c) probability that information, if it were public, would be likely to have a significant effect on the prices of financial instruments.

Under the MAR, “*information shall be deemed to be of a precise nature if it indicates a set of circumstances which exists or which may reasonably be expected to come into existence, or an event which has occurred or which may reasonably be expected to occur, where it is specific enough to enable a conclusion to be drawn as to the possible effect of that set of circumstances or event on the prices of the financial instruments or the related derivative financial instrument, the related spot commodity contracts, or the auctioned products based on the emission allowances*”.¹

The moment at which it appears sufficiently probable that a certain event will occur arose in the *Daimler/Geltl* case, where German courts had to decide under which conditions an event can reasonably be expected to come into existence in the future.² In this case, the ECJ held that information relating to an intermediate step which is part of a protracted process may be precise information and that this interpretation does not hold true only for those steps which have already come to existence or have already occurred, but also concerns steps which may reasonably be expected to come into existence or occur.³

In addition, the ECJ ruled that the wording “*may reasonably be expected*” cannot be interpreted as requiring that proof be made out of a high probability of the circumstances or events in question coming into existence or occurring.⁴ Also, according to the interpretation of the ECJ, in order to ensure legal certainty for market participants, precise information is not to be considered as including information concerning circumstances and events the occurrence of which is

Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, OJ L173/1 § (2014), Art. 7(1)(a).

¹ Ibid., Art. 7(2).

² European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 196.

³ *Daimler/Geltl*, C 258 OJ paragraph 38.

⁴ Ibid., para. 46.

implausible.¹ On the other hand, the wording “*may reasonably be expected*” refers to future circumstances or events from which it appears, on the basis of an overall assessment of the factors existing at the relevant time, that there is a realistic prospect that they will come into existence to occur.² Therefore, it can be concluded that “*circumstances which may reasonably be expected to come into existence might constitute inside information*”.³

Existing circumstances can be defined as past or present facts that can be proven.⁴ The concept of information imperatively requires a connection to a third party, which is why a person cannot be regarded as informed about his/her own intentions.⁵

The concept of inside information requires that the information relates to the issuer of a financial instrument or a financial instrument itself.⁶ In this regard, in the case *Georgakis*⁷, in which the shareholders of the listed company caused an artificial increase in the price of company’s shares, the ECJ held that knowledge of the existence of such decision and of its contents constituted inside information for those who participated in the adoption of such decision.⁸

As for the rumours, it is difficult to determine whether information is precise or only a rumour.⁹ In the case *Mohammed*, the Financial Services Markets Tribunal held that information will be deemed to be sufficiently precise once the insider has more or less certain knowledge of the future sale of the sector, irrespective of the fact whether the details of the transaction were known to him.¹⁰

¹ Ibid., para. 48.

² Ibid., para. 49.

³ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 201.

⁴ Cf. H.D. Assmann, in: H.D. Assmann und U.H. Schneider (eds.), Kommentar zum WpHG, §13 para. 33a; E. Schwark, in: E. Schwark and D. Zimmer (eds.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, §13 WpHG para 29, in: Ibid., 200.

⁵ BGHSt 48 (2003), 373, in: Ibid.

⁶ Ibid., 201.

⁷ Georgakis, 1-3759 ECR (European Court of Justice 2007).

⁸ Ibid., para. 33.

⁹ Arif Mohammed/Financial Services Authority (2005), The Financial Services Markets Tribunal, para.12, in: European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 202.

¹⁰ Arif Mohammed/Financial Services Authority (2005), The Financial Services Markets Tribunal, para.12, in: Ibid., 203.

Furthermore, the information can be regarded non-public when the public at large could not have this knowledge.¹

While assessing whether the information would likely to have a significant effect on the prices of financial instruments, a reasonable investor test should be applied under the MAR, meaning that the main cornerstone of price relevance refers to the likelihood whether a reasonable investor would use this information as part of the basis of his/her investment decision.² It is noteworthy that according to the interpretation of ECJ in the case *Lafonta*³, it is not apparent that precise information only covers the information which makes it possible to determine the likely direction of a change in the prices of the financial instruments concerned, or the prices of related derivative instruments.⁴ Nevertheless, it is a question of each individual case and of an approach of the NCAs whether certain information may have a significant effect on prices of financial instruments, as currently there is no uniform understanding in this regard.⁵

1.3. Prohibition of Insider Dealing

According to the MAR, prohibition of insider dealing applies to any person, meaning that market abuse regime provides protection for both private and institutional investors.⁶ The purpose of the prohibition is to protect the informational equality of the investors,

¹ Ibid.

² Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, 7(4).

³ *Lafonta*, C 146/5 OJ (European Court of Justice 2015).

⁴ Ibid., para. 30.

⁵ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 205.

⁶ Ibid., 125.

since all the investors shall have an equal access to the recent information.^{1 2}

The MAR provides three types of prohibitions: A person shall not (a) engage or attempt to engage in insider dealing, (b) recommend that another person engage in insider dealing or induce another person to engage in insider dealing and (c) unlawfully disclose inside information.³ Therefore, the prohibitions provided by the MAR refer to the prohibition of insider dealing, prohibition of recommending or inducing, as well as prohibition of the disclosure of inside information.⁴ Disclosure of inside information and recommending/inducing someone to commit insider dealing is prohibited since these actions increase the threat of insider dealing.⁵

Pursuant to Art. 8 (1) MAR, insider dealing occurs, when a person possesses inside information and uses such information by directly or indirectly acquiring or disposing of financial instruments to which that information relates, for its own account or for the account of a third party.⁶ According to the interpretation developed by ECJ in the case *Spector*⁷, the question whether the person has infringed the prohibition on insider dealing must be analysed in the light of the purpose of that directive, which is to protect the integrity of the financial markets and to enhance investor confidence, which is

¹ Brellochs M., Schmolke K. U., and Semrau S., *Marktmissbrauchsverordnung: Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch*, Edited by L. Klöhn, München, 2018, 647.

² *Kölner Kommentar Zum WpHG*, Bearbeitet von H. Hirte and T. M. J. Möllers, 2. Auflage, *Kölner Kommentare Zum Unternehmens- Und Gesellschaftsrecht*, Köln, 2014, 633.

³ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 14.

⁴ Brellochs M., Schmolke K. U., and Semrau S., *Marktmissbrauchsverordnung: Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch*, Edited by L. Klöhn, München, 2018, 649.

⁵ *Ibid.*, 650.

⁶ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 8(1).

⁷ *Spector*, I-12073 ECR (European Court of Justice 2009).

particularly based on the assurance that investors will be placed on equal footing and protected from the misuse of inside information.¹

The EU follows the misappropriation theory in terms of prohibition of insider dealing² and it adopts ‘parity of information’ approach, since it prohibits trading by all those in possession of privileged information and aware of its character³, regardless of a relationship to the source or owner of the information.⁴ It is important to underline the fact that adequate compliance measures can ensure that a legal person is not held liable for insider dealings of its employees.⁵

It is to be noted that the mere fact that market-makers, institutions authorized to act as counterparties or persons authorized to execute orders on behalf of third parties with inside information confine themselves to pursuing their legitimate business of buying or selling financial instruments or, to carrying out an order dutifully, should not in itself be deemed to constitute unlawful use of inside information.⁶

The difference between what constitutes legitimate or illegitimate use of inside information is very sensitive, therefore it is difficult to prove that an offense of market abuse under the form of insider dealing was committed, the main reason for that is that a person who concluded transactions or issues orders to trade may sustain that his reasons for concluding such transactions or issuing orders to trade were legitimate and that the transactions and orders to trade were in

¹ Spector, I-12073 ECR (European Court of Justice 2009), para. 62, in: European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 211.

² Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King’s Inns Law Review, No. 8, 2019, 64.

³ Market Abuse Regulation: Commentary and Annotated Guide, Edited by M. Ventrizzo and S. Mock, 1st edition, Oxford, United Kingdom, 2017, 13.

⁴ Market Abuse Regulation: Commentary and Annotated Guide, Edited by M. Ventrizzo and S. Mock, 1st edition, Oxford, United Kingdom, 2017, 13, in: Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King’s Inns Law Review, No. 8, 2019, 64.

⁵ Cf. Art. 9 (1) MAR, in: European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 211-12.

⁶ Roibu M., All Eyes on Market – Abuse, Misuse and Insider Dealing, Journal of Eastern-European Criminal Law, Volume 2, No. 2, 2015, 51.

conformity with accepted practice on the respective regulated market.¹

The EU law requires that having access to inside information relating to another company and using it in the context of a public take-over bid for the purpose of gaining control of that company or proposing a merger with that company should not in itself be deemed to constitute insider dealing.² Since the acquisition or disposal of financial instruments necessarily involves a prior decision to acquire or dispose taken by the person who undertakes one of other of these operations, the carrying out of this acquisition or disposal should not be deemed in itself to constitute the use of inside information.³

As for the unlawful disclosure of inside information, such unlawful disclosure arises where a person possesses inside information and discloses such information to any other person, except where the disclosure is made in the normal exercise of an employment, a profession or duties.⁴ It is important to note that ECJ in the landmark case *Grøngaard/Bang*⁵ underlined the fact that this provision precludes a person who receives inside information and discloses the information in the normal course of the exercise of his employment, profession or duties to his colleagues.⁶ Moreover, according to the ECJ's interpretation, this exemption clause must be interpreted strictly, and can only be justified if there is a close link between the disclosure and the exercise of the employment, profession or duties and the disclosure is manifestly capable of significantly affecting the price of the transferable securities in question.⁷

¹ Ibid.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 10(1).

⁵ *Grøngaard/Bang*, I-9939 ECR (European Court of Justice 2005).

⁶ Ibid., paras. 48-49.

⁷ *Grøngaard/Bang*, I-9939 ECR (European Court of Justice 2005), para. 39-40, in: *European Capital Markets Law*, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 213.

On the other hand, it is also deemed that disclosure of inside information is to be made in the normal exercise of a person's employment, profession or duties if the disclosure of inside information is made in the course of a market sounding.¹ Pursuant to Art. 11 (1) MAR a market sounding comprises the communication of information, prior to the announcement of a transaction, in order to gauge the interest of potential investors in a possible transaction and the conditions relating to it such as its potential size or pricing to potential investors.² Disclosure of the inside information in the course of market sounding is justified by the fact that the feedback from investors is important for the issuer, as it enables it to assess the transaction's prospects of success.³

It is essential to note that prohibitions of insider dealing do not apply to the buy-back programmes and stabilisation measures of securities which comply to the requirements set out in the Art. 5 of MAR.⁴ Also, insider dealing needs to be distinguished from selective disclosure, where the price sensitive information is disclosed to limited number of investors or potential investors.⁵

1.4. Sanctions and Public Enforcement

Although insider dealing is regulated across the world, its enforcement is not ubiquitous.⁶ In the European Community, the legal enforcement of many Community matters is in the hands of Member

¹ Ibid., 214.

² Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 11(1).

³ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 214.

⁴ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 5.

⁵ Armour J., Awrey D., Davies P., Enriques L., Gordon J.N., Mayer C.P., and Payne J., Principles of Financial Regulation, Oxford, 2016, 182.

⁶ Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King's Inns Law Review, No. 8, 2019, 79–80.

States, since the nature and organization of the enforcement is primarily their own business.¹

Until the MAR there was no effective harmonization of enforcement of market abuse at EU level.² The MAR can be enforced on two levels: publicly and privately.³ Although it still occurs at a national level, the enforcement of market abuse legislation under MAR is now more harmonised in the EU than it was under the MAD.⁴ It needs to be noted that the most considerable regulative initiative was taken concerning the CRIM-MAD, provided that until then none of the four framework directives on capital markets law have required the Member States to enact criminal law provisions.⁵

Besides the difficulty of proving the elements of insider dealing the practical challenges of presenting complex insider dealing cases are immense, provided that insider dealing may have been conducted by a number of defendants, involved multiple trades over a number of months and have been of a sophisticated nature.⁶

The MAR sets out administrative sanctions and measures to be taken by the Member States in accordance with the national law in the event of infringement of the insider dealing prohibitions.⁷ In addition, the Member States need to ensure that NCAs have the power to impose at least following administrative sanctions: a) an order requiring to cease the conduct and to desist from a repetition of that conduct; b) the disgorgement of the profits gained or losses

¹ Luchtman M.J.J.P., *EU Influence on Law Enforcement and International Cooperation in the Field of Insider Dealing*, *Utrecht Law Review*, Volume 2, No. 1, 2006, 136.

² Armour J., Awrey D., Davies P., Enriques L., Gordon J.N., Mayer C.P., and Payne J., *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, 193.

³ Deirdre R., *Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation*, *King's Inns Law Review*, No. 8, 2019, 81.

⁴ *Ibid.*, 83.

⁵ *European Capital Markets Law*, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 174.

⁶ Cole M., *Insider Dealing in the City*, *Law and Financial Markets Review*, Volume 1, No. 4, 2007, 310.

⁷ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 30(1).

avoided due to the infringement; c) a public warning which indicates the person responsible for the infringement and the nature of infringement; d) withdrawal or suspension of the authorisation of an investment firm; e) a temporary ban of a person discharging managerial responsibilities; f) a permanent ban in the event of repeated infringements; g) a temporary ban of a person from dealing on own account; h) maximum administrative pecuniary sanctions of at least three times the amount of the profits gained or losses avoided because of the infringement; etc.¹

It is important to note that MAR imposes different monetary administrative sanctions for legal and natural persons and also it allows the Member States to provide for higher levels of sanctions than those established in the MAR.² On the other hand, CRIM-MAD sets out minimum rules for criminal sanctions for insider dealing to ensure the integrity of financial markets in the Union and to enhance investor protection and confidence in those markets.³ In particular, the Member States shall take the necessary measures to ensure that insider dealing, recommending or inducing another person to engage in insider dealing constitute criminal offences at least in serious cases and when committed intentionally.⁴

Additionally, it is essential to highlight the fact that the sanctions imposed by the MAR and the CRIM-MAD entail the provisions with respect to administrative and criminal sanctions as a result of insider dealing. However, in 2015 the French Constitutional Court held in its landmark ruling that imposing both criminal and administrative sanctions for the same action violates the fundamental principle of law *Non Bis In Idem*.⁵ This ruling was followed by the amendments in the French Monetary and Financial code, barring the French Stock

¹ Ibid., Art. 30(2).

² Ibid., Art. 30(3).

³ Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), Art. 1(1).

⁴ Ibid., Art. 3(1).

⁵ Law No. 2016-819 of 21 June 2016 reforming the system for the prosecution of market abuse, in: Allen & Overy. “France: New Rules for the Prosecution of Market Abuse and Tougher Sentences for Insider Trading,” n.d. See: <<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/lrrfs/continental%20europe-/Pages/France-New-rules-for-the-prosecution-of-market-abuse-and-tougher-sentences-for-insider-trading.aspx>> [29.06.2019].

Market Authority and the Prosecutor to impose both administrative and criminal sanctions for insider dealings at the same time and for the same actions.¹

1.5. Supervision

Pursuant to Art. 22 MAR, the Member States need to designate a single administrative competent authority for the purpose of exercising supervision under the MAR.² The supervision of prohibition of insider dealing is carried out by the NCAs.³ NCAs can exercise their powers directly, in collaboration with other authorities or with the market undertakings, or under their responsibility by delegation to such authorities or to markets undertakings, or by application to the competent judicial authorities.⁴

In the light of the supervisory powers of NCAs, the MAR requires that NCAs have at least the right to (a) have access to any document and data; (b) require or demand information from any person; (c) in relation to commodity derivatives, to request information from market participants on related spot markets, obtain reports on transactions, and have direct access to trader's systems; (d) carry out on-site inspections; (e) enter the premises of natural and legal persons in order to seize documents and data; (f) to refer matters for criminal investigations; (g) require existing recordings of telephone conversations, electronic communications or data traffic records; (h) to require existing data traffic records held by a telecommunications operator; (i) to request the freezing or sequestration of assets; (j) suspend trading of the financial instruments concerned; (k) to require the temporary cessation of any practice that NCA considers contrary to the MAR; (l) to impose a temporary prohibition on the exercise of professional activity; and (m) to take all necessary measures to ensure

¹ Ibid.

² Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 22.

³ Ibid.

⁴ Ibid., 23(1).

that the public is correctly informed, *inter alia*, by correcting false or misleading disclosed information.¹

In addition, the MAR provides further detailed rules for the NCAs on cooperation with ESMA (Art. 24 MAR) and with each other (Art. 25 MAR), obliging NCAs to render assistance to NCAs of other Member States, especially by exchanging information and cooperating in investigation activities.²

On the European level ESMA is the authority responsible for protection of integrity and stability of financial system, transparency of markets, financial products and the protection of investors.³ However, ESMA does not have direct powers of intervention *vis-à-vis* issuers and market participants.⁴

It is important to note that under Art. 18 MAR the issuers or any person acting on their behalf or on their account are required to draw up a insider list of all persons who have access to inside information, promptly update the insider list and provide the insider list to the NCA as soon as possible upon its request.⁵ In addition, the issuer needs to take reasonable steps to ensure that any person on the insider list acknowledges in writing the legal and regulatory duties entailed and is aware of the sanctions applicable to insider dealing and unlawful disclosure of inside information.⁶ Insider lists are considered an important tool for regulators when investigating possible market abuse.⁷

¹ Art. 23 (2) MAR, in: *European Capital Markets Law*, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 216.

² *European Capital Markets Law*, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 217.

³ Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 Establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), Amending Decision No 716/2009/EC and Repealing Commission Decision 2009/77/EC, OJ L331/84 § (2010), Recital 11.

⁴ *European Capital Markets Law*, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 155.

⁵ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, 18(1).

⁶ *Ibid.*, Art. 18(2).

⁷ *Ibid.*, Recital 56.

Additionally, the MAR sets out further notification obligations for market operators and investment firms that operate a trading venue and for any person who professionally arranges or executes transactions in the event of a transactions that might constitute insider dealing or attempted insider dealing.¹ However, any other persons than those professionally arranging or executing transactions are not required to inform NCAs about possible insider dealing², on the other hand, ‘*whistleblowers*’ may bring information to the attention of competent authorities which assists them in detecting and imposing sanctions in cases of insider dealing.³

2. PRIVATE ENFORCEMENT OF INVESTOR CLAIMS ARISING FROM INSIDER DEALING IN THE EU

2.1. Importance of private enforcement of insider dealing

Market abuse is difficult to detect, investigate and prosecute, since legitimate trades have to be distinguished from insider dealing or market manipulation.⁴ Insider dealing cannot be viewed as a victimless crime⁵, although it can be difficult to identify a specific individual harmed,⁶ the market as a whole, including the investors, can suffer from the presence of insiders as investors may flee, thereby increasing the cost of capital.⁷

¹ Ibid., Art. 18.

² European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 219.

³ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Recital 74.

⁴ Austin J., Insider Trading and Market Manipulation: Investigating and Prosecuting across Borders, Cheltenham, UK, 2017, 48.

⁵ Research Handbook on Insider Trading, Research Handbooks in Corporate Law and Governance, Edited by S. M. Bainbridge, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2013, 407.

⁶ Smith and Block, The Journal of Business Ethics 2016, in: Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King’s Inns Law Review, No. 8, 2019, 60.

⁷ Deirdre R., Dealing with the Market Abuse Regulation: A Case for Modernisation, King’s Inns Law Review, No. 8, 2019, 69.

“The fact that a securities regulator enforces the law should impact on investor confidence, investors being more confident of investing in a market where investors are less likely to lose their investment to unscrupulous operators”.¹ The issue of whether the public enforcement of the securities laws is more or less important and effective than private enforcement has been subject to debate.²

The scholars of securities laws who discuss the advantages and disadvantages of public and private enforcement note that public enforcement system might be degraded since public actors have mixed and weak incentives, whereas private enforcement system is subject to collective action and involves dispersed investors, which often leads to the potential inability of private enforcement to visit severe monetary penalties on wrongdoers.³ It has not been established yet what is the optimum mix of public enforcement remedies, since generally securities regulators have a choice between administrative, criminal and civil remedies.⁴

The study conducted by the Harvard Law School’s Professors Howell E. Jackson and Mark J. Roe proves that private enforcement via private lawsuits among contracting parties works best, whereas public enforcement is seen as less effective measure.⁵ Private enforcement of investor protection via private liability rules contributes to the development of the financial market, but public enforcement fails to correlate with financial development and thus is unlikely to facilitate it.⁶ Therefore, since the primary purpose of the capital markets regulation is to protect the investors and ensure their confidence, it is crucial that investors are given the right and the possibility to claim their damages arising from insider dealing through the private enforcement. The trust of investors shall not be the subject of separate

¹ Austin J., *Insider Trading and Market Manipulation: Investigating and Prosecuting across Borders*, Cheltenham, UK, 2017, 38.

² *Ibid.*, 29.

³ Jackson H.E., Mark J.R., *Public and Private Enforcement of Securities Laws: Resource-Based Evidence*, *Journal of Financial Economics*, Volume 93, 2009, 208.

⁴ Austin J., *Insider Trading and Market Manipulation: Investigating and Prosecuting across Borders*, Cheltenham, UK, 2017, 39.

⁵ Jackson H.E., Mark J.R., *Public and Private Enforcement of Securities Laws: Resource-Based Evidence*, *Journal of Financial Economics*, Volume 93, 2009, 237.

⁶ *Ibid.*, 207.

protection, but it needs serve as an essential part of the effective capital market and needs to be protected from the legislator in a such way that the mechanisms are created to provide equal opportunities and prevent the misuse of the informational advantage.¹ Following this reasoning, enforcement penalties need to include private enforcement mechanisms along with the administrative and criminal sanctions in order to ensure the maximal and adequate level of protection against insider dealing.

2.2. Private enforcement of insider dealing in Member States

It is important to note that the MAR does not contain any provisions concerning civil liability, meaning that it is left to the decision of the Member States.² The legal framework with respect to investor's civil rights and practice in this regard throughout the Europe is not consistent and harmonised. Only recently numerous Member States have begun to introduce civil law sanctions as an essential element of capital markets law enforcement.³ It is essential to note that private enforcement is thus an inherent part of the insider dealing regulation and must be made available by the national legal order.⁴

The key and decisive question is whether the legislator is willing to protect individual participants of the market through the Art. 14 of the MAR.⁵ ⁶ In this respect, the will of the European legislator must

¹ Dryander von Konstantin, *Individuenschutz bei Marktmissbrauch am Kapitalmarkt*, 1. Aufl., Grin Verlag, 2008, 66. in: Robakidze, S., *The Deals concluded through the Misuse of Inside Information and its Legal Consequences in Civil Law*, in *The Compilation of Corporate Law*, 159–268. Tbilisi, 2011, 178.

² *European Capital Markets Law*, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 221.

³ *Ibid.*, 170.

⁴ BGHZ 188, 326 = ZIP 2011, 732 (juris Rz. 22); also Wagner, in: Münch KommBGB, § 823 RdNr. 391, in: Moritz B., Thelen M., *Die Schutzgesetzqualität des Insiderhandelsverbots gem. Art. 14 Marktmissbrauchsverordnung*, BKR - Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, No. 1, 2017, 14.

⁵ See: Bamberger/Roth/Spindler, § 823 RdNr. 155, in: *Ibid.*, 13.

⁶ Buck-Heeb P., *Kapitalmarktrecht*, 7. Auflage, Heidelberg, Hamburg, 2014, 106.

be taken into account.¹ Under teleological interpretation of the EU law and under application of the principle *effet utile*² the damages must be compensated.³ The Art. 14 of the MAR can be seen as a protective mechanism for the individual participants of the market for the purposes of the tort law doctrine and this protection mechanism is followed by the liability for the damages intended by the legislator.⁴ If the European legislator intends to effectively enforce the provisions through the civil law claims the protective norm is deemed to exist in the national understanding.⁵

In addition, since the MAR sets a general goal that “*the essential characteristic of insider dealing consists in an unfair advantage being obtained from inside information to the detriment of third parties who are unaware of such information and, consequently, the undermining of the integrity of financial markets and investor confidence*”⁶ and it does not specify the circle of affected third parties, it can be assumed that the issue of who is the third party in such events needs to be resolved in accordance to the categorization of the different market participants.⁷

The effective implementation of the prohibition of insider dealings, as required by the European law, is contradicted by the perpetuation of the unlawful situation under civil law.⁸ The ‘reversal’ of such interference with the rights of third parties is served by tort law.⁹

¹ Moritz B., Thelen M., Die Schutzgesetzqualität des Insiderhandelsverbots gem. Art. 14 Marktmissbrauchsverordnung, BKR - Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, No. 1, 2017, 13.

² Von der Groeben/Schwarze/Hatje/Gaitanides, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 19 EUV RdNr. 45, in: Ibid., 14.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Recital 23.

⁷ Moritz B., Thelen M., Die Schutzgesetzqualität des Insiderhandelsverbots gem. Art. 14 Marktmissbrauchsverordnung, BKR - Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, No. 1, 2017, 15.

⁸ Ibid., 14.

⁹ Ibid.

In Germany the WpHG does not set out any provisions with respect to civil claims of investors who seek damages from insider, meaning that legal framework in Germany leaves this subject to the general civil law provisions.¹ On the other hand, according to the prevailing opinion among German scholars², the law of the torts does not apply to these claims, since the provisions concerning insider dealing are not aimed at the protection of individual investors³ but the purpose of the MAR is limited to the protection of market in general.⁴

Furthermore, for the purposes of the dogmatic of the criminal law, the scholars believe that the prohibition of insider dealing protects the functioning of the organized capital markets⁵ and not the material interests of the individual investors or the corporation itself.⁶ The scholars believe, that the prohibition of insider dealing does not serve as a protective norm for the purposes of the German tort law (in particular para. 823 Abs. 2),⁷ therefore the violation of the prohibition of the insider dealing will not be sanctioned through the civil law.⁸ In

¹ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 221.

² See: P. Mennicke, Sanktionen gegen Insiderhandel, 618 et seq.: E. Schwark, in: E. Schwark and D. Zimmer (eds.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, §14 WpHG para. 4; H.D. Assman, in: H.D. Assmann and U.H. -Schneider (eds.), Kommentar zum WpHG, §14 para.210, in: Ibid.

³ Ibid.

⁴ Brellochs M., Schmolke K. U., and Semrau S., Marktmissbrauchsverordnung: Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch, Edited by L. Klöhn, München, 2018, 648.

⁵ Münchener Kommentar Zum Strafgesetzbuch, Bearbeitet von W. Joecks, K. Miebach, and R. Schmitz, 2. Auflage, Band 7, München, 2015, para. 4.

⁶ Brellochs M., Schmolke K. U., and Semrau S., Marktmissbrauchsverordnung: Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch, Edited by L. Klöhn, München, 2018, 649.

⁷ KK-WpHG/Klöhn, 2. Aufl. 2014, WpHG § 14 Rn. 521; Schwark/Zimmer/Schwark/Kruse, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, WpHG § 14 Rn. 5, in: Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitet von M. Habersack, 7. Auflage, Band 6, München, 2017, para. 117.

⁸ Ibid.

addition, the securities purchase agreement will not be declared as void or immoral.¹²

As a result of this discussion, the followers of this opinion believe that the protection of the individual investors through the prohibition of insider dealing would be redundant and useless.³ However, the scholars agree on the fact that the investors benefit from the prohibition of insider dealing, although these effects do not fit in the objectives of the insider dealing law, but they only constitute side effects.⁴ As for the shareholders, the scholars state that the interests of the shareholders do not fit in the protected scope of the MAR, but the MAR only conceives insider dealing as a market offence.⁵ For the purposes of proving the liability of the insiders under the tort law of Germany (Para. 823 Abs. 2 BGB) one has to prove the damages caused through the insider dealing.⁶ In addition, the question with respect to the circle of individuals entitled to claim such damages cannot be avoided.⁷

Additionally, Sweden and Spain provide no specific provisions or case law on this matter.⁸ As opposed to this, the French courts consider the possibility of an investor's damages to be compensated in the cases of insider dealings⁹. In the decision *Sidel*¹⁰ the French courts

¹ Assmann/U.H. Schneider, §14 WpHG Rn. 206 f, in: Buck-Heeb P., Kapitalmarktrecht., 7. Auflage, Heidelberg, Hamburg, 2014, 105.

² KK-WpHG/Klöhn, 2. Aufl. 2014, WpHG § 14 Rn. 515 f.; Schwark/Zimmer/Schwark/Kruse Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, WpHG § 14 Rn. 4, in: Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitet von M. Habersack, 7. Auflage, Band 6, München, 2017, para. 117.

³ Brellochs M., Schmolke K. U., and Semrau S., Marktmissbrauchsverordnung: Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch, Edited by L. Klöhn, München, 2018, 648.

⁴ Ibid., 649.

⁵ Ibid.

⁶ Moritz B., Thelen M., Die Schutzgesetzqualität des Insiderhandelsverbots gem. Art. 14 Marktmissbrauchsverordnung, BKR - Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, No. 1, 2017, 15.

⁷ Ibid.

⁸ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 222.

⁹ Ibid.

¹⁰ See: T. corr. Paris, 11e ch., 1re sect., of 12 September 2006, no. 0018992026; CA Paris, 9e ch., sect. B, of 17 October 2008, no. 06/09036, in: Ibid.

discussed the possibility of compensating the shareholders with damages as a result of insider dealing pursuant to the Articles 1382 and 1384 of the French Civil Code.¹ It is important to note that the Court made use of the provisions of the French Civil Code which govern the delicts and quasi-delicts, meaning that the French Court recognized and affirmed the possibility of rising civil claims in the event of abuse of the insider dealing prohibitions in the light of the tort law. Despite the recognition of the civil rights of shareholders who were affected by the insider dealing, the Court concluded that the information was not price-sensitive, since the insider dealing only affected 30 000 shares out of 3 million shares, which is why the court did not find the submitted proof of actual damages sufficient to award the shareholders with the damages.²

As for the legal framework in United Kingdom with respect to civil claims, the legislature has also not introduced a specific legal basis for investor claims resulting from insider dealing,³ on the other hand, theoretically investors still have the right to claim damages in the form of *'implicit private cause of action'*⁴, or based on the general provision subjecting the issuer to damage claims of private investors under supervisory law.⁵

The enforcement aspects of investor protection give rise to a number of difficult issues that must be addressed nationally under consideration of the Member States' constitutions, the Member States should therefore decide individually whether they wish to introduce the concept of class actions into their national law.⁶ However, private enforcement as an important concept and tool for investors needs to be introduced and recognized by the Member States in order to ensure the sufficient level of protection of private investors and therefore the financial markets. Since the MAR has entered into force, supporters

¹ Ibid.

² See: T. corr. Paris, 11e ch., 1re sect., of 12 September 2006, no. 0018992026; CA Paris, 9e ch., sect. B, of 17 October 2008, no. 06/09036, in: Ibid.

³ For an overview of civil law liability see: J. Marsh, 23 COB (2005), 1, 26, in: Ibid., 221.

⁴ See: R. Veil and M. Wundenberg, *Englisches Kapitalmarktrecht*, 84, in: Ibid., 222.

⁵ In more detail: R. Veil and M. Wundenberg, *Englisches Kapitalmarktrecht*, 84, in: Ibid.

⁶ Ibid., 178.

of the protective law feature follow the idea that the EU regulation demands effective enforcement under civil law.¹ Effective enforcement of the prohibition of insider dealing requires civil law protection mechanism, which needs to be realized through the tort liability of the insider.² Civil liability creates additional incentives to behave in accordance with the law and thus constitutes a useful supplement to the state supervision.³

On the other hand, it needs to be noted that investors are also one of the most important participants and contributors of the market and market by its' definition and nature cannot be formed without investors. Therefore, even if we conclude that the sole purpose of the MAR is to protect the functioning of the market in general, then it means that the rights of the private investors acting in their capacity as the market participants shall also be protected within this scope.

As a result of the different legislative, doctrinal and case law approaches, one can assume that the legislation and the court practice of the Member States with respect to granting the investors with damage claims is not consistent and may not be sufficiently aimed at the protection of investors' fundamental civil rights.

3. CRITERIA FOR THE COMPARISON OF REGULATIONS

As it was highlighted in the introduction, the present article will endeavour to compare the insider dealing regulation on the EU level and in Georgia. Since Georgia has not been granted with the EU membership yet, its legislation with respect to financial markets does not fall into the scope of the harmonised European regulations.

¹ EuGH Urt. v. 17.9.2002, Slg. 2002, I-7312 = DVBl 2002, 1620, in: Moritz B., Thelen M., Die Schutzgesetzqualität des Insiderhandelsverbots gem. Art. 14 Marktmissbrauchsverordnung, BKR - Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, No. 1, 2017, 12.

² Compare: Seibt/Wollenschläger, AG 2014, 593, 607; andeutungsweise Poelzig, NZG 2016, 492, 501, in: Ibid.

³ Ibid.

However, in 2014, in a historic undertaking¹, Georgia signed an Association Agreement with the EU², including a Deep and Comprehensive Trade Area (DCFTA). The Agreement entered into force on July 1, 2016.

The Association Agreement contains binding, rule-based provisions and provides for an enhanced cooperation.³ More importantly, deriving from the fact that by signing this Agreement Georgia undertook to approximate its regulatory and supervisory framework in accordance and compliance with the EU regulations⁴, it is essential for Georgia to analyse all the important differences in its legislation and to point out the changes that need to be implemented in order to fulfil the crucial obligations under the AA. The first and the most important task for Georgia is to ensure systematic and continuous compliance of its legislation with the EU legislative acts.⁵

The AA pays special attention to the financial services sector and the priorities of Georgia to modernise its laws using EU legislation and international instruments. More specifically, the Association Agenda⁶ identifies the medium-term priorities in this regard and notes that Georgia needs to create a new regulatory and supervisory

¹ The Capital Markets Working Group. “The Georgian Capital Market - Diagnostic Study and Recommendations.” Discussion Draft, May 12, 2015, 42. See: <http://www.economy.ge/uploads/meniu_publicaciebi/ouer/CMWG-Diagnostic_Report_12_May_2015.pdf> [30.06.2019].

² Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part (2014). See: <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/association_agreement.pdf> [29.06.2019].

³ Association Agenda between the European Union and Georgia 2017-2020 (n.d.). See: <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/annex_ii_-_eu-georgia-association_agenda_text.pdf> [29.06.2019].

⁴ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part (2014), Art. 103. See: <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/association_agreement.pdf> [29.06.2019].

⁵ Die Europäisierung des Georgischen Wirtschaftsrechts: Tagungsband, Bearbeitet von B. Jishkariani und M. P. Waßmer, Tbilisi, 2017, 72.

⁶ Association Agenda between the European Union and Georgia 2017-2020 (n.d.). See: <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/annex_ii_-_eu-georgia-association_agenda_text.pdf> [29.06.2019].

framework in conformity with internationally agreed regulatory standards, including new supervisory approach, tools and instruments and to improve the administrative capacity of supervisory authorities.¹ Since the number of transactions involving financial instruments has been increased dramatically through recent years², it is crucial for Georgia to have its legal framework updated to the needs of the modern capital market. Additionally, the Diagnostic Study³ prepared by the Capital Markets Working Group has concluded that the legal and regulatory system of Georgia must be revised in order to provide a more supportive environment for capital market and also to migrate its capital market towards the EU approaches.⁴

The AA lists particular legal acts of the EU to which Georgia undertook to gradually approximate its legislation, including the MAD, PR, MIFID and the Directive with respect to the definition and public disclosure of inside information and the definition of market manipulation. It needs to be noted that MAR has been applicable only since July 2016 and the AA between EU and Georgia was signed in 2014, meaning that formally the MAR could not have been included in the AA. However, since the MAD was replaced by the MAR and since the MAR is the core legislative act determining the framework of the market abuse on regulated capital markets, it is essential for Georgia to harmonise its legislation in accordance with the MAR as well. Therefore, since the overall message of the AA is that Georgia has a requirement to review its entire legal framework as to the regulation of the functioning of capital markets,⁵ the present article will compare the legislative status quo of Georgia and the EU in the light of the MAR.

Following the above discussed obligations of Georgia undertaken from the AA, the present article will analyse the current standing

¹ Ibid., 44.

² Robakidze S., *The Deals concluded through the Misuse of Inside Information and its Legal Consequences in Civil Law*, in *The Compilation of Corporate Law*, 159-268, Tbilisi, 2011, 166.

³ The Capital Markets Working Group. "The Georgian Capital Market – Diagnostic Study and Recommendations." Discussion Draft, May 12, 2015. See: <http://www.economy.ge/uploads/meniu_publicaciebi/ouer/CMWG_Diagnostic_Report_12_May_2015.pdf> [30.06.2019].

⁴ Ibid., 1.

⁵ Ibid., 43.

point of Georgia in the regard of its national insider dealing regulation. Firstly, since the core aspect of insider dealing regulation is the definition of inside dealing itself, this article will discuss whether the definition given in the Georgian law is in compliance with the definition of insider dealing given in the MAR. Secondly, the article will address the level of the prohibition of insider dealing in the Georgian law and its reference to the prohibitions given in the MAR, since the MAR lists specific types of prohibitions with respect to insider dealing. Thirdly, the issue of the public enforcement, the power of the national supervisory authority in the process of supervising the insider dealing and the sanctions in Georgian law will be elaborated in the article and compared to the requirements of the MAR.

4. COMPARISON OF INSIDER DEALING REGULATIONS IN GEORGIA AND THE EU

4.1. General Framework for a Capital Markets Regulation in Georgia

The occurrence of Georgia on the capital markets is related to the dissolution of the Soviet Union and the regaining of the independence.¹ The primary source of the Georgian capital markets law is the Law on Securities Markets², which serves as the specialised law governing capital markets in Georgia and which was adopted in December 1998.³ The Law on Securities Markets of Georgia regulates relations associated with the public offering of securities and their circulation, and determines the rules of activities and responsibilities of stock exchanges, central depositories, brokerage companies, securities registrars, brokers and investment funds on the securities markets, as well as further requirements for the rules of the activities

¹ Die Europäisierung des Georgischen Wirtschaftsstrafrechts: Tagungsband, Bearbeitet von B. Jishkariani und M. P. Waßmer, Tbilisi, 2017, 77.

² Robakidze S., The Deals concluded through the Misuse of Inside Information and its Legal Consequences in Civil Law, in The Compilation of Corporate Law, 159-268, Tbilisi, 2011, 164.

³ The Capital Markets Working Group. "The Georgian Capital Market - Diagnostic Study and Recommendations." Discussion Draft, May 12, 2015, 2. See: <http://www.economy.ge/uploads/meniu_publicaciebi/ouer/CMWG_Diagnostic_Report_12_May_2015.pdf> [30.06.2019].

and responsibilities of companies whose securities are publicly offered.¹ However, due to the obligation undertaken from the AA, the principle driver for revising the legal framework governing Georgia's capital markets is the need to approximate the Law on Securities to the EU approaches², meaning that the content of Directives and Regulations of the EU must be reflected within this law.³

The National Competent Authority responsible for the supervising the capital markets of Georgia is the National Bank of Georgia. Georgia follows the integrated supervision model as it concentrates the entire financial markets supervision, including, the securities trading, banking and insurance supervision under the roof of one supervisory body⁴, therefore the single supervisory authority responsible for the supervision of the financial market in Georgia is the NBG. The NBG aims at supporting the financial sustainability and transparency of the financial sector, as well as its' core task is to protect the rights of investors and consumers,⁵ and it is fully empowered to exercise the supervision over the stock exchange operating in Georgia.⁶ While exercising the supervision the NBG is entitled to issue decrees and orders, take certain measures, set further requirements or restrictions and issue sanctions.⁷ More specifically, the NBG is empowered to monitor and examine the activities of the participants of the securities market.⁸ However, the discussions as to removing this function from the NBG have been commenced.⁹

¹ The Law of Georgia on Securities Markets, Art. 1 (4).

² The Capital Markets Working Group. "The Georgian Capital Market - Diagnostic Study and Recommendations." Discussion Draft, May 12, 2015, 7. See: <http://www.economy.ge/uploads/meniu_publicaciebi/ouer/CMWG_Diagnostic_Report_12_May_2015.pdf> [30.06.2019].

³ Ibid., 2.

⁴ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 140.

⁵ The Organic Law of Georgia on the National Bank of Georgia, Art. 47.

⁶ Ibid., Art. 48 (1).

⁷ Ibid., Art. 48 (3).

⁸ Ibid., Art. 52 (e).

⁹ The Capital Markets Working Group. "The Georgian Capital Market - Diagnostic Study and Recommendations." Discussion Draft, May 12, 2015, 7. See: <http://www.economy.ge/uploads/meniu_publicaciebi/ouer/CMWG_Diagnostic_Report_12_May_2015.pdf> [30.06.2019].

As for the Georgian capital market, the Georgian Stock Market was founded in 1999 and is the only licensed securities exchange body.¹ Moreover, the Georgian Stock Exchange acts as a self-regulatory organisation², ensuring the collection of the proposals for buying and selling the securities and other financial instruments, organising the trade in compliance with the set rules and procedures and distributing the information with respect to the concluded deals and the prices.³

It is important to note that market abuse is regulated on three different levels in Georgia. In the first place, the Law on Securities Markets prohibits insider dealing on the regulated stock exchange and provides the legal basis for sanctioning prohibited actions. On the other hand, the Criminal Code of Georgia refers to the insider dealing as a criminal offense and contains specific penalties in this regard. Additionally, the decrees and ordinances issued by the NBG refer to the monetary sanctions in the event of the insider dealing. Therefore, while comparing the relevant provisions of Georgian Law to the respective EU approaches this article will take into account the framework established by the Law on Securities Markets and the Criminal Code of Georgia at the same time. Furthermore, this article will address the respective rules provided in the decrees issued by the responsible authority in this regard.

4.2. Definition of Inside Information and Insiders under the Georgian Law and its Reference to the EU Definition

4.2.1. Definition of Inside Information

The precise definition of inside information is a key element of various rules in capital markets law⁴ and especially constitutes a fundamental element of prohibition of the insider dealing, since the issue of whether the information being used was inside plays the most essential role while detecting the insider dealing. Insider dealing is a relatively broad term and it includes a wide spectrum of relations

¹ Ibid., 11.

² Ibid.

³ The Law of Georgia on Securities Markets, Art. 2(29).

⁴ European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 195.

taking place on market.¹ The definition of inside information is given in the Law of Georgia on the Securities Markets. According to this definition, “*inside information means non-public, material information, which is related to one or more reporting companies or their publicly held securities.*”² From the first glance, it is obvious that the above-mentioned definition given in the Georgian Law is substantially brief and different from the definition of inside information set out in the MAR.

Firstly, the Georgian definition of inside information shares the following criteria with the definition established in the MAR: a) the information is non-public and it has not been made publicly available; b) the information relates to the issuer(s) and/or their publicly held financial securities. On the other hand, the approach taken by the Georgian law differs in the regard of defining price-sensitive character of inside information and applicability of the definition to a broad range of financial instruments.

a. price-sensitive character of inside information

Since the most important component of the definition of inside information lies within its substantial price-sensitive character, it needs to be noted that in this regard Georgian approach is different from the definition set out in the MAR. The definition given in the Law of Georgia on the Securities Markets does not specify whether the insider information needs to be price-sensitive, as opposed to using clear and precise description, it just states that the information needs to be ‘*material*’. It is essential to note that the term ‘*material*’ is not defined under the Law on Securities Markets, denoting that the meaning behind this term is unclear and subject to a very broad interpretation.

Compared to the above stated, the MAR uses the criterion of ‘*precise nature*’ of inside information and the potential significant effect of the information on the prices of financial instruments. The MAR also defines what information shall be deemed to be of a precise nature, whereas the Georgian Law just uses the term ‘*material*’ without defining it and does not mention the very important aspect of inside

¹ Die Europäisierung des Georgischen Wirtschaftsstrafrechts: Tagungsband, Bearbeitet von B. Jishkariani und M. P. Waßmer, Tbilisi, 2017, 72.

² The Law of Georgia on Securities Markets, Art. 45 (1).

information – its potential significant effect on the prices of the securities. In a very broad interpretation, the material information may be defined as a price-sensitive information, although, it can be subject to a debate.

b. The scope of applicability of the definition to the financial instruments

Additionally, it must be pointed out that the scope of the MAR is relatively broad, since it refers to the financial instruments in general, whereas the Georgian Law just uses the term ‘*securities*’. The term ‘*security*’ is defined in the Law on Securities Markets, according to which a security refers to the “*transferable financial instruments and rights that may be publicly offered in the form of equity or debt securities (or their combination) or that may be converted into such securities, or that carry the right to subscribe or to purchase such securities, and investment contracts and other instruments and rights related to securities.*”¹ Deriving from the non-exhaustive definition given in the Georgian Law one can assume that the term ‘*securities*’ has a rather large scope since it broadens its sphere and includes equity, debt, convertible securities, subscription rights, investment contracts and other instruments and rights related to securities.

Nevertheless, the MAR and the CRIM-MAD specifically refer to the term ‘*financial instruments*’ and they require the Member States to apply the prohibitions regarding insider dealing to actions concerning financial instruments that are admitted or requested to be admitted on a regulated market or MTF.² The MAR uses the definition of the financial instruments as established in the MIFID II^{3,4} The

¹ Ibid., Art. 2(32).

² European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 115–16.

³ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU.

⁴ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 3(1)(1).

MIFID II provides for an exhaustive list of financial instruments, according to which financial instruments include transferable securities, money market instruments, units in collective investment undertakings, options, futures, swaps, forward rate agreements and any other derivative contracts including those relating to securities, currencies, interest rates/yields, emission allowances or commodities, derivative instruments for the transfer of credit risk, financial contracts for differences and etc.¹

As it is clear from the respective EU legal acts, that financial instrument is a broad term and it is not limited to transferable securities, but *inter alia* also includes a broad range of instruments.² As opposed to this broad approach, the Georgian Law limits its scope to the term ‘*securities*’ and tries to define this term in a way that it can be extended to other instruments and rights related to securities. However, it is not clear and certain whether ‘*other instruments*’ or ‘*other rights related to securities*’ can include all financial instruments listed in the MIFID II, which is why in order to broaden the scope of this definition and to harmonise the legal framework with EU legal approaches, it is necessary to change the term ‘*securities*’ to ‘*financial instruments*’.

4.2.2. Definition of Insiders under Georgian Law and an Obligation to Provide the NCA with the Insider Lists

The Law of Georgia on Securities Markets provides for a definition of insiders, according to which “*a person shall be deemed an insider if he/she has access to inside information on by virtue of his/her membership of the governing body of a reporting company, his/her participation in the capital of such company (participatory interest), or by virtue of his/her activities, or his/her professional or official duties.*”³ Additionally, the definition of insiders extends to “*other persons who have received inside information, and where it is evident that the*

¹ “Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on Markets in Financial Instruments and Amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU,” OJ L 173 § (2018), Section C of the Annex I.

² European Capital Markets Law, Edited by R. Veil, 2nd edition, Oxford, 2017, 116.

³ The Law of Georgia on Securities Markets, Art. 45(2).

information originated from an insider".¹ Therefore, insider also includes a person who is not falling into the scope of the first sentence, although, he/she possesses inside information which originated from an insider.

It is important to note that the MAR does not define the insiders. The rationale behind the fact that the insider is not defined under the EU legal framework is that "*in the EU regime, one's status or relationship to an issuer is irrelevant to the definition of insider: what counts is the information one holds*."² The MAR only refers to the insiders within the scope of insider lists, since it obligates the issuer or any person acting on their behalf or on their account to draw up an insider list of all persons who have access to inside information and who are working for them under a contract of employment, or otherwise performing tasks through which they have inside information and to promptly update the insider list and provide this list to the NCA as soon as possible upon its request.³

As opposed to the approach developed by the MAR, despite defining the term '*insider*', the Georgian Law on Securities Markets does not entail the obligation for the issuer to provide the NBG with the insider lists, which means that NBG does not have access to the list of people who have access to inside information. Additionally, the Georgian Law does not include the obligation of the issuers to take reasonable steps to ensure that the people on the insider list acknowledge in writing the legal and regulatory duties entailed and are aware of the potential sanctions applicable to insider dealing, as opposed to the provision of the MAR⁴, where the issuer is required to fulfil the mentioned requirement.

¹ Ibid.

² Armour J., Awrey D., Davies P., Enriques L., Gordon J.N., Mayer C.P., and Payne J., *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, 188.

³ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 18(1).

⁴ Ibid., Art. 18(2).

4.3. Prohibition of Insider Dealing under Georgian Law

The Law of Georgia on Securities Markets provides for a prohibition of insider dealing and requires that “*an insider or a person who knowingly receives inside information from an insider may not: a) acquire or sell, for himself/herself or on behalf of a third person, directly or indirectly, the publicly held securities of a reporting company or companies on which he/she has inside information; b) disclose inside information to a third party unless such a disclosure is made due to his/her activities or professional or official duties; c) give a recommendation to a third party, or procure a third party to acquire or dispose of publicly held securities, on the basis of inside information.*”¹

Similar to the Law on Securities Markets, the MAR also provides for three types of prohibitions: the prohibition of insider dealing, prohibition of recommending or inducing, as well as prohibition of the disclosure of inside information.² However, the content of the prohibitions established by the MAR differs from the substance of the prohibitions in the Georgian Law.

Firstly, the MAR prohibits a person to engage or attempt to engage in insider dealing.³ As discussed already in the Chapter B, Art. 8(1) MAR determines what constitutes insider dealing. In this regard, the first prohibition (a) provided from the Law on Securities Markets is in accordance with the insider dealing provision set out in the Art. 8(1) MAR, since the latter requires that a person, possessing inside information, uses such information to directly or indirectly acquire or dispose of financial instruments to which that information relates, for its own account or for the account of a third party. The difference between these provisions lies within the usage of the term ‘*securities*’ and ‘*financial instruments*’ as it was already discussed in this Chapter.

¹ The Law of Georgia on Securities Markets, Art. 45(3).

² Brellochs M., Schmolke K. U., and Semrau S., *Marktmisbrauchsverordnung: Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmisbrauch*, Edited by L. Klöhn, München, 2018, 649.

³ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 14.

On the other hand, the Art. 8 (1) MAR not only prohibits a person to engage in insider dealing, but also requires a person not to attempt to engage in insider dealing. In this regard, Georgian provision differs from the requirement of the MAR, since the Law on Securities Markets only prohibits acquiring or selling publicly held securities by using inside information and does not refer to the attempt to engage in insider dealing. The standard set out in the Georgian Law with respect to the prohibition of insider dealing can be regarded as relatively low in comparison with the MAR, since an attempt to sell or acquire financial instruments does not fall into the scope of the prohibition determined in the Law on Securities Markets.

Furthermore, the Art. 8 (1) MAR states that the use of inside information by cancelling or amending an order concerning a financial instrument to which the information relates where the order was placed before the person concerned possessed the inside information, shall also be considered as insider dealing¹, as opposed to the Georgian regulation, which does not regulate this matter. Moreover, the Georgian Law on Securities Markets does not entail similar provision to the Art. 8 (1) MAR, concerning the submission, modification or withdrawal of bids in relation to auctions of emission allowances or other auctioned products.²

Secondly, the Georgian Law prohibits the disclosure of inside information to a third party unless such a disclosure is made due to his/her activities or professional of official duties. This prohibition can be regarded as an analogue for the prohibition set out in the Art. 8 (1) MAR, which prohibits unlawful disclosure of the inside information. It is important to note that the MAR also underlines the fact that the disclosure of inside information made in the normal exercise of an employment, profession or duties does not constitute an unlawful disclosure of inside information³, meaning that the wording of the respective clause in the Law on Securities Markets aligns with the objectives of the MAR in this regard.

Thirdly, the MAR prohibits a person to recommend another person engage in insider dealing or induce another person to engage in insider dealing. Similar to this respective provision of the MAR, the Law on Securities also prohibits recommending a third party to acquire or

¹ Ibid., Art. 8(1).

² Ibid.

³ Ibid., 10(1).

dispose publicly held securities by using inside information. However, with respect to the term '*induce*' used in the MAR, the Georgian Law uses different term, in particular, to '*procure*' a third party to engage in inside dealing. The term '*procure*' has broader meaning than the term '*induce*' and since procure refers to the activities with respect to endeavouring, taking measures, obtaining by care or effort, prevailing upon, inducing or persuading.¹ As for the term '*induce*', it refers to the act or process of enticing or persuading another person to take a certain course of action.² In this regard, the term '*induce*' is more specific and more precise in comparison to the term '*procure*' serving as a broader term, which includes the meaning of '*induce*' within its scope. Deriving from the broad nature of the term '*procure*' and the broad field of interpretation made available from this term, in order to avoid misleading interpretation of the term '*procure*' it is recommended that this term is changed to the term '*induce*' in the respective provision of the Georgian Law.

It is important to note that apart from the prohibition set out in the MAR with respect to recommending or inducing that another person engages in insider dealing, the MAR specifies the events when this prohibition can be made use of. In particular, the MAR lists possible events when the case of recommending or inducing another person to engage in insider dealing arises. Namely, the MAR determines that this prohibition applies when a person possesses inside information and recommends or induces another person acquire or dispose of financial instruments to which that information relates or cancel or amend an order concerning a financial instrument to which that information relates.³ However, this kind of specification is not given in the Georgian Law on Securities Markets, since it only refers to the acquisition or disposal of the securities by using inside information and does not refer to the cancellation or amendment of an order concerning financial instruments.

¹ The Oxford English Dictionary, Edited by J.A. Simpson and E.S.C. Weiner, 2nd edition, Oxford, 1989, 559.

² Black's Law Dictionary, Edited by B.A. Garner and H. C. Black, 7th edition, St. Paul, Minn, 1999, 779.

³ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 8(2).

In addition, the Art. 8 (3) of the MAR contemplates that the use of recommendations or inducements amounts to insider dealing where the person using recommendation or inducement knows or ought to know that it is based upon inside information.¹ This provision is of great importance for the prohibition of recommendations and inducements by using inside information, since the knowledge factor of the inside information from the person who engages in insider dealing is essential to assess this behaviour as an insider dealing. On the other hand, the activities of a person who acquires or disposes the financial instruments as a result of recommendations or inducements by intentionally and knowingly using the inside information amount to insider dealing, which is also a very important aspect of insider dealing determined by the MAR. As opposed to this respective provision of the MAR, the Georgian Law only prohibits the person who possesses inside information and recommends or induces another person to acquire or sell financial instruments based on that inside information and does not explicitly assess the activities of the another person who acquires or disposes financial instruments by using such inside information as an insider dealing. As a result, the Georgian Law in this regard is incomplete and very general, since it lacks a very essential element of this respective market abuse offense.

In the end, it is worth mentioning that Georgian Law does not refer to the buy-back programs, stabilization measures of securities or selection disclosures as the events excluded from insider dealing, as opposed to the approach taken by the MAR.

4.4. Public Enforcement of Insider Dealing and Sanctions Required by Georgian Law

Prohibition of insider dealing regulation on a public level is regulated under the Law on Georgia on Securities Markets. Even though the Law on Securities Markets does not explicitly entail provisions specifically with respect to the enforcement of insider dealing, it determines general grounds for administrative and criminal liability for the violation of the securities legislation of Georgia, which certainly includes the liability for the violation of the insider dealing provisions as well.

¹ Ibid., Art. 8(3).

The types and characteristics of violations of the legislation on the securities are prescribed under the Law on Securities Markets and the amounts of the sanctions and the procedure for their imposition is defined by the Georgian NCA.¹ In addition, the Law on Securities Markets refers to the possibility of imposing criminal liability in the event the violation of the regulation of securities markets is committed in aggravated circumstances.²

The NBG is entitled to impose sanctions on a regulated securities market participant in the event of violation of: the rules of securities offering, the requirements of the securities legislation, the license rules, the securities circulation and other rules, the requirement of Anti-Money Laundering legislation.³ Furthermore, the NBG is empowered to sanction the securities markets participant in the event of engagement in an unhealthy or hazardous industrial practice.⁴ Deriving from the wording of the provisions of the Law on Securities Markets, it can be assumed that this Law does not explicitly regulate the legal consequences of the prohibition of insider dealing, meaning that the Law does not entail specific provisions, measures or sanctions required specifically for this kind of market abuse.

4.4.1. Administrative sanctions to be imposed by the NBG

As for the administrative sanctions to be imposed by the NBG in the event of the violation of the securities regulation, the NBG is entitled to apply the sanctions specified in the Law on Securities Markets sequentially, or apply them non-sequentially based on a violation and seriousness of a potential risk.⁵ While imposing the sanctions for the violations of the securities markets regulation, the NBG may: send a written warning; introduce special measures or issue an instruction, and take measures to rectify the violations within the period defined by the NBG; impose monetary fines; suspend the signatory rights of a member of a governing body of the regulated securities market participant and require this legal entity to permanently

¹ The Law of Georgia on Securities Markets, Art. 55(1).

² Ibid., Art. 55(3).

³ Ibid., Art. 55¹(1).

⁴ Ibid., Art. 55¹(1)(g).

⁵ Ibid., Art. 55¹(2).

or temporarily remove this person from the office; terminate or suspend certain operations, suspend or restrict the distribution of profits, issue of dividends and material incentives, raising of remuneration of labour, and assumption of new obligations; demand that a controlling person cancel or restrict control in the case of failure to submit financial or other information to the NBG, or detection of another violation; revoke a license for a respective activity.¹ It is important to note that the sanctions imposed by the NBG shall correspond to the seriousness of the violation and the potential risk.²

The sanctions determined in the securities regulation of Georgia is in compliance with the powers of the NCAs in terms of imposing administrative sanctions required by the MAR. As a general rule, the approach taken by the MAR when it comes to setting the minimum sanctions to be imposed by the NCAs is also general and non-detailed, as it is also seen from the Georgian regulation, where the sanctions to be imposed by the NBG are not specific and serve the purpose of widening the scope of powers of the NBG.

The Georgian regulation in this regard deviates from the European legislation in two following aspects: firstly, the MAR requires the Member State to ensure that the NCAs have the power to issue a public warning, which indicates the person responsible for the infringement and the nature of infringement³, whereas the Georgian Law only empowers the NBG to send a written warning, without indicating that this written warning shall be public as well; secondly, the MAR entitles the NCA to issue the maximum pecuniary sanctions of at least three times the amount of the profits gained or losses avoided as a result of the infringement⁴, as opposed to the Georgian approach, which does not specify neither the maximum nor the minimum amount of the monetary sanctions. In addition, the MAR specifies the monetary sanctions to be imposed to the legal and natural persons⁵,

¹ Ibid.

² Ibid., Art. 55¹(3).

³ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 30(2).

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

whereas the Georgian Law does not differentiate between the pecuniary sanctions to be used with the legal and natural persons.

As for the monetary sanctions to be imposed by the NBG, the Order issued by the President of the National Bank of Georgia determines the rules concerning the monetary sanctions for the violations of the securities legislation of Georgia. Pursuant to the Order, in the event of insider dealing or the misuse of inside information, the person will be charged with a fine in amount of 10 000 GEL and the fine to be imposed in this sum will be charged on each infringement.¹ The Georgian regulation only sets a fine of a fixed sum and does not take into account the profits gained or losses avoided through the infringement of insider dealing regulation. In this regard, the Georgian approach is rather superficial and needs to be adapted in accordance with the approach taken by the MAR. The fixed sum of the fine established by the NBG does not correspond with the actual characteristics and seriousness of the infringement and can be extremely low in comparison to the financial profits gained or losses avoided for the person who violated the securities markets regulation.

4.4.2. Criminal liability for the infringement of insider dealing prohibition

Georgian legislation recognizes insider dealing as a criminal offense. Pursuant to the Criminal Code of Georgia, unlawful collection, transfer, disclosure or use of inside information for the purpose of transferring, using or disclosing such information shall be punished by a fine or corrective labour for up to 1 year, or with imprisonment for a term of 2-4 years, with or without deprivation of the right to hold an office or to carry out activities for up to 3 years.² The cornerstone of referring to insider dealing as criminal offense by the Criminal Code of Georgia relates to the fact of unlawful collection, transfer, usage or disclosure of inside information. Furthermore, if the criminal offense mentioned above is committed: by a group of persons with prior agreement, repeatedly, by abusing one's official position, for

¹ The President of the National Bank of Georgia, "The Order on establishing the Rules on determining, imposing and enforcing the monetary sanctions for the infringement of the securities legislation of Georgia", dated February 14, 2012, N35/04, Art. 4(1).

² The Criminal Code of Georgia, Art. 202(1).

mercenary purposes or with other personal motives, which has resulted in considerable damage – it shall be punished by a fine or imprisonment for a term of 4-7 years, with or without deprivation of the right to hold an office or to carry out activities for 5 years.¹

As opposed to the approach taken by the CRIM-MAD, the Georgian legislation pays special attention to the inside information and not to the fact of committing insider dealing itself. In particular, the Criminal Code of Georgia entails a general prohibition and does not explicitly regulate the events related to the insider dealing. For instance, the event of recommending, or inducing another person to engage in insider dealing is not provided in the Criminal Code of Georgia, whereas the CRIM-MAD specifically requires to recognize this activity as a criminal offence at least in serious cases and when committed intentionally.²

As for the nature of criminal sanctions, similar to the MAR, the CRIM-MAD also differentiates the sanctions to be imposed to legal and natural persons, which is not the case in Georgian legislation. In addition, the CRIM-MAD distinguishes between the insider dealing, recommending or inducing another person to engage in insider dealing and the unlawful disclosure of inside information itself and imposes different kind of criminal sanctions for these offences,³ whereas the Georgian legislation follows a very general and broad approach. Furthermore, the CRIM-MAD specifies the criminal liability to be imposed on the legal persons based on a power of representation of the legal person, an authority to take decisions on behalf of the legal person, or an authority to exercise control within the legal person⁴ and entails criminal liability in the event of the lack of supervision or control⁵, whereas the Georgian legislation does not refer to these matters.

Moreover, the Georgian legislation only includes monetary fine, imprisonment, corrective labour and deprivation of the right to hold an office or to carry out the certain activities, as opposed to the CRIM-

¹ Ibid., Art. 202(2).

² Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), Art. 3(1).

³ Ibid., Art. 7(2) and Art. 7(3).

⁴ Ibid., Art. 8(1).

⁵ Ibid., Art. 8(2).

MAD, which lists further sanctions for criminal offences related to insider dealing, such as, exclusion from entitlement to public benefits or aid, placing under judicial supervision, judicial winding-up and etc¹. On the contrary, the Criminal Code of Georgia does not impose these specific kinds of criminal penalties and is only restricted to the general criminal sanctions.

4.5. Supervision of Insider Dealing in Georgia

The Georgian Law on Securities Markets lists the powers of the Georgian NCA in the event a person violates the requirements of this respective Law, the procedures established by the NBG or the legislation, or his possible action poses a threat to investors' interests.² In this regard, the NBG is entitled: to request that the violating person take necessary measure to ensure that his activities are in compliance with the requirements of the legislation within the time set by the NBG; to suspend the sale or transactions of securities; to suspend the violating party from participating in the securities markets for a certain period; impose liability on the violating person under the Law on Securities Markets and a normative act issued by the NBG.³

In terms of granting the NCA with the wide supervisory powers, the Georgian legislation is not as comprehensive as respective provisions of the MAR. In particular, the MAR requires that NCAs have access to any document and data, to carry out on-site inspections, to enter the premises of natural and legal persons in order to seize documents and data⁴, which is not set out in the Georgian Securities Markets regulation, meaning that the NBG might not be entitled to exercise these powers in the event of infringement of securities markets legislation. In addition, as opposed to the MAR, the Georgian legislation does not explicitly empower the NBG to take all necessary measures to ensure that the public is correctly informed, *inter alia*,

¹ Ibid., Art. 9.

² The Law of Georgia on Securities Markets, Art. 55(2).

³ Ibid.

⁴ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC, Art. 23(2).

by correcting false or misleading disclosed information¹, which refers to the very important publicity aspect of the supervisory power of the NCA, since the fact that the public is correctly informed is of essential importance in the process of proper functioning of the regulated securities markets.

5. PRIVATE ENFORCEMENT OF INVESTORS' CLAIMS ARISEN FROM INSIDER DEALING UNDER GEORGIAN CIVIL LAW

5.1. General Framework for the Civil Liability in Georgia

The legal system of Georgia shares the particularities of the Roman-German civil law system, since it follows codified approach of the primary sources of law and relies upon Roman foundations². After the dissolution of the Soviet Union, Georgia adopted a new Civil Code, which entered into force in 1997. The Civil Code is merely based on the Civil Code of the Federal Republic of Germany, it shares the foundations of the pandectic law and unambiguously distinguishes between the private and the public law.³ Georgian Civil Code consists of the General Provisions, Property Law, Law of Obligations, Intellectual Property Law, and Family and Inheritance Law. More specifically, the Law on Obligations includes the General Part, General Provisions on Contract Law, Special Part on Contract Law and the Provisions on the Statutory Obligations. Tort Law is regulated within the scope of the Statutory Obligations and it consists of general and special provisions.

The civil liability can be imposed on a person in the event of the breach of contractual or statutory obligations. The key ground for the applicability of the tort law provisions and excluding the provisions of the contract law, relies on the matter that there is no contractual relationship between the person causing the damages and the affected person, meaning that in the event there is a contractual relationship between the parties the issue of imposing the civil liability will be

¹ Ibid.

² Malmstrom, A., The System of Legal Systems, Scandinavian Studies in Law, No. 13, 1969, 131.

³ Commentary of the Georgian Civil Code, Band I - General Provisions of the Civil Code, Edited by L. Chanturia, T. Darjanian, and G. Jugheli, Tbilisi, 2017, VIII.

resolved through the provisions of the contract law, excluding the provisions of the tort law. As for the insider dealing scenarios, since the infringement of insider dealing regulations is an independent and separate market abuse offence and is not related to any contractual relationship between insiders and investors, the present article will discuss the matter of civil liability within the scope of the tort law.

5.2. Legal Grounds for Private Claims of Investors arisen from Insider Dealing in Georgian Tort Law

Similar to the approach taken by the legislator in Germany, the Georgian Law on the Securities Markets does not entail any provision with respect to compensating the damages of investors as a result of insider dealing.¹ However, the circumstance that this kind of provision does not exist in Georgian legislation does not necessarily refer to the fact that it is impossible to claim compensation for the damages caused from insider dealing.

In particular, the fact that the Law on Securities Markets does not empower investors with this kind of specific right, does not hinder investors from the possibility to claim compensation via the private enforcement. On the other hand, since there is no specific rule that expressly entitles the investors to raise such claims as a result of insider dealing, and deriving from the fact that there is no current case law in Georgia in this regard, the courts in Georgia will carefully and thoroughly address the issue of whether these kind of claims are admissible. In addition, the courts of Georgia will try to interpret the respective norms of securities legislation to examine the initial will of the legislator with respect to granting the investors with the right to rise compensation claims in the event of infringement of insider dealing regulation.

Prior to discussing specific tort law grounds for the liability of the insiders it needs to be noted that the scholars generally exclude the possibility to raise civil claims as a result of infringement of insider dealing prohibitions based on contractual provisions, unjust enrichment or quasi-contractual grounds. Firstly, the investor can raise his/her contractual claims against the insider only in the event the

¹ Robakidze S., The Deals concluded through the Misuse of Inside Information and its Legal Consequences in Civil Law, in The Compilation of Corporate Law, 159-268, Tbilisi, 2011, 243.

transaction on the purchase of the securities is concluded without the participation of the intermediary (Face-to-Face Deals).¹ However, since the Law of Georgia on Securities Markets only allows deals with participation of a brokerage company or an appropriate license holder financial institution on the regulated capital market (unless there is a sophisticated/experience investor involved in the transaction)² the issue of raising contractual claims will not be addressed in this article. Secondly, the scholars believe that the deal concluded through the infringement of insider dealing provisions cannot be considered as void pursuant to the Civil Code of Georgia, since the result of the voidance of the deal is only addressed to the insider and will not be achieved for the both parties of the deal.³ Following this reasoning, the scholars also exclude the possibility of raising claims based on the provisions of unjust enrichment.⁴ Thirdly, raising quasi-contractual civil claims on the basis of the principle *culpa in contrahendo* is seen as legally unreasonable, since the inside information cannot be disclosed only to the particular investor and potential party of the contract, unless the disclosure is made through the Due Diligence procedure.⁵

As for the persons, who can be held liable for the insider dealing through the private enforcement, generally, the addressees of the liability for the infringement of insider dealing provisions are the members of the governing body of the issuers, since in most scenarios they are the ones in possession of inside information.⁶

5.2.1. Raising compensation claims under the Sec. 992 of the CCG and Sec. 309¹⁶ of the CPCG

In the German legal doctrine the scholars state that the civil liability of the insider can only be considered if the insider has violated

¹ Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, §14, Rn. 59, in: Ibid., 244.

² The Law of Georgia on Securities Markets, Art. 18(4).

³ Robakidze S., The Deals concluded through the Misuse of Inside Information and its Legal Consequences in Civil Law, in The Compilation of Corporate Law, 159-268, Tbilisi, 2011, 244-45.

⁴ Ibid., 252.

⁵ Ibid., 248.

⁶ Ibid., 243.

the protective norm, which aims at the protection of the interests of investors.¹ The norm can be regarded as protective if it has an individual protective character.² It needs to be noted that despite of the fact that Georgian civil law is merely based on the BGB, understanding of the civil liability with respect to the existence of the protective norm is different. In Georgian civil law the person can claim compensation for damages in the event the prerequisites for the Sec. 992 of the CCG are fulfilled, irrespective of the fact whether the specific violated norm serves as a protective norm or not.

However, if the reasoning of the German scholars will be followed, in order to impose civil liability on the insider based on the Sec. 992 of the CCG the provision of the Securities Markets Law needs to serve as a protective norm. The issue whether the norm prohibiting insider dealing, in particular, Art. 45 of the Law on Securities Markets, depends on the content, purpose and, more importantly, its function to prohibit insider dealing.³ Since the purpose of the prohibition of insider dealing is to protect not only the collective trust of investors, but also individual interests of market participants⁴, the provision with respect to the prohibition of insider dealing can be considered as a protective norm having the purpose of protecting the interests of investors individually and collectively.

The general ground for imposing the civil liability through the tort law is based on the Sec. 992 of the CCG under which “*a person who unlawfully, intentionally or negligently causes damage to another person shall compensate the damage to the injured party.*”⁵ The present Section of the Civil Code is the laying foundation for the tort liability and it establishes the key prerequisites for imposing tort liability. It is essential to note that in order to impose tort liability the following

¹ Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, besonderer Teil, 14. Aufl., 1994., Rn 31, in: Ibid., 249.

² Buck-Heeb P., Kapitalmarktrecht., 7. Auflage, Heidelberg, Hamburg, 2014, 105.

³ Robakidze S., The Deals concluded through the Misuse of Inside Information and its Legal Consequences in Civil Law, in The Compilation of Corporate Law, 159-268, Tbilisi, 2011, 250.

⁴ Die Europäisierung des Georgischen Wirtschaftsstrafrechts: Tagungsband, Bearbeitet von B. Jishkariani und M. P. Waßmer, Tbilisi, 2017, 178.

⁵ The Civil Code of Georgia. sec. 992.

prerequisites need to be fulfilled cumulatively: the intentional or negligent unlawful action, damage, causality between the unlawful action and caused damage.¹

Consequently, in order to hold an insider liable based on the Sec. 992 of the CCG, the essential prerequisite is the actual damage, resulted from the misuse of insider information and intentional or negligent action from the insider.² Deriving from this provision, in the event of claiming damages as a result of violation of the insider dealing regulation, following prerequisites need to be fulfilled: firstly, the fact of insider dealing, as an unlawful act, committed through intentional or negligent activity of the insider; secondly, the damages from investors' side, which, in most scenarios, results in the significant decrease of the price of publicly traded securities; thirdly, the causality between the unlawful act of the insider and the caused damage (price-decrease) from this particular activity. It needs to be noted that the investors are required to prove the causality between the committed insider dealing and his/her own damages,³ meaning that if investors' damages are resulted from a different fact or factor other than insider dealing, they won't be able to execute their claims against insiders, since causality requires that the caused damages are the result of the certain misconduct, namely, insider dealing in this case.

In the event the insider dealing was committed and the insiders concluded deals on publicly held securities by using the inside information, the investors can generally claim the damages considering the amount of the affected shares, their value before the concluded deal and after the conclusion of the deal which was executed as a result of insider dealing.

Apart from the possibility to apply the Sec. 992 of the CCG, the Civil Procedure Code of Georgia sets out the summary procedure for claims for damages caused by some tortious acts⁴, under which a

¹ The Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, Award dated September 30, 2016, N-as-504-481-2016.

² Robakidze S., The Deals concluded through the Misuse of Inside Information and its Legal Consequences in Civil Law, in The Compilation of Corporate Law, 159-268, Tbilisi, 2011, 251.

³ Buck-Heeb P., Kapitalmarktrecht., 7. Auflage, Heidelberg, Hamburg, 2014, 106.

⁴ Civil Procedure Code of Georgia, Chapter XXXIV³.

claim for damages sustained as a result of a criminal offense or an administrative infraction shall be reviewed.¹ As discussed in the previous Chapter of this article, Georgian legislation and in particular, the Criminal Code of Georgia recognizes insider dealing as a criminal offense, meaning that in the event there is a final court decision issued by the Criminal Court, the affected person can claim the damages in the Civil Court relying on the respective Sections of the Civil Procedure Code of Georgia, together with the general foundation for compensating the damages as set out in Sec. 992 of the CCG.

In such event, the judge shall deem the fact of damage as established, which is confirmed by the decision of the Criminal Court², and the Court does not examine the existence of the unlawful act (criminal offense), the causality between the unlawful act and the caused damage, since the damage as a result of this unlawful act is deemed to be established.³

On the other hand, the calculation of the amount of the damage in this scenario is considered rather controversial, since the person claiming for the damages is responsible to provide the Court with the official document which states the amount of the damages, unless the judgement of the Criminal Court states the exact amount of the caused damages. Consequently, in the process of hearing these kind of cases, the prejudicial meaning is only given to the fact of the damage and the causality⁴, making the amount of the damages not being proven *a priori*.⁵

In the event the claimant is filing a claim for the compensation of damages caused through an unlawful act, and in this case – insider dealing, he/she is entitled to claim the restitution of the initial status quo or alternatively if it is impossible to maintain the initial status

¹ Ibid., sec. 309¹⁶.

² Ibid., sec. 309²⁰(2).

³ Meskhishvili K., Practical Analysis of the Particularities of the Hearing of the Claims for the Damages caused through Unlawful Acts, Student Law Journal, 2012, 95.

⁴ The Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, Award dated April 10, 2016, N-as-176-163-2015.

⁵ Meskhishvili K., Practical Analysis of the Particularities of the Hearing of the Claims for the Damages caused through Unlawful Acts, Student Law Journal, 2012, 96.

quo, the claimant is empowered to claim the damages inflicted through the particular criminal offense.¹

Deriving from this respective legal basis established in the Georgian legislation, the 'victims' of insider dealing, namely investors, can rely on the sufficient legal grounds given in the CCG while presenting their claims in the Civil Court of Georgia in the event there is a decision rendered by the Criminal Court, which recognizes the fact that insider dealing was committed and the damage was occurred from the side of investors. The investor's claim may rely on the Sec. 992 of the CCG as a general foundation for compensating the damages in Georgian tort law and the Sec. 309¹⁶ of the CPCG as a supportive special norm. However, as already mentioned, in such scenario, the investors have to prove the amount of monetary damages that they suffered from and they don't need to prove the fact of insider dealing, as an unlawful act, as this fact will already have a prejudicial meaning.

CONCLUSION

Due to the fact that insider dealing as a crime is extremely hard to investigate and detect, it is crucial for the legislator to not to leave loopholes in the law, to avoid the legal uncertainty while providing the regulatory framework in this regard. As it is demonstrated from this article, the Georgian regulation regarding prohibiting insider dealing and namely the Law of Georgia on Securities Markets can be regarded as incomplete and rather general, meaning that currently the insider dealing regulation set out in the Georgian law is not up-to-date and compliant with the challenges the participants of the modern capital markets might face, which consequently refers to the fact that this framework does not provide investors with sufficient degree of protection. Therefore, investor protection standard to be achieved through Georgian legislation currently can be regarded as insufficient and low.

Since Georgia needs to comply with the requirements set out in the AA and in particular, needs to approximate its legislation with respect to capital markets to the current EU framework, the Law on Securities Markets needs to be updated and following key aspects need to be taken into account in this regard: 1) Firstly, the definitions

¹ Ibid., 99.
192

and terms given in the Law on Securities Markets need to be changed and updated, based on the approach taken by the MAR: the most important aspect in this regard is to update the definition of inside information; Since the definition of inside information given in the Law on Securities Markets is insufficient and incompliant with the definition elaborated in the EU legislation, it is necessary that this issue is treated very carefully in terms of broadening the scope of this definition. 2) Secondly, the NBG shall be given the access to the list of people who have access to inside information, as it is essential for the purposes of supervision that the NCA has an actual power guaranteed under the national law to request the lists of insiders; in addition, the Georgian Law shall include the obligation of the issuers to take reasonable steps to ensure that the people on the insider list acknowledge in writing the legal and regulatory duties entailed and are aware of the potential sanctions applicable to insider dealing; 3) Thirdly, the Law on Securities Markets along with the prohibition to acquire or sell publicly held securities, shall refer to the attempt to engage in insider dealing; 4) Certain specifications need to be implied in the Georgian Law, for instance, along with the acquisition or disposal of the securities, the Law shall also refer to the cancellation or amendment of an order concerning financial instruments while prohibiting insider dealing; additionally, the Law shall also refer to the buy-back programs, stabilization measures of securities or selection disclosures as events excluded from insider dealing; also, an attempt to sell or acquire the financial instruments shall fall into the scope of the prohibition determined in the law; 5) The Law shall explicitly regulate the legal consequences of the infringement of insider dealing prohibitions, in particular, the certain measures and sanctions required specifically for this kind of market offence; 6) The supervisory powers of the Georgian NCA need to be broadened and widened, in order to achieve the sufficient supervisory standard of monitoring the functioning of the securities market set out in the MAR; Furthermore, the NBG needs to be granted the power and official duty at the same time, to promptly inform the public with respect to the respective violations of the securities markets legislation.

As for the sanctions to be imposed for the violation of insider dealing regulation, the Georgian law only sets a fine of a fixed sum and does not take into account the profits gained or losses avoided through the infringement of insider dealing regulation. In this regard, Georgian approach is rather superficial and needs to be adapted in

accordance with the approach taken by the MAR. In particular, the regulation should differentiate between the sanctions to be imposed to natural and legal persons, the maximum amount of the sanctions needs to be determined and the amount of the sanction needs to be calculated on the basis of the actual profits gained or losses avoided through the violation. Otherwise, the fixed sum of the fine established by the NBG does not correspond with the actual characteristics and seriousness of the infringement and can be extremely low in comparison to the financial profits gained or losses avoided from the side of the person who violated the securities markets regulation.

With respect to the provisions entailed in the Criminal Code of Georgia, it shall provide an explicit regulation of the events related to the insider dealing, for instance, the event of recommending, or inducing another person to engage in insider dealing needs to be required in the Criminal Code of Georgia. The Criminal Code of Georgia shall impose specific kinds of criminal penalties for insider dealing and shall not be restricted to the general criminal sanctions. With respect to imposing criminal sanctions and liability, the Georgian legislation can be regarded as rather incomplete and too general, since it favours a very broad approach and refers only to the general prohibition of unlawful usage, disclosure, or transfer of inside information and to the general criminal sanctions, without introducing specific sanctions necessary for this kind of criminal offense as established in the CRIM-MAD.

In the second part of this article, the legal grounds established in the Georgian legislation have been analysed concerning investors' rights to claim their damages through the private enforcement in the event they are affected from the violation of insider dealing prohibitions. The reasoning elaborated in this article has proven that the private enforcement of insider dealing is an effective measure to ensure the sufficient degree of investor protection. Deriving from the fact that the investors are important participants of the market, and since the insider dealing regulation primarily protects the functioning of the markets and investors' confidence in this regard, it is essential that the investors are entitled to claim their monetary damages in the event they were affected by the infringement of insider dealing prohibitions. In this regard, this article demonstrates that Georgian Law provides sufficient legal grounds for the investors to rise their private claims in the civil courts by relying on the tort law provisions established in the CCG and CPCG, taking into account the fact that

in such scenarios the most important requirement for the investors is to prove the amount of damages that they have suffered from.

Finally, it needs to be noted that generally the Georgian Law aligns with the objectives of the European framework set out in the MAR and CRIM-MAD. However, with respect to certain specifications and concepts discussed in this article, the Georgian law is rather incomplete and superficial, since it lacks essential elements of the prohibition of insider dealing, follows a very broad approach and is not as comprehensive as respective provisions of the EU legislative acts.

LIST OF ABBREVIATIONS

AA	Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and Their Member States, of the One Part, and Georgia, of the Other Part (2014)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (German Civil Code)
CCG	Civil Code of Georgia
CPCG	Civil Procedural Code of Georgia
CRIM-MAD	Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive)
ECJ	European Court of Justice
ESMA	European Securities and Markets Authority
ESMA	Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC
REGULATION	European Union
EU	European Union
FSA	Financial Services Authority
GEL	Georgian Lari (Georgian National Currency)

GSE	Georgian Stock Exchange
INSIDER DIRECTIVE	Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealings
MAD	Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse)
MAR	Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC
MIFID	Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC
MIFID II	Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU
MTF	Multilateral Trading Facility
NCA	National Competent Authorities
NBG	National Bank of Georgia
OJ	Official Journal
OTC	Over-the-counter
OTF	Organised Trading Facility
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (German Securities Trading Act)

მტკიცების პროცესი შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან პარტნიორის გარიცხვის დროს

სიმონი ტაკაშვილი*

შესავალი

საქართველოში საკორპორაციო სამართალი, რომ ძალზედ აქტუალური და პრობლემური დარგია ეს არაერთხელ დადასტურდა მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონში განხორციელებული საკანონმდებლო ცვლილებებით. განხორციელებული მასშტაბური თუ უმნიშვნელო ცვლილება კი 2021 წელს ახალი მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის მიღებით დაგვირგინდა, რომელიც ძალაში 2022 წლის 1 იანვარს შევიდა.¹ ახალმა კანონმა განსხვავებული და ახალი სტანდარტები დაადგინა, ერთი მხრივ, მენარმე სუბიექტის პარტნიორებისთვის და, მეორე მხრივ, კი თავად მენარმე იურიდიული პირებისთვის. კანონის მიღებით კიდევ უფრო მეტად გაიზარდა იმ საკვლევ თემათა წრე, რომელიც ყოველთვის აქტუალური და პრობლემური იყო საკორპორაციო სამართალში.

წინამდებარე ნაშრომი მიზნად ისახავს ისეთი პრაქტიკული საკითხის კვლევას, როგორიცაა მტკიცების პროცესის თავისებურება შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან პარტნიორის გარიცხვიდან გამომდინარე სასამართლო დავის დროს. ნაშრომში გაანალიზებულია ქართული სასამართლო პრაქტიკის ტენდენციები, რომლებიც, რა თქმა უნდა, ძველი მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონით დადგენილ მონესრიგებას ეხება, თუმცა პრაქტიკაში დღესაც აქტუალური და გასათ-

* სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის აფილირებული ასოცირებული პროფესორი, ადვოკატი, იურიდიული ფირმა „ჯეი ენდ თი ქონსალთინგის“ პარტნიორი, იროდიონ სურგულაძის სამართლის ინსტიტუტის (ისსი) უფროსი მკვლევარი, სამართლის ინტერდისციპლინური კვლევის ცენტრის ხელმძღვანელი.

¹ მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონი, მიღების თარიღი: 02.08.2021, დოკუმენტის ნომერი: 875-Vრს-Xმპ.

ვალისწინებელი იქნება ახალი კანონის მოქმედების დროს. ამავდროულად, ნაშრომში შეფასებულია მოქმედი კანონის მიდგომები, რაც გარკვეული სპეციფიკით გამოირჩევა და მეცნიერული თვალსაზრისით შესწავლას საჭიროებს.

დღეს-დღეობით, საკორპორაციოსამართლებრივი დავები ერთ-ერთი პრობლემური და ამავდროულად, რთულ დავათა კატეგორიას მიეკუთვნება. საკითხს ართულებს ის გარემოებაც, რომ ახალი კანონით სრულიად ახალი სტანდარტები დადგინდა უშუალოდ სასამართლოს მიმართაც, რაც ამ უკანასკნელის ფართო ჩართულობასა და დისკრეციას გულისხმობს ამა თუ იმ საკითხის გადაწყვეტაში. წინამდებარე ნაშრომის მიზნიდან გამომდინარე, უპირატესად შესწავლილია ისეთი პრაქტიკული საკითხები, როგორებიცაა მტკიცების პროცესი და მტკიცების ტვირთის განაწილება, ერთი მხრივ, მოსარჩელე კომპანიის მიმართ, რომელმაც მიიღო გადაწყვეტილება, რომ გარიცხოს პარტნიორი მენარმე სუბიექტის პარტნიორთა რიგებიდან და, მეორე მხრივ, თავად გასარიცხი პარტნიორის სამტკიცებელ საკითხებზე, რომელიც ძალზედ სპეციფიკური და პრობლემურია. ამასთან, ნაშრომში გაანალიზდება კანონით დადგენილი წესები და მტკიცების პროცესი, რაც სრულიად ახლებურად მონესრიგდა მენარმეთა შესახებ ახალი კანონის ნორმებით.

ნაშრომის ძირითადი ნაწილი დათმობილი აქვს ქართული სასამართლო პრაქტიკის კვლევას და იურიდიული ლიტერატურის გაანალიზებას, რაც საბოლოოდ შეჯამებულია ნაშრომის დასკვნაში. ამავდროულად, ნაშრომის დასკვნაში მოცემულია გარკვეული სახის რეკომენდაციები, რომელთა გათვალისწინებაც ახალი კანონის მოქმედების პირობებში, მიზანშეწონილია სასამართლო პრაქტიკაში.

1. პარტნიორის გარიცხვა შენატანის განუხორციელებლობის გამო

1.1. დაფუძნების მომენტში განსახორციელებელი შენატანი

პარტნიორის საზოგადოებიდან გარიცხვა უკიდურესი ზომაა. შესაბამისად, ასეთი ზომა შეიძლება გამოყენებულ იქნეს მხოლოდ მნიშვნელოვანი საფუძვლების არსებობისას.¹ მეწარმეთა შესახებ ახალი კანონის მიღებამდე, ძველი კანონის მოქმედების დროს არსებული სასამართლო პრაქტიკა ერთმანეთისგან მიჯნავდა, ერთი მხრივ, მეწარმე სუბიექტის დაფუძნების დროს განსახორციელებელი შენატანების შეუტანლობის შედეგად პარტნიორის გარიცხვას და, მეორე მხრივ, უკვე დაფუძნებული მეწარმე სუბიექტის კაპიტალის გაზრდის დროს პარტნიორის მიერ დამატებითი შენატანის განუხორციელებლობისას პარტნიორის შესაძლო გარიცხვის პროცესს. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში, უახლესი სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, ცალსახად დადგინდა, რომ საწარმოს რეგისტრაციის შემდგომ კაპიტალის გაზრდა ვერ გახდება პარტნიორის გარიცხვის საფუძველი.²

მოქმედი მეწარმეთა შესახებ კანონის 139-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, შენატანის განხორციელების ვადის გადაცილების შემთხვევაში ხელმძღვანელ ორგანოს შეუძლია დაიწყოს წილის ჩამორთმევის პროცესი. პარტნიორს უნდა გაეგზავნოს შეტყობინება ამ პროცესის დაწყების შესახებ და შენატანის განხორციელებისთვის უნდა მიეცეს დამატებითი ვადა არანაკლებ 30 დღისა. შესაბამისად, კანონის დისპოზიკია იმგვარია, რომ წილის ჩამორთმევის პროცედურას წარმართავს ხელმძღვანელობითი უფლებამოსილების მქონე ორგანო და პროცედურულად ამას არ სჭირდება არც საერთო კრების გადაწყვეტილება წილის ჩამორთმევაზე და არც სასამართლოსადმი მიმართვა პარტნიორის

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 25 აპრილის №ას-1203-2018 განჩინება.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 29 ივნისის №ას-324-2021 განჩინება. საგულისხმოა, რომ ეს სასამართლოს განჩინება მიღებულია 2022 წლის 1 იანვრამდე მოქმედი მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის ნორმებიდან გამომდინარე.

გარიცხვის თაობაზე სასარჩელო მოთხოვნით.¹ ამგვარად, იმ შემთხვევაში, თუ საზოგადოება ფუძნდება და ამ პროცესში პარტნიორმა არ განახორციელა შენატანი, ასეთ შემთხვევაში, საზოგადოებას (მის დანარჩენ პარტნიორ(ებ)ს) არ მოუწევს სასარჩელო წარმოების გზით სასამართლოსთვის მიმართვა და სასამართლოს გადაწყვეტილებით პარტნიორისთვის წილის ჩამორთმევა. შესაბამისად, პარტნიორი სასამართლოს გადაწყვეტილების გარეშე გაირიცხება პარტნიორთა რიგებიდან. ეს მიდგომა შეიძლება სწორი და გამართლებული არ იყოს, რადგან არ არის გამოირიცხული, რომ ამ „გამარტივებული პროცედურით“ შეილახოს პარტნიორის ინტერესები. კერძოდ, პრაქტიკაში შესაძლოა კომპანიამ არაკეთილსინდისიერად დაიწყოს გარიცხვის პროცედურა რომელიმე პარტნიორის მიმართ იმ შემთხვევაში, თუ გასარიცხი პარტნიორის მიერ შენატანი უკვე განხორციელებულია, თუმცა კომპანიას (მის ხელმძღვანელ ორგანოს) მიაჩნდეს, რომ ამ პარტნიორის მიერ არ განხორციელებულა შენატანის შეტანა ან/და განხორციელებული შენატანი არასრულია. ასეთ შემთხვევაში, მოსარჩელე უკვე გარიცხული პარტნიორი იქნება, რომელიც სასამართლოში მოითხოვს მის მიერ განხორციელებული (სავარაუდოდ განხორციელებული) შენატანის შეთანხმებული სახით განხორციელებად ცნობას/აღიარებას. შესაბამისად, სასამართლოში იმის მტკიცების ტვირთი, რომ გასარიცხმა პარტნიორმა ნამდვილად შეთანხმებულ დროს და შეთანხმებული ხარისხით განახორციელა შენატანი, სწორედ გასარიცხ პარტნიორზე იქნება. აღნიშნული გამომდინარეობს ვალდებულებითსამართლებრივი ურთიერთობის მართივი პრინციპიდან, რომლის მიხედვითაც ვალდებულების შესრულება, მაგალითად, ფულადი ვალდებულების შესრულება, მოვალე (განსახილველ შემთხვევაში პარტნიორმა, რომელმაც შენატანის შეტანის ვალდებულება იკისრა) უნდა დაადასტუროს.²

¹ ბურდული ი., მახარობლიშვილი გ., თოხაძე ა., ზუბიტაშვილი ნ., ალადაშვილი გ., მალრაძე გ., ეგნატაშვილი დ., საკორპორაციო სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2021, 354.

² დაწვრილებით ამის შესახებ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 5 ნოემბრის №ას-334-2021 განჩინება.

ამავდროულად, გასათვალისწინებელია უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთი ბოლო გადაწყვეტილება, სადაც სასამართლომ განმარტა რომ „გარიცხვა იწვევს გარიცხული პარტნიორის საკუთრების უფლების დაკარგვას წილზე, რის გამოც საკუთრების უფლების ამგვარი შეზღუდვის კონსტიტუციურობა მოითხოვს, რომ პარტნიორი საზოგადოებიდან სასამართლოს გადაწყვეტილების საფუძველზე გაირიცხოს. შესაბამისად, პარტნიორთა კრების გადაწყვეტილების შედეგად წილის ჩამორთმევის ავტომატური სამართლებრივი შედეგი არ დგება და არც საზოგადოების სარეგისტრაციო მონაცემებში ცვლილების საფუძველი არ არის.“¹ ეს განმარტება სასამართლომ სწორედ შენატანის შეუტანლობის გამო წარმოშობილ დავაში გააკეთა. შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ შენატანების შეუტანლობის გამო პარტნიორის გარიცხვას მაინც სჭირდება სასამართლოს გადაწყვეტილება. ეს საკითხი ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში ჯერ-ჯერობით ბუნდოვანი რჩება. ბუნდოვანი იმიტომ, რომ არსებობს უზენაესი სასამართლოს კიდევ ერთი გადაწყვეტილება, სადაც სასამართლომ აღნიშნა შემდეგი: „პარტნიორის გარიცხვა საზოგადოებიდან მხოლოდ სასარჩელო წარმოების გზითაა შესაძლებელი (გარდა შესატანის შეუტანლობისას, რა დროსაც პარტნიორის გარიცხვას სასამართლო გადაწყვეტილება არ სჭირდებოდა)“.²

ციტირებული სასამართლო გადაწყვეტილებების გათვალისწინებით და იურიდიულ ლიტერატურაში მოცემული შეხედულების მიუხედავად³, ალბათ მაინც მიზანშეწონილია, რომ პარტნიორის გარიცხვა ამ შემთხვევაშიც სასამართლოს გადაწყვეტილებით მოხდეს. ამ დავაში მტკიცების ტვირთი იმისა, რომ გასარიცხი პარტნიორი არ ასრულებს მასზე ნაკისრ ვალდებულებებს ეკისრება კომპანიას, რომელიც მოსარჩელედ გამოვა სასამართლოში წარდგენილ სარჩელში. მტკიცების პროცესის ეს წესი და ზოგადად, ეს მიდგომა უფრო სწორი იქნება, ვიდრე ის, რომ

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 29 ნოემბრის №ას-93-2021 განჩინება.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 8 ოქტომბრის №ას-201-201-2018 განჩინება.

³ ბურდული ი., მახარობლიშვილი გ., თოხაძე ა., ზუბიტაშვილი ნ., ალადაშვილი გ., მალრაძე გ., ეგნატაშვილი დ., საკორპორაციო სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2021, 354.

სასამართლო წარმოება (სარჩელის შეტანა საზოგადოების მხრიდან პარტნიორის წინააღმდეგ), შესატანის შეუტანლობის დროს არ იყოს საჭირო პარტნიორის გარიცხვისთვის.¹

საგულისხმოა ისიც, რომ მოქმედი მენარმეთა შესახებ კანონი ძველი კანონისგან განსხვავებით ადგენს 30 დღიან ვადას იმისთვის, რომ გასარიცხ პარტნიორს კიდევ ერთხელ მიეცეს შანსი დარჩეს პარტნიორთა რიგებში, თუ ის ამ ვადაში განახორციელებს შენატანს. შესაბამისად, საზოგადოების ცალმხრივი მიღებასავალდებულო ნების გამოვლენით პარტნიორი კარგავს წილს და განხორციელებულ ნაწილობრივ შენატანს.² ამ მოწესრიგებით მოქმედი კანონი რადიკალურად განსხვავებულია მისი წინამორბედისგან, რომელიც არ არეგულირებდა ამ საკითხს და ვადის განსაზღვრისას იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული შეხედულების თანახმად, გამოიყენებოდა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 399-ე და 405-ე მუხლები.³ შესაბამისად, მოქმედი კანონის პირობებში, სამოქალაქო კოდექსის გამოყენების საჭიროება აღარ დგას და პარტნიორის გარიცხვის დროს შენატანის განსახორციელებლად გამოიყენება დამატებით 30 დღიანი ვადა. საგულისხმოა, რომ კანონი არ იცნობს ამ ვადის გახანგრძლივებას/გაზრდას. შესაბამისად, ამ ვადამ ფაქტობრივად, ჩაანაცვლა ე.წ. „გონივრული ვადა“, რომელიც

¹ მენარმეთა შესახებ კანონის 24-ე მუხლი დეტალურად ადგენს შესატანის განხორციელების წესსა და ვადას, შესაბამისად, შესაძლოა, სასამართლო პრაქტიკა იმგვარად განვითარდეს, რომ დაფუძნების მომენტში პარტნიორის გარიცხვას სასამართლოს გადაწყვეტილება არ დასჭირდეს და სამენარმეო რეესტრმა ფულადი შესატანების დროს, საკმარისად მიიჩნიოს მხოლოდ საბანკო ანგარიშის ამონაწერები, სადაც კონკრეტული პირის მიერ განსახორციელებელი შესატანი არ დაფიქსირდება.

² ჯუღელი გ., გიგუაშვილი გ., განმარტებები „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტზე (09.02.2021 წლის რედაქციით), თბილისი, 2021, 159.

³ ზუბიტაშვილი ნ., პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან, საკორპორაციო სამართლის კრებული II, ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 165. ასევე, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 25 აპრილის №ას-1203-2018 განჩინება.

სამოქალაქო კოდექსის ზემოაღნიშნული მუხლების საფუძველზე მიეცემოდა პარტნიორს შესატანის განხორციელებისთვის.

1.2. კაპიტალის გაზრდა დამატებითი შენატანებით

შპს-ის საჭიროებიდან გამომდინარე, შესაძლოა პარტნიორებმა გადანაწილონ კაპიტალის გაზრდა, რაც პარტნიორთა მხრიდან დამატებითი შენატანების განხორციელებას მოითხოვს. დამატებითი შენატანების განხორციელებას შპს-ში განსაკუთრებული დატვირთვა აქვს, რადგან დამატებითი შენატანები ამ სამართლებრივ ფორმაში მოქნილ ფინანსურ ინსტრუმენტებად მიიჩნევა, რაც საზოგადოების პარტნიორებს სანარმოს საკუთარი კაპიტალის შევსების ფუნქციით აღჭურავს.¹ ამავდროულად, უნდა აღინიშნოს, რომ კაპიტალის გაზრდა არ უნდა გახდეს პარტნიორის გარიცხვის ხელოვნური საფუძველი.² შესაბამისად, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უნდა შეფასდეს რამდენად კეთილსინდისიერად მოახდინეს პარტნიორებმა გადანაწილების მიღება, რომლითაც დაადგინეს უკვე დაფუძნებული შპს-ის კაპიტალის გაზრდა დამატებითი შენატანების განხორციელების გზით. ამ შემთხვევაში, თუ პარტნიორი გარიცხება შპს-ის პარტნიორთა რიგებიდან მტკიცების ტვირთი იმისა, რომ მისი გარიცხვა არასწორად და არაკეთილსინდისიერად მოხდა სწორედ გარიცხულ პარტნიორზე იქნება.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს უახლესი გადანაწილების მიხედვით, ერთ-ერთი პარტნიორის მიერ დამატებითი შენატანის გადაუხდელობამ შესაძლებელია, გამოიწვიოს კაპიტალის გაზრდის შემდეგ პარტნიორთა წილების ხელახლა გადანაწილების საჭიროება, სხვა პარტნიორების მიერ განხორციელებული დამატებითი შენატანების წილების პროპორციულად, შედეგად კი, იმ პარტნიორის წილის შემცირება (და არა გარიცხვა), რომელსაც დამატებითი შენატანი არ შეუტანია და

¹ ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები (გერმანული და ქართული სამართლის მაგალითზე), თბილისი, 2013, 133-134.

² ზუბიტაშვილი ნ., პარტნიორის გარიცხვა შემოღებული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან, საკორპორაციო სამართლის კრებული II, ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 146.

შესაბამისად, პარტნიორის გარიცხვა შესატანის შეუტანლობის საფუძველზე არ შეიძლება.¹

აღნიშნული გადაწყვეტილების საპირისპიროდ, ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული შეხედულების თანახმად, შპს-ში პარტნიორებს უფლება აქვთ დაადგინონ დამატებითი შენატანების განხორციელების ვალდებულება, რის შესახებაც პარტნიორები მიიღებენ გადაწყვეტილებას და დაადგენენ კონკრეტულ ვადას იმისთვის, რომ პარტნიორ(ებ)მა განახორციელოს შენატანი, ამ ვადის დარღვევა კი პარტნიორის გარიცხვის საფუძველია.² ამდენად, იმის გათვალისწინებით, რომ შპს-ის ფორმა სს-გან განსხვავებით ნაკლებად იცნობს კაპიტალის მოზიდვის დამატებით საშუალებებს, საზოგადოების ამ ფორმაში უფრო მეტად გამართლებულია დამატებითი შენატანების განხორციელება და განუხორციელებლობის შემთხვევაში კი პარტნიორის გარიცხვა.

მოქმედი მენარმეთა შესახებ კანონი წინამორბედი კანონისგან განსხვავებით, დამატებითი შენატანის განუხორციელებლობის შემთხვევაში პირდაპირ განსაზღვრავს სამართლებრივ შედეგებს. კერძოდ, კანონის 140-ე მუხლის მე-3 პუნქტის მიხედვით, სავალდებულო დამატებითი შენატანის განუხორციელებლობისას შესაბამის შემთხვევაში გამოიყენება ამ კანონის 139-ე მუხლი, რომელიც შენატანის განუხორციელებლობის შემთხვევაში პარტნიორის გარიცხვას ითვალისწინებს. საგულისხმოა ისიც, რომ კანონი იმ შემთხვევაში მიიჩნევს პარტნიორის მიერ დამატებითი შენატანის განუხორციელებლობას გარიცხვის საფუძველად თუ წესდებითაა ეს წესი გათვალისწინებული, წესდება ერთხმადაა მიღებული და ამასთან, პარტნიორისთვის მიცემული უნდა იყოს დამატებითი 30 დღიანი ვადა დამატებითი შენატანების განხორციელებისთვის.³ ამგვარად, შპს-ში პარტნიორისთვის მიცემული დამატებითი ვადის უშედეგოდ

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 29 ივნისის №ას-324-2021 განჩინება.

² ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები (გერმანული და ქართული სამართლის მაგალითზე), თბილისი, 2013, 139-140.

³ მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 139-ე და 140-ე მუხლები.

გასვლის შემთხვევაში, შესაძლებელია საზოგადოებიდან პარტნიორის გარიცხვა.¹

მტკიცების პროცესის თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანია, რომ დამატებითი შენატანების განხორციელების გამო პარტნიორის გარიცხვის მიმართ დადგენილი არ არის ცალკე სასამართლო წარმოება. შესაბამისად, ამ შემთხვევაშიც ბუნდოვანია სასამართლოს გადაწყვეტილება პარტნიორის გარიცხვისთვის საჭირო არის, თუ არა. სავარაუდოდ, სასამართლოს გადაწყვეტილება მაინც საჭირო უნდა იყოს, რადგან მართლედნ პარტნიორთა გადაწყვეტილება პარტნიორის გარიცხვის შესახებ, ვერ გახდება პირის გარიცხვის საფუძველი.

ამავდროულად, თუ გარიცხული პარტნიორი მიიჩნევს, რომ მისი გარიცხვა უკანონოდ და არაკეთილსინდისიერად მოხდა, ამ ფაქტის მტკიცების ტვირთი სწორედ მასზე იქნება. შესაბამისად, მტკიცების პროცესის თვალსაზრისით, მოსარჩელე კომპანიას, რომელიც პარტნიორის გარიცხვას მოითხოვს, მოუწევს დაადასტუროს ის გარემოება, რომ მოპასუხემ (გასარიცხმა პარტნიორმა) არ შეასრულა ნაკისრი ვალდებულება და არ განახორციელა შენატანი ან/და არასრულად, შეთანხმებულიდან განსხვავებული ხარისხით შეასრულა იგი. ამის საპირისპიროდ, გასარიცხ პარტნიორს (მოპასუხეს) მოუწევს იმის დადასტურება, რომ მის მიერ განხორციელებული შესრულება შეესაბამებოდა მხარეთა შეთანხმებულ პირობებს.

მენარმეთა შესახებ კანონის 139-ე და 140-ე მუხლების დისპოზიცია იმგვარია, რომ ფაქტობრივად, ითვალისწინებს დამატებითი შენატანების განხორციელებისთვის ისეთ წესდებისმიერ ჩანაწერს, რომელიც პარტნიორთა მიერ ერთხმად მიიღება. შესაბამისად, გარიცხულ პარტნიორს მტკიცების ტვირთი იმისა, რომ ის თავიდან თანახმა იყო კაპიტალის გზარდაზე, შესაბამისად, განაცხადა თანხმობა, ახლა კი ვერ ან არ ასრულებს ნაკისრ ვალდებულებას შენატანის განხორციელების თვალსაზრისით, არ იქნება სწორი. გასარიცხი პარტნიორი ვერ იღავებს ამ

¹ შედარებითსამართლებრივი კუთხით დაწვრილებით შპს-დან პარტნიორის გარიცხვაზე იხ. ბურდული ი., შენატანის განუხორციელებლობის სამართლებრივი შედეგი: უტოპური შეხედულება სს-იდან პარტნიორის გარიცხვის შესახებ, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის სამართლის ჟურნალი, №1-2, 2010, 44.

ფაქტზე. ერთადერთი, რაზეც იგი უფლებამოსილია იდავოს არის ის, რომ მან განხორციელა შენატანი, თუმცა ამ შენატანის განხორციელებას კომპანია არასულად ან/და არასწორად მიიჩნევს. ამგვარად, თუ პარტნიორი დათანხმდება დამატებითი შენატანების განხორციელების წესს, სასამართლო მხედველობაში არ მიიღებს იმ გარემოებაზე მითითებას, რომ მისი გარიცხვა დამატებითი შენატანების განხორციელებლობის გამო არ უნდა მომხდარიყო და ამაში დანარჩენ პარტნიორთა არაკეთილსინდისიერება იკვეთება. ამ შემთხვევაში, გარიცხულ პარტნიორს შეუძლია იდავოს მხოლოდ იმაზე, რომ მის მიერ წესდების მსგავს ჩანაწერზე დათანხმება არასწორად ან/და შეცდომით მოხდა და, რომ დანარჩენი პარტნიორები არაკეთილსინდისიერად მოქმედებდნენ და მიზნად ისახევენ პარტნიორის ხელოვნურად გარიცხვას.

2. პარტნიორის გარიცხვა „მნიშვნელოვანი საფუძვლის“ არსებობის შემთხვევაში

2.1. მნიშვნელოვანი საფუძვლის კრიტერიუმები

შპს-ში პარტნიორობა ბუნებრივად ითხოვს პარტნიორის აქტიურობასა და იმგვარ ინფორმაციაზე ხელმისაწვდომობას, თუ რა წარმატებით ვითარდება საზოგადოების საქმიანობა.¹ შესაბამისად, პარტნიორს კომპანიის მიმართ აქვს როგორც ფინანსური ინტერესები, ასევე გარკვეული ვალდებულებებიც, რომელთა დარღვევაც შესაბამის სანქციებს იწვევს. გარდა ზემოაღნიშნული ვალდებულებისა, რაც პარტნიორის მხრიდან შენატანის განხორციელებას გულისხმობს, პარტნიორს კომპანიის მიმართ ფიდუციური ვალდებულებებიც აკისრია.² პარტნიორის მიერ ფიდუციური ვალდებულებების³ დარღვევა, მისი სპეციფიკის გათვალისწინებით, შესატანის განხორციელებლობისგან განსხვავებით,

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 23 ივნისის №ას-475-443-2017 განჩინება.

² დანვრილებით ამის შესახებ იხ. ზუბიტაშვილი ნ., პარტნიორის გარიცხვა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან, საკორპორაციო სამართლის კრებული II, ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 152.

³ ფიდუციური ვალდებულებები როგორც წესი უპირატესად კომპანიის დირექტორთან მიმართებითაა, თუმცა ის, ასევე, კომპანიის პარტნიორის/აქციონერის 206

განსაკუთრებულ შეფასებას მოითხოვს.¹ ამ საკითხზე განსხვავებულია ასევე მტკიცების პროცესი და მტკიცების ტვირთის ხარისხიც. სასარჩელო წარმოებისას სათანადო მტკიცებულებებით უნდა დადასტურდეს ფიქციური ვალდებულებების დარღვევისა და საზოგადოებისათვის ზიანის მიყენების ფაქტი, ან პარტნიორის დარჩენა საზოგადოებაში რატომ არის საზიანო საზოგადოებისათვის.²

პარტნიორის გარიცხვის საფუძველსა და პროცედურასთან დაკავშირებით, გასათვალისწინებელია, რომ პარტნიორის გარიცხვის შესახებ გადაწყვეტილების მიღება წარმოადგენს კომპანიის პარტნიორთა კრების დისკრეციაში შემავალ საკითხს, რომლის მიზანშეწონილობაზეც სასამართლო კონტროლი არ ვრცელდება. სასამართლო შემოწმების უფლებამოსილება ვრცელდება მხოლოდ პარტნიორის გარიცხვასთან დაკავშირებით მიღებული გადაწყვეტილების ნამდვილობაზე, თუ რამდენადაა დაცული კანონითა და კომპანიის წესდებით განსაზღვრული პროცედურები სადავო გადაწყვეტილების მიღებისას.³

მენარმეთა შესახებ კანონის 143-ე მუხლის პირველი და მე-2 პუნქტების თანახმად, მნიშვნელოვანი საფუძვლის არსებობისას სასამართლოს შეუძლია პარტნიორთა გადაწყვეტილების შესაბამისად წარდგენილი შემზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების სარჩელის საფუძველზე მიიღოს გადაწყვეტილება პარტნიორის შემზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან გარიცხვის შესახებ. ამასთან, მნიშვნელოვანი საფუძველი არსებობს, როდესაც პარტნიორის ქმედება მნიშვნელოვან ზიანს აყენებს შემზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების

მიმართაც გამოიყენება. დანვრილებით ამის შესახებ იხ. Cahn A., Donald C. D., *Comparative Company Law, Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge, 2010, 575.

¹ ზუბიტაშვილი ნ., პარტნიორის გარიცხვა შემზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან, საკორპორაციო სამართლის კრებული II, ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 166.

² ბურდული ი., მახარობლიშვილი გ., თოხაძე ა., ზუბიტაშვილი ნ., ალადაშვილი გ., მალრაძე გ., ეგნატაშვილი დ., საკორპორაციო სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2021, 355-356.

³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 25 აპრილის №ას-1203-2018 განჩინება.

ინტერესებს ან მისი პარტნიორად დარჩენა საზიანოა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების შემდგომი საქმიანობისთვის, თუ პარტნიორი შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებამ წერილობით უშედეგოდ გაათრთხილა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების ინტერესების დამაზიანებელი ქმედების შეწყვეტისა და შესაძლო გარიცხვის შესახებ.

კანონის მოხმობილი პუნქტები რამდენიმე მნიშვნელოვან საკითხს/წინაპირობას აწესრიგებს. პირველი - მნიშვნელოვანი საფუძვლის არსებობის შემთხვევაში შესაძლებელია პარტნიორის გარიცხვა; მეორე - მნიშვნელოვან საფუძვლად მიიჩნევა პარტნიორის ქმედება, რომელიც ზიანს აყენებს შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების ინტერესებს ან მისი პარტნიორად დარჩენა საზიანოა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების შემდგომი საქმიანობისთვის; მესამე - პარტნიორი შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების მხრიდან გაფრთხილებულია წერილობით საზოგადოების ინტერესების დამაზიანებელი ქმედების შეწყვეტისა და შესაძლო გარიცხვის შესახებ; მეოთხე - გარიცხვისთვის საჭიროა სასამართლო წარმოება და მოსარჩელე არის შპს.

მნიშვნელოვანი საფუძვლის განმარტება მოცემულია უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებაში, რომლის მიხედვითაც, „პარტნიორის გარიცხვის მნიშვნელოვანი საფუძველი სახეზეა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც საზოგადოებამ აღარ უნდა ითმინოს გასარიცხი პარტნიორის კორპორაციულსამართლებრივი მონაწილეობა; სახელდობრ, როდესაც, მისი ქცევა შეუძლებელს ხდის ან მნიშვნელოვნად ართულებს საზოგადოების მიზნის მიღწევას, რაც აუტანელს გახდის მისი საზოგადოების რიგებში დარჩენას. საუბარია პიროვნულ თვისებებსა და ურთიერთობებზე, როგორიცაა, მაგალითად, ნდობის დეფიციტი, ვალდებულებების მძიმე დარღვევა, დანაშაულებრივი საქმიანობა, ნდობის ბოროტად გამოყენება და სხვა პარტნიორებთან დაძაბული ურთიერთობები. საზოგადოებიდან პარტნიორის გარიცხვის საფუძველი შეიძლება გახდეს არა ყველა სახის, არამედ იმგვარი ზიანი რომელიც საწარმოს საქმიანობას უშლის ხელს გრძელვადიან პერსპექტივაში და

მაშასადამე საფრთხის ქვეშ აყენებს მის არსებობას.¹ უზენაესი სასამართლოს დადგენილი ეს სტანდარტი ფაქტობრივად სახელმძღვანელო პრინციპია პარტნიორის შპს-დან გარიცხვის პროცესში. ამავდროულად, ეს პრინციპები საკმაოდ ზოგადია და ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში სასამართლოს მხრიდან შეფასებას და ანალიზს საჭიროებს.

2.2. მნიშვნელოვანი საფუძვლის მტკიცების ტვირთი

სასამართლოში მტკიცების პროცესის თვალსაზრისით, ზემოთ ჩამოთვლილი წინაპირობებიდან ყველაზე მეტად მნიშვნელოვანი და პრობლემური არის მნიშვნელოვანი საფუძვლის ნორმატიული შინაარსი. აღნიშნულის არსებობის მტკიცების ტვირთი მოსარჩელე კომპანიაზე და ამ უკანასკნელმა უნდა დაადასტუროს მოპასუხე მხარის კომპანიის პარტნიორთა რიგებში დარჩენის მიზანშეწონილობა. შესაბამისად, წინამდებარე ნაშრომში ეს საკითხი ყველაზე მეტად მნიშვნელოვან საკვლევ თემას წარმოადგენს არსებული სასამართლო პრაქტიკის გათვალისწინებით.²

მტკიცების პროცესის თვალსაზრისით, მხოლოდ ის გარემოება, რომ გასარიცხმა პარტნიორმა ზიანი მიაყენა საზოგადოებას, თავისთავად საკმარისი არ არის, რადგან ასეთ შემთხვევაში სხვა მექანიზმის - ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის გამოყენებაც შეიძლება.³ შესაბამისად, მო-

¹ იქვე.

² იმის გათვალისწინებით, რომ ჯერჯერობით არ არსებობს სასამართლო პრაქტიკა 2022 წლის 1 იანვრიდან ამოქმედებული მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონიდან გამომდინარე დავებზე, წინამდებარე ნაშრომში გაანალიზებულია 2022 წლის 1 იანვრამდე მოქმედი კანონის საფუძველზე მიღებული სასამართლო გადაწყვეტილებები, რომლებიც ფაქტობრივად, ისეთ სტანდარტებს ადგენს, რაც მოქმედი კანონისთვისაც და, შესაბამისად, სამომავლო სასამართლო პრაქტიკის განვითარებისთვისაც რელევანტურია.

³ ბურდული ი., მახარობლიშვილი გ., თოხაძე ა., ზუბიტაშვილი ნ., ალადაშვილი გ., მაღრაძე გ., ეგნატაშვილი დ., საკორპორაციო სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2021, 359.

სარჩელემ (კომპანია) გარიცხვის დროს გარდა ზიანისა სხვა გარემოებებიც უნდა დაადასტუროს. სამწუხაროდ, კანონი არ განსაზღვრავს იმ გარემოებებს, რაც, ასევე, დამატებით უნდა იყოს სახეზე იმისთვის, რომ შესაძლებელი გახდეს პარტნიორის გარიცხვა. შესაბამისად, კანონის ამ ნორმის ბუნდოვანებისა და პრაქტიკაში არასწორი ინტერპრეტაციის გამო გარიცხვისთვის, უმჯობესი იქნებოდა, თუ კანონი ზიანთან ერთად დამატებით კრიტერიუმებსაც გაითვალისწინებდა.

პარტნიორის მიერ საზოგადოების წინაშე ნაკისრი ვალდებულების დარღვევა და საზოგადოების მიზნის შელახვა, რასაც კომპანიისთვის ზიანის მიყენება მოსდევს საბოლოო ჯამში პარტნიორული ურთიერთობის შენარჩუნებას შეუძლებელს ხდის. სწორედ აღნიშნულის შემდეგ იწყება გარიცხვის შესახებ სასარჩელო წარმოება, რომლის დროსაც, სასამართლო ამონშებს, რამდენად კეთილსინდისიერად გამოიყენეს პარტნიორებმა გარიცხვის უფლება, ხომ არ იყო მათი გადაწყვეტილება მოტივირებული პარტნიორთა ცალკეული ჯგუფის პირადი ინტერესებით, პირადი სარგებლის ან ქონებრივი უპირატესობის მოსაპოვებლად.¹ იმის მტკიცების ტვირთი, რომ დანარჩენი პარტნიორები რეალურად შეთანხმებულად მოქმედებდნენ და მიზანდ ისახავდნენ კონკრეტული პარტნიორის გარიცხვას საზოგადოებიდან მოპასუხე მხარეს ანუ, გასარიცხ პარტნიორს აკისრია.

ამდენად, საზოგადოებიდან პარტნიორის გარიცხვა უნდა განხორციელდეს მხოლოდ მნიშვნელოვანი საფუძვლის არსებობისას, როდესაც, სახეზეა კომპანიისათვის არსებითი ზიანის მიყენება, რაც არღვევს ნდობას პარტნიორთა შორის და რის გამოც, მათი ერთობლივი საქმიანობა შეუძლებელი ხდება.²

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 8 ოქტომბრის №ას-201-201-2018 განჩინება.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 25 აპრილის №ას-1203-2018 განჩინება.

2.3. ჩამორთმეული წილის კომპენსაცია

მოქმედი კანონის სიახლეს წარმოადგენს გარიცხული პარტნიორისათვის კომპენსაციის გადახდა, ჩამორთმეული წილის სამართლიანი ფასის გადახდის გზით.¹ ეს საკითხი წლების განმავლობაში პრობლემური იყო სასამართლო პრაქტიკაში. 2022 წლის 1 იანვრამდე მოქმედი „მენარმეთა შესახებ“ კანონი ამ საკითხს არ აწესრიგებდა და სასამართლო პრაქტიკა ადგენდა, რომ საზოგადოებიდან პარტნიორის გარიცხვა არ უნდა განხორციელდეს მისი წილის კომპენსაციის საკითხის გადაწყვეტლად, რათა არ მოხდეს მისი კონსტიტუციით დაცული საკუთრების უფლების შელახვა. აღნიშნული კი, თავის მხრივ, დამოკიდებულია კომპანიაში თავისუფალი სახსრების არსებობაზე.² ამდენად, ძველი კანონის მოქმედების დროს არსებული სასამართლო პრაქტიკა ადგენდა საზოგადოების ვალდებულებას გარიცხული პარტნიორისთვის წილის საფასურის ანაზღაურების შესახებ. რაც შეეხება მოქმედ კანონს, მენარმეთა შესახებ კანონის 143-ე მუხლის მე-8 პუნქტის მიხედვით, შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებიდან გარიცხულ პარტნიორს უნდა მიეცეს წილის სამართლიანი ფასი. სამართლიან ფასში გათვალისწინებული უნდა იყოს საზოგადოებისათვის მიყენებული ზიანის ოდენობაც (ასეთის არსებობის შემთხვევაში) ან მხარეთა შორის მოხდეს ვალდებულებათა ურთიერთგაქვითვა.³

სამართლიან ფასთან დაკავშირებით, გასარკვევია, სამართლიანი ფასი პარტნიორთა მიერ მიღებული გადაწყვეტილების დროს თავიდანვე დგინდება, თუ შემდგომ სასარჩელო წარმოების ნაწილი ხდება, თუ სამართლიან ფასზე დავა გარიცხულ პარტნიორს ცალკე მოუწევს მაშინ, როდესაც ის გაირიცხება პარტნიორთა რიგებიდან სასამართლოს

¹ ბურდული ი., მახარობლიშვილი გ., თოხაძე ა., ზუბიტაშვილი ნ., ალადაშვილი გ., მალრაძე გ., ეგნატაშვილი დ., საკორპორაციო სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2021, 357.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 25 აპრილის №ას-1203-2018 განჩინება.

³ ბურდული ი., მახარობლიშვილი გ., თოხაძე ა., ზუბიტაშვილი ნ., ალადაშვილი გ., მალრაძე გ., ეგნატაშვილი დ., საკორპორაციო სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2021, 357-358.

გადანყვეტილების გზით.¹ უმჯობესი იქნება, თუ სამართლიანი ფასის განსაზღვრა პარტნიორების მიერ მიღებული გადანყვეტილებით მოხდება და საზოგადოება, როდესაც სარჩელს წარადგენს გასარიცხი პარტნიორის მიმართ, სწორედ ამ სასამართლო პროცესში შეფასდეს ფასის სამართლიანობა. აღნიშნული ერთი მხრივ, პროცესის ეკონომიურობის პრინციპიდან და მეორე მხრივ, დავაში მონაწილე ორივე მხარის ინტერესებიდან გამომდინარეობს.

პროცედურული თვალსაზრისით, მოპასუხეს (გასარიცხ პარტნიორს) მის წინააღმდეგ მიმართულ სასამართლო დავაში (სადაც მისი გარიცხვაა მოთხოვნილი) შესაძლოა მოუწიოს შეგვებულ სარჩელის შეტანა და შედავება სამართლიან ფასზე. შესაძლოა სამართლიან ფასზე შედავება მხოლოდ შესაგებელითაც მოხდეს. ეს უკვე სასამართლო პრაქტიკის გადასანყვეტია. მთავარია, რომ მტკიცების პროცესის კუთხით, შეგვებულ სარჩელის მოსარჩელეზე (ან, თუ შეგვებულ სარჩელის აღძვრა არ იქნება საჭირო, მაშინ მოპასუხეზე) იქნება იმის დადასტურების ვალდებულება, რომ მისთვის ასანაზღაურებელი თანხა ჩამორთმეული წილის სამართლიანი ფასი არ არის.

დასკვნა

წარმოდგენილი მსჯელობიდან გამომდინარე, რამდენიმე მნიშვნელოვანი დასკვნის გაკეთებაა შესაძლებელი. უპირველესად, შესატანის განუხორციელებლობის შემთხვევა ორ ნაწილად უნდა დაიყოს. პირველ შემთხვევაში, იგულისხმება შპს-ის დაფუძნების მომენტში შესატანის განხორციელება და მეორეში კი უკვე დაფუძნებული შპს-ის კაპიტალის გაზრდა დამატებითი შენატანების განხორციელების გზით. არცერთ შემთხვევაში მენარმეთა შესახებ კანონი სასამართლოს ჩართულობას (სასარჩელო წარმოებას) არ ითვალისწინებს, თუმცა სასამართლოს გადანყვეტილების გარეშე პარტნიორის შპს-დან გარიცხვა არ იქნება სწორი. შესაბამისად, მტკიცების პროცესის თვალსაზრისით, შპს-მ როგორც მოსარჩელემ უნდა დაამტკიცოს, რომ გასარიცხმა პარტნიორმა არ შეასრულა ნაკისრი ვალდებულება და არ განახორციელა შესატანი

¹ იქვე, 358.

(როგორც დაფუძნების ეტაპზე, ისე უკვე დაფუძნებული შპს-ის კაპიტალის გაზრდის დროს), ან არასრულყოფილად განახორციელა შენატანი და სხვა. თავის მხრივ, მოპასუხეს (გასარიცხ პარტნიორს) აწევს იმისი მტკიცების ტვირთი, რომ დაადასტუროს წესდებით ან/და პარტნიორთა შეთანხმებით გათვალისწინებული შესატანების შეტანის ფაქტი.

რაც შეეხება პარტნიორის გარიცხვის კიდევ ერთ შემთხვევას, რომელიც პარტნიორის მოქმედებებს და მის მიერ საზოგადოებისთვის ზიანის მიყენებიდან გამომდინარეობს, უნდა აღინიშნოს, რომ მტკიცების პროცესის თვალსაზრისით, მხოლოდ ის გარემოება, რომ გასარიცხმა პარტნიორმა ზიანი მიაყენა საზოგადოებას, თავისთავად საკმარისი არ არის იმისთვის, რომ პარტნიორი ამოიშალოს პარტნიორთა რიგებიდან. მოსარჩელემ (კომპანიამ) გარიცხვის დროს გარდა ზიანისა სხვა გარემოებებიც უნდა დაადასტუროს. სამწუხაროდ, კანონი არ განსაზღვრავს იმ გარემოებებს, რაც ასევე დამატებით უნდა იყოს სახეზე იმისთვის, რომ შესაძლებელი გახდეს პარტნიორის გარიცხვა. შესაბამისად, კანონის ამ ნორმის ბუნდოვანებისა და პრაქტიკაში არასწორი ინტერპრეტაციის გამოორიცხვისთვის, უმჯობესი იქნებოდა, თუ კანონი ზიანთან ერთად დამატებით კრიტერიუმებსაც გაითვალისწინებდა. ასეთი კრიტერიუმები შესაძლოა იყოს კომპანიის საქმიანობის შეფერხება, შპს-ის პარტნიორთა კრებებში მონაწილეობის მიუღებლობა, მუდმივი დაპირისპირება სხვა პარტნიორებთან, რაც საზოგადოების საქმიანობაზე ნეგატიურად აისახება და სხვა.

რაც შეეხება გარიცხული პარტნიორისთვის ჩამორთმეული წილის საფასურის ანაზღაურების საკითხს, სამართლიანი ფასის განსაზღვრის პროცედურა და ეტაპი კანონით მოწესრიგებული არ არის. შესაბამისად, პრაქტიკაში გაუგებრობების გამოორიცხვისთვისა და პროცესის ეკონომიურობის გათვალისწინებით, უმჯობესი იქნება, თუ სამართლიანი ფასის განსაზღვრა პარტნიორების მიერ მიღებული გადაწყვეტილებით მოხდება და საზოგადოება, როდესაც სარჩელს წარადგენს გასარიცხი პარტნიორის მიმართ, სწორედ ამ სასამართლო პროცესში შეფასდეს კომპანიის მიერ დადგენილი სამართლიანი ფასის სამართლიანობა.

იმის გათვალისწინებით, რომ მოქმედი მენარმეთა შესახებ კანონი სულ ახალი ამოქმედებულია და ჯერ-ჯერობით მისგან გამომდინარე საკითხებზე ზედა ინსტანციების სასამართლო პრაქტიკა არ არსებობს,

რთულია საუბარი იმაზე, თუ როგორ განვითარდება ამა თუ იმ საკანონმდებლო ნორმის ბედი. ცხადია, რომ მოქმედი კანონი უფრო მეტ პროცედურას ითვალისწინებს და მისი წინამორბედისგან განსხვავებით უფრო დეტალურია, თუმცა წინამდებარე ნაშრომში მოცემულ საკითხებთან მიმართებით, გარკვეული ბუნდოვანება და ორაზროვნება კვლავ არსებობს. ამ საკითხთა ანალიზი და განმარტება კი უკვე სასამართლო პრაქტიკასა და შემდგომ სამეცნიერო კვლევებზეა დამოკიდებული.

**ხელშეკრულებიდან გასვლის და ხელშეკრულების მოშლის
გამიჯვნის მსდელთა ნარდობის ხელშეკრულების მბგალითგა
ქართული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით**

ოთარ მაჩაიძე*

შესავალი

ნარდობის ხელშეკრულება თავის ფუნქციური დატვირთვის გათვალისწინებით, პრაქტიკაში ერთ-ერთი ყველაზე ხშირად გამოყენებადი სამართლებრივი ინსტიტუტია. მისი გამოყენება განსაკუთრებულად მზარდია მსხვილი სამშენებლო და ინფრასტრუქტურული პროექტების განხორციელებისას. მსგავს პროექტებში ხშირია უცხოური საწარმოების მონაწილეობა შემსრულებლის როლში, ხოლო შემკვეთად გველინება სახელმწიფო. ასეთ შემთხვევებში, ვალდებულების შესრულების აღდგომის გათვალისწინებით, როგორც წესი, მოსაყენებელ სამართლად მხარეთა მიერ არჩეულია ქართული კანონმდებლობა. შესაბამისად, უცხოური საწარმოებისთვის კრიტიკულად მნიშვნელოვანია ცხადი და განჭვრეტადი იყოს ქართული მოწესრიგება, ისეთი შემთხვევებისთვის, როდესაც ვალდებულებითსამართლებრივი ურთიერთობა არ წყდება მისი შესრულებით, არამედ ხელშეკრულების მოშლით ან გასვლით, რა დროსაც მხარეთა შორის დავის რისკი მაღალია და ბუნდოვანია თუ რა სამართლებრივი შედეგი დგება თითოეული მხარისთვის.

ხელშეკრულების მოშლა და ხელშეკრულებიდან გასვლა ერთმანეთისგან დამოუკიდებელი და განსხვავებული სამართლებრივი ინსტიტუტებია, შესაბამისად, მათი გამოყენების საფუძვლები და სამართლებრივი შედეგებიც განსხვავდება ერთმანეთისგან. თუმცა, ქართულ სამართლებრივ სივრცეში ამ ინსტიტუტების აღრევა ხშირია და ხდება

* სამართლის დოქტორი, საქართველოს საზოგადოებრივ საქმეთა ინსტიტუტის (ჯიპა) სამართლისა და პოლიტიკის სკოლის ასოცირებული პროფესორი, იურიდიული ფირმა „ჯეი ენდ თი ქონსალთინგის“ პარტნიორი.

მათი არამართებული გამოყენება, რასაც ხელს უწყობს თავად სამოქალაქო კოდექსის გაუმართავი ტერმინოლოგია.¹ ნარდობის ხელშეკრულებასთან მიმართაჲ, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის² 636-ე მუხლსა და 644-ე მუხლშიც გამოყენებულია სიტყვათა წყობა „ხელშეკრულებაზე უარის თქმა“, მაშინ როდესაც, 636-ე მუხლი ითვალისწინებს ხელშეკრულების მოშლას, ხოლო 644-ე მუხლი ხელშეკრულებიდან გასვლას.

კონკრეტულ შემთხვევაში, მხარემ უნდა გამოყენოს ხელშეკრულების მოშლა თუ ხელშეკრულებიდან გასვლა, განსაზღვრავს თავად იმ სახელშეკრულებო ურთიერთობის ბუნება, რომელშიც მხარეები იმყოფებიან. თუმცა, ნარდობის ხელშეკრულება წარმოადგენს იმ გამოწვევის, რომლის დროსაც კანონი ითვალისწინებს, როგორც ხელშეკრულების მოშლის,³ ასევე, ხელშეკრულებიდან გასვლის⁴ შესაძლებლობას შემკვეთისთვის.

სტატიის მიზანია, ნარდობის ხელშეკრულების მაგალითზე წარმოაჩინოს ის განსხვავებები, რომლებიც არსებობს ხელშეკრულებიდან გასვლის და ხელშეკრულებიდან მოშლის სამართლებრივ ინსტიტუტებს შორის. სტატიაში განხილულ იქნა ნარდობის ხელშეკრულებიდან გასვლის და ხელშეკრულებიდან მოშლის საფუძვლები და მათი სამართლებრივი შედეგები, რომლის ფონზეც წარმოჩენილ იქნა განსხვავებები ამ ინსტიტუტებს შორის.

სტატია მეტწილად ეფუძნება საქართველოს მოქმედი კანონმდებლობის და საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის ანალიზს. კვლევისას გამოყენებულია ანალიტიკური და შედარებით-მართლებრივი მეთოდები.

¹ რუსიაშვილი გ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 296.

² შემდგომ ტექსტში მოხსენიებული იქნება, როგორც სამოქალაქო კოდექსი ან სკ.

³ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 636-ე მუხლი.

⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 644-ე მუხლი.

1. ნარდობის ხელშეკრულების ცნება

ნარდობის ხელშეკრულების ცნება მოცემულია სსკ-ის 629-ე მუხლის I ნაწილში, კერძოდ, „ნარდობის ხელშეკრულებით მენარდე კისრულობს შეასრულოს ხელშეკრულებით გათვალისწინებული სამუშაო, ხოლო შემკვეთი ვალდებულია გადაუხადოს მენარდეს შეთანხმებული საზღაური“. ნარდობა, როგორც სამუშაოს შესრულების ტიპის ხელშეკრულება, კონსესუალურ, სინალაგმატურ და სასყიდლიან ხელშეკრულებას წარმოადგენს.¹

ნარდობის ხელშეკრულების კონსესუალური ბუნება გულისხმობს იმას, რომ მისი ძალაში შესვლა არ არის დაკავშირებული სამუშაოს შედეგის გადაცემასთან, არამედ მხარეთა მიერ ხელშეკრულების დადებასთან. ნარდობის სინალაგმატური ხასიათი კი იმაში ვლინდება, რომ მენარდის მიერ ვალდებულების ჯეროვნად შესრულების შემთხვევაში, შემკვეთს ეკისრება საზღაურის გადახდის ვალდებულება. საზღაური, როგორც წესი, განისაზღვრება ფულადი სახით, თუმცა მხარეები შეიძლება შეთანხმდნენ სხვა რამეზე.²

ნარდობის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე მხარეთა უფლებები, თავისი სამართლებრივი ბუნებით მიეკუთვნება რელატიურ (შეფარდებით) უფლებათა რიცხვს. კონტინენტური სამართლის ქვეყნებში რელატიური უფლების ქვეშ მოიზარება განსაზღვრული პირის მიმართ შესრულების მოთხოვნის უფლებამოსილება. იგი მიმართულია არა ნებისმიერი, არამედ მხოლოდ განსაზღვრული პირის მიმართ კონკრეტული ვალდებულების შესასრულებლად. რელატიური უფლება წარმოიშობა ნამდვილი ვალდებულებით სამართლებრივი ურთიერთობის საფუძველზე.³

¹ ძლიერიშვილი ზ., ნარდობის ხელშეკრულების გამიჯვნა სხვა მსგავსი ხელშეკრულებებისაგან, კრებულში: რომან შენგელია 70, საიუბილეო კრებული, ლ. ჭანტურიასა და ე. შენგელიას რედაქტორობით, თბილისი, 2012, 330.

² იქვე.

³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 06 აპრილის №ას-1166-2019 გადაწყვეტილება.

ნარდობის ხელშეკრულების საფუძველზე მხარეთა ძირითად ვალდებულებას წარმოადგენს შეასრულონ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებები სსკ-ის 361-ე მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალისწინებული მოთხოვნების დაცვით. კერძოდ, ვალდებულება უნდა შესრულდეს ჯეროვნად, კეთილსინდისიერად, დათქმულ დროსა და ადგილას.¹

ნარდობის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, შემკვეთის ძირითად ვალდებულებას მენარდისთვის შეთანხმებული ანაზღაურების გადახდა წარმოადგენს, რაც გამომდინარეობს სსკ-ის 629-ე მუხლის 1-ლი ნაწილიდან (შემკვეთი ვალდებულია გადაუხადოს მენარდეს შეთანხმებული საზღაური) და სსკ-ის 648-ე მუხლიდან (შემკვეთი მოვალეა მენარდეს გადაუხადოს საზღაური სამუშაოს შესრულების შემდეგ, თუ ხელშეკრულება არ ითვალისწინებს ნაწილ-ნაწილ გადახდას).

ხელშეკრულების ნაკისრი ვალდებულების შესრულება წარმოადგენს ვალდებულებითი სამართლის ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს ინსტიტუტს. ისევე, როგორც კონტინენტური სამართლის სისტემის სხვა ქვეყნებში, საქართველოს შემთხვევაშიც ვალდებულების შესრულების მომწესრიგებელი ნორმების უმრალესობა შეიძლება შეიცვალოს მხარეთა შეთანხმებით. ქართული სამოქალაქო კოდექსი შესრულებაზე ორიენტირებული აქტია. მისი როგორც ზოგადი, ისე კერძო ნაწილი შესრულების მექანიზმებზეა აგებული. მთავარია ნაკისრი ვალდებულების შესრულება და არა ვალდებულების დარღვევის შედეგად პასუხისმგებლობა ზიანის ფულადი ანაზღაურების სახით.²

2. ხელშეკრულებიდან გასვლა და ხელშეკრულების მოშლა

სსკ-ის 636-ე მუხლით გათვალისწინებული ხელშეკრულების მოშლა და სსკ-ის 644-ე მუხლით დადგენილი ხელშეკრულებაზე უარის თქმა (ხელშეკრულებიდან გასვლა) წარმოადგენენ ერთმანეთისგან დამოუკიდებელ და განსხვავებულ სამართლებრივ ინსტიტუტებს და, შესაბამისად, მათ აქვთ განსხვავებული სამართლებრივი შედეგები.

¹ იქვე.

² იქვე.

ხელშეკრულების მოშლისას სახეზეა ხელშეკრულების სამომავლოდ გაუქმება რესტიტუციის გარეშე.¹ გამოთქმულია მოსაზრება, რომ „ხელშეკრულების მოშლა - პირობითად შეიძლება ეწოდოს ისეთ მდგომარეობას, როცა ხელშეკრულება ვალდებულების დარღვევის გამო წყდება, ისე რომ არ ხდება შესრულების და სარგებლის უკუქცევა, ხოლო მხარეთა ვალდებულებები მხოლოდ ex nunc ქარწყლდება“.² აღნიშნული განმარტება შეიძლება არც იყოს სრულყოფილი ყველა შემთხვევაში, ვინაიდან, ხელშეკრულების მოშლას ყოველთვის ვალდებულების დარღვევა არ იწვევს, რაც ქვემოთ დეტალურად იქნება განხილული.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, ხელშეკრულების მოშლის ინსტიტუტი მიმართულია არა შესრულების შედეგად მიღებული შედეგების უკან დაბრუნების, არამედ ხელშეკრულების შესრულებაზე მომავალში უარის თქმაზე. მოშლის თავისებურება სწორედ ისაა, რომ წყდება სამომავლო შესრულების ვალდებულება, ხოლო უკვე შესრულებული მხარეებს არ უბრუნდებათ.³

ხელშეკრულების მოშლისგან განსხვავებით, ხელშეკრულებიდან გასვლით მხარეები წყვეტენ სახელშეკრულებო ურთიერთობას რეტროაქტიული ეფექტით, რის შედეგადაც ორივე მხარეს წარმოეშობა შესრულების და მისგან მიღებული სარგებლის უკუქცევის ვალდებულება.⁴ ხელშეკრულებიდან გასვლის შემთხვევაში მხარეებს ნატურით უბრუნდებათ მიღებული შესრულება და სარგებელი, ნატურით დაბრუნების შეუძლებლობის შემთხვევაში კი, კანონი ადგენს ფულადი ანაზღაურების ვალდებულებას.⁵

¹ რუსიაშვილი გ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 296.

² ვაშაკიძე გ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 658.

³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 03 აპრილის №ას-1475-1395-2017 გადაწყვეტილება.

⁴ ვაშაკიძე გ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 658.

⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 03 აპრილის №ას-1475-1395-2017 გადაწყვეტილება; რუსიაშვილი გ.,

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, ხელშეკრულების ერთ-ერთი მონაწილის შესაძლებლობას კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში, უარი თქვას ხელშეკრულების გაგრძელებაზე, ხელშეკრულებიდან გასვლა ეწოდება. ნორმა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში გერმანიის სამოქალაქო კოდექსიდანაა გადმოღებული და ძირითადად შეესაბამება ევროგაერთიანების სამართალს.¹

ხელშეკრულებიდან გასვლის შინაარსი იმაში მდგომარეობს, რომ ხდება ხელშეკრულების შედეგების ანულირება/ორმხრივი რესტიტუცია, ანუ მხარეებმა ერთმანეთს უნდა დაუბრუნონ ის, რაც მათ ხელშეკრულების საფუძველზე მიიღეს.²

პასუხი კითხვაზე, თუ რომელი სამართლებრივი ინსტიტუტი გამოიყენება კონკრეტულ შემთხვევაში, ხშირად გამომდინარეობს თავად იმ ხელშეკრულების ბუნებიდან, რომელშიც მხარეები იმყოფებიან. მაგალითად, როდესაც სახეგა ნასყიდობის ხელშეკრულება, რომლითაც გათვალისწინებულია ვალდებულების ერთჯერადი შესრულება, კანონით დადგენილი წინაპირობების არსებობის შემთხვევაში, გამოიყენება ხელშეკრულებიდან გასვლა.³ ხოლო როდესაც, მხარეები იმყოფებიან გრძელვადიან სახელშეკრულებო ურთიერთობაში, რომელსაც არ ახასიათებს ერთჯერადი შესრულება, მაგალითად, ქირავნობის ხელშეკრულებისას, კანონი ითვალისწინებს ხელშეკრულების მოშლის შესაძლებლობას.⁴ ასეთ შემთხვევაში, რესტიტუციის განხორციელება ფიზიკურად

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 294-299.

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 06 აპრილის №ას-1166-2019 გადაწყვეტილება.

² რუსიაშვილი გ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 294-299; ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ., სახელშეკრულებო სამართალი, გ. ჯუღელის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 503-505.

³ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 491-ე მუხლი; ჩაჩავა ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ონლაინ კომენტარი, მუხლი 491, <<http://www.gecc.ge/წიგნი-მესამე/კერძო-ნაწილი/კარი-ი-სახელშეკრულებო-სამ/თავი-ი-ნასყიდობა-გაცვლა/ი-ზოგადი-დებულებანი/მუხლი-491/>> [09.04.2022].

⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 557-ე და 558-ე მუხლები.

შეუძლებელია, შესაბამისად, გასვლის უფლება ეწინააღმდეგება სამართალურთიერთობის არსს და გამოირიცხება.

ნარდობის ხელშეკრულება წარმოადგენს გამოწვევის და მისი სპეციფიკის გათვალისწინებით, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი ითვალისწინებს, როგორც ხელშეკრულების მოშლის, ასევე, ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლებას. ასე მაგალითად, სსკ-ის 637-ე მუხლით გათვალისწინებულია ნარდობის ხელშეკრულების მოშლა მენარდის ინიციატივით. მენარდეს შეუძლია სამუშაოს დასრულებამდე მხოლოდ ისე შეწყვიტოს ხელშეკრულება, რომ შემკვეთმა შეძლოს მომსახურების სხვაგვარად მიღება, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა შეწყვეტისათვის არსებობს რაიმე მნიშვნელოვანი საფუძველი, ხოლო სსკ-ის 636-ე მუხლით კი, გათვალისწინებულია ნარდობის ხელშეკრულების მოშლა შემკვეთის ინიციატივით (შემკვეთს უფლება აქვს სამუშაოს დასრულებამდე ნებისმიერ დროს თქვას უარი ხელშეკრულებაზე, მაგრამ მან უნდა აუნაზღაუროს მენარდეს შესრულებული სამუშაო და ხელშეკრულების მოშლით მიყენებული ზიანი). სსკ-ის 644-ე მუხლი კი, ზემოხსენებული მუხლებისგან განსხვავებით, მენარდეს აძლევს ხელშეკრულებაზე უარის თქმის (გასვლის) უფლებას იმ შემთხვევაში, თუ ნაკეთობა ნაკლიანია (ნაკეთობის ნაკლის გამო შემკვეთს შეუძლია 405-ე მუხლის მიხედვით, უარი თქვას ხელშეკრულებაზე).

3. ნარდობის ხელშეკრულების მოშლის და ხელშეკრულებიდან გასვლის საფუძველი

3.1. ნარდობის ხელშეკრულების მოშლის საფუძველი

ხელშეკრულების მოშლის საფუძვლად და წინაპირობად ხშირ შემთხვევაში, განიხილება ხელშეკრულების დარღვევა.¹ მაგალითისთვის, სსკ-ის 557-ე და 558-ე მუხლების მიხედვით, გამჭირავებელი უფლებამოსილია მოშალოს ხელშეკრულება, თუ დამჭირავებელი, გამჭირავებლის გაფრთხილების მიუხედავად, გამჭირავებულ ნივთს მნიშვნე-

¹ ვაშაკიძე გ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 658.

ლოვნად აზიანებს ან ქმნის მნიშვნელოვანი დაზიანების რეალურ საშიშროებას ან დამქირავებელმა ქირა არ გადაიხადა სამი თვის განმავლობაში. ასევე, სსკ-ის 580² მუხლის მიხედვით, ლიზინგის გამცემს შეუძლია მოშალოს ლიზინგის ხელშეკრულება, თუ ლიზინგის მიმღები არსებითად არღვევს თავის ვალდებულებებს.

შესაბამისად, გრძელვადიან ხელშეკრულებებში, რომელიც არ არის დამოკიდებული ერთჯერად შესრულებაზე, შეიძლება ითქვას, რომ ხელშეკრულების მოშლა ანაცვლებს ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლებას ხელშეკრულების დარღვევის შემთხვევაში.

გარდა აღნიშნული საფუძვლისა, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი წესის მიხედვით, რომელიც განმტკიცებულია ვალდებულებითი სამართლის ზოგად ნაწილში, სსკ-ის 399-ე მუხლის მიხედვით, გრძელვადიან ხელშეკრულების მოშლის საფუძველს შესაძლებელია წარმოადგენდეს „პატივსადები საფუძველი“,¹ როცა ხელშეკრულების მომშლელ მხარეს კონკრეტული ვითარების, მათ შორის, დაუძლეველი ძალისა და ორმხრივი ინტერესების გათვალისწინებით, არ შეიძლება მოეთხოვოს სახელშეკრულებო ურთიერთობის გაგრძელება შეთანხმებული ვადის ან ხელშეკრულების მოშლისათვის დაწესებული ვადის გასვლამდე. ქირავნობის ხელშეკრულების მომწესრიგებელი ნორმებიც ითვალისწინებს ხელშეკრულების მოშლის უფლებას პატივსადები საფუძველით, რა შემთხვევაშიც კანონი პირდაპირ განსაზღვრავს პატივსადები საფუძვლის შემთხვევებს.²

აღნიშნულისგან განსხვავებით, სსკ-ის 636-ე მუხლის მიხედვით, შემკვეთს უფლება აქვს სამუშაოს დასრულებამდე ნებისმიერ დროს თქვას უარი ხელშეკრულებაზე, მაგრამ მან უნდა აუნაზღაუროს მენარდეს შესრულებული სამუშაო და ხელშეკრულების მოშლით მიყენებული ზიანი. გასათვალისწინებელია, რომ ამ მუხლში გამოყენებული „ხელშეკრულებაზე უარი“ გულისხმობს ხელშეკრულების მოშლის უფლებას.³

¹ პატივსადები საფუძველთან დაკავშირებით დამატებით იხ. იქვე, 627.

² საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 562-ე მუხლი.

³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 15 დეკემბრის №ას-697-663-2015 გადაწყვეტილება.

აღნიშნული დანაწესის მიხედვით, ნარდობის ხელშეკრულების მოშლის შესაძლებლობას კანონმდებელი უშვებს იმ შემთხვევაშიც, როცა სახეზე არ არის სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევა და კანონი არც პატივსაღები საფუძვლის არსებობაზე მიუთითებს.¹

ზოგადი წესის (*Pacta sunt servanda*) საფუძველზე საკასაციო პალატა აღნიშნავს, რომ იურიდიულ ლიტერატურაში გაბატონებული მოსაზრების თანახმად, ხელშეკრულების დადების მომენტიდან მხარეები ვალდებული არიან შეუდგნენ ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულებას. მათ არ შეუძლიათ ცალმხრივად თქვან უარი ნაკისრი ვალდებულების შესრულებაზე.² თუმცა, სსკ-ის 636-ე მუხლი წარმოადგენს გამონაკლისს ამ წესიდან.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, სსკ-ის 636-ე მუხლის დანაწესი სახელშეკრულებო სამართალში საგამონაკლისო ნორმაა, რომელიც შემკვეთს, ნებისმიერ დროს, უპირობოდ და მენარდის ბრალეულობის გარეშე, ანიჭებს უფლებას ცალმხრივად მოშალოს ხელშეკრულება. ნარდობის სამართლებრივ ურთიერთობაში უპირატესობა ენიჭება შემკვეთს, რომელსაც უპირობოდ, სამუშაოს დასრულებამდე, ნებისმიერ დროს შეუძლია ცალმხრივად მოშალოს ხელშეკრულება. თუმცა, მენარდის ინტერესების დასაცავად და მხარეთა შორის უფლებებისა და მოვალეობების გონივრული ბალანსის შესანარჩუნებლად, შემკვეთს ეკისრება ვალდებულება, ხელშეკრულების მოშლის შემთხვევაში, მენარდეს აუნაზღაუროს შესრულებული სამუშაო, ის რაც ფაქტობრივად შესრულდა და ხელშეკრულების მოშლით მიყენებული ზიანი.³

ეს ნორმა შემკვეთს ანიჭებს ხელშეკრულების შეწყვეტის თავისუფალ უფლებას. რაც იმას ნიშნავს, რომ კანონი მას არ ავალდებულებს იმოქმედოს ზოგადი წესების მიხედვით, რომლის მიხედვითაც უმეტეს

¹ ძლიერიშვილი ზ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, მუხლი 637, <<http://www.gccc.ge/ნიგნი-მესამე/კერძო-ნაწილი/კარი-i-სახელშეკრულებო-სამ/თავი-x-ნარდობა/მუხლი-637/>> [09.04.2022].

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 04 ივნისის №ას-222-2021 გადაწყვეტილება.

³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 15 დეკემბრის №ას-697-663-2015 გადაწყვეტილება.

შემთხვევაში შეწყვეტის მნიშვნელოვანი საფუძველი უნდა არსებობდეს (მაგ. სსკ-ის 399-ე მუხლი), ან კიდევ დაიცვას შეწყვეტის ვადები ან წინასწარ გააფრთხილოს მენარდე (სსკ-ის 405-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი).¹

საკასაციო სასამართლო ხაზგასმით აღნიშნავს, რომ მენარდის მიერ ხელშეკრულების პირობის დაურღვევლობის შემთხვევაშიც კი, შემკვეთს კანონმდებელმა მიანიჭა უფლება, ნებისმიერ დროს მოშალოს ხელშეკრულება, ერთადერთი სპეციალური დათქმა, რომელიც მენარდის ინტერესების დასაცავად არის დადგენილი მოხმობილ ნორმაში, მდგომარეობს შემკვეთის ვალდებულებაში, აუნაზღაუროს კონტრაქტის უკვე შესრულებული სამუშაო და ხელშეკრულების მოშლით მიყენებული ზიანი. სსკ-ის 636-ე მუხლით, კანონმდებელი შემკვეთისათვის ხელშეკრულების მოშლის წანამძღვრებს კი არ აწესებს, არამედ, ამ ნორმის გამოყენების შემთხვევაში, გამაწონასწორებელი სამართლებრივი დაცვითი მექანიზმის სახით, ადგენს შემკვეთის ვალდებულებას, ანუ განსაზღვრავს, თუ რა უნდა აუნაზღაუროდეს მენარდეს.²

შესაბამისად, ხელშეკრულების მოშლის ინსტიტუტის სპეციფიკა ნარდობის ხელშეკრულებასთან მიმართებით იმაში მდგომარეობს, რომ შემკვეთს ხელშეკრულების მოშლის უფლება აქვს ყოველგვარი საფუძვლის გარეშე.

3.2. ხელშეკრულებიდან გასვლის საფუძველი

სსკ-ის 644-ე მუხლის მიხედვით, ნაკეთობის ნაკლის გამო შემკვეთს შეუძლია 405-ე მუხლის მიხედვით უარი თქვას ხელშეკრულებაზე. ამ შემთხვევაში მენარდე ვალდებულია აუნაზღაუროს შემკვეთს ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული ხარჯები.

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 29 სექტემბრის №ას-1252-2020 გადაწყვეტილება.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 15 დეკემბრის №ას-697-663-2015 გადაწყვეტილება; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 24 დეკემბრის №ას-779-2021 გადაწყვეტილება.

უპირველესად უნდა განიმარტოს, რომ აღნიშნულ მუხლში გამოყენებული ტერმინი „ხელშეკრულებაზე უარი“ თავის თავში მოიაზრებს ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლებას.¹

ხელშეკრულებიდან გასვლის წესს ადგენს სსკ-ის 405-ე მუხლი, როგორც ამას მიუთითებს სსკ-ის 644-ე მუხლი, ხოლო ხელშეკრულებიდან გასვლის სამართლებრივ შედეგებს აწესრიგებს სსკ-ის 352-ე მუხლი. იმის გათვალისწინებით, რომ ქართულ სამართლებრივ ლიტერატურასა² და სასამართლო პრაქტიკაში³ ხელშეკრულებიდან გასვლის ზოგადი წესი დეტალურად არის განხილული და გაანალიზებული, წინამდებარე სტატიის მიზნებისთვის მხოლოდ ნარდობის ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული საკითხები იქნება განხილული.

ზოგადი წესის მიხედვით, ხელშეკრულების გასვლის უფლება მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეიძლება წარმოიშვას, თუ სახეზეა ვალდებულების დარღვევა, რაც შეიძლება გამოვლინდეს i. ვალდებულების საერთოდ შეუსრულებლობაში/ვადის გადაცილებაში, ii. ვალდებულების არასათანადოდ (არაჯეროვნად/არაკეთილსინდისიერად შესრულება) შესრულებაში და iii. გულისხმიერების ვალდებულების დარღვევაში.⁴

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით, ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულების შესრულების მოთხოვნა, წარმოადგენს მხარეების პირველად მოთხოვნას, რომლის შეუსრულებლობაც იწვევს მეორადი მოთხოვნის უფლების წარმოშობას, რომელსაც განეკუთვნება ხელშეკრულებიდან გასვლის მოთხოვნა. ხელშეკრულებიდან გასვლა გამოიყენება მხოლოდ კანონით, ან მხარეთა შეთანხმებით ზუსტად განსაზღვრულ შემთხვევებში. ამიტომ კა-

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 04 ივნისის №ას-222-2021 გადაწყვეტილება.

² ვაშაკიძე გ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 658.

³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 04 ივნისის №ას-222-2021 გადაწყვეტილება.

⁴ ვაშაკიძე გ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 658.

ნონი ამომწურავად განსაზღვრავს ხელშეკრულებიდან გასვლის საფუძვლებსა და წესს, კერძოდ, იმას, თუ როდის შეუძლია ხელშეკრულების მხარეს მოითხოვოს ხელშეკრულებიდან გასვლა. თუმცა, ეს არ გამოირიცხავს, რომ მხარეები შეთანხმდნენ ხელშეკრულებიდან გასვლის დამატებით პირობებზე. თუ მხარეები ამ უფლებით არ ისარგებლებენ, გამოიყენება კანონის დისპოზიციური ნორმები.¹

სსკ-ის 644-ე მუხლიც ამ შემთხვევაში, ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლების წარმოშობას უკავშირებს მენარდის მიერ ხელშეკრულების დარღვევას/არაჯეროვან შესრულებას, რომელიც ვლინდება ნაკლიანი ნივთის გადაცემაში. თუმცა, ეს ისე არ უნდა იქნას გაგებული, რომ მხოლოდ ნაკლიანი ნივთის გადაცემის შემთხვევაში აქვს შემკვეთს ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლება. პირობითად, თუ მენარდის მიერ ხელშეკრულების დარღვევა ვლინდება ხელშეკრულების ვადის გადაცილებაში, ასეთ შემთხვევაში, შემკვეთს ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლება აქვს სსკ-ის 405-ე მუხლით დადგენილი წესით.²

სსკ-ის 644-ე მუხლი, ერთი მხრივ, წარმოადგენს სპეციალურ ნორმას, რომელიც გამოიყენება ნარდობის ხელშეკრულების მიზნებისთვის, თუმცა, ამავე დროს, არ არის დამოუკიდებელი მოთხოვნის საფუძველი, არამედ ერთგვარი დამხმარე მოთხოვნის საფუძველია, რომელსაც მითითებითი მოთხოვნის საფუძველს უწოდებენ. საკასაციო პალატა განმარტავს, რომ შემკვეთის მეორადი მოთხოვნა ხელშეკრულებიდან გასვლის სახით მხოლოდ სსკ-ის 644-ე მუხლზე დაყრდნობით ვერ განხორციელდება, ვინაიდან ამ ნორმაში უშუალოდ არის მითითებული სსკ-ის 405-ე მუხლის ზოგადი მოთხოვნის საფუძველზე, რომელიც, თავის მხრივ, სსკ-ის 352-359-ე მუხლებს უთითებს. ეს ცხადყოფს, რომ სსკ-ის 644-ე მუხლი არ არის მოთხოვნის დამოუკიდებელი საფუძველი. შესაბამისად, შემკვეთის მიერ ნარდობის ხელშეკრულებიდან გასვლის

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 06 აპრილის №ას-1166-2019 გადაწყვეტილება.

² იქვე.

მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძველი იქნება სსკ-ის 644-ე მუხლი, სსკ-ის 352-ე და 405-ე მუხლებთან ურთიერთკავშირში.¹

ნორმის სისტემური თვალსაზრისით სსკ-ის 644-ე მუხლი მოქცეულია ნარდობის ხელშეკრულების ნაკლიანი შესრულების და აქედან გამომდინარე წარმოშობილი მეორადი მოთხოვნების მომწესრიგებელ ნორმებში, რასაც მნიშვნელოვანი დატვირთვა გააჩნია ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლების რეალიზების კონტექსტში.

სსკ-ის 639-ე მუხლი განსაზღვრავს მენარდის ვალდებულებას, წარუდგინოს შემკვეთს ნივთობრივად და უფლებრივად უნაკლო ნივთი. ნივთობრივად უნაკლო ნივთის წარდგენის ვალდებულების დარღვევა წარმოშობს, შემდეგ მეორად მოთხოვნებს:

- i. დამატებითი შესრულების მოთხოვნა (სსკ-ის 642-ე მუხლი);
- ii. ნაკეთობის ნაკლის გამოსწორება შემკვეთის მიერ (სსკ-ის 643-ე მუხლი);
- iii. ხელშეკრულებაზე უარი ნაკეთობის ნაკლის გამო (სსკ-ის 644-ე მუხლი);
- iv. საზღაურის შემცირება ნაკეთობის ნაკლის გამო (სსკ-ის 645-ე მუხლი);

იმ პირობებში, როდესაც სახეზეა რამდენიმე ალტერნატიული მეორადი მოთხოვნა, დღის წესრიგში დგება მეორადი მოთხოვნების კონკურენციის საკითხი. მეორადი მოთხოვნის უფლებათა კონკურენციის საკითხი თითქმის ყველა სამართლებრივ სივრცეში განსაზღვრულ იერარქიასა და ეტაპობრიობას ექვემდებარება, რაც გულისხმობს, რომ ვალდებულების დარღვევის ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, შესაძლებელია კონკრეტული მეორადი მოთხოვნის უფლება იყოს პრიორიტეტული.²

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 04 ივნისის №ას-222-2021 გადაწყვეტილება.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 04 ივნისის №ას-222-2021 გადაწყვეტილება.

ნარდობის ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით, საქართველოს უზენაესი სასამართლო მიუთითებს, რომ დამატებითი შესრულების მოთხოვნა გამორიცხავს სხვა მეორად მოთხოვნას. ამ დროს ადგილი აქვს ე.წ. „მოთხოვნათა გამომრიცხავ“ კონკურენციას. მოთხოვნათა გამომრიცხავი კონკურენცია სახეზეა, როდესაც ერთი და იმავე ფაქტობრივი გარემოებების შესაბამისად რამდენიმე მოთხოვნა არსებობს, თუმცა ერთი მოთხოვნის განხორციელება უპირატესია. უპირატესობა ვლინდება ერთი მოთხოვნის განხორციელების ვალდებულებაში სხვა ნებისმიერთან მიმართებით. სანამ არ განხორციელდება ეს მოთხოვნა, უფლებამოსილი პირი ვერ გამოიყენებს სხვა მოთხოვნებს. ნარდობის ხელშეკრულებაში დამატებითი შესრულების მოთხოვნა სხვა მეორად მოთხოვნებთან მიმართებაში, როგორც წესი, უპირატესად გამოსაყენებელი მოთხოვნაა და გამორიცხავს სხვა მეორად მოთხოვნებს.¹ დამატებითი შესრულება დამატებითი შანსია „გადაარჩინოს“ ხელშეკრულება და დააკმაყოფილოს შესრულების ინტერესი.²

ნარდობის ხელშეკრულებასთან მიმართებით, შემკვეთის დამატებითი შესრულების მოთხოვნა მენარდის მიმართ ვლინდება ან ნაკლის გამოსწორების, ან ნაკლიანი ნაკეთობის უნაკლოდ შეცვლის მოთხოვნით.³ სანამ მხარე ხელშეკრულებიდან გასვლის მოთხოვნის უფლებას აამოქმედებდეს, ის ვალდებულია მიმართოს დამატებითი შესრულების მოთხოვნის უფლებას იმ პირობით, თუ სახეზე არ არის დამატებითი შესრულების გამომრიცხავი საფუძვლები.⁴

მსგავსი მიდგომა, კონტინენტური სამართლის სისტემის კონცეპტუალური მიდგომით, რომელიც ორიენტირებულია ხელშეკრულების შესრულებაზე, მოწოდებულია გადაარჩინოს შეთანხმება და უზრუნველყოს

¹ იქვე.

² ძლიერიშვილი ზ., ნარდობის ხელშეკრულება - თეორია და პრაქტიკა, თბილისი, 2016, 343.

³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 04 ივნისის №ას-222-2021 გადაწყვეტილება.

⁴ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 08 ოქტომბრის №ას-856-2021 გადაწყვეტილება.

მხარეთა ლეგიტიმური სახელშეკრულებო ინტერესის განხორციელება თვით მეორადი მოთხოვნის უფლებების სამართლებრივ რეჟიმში.¹

3.3. შუალედური დასკვნა

ნარდობის ხელშეკრულების ბუნების გათვალისწინებით სამოქალაქო კოდექსი შემკვეთს აღჭურავს, როგორც ხელშეკრულების მოშლის, ასევე, ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლებით.

ხელშეკრულების მოშლის უფლებით შემკვეთს შეუძლია ისარგებლოს ნებისმიერ დროს, ყოველგვარი საფუძვლის გარეშე. ამისგან განსხვავებით, შემკვეთის ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლება წარმოიშობა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ სახეზეა შესრულებლის მიერ ნაკლიანი შესრულება და ამასთან, შემკვეთის მიერ დამატებითი შესრულების მოთხოვნის უფლება უშედეგოდ იქნა გამოყენებული ან მისი გამოყენების შესაძლებლობა არ არსებობს.

4. ხელშეკრულების მოშლის და ხელშეკრულებიდან გასვლის სამართლებრივი შედეგები

4.1. ხელშეკრულების მოშლის სამართლებრივი შედეგები

შემკვეთის მიერ სსკ-ის 636-ე მუხლის მიხედვით ხელშეკრულების შეწყვეტისას, ეს მუხლივე განმატკიცებს, რომ შემკვეთმა უნდა აუნაზღაუროს მენარდეს (i) შესრულებული სამუშაო და (ii) ხელშეკრულების მოშლით მიყენებული ზიანი.

ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, მენარდეს ეკისრება ტვირთი, ამტკიცოს, თუ რა ზიანი მიადგა მას ხელშეკრულების მოშლით.² საქართველოს უზენაესი სასამართლო განმარტავს, რომ სსკ-ის 636-ე მუხლში მითითებული ხელშეკრულების მოშლისას უნდა ანაზღაურდეს:

(i) ფაქტობრივად შესრულებული სამუშაო, რომელიც უნდა აუნაზღაუროს შემკვეთმა მენარდეს და

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 04 ივნისის №ას-222-2021 გადაწყვეტილება.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 21 დეკემბრის №ას-1037-2021 გადაწყვეტილება.

(ii) ასევე, დანახარჯები, რომელიც მოიცავს მენარდის მიერ გაწეულ ისეთ ქმედებებს, რომლებიც უკავშირდება კონკრეტული ნარდობის ხელშეკრულების მიზნებისათვის ადამიანური, თუ ფინანსური რესურსების მოზიდვას. მაგალითად, ისეთი სპეციფიკური მასალებისა და მოწყობილობების შეძენას, რომელიც მხოლოდ კონკრეტული ნარდობის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, სამუშაოებისთვისაა აუცილებელი და შეუძლებელია მათი სხვაგან გამოყენება; მანქანა-დანადგარებისა და ტექნიკური საშუალებების, შესასრულებელი სამუშაო იარაღის დაქირავება, კონკრეტული სპეციალისტების მოწვევა, რაც ნარდობის სამუშაოებისათვის გაწეულ ფაქტობრივ და იმ დანახარჯებს მოიცავს, რომელსაც, სავარაუდოდ, მიიღებდა მენარდე, რადგან საამისოდ განახორციელა გარკვეული ქმედებები.¹

ნარდობის ხელშეკრულების მოშლა არ ათავისუფლებს შემკვეთს მენარდის მიერ შესრულებული სამუშაოს ღირებულების ანაზღაურების მოვალეობისგან, რაც, ასევე, დასტურდება საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკით. ამასთან, სასამართლო განმარტავს, რომ სსკ-ის 636-ე მუხლით გათვალისწინებული შესრულებული სამუშაოს ანაზღაურების წინაპირობებია:

- (i) მხარეთა შორის ნარდობის ხელშეკრულების დადება;
- (ii) მენარდის მიერ შეთანხმებული სამუშაოს ნაწილის შესრულება;
- (iii) სამუშაოს დასრულებამდე შემკვეთის მიერ ხელშეკრულების შეწყვეტა.²

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მიერ დადგენილი პრაქტიკის თანახმად, ფაქტობრივად შესრულებულად ითვლება ის სამუშაო,

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 15 დეკემბრის №ას-697-663-2015 გადაწყვეტილება.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 30 მაისის №ას-1016-977-2016 გადაწყვეტილება.

რომელიც რეალურად არის შესრულებული და არა ის, რაზეც მხარეთა შორის გაფორმებულია მიღება-ჩაბარების აქტი.¹

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მიერ დადგენილ პრაქტიკით, ნარდობის ხელშეკრულების მარეგულირებელი ნორმების (სსკ-ის 629-ე-656-ე მუხლები) არც ერთი დანაწესით კანონმდებელი იმპერატიულად არ აწესებს ვალდებულების შესრულებულად მიჩნევის შესაძლებლობას მხოლოდ მიღება-ჩაბარების აქტის შედგენის გზით. მიუხედავად იმისა, რომ ხელშეკრულების მხარეები შეიძლება იყვნენ შეთანხმებულები, რომ შესრულებული სამუშაოს მიღება დადასტურდება მიღება-ჩაბარების აქტით, მაგრამ მიღება-ჩაბარების აქტის შეუდგენლობა იმ შემთხვევაში, თუ სხვა მტკიცებულებით უტყუარად დადასტურდება სამუშაოს შესრულების ფაქტი, ვერ გახდება შესრულებული სამუშაოს უარყოფის საფუძველი.²

4.2. ნარდობის ხელშეკრულებიდან გასვლის სამართლებრივი შედეგები

სსკ-ის 644-ე მუხლის მიხედვით, ნაკეთობის ნაკლის გამო შემკვეთს შეუძლია 405-ე მუხლის მიხედვით უარი თქვას ხელშეკრულებაზე. ამ შემთხვევაში, მენარდე ვალდებულია აუნაზღაუროს შემკვეთს ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული ხარჯები. აღნიშნული მუხლი არ ადგენს ხელშეკრულებიდან გასვლის სამართლებრივ შედეგებს, შესაბამისად, გამოიყენება სსკ-ის 352-ე მუხლით დადგენილი ზოგადი წესი.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, ხელშეკრულებაზე უარის თქმას, რასაც გადაცემულისა და მიღებულის ორმხრივი რესტიტუცია მოსდევს, ხელშეკრულებიდან გასვლა ეწოდება. ხელშეკრულებიდან გასვლის შემდეგ, მხარეები თავისუფლდებიან ხელშეკრულებით ნაკისრი პირველადი ვალდებულების შესრულებისაგან და

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 08 მაისის №ას-746-714-2016 გადაწყვეტილება.

² იქვე.

გარდაიქმნებიან რესტიტუციის კრედიტორად, და რესტიტუციის მოვალედ.¹

სსკ-ის 352-ე მუხლი აწესრიგებს ხელშეკრულებიდან გასვლის სამართლებრივ შედეგებს. სსკ-ის 352-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის მიხედვით, თუ ხელშეკრულების ერთ-ერთი მხარე 405-ე მუხლით გათვალისწინებული პირობების არსებობისას უარს იტყვის ხელშეკრულებაზე, მაშინ მიღებული შესრულება და სარგებელი მხარეებს უბრუნდებათ (ნატურით დაბრუნება), ხოლო სსკ-ის 352-ე მუხლის მე-2 ნაწილის მიხედვით, იმ შემთხვევაში თუ ნატურით დაბრუნება შეუძლებელია მოვალეს ეკისრება ფულადი ანაზღაურება. ასეთ შემთხვევებს სსკ მიაკუთვნებს თუ:

- (i) შეძენილის ხასიათიდან გამომდინარე, გამორიცხულია მისი დაბრუნება;
- (ii) მიღებულ საგანს მხარე გამოიყენებს, გაასხვისებს, უფლებრივად დატვირთავს, გადაამუშავებს ან გადააკეთებს;
- (iii) მიღებული საგანი გაფუჭდა ან დაიღუპა.

შესაბამისად, თუ დადგინდება, რომ სახეზე არის ნარდობის ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ ვალდებულებათა ნაკლიანი შესრულება, რაც შემკვეთს ანიჭებს უფლებას გავიდეს ხელშეკრულებიდან და შემკვეთის მიერ დაცულია ხელშეკრულებიდან გასვლის წესი, შემკვეთს უფლება აქვს:

- (i) მოითხოვოს გადახდილი თანხის უკან დაბრუნება (სსკ-ის 352-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი);
- (ii) მოითხოვოს ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული ხარჯები (სსკ-ის 644-ე მუხლი);
- (iii) ხელშეკრულებიდან გასვლასთან ერთად მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება (ასეთის არსებობის შემთხვევაში) (სსკ-ის 407-ე მუხლი);

ამასთან, შემკვეთს წარმოეშობა ვალდებულება

- (i) მენარდეს გადასცეს ყველაფერი, რაც ხელშეკრულების საფუძველზე მიიღო (სსკ-ის 352-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი) ან

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 12 ივლისის №ას-1209-1169-2016 გადაწყვეტილება.

(ii) გადაუხადოს მენარდეს იმის ფულადი ანაზღაურება, რაც მიიღო ხელშეკრულების საფუძველზე და რისი დაბრუნების შესაძლებლობაც არ არსებობს (სსკ-ის 352-ე მუხლის მე-2 ნაწილი).

ქართული სასამართლო პრაქტიკა, მსგავს შემთხვევებში, ძირითადად იმ მიმართულებით ვითარდება, რომ როდესაც სახეზეა მენარდის მხრიდან ნაკლიანი შესრულება და შემკვეთი გადის ხელშეკრულებიდან სსკ-ის 644-ე მუხლის საფუძველზე, სასამართლო შემკვეთს აკისრებს მენარდისთვის ფულად ანაზღაურებას სსკ-ის 644-ე და 352.2(ა) მუხლის საფუძველზე, ვინაიდან, როგორც წესი მსგავს შემთხვევებში შემკვეთის მიერ მიღებული სამუშაო/ნაკეთობა, მაგალითად, როგორიცაა შემკვეთის საკუთრებაში არსებული შენობის რემონტი, შენობა-ნაგებობის ამენება, გზის გაყვანა და ა.შ. დაბრუნება შეუძლებელია.¹

სსკ-ის 629-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, ნარდობის ხელშეკრულებით მენარდე კისრულობს შეასრულოს ხელშეკრულებით გათვალისწინებული სამუშაო, ხოლო შემკვეთი ვალდებულია გადაუხადოს მენარდეს შეთანხმებული საზღაური. ანუ, ნარდობის ძირითადი თავისებურებაა ის, რომ შემკვეთი საკუთრების უფლებას იძენს შესრულებული სამუშაოს რეზულტატზე/ნაკეთობაზე, რისთვისაც იხდის კონკრეტულ საზღაურს.²

ზოგადი წესის (სსკ-ის 352-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი) მიხედვით, ხელშეკრულებიდან გასვლისას შემკვეთმა უნდა დააბრუნოს რეზულტატი/ნაკეთობა, ანუ ის რაც მან ნარდობის ხელშეკრულების საფუძველზე მიიღო, მაგრამ, თუ რეზულტატის/ნაკეთობის ხასიათიდან გამომდინარე, შეუძლებელია მისი დაბრუნება, მან უნდა აანაზღაუროს რეზულტატის/ნაკეთობის ღირებულება. შესაბამისად, მსგავსი ტიპის ხელშეკრულებისას, სსკ-ის 352-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით გათვალისწინებული „მიღებული შესრულებას“ და 352-ე მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალის-

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 28 ივლისის №ას-273-261-2015 გადაწყვეტილება.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 24 იანვრის №ას-1284-2019 გადაწყვეტილება.

წინეულ „შეძენილს“ წარმოადგენს ის რეზულტატი/ნაკეთობა (განსახილველ შემთხვევაში შენობა-ნაგებობები), რომელიც შემკვეთმა მიიღო ნარდობის ხელშეკრულების საფუძველზე და მისი დაბრუნება შეუძლებელია. შესაბამისად, სსკ-ის 644-ე და 352-ე მუხლის მე-2 ნაწილის (ა) ქვეპუნქტის მიხედვით, ფულად ანაზღაურებას ექვემდებარება რეზულტატის/ნაკეთობის ეკვივალენტური ღირებულება.

ფულადი ანაზღაურების განსაზღვრის ასეთი წესი გამომდინარეობს თავად შემკვეთის ინტერესებიდან და გამართლებულია მხარეთა შორის სამართლიანი ბალანსის დაცვის მიზნით, ვინაიდან, შესაძლებელია, ნარდობის ხელშეკრულების რეზულტატის/ნაკეთობის ღირებულება გაცილებით ნაკლები იყოს (ან საერთოდ არ გააჩნდეს მას ღირებულება) მენარდის მიერ შესრულებულ სამუშაოზე, შესაბამისად, შემკვეთისთვის შესრულებული სამუშაოს ღირებულების დაკისრება, რომელიც აღემატება რეზულტატის/ნაკეთობის ღირებულებას, არ იქნებოდა სამართლიანი და გამოიწვევდა ორმხრივი რესტიტუციის პრინციპის დარღვევას.

მაგალითად, ერთ-ერთ მსგავს საქმეზე, სადაც სახეზე იყო სახელმწიფო შესყიდვის ფარგლებში დადებული ნარდობის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ნაკლიანი შესრულება, სასამართლომ არ დააკმაყოფილა მენარდის მოთხოვნა ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ღირებულების ანაზღაურების თაობაზე, ვინაიდან, ნარდობის ხელშეკრულებით გათვალისწინებული რეზულტატი/ნაკეთობა იმდენად ნაკლიანი იყო, რომ მას ღირებულება საერთოდ არ გააჩნდა. აღნიშნულ საქმეზე ქუთაისის სააპელაციო სასამართლომ მიუთითა, რომ „დასახელებულ შემთხვევაში შემკვეთმა დაიცვა გაფრთხილების ვალდებულება, თუმცა მენარდემ ფაქტიურად უარი განაცხადა ნაკლის გამოსწორებაზე, რადგან მიიჩნია, რომ ნაკეთობა ნაკლის მქონე არ იყო, რაც, ცხადია, შემკვეთს აძლევდა ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლებას. ვინაიდან, დადგენილია, რომ დამზადებული ნაკეთობა უვარგისია და შესაბამისად, ფიგურებს, უხარისხობის გამო, ღირებულება არ გააჩნდა,

მათი აღდგენა შეუძლებელია და მენარდეს არ ეკუთვნის შემკვეთის მხრიდან თანხის ანაზღაურება“.¹

4.3. შუალედური დასკვნა

მესაბამისად, ნარდობის ხელშეკრულების მოშლის დროს სსკ-ის 636-ე მუხლი შემკვეთს ავალდებულებს აუნაზღაუროს მენარდეს უკვე შესრულებული სამუშაო და ხელშეკრულების მოშლით მიყენებული ზიანი, თავის მხრივ, მენარდეს რაიმე ვალდებულების შესრულება არ ეკისრება.

ამისგან განსხვავებით, ხელშეკრულებიდან გასვლისას კი, ორივე მხარეს წარმოეშობა მიღებული შესრულების და სარგებლის დაბრუნების ვალდებულება, დაბრუნების შეუძლებლობის შემთხვევაში კი ფულადი ანაზღაურების ვალდებულება.

დასკვნა

ხელშეკრულებიდან გასვლა და ხელშეკრულების მოშლა ერთმანეთისგან განსხვავებული ინსტიტუტებია და განსხვავებულ სამართლებრივ შედეგებს იწვევს. ცალსახაა, რომ სამოქალაქო კოდექსი ტერმინოლოგიური თვალსაზრისით არ არის გამართული და ხშირ შემთხვევაში ხელშეკრულებიდან გასვლის, ხელშეკრულების მოშლის და უარის თქმის ტერმინები აღრეულია. ამის გათვალისწინებით, კონკრეტული ხელშეკრულების შინაარსიდან გამომდინარე უნდა დადგინდეს, თუ რომელი სამართლებრივი ინსტიტუტი უნდა იქნას გამოყენებული.

ხელშეკრულებიდან გასვლის უფლება მხარეს წარმოეშობათ მხოლოდ ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში, ხელშეკრულების მოშლის საფუძველი კი, ხელშეკრულების დარღვევის გარდა, ასევე, შეიძლება იყოს პატივსადები საფუძველი.

ნარდობის ხელშეკრულება კი წარმოადგენს გამონაკლისს, როდესაც არც ხელშეკრულების დარღვევა და არც პატივსადები საფუძველი

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 04 ოქტომბრის №ას-765-2019 გადაწყვეტილება.

არ არის საჭირო ხელშეკრულების მოსაშლელად და ამის უფლება შემკვეთს ყოველგვარი საფუძლის გარეშე აქვს.

სამართლებრივი შედეგების თვალსაზრისით, ხელშეკრულების მოშლის შემთხვევაში შემკვეთს წარმოეშობა მენარდისთვის ზიანის და ხარჯების ანაზღაურების ვალდებულება, მენარდე კი თავისუფლდება ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებებისგან. ამისგან განსხვავებით, ხელშეკრულებიდან გასვლის შემთხვევაში, ორივე მხარეს წარმოეშობა მიღებული შესრულების და სარგებლის დაბრუნების ვალდებულება, დაბრუნების შეუძლებლობის შემთხვევაში კი ფულადი ანაზღაურების ვალდებულება.

**„ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი...“ – ძირითადი კანონის
პრეამბულისეული კლაუზულის ინტენსია და მისგან მომდინარე
იმპერატივები**

თორნიკე ნემსწვერიძე*

შესავალი

საკონსტიტუციო კომპარატივისტიკაში მეთოდოლოგიურად მიღებულია ძირითადი კანონის პრეამბულის გახსნა სიტყვებით - „ჩვენ, ხალხი...“. ეს ფრაზა-კონცეფცია კონსტიტუციის პრეამბულის ერთგვარ შესავალს წარმოადგენს. ქართულ იურიდიულ დოქტრინასა და საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში განვრცობა-გაშლა არ მოჰყოლია ამ მრავალფეროვანი ინტენსიით დატვირთულ სამართლებრივ-პოლიტიკურ კლაუზულას, მაშინ, როდესაც საზღვარგარეთის ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკაში აპელირებენ მასზე და იყენებენ ამ კლაუზულის ნორმატიულ ნარატივს სამართლებრივი დავების გადანწყვეტისას. ქართული იურიდიული ლიტერატურა ღარიბია თავად კონსტიტუციის პრეამბულის ფენომენის შემსწავლელი გამოკვლევებით¹, შესაბამისად, ეს განაპირობებს იმას, რომ პრეამბულისეული ერთ-ერთი ძირითადი პრინციპი-კლაუზულა - ხალხის იდეა პრეამბულაში - არ არის სათანადოდ შესწავლილი. წინამდებარე სტატიის მიზანია საკითხის დასმა და მცდელობა, საკონსტიტუციო კომპარატივისტიკის დახმარებით, ზოგადად მოხაზოს პრეამბულაში გაცხადებული - „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი...“ - კონცეფციის კონტურები და მისგან მომდინარე იმპერატივები.

* სამართლის მაგისტრი (თსუ), იროდიონ სურგულაძის სამართლის ინსტიტუტის (ისისი) უფროსი მკვლევარი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის საარჩევნო სისტემებისა და წარმომადგენლობითი დემოკრატიის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის მკვლევარი.

¹ კონსტიტუციის პრეამბულისა და მისი სამართლებრივი ბუნების თაობაზე ქართულ იურიდიულ დოქტრინაში თითზე ჩამოსათვლელი ნაშრომებია. სამეცნიერო ლიტერატურასთან დაკავშირებით, დაწვრილებით იხ. ნემსწვერიძე თ., საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულის იურიდიული ბუნება, ცაგერი-თბილისი, 2017, 19.

1. აშშ-ის ძირითადი კანონი, როგორც კონცეფციის - „ჩვენ, შეერთებული შტატების ხალხი...“ - პირველი ნორმატიული სამოსელი

საკონსტიტუციო პრიზმაში კონსტიტუციის პრეამბულას პირველად ვხვდებით აშშ-ის ძირითად კანონში¹. კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში აშშ-ის „კონსტიტუციის მამებმა“ ძირითადი კანონის პრეამბულის ფორმულირებით ფაქტობრივად კონცეფციათა მრავალფეროვნება შესთავაზეს ცივილიზებულ სამყაროს. „ჩვენ, ხალხის...“ კონცეფცია სწორედ აშშ-ის კონსტიტუციის მონაპოვარია, იგი პირველად, სწორედ, აშშ-ის ეროვნულ კონსტიტუციაში გაცხადდა, მაგრამ პრეამბულის პირველად პროექტში ხაზგასმა იყო არა ამერიკის ხალხზე, არამედ შტატების ხალხზე და ჩამოთვლილი იყო ამერიკის შტატები; მაგრამ საბოლოოდ სანქცირება ზემოთ დასახელებულმა კონცეფციამ მიიღო.² ტექსტი შეიცვალა სტილისტური კომიტეტის მიერ, რომლის წევრებიც იყვნენ უილიამ სამუელ ჯონსონი, ალექსანდერ ჰამილტონი, მორისი, ჯეიმს მედისონი და რუფუსი. თუმცა, სამწუხაროდ პრეამბულის შედგენის პროცესის ისტორიული ჩანაწერი არ მოიპოვება, არც ის მიზეზებია ცნობილი, თუ რატომ შეცვალა სტილისტურმა კომიტეტმა ის.³ საბოლოოდ აშშ-ის კონსტიტუციის პრეამბულა შემდეგი რედაქციით ჩამოყალიბდა: „ჩვენ, შეერთებული შტატების ხალხი, იმ მიზნით, რომ შევექმნათ უფრო სრულყოფილი კავშირი, დავამკვიდროთ მართლმსაჯულება, დავამყაროთ სამინაო მშვიდობა, უზრუნველვყოთ საერთო თავდაცვა, ხელი შევეწყოთ საყოველთაო კეთილდღეობას და შევუნარჩუნოთ ჩვენს თავსა და ჩვენს შთამომავლობას მაღლი თავისუფლებისა, ვადგენთ და ვა-

¹ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., “WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 108.

² იქვე, 108-109.

³ Orgad L., The Preamble in Constitutional Interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, No. 4, 2010, 718.

ფუძნებთ ამერიკის შეერთებული შტატების წინამდებარე კონსტიტუციას“¹. როგორც მიუთითებენ აშშ-ის კონსტიტუციის პრეამბულის შემქმნელია ერთ-ერთი დამფუძნებელი მამა - Gouverneur Morris-ი, რომელიც, სხვა „დამფუძნებელი მამებისაგან“ განსხვავებით, ნაკლებად ცნობილია საზოგადოებაში².

„ჩვენ, ხალხის...“ კონცეფციის შესახებ, ალექსანდერ ჰამილტონი წერდა: „ჩვენ, შეერთებული შტატების ხალხი, საკუთრივ ჩვენი და ჩვენი შთამომავლობისთვის თავისუფლების სიკეთეთა უზრუნველყოფის მიზნით, ვანდებთ წინამდებარე კონსტიტუციას და შემოგვაქვს იგი ამერიკის შეერთებული შტატებისთვის“. სწორედ ეს არის ხალხის უფლებათა ჭეშმარიტი აღიარება; იგი ბევრად უფრო ღირებულია, ვიდრე იმ აფორიზმთა ტომეულები, რომელთაგანაც შეუდგენიათ თავისუფლებათა ყველა ბილი და ჩვენი რამდენიმე შტატის კონსტიტუციაში შეუტანიათ. მათი ადგილი ეთიკის სახელმძღვანელოებშია და არა კონსტიტუციური ხელისუფლების ძირითად დოკუმენტში.³ აქედან ჩანს, თუ რაოდენ ღრმა სამართლებრივ-პოლიტიკური შინაარსის მატარებელია აღნიშნული კონცეფცია. ამის საფუძველზე, აშშ-ის კონსტიტუციის მიღებიდან რამდენიმე საუკუნის შემდეგ აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარე - ჯორჯ ბერგერი - იტყვის: „აშშ-ის კონსტიტუცია არ არის ძღვენი, რომელიც მმართველმა უბოძა თავის მმართველობის ქვეშ მყოფ ხალხს, როგორც ეს გააკეთა მეფე იოანე [ჯონ - თ.ნ.] უმინანკლომ 1215 წელს რანიმდში თავისუფლებათა დიდი ქარტიით. აშშ-ის კონსტიტუცია არის აქტი, რომლითაც ხალხმა მიანიჭა გარკვეული ძალაუფლება ხელისუფლებას, რომელიც თვითონ ამ ხალხმა შექმნა“⁴.

ამის პარალელურად, ამერიკულ სასამართლო პრაქტიკასა და დოქტრინაში არსებობს მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც ცნობილი

¹ ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუცია, ა. კობალაძისა და ს. ბარამიძის თარგმანი, მ. უგრეხელიძის რედაქტორობით, თბილისი, 1993, 5.

² Frosini J. O., *Constitutional Preamble at a Crossroads between Politics and Law*, Dogana, 2012, 50.

³ ჰამილტონი ა., ფედერალისტური წერილები, ფედერალისტი №84, <<http://federalistpapers.ge/federali84.php>> [20.05.2017].

⁴ იხ. მამარაძე პ., ამერიკის შეერთებული შტატები ჩემთვის, წიგნში: ამერიკის შესწავლის საკითხები, V, თბილისი, 2008, 99.

ფრაზა - „ჩვენ, ხალხი...“ არ ანიჭებს უფლებებს თავისთავად¹. აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ აღნიშნული ფრაზა გამოიყენა დამხმარე ინტერპრეტაციის საშუალებად და მიუთითა, რომ პრეამბულის „ხალხში“ არც მეტი არც ნაკლები ეროვნული ხალხი (National People) იგულისხმება².

ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, მსოფლიო კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში სიტყვები - „ჩვენ, შეერთებული შტატების ხალხი“ - ითვლება ყველაზე ზეგავლენაუნარიან ფრაზად აშშ-ის კონსტიტუციისა³. დროის მსვლელობამ აჩვენა, თუ როგორი პოპულარული გახდა აშშ-ის კონსტიტუციის პრეამბულის ეს პარადიგმული ფრაზა⁴. სწორედ აშშ-ის კონსტიტუციამ მისცა ბიძგი⁵ კონსტიტუციის შექმნის მსურველ ქვეყნებს, მიჯაჭვოდნენ ამ სიტყვებს, რომლებიც ხსნის ძირითადი კანონის კარს, და, ერთგვარად, კონსტიტუციების პრეამბულების არსებითი მახასიათებელი ელემენტი გახდა. ეს არის კონცეფციის - „ჩვენ, ხალხის...“ - ფართომამუტაბიანი ექსპანსია მსოფლიოს ქვეყნების კონსტიტუციის ტექსტებში.

¹ Hulme H. M., Preambles in Treaty Interpretation, University of Pennsylvania Law Review, Volume 164, Issue 5, 2016, 1291.

² Himmelfarb D., The Preamble in Constitutional Interpretation, Seton Hall Constitutional Law Journal, Volume 2, Issue 1, 1991, 148.

³ Orgad L., The Preamble in Constitutional Interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, No. 4, 2010, 718.

⁴ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., “WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 119.

⁵ გაეროს წესდებასთან (Charter of United Nations) მიმართებით პროფესორი კელზენი წერს, რომ ის იმავე სიტყვებით იწყება, როგორც აშშ-ის კონსტიტუცია, რაც ამ უკანასკნელის გავლენად უნდა მივიჩნიოთ. იხ. Kelsen H., The Preamble of the Charter - A Critical Analysis, The Journal of Politics, Volume 8, No. 2, 1946, 137.

2. სუვერენული ხელისუფლების მატარებელი სუბიექტის გამოხატვის ფორმები პრეამბულებებში

პროფესორმა ედისმა საინტერესო კვლევა ჩაატარა კონსტიტუციის პრეამბულის შესწავლის კუთხით და აღნიშნა, რომ პოლიტიკური საზოგადოება, რომელიც მოხსენიებულია პრეამბულაში გამოიხატება ზოგჯერ, როგორც „ხალხი“, ხოლო ზოგჯერ, როგორც „ერი“¹. ხაზგასასმელია, რომ კონსტიტუციების პრეამბულებებში სუვერენიტეტის მატარებელი სუბიექტის გამოხატვის სხვადასხვა ფორმულირებებია გავრცელებული. კერძოდ:

1) ხალხი: აშშ - „ჩვენ, შეერთებული შტატების ხალხი“, საფრანგეთი - „ფრანგი ხალხი“, ესტონეთი - „ესტონელი ხალხი...“, იაპონია - „ჩვენ, იაპონელი ხალხი...“, ინდოეთი - „ჩვენ, ინდოეთის ხალხი“, სომხეთი - „სომეხი ხალხი...“, ლატვია - „ლატვიელმა ხალხმა...“, აზერბაიჯანი - „აზერბაიჯანის ხალხი...“, ყაზახეთი - „ჩვენ, ყაზახეთის ხალხი...“, შვეიცარია - „ჩვენ, შვეიცარიელი ხალხი...“, რუსეთი - „ჩვენ, რუსეთის ფედერაციის მრავალეროვანი ხალხი“, და სხვა²;

¹ Addis A., Constitutional Preamble as Narratives of Peoplehood, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No 16-2, Tulane University School of Law, 2016, 49.

² აქცენტი სიტყვაზე - „ხალხი“ - გვხვდება შემდეგი ქვეყნის კონსტიტუციის პრეამბულებებში: სამხრეთ აფრიკა, ავღანეთი, ალბანეთი, ალჟირი, ანდორა, ანგოლა, ანტიგუა და ბარბუდა, ბანგლადეში, ბენინი, ბუტანი, ბოლივია, ბელიზი, ბურკინა ფასო, ბურუნდი, კამბოჯა, კამერუნი, ჩადი, კოლუმბია, კომორი, კონგო, დომინიკა, ჯიბუტი, ეკვატორული გვინეა, ერიტრეა, ფიჯი, გაბონი, გამბია, გვინეა, განა, გრენადა, ჰაიტი, კენია, კოსოვო, ყირგიზეთი, ლატვია, ლიბერია, ლიეტუვა, მაღავი, მალი („მალის სუვერენული ხალხი...“), მონღოლეთი, ნეპალი, პაპუა ახალი გვინეა, პარაგვაი, ფილიპინები („ჩვენ, ფილიპინების სუვერენული ხალხი...“), სენტ ლუსია, სენეგალი („სენეგალის სუვერენული ხალხი...“), სლოვაკეთი, ვენესუელა, მოლდავეთი, პორტუგალია, სლოვენია, ტაჯიკეთი, ერაყი, კორეის რესპუბლიკა.

2) ერი: ესპანეთი - „ესპანელ ერს...“, გერმანია - „გერმანელებმა...“, თურქეთი - „...თურქი ერი...“, უნგრეთი - „ჩვენ, უნგრეთის ერის წევრები...“, ეთიოპია - „ჩვენ, ეროვნებით ეთიოპიელი ხალხი...“, და სხვა¹;

3) მოქალაქე: კუბა - „ჩვენ, კუბის მოქალაქეები...“, ჩეხეთი - „ჩვენ, ჩეხეთის... მოქალაქეები...“, მონტენეგრო - „მონტენეგროს მოქალაქეები...“ და სხვა;

4) დამაზუსტებელი, ე.წ. „ორმაგი“ მითითებები: ბოსნია ჰერცეგოვინა - „...ბოსნიელები, ხორვატები და სერბები, როგორც დამფუძნებელი ხალხი, და ბოსნიის და ჰერცეგოვინის მოქალაქეები...“, ლიეტუვა - „ლიეტუველი ერი... ლიტვის სახელმწიფოს მოქალაქეების ნებით“, პოლონეთი - „ჩვენ, პოლონელი ერი - რესპუბლიკის ყველა მოქალაქე...“ და სხვა;

5) წარმომადგენელი: არგენტინა - „ჩვენ, არგენტინელი ერის წარმომადგენლები...“, ბრაზილია - „ჩვენ, ბრაზილიელი ხალხის წარმომადგენლები...“, მოლდოვა - „ჩვენ, მოლდოვის რესპუბლიკის ხალხის წარმომადგენლები, პარლამენტის წევრები...“, ელ სალვადორი - „ჩვენ, სალვადორელი ხალხის წარმომადგენლები...“, გვატემალა - „ჩვენ, გვატემალელი ხალხის წარმომადგენლები, თავისუფლად და დემოკრატიულად არჩეულები...“, და სხვა².

6) მონარქი-სუვერენი: ლიხტენშტეინი - „ჩვენ, ჯონ II...“, კუვეიტის კონსტიტუცია - „ჩვენ, აბდულლაჰ ალსალიმ ალ-საბაჰი, კუვეიტის სახელმწიფოს ემირი...“, ბაჰრეინი - „ჩვენ, ჰამად ბინ ისა ალ ხალიფა, ბაჰრეინის სამეფოს სუვერენი...“, და სხვა³ (ამ შემთხვევაში, ნათელია,

¹ სლოვენია („...სლოვენიელი ერი...“), ბელარუსი („ჩვენ, ბელარუსის რესპუბლიკის ერი...“), ხორვატია („...ხორვატი ერი...“).

² დომინიკელების რესპუბლიკა („ჩვენ, დომინიკელი ხალხის წარმომადგენლები...“), კოსტა რიკა („ჩვენ კოსტა რიკელი ხალხის წარმომადგენლები...“), ჰონდურასი („ჩვენ, სუვერენული ჰონდურასელი ხალხის მიერ არჩეული წარმომადგენლები...“), ნიკარაგუა („ჩვენ, ნიკარაგუელი ხალხის წარმომადგენლები...“), ბულგარეთი.

³ ბრუნეი, ომანი.

რომ სუვერენული ძალაუფლება ღმერთის მიერ კურთხეული მონარქის ხელშია¹).

ასევე, შესაძრწვეია, რომ სუვერენიტეტის მატარებელი სუბიექტი ფორმულირებულია პირველ (მრავლობით) ან მესამე პირში, ხოლო რაც შეეხება მონარქს, როგორც წესი, ფორმულირება - პირველ პირშია (მრავლობითი) გადანყვეტილი.

მეცნიერები იმასაც აღნიშნავენ რომ კონცეფცია, რომელიც დაკავშირებულია სუვერენიტეტის რომელიმე კონკრეტული ეროვნების ხალხისგან წარმოშობასთან ხაზს უსვამს კონკრეტულ ეროვნულ ჯგუფს და ნაკლებად ნეიტრალურია².

არგენტინის კონსტიტუციის პრეამბულაში გაცხადებულია პოსტულატი - „ჩვენ, არგენტინელი ხალხის წარმომადგენლები...“; აღნიშნულთან დაკავშირებით, ბუენოს აირესის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის საკონსტიტუციო სამართლის პროფესორი გუსტავო რაულ ფერეირა მიუთითებს, რომ ეს განსაზღვრავს არგენტინელი ხალხის დამფუძნებელ გადანყვეტილებას, ის ერთგვარი წინასწარი გადანყვეტილებაა, ერთგვარი ძალისხმევაა, რომ მიაღწიონ თვითმმართველობას.³ თანამედროვე რეალობაში, როგორც წესი, ხალხი მმართველობით ფუნქციას სწორედ წარმომადგენლობითი დემოკრატიის მეშვეობით ახორციელებს, ანუ დემოკრატიის თანმხლებ მთავარ კონცეპტუალურ მეკავშირედ და მესაძირკვლედ წარმომადგენლობის პრინციპი გვესახება. აქედან გამომდინარე, პრეამბულაში, სადაც აღდილი მხოლოდ ხალხისთვისაა, მისი წარმომადგენლის გაცხადება, თანაც აქტორად და მოქმედ სუბიექტად, რომ ის იღებს კონსტიტუციას და არა უშუალოდ ხალხი, არ მიგვაჩნია მართებულად. პრეამბულის ფუნქციური დანიშნულებიდან გამომდინარე, მსგავსი ფორმულირება არ მიუთითებს ცხად სახალხო სუვერენიტეტსა და ხალხზე, როგორც კონსტიტუციური

¹ Frosini J. O., *Constitutional Preambles at a Crossroads between Politics and Law*, Dogana, 2012, 35.

² Orgad L., *The Preamble in Constitutional Interpretation*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, No. 4, 2010, 716.

³ Ferreyra G. R., *Argentine Constitutional Development, Creation and Application of the Federal Constitutional System in Focus*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, №54, Alemania, 2006, 722.

წესრიგის ქვაკუთხედზე. მართალია, დღეს, სწორედაც, რომ „წარმომადგენლობითობა განაპირობებს ხალხის პოლიტიკურ ქმედუნარიანობასა და გადაწყვეტილებაუნარიანობას“¹, მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ პრეამბულაში გაცხადებულ სახალხო სუვერენიტეტის მატარებელ ფრაზა-კონცეფციაში წარმომადგენლები კონკურენციაში შევიდნენ წარმოდგენილებთან². ამ მიმართულებით, უდავოა პროფესორ სურგულაძის მოსაზრება - „როდესაც მოსახლეობაში საჯარო ხელისუფლების სუბიექტს ხედავენ, ეს თვისება იმ ფაქტს აღნიშნავს, რომ მოსახლეობა სახელმწიფო ხელისუფლების ჩამოყალიბებაში იღებს მონაწილეობას“³. „არაფერი ისე მკაფიო და დამაჯერებელი არ არის, როგორც ის, რომ ბათილად უნდა იქნეს ცნობილი დელეგირებული ძალაუფლების თითოეული აქტი, რომელიც მინდობილობის სულისკვეთებას ეწინააღმდეგება. აქედან გამომდინარე, ძალადაკარგულად ითვლება ნებისმიერი საკანონმდებლო აქტი, რომელიც კონსტიტუციას არ ეთანხმება. ამ ვითარების უარყოფა იმის მტკიცების ტოლფასია, რომ მოადგილე თანამდებობის მთავარ პირზე მაღლა დგას; რომ მსახური - ბატონის უფროსია; რომ ხალხის წარმომადგენელნი თვითონ ხალხზე მაღლა დგანან; რომ იმ ადამიანებს, რომელნიც ხალხის რწმუნებით

¹ ჭილაძე ნ., „წარმომადგენლობითობის“ განმაპირობებელი ფაქტორები კონსტიტუციონალიზმში, წიგნი: მზია ლეკვეიშვილი 85, საიუბილეო კრებული, თბილისი, 2014, 414. კონცეფციის არსისათვის: „ხალხის ნაცვლად სუვერენული უფლებების განხორციელება წარმომადგენლობითი ორგანოების მიერ აუცილებლად გულისხმობს ერთგვარ იურიდიულ დამოკიდებულებას, რომელიც ხალხსა და ამ ორგანოს შორის არსებობს და რომელიც ამ უკანასკნელს ხალხის მაგივრად მოქმედების იურიდიულ საფუძველს აძლევს. ეს დამოკიდებულება ჩვეულებრივ აღინიშნება საჯარო უფლებრივი მანდატის ცნებით და ამით იმის თქმა უნდათ, რომ ხალხს, რომელიც ერთადერთი მატარებელია სუვერენული ხელისუფლებისა, დელეგაციის საშუალებით გადააქვს თავისი უფლებები წარმომადგენლობაზე. მას ანდობს თავისი ნების, თავისი ხელისუფლების განხორციელებას“. იხ. სურგულაძე ირ., სახელმწიფო, ჟურნალი „სამართალი“, №9-10, 1991, 12.

² ნემსწვერიძე თ., საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულის იურიდიული ბუნება, ცაგერი-თბილისი, 2017, 41.

³ სურგულაძე ირ., სახელმწიფო, ჟურნალი „სამართალი“, №9-10, 1991, 14.

მოქმედებენ, არამართო იმის უფლება აქვთ, რისი უფლებაც ხალხმა მიანიჭა, არამედ იმისაც, რაც კანონით ეკრძალებათ“¹.

საინტერესოა, „ჩვენ, რუსეთის ფედერაციის მრავალეროვანი ხალხის“ კონცეფცია, რაც გახდა არსებითად წინ გადადგმული ნაბიჯი, განსხვავებით საბჭოთა სახელმწიფოსგან, რომელიც იღგა იმ პოზიციამზე, რომ წაეშალა ეროვნული განსხვავებები და ჩამოეყალიბებინა ახალი ისტორიული საზოგადოების საბჭოთა ხალხი². მკვლევარები მიუთითებენ, რომ სახალხო სუვერენიტეტის კონცეფციის რუსეთის პრეამბული-სეული ფორმულირება არც ერთ სხვა ქვეყნის ძირითად კანონში არ ფიქსირდება და არ არსებობს რუსული კონსტიტუციის პრეამბულის აღნიშნული სიტყვების ანალოგიური კონსტრუქცია, რომელიც წარმოადგენს პოსტ-საბჭოთა მემკვიდრეობას³. ეს არის ტაქტიკური ფრაზა, რომლითაც გამოიხატება საკუთარ მიწაზე ერთი ბედით დაკავშირებული ხალხის იდეა⁴. ამ კონცეფციას რუსი მეცნიერები შემდეგნაირად განმარტავენ: რუსეთის ფედერაცია თავის თავს აცნობიერებს საზღვრებში, რომლებშიც საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ ჩამოყალიბდა და არა აქვს პრეტენზია იმ ტერიტორიაზე, რომელიც ყოფილი საბჭოთა რესპუბლიკების კუთვნილებაა, მაგრამ, ამასთანავე, არ აპირებს ისტორიულად

¹ ჰამილტონი ა., ფედერალისტური წერილები, ფედერალისტი №78, <<http://federalistpapers.ge/federali78.php>> [28.02.2022].

² Дмитриев Ю. А., О юридическом значении преамбулы Конституции России, журнал “Государство и право”, №12, 2008, 35.

³ Научный макет новой Конституции России, Под общей редакцией С. С. Сулакшина, Москва, 2011, 84. აღსანიშნავია, რომ ჩინეთის კონსტიტუციის პრეამბულაში ხაზგასმულია, რომ ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკა წარმოადგენს მრავალეროვნულ სახელმწიფოს.

⁴ Дмитриев Ю. А., О юридическом значении преамбулы Конституции России, журнал “Государство и право”, №12, 2008, 35.

მისი მიწების სხვისთვის გადაცემას¹. „ჩვენ, რუსეთის ფედერაციის მრავალეროვანი ხალხის“ კონცეფცია შეფასებულია, როგორც პრეამბულის ნორმატიული ელემენტი².

ვენეციის კომისიის მხრიდან კრიტიკა მოჰყვა უნგრეთის 2011 წლის კონსტიტუციის პრეამბულის ფრაზას - „ჩვენ, უნგრელი ერის წევრები...“. კომისიამ აღნიშნა, რომ უნგრეთის ძირითადი კანონის პრეამბულა ერთმანეთისაგან განარჩევს უნგრელ ერს (Hungarian Nation, ეთნიკურად უნგრელს) და სხვა ეროვნების წარმომადგენლებს, რომლებიც ცხოვრობენ უნგრეთში. ფორმულირება „უნგრელი ერი“, თავის მხრივ, ასევე, მოიცავს სხვა სახელმწიფოში მცხოვრებ უნგრელებს. კომისიამ გააკრიტიკა მსგავსი, ფართო გაგებით გამოყენებული ტერმინების არსებობა კონსტიტუციის პრეამბულის ტექსტში, რადგან მათ შესაძლოა შეა-

¹ Конституция Российской Федерации, доктринальный комментарий (постатейный), 2-е издание, измененное и дополненное, Под редакцией Ю. А. Дмитриева и Ю. И. Скуратова, Москва, 2013, 4. ყოველივე ამის საპირისპიროს ადასტურებს რუსეთის ფედერაციის პრაქტიკული ქმედებები, კერძოდ, მის მიერ საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობის დარღვევა, რაც გამოიხატა აფხაზეთისა და სამაჩაბლოს ოკუპაციაში, ასევე, უკრაინის ტერიტორიული მთლიანობის დარღვევა ჯერ 2014 წელს - ყირიმის ოკუპაციის სახით, ხოლო 2022 წლის 24 თებერვალს უკრაინის, როგორც სუვერენული სახელმწიფოს წინააღმდეგ ფართომასშტაბიანი საომარი მოქმედებების წარმოებით (ზოგჯერ, ეთნიკურად რუსი მოსახლეობის დაცვისა და ზოგჯერ, ისტორიული მიწების დაბრუნების მოტივით). რუსეთ-უკრაინის მიმდინარე ომმა კიდევ ერთხელ აჩვენა საერთაშორისო სამართლის ფუნდამენტური პრინციპებისა და ნორმების პრაქტიკული ქმედითობის „მიმშილი“, როდესაც საომარი მოქმედებების ინიციატორი აგრესორი, იმპერიალისტური ზრახვებით შეპყრობილი რუსეთის ფედერაციაა.

² Комментарий к Конституции Российской Федерации, 3-е издание, Под редакцией В. Д. Зоркина, Москва, 2013, 40-41; Конституция Российской Федерации, доктринальный комментарий (постатейный), 2-е издание, измененное и дополненное, Под редакцией Ю. А. Дмитриева и Ю. И. Скуратова, Москва, 2013, 7.

ფერხოს სახელმწიფოთაშორისი ურთიერთობები და შექმნას ინტერ-ეთნიკური დაძაბულობა.¹ ხაზგასასმელია, რომ უნგრეთის ძირითად კანონში, ასევე, აღნიშნულია - „...ჩვენთან მცხოვრები სხვა ერები პოლიტიკური საზოგადოებისა და სახელმწიფოს შემადგენელი ნაწილები არიან...“, - ეს განცხადება აღიქმება, როგორც ჩართულობის უზრუნველყოფელი ფრაზა, მაგრამ უკვე არსებული ჩანაწერი - „ჩვენ, უნგრელი ერის წევრები...“ - მიუთითებს, რომ „ჩვენთან მცხოვრები ერები“ არ მოიაზრებიან ხალხში, რომელთაც აამოქმედეს კონსტიტუცია.² არა თუ „ერის“ გამოყენება კონსტიტუციაში, არამედ იმასაც კი მიუთითებენ, რომ ტერმინი „ხალხი“ - დამატებითი დათქმების გარეშე და მისი გამოყენების, როგორც საკუთარის, აძლიერებს ეთნიკური განსაზღვრულობის დატვირთვას³. ვინაიდან კონსტიტუცია უნდა იყოს ქვეყნის მოქალაქეების დემოკრატიული ნების ფორმირების შედეგი, როგორც მთელი, და არა მხოლოდ დომინანტური ჯგუფისა, უნგრეთის კონსტიტუციის პრეამბულაში ზემოაღნიშნული კონცეფციის ფორმულირება ლინგვისტურად უნდა ყოფილიყო უფრო ინკლუზიური, მაგალითად, „ჩვენ, უნგრეთის მოქალაქეები...“ („We, citizens of Hungary...“).⁴

1914 წლამდე კონსტიტუციებში განმსაზღვრელი იყო ფრაზები - „ჩვენ, ხალხის წარმომადგენლები...“ (დაახლოებით პრეამბულების 10%), და, კიდევ უფრო გავრცელებული - „ღმერთის სახელით...“ (პრეამბულების 20%). აქედან ჩანს, რომ პირველი კონცეფცია უდავოდ გულისხმობს რესპუბლიკურ რეჟიმში მიღებულ კონსტიტუციებს,⁵ ხოლო მეორე დროთა განმავლობაში შეიცვალა. „ჩვენ, ხალხი...“ - ზოგადად,

¹ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the New Constitution of Hungary, 87th plenary session, Opinion No. 621/2011, CDL-AD(2011)016, Strasbourg, 2011, §39.

² იქვე, §40.

³ Научный макет новой Конституции России, Под общей редакцией С. С. Сулакшина, Москва, 2011, 84.

⁴ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the New Constitution of Hungary, 87th plenary session, Opinion No. 621/2011, CDL-AD(2011)016, Strasbourg, 2011, §40.

⁵ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., „WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 119.

ყველაზე გავრცელებული ფრაზაა, მაგრამ მისი პოპულარობა მეორე მსოფლიო ომის შემდგომდროინდელი დეკოლონიზაციის პერიოდ-დან გაიზარდა¹.

ყოველივე ზემოაღნიშნულის მიუხედავად, ფაქტია, რომ სახელმ-ნიფოების კონსტიტუციების პრეამბულების უმრავლესობაში გაბატონე-ბული ფორმულირებებია - „ჩვენ, ხალხი...“, „ჩვენ, ერი...“, „ჩვენ, მო-ქალაქეები...“.

რიგი ქვეყნების კონსტიტუციები პრეამბულაშივე მიუთითებენ, თუ როგორ, რა გზით მოხდა კონსტიტუციის მიღება. მაგალითად, ლატვიის კონსტიტუციის პრეამბულაში მითითებულია, რომ კონსტიტუცია მიიღეს დამფუძნებელი კრების მეშვეობით; წარმომადგენლების მეშვეობით მიღებაზე მიუთითებს ჩეხეთის კონსტიტუციის პრეამბულა; აზერბაიჯანის კონსტიტუციის პრეამბულამ აღნიშნა, რომ ძირითადი კანონი რეფე-რენდუმზე მოსახლეობის ხმათა უმრავლესობით მიიღეს. მონაკოს სამ-თავროს კონსტიტუციის პრეამბულა ძირითადი კანონის ჩუქებაზე უსვამს ხაზს, შესაბამისად, ამ შემთხვევაში, მონარქიული მმართველობისათვის დამახასიათებელ ოქტორირებულ კონსტიტუციასთან² გვაქვს საქმე. ქვე-ყანათა უმრავლესობაში კონსტიტუციის ხალხის მიერ მიღებაზე არის მითითება. ფორმულირება - „ჩვენ, ხალხი... ვიღებთ კონსტიტუციას“ - არის სამართლებრივი აქტი, კონსტიტუციის განცხადება, თუ ვინ მიიღო ის; ეს არის სამართლებრივი მნიშვნელობის განაცხადი პრეამბულაში.³

¹ იქვე.

² ოქტორირებულ, ნაჩუქარ კონსტიტუციასთან დაკავშირებით იხ. თევდორაშ-ვილი, წიგნში: გონაშვილი ვ., ერემაძე ქ., თევდორაშვილი გ., კახიანი გ., კვე-რენჩილაძე გ., ჭილაძე ნ., შესავალი საკონსტიტუციო სამართალში, თბი-ლისი, 2016, 130-131.

³ Конституция Российской Федерации, доктринальный комментарий (постатейный), 2-е издание, измененное и дополненное, Под редакцией Ю. А. Дмитриева и Ю. И. Скуратова, Москва, 2013, 7.

3. „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი...“ - კლავშულის ძირითადი მოთხოვნები

ერთი მხრივ, „ძირითადად პრეამბულები იწყება „ხალხზე“, როგორც კონსტიტუციის დამფუძნებელ ძალაზე მითითებით, რაც სიესისა და რუსოს მიერ დამკვიდრებული ფრანგული ტრადიციის გავლენაა“¹, ხოლო, მეორე მხრივ, სწორედ ამერიკის კონსტიტუციაში პირველად გაჟღერებულმა ამ ფრაზამ მისცა დასაბამი არაერთ სამართლებრივ ღირებულებას მსოფლიო კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში². „ჩვენ, ხალხი...“ - ეს არის გლობალური იდიომა, სტილი, რომელსაც ძირითადი კანონების პრეამბულები იყენებენ³.

სიტყვაზე - „ჩვენ“ - ილია ჭავჭავაძე მიუთითებდა, რომ „...ჩვენი ეროვნული სიმტკიცე და დაურღვევლობა მართო იმაში იყო, რომ ყოველს ჩვენგანს ჯერ „ჩვენ“ ჰქონდა სახეში და მერე „მე“. ...ეს კარგად იცოდნენ ჩვენთა წინაპართა და ამიტომ საცა და როცა მძლავრი „ჩვენ“ წარმოდგებოდა ხოლმე, მაშინ ყოველი კაცი თავის საკუთარ „მეს“ უკან დააყენებდა“⁴. ილიას მოსაზრებიდან გამომდინარე, პროფესორი მაისურაძე აღნიშნავს, რომ „მრავლობითი რიცხვის პირველი პირის ნაცვალსახელი - ჩვენ - კოლექტიური იდენტობის ფორმის სახეს იღებს

¹ პებერლე პ., საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციის „საკუთარი სახე“, ლ. ბრეგვაძის თარგმანი, სამართლის ჟურნალი „სარჩევი“, №1-2, 2012, 240-241.

² Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., „WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 121; ბუჩუკური ა., საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულა და მისი ნორმატიული გამოყენების შესაძლებლობა, სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი, 2014, 51.

³ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., „WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 107.

⁴ ციტატა მითითებულია ნაშრომში: მაისურაძე გ., საქართველოს კონსტიტუცია - ეროვნული სახელმწიფო და იმპერატიული მემკვიდრეობა, წიგნში: საქართველოს კონსტიტუცია 20 წლის შემდეგ, ვ. ნაცვლიშვილისა და დ. ზედელაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 217.

და... - „ჩვენობად“ - გარდაიქმნება. „ჩვენობა“ ის კატეგორიაა, რომელსაც ცალკეული ინდივიდი ისეთ ორგანიზებულ კოლექტივად უნდა გაეერთიანებინა, როგორსაც ერი ეწოდება¹.

„ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი“ - მატარებელია, როგორც სამართლებრივი, ასევე, პოლიტიკურ-იდეოლოგიური შინაარსისა. აღნიშნავენ, რომ - „ჩვენ, ხალხი...“ - არის ყველაზე გავლენიანი პოლიტიკური განაცხადი პოლიტიკური ლიტერატურის ისტორიაში². იგი, ერთი მხრივ, მიუთითებს კონკრეტული საზოგადოების ერთობაზე ერთი იდეის ირგვლივ³, და, მეორე მხრივ, უნარზე, რომ თავად შესწევთ დასახული მიზნის პრაქტიკული განხორციელება; ანუ ეს ფრაზა ნათლად გვეუბნება, რომ ხალხი თავად ახორციელებს კონსტიტუციის მიღებას⁴ და კონსტიტუციური წესრიგის განმსაზღვრელი ჩარჩო პრინციპების რეგლამენტაციას. ამის მანიშნებელია პრეამბულის თხრობის სტილის პირველ პირობში წარმართვა. ასევე, ამ ფრაზაში, პრეამბულის სხვა დებულებებთან - „ქართველი ერის მრავალსაუკუნოვანი სახელმწიფოებრიობის ტრადიციები“ და „განვამტკიცოთ სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობა“ - კავშირში შეიძლება ამოვიკითხოთ საქართველოს ისტორიული ნარატივი - სწრაფვა თავისუფლებისა და დამოუკიდებლობისაკენ. საქართველო, როგორც ფეოდალიზმის გარკვეულ პერიოდში დაქუცმაცებული ქვეყანა, შემდეგ რუსეთის იმპერიის შემადგენლობაში არსებული „გუბერნია“ და საბჭოთა ხელისუფლების დროს სუვერენიტეტწარმეული რესპუბლიკა - ამ სიტყვით მიუთითებს, რომ ის თავისუფალია და თავად

¹ იქვე.

² Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., “WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 132.

³ შეთანხმება იქა, სადაც თავისუფლებაა, ეს უკანასკნელი კი იქა, სადაც თანასწორობაა თავისუფლებისა. იხ. გვაზავა გ., ძირითადი პრინციპები საკონსტიტუციო უფლებისა, წიგნში: ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები, ზ. კორძაძისა და თ. ნემსწვერიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 154.

⁴ პროფესორი კელზენი აშშ-ის მაგალითზე მიუთითებს, რომ - „ჩვენ, ხალხი...“ არ შეიძლება მივიჩნიოთ კონსტიტუციის ავტორად, სანამ აშშ წარმოადგენს იურიდიულ პირს, ვინაიდან სწორედ მან მიიღო პირველად კონსტიტუცია. იხ. Kelsen H., The Preamble of the Charter - A Critical Analysis, The Journal of Politics, Volume 8, No. 2, 1946, 138-139.

ძალუძს დაადგინოს/მიიღოს საკუთარი ქვეყნის ძირითადი კანონი, განსაზღვროს კონსტიტუციურ ღირებულებათა წესრიგი და საუკუნეების ნანატრი სახელმწიფოებრიობა მიღწეულია, რადგან ყოველივე ამის შემოქმედნი - „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი“ - ვართ.

მეტად საინტერესოა პროფესორ კელზენის მოსაზრება, რომ „ჩვენ, ხალხი...“ სუვერენიტეტის ფორმულის უფრო პოლიტიკურ მნიშვნელობას გამოხატავს, ვიდრე სამართლებრივის¹. მას მხედველობაში აქვს რა აშშ-ის კონსტიტუციის მიღება, ხაზს უსვამს მის მიღებას კონვენტის მიერ, რომელიც 55 დელეგატისაგან შედგებოდა და მისი სხდომები დახურული იყო ხალხისათვის, შესაბამისად, კონსტიტუცია წარმოადგენს კონვენტის მიერ დადგენილს². თითქოს აქედან ჩანს რომ, თუ კონსტიტუცია უშუალოდ ხალხის მიერ არ არის მიღებული პრეამბულის ზემოთ განხილულ კონცეფციაში სამართლებრივი შინაარსი თითქოს ითრგუნება და მსაზღვრელი პოლიტიკური შინაარსია. თანამედროვე რეალობაში სახალხო სუვერენიტეტის რეალიზებას მნიშვნელოვანწილად წარმომადგენლობითი დემოკრატიის პრინციპის მეშვეობით ხორციელდება³, შესაბამისად, ის რომ ძირითადი კანონი შესაძლოა დამფუძნებელი კრების ან წარმომადგენლობითი ორგანოს მიერ იქნეს მიღებული, არ ნიშნავს პრეამბულისეულ სახალხო სუვერენიტეტის კონცეფციაში ნორმატიული ელემენტის შესუსტებას, პირიქით, ის პოლიტიკურ-სამართლებრივ დატვირთვას დაბალანსებულად ინარჩუნებს. მაგრამ ამ მოცემულობით კონვენტს პროფესორი კელზენი აშშ-ის ხალხის ნების გამოხატველად არ მიიჩნევდა. ზოგადად, პოლიტიკური ფუნქციის ერთ-ერთი ცენტრალური გამოხატულებაა პოლიტიკური საზოგადოების იდენტობის რეგლამენტაცია.

¹ იქვე, 137.

² იქვე, 138. ანალოგიური მიმართულებით განიხილავს დოქტრინაში არსებულ მოსაზრებებს პროფესორი დემეტრაშვილი. იხ. დემეტრაშვილი ავ., ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციის 200 წლისთავი, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №5, 1987, 61.

³ გეგენავა დ., „ძალაუფლება“ v. „ხელისუფლება“: შენიშვნები საქართველოს კონსტიტუციის მე-5 მუხლის თაობაზე, წიგნში: გურამ ნაჭყებია 75, საიუბილეო გამოცემა, დ. გეგენავას რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 92.

კონსტრუქცია - „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი“ - საკმაოდ ფართო სამართლებრივი ქვეტექსტის მატარებელია. კერძოდ, კონსტიტუციის პრეამბულაში ხშირად საუბრობენ ხალხის სახელით, რომელიც, მიუხედავად იმისა, გამოგონილია თუ რეალური, ერთდროულად კონსტიტუციური წესრიგის შემქმნელიცაა და მისი სუბიექტიც¹. აღნიშნული მიუთითებს სახალხო სუვერენიტეტზე და ხაზს უსვამს, რომ სახელმწიფო ძალაუფლების წყარო ხალხია² - ის ვინც უნარიანია სახელმწიფო ძალაუფლება გადასცეს სხვას. ეს შესაძლოა ამოვიკითხოთ ზემოაღნიშნული ფრაზის კონტექსტუალურ ბმაში კონსტიტუციის მე-3 მუხლის მე-2 პუნქტში „ხელისუფლების წყაროდ“³ გაცხადებულ ხალხთან, მაგრამ

¹ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., “WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 102.

² სურგულაძე ირ., სახელმწიფო, ჟურნალი „სამართალი“, №9-10, 1991, 2.

³ როგორც იურიდიულ დოქტრინაში მიუთითებენ - „...გონივრულ საფუძველს მოკლებულია მტკიცება, რომ „ხელისუფლების წყაროა ხალხი“. შეუძლებელია „ხელისუფლებას“, რომელიც უფლების განმარტაციულად სუბიექტსაც აღნიშნავს, წყარო, სათავე ჰქონდეს, საიდანაც იგი წარმოიშობა და დგინდება. არცერთ შემთხვევაში ხელისუფლება არ შეიძლება წარმოდგეს ხალხისგან... ეს არაა ხელისუფლება, არამედ მისი ძალაუფლება მომდინარეობს ხალხიდან“. იხ. გეგენავა დ., „ძალაუფლება“ v. „ხელისუფლება“. შენიშვნები საქართველოს კონსტიტუციის მე-5 მუხლის თაობაზე, წიგნში: გურამ ნაჭყებია 75, საიუბილეო გამოცემა, დ. გეგენავას რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 93. უფრო ადრე, 1920 წელს, მიუთითებდნენ, რომ ხელმწიფობა (დღევანდელი გაგებით ძალაუფლება) ხალხის ხელშია. იხ. გვაზავა გ., ძირითადი პრინციპები საკონსტიტუციო უფლებისა, წიგნში: ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები, ზ. კორძაძისა და თ. ნემსვერიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 163. ნამდვილი პოლიტიკური დემოკრატიის საფუძველია ხალხის სუვერენიტეტის აღიარება. „ყოველი უფლების ანუ ხელმწიფობის წყარო ხალხშია. ყოველი ძალაუფლება ხალხიდან მომდინარეობს, ყველა დიდ სახელმწიფოებრივ საკითხშიც უკანასკნელი ხმა ეკუთვნის ხალხს. ამას მოითხოვს დემოკრატიის პრინციპი“. იხ. საყვარელიძე პ., საქართველოს კონსტიტუციისთვის, წიგნში: ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები, ზ. კორძაძისა და თ. ნემსვერიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 298. „...მთელი სახელმწიფოებრივი ძალაუფლება აქვს ხალხს, რომელიც შეადგენს წყაროს ყოველგვარ უფლებაშემოქმედებისა“. იხ. მიქელაძე კ., დემოკრატიული სახელმწიფოს კონსტიტუცია და 252

ესეც, რომ არა, ფრაზა - „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი“ - თავის-თავად მოიცავს სახალხო სუვერენიტეტის ნორმატიულ იდეას, ანუ კონსტიტუციის პრეამბულაშივეა ხაზგასმა, თუ ვის ეკუთვნის სახელმწიფო ძალაუფლების პირველსაწყისი და დამფუძნებელი ფუნქცია, რომელიც იღებს კონსტიტუციას¹. ეს კონცეფცია უფრო ნათელს ხდის მიდგომას, რომ სუვერენული ძალაუფლება თავმოყრილია მათში, ხალხში². საინტერესოა ისიც, რომ იურიდიულ დოქტრინაში თავად კონსტიტუციის არსებობაც, სახალხო სუვერენიტეტის გამოხატულებადაა მიჩნეული³.

თანამედროვე დემოკრატია დაფუძნებულია სახალხო სუვერენიტეტის იდეაზე⁴, რომელიც გვავალდებულებს შევხედოთ ხალხს, როგორც სახელმწიფოებრივი სუვერენიტეტის, უზენაესობის მატარებელს⁵. მართებულია მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც პრეამბულა განასახიერებს

პარლამენტარული რესპუბლიკა, წიგნში: ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები, ზ. კორძაძისა და თ. ნემსწერის რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 78.

¹ მაგალითად, სახალხო სუვერენიტეტი ყველაზე რთულ საკითხად განიხილება დიდი ბრიტანეთის ყოფილ კოლონიებში, რომლებმაც თანდათან დამოუკიდებლობა მოიპოვეს. იხ. Saunders Ch., The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law, Indiana Journal of Global Legal Studies, Volume 13, Issue 1, 2006, 63. ამ მიმართებით საინტერესოა საერთაშორისო ორგანიზაციებთან დაკავშირებული პრობლემა. კერძოდ, „ევროკავშირის შესახებ“ ხელშეკრულებით კავშირი ფუძნდება „მაღალი ხელშემკვრელი მხარეების“ მიერ, რომლებიც პრეამბულაში გაცხადებული წევრი სახელმწიფოებია. მართალია ამ დებულებაში მეცნიერები ხელავენ „ევროპის ხალხთა წების უზენაესობის პირდაპირ დადასტურებას“, მაგრამ პრეამბულაში გაცხადებული სახელმწიფოებიდან გამომდინარე, უჭირთ ამის დამტკიცება. ამ საკითხზე იხ. ალასანია გ., ევროკავშირის მმართველობის კონსტიტუციური პრინციპები, თბილისი, 2013, 94 და შემდგომში.

² Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., “WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 119.

³ Saunders Ch., The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law, Indiana Journal of Global Legal Studies, Volume 13, Issue 1, 2006, 63.

⁴ ჰაჩეკი ი., თანამედროვე დემოკრატიის უფლება, ზ. კორძაძისა და თ. ნემსწერის რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 9.

⁵ იქვე, 46.

კონსტიტუციის პროექტს, სადაც „ჩვენ“ ვაყალიბებთ ძირითად პრინციპებს, რომლის მეშვეობითაც „ჩვენ“ ვმართავთ¹. ამიტომაც მყარი კავშირი უნდა იყოს თავად კონსტიტუციის პრეამბულის დებულებებს შორის; პრეამბულის პირველი ფრაზა-კონცეფცია ჯაჭვურად შეკავშირებულია დემოკრატიული სახელმწიფოს პრინციპთან და ქმნის პოლიტიკურ-სამართლებრივი ფასეულობების ერთ-ერთ მტკიცე ქვაკუთხედს.

განსახილველი კონცეფცია, ასევე, მიანიშნებს კონსტიტუციურ ღირებულებათა წესრიგში ადამიანზე, როგორც უმთავრესი ღირებულების² უპირატესობაზე, რადგან კონსტიტუციის გახსნა, სწორედ, „ჩვენობაზე“ აპელირებით ხორციელდება, რომელიც ინდივიდთა, ადამიანების ერთობის³ შედეგია. ის, რომ ადამიანი უმთავრესი ღირებულებაა, ამიტომაც მომდინარეობს ყველაფერი მისგან, მათ შორის, სახელისუფლებო ძალაუფლება. საინტერესოდ მიუთითებდა, ჯერ კიდევ, გასული საუკუნის 20-იან წლებში დოქტორი ფატი გოკიელი, რომ პიროვნების კონსტიტუციური მნიშვნელობის ერთ-ერთ აღიარებად თანამედროვე იურისპრუდენციაში მიიჩნევა ფაქტი, რომ - „ადამიანს, ვითარცა სამართლის ფიზიკურ სუბიექტს - ერთადერთი ადგილი მიენიჭა“⁴. „ადამიანის პიროვნების თვითმიზნობა და უმაღლესი ღირებულება თანამედროვე ეთიკის ძირითადი პრინციპი, ამასთანავე ყოველივე კონკრეტულად არსებულის საზომი და შეფასების საშუალებაა. ეს დიადი იდეა წარმოადგენს ჩვენი სამართლებრივი შეგნების საფუძველს და კანონმდებლის

¹ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., „WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 132.

² ადამიანზე, როგორც უმთავრეს ღირებულებაზე ქართულ იურიდიულ დოქტრინაში იხ. ნანეიშვილი გ., იურიდიული სუბიექტი, ტფილისის უნივერსიტეტის მოამბე, №VIII, 1928, 388 და შემდგომში.

³ მიუთითებენ, რომ „ხალხი“ წარმოადგენს „ინდივიდების საზოგადოებას“. იხ. აფონასინი ე., დიდიკინი ა., სამართლის ფილოსოფია, თარგმანი, დ. გეგენავას რედაქტორობით, თბილისი, 2017, 59.

⁴ გოკიელი ფ., იურიდიული პირის პრობლემა, წიგნში: გოკიელი ფ., ცივილისტური შტუდიები, მოგონებები, კ. ანთაძის, თ. ნინიძისა და მ. უგრეხელიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2017, 17.

უდიდესი მიღწევა იქნება, თუკი მას იურიდიულ ნორმებში გამოხატავს. სხვანაირად მოქცევა კანონმდებელს არ შეუძლია.“¹

კონსტიტუციის პრეამბულის პირველსავე ფრაზაში ერთგვარად ჩანს ისტორიული გაკვეთილების როლი და შედეგი. კონცეფციით - „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი...“ - ქვეყნის მოქალაქეები აფრთხილებენ სახელმწიფო ხელისუფლებაში მოსულ მმართველ პოლიტიკურ ძალას, რომ სწორედ ისინი არიან ის სუბიექტები, რომლებიც ფლობენ დამფუძნებელ ძალაუფლებას. ამ კონცეფციით „ხალხი“ თავის „შიშს“ „უმკლავდება“², რომ ვერც ერთი დროის ხელისუფალი ვერ შეეცილოს მას კუთვნილ ძალაუფლებაში, რომელიც მხოლოდ მას შეიძლება ეკუთვნოდეს. ამ „გაფრთხილების“ (სიფრთხილის გამოხატულების) ყველაზე საუკეთესო ადგილი კი კონსტიტუციის პრეამბულაა, მისი პირველივე სიტყვები, რომლებიც, თავისთავად, ძალაუფლებისა და „შიშის“ დეტერმინანტის მატარებელი აღმოჩნდა.

ის, რომ კონსტიტუციის მთავარი ღირებულება, სუბიექტი, მიზანი და აქტორი ადამიანია, ისიც მიუთითებს, რომ ქვეყნის ძირითადი კანონის პრეამბულის პირველ სიტყვებში სწორედ მასზეა მითითება. მით უმეტეს, რომ პრეამბულაში კონსტიტუციის სუბიექტი ის ხალხია რომელთა მანდატითა და სახელით დაიწერა, შემდეგ კი მიიღეს იგი³.

¹ იქვე.

² იურიდიულ დოქტრინაში ამ მიმართულებით მსჯელობა იხ. Möllers Ch., “We are (afraid of) the people”: Constituent Power in German Constitutionalism, in: *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional form*, Edited by M. Loughlin and N. Walker, Oxford, 2008, 87-105. „...დემოკრატია კონსტიტუციური ანუ ხელისუფლების შემზღუდველი ხდება, სწორედ იმიტომ, რომ ხალხია სუვერენული და სხვას არავის და არც ერთ ინსტიტუტს არ შეუძლია სუვერენული ხელისუფლების პრეტენზია განაცხადოს. მთელი ის ძალაუფლება, რომელიც კონსტიტუციურ ინსტიტუტებს აქვთ, ხალხმა მიანიჭა მათ“. იხ. შაიო ა., ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, მ. მაისურაძის თარგმანი, თ. ნინიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2003, 67-68.

³ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., “WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, *The George Washington International Law Review*, Volume 46, Issue 2, 2014, 116.

საინტერესოა ქართველი კანონმდებლის ხელწერა ზემოაღნიშნული კონცეფციის ჩამოყალიბებისას. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, კონსტიტუციის პრეამბულის პირველი ფრაზა, როგორც წესი, იწყება ხალხზე მითითებით, ამ კუთხით, ქართველმა კანონმდებელმა კი სხვაგვარი მიდგომა განავითარა და ხაზი გაუსვა არა ზოგადად ხალხს, არამედ მოქალაქეებს¹. თავის დროზე, საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციის შემუშავებელი საკონსტიტუციის კომისიის 1995 წლის 10 ივნისის სხდომაზე დიდი დრო დაუთმეს კონსტიტუციის პრეამბულის პროექტის განხილვას, მათ შორის, აზრთა სხვადასხვაობა იყო სახალხო სუვერენიტეტის გამოხატველი კლავშულის აქტორის ტექსტუალურ გამოხატულებაზე. დეპუტატი გია ჟორჯიანი მიუთითებდა, რომ პრეამბულის ტექსტში წარმოდგენილი ტერმინი „საქართველოს ხალხი“ მისაღები იყო, რადგან ხალხი მეტ ერთობლიობას აღნიშნავდა. ირაკლი წერეთელი მიუთითებდა, რომ გამოეყენებინათ ფრაზა - „ქართველი ერი და საქართველოს ხალხი“. ედუარდ შევარდნაძემ, როგორც სახელმწიფო მეთაურმა, პარლამენტის თავმჯდომარემ, რომელიც იმავდროულად საკონსტიტუციო კომისიის თავმჯდომარე იყო აღნიშნა, რომ „ტერმინი საქართველოს ხალხი ყურს ეხამუშება, მაგრამ უფრო ტევადია“. ამასთან მიუთითა, რომ „საქართველო არ უნდა ამოვარდეს საკაცობრიო პროცესებიდან და ადამიანის უფლებათა დაცვის გარანტი უნდა იყოს დემოკრატიული სახელმწიფო. რამდენად მოხერხდება პროექტში ამის გათვალისწინება, სხვა საკითხია“.² საქართველოს პარლამენტის მიერ 1995 წლის 24 აგვისტოს მიღებულ საქართველოს კონსტიტუციაში ნორმატიული გამოხატულება საქართველოს მოქალაქეებზე ხაზგასმამ

¹ თუმცა, 1995 წლის აგვისტოში კენჭი უყარეს და მიიღეს კონსტიტუციის პრეამბულა, რომლის დროსაც სიტყვები „საქართველოს ხალხი“ შეიცვალა სიტყვებით „საქართველოს მოქალაქენი“. იხ. ბაბუი ვ., კონსტიტუციის შემუშავება და მიღება საქართველოში (1993-1995), კ. კუბლაშვილის თარგმანი, მეორე გამოცემა, თბილისი, 2013, 93.

² ტერმინი „საქართველოს ხალხი“ ყურს ეხამუშება, გაზეთი „რეზონანსი“, №58, 13-14 ივნისი, 1995. 1995 წლის 10 ივნისის სხდომაზე სახელმწიფო მეთაურმა იხუმრა: „დანარჩენი მუხლები და თავები, რომლებიც არ ეწინააღმდეგება პრეამბულას, მიღებულად ჩავთვალოთ“. იხ. იქვე.

ჰმოვა, რასთან დაკავშირებით, ცნობილი გერმანელი პროფესორი ჰებერლე წერს: „განსაკუთრებული ქების ღირსია კონსტიტუციის პრეამბულის გახსნა „საქართველოს მოქალაქეებზე“ მითითებით. ეს იძლევა „სამოქალაქო დემოკრატიის“ დამკვიდრების შესაძლებლობას. მოქალაქეები თავადვე ამყარებენ კონსტიტუციას! გერმანიის მასშტაბით ეს გაბედა მხოლოდ 1992 წელს მიღებულმა ბრანდენბურგის ახალმა კონსტიტუციამ. ძირითადად პრეამბულები იწყება „ხალხზე“¹, როგორც კონსტიტუციის დამფუძნებელ ძალაზე მითითებით... ჩემი აზრით, საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციამ უკეთესი ტექსტუალური საფეხური აიღო“.² ჩვენც ვიზიარებთ პროფესორ ჰებერლეს მოსაზრებას და მიგვაჩნია, რომ კანონმდებელმა მართებული პოსტულატი წამოაყენა, ვინაიდან, ერთი მხრივ, ეს ქართული კონსტიტუციის, ერთგვარ, ინდივიდუალურობას³ უსვამს ხაზს, ხოლო, მეორე მხრივ, სახელმწიფოებრივი თვალსაზრისით, ხალხი როგორც ასეთი, რომელიც სახელისუფლებო ძალაუფლების წყაროა, რეალურად მოქალაქეა⁴, რომლის ხელშეწყობა

¹ ზოგიერთნი მიუთითებენ, რომ პრეამბულაში გაცხადებული „ხალხი“ სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით არის გაერთიანებული, კრებსითი ხალხი. იხ. Arcioni E., Historical facts and constitutional adjudication the case of the Australian constitutional preamble, *Giornale di Storia Costituzionale/Journal of Constitutional History*, No. 30, II semestre, 2015, 116.

² ჰებერლე პ., საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციის „საკუთარი სახე“, ლ. ბრეგვაძის თარგმანი, სამართლის ჟურნალი „სარჩევი“, №1-2, 2012, 240-241.

³ იქვე.

⁴ კონსტიტუციის პრეამბულისეული „ხალხის“ როგორც „ამომრჩევლის“ შესახებ დანერგვით იხ. Arcioni E., The Core of the Australian Constitutional People - “The People” as “The Electors”, *University of South Wales Law Journal*, Volume 39, Issue 1, 2016, 421-449. ამ შემთხვევაში, „ხალხის“ კონცეფციის დაყვანა, დავინტოვება ამომრჩევლამდე, მართებული არ უნდა იყოს, ვინაიდან მოქალაქეობა გვესახება „ხალხის“ კონკრეტიზაციის ბოლო საზღვრად. მაგრამ ამომრჩეველი, რა თქმა უნდა, თავსებადია „ხალხის“ კონცეფციასთან, რადგან, როგორც წესი, ის მოქალაქეა, შესაბამისად, კონსტიტუციის პრეამბულის ტექსტში „მოქალაქის“ ხსენება, მათ შორის, ამომრჩეველსაც მოიცავს.

სადეპუტატო მანდატი¹, ანუ იგი, როგორც წესი, ყოველთვის დაიყვანება კონკრეტული ქვეყნის მოქალაქეების ცნებამდე, რადგან ყოველ კონკრეტულ ქვეყანაში სწორედ მოქალაქეა სახალხო სუვერენიტეტის მატარებელი², რომელსაც აქვს შესაძლებლობა მიიღოს (მისი სახელით მიიღონ) ქვეყნის ძირითადი კანონი - კონსტიტუცია, როგორც იურიდიულ-პოლიტიკური დოკუმენტი.

მეცნიერები მიუთითებენ, რომ ხალხის ინსპირაციითა და მოტივაციით პრეამბულებს შეუძლიათ კონსტიტუციის ტექსტს უფრო მეტ ეფექტურობაში დაეხმაროს, ვიდრე ეს იქნებოდა ჩვეულებრივ შემთხვევაში³. საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულაში მოქალაქეების კონცეფციის ჩართვით კიდევ უფრო გაძლიერდა ძირითადი კანონის პროლოგის მნიშვნელობა. ასევე, კონცეფცია - „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი...“ - კონსტიტუციის სახელშეკრულებო თეორიის გამოძახილადაც შეიძლება აღვიქვათ.

¹ ჭილაძე ნ., „წარმომადგენლობის“ განმაპირობებელი ფაქტორები კონსტიტუციონალიზმში, წიგნი: მზა ლექსები 85, საიუბილეო კრებული, თბილისი, 2014, 433.

² აღიარებული და მიღებულია, რომ სახელმწიფოში უცხოელს არა აქვს და არც შეიძლება ჰქონდეს ყველა უფლება, რომლითაც სარგებლობს ამ კონკრეტული სახელმწიფოს მოქალაქე. იხ. მიქელაძე კ., დემოკრატიული სახელმწიფოს კონსტიტუცია და პარლამენტარული რესპუბლიკა, წიგნი: ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები, ზ. კორძაძისა და თ. ნემსწვრიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2016, 74. მაგრამ თანამედროვეობა იცნობს უცხოელის მიერ საარჩევნო უფლების რეალიზებას ადგილობრივი თვითმმართველობის დონეზე, მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ უცხოელი სახალხო სუვერენიტეტის მატარებელიცაა. ამასთან დაკავშირებით იხ. ჭილაძე ნ., უცხოელთა საარჩევნო უფლება მუნიციპალურ დონეზე, კრებულში: ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო სტანდარტები და საქართველო, სტატიათა კრებული, კ. კორკელიას რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 291-314; ნემსწვრიძე თ., უცხოელთათვის საარჩევნო უფლების მინიჭება ადგილობრივი თვითმმართველობის არჩევნებზე - სახელმწიფოს პოლიტიკურ გარემოზე ზემოქმედების სამართლებრივი ბერკეტი?, სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი, 2014, 103-115.

³ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., “WE THE PEOPLE”: The Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, Volume 46, Issue 2, 2014, 105.

მეტად საინტერესოა აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მიერ ზემოაღნიშნული კონცეფციის განმარტების ერთი მიმართულებით გამოვლინება. კერძოდ, საქმე ეხებოდა რა საარჩევნო ოლქების ფორმირებას, სასამართლომ მიუთითა, რომ ხელისუფლებამ საარჩევნო ოლქის საზღვრები ისე უნდა განსაზღვროს, რომ ნებისმიერ ოლქში მცხოვრები ამომრჩეველთა რიცხვი იყოს თითქმის ერთნაირი. სამართლებრივი წესრიგისათვის მიუღებელია, ერთი ამომრჩევლის საარჩევნო ხმას მიენიჭოს უფრო მეტი წონა მეორესთან შედარებით იმიტომ, რომ ერთი მჭიდროდ დასახლებულ ოლქში ცხოვრობს, ხოლო მეორე - არა¹. აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს ეს მოსაზრება დაეფუძნა ამერიკის კონსტიტუციის პრეამბულის შემდეგ სიტყვებს - “We the People of United States...”. ამ კონცეფციის იდეა კი შემდეგია: ყველა ამომრჩევლის ხმა არის თანასწორი და სწორედ ამ თანასწორობის საწყისებზე დაყრდნობით ახორციელებენ ისინი საარჩევნო უფლების რეალიზებას.² აქედან ჩანს, თუ როგორი ღრმა სამართლებრივი ნარატივითაა დეტერმინებული აღნიშნული კლაუზულა, რომლის წვდომის დროს უდიდესი მნიშვნელობა აქვს სასამართლო ხელისუფლებას. სასურველია, თუ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკაში აქტუალური გახდება პრეამბულის მიერ რეგლამენტირებული კონცეფციის არსისა და მასშტაბის ძიება, რომელიც არაერთი სამართლებრივი პრობლემის გადაწყვეტაში დაეხმარება სასამართლოს. შესაბამისად, მართებულია ჰამილტონი, როდესაც წერს: „დაუშვებელია ვივარაუდოთ... თითქოსდა კონსტიტუცია ხალხის წარმომადგენლებისთვის იმის შესაძლებლობას ითვალისწინებდეს, რომ მათ ხალხის ნება თავიანთი ნებით ჩაანაცვლონ. ... იგი [იგულისხმება სასამართლო - თ.ნ.] მოწოდებულია, რათა ეს უკანასკნელი [იგულისხმება საკანონმდებლო ორგანო - თ.ნ.] თავის კონსტიტუციურ ჩარჩოებში შეაკავოს. კანონთა განმარტება - აი, სწორედ ეს არის სასამართლო ხელისუფლების მოღვაწეობის სათანადო და განსაკუთრებული სფერო. კონსტიტუცია ქვეყნის ძირითადი კანონია და სასამართლოები მას სწორედ ასე

¹ Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963), §379-380.

² იქვე, §381.

უნდა განმარტავდნენ. ისინი უნდა განსაზღვრავდნენ როგორც კონსტიტუციის, ისე ნებისმიერი კონკრეტული აქტის მნიშვნელობას, რომელიც კი საკანონმდებლოს შემოაქვს. თუ თავს მოურიგებელი წინააღმდეგობანი იჩენენ, რა თქმა უნდა, უპირატესობა უნდა მიენიჭოს უზენაეს ვალდებულებასა და კანონიერებას. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კონსტიტუცია კანონზე უზენაესად უნდა მივიჩნიოთ, ხალხის ნება კი სახალხო წარმომადგენელთა ნებაზე მაღლა უნდა დავაყენოთ“.¹ ზოგადად ხაზგასასმელია, რომ „როცა სტატუტებში გამოხატული ხალხის წარმომადგენელთა ნება, კონსტიტუციაში გამოხატულ ხალხის ნებას ეწინააღმდეგება, მაშინ მოსამართლეები ვალდებული არიან ამ უკანასკნელით იხელმძღვანელონ. თავიანთი გადაწყვეტილებების მიღებისას ისინი ძირითად კანონებს უნდა ითვალისწინებდნენ და არა იმ აქტებს, რომელთაც ძირითადობისა არაფერი სცხიათ“.²

კონსტიტუციის პრეამბულაში გაცხადებული - „ჩვენ“ - საფუძველია ყოველგვარი თანასწორობისა, მათ შორის, გენდერულის. ამ ჩანაწერით მიიჩნევა რომ ორივე სქესის წარმომადგენელი იღებენ მონაწილეობას სახელმწიფოს ძირითადი კანონის მისაღებად, ყოველგვარი დიფერენცირების გარეშე. სწორედ პრეამბულიდან მომდინარეობს გენდერული თანასწორობის³ და სქესის ნიშნით განურჩევლობის პირველადი საკონსტიტუციოსამართლებრივი პოსტულატი. უკანასკნელ დროს შეინიშნება გენდერულ თანასწორობაზე აქტიური პოლემიკა სამეცნიერო და პოლიტიკურ წრეებში. ზოგიერთმა ქვეყანამ კი, გენდერულ თანასწორობას ადგილი კონსტიტუციის პრეამბულაშიც კი დაუთმო. კერძოდ, ბელიზის 1981 წლის კონსტიტუციის პრეამბულაში და-

¹ ჰამილტონი ა., ფედერალისტური წერილები, ფედერალისტი №78, <<http://federalistpapers.ge/federali78.php>> [28.02.2022].

² იქვე.

³ თავის მხრივ, გენდერული თანასწორობის დაცვის საფუძველს, ასევე, ქმნის დემოკრატიის პრინციპის გაცხადება კონსტიტუციის პრეამბულაში.

ფიქსირებულია - „სახელმწიფო პოლიტიკა მოითხოვს... უზრუნველყოფილ იქნეს გენდერული თანასწორობა...“¹; ჰაიტის 1987 წლის კონსტიტუციის პრეამბულა მიუთითებს, რომ სახელისუფლებო რეჟიმი ემყარება... გენდერულ თანასწორობას. ქალთა წარმომადგენლობა, მათი შესაძლებლობა, ძალა და გადაწყვეტილებაუნარიანობა უნდა შეესაბამებოდეს სქესისა და გენდერულ თანასწორობას;² ზამბიის 1991 წლის კონსტიტუციის პრეამბულით აღიარებულია მამაკაცებისა და ქალებისათვის თანაბარი ღირებულებები;³ ერაყის 2005 წლის კონსტიტუციის პრეამბულით ხაზგასმია ქალებისა და მათი უფლებებისათვის ყურადღების გამახვილებაზე;⁴ ტუნისის 2014 წლის კონსტიტუციის პრეამბულაში მითითებაა - „ტუნისელ ქალებსა და მამაკაცებზე“;⁵ დომინიკელთა რესპუბლიკის 2010 წლის კონსტიტუციის პრეამბულა მიუთითებს „ჩვენი [იგულისხმება დომინიკელების - თ.ნ.] მამაკაცებისა და ქალების თავდაუზოგავი შრომა...“⁶.

გენდერულ თანასწორობაზე ხაზგასმასთან დაკავშირებით მეცნიერები აღნიშნავენ, რომ პრეამბულა, სადაც სპეციალურად ხაზგასმია და აღიარებულია ქალთა ადგილი კონსტიტუციაში, უზრუნველყოფს ინტერპრეტაციის საკონსტიტუციო თანასწორობის ფარგლებში განხორციელებას და ამ მიმართულებით, სამომავლო პოლიტიკის წარმართვას⁷. ლიტერატურაში გამოთქმულ მოსაზრებასა და ზემოთ მითითებულ რეგულაციებს ხაზგასმული რელიგიურობით ვერ გავიზიარებთ, ერთი მხრივ, იმიტომ, რომ სახალხო სუვერენიტეტის გამომხატველი ფრაზა - „ჩვენ, ხალხი“/„ჩვენ, მოქალაქენი“ - მოიცავს ორივე სქესის წარმომადგენლებს და, მათ შორის, არალეგიტიმურ დიფერენცირებას გამორიცხავს, ხოლო, მეორე მხრივ, კონსტიტუციის ძირითადი პრინციპები,

¹ Constitution Assessment for Women's Equality, Edited by D. Khakurel, Internation Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2016, 36.

² იქვე, 35.

³ იქვე, 33.

⁴ იქვე.

⁵ იქვე.

⁶ იქვე.

⁷ იქვე.

მაგალითად, სამართლებრივი და დემოკრატიული სახელმწიფო, უზრუნველყოფენ იურიდიული ჰერმენევტიკის თანასწორობის ფუძემდებლური ნორმა-პრინციპის ფარგლებში განხორციელებას. მიუხედავად ამისა, საკანონმდებლო ტექნიკა და სტილისტიკა აძლევს კანონმდებელს შესაძლებლობას, კონსტიტუციის პრეამბულაში ასახოს ქვეყნის სპეციფიკისა და საჭიროებიდან გამომდინარე, რეალობის ის ნორმატიული ტექსტურა, რომელიც უნარიანია უნივერსალურობის კრიტერიუმით დააკმაყოფილებას შეეცადოს.

სიტყვებში - „ურყევი ნებაა, დავამკვიდროთ...“ - იგულისხმება საქართველოს მოქალაქეების, კონსტიტუციის შემოქმედის და კონსტიტუციითვე განსაზღვრული უმაღლესი ღირებულების, კონსტიტუციის მიზნის ნება, რომ სახელმწიფომ და სახელმწიფო პოლიტიკის წარმმართველმა სახელისუფლებო ძალამ ევოლუციის სამართლებრივ-პოლიტიკური გზა სწორედ იმ პრინციპებით ბოჭვის პირობებში გაიაროს, რომელსაც თავად უდგენს სახელმწიფოს. ურყევობაში გამოსჭვივის ხალხის იმპერატიული, უკომპრომისო მოთხოვნა, რომელიც ხელისუფლებას მიემართება და მის აპრიორულ ვალდებულებებზე მიუთითებს. სიტყვა - „დავამკვიდროთ“ - მიანიშნებს დღევანდელ რეალობაში დასაწყებ პროცესზე, რომელიც მომავლისკენაა მიმართული და უწყვეტობა (პროცესი) ახასიათებს, ვინაიდან მართლწესრიგს არსებულის მონესრიგებასთან ერთად „ევალება მიმართული იყოს მომავლისაკენ, ანუ უსწრებდეს დღევანდელობას, მაგრამ არ უგულებელყოფდეს მის მოთხოვნებს“¹.

საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულის მიხედვით, საქართველოს მოქალაქეებმა ქვეყნის² წინაშე გამოაცხადეს³ სახელმწიფოს ძირითადი კანონი, რაც ორწახნაგოვანი ინტენციის მატარებელია - ერთი,

¹ ნემსწვერიძე თ., ღირებულებებით დეტერმინირებული სამართალი, კრებულში: თედო წინიძე 65, საიუბილეო კრებული, თბილისი, 2016, 216.

² კონსტიტუციის პრეამბულაში გაცხადებული ღმერთის წინაშე კონსტიტუციის გამოცხადებასთან დაკავშირებით იხ. ნემსწვერიძე თ., საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულის იურიდიული ბუნება, ცაგერი-თბილისი, 2017, 202 და შემდგომი.

³ მართალია საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულაში ტერმინი „ვიღებთ“ არ გვხვდება, მაგრამ კონსტიტუციის პრეამბულის სისტემური და ტელეოლოგიური 262

ქვეყანაში იგულისხმება მთელი მსოფლიო, - ამ აქტით „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი“ დანარჩენ ცივილიზებულ სამყაროს ვუცხადებთ, რომ ჩვენ სრულფასოვანი სახელმწიფო გვაქვს, რადგან მივიღეთ ქვეყნის ძირითადი კანონი, ხოლო მეორე - აქ იგულისხმება სახელმწიფოს შიგნით არსებული საზოგადოება, რომელთაც სახალხო სუვერენიტეტის მატარებელი ამცნობს კონსტიტუციის მიღებას. მსგავსი ფორმულირება პრეამბულაში საკმაოდ გავრცელებულია, რასაც ადასტურებს საკონსტიტუციო კომპარატივისტიკა. მაგალითად, მკვლევარი ბრესლინი აღნიშნავს, რომ ბევრი აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნის კონსტიტუციის პრეამბულა არა მხოლოდ მიმართულია საზოგადოებისადმი, არამედ მისი განაცხადი დეტერმინებულია სუვერენული საზოგადოებისადმი მიმართვის ფართო საერთაშორისო მიზნით¹.

აქვე ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულის საწყისი და ბოლო ფრაზები მსგავსია კონცეფციის - „ჩვენ, ხალხი... ვიღებთ და ვაცხადებთ ამ კონსტიტუციას“. ეს ფორმულა ერთგვარად აერთიანებს პრეამბულის შინაარსს - ის ხსნის და ხურავს ძირითადი კანონის შესავალს. ფაქტობრივად, ძირითადი კანონის პრინციპები ამ ფორმულის შიგნით ექცევა, რაც, რა თქმა უნდა, შემთხვევითი არ არის. კონსტიტუციის ხალხის მიერ მიღება პრეამბულისა და ძირითადი კანონის მთელ შინაარსზე, განსაკუთრებით პრაქტიკაში მის გამოყენებაზე დიდ გავლენას ახდენს². კონსტიტუციის პრეამბულაში ხალხის მიერ კონსტიტუციის მიღებაზე ხაზგასმა წარმოადგენს სახელმწიფოებრიობის

განმარტების შედეგად კონსტიტუციის „მიღება“ საქართველოს მოქალაქეებს მიენერებათ და პრეამბულის ნორმატიულ ტექსტურაში იგულისხმება.

¹ Ginsburg T., Foti N., Rockmore D., „WE THE PEOPLE”: the Global Origins of Constitutional Preambles, The George Washington International Law Review, volume 46, issue 2, 2014, 122.

² Артемьева Р. В., Преамбула Конституции Российской Федерации: нормативное содержание и проблемы реализации, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2007, 12.

აღორძინებისა და მისი დემოკრატიული საფუძვლების ხელშეუხებლობის დამტკიცებას¹.

საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულის იურიდიული ძალის მთავარ ფუნქციურ ღიზანს მისივე შინაარსის განმსაზღვრელი კონსტიტუციის ძირითადი პრინციპები ქმნიან, რომელთა შორის, სახალხო სუვერენიტეტის გამომხატველ კლავშულას ერთ-ერთი ფუნდამენტური ადგილი უჭირავს. არახალაია, რომ სამართლებრივი პრინციპების ცნების ქვეშ იგულისხმება პირველადი, საბაზისო მარეგულირებელი მოთხოვნები, იმპერატივები, რომლებიც საზოგადოებრივი ურთიერთობების მაღალი ხარისხის და ეფექტურ სამართლებრივი მოწესრიგების გზას გვთავაზობს². მაგალითად, პროფესორი რადბრუხი მართებულად შენიშნავდა, რომ სამართალში არსებობს „სამართლებრივი პრინციპები, რომლებიც უფრო აღმატებული არიან, ვიდრე რომელიმე სამართლებრივი დებულება ან კანონი, და რომლებთან წინააღმდეგობაც ამ უკანასკნელთ ძალას უკარგავს“³. შესაბამისად, პრეამბულა განსაზღვრავს და ადგენს საქართველოს კონსტიტუციის ღირებულებით წესრიგს და ქმნის ძლიერ პლაცდარმს ადამიანის, როგორც მთავარი ღირებულების

¹ Авакьян С. А., Конституция России: природа, эволюция, современность, Москва, 2000, <<https://constitution.garant.ru/science-work/modern/177665-1/chapter/89300effb84a59912210b23abe10a68f/>> [24.03.2022].

² Баранов В. М., Карташов В. Н., Юридические принципы технологии правовой кодификации, Кодификация законодательства: теория, практика, техника, Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25-26 сентября 2008 года), Под редакцией В.М. Баранова и Д. Г. Краснова, Нижний Новгород, 2009, 64.

³ რადბრუხი გ., სამართლის ფილოსოფიის ხუთი წუთი, ს. გამყრელიძის თარგმანი, ჟურნალი „ალმანახი“, №12, 1999, 114. აქედან გამომდინარე, რაც მკვლევრებს მიაჩნიათ, რომ, თუ კონკრეტული ნორმა ან კანონის დებულება ეწინააღმდეგება კონსტიტუციაში რეგლამენტირებულ პრინციპებს, ღირებულებებსა და უფლებებს ის არაკონსტიტუციურია და წინააღმდეგობაშია პრეამბულასთან, მაშასადამე, კონსტიტუციასთან, ვინაიდან პრეამბულაში ინტეგრირებულია კონსტიტუციის ტექსტის კონცეპტუალური შინაარსი. იხ. Calzado Reyes M., Los Preámbulos Constitucionales entre los Valores: Normativo, Hermenéutico y político, 22 de Abril 2013, <<http://www.elnuevodiario.com.do/app/article.aspx?id=327813>> [06.01.2017].

დასაცავად. მის გარეშე წარმოუდგენელია განვსაზღვროთ კონსტიტუციურ ღირებულებათა ნორმატიული წესრიგი და მისი მნიშვნელობა.

სახალხო სუვერენიტეტის დამდგენი პრეამბულისეული კლაუზულიდან მომდინარე იმპერატივები ხელისუფლების სამივე შტოს მიემართება და იგი საკონსტიტუციოსამართლებრივ ფუნდამენტურ პრინციპთაგან ერთ-ერთია, რომელიც მთელი რელიეფურობით ადგენს/ბოჭავს საკანონმდებლო, სასამართლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების მოქმედების თავისუფლების მასშტაბს. ქართულ რეალობაში გვხვდება შემთხვევები, როდესაც კონფლიქტია¹ კონსტიტუციის ფუძემდებლურ პრინციპებს, მათ შორის, სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპსა, და კონსტიტუციის ტექსტში შეტანილ ცვლილებებს შორის². ქვეყნის ძირითად კანონში, რომ მსგავს „უხერხულობებს“ ადგილი არ ჰქონდეს, აუცილებელია მისგან დაცვის ბერკეტი არსებობდეს. ამ შემთხვევაში კი, თავად პრეამბულის რესურსი გვაძლევს ამის შესაძლებლობას. იმდენად, რამდენადაც ძირითად კანონში პრეამბულას შემოაქვს კონსტიტუციის ფუნდამენტური პრინციპები, რომლებიც უნარიანი არიან წამოგვიდგინონ კონსტიტუციის „ნამდვილი სახე“ და, ამავე დროს, შესწევთ ძალა იქცნენ კონსტიტუციის დამცველ ბასტიონად, კანონმდებელს აკისრია ვალდებულება კონსტიტუციის შესაბამისად იმოქმედოს და, ამ შემთხვევაში, პრეამბულის სახით არსებული შესაძლებლობა კონსტიტუციის სასარგებლოდ გამოიყენოს.

ჩანს, რომ საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულას, მისი შინაარსიდან გამომდინარე, გააჩნია კონსტიტუციური ლოგიკისა და მის შესაბამისად აზროვნების პროცესში, კომპასის ფუნქციის შესრულების უნარი. იმისათვის, რომ საკანონმდებლო პროცესი, დაფუძნებული, მათ შორის, სახალხო სუვერენიტეტის კონსტიტუციურ პრინციპზე, ძირითადი კანონის ლოგიკის შესაბამისად წარიმართოს, კანონმდებელი ყოველ ჯერზე,

¹ წარსულში განხორციელებული ზოგიერთი საკონსტიტუციო ცვლილების შინაარსიდან გამომდინარე, „კონფლიქტი“ კონსტიტუციასთან შეიძლება კონსტიტუციის ძირითადი პრინციპების უგულებელყოფადაც კი დაკვალიფიცირდეს.

² დაწვრილებით იხ. ნემსწვერიძე თ., საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულის იურიდიული ბუნება, ცაგერი-თბილისი, 2017, 266 და შემდგომში.

ახალი საკონსტიტუციო ცვლილების (და არა მხოლოდ) განხორციელებისას, პრეამბულის აქტიური „მომხმარებელი“ უნდა იყოს, რათა კონსტიტუციის „ტექსტუალურ ქსოვილში“¹ შეტანილი ცვლილებები თანხვედრაში მოდიოდეს თავად კონსტიტუციის სულისკვეთებასთან² და არ იყოს გაუცხოებული ქვეყნის ძირითადი კანონისათვის დამახასიათებელი სამართლებრივი ლოგიკისაგან.

შეჯამება

წერილში განვიხილეთ კონცეფციის - „ჩვენ, ხალხის...“/„ჩვენ, მოქალაქენის...“ - დანიშნულება და მისგან მომდინარე მოთხოვნები, რომლებიც ნებისმიერი დროის პოლიტიკურ ხელისუფალს და ხელისუფლების შტოებს მიემართება და ავალდებულებას. ის, რომ კონსტიტუციის პრეამბულები იწყება სიტყვებით „ჩვენ, ხალხი“/„ჩვენ, მოქალაქენი“ არ არის მხოლოდ სიმბოლური აქტი, ამით ხაზი გაესვა ადამიანის, ხალხის, სახალხო სუვერენიტეტის მატარებლის პრიმატს სამართლებრივ ფასეულობათა იერარქიულ სისტემაში. კონცეფცია დეტერმინებულია არა მხოლოდ პოლიტიკური ფუნქციით, რომელიც გამოიხატება პოლიტიკური საზოგადოების იდენტიფიცირებაში, არამედ სამართლებრივითაც, რომელიც ბოჭყაუნარიანობას სძენს კლაუზულის ძირითად პოსტულატებს. მაშინ, როდესაც პრინციპი-კლაუზულა ნორმატიულობის უმაღლეს ხარისხშია გამოხატული (კონსტიტუციის დონეზე) ის შესაძლოა იყოს ორგვარი - პოლიტიკური და სამართლებრივი ბუნების მატარებელი, მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ მატარებელი ბუნების რომელიმე სახე მეორეს თრგუნავს.

¹ ფრაზა - „ტექსტუალური ქსოვილი“ - გამოყენებულია პროფესორ თედო ნინიძის სტატიიდან, სადაც ავტორი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის „ტექსტუალურ ქსოვილში“ პირველი მუხლის სტრუქტურასა და ფუნქციებს იკვლევს. იხ. ნინიძე თ., სამოქალაქო კოდექსის პირველი მუხლის სტრუქტურა, წიგნში: აკაკი ლაბარტყავა 80, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2013, 151.

² ზოგადად, საქართველოს კანონმდებლობაში შეტანილი ცვლილებები კი კონსტიტუციასა და მის მიერ დადგენილ ღირებულებით წესრიგთან.

ქართველი კანონმდებლის არჩევანი კონცეფციაში გამოყენებინა ტერმინი - „მოქალაქე“, მისასაღმებელია და დადებითად უნდა შეფასდეს, გამოხატვის სხვა ფორმებთან შედარებით, ვინაიდან, კონცეპტუალურად, ყოველ ქვეყანაში სახალხო სუვერენიტეტის მატარებლის ცნება, როგორც წესი, მოქალაქემდე დაიყვანება. ასევე, მნიშვნელოვანია, რომ სწორედ საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულის სიუჟეტურ ქარგაში გაცხადებული სახალხო სუვერენიტეტის კონცეფციაა პირველადი საკონსტიტუციოსამართლებრივი საფუძველი თანასწორობის (მათ შორის, გენდერული თანასწორობის), ადამიანის, როგორც მთავარი კონსტიტუციური ღირებულების პრიმატის კონსტიტუციის აქსიოლოგიურ სისტემაში, სახელმწიფოებრიობის აღორძინებისა და მისი დემოკრატიული საფუძვლების ხელშეუხებლობის განმტკიცების და ა.შ..

ზოგადად კი უნდა აღვნიშნოთ, რომ „ხალხი ყველგან ახერხებს თვითორგანიზებას, საერთო ამოცანების დასახვას და მათ მისაღწევად ფასეულობათა ერთობლივი წესრიგის ფორმირებას“¹, რისი ნათელი მაგალითაცაა საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულა, ძირითადი პრინციპები და, თავად, კონსტიტუციაც, რომლითაც „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქეებმა...“ განვსაზღვრეთ სამომავლო განვითარების პერსპექტივების ნორმატიული ტექსტურა.

¹ ბრეგვაძე ლ., აუტოპოიეტური სამართლებრივი კულტურის თეორია: სამართლის ტრანსფერები და სამართლებრივი თვითრეგულირება გლობალურ საზოგადოებაში, სადოქტორო დისერტაცია, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, 73.

**ოფცია და გამოსყიდვა როგორც საკუთრების უფლების
წარმოშობის საფუძველი და მათი გამიჯვნა მომიჯნავე
სამართლებრივი ინსტიტუტებისგან**

დავით აბესაძე *

შესავალი

ოფცია არცთუ ახალი, თუმცა თანამედროვეობაში აქტუალური და კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში სშირად გამოყენებადი სამართლებრივი ინსტრუმენტია, რომელიც მის მონაწილეებს (მხარეებს) აძლევს შესაძლებლობას, შეთანხმდნენ ურთიერთშორის სამომავლოდ გასაფორმებელი ხელშეკრულების პირობებზე იმგვარად, რომ ერთ-ერთ მხარეს ენიჭება უფლება, ცალმხრივი ნების გამოვლენის საფუძველზე მიაღწიოს აღნიშნული პირობებით მეორე მხარესთან ხელშეკრულების დადებას. პრაქტიკაში ოფციის საგანი უმეტესწილად ქონებაზე საკუთრების გადაცემის ხელშეკრულების დადებაა, რასთან დაკავშირებითაც ერთმანეთისაგან განასხვავებენ ოფციის ორ სახეს: შეძენის ოფციასა (call option) და გასხვისების ოფციას (put option).

დასახელებული საკითხების გასაანალიზებლად, წინამდებარე სტატიის პირველ თავში წარმოდგენილია კვლევა ოფციის იურიდიული ბუ-

* LL.M. (Bucerius), ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, საქართველოს ეროვნული ბანკის ფასიანი ქაღალდების ბაზრის ზედამხედველობის დეპარტამენტის მთავარი სპეციალისტი, თბილისის თავისუფალი უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი (ასისტენტი), იროდიონ სურგულაძის სამართლის ინსტიტუტის (ისი) უფროსი მკვლევარი.

სტატიაში გამოთქმული მოსაზრებები ეკუთვნის თავად ავტორს და არ უნდა იქნეს აღქმული როგორც პოზიცია ნებისმიერი ორგანიზაციისა ან მასში დასაქმებული პირებისა, რომელთანაც/რომლებთანაც ავტორს შრომითი ან სხვა საქმიანი ურთიერთობა აკავშირებს. სტატიის ავტორს სურს, აგრეთვე, მაღლობა გადაუხადოს სამართლის დოქტორს, ქალბატონ თამარ ჩიტოშვილს, სტატიის მომზადების პროცესში მოწოდებული შენიშვნებისა და რჩევებისათვის.

ნების შესახებ, რასთან კავშირშიც განხილულია ხელშეკრულების ფორმირებასთან დაკავშირებული ქართული კანონმდებლობის ნორმები, უპირატესად კი ოფერტისა და აქცეპტის მარეგულირებელი დებულებები. კერძოდ, როგორც ქვემოთ იქნება უფრო დანვრილებით წარმოჩენილი, ვალდებული პირი (შემთავაზებელი) ოფციით აკეთებს ოფერტს და გამოთქვამს მზადყოფნას გარკვეული ვადით ოფერტით თვითბოჭვის თაობაზე, ხოლო უფლებამოსილ პირს (ოფციის მფლობელს) ეძლევა უფლება მიაღწიოს ხელშეკრულების დადებას აღნიშნული ოფერტის აქცეპტირებით.

სტატიის მეორე თავი დაეთმოა გამოსყიდვაზე მსჯელობას და იმ მოსაზრებების განხილვას, რომლებიც გამოსყიდვას აკავშირებს ოფციასთან ან განიხილავს მას ოფციისგან დამოუკიდებელ სამართლებრივ წარმონაქმნად. ამასთან, სტატიაში დასაბუთებული პოზიცია მხარს უჭერს გამოსყიდვის მიჩნევას ოფციის ერთ-ერთ სახედ.

სტატიის მესამე თავში გაანალიზებული იქნება, თუ რა სამართლებრივი შედეგები მოჰყვება ვალდებული პირის მიერ ოფციის ან გამოსყიდვის პირობის დარღვევას, რაც შეიძლება გამოიხატებოდეს ოფერტის უკან გახმობით ან მესამე პირთან ოფციის (გამოსყიდვის) სანაღმდეგო შინაარსის ხელშეკრულების დადებით. ამ თვალსაზრისით, ცალ-ცალკე იქნება განხილული ვალდებული პირის მიერ მესამე პირთან დადებული ქონების განკარგვის გარიგებები, ერთი მხრივ, ოფციის (ზოგადად), და, მეორე მხრივ, გამოსყიდვის (კონკრეტულად) ხელშეკრულებების კონტექსტში.

სტატიის მეოთხე თავი ეთმობა ოფციის შედარებას მომიჯნავე სამართლებრივ ინსტიტუტებთან, როგორებიცაა წინარე ხელშეკრულება, პირობითი გარიგებანი და უპირატესი შესყიდვის უფლება. იურიდიული ლიტერატურაში არაერთგვაროვანი მოსაზრებები არსებობს ამ ინსტიტუტების სამართლებრივი ბუნებისა და ოფციასთან მათი ურთიერთკავშირის შესახებ, რასთან დაკავშირებითაც წარმოდგენილია სტატიის ავტორის მსჯელობა და მოსაზრებები.

სტატიის ბოლოს, მეხუთე თავში, ყურადღება გამახვილებულია ოფციის როლზე ფინანსური ინსტრუმენტების ბაზარზე და მის იმ მახასიათებლებზე, რომლებიც შესაძლებელს ხდის ოფციის სტრუქტურირებას ფასიან ქალაქად ან დერივატივად (წარმოებულ ინსტრუმენტად). ამ

კუთხით მნიშვნელოვანია გამოიკვეთოს, თუ რა შემთხვევებში შეიძლება მოექცეს ოფციური უფლება ფინანსური ინსტრუმენტების მარეგულირებელი კანონმდებლობის მოქმედების ფარგლებში და რა გავლენას მოახდენს აღნიშნული თავად ოფციის მონაწილეთა უფლება-მოვალეობებზე.

საკვლევი საკითხების უკეთ წარმოსაჩენად, წინამდებარე სტატია უპირატესად ემყარება სისტემური ანალიზის მეთოდს, რომლის საფუძველზეც ოფციაც და გამოსყიდვაც განხილულია სამოქალაქო სამართლის სხვა მნიშვნელოვან ინსტიტუტებთან და კონცეფციებთან ურთიერთკავშირში (ოფერტი, აქცეპტი, წინარე ხელშეკრულება, პირობითი გარიგებანი და სხვ.). გარდა ამისა, სტატიაში გამოყენებულია შედარებითი კვლევის მეთოდი, რაც შესაძლებლობას იძლევა განსახილველი საკითხები გაშუქდეს კონტინენტური (განსაკუთრებით, გერმანული) და საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში დანერგილი მიდგომების მხედველობაში მიღებით.

I. ოფციის სამართლებრივი არსი

1. ოფციის ხელშეკრულება (ცნება, შინაარსი და ფორმა)

ქართული კანონმდებლობა არ განსაზღვრავს ოფციის ზოგად ცნებას. მიუხედავად ამისა, კერძო სამართლის სუბიექტები არცთუ იშვიათად იყენებენ ოფციის ინსტრუმენტს თავიანთი ურთიერთობების მოსაწესრიგებლად. ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრების თანახმად, ოფცია წარმოადგენს სამართლებრივი მდგომარეობის შეცვლის უფლებას, რომელიც მხარეს ანიჭებს ცალმხრივი განცხადების საფუძველზე განსაზღვრული შინაარსის მქონე სახელშეკრულებო ურთიერთობის დადგენის შესაძლებლობას.¹ ამასთან, სპეციალურად ნასყიდობის სამართლის მიზნებისათვის, ოფციის სამართლებრივ შინაარსს განსაზღვრავს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში - სკ) 515-ე მუხლი, რომლის პირველი წინადადების თანახმად, „მხარეები შეიძლება შეთანხმდნენ, რომ მყიდველს ცალმხრივად აქვს უფლება, ესა თუ ის საგანი შეიძინოს განსაზღვრულ დრომდე ან

¹ ჭეჭელაშვილი ზ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2010, 32.

განსაზღვრულ მოვლენამდე (შესყიდვის ოფცია), ანდა, იმავე პირობებში, გამყიდველს უფლება აქვს საგანი მყიდველს მიჰყიდოს (გაყიდვის ოფცია)“.

ოფციის უფლება წარმოიშობა მხარეთა შეთანხმების (შემდგომში აგრეთვე - „ოფციის ხელშეკრულება“ ან „ოფცია“) საფუძველზე, რომელიც განსაზღვრავს სამომავლო ხელშეკრულების არსებით პირობებს, აგრეთვე, აწესრიგებს ოფციის განხორციელების პროცედურასა და ვადას. გაბატონებული მოსაზრების თანახმად, რომელიც ყველაზე უფრო დასაბუთებულად გვესახება, ოფციის ხელშეკრულებით შემთავაზებული აკეთებს ოფერტს ხელშემკვრელი მხარის მისამართით სამომავლოდ ხელშეკრულების დადების თაობაზე და ამავდროულად გამოთქვამს მზადყოფნას დარჩეს თვითბოჭვის ფარგლებში განსაზღვრული ვადით ან განსაზღვრული მოვლენის დადგომამდე, ოფერტის პირობების შესაბამისად, ვიდრე მეორე მხარე განახორციელებს აქცეპტს.¹ მაშასადამე, ოფციის მეფლობელს აქვს უფლება (და არა - ვალდებულება), წინასწარ შეთანხმებული პირობების შესაბამისად, ცალმხრივად დაადგინოს სახელშეკრულებო ურთიერთობა ხელშემკვრელ მხარესთან, რისთვისაც აღარ არის საჭირო კონტრაქტისგან ხელახალი თანხმობის მოპოვება.

ოფციის ხელშეკრულება, თავისი არსით, დამოუკიდებელი შეთანხმებაა, რომელიც შეიძლება ჩართული იქნეს მხარეთა შორის დადებულ სხვა რომელიმე ხელშეკრულებაში შესაბამისი დათქმის სახით (მაგ., საიჯარო ქონების შესყიდვის უფლება იჯარის ხელშეკრულებაში, გამოს-

¹ Hutchison D., Remedies for Breach of an Option, South African Law Journal, Vol. 105, Issue 3, 1988, 547-552, 548; Litvinoff S., Consent Revisited - Offer Acceptance Option Right of First Refusal and Contracts of Adhesion in the Revision of the Louisiana Law of Obligations, Louisiana Law Review, Vol. 47, Issue 4, 1986, 699-760, 745; Steiner v. Thexton, No. S164928, slip op., გვ. 9 (კალიფორნიის შტატის უზენაესი სასამართლოს 2010 წლის 18 მარტის გადაწყვეტილება); Erich v. Granoff, 109 Cal.App.3d 920, გვ. 928 (კალიფორნიის შტატის სააპელაციო სასამართლოს 1980 წლის 29 აგვისტოს გადაწყვეტილება); იხ. აგრეთვე, ჩაჩავა ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ონლაინ-კომენტარი, 515-ე მუხლი, <<https://bit.ly/3CTfSfI>> [19.03.2022].

ყიდვის უფლება ნასყიდობის ხელშეკრულებაში) ან არსებობდეს როგორც ცალკე მდგომი სახელშეკრულებო ინსტრუმენტი (მაგ., ოფციის ხელშეკრულება, რომელიც უფლებამოსილ პირს ანიჭებს უფლებას, შეისყიდოს გარკვეული აქტივი წინასწარ განსაზღვრულ ფასად და პირობებით¹).² აქ შეიძლება დაისვას კითხვა, თუ რა მოტივი უნდა ამოძრავებდეთ მხარეებს ცალკე ხელშეკრულების სახით ოფციაზე შეთანხმებისას? ამ შემთხვევაში, გასათვალისწინებელია, რომ ოფციის ხელშეკრულება ოფციის მფლობელს აძლევს ძირითადი ხელშეკრულების ფასის ცვლილებასთან დაკავშირებული რისკის დაზღვევის შესაძლებლობას.³ მხარეთა მიერ ოფციის ფარგლებში შეთანხმებული ფასი ძირითადი ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულების შესრულებისათვის, როგორც წესი, განსხვავდება ოფციის განხორციელების მომენტში არსებული საბაზრო ფასისგან, რაც გარკვეულ რისკს შეიცავს შემთავაზებლისათვის. კერძოდ, მას წარმოეშობა ვალდებულება, ოფციის მფლობელის სასარგებლოდ საბაზრო ფასების ცვლილების შემთხვევაში წინასწარ შეთანხმებული ფასითა და პირობებით შევიდეს მეორე მხარესთან სახელშეკრულებო ურთიერთობაში, მაშინ როდესაც ოფციის მფლობელის საუარესოდ საბაზრო ფასების შეცვლისას ოფციის მფლობელს შეუძლია უბრალოდ უარი თქვას ხელშეკრულების დადებაზე და არ გამოიყენოს ოფცია. სწორედ ამის გამო, რისკის განწევის სანაცვლოდ, შემთავაზებელს ოფციის მფლობელი ჩვეულებრივ უხდის შესაბამის საზღაურს (პრემიას), რომელიც, თავისი არსით, ოფციური უფლების შესყიდვის საფასურს წარმოადგენს.⁴

¹ ოფციის, როგორც დერივატიული ინსტრუმენტის, შესახებ ვრცლად იხ. ქვემოთ, V-2.

² Cozzillio M.J., The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable, Catholic University Law Review, Vol. 39, Issue 2, 1990, 491-556, 503-504.

³ ამ საკითხზე ვრცლად იხ. სვანაძე ვ. და სხვები, საბირჟო საქმე და ფასიანი ქაღალდების ბაზარი, თბილისი, 1998, 317-321; Hull J.C., Options, Futures and Other Derivatives, 5th edition, 2002, 11.

⁴ Hull J.C., Options, Futures and Other Derivatives, 5th edition, 2002, 11; სწორედ ასეთ შემთხვევაში, როდესაც ხელშეკრულება ითვალისწინებს შემთავაზებლისათვის პრემიის გადახდას ოფციის სანაცვლოდ, ოფციის მიმართ გავრცელდება ნასყიდობის ხელშეკრულების მარეგულირებელი ნორმები, სკ-ის 498-ე მუხლის პირველი ნაწილის გაგებით. როგორც ჩანს, სწორედ ამის თქმა 272

გემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ოფციის ხელშეკრულება შესაძლებელია იყოს როგორც უსასყიდლო, ისე სასყიდლიანი. რაც შეეხება ოფციის საგანს, ზოგადი წესის თანახმად¹, ეს შეიძლება იყოს ნებისმიერი ტიპის ხელშეკრულების დადება (მაგ., მომსახურება, ქონების საკუთრებაში გადაცემა და სხვ.). თუმცა პრაქტიკაში ოფციას ყველაზე ხშირად ქონების საკუთრებაში გადაცემის ტიპის ხელშეკრულებების (ძირითადად, ნასყიდობის) დასადებად იყენებენ.

მნიშვნელოვანია, ასევე, ყურადღება გავამახვილოთ ოფციის ხელშეკრულების ფორმაზე. მოქმედი კანონმდებლობა, ამ კუთხით, არ აღგენს რაიმე კონკრეტულ წესს ოფციის ფორმასთან დაკავშირებით. შესაბამისად, მოქმედებს ზოგადი პრინციპი, რომლის თანახმადაც გარიგება შეიძლება დაიდოს როგორც ზეპირად, ისე წერილობითი ფორმით (სკ-ის 69-ე მუხლის პირველი ნაწილი). მიუხედავად ამისა, გასათვალისწინებელია, ხომ არ აწესებს კანონმდებლობა სპეციალურ ფორმას ძირითადი ხელშეკრულების დასადებად, ვინაიდან ასეთ შემთხვევაში ძირითადი ხელშეკრულების ფორმა გავრცელდება ოფციაზეც. აღნიშნული განპირობებულია იმით, რომ ოფცია, როგორც გემოთ იქნა მითითებული, შეიცავს ძირითადი ხელშეკრულების ერთ-ერთ კომპონენტს, კერძოდ ოფერტს, რომელიც ამავედროულად უნდა აკმაყოფილებდეს კანონმდებლობით ხელშეკრულების ფორმისათვის დადგენილ მოთხოვნებს.² სხენებულიდან გამომდინარე, ფორმის დაუცველად

სურდა კანონმდებელს სკ-ის 515-ე მუხლის მეორე წინადადებითაც, სადაც საუბარია, რომ „ოფციის ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენება ნასყიდობის ხელშეკრულების ნორმები, თუკი მხარეები სხვა რამეზე არ შეთანხმდებიან“.

¹ აღნიშნული წესიდან არსებობს გამონაკლისებიც. კერძოდ, გამოთქმულია მოსაზრება იმის თაობაზე, რომ ოფციის საგანი არ შეიძლება იყოს ქორწინება ან ღონაცია. იხ. Radulescu Tudor V., The Option Agreement in the New Romanian Civil Code, Perspectives of Business Law Journal, Vol. 1, Issue 1, 2012, 260-267, 262-263. აღნიშნული მოსაზრების ვალიდურობა ქართულ სინამდვილეში ეფუძნება ქორწინებისა და ღონაციის ნებაყოფლობითობის კანონმდებლობით აღიარებულ პრინციპს.

² თოდუა მ., ვილემსი ჰ., ვალდებულებითი სამართალი, თბილისი, 2006, 111; იხ. Litvinoff S., Consent Revisited - Offer Acceptance Option Right of First Refusal and Contracts of Adhesion in the Revision of the Louisiana Law of

დადებული ოფციის ხელშეკრულება ვერ მიაღწევს თავის უმთავრეს მიზანს - ვერ დააფუძნებს ოფციის მფლობელის უფლებას, ცალმხრივი ნების გამოვლენის გზით მიაღწიოს შემთავაზებელთან ძირითადი ხელშეკრულების დადებას.

2. ოფციის განხორციელება (ძირითადი ხელშეკრულების დადება)

როგორც აღინიშნა, ოფციის ხელშეკრულებით მინიჭებული უფლების რეალიზაციით, ოფციის მფლობელის მიერ გამოვლენილი ცალმხრივი ნების შედეგად, მხარეთა შორის წარმოიშობა ახალი სახელშეკრულებო ურთიერთობა. თუმცა უნდა აღვნიშნოთ, რომ ძირითადი ხელშეკრულება, მიუხედავად იმისა, რომ იგი ერთ-ერთი მხარის ცალმხრივი განცხადების საფუძველზე დგინდება, საბოლოო ჯამში, მაინც წარმოადგენს მხარეთა ურთიერთთანხმავდარი ნების (ოფერტისა და აქცეპტის) ფორმირების პროდუქტს და, ამდენად, კერძო ავტონომიის პრინციპს ეფუძნება.¹

Obligations, Louisiana Law Review, Vol. 47, Issue 4, 1986, 702; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 9 მარტის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-898-848-2015, 46-ე და მომდევნო პარაგრაფები; შდრ., ასევე, რუმინეთის სამოქალაქო კოდექსის 1287-ე მუხლის მე-5 ნაწილი, რომლის თანახმად ოფციის შეთანხმება უნდა დაიდოს და მისი აქცეპტი უნდა განხორციელდეს ძირითადი ხელშეკრულებისათვის გათვალისწინებული ფორმით (მე-7 მენიშვნა, 262).

¹ ოფციის (კერძოდ, გამოსყიდვის უფლების) განხორციელებით დადებული ნასყიდობის ხელშეკრულების მხარეთა საერთო შეთანხმების პროდუქტად განხილვასთან დაკავშირებით დამატებით იხ. ჩიტოშვილი თ., გამოსყიდვა და ოფცია, როგორც უფლებით სარგებლობისა და საკუთრებაში გადაცემის საფუძველი, ბესარიონ ზოიძე 60, საიუბილეო კრებული, ლ. ჭანტურიასა და ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 369.

სამართლებრივად, ოფციის განხორციელებაში მოიაზრება ოფციის მფლობელის მიერ ოფციის ხელშეკრულების შესაბამისად შემთავაზებლის მიერ გაკეთებულ ოფერტზე აქცეპტის გაკეთება.¹ იმ დროის განმავლობაში, ვიდრე ოფციის მფლობელს აქვს უფლება ისარგებლოს ოფციით, მას როგორც დაინტერესებულ მხარეს ნებისმიერ დროს შეუძლია ოფერტის აქცეპტირებით მიაღწიოს ახალი ხელშეკრულების დადებას.² აღნიშნული ცხადყოფს, რომ ოფციის ხელშეკრულების, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის, კვლევა და დახასიათება საჭიროებს ხელშეკრულების დადების მარეგულირებელი ნორმა-პრინციპების, განსაკუთრებით კი ოფერტისა და აქცეპტის მომწესრიგებელი საკანონმდებლო ჩარჩოს ანალიზს. აღნიშნულის გარეშე შეუძლებელი იქნება ძირითადი ხელშეკრულების დადებასთან დაკავშირებული ასპექტების კვლევა და ოფციის ხელშეკრულების ფარგლებში მხარეთა მიერ ნაკისრი უფლება-მოვალეობების სათანადოდ განსაზღვრა.

სკ-ის 327-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, იმისათვის, რათა ხელშეკრულება დადებულად ჩაითვალოს, მხარეები მის ყველა არსებით პირობაზე უნდა შეთანხმდნენ საამისოდ გათვალისწინებული ფორმით. ხელშეკრულების ფორმირების ეტაპზე, არსებით პირობებს უნდა შეიცავდეს თავად ოფერტი.³ მაშასადამე, ოფერტი შინაარსობრივად იმდენად უნდა იყოს განსაზღვრული, რომ მისი აქცეპტირება შეიძლებოდეს ადრესატის თანხმობით.⁴ წინადადება, რომელიც არ შეი-

¹ კუბლაშვილი პ., საკუთრების უფლების ექსკლუზიური ხასიათი VS ოფციის რეგისტრირებისათვის გაცხადებული ნება, „მართლმსაჯულება და კანონი“, №4, 2017, 147.

² Katz A. V., The Option Element in Contracting, Virginia Law Review, Vol. 90, Issue 8, 2004, 2187-2244, 2196-2198.

³ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 109.

⁴ ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2014, 117; კროპჰოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის სასწავლო კომენტარი, თ. დარჯანიასა და ზ. ჭეჭელაშვილის თარგმანი, თბილისი, 2014, 71.

ცავს ხელშეკრულების დასადავებლად აუცილებელ ერთ-ერთ არსებით პირობას, ითვლება ოფერტზე მონვევად (*invitatio ad offerendum*) და არ გააჩნია მხოტავი ძალა.¹

ამდენად, აუცილებელია, რომ ოფციის ხელშეკრულებიდან ნათლად იკითხებოდეს იმ ოფერტის შინაარსი, რომლის აქცეპტირებითაც ოფციის მფლობელს ექნება შესაძლებლობა დაამყაროს ახალი სახელშეკრულებო ურთიერთობა ოფერენტთან.² წინააღმდეგ შემთხვევაში, „ოფციის“ მფლობელის მიერ გამოვლენილ ნებას ხელშეკრულების დადების შესახებ ვერ ექნება აქცეპტის ძალა და, კონკრეტული გარემოების მიხედვით, ჩაითვლება მხოლოდ ხელშეკრულების დადების თაობაზე გაკეთებულ ახალ წინადადებად (ოფერტად) ან მონვევად ოფერტზე.

იმისათვის, რომ ძირითადი ხელშეკრულება დადებულად ჩაითვალოს, კრედიტორი ვალდებულია განახორციელოს ოფცია და, შესაბამისად, მოახდინოს ოფერტის აქცეპტირება საამისოდ ოფციის ხელშეკრულებით ან/და კანონმდებლობით განსაზღვრულ ვადაში და დადგენილი ფორმით. ვადის დაუცველად გაკეთებული აქცეპტი არ წარმოშობს ნამდვილ ხელშეკრულებას და ჩაითვლება მხოლოდ ახალ ოფერტად, სკ-ის 333-ე მუხლის პირველი ნაწილის გაგებით. აღსანიშნავია, რომ თუკი ოფციის ხელშეკრულება არ აკონკრეტებს ოფციით სარგებლობის ვადას, იმოქმედებს სამოქალაქო კანონმდებლობით გათვალისწინებული ზოგადი წესები ხელშეკრულების დადებისა და აქცეპტის განხორციელების შესახებ.³ თუმცა, პრაქტიკულად წარმოუდგენელია ოფციის ხელშეკრულება ზემოაღნიშნული დეტალების და-

¹ მაისურაძე დ., დარჯანია თ., პაპუაშვილი შ., სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი ნაწილი (კაზუსების კრებული), თბილისი, 2017, 48.

² იხ. ჩიტოშვილი თ., გამოსყიდვა და ოფცია, როგორც უფლებით სარგებლობისა და საკუთრებაში გადაცემის საფუძველი, ბესარიონ ზოიძე 60, საიუბილეო კრებული, ლ. ჭანტურიასა და ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 383.

³ იხ. სკ-ის 330-ე მუხლი: „1. თანმყოფი პირისათვის გაკეთებულ ოფერტზე პასუხი მაშინვე უნდა იქნეს მიღებული. 2. არათანმყოფი პირისათვის გაკეთებული ოფერტი შეიძლება მხოლოდ იმ დრომდე იქნეს მიღებული, რა დროშიც ოფერტის მიმცემს, ჩვეულებრივ, შეუძლია დაელოდოს პასუხს“.

კონკრეტების გარეშე. მეტიც, სკ-ის 515-ე მუხლის თანახმად, თუკი ოფიცია უკავშირდება ნასყიდობას, ოფციის ხელშეკრულება უნდა განსაზღვრავდეს იმ ვადას ან მოვლენას, რომლის დადგომამდეც შესაძლებელია ოფციის გამოყენება (აქცეპტის განხორციელება).

რაც შეეხება აქცეპტის განხორციელების ფორმას, სკ-ის 330-ე მუხლით დადგენილი ზოგადი წესის თანახმად, აქცეპტის ნამდვილობისათვის საჭიროა ოფერენტთან მისი მისვლა, რაც შეიძლება გამოიხატოს წერილობით, ზეპირად ან კონკლუდენტური მოქმედებით.¹ თუმცა, ლოგიკურია, რომ ოფერენტს ჰქონდეს უფლება გადაუხვიოს კანონმდებლობის დისპოზიციური ნორმებიდან და თავად განსაზღვროს წინდანივე, თუ რა ფორმით უნდა მოხდეს მეორე მხარის მიერ აქცეპტი.² მაგალითად, შესყიდვის ან გაყიდვის ოფციის ხელშეკრულება შეიძლება განსაზღვრავდეს, რომ ოფციის მფლობელს უფლება აქვს, შესაბამისი პირობის დადგომისას, განახორციელოს ოფცია გარკვეული მოქმედების შესრულებით, რაც არ გულისხმობს სავალდებულო შეტყობინებას ოფერენტის მისამართით.³ ერთადერთი, რამაც შეიძლება შეზღუდოს მხარეთა კერძო ავტონომია ამ ასპექტში, კანონმდებლობით

¹ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 122; გამონაკლისი შემთხვევების შესახებ, როდესაც კანონმდებლობა პირდაპირ განსაზღვრავს დემილს როგორც აქცეპტის ფორმას ან ადგენს აქცეპტის არსებობის ფიქციას, იხ. სკ-ის 334-ე-335-ე მუხლები.

² მე-12 შენიშვნა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 124. მაისურაძე დ., დარჯანია თ., პაპუაშვილი შ., სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი ნაწილი (კაზუსების კრებული), თბილისი, 2017, 56.

³ საგულისხმოა, რომ ქართული კანონმდებლობა სიტყვასიტყვით არ ადგენს აქცეპტის გაკეთების შესაძლებლობას ოფერენტისათვის შეუტყობინებლად, თუმცა არც კრძალავს მას. შედარებისათვის, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, კერძოდ, 151-ე პარაგრაფი, პირდაპირ ითვალისწინებს, რომ ხელშეკრულება დადებულად ჩაითვლება ოფერტზე აქცეპტის გაკეთებით, ისე, რომ აუცილებელი არ არის, ოფერენტს შეატყობინონ აქცეპტის შესახებ, თუ ასეთი განცხადება არ არის მოსალოდნელი სამოქალაქო ბრუნვის პრაქტიკიდან გამომდინარე ან ოფერენტმა უარი თქვა მასზე. იხ. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი,

გათვალისწინებული იმპერატიული ნორმებია ცალკეული ხელშეკრულების სავალდებულო ფორმასთან დაკავშირებით. მაგალითად, თუკი ოფციის საგანია უძრავ ქონებაზე საკუთრების გადაცემის ხელშეკრულების დადება, შეიძლება განვითარდეს მოსაზრება იმის თაობაზე, რომ აქცეპტიც უნდა აკმაყოფილებდეს სკ-ის 323-ე მუხლით¹ დადგენილ ფორმალურ მოთხოვნას.²

8. ჭეჭელაშვილის თარგმანი, ე. ჩაჩანიძისა და თ. დარჯანიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 37.

¹ „ხელშეკრულება, რომლითაც ერთი მხარე იღებს ვალდებულებას, უძრავ ნივთზე საკუთრება გადასცეს სხვას ან შეიძინოს იგი, მოითხოვს წერილობით ფორმას“.

² იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 331-ე მუხლი, 122; იხ. თოდუა მ., ვილემსი ჰ., ვალდებულებითი სამართალი, თბილისი, 2006, 111; Litvinoff S., Consent Revisited - Offer Acceptance Option Right of First Refusal and Contracts of Adhesion in the Revision of the Louisiana Law of Obligations, Louisiana Law Review, Vol. 47, Issue 4, 1986, 724; Radulescu Tudor V., The Option Agreement in the New Romanian Civil Code, Perspectives of Business Law Journal, Vol. 1, Issue 1, 2012, 262. თუმცა აღსანიშნავია, რომ სასამართლოები ყოველთვის არ იზიარებენ მსგავს ერთგვარ ფორმალისტურ მიდგომას და კანონის მიზნობრივი განმარტების საფუძველზე ძირითადი ხელშეკრულებისათვის დადგენილ მოთხოვნას შესრულებულად მიიჩნევენ, თუ ამ მოთხოვნას აკმაყოფილებს შეთანხმება ოფციის უფლების მინიჭების თაობაზე. მაგალითად, ერთ-ერთ საქმეზე ინგლისური სასამართლოს წინაშე დაისვა საკითხი, თუ როგორ უნდა განმარტებულიყო საკუთრების შესახებ 1989 წლის აქტის მოთხოვნა, რომლის თანახმადაც უძრავ ქონებაზე საკუთრების გადაცემის თაობაზე ხელშეკრულების დასადებად საჭირო იყო მასზე თითოეული მხარის ხელმოწერა. მოსამართლე ჰოფმანის აზრით, მიუხედავად იმისა, რომ ნასყიდობის ურთიერთობა წარმოიშობოდა არა უშუალოდ ოფციაზე შეთანხმებით, არამედ მოგვიანებით ოფციის ცალმხრივად განხორციელების მომენტში, რადგანაც კანონის მიზანი იყო მხარეთა საერთო ნების დაფიქსირება ნასყიდობის ხელშეკრულების პირობების შემცველ დოკუმენტზე, აღნიშნული მიზანი მიიღწეოდა ოფციის შეთანხმებაზე მხარეთა მიერ ხელმოწერითაც და აუცილებლობას აღარ წარმოადგენდა იმავე ფორმალურობის დაცვა ოფციის განხორციელების (აქცეპტის) ეტაპზე (იხ. Spiro v Glencrown Properties Ltd [1991] Ch 537).

აქედან გამომდინარე, ოფციის ხელშეკრულების მხარეებს თავად შეუძლიათ წინასწარ შეათანხმონ ის პირობები - კანონმდებლობის იმპერატიული ნორმების გათვალისწინებით - რომლებსაც უნდა შეესაბამებოდეს ოფციის მფლობელის მიერ განხორციელებული აქცეპტი. შეთანხმებული პირობების დაუცველად განხორციელებული ოფცია (აქცეპტი) არ წარმოშობს სამართლებრივ შედეგებს და იურიდიული ძალის არმქონედ ჩაითვლება.

II. გამოსყიდვის სამართლებრივი არსი

1. გამოსყიდვის უფლება როგორც ოფციის ერთ-ერთი სახე

ნასყიდობის ხელშეკრულების მხარეებს უფლება აქვთ ხელშეკრულებით გაითვალისწინონ გამყიდველის უფლება გარკვეული ვადის გასვლის შემდეგ გასხვისებული ნივთის უკან გამოსყიდვის შესახებ. აღნიშნულს განამტკიცებს სკ-ის 509-ე მუხლი, რომლის თანახმადაც „თუ გამყიდველს ნასყიდობის ხელშეკრულებით აქვს გამოსყიდვის უფლება, ამ უფლების განხორციელება დამოკიდებულია გამყიდველის ნებაზე“.¹ თავისი არსით, გამოსყიდვის უფლება ოფციის სპეციალურ სახედ უნდა იქნეს მიჩნეული, ვინაიდან მას გააჩნია ყველა ის ძირითადი ელემენტი, რომლებიც ოფციისათვისაა დამახასიათებელი: ერთ-ერთი მხარე (მყიდველი) შეთანხმების საფუძველზე აძლევს მეორე მხარეს (გამყიდველს) წინასწარ უფლებას, ცალმხრივი ნების გამოვლენის გზით უკან შეისყიდოს გაყიდული ნივთი, რაც აღარ საჭიროებს კონტრაქტისგან დამატებით თანხმობას.² გამოსყიდვის უფლების განხორციელებას

¹ გამოსყიდვის უფლების შესახებ დამატებით იხ. ძლიერიშვილი ზ., ქონების საკუთრებაში გადაცემის ხელშეკრულებათა სამართლებრივი ბუნება, თბილისი, 2010, 75-77; ჭეჭელაშვილი ზ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2010, 263-264.

² გამოსყიდვის უფლების როგორც ოფციური ტიპის უფლების შესახებ დამატებით იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მეოთხე, ტომი I, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2001, 56-57; ჩაჩავა ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ონლაინ-კომენტარი, 515-ე მუხლი, <<https://bit.ly/3CTfSFH>> [19.03.2022].

შედგად *ipso iure* მხარეთა შორის იდება ახალი ნასყიდობის ხელშეკრულება.

გემოაღნიშნულის მიუხედავად, გამოთქმულია მოსაზრება გამოსყიდვის ხელშეკრულების როგორც ნასყიდობის ხელშეკრულებიდან გასვლის თაობაზე შეთანხმებად შესაძლო განხილვის თაობაზე.¹ მაგალითად, ნასყიდობის ხელშეკრულებით მხარეები შეიძლება შეთანხმდნენ მყიდველის ან გამყიდველის მიერ განსაზღვრული ვადის ფარგლებში ან/და პირობებით ხელშეკრულებიდან გასვლის შესახებ, რა დროსაც მხარეებს, ჩვეულებრივ, ეკისრებათ ვალდებულება ერთმანეთს დაუბრუნონ მიღებული შესრულება და სარგებელი, სკ-ის 352-ე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად (კანონის ანალოგია).² ამ შემთხვევაში, ადგილი ექნება მხარეთა შეთანხმებას სახელშეკრულებო გასვლის უფლებაზე, რაც, მართალია, პირდაპირ არ არის გათვალისწინებული მოქმედი კანონმდებლობით, მაგრამ გამომდინარეობს სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპიდან და, ასევე, აღიარებულია სამართლებრივ დოქტრინაშიც.³

მიუხედავად იმისა, რომ კანონმდებლობა არ კრძალავს ზემოხსენებული შინაარსის შეთანხმების დადებას მხარეთა შორის, მაინც არ უნდა იქნეს გაზიარებული მოსაზრება გამოსყიდვის უფლების სახელშეკრულებო გასვლის უფლებასთან გაიგივების თაობაზე. კერძოდ, გამოსყიდვის ობიექტი ყოველთვის არის თავდაპირველი ნასყიდობის საგანი, ვინაიდან სწორედ გაყიდულ ნივთზეა მიდევნებული გამყიდველის (გამომსყიდველის) უფლება, მაშინ როდესაც ნასყიდობის ხელშეკრულებიდან გასვლისას გამყიდველს კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში⁴ შესაძლებელია არ დაუბრუნდეს გაყიდული ნივთი და მის ნაცვლად მიიღოს ფულადი ანაზღაურება. ხელშეკრულებიდან გასვლის

¹ ჩაჩავა ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ონლაინ-კომენტარი, 509-ე მუხლი, <<https://bit.ly/3ubFrET>> [19.03.2022].

² იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 295.

³ იქვე; იხ. ასევე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მესამე, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2001, 240-242; ჭეჭელაშვილი ზ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2010, 113.

⁴ სკ-ის 352-ე მუხლის მე-2 ნაწილი.

დროს უქმდება არსებული ვალდებულებით სამართლებრივი ურთიერთობა და ხდება მისი ტრანსფორმირება შესრულებათა უკან დაბრუნების ურთიერთობად, რომელიც წესრიგდება სკ-ის 352-ე და მომდევნო მუხლებით, რაც არ მოიაზრებს მხარეთა შორის ახალი სახელშეკრულებო ურთიერთობის წარმოშობას, როგორც ამას ადგილი აქვს გამოსყიდვისას. თავად ის ფაქტი, რომ გამოსყიდვის უფლების განხორციელების შემდეგ წარმოქმნილი ურთიერთობა მოქმედი კანონმდებლობით დარეგულირებულია სწორედ ნასყიდობის სამართალში, მიანიშნებს, რომ საუბარია უშუალოდ ნასყიდობის ხელშეკრულებიდან წარმომდგარ ურთიერთობაზე და არა - ხელშეკრულებიდან გასვლით დაფუძნებულ უფლება-ვალდებულებებზე. გარდა ამისა, არც ის უნდა იყოს შემთხვევითი, რომ კანონმდებელმა ერთად, ნასყიდობის ერთსა და იმავე ქვეთავში, მოაქცია გამოსყიდვისა და ოფციის მომწესრიგებელი მუხლები, რაც მიუთითებს კანონმდებლის გაცნობიერებულ გადაწყვეტილებაზე ამ ორი ინსტიტუტის ერთიან კონტექსტში განხილვის აუცილებლობის შესახებ.

ყოველივე ზემოთ თქმული, რა თქმა უნდა, არ უნდა იქნეს გაგებული ისე, თითქოს სკ-ის 509-ე-514-ე მუხლებით რეგლამენტირებულ გამოსყიდვის ოფციასა და სკ-ის 515-ე მუხლით განსაზღვრულ „ჩვეულებრივ“ ოფციას შორის არ არსებობს არავითარი განსხვავება. მართალია, არსობრივად მათ საერთო შინაარსი გააჩნიათ, თუმცა აშკარაა ისიც, რომ კანონმდებელმა შეგნებულად ჩამოაყალიბა დამატებით სპეციალური დებულებები, რომლებიც მხოლოდ გამოსყიდვას შეეხება და განასხვავებს მას ფორმალურად გენერალური ოფციისაგან.¹ ამ შემთხვევაში, მთავარი განსხვავება მდგომარეობს გამოსყიდვის ფასის, გამოსყიდვის ვადისა და გაყიდული ნივთის განკარგვის მარეგულირებელ იმპერატიულ წესებში, რაც სპეციალურადაა დადგენილი სკ-ის

¹ ამ კუთხით, ოფციასა და გამოსყიდვას შორის არსებული სხვაობის შესახებ დამატებით იხ. ჩიტოშვილი თ., გამოსყიდვა და ოფცია, როგორც უფლებით სარგებლობისა და საკუთრებაში გადაცემის საფუძველი, ბესარიონ ზოიძე 60, საიუბილეო კრებული, ლ. ჭანტურიასა და ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 380-382.

511-ე, 513-ე და 514-ე მუხლებით და არ ვრცელდება სხვა ტიპის ოფციურ ურთიერთობებზე. კერძოდ, გამოსყიდვა უნდა განხორციელდეს თავდაპირველი ფასით, ამ უფლების გამოყენების ვადა არ უნდა აღემატებოდეს ათ წელს და გამოსყიდვამდე მყიდველს (მესაკუთრეს) კანონის საფუძველზე ეზღუდება ნივთის გასხვისების უფლება. ნასყიდობის ხელშეკრულების მხარეთა მიერ სხვაგვარი შინაარსით დადებული შეთანხმებას გამოსყიდვის თაობაზე იურიდიული ძალა არა აქვს და ბათილია.

III. ოფციის ხელშეკრულების დარღვევა და მისგან გამომდინარე სამართლებრივი შედეგები

1. შემთავაზებლის მიერ ოფერტის გამოთხოვა

მნიშვნელოვანია, განხილულ იქნეს, თუ რა გავლენას ახდენს შემთავაზებლის უარი ძირითადი ხელშეკრულების დადებაზე უფლებამოსილი პირის მიერ აქცეპტის განხორციელებამდე. კერძოდ, ყურადღება უნდა გამახვილდეს, შეუძლია თუ არა შემთავაზებელს, ოფციაზე შეთანხმების მიუხედავად, გამოიხმოს საკუთარი ოფერტი, ვიდრე ოფციის მფლობელი განხორციელებს ოფციას. ქვემოთ წარმოდგენილი მსჯელობის საფუძველზე შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ოფციის ხელშეკრულების ფარგლებში გაკეთებული ოფერტი, ვიდრე ოფცია ძალაშია, არის გამოუთხოვადი და შემთავაზებელი ვერ დააბრკოლებს ოფციის მფლობელის მიერ აქცეპტის განხორციელების შემთხვევაში ძირითადი ხელშეკრულების დადებას.

ოფერტის გამოთხოვაზე მსჯელობისას, ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს ოფერტის გამოთხოვა ადრესატის მიერ მის მიღებამდე და მიღების შემდეგ. იურიდიულ ლიტერატურაში გაბატონებული მოსაზრების თანახმად, ოფერტის ადრესატამდე მისვლამდე ოფერენტი არ არის შებოჭილი და ამ პერიოდში მას ნებისმიერ დროს შეუძლია გააუქმოს თავისი ოფერტი.¹ აღნიშნული დასკვნა ეფუძნება, ერთი მხრივ, სკ-ის 51-

¹ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2002, 172; საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2017, 299-301; იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 282

ე მუხლის მე-2 ნაწილის ჩანაწერს („ნების გამოვლენა არ ჩაითვლება ნამდვილად, თუ მეორე მხარე წინასწარ ან მაშინვე განაცხადებს უარს“), ხოლო, მეორე მხრივ, თავად ცალმხრივი ნების გამოვლენის სამართლებრივ ბუნებას. კონკრეტულად, ვინაიდან ოფერტის როგორც მიღებასავალდებულო ნების ნამდვილობა დამოკიდებულია ადრესატთან მის მისვლაზე, ლოგიკურიცაა, რომ ოფერენტს ჰქონდეს უფლება გამოერიცხოს თვითბოჭვა მეორე მხარის მიერ ოფერტის მიღებამდე, ახალი მიღებასავალდებულო ნების გამოვლენის გზით.

ოფციის შემთხვევაში, გასათვალისწინებელია, რომ ოფციის ხელშეკრულების დადების მომენტშივე ოფერტი უკვე ითვლება მისულად მეორე მხარესთან (ოფციის მფლობელთან), რის გამოც ოფერენტი ფიზიკურად ვეღარ გამოითხოვს თავის ნებას იმ შესაძლო არგუმენტზე დაყრდნობით, რომ ოფერტი ჯერ კიდევ არ გამხდარა ნამდვილი. ამის სანაცვლოდ, ასეთ ვითარებაში შემთავაზებელს ძირითადი ხელშეკრულების დადებაზე უარის თქმის მიზნით შეუძლია მხოლოდ დაეყრდნოს ძალაში შესული ოფერტის გამოხმობის მარეგულირებელ ზოგად წესებს.

სკ-ის ნორმები, რომლებიც აწესრიგებს ნების გამოვლენის ნამდვილობისა და ხელშეკრულების დადების (ოფერტისა და აქცეპტის განხორციელების) საკითხებს, არ შეიცავს პირდაპირ პასუხს იმათთან დაკავშირებით, შეუძლია თუ არა ოფერენტს გამოიხმოს მიერ მიერ უკვე გაკეთებული და ძალაში შესული ოფერტი, ადრესატის მიერ მის აქცეპტირებამდე. ამ კუთხით, გასაზიარებელია იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრება, რომელიც, ადრესატის დაცვის ღირსი სამართლებრივი ინტერესის გათვალისწინებით, გარკვეული პირობებით ზღუდავს ოფერტის გამოხმობის უფლებას.¹ მაგალითად, თუკი ოფერენტმა ოფერტის მოქმედებისათვის განსაზღვრა შესაბამისი ვადა, სკ-ის

III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 119; კერესელიძე დ., კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები, თბილისი, 2009, 248-249; მაისურაძე დ., დარჯანია თ., პაპუაშვილი შ., სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი ნაწილი (კაზუსების კრებული), თბილისი, 2017, 81-82.

¹ ოფერტის გამოთხოვასთან დაკავშირებით უფრო დაწვრილებით იხილეთ შედარებით-სამართლებრივი კვლევა: ბაღიშვილი ე., ნების გამოვლენის

331-ე მუხლიდან გამომდინარე, შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ ამ ვადის გასვლამდე ბათილი იქნება ოფერტის უკან გახმობა („თუ ოფერენტმა აქცეპტისათვის განსაზღვრა ვადა, მაშინ აქცეპტი შეიძლება განხორციელდეს მხოლოდ ამ ვადაში“).¹ ანალოგიურად უნდა შეფასდეს ის ვითარებაც, როდესაც აქცეპტის განხორციელებისათვის, მართალია, არ არის დადგენილი შესაბამისი ვადა, თუმცა იგი განსაზღვრებადია ოფერტის შინაარსის ან კონკრეტული გარემოებების საფუძველზე. საინააღმდეგო განმარტების პირობებში, კითხვის ნიშნის ქვეშ დადგებოდა ოფერტის როგორც მხოტავი ნების გამოვლენის იურიდიული ბუნება და დაირღვეოდა ინტერესთა ის ბალანსი, რომელიც, კეთილსინდისიერების პრინციპზე დაყრდნობით, უნდა არსებობდეს სამართლებრივი ურთიერთობების მონაწილეთა შორის.

შესაბამისად, არ უნდა იქნეს გაზიარებული საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში *obiter dictum*-ის² სახით შემოთავაზებული პოზიცია, რომლის თანახმადაც ოფერტის დადასტურებამდე ოფერენტს ნებისმიერ დროს შეუძლია გამორიცხოს სახელშეკრულებო თვითბოჭვა.³ აღნიშნული მოსაზრება არ შეესაბამება ქართულ სამართალში დამკვიდრებულ მიდგომას ოფერტის მხოტავ ხასიათთან

(ოფერტის) გამოთხოვა უნიფიცირებულ კერძო სამართალში, ყურნალი „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, სპეციალური გამოცემა, 2007, 72-120.

¹ იხ. თოდუა მ., ვილემსი ჰ., ვალდებულებითი სამართალი, თბილისი, 2006, 64-65, 111-112; ოფერტის გამოუთხოვად ხასიათთან დაკავშირებით დაწვრილებით იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 116-120.

² (ლათ.) სასამართლოს ან სხვა ორგანოს გადაწყვეტილებაში წარმოდგენილი ისეთი დასკვნა/პოზიცია, რომლის მითითება არ არის აუცილებელი კონკრეტული საქმის გადასაწყვეტად და წარმოადგენს მხოლოდ ავტორიტეტულ მოსაზრებას ამა თუ იმ სამართლებრივ საკითხზე. სწორედ ამ მიზეზით, საერთო სასამართლოს სისტემის ქვეყნებში სასამართლოს გადაწყვეტილებაში გამოთქმულ *dictum*-ს არ გააჩნია პრეცედენტული ძალა.

³ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 17 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე Neas-376-360-2016, პარაგრაფი 1.4.4.

დაკავშირებით და მით უფრო ვერ იქნება გაზიარებული ოფციის კონტექსტში, რომელიც ისტორიულად სწორედ ოფერტის გამოთხოვადობასთან დაკავშირებული რისკების დასაზღვევად ჩამოყალიბდა. გარდა ამისა, სკ-ის ის ნორმები, რომლებიც არეგულირებს ოფციას ნასყიდობის სამართლის ფარგლებში (კერძოდ, სკ-ის 509-ე და 515-ე მუხლები გამოსყიდვის, შესყიდვისა და გაყიდვის ოფციის შესახებ), ცალსახად უთითებს ოფციის მფლობელის *კალმხრივ* უფლებებზე, მიაღწიოს მეორე მხარესთან ხელშეკრულების დადებას საკუთარი სურვილის შესაბამისად, რაც კიდევ ერთხელ ცხადყოფს, რომ ოფციის შემთავაზებელს არ შეუძლია ოფციის პირობების სანაღმდეგოდ საკუთარი ოფერტის უკან გახმობა.

საგულისხმოა, რომ ოფერტის მხოტავ ძალასთან დაკავშირებით განსხვავებული მიდგომები არსებობს, ერთი მხრივ, კონტინენტური და, მეორე მხრივ, საერთო სამართლის სისტემის იურისდიქციებში. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 145-ე პარაგრაფის თანახმად, „პირი, რომელიც სხვა პირს სთავაზობს ხელშეკრულების დადებას, შებოჭილია ოფერტით, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც მან ბოჭვა გამოორიცხა“.¹ ამ ვითარებაში, თუ თავად ოფერტი არ შეიცავს მითითებას მისი გამოთხოვის შესახებ, ივარაუდება, რომ პირი იბოჭება ოფერტით იმ მომენტიდან, როდესაც ეს ნება აღრესატს მიუვა, აქცეპტის განხორციელების ვადის განმავლობაში.² ანალოგიურად, ჰოლანდიის სამოქალაქო კოდექსის 6:219 (1) მუხლი პირდაპირ ადგენს: „ოფერტი შეიძლება გამოსხმობილ იქნეს, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ განსაზღვრულია მისი აქცეპტირების ვადა ან მისი გამოუთხოვადი ბუნება სხვაგვარად გამომდინარეობს ოფერტიდან“. ნიშანდობლივია, რომ ჰოლანდიის სამოქალაქო კოდექსი ერთმნიშვნელოვნად ადგენს ოფციის ხელშეკრულებით განსაზღვრული ოფერტის გამოუთხოვად ხასიათსაც: „სახელშეკრულებო პირობა, რომლის თანახმადაც ერთ-ერთი მხარე

¹ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, 8. ჭეჭელაშვილის თარგმანი, ე. ჩაჩანიძისა და თ. დარჯანიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 36.

² ბალიშვილი ე., ნების გამოვლენის (ოფერტის) გამოთხოვა უნიფიცირებულ კერძო სამართალში, ჟურნალი „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, სპეციალური გამოცემა, 2007, 78.

კისრულობს ვალდებულებას დადოს კონკრეტული ხელშეკრულება მეორე მხარესთან ამ უკანასკნელის მოთხოვნის შემთხვევაში, მიიჩნევა გამოუთხოვად ოფერტად“ (ჰოლანდიის სამოქალაქო კოდექსის 6:219 (3) მუხლი).

საპირისპირო მიდგომა განვითარდა საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში, სადაც ტრადიციულად მიიჩნეოდა და დღესაც მიიჩნევა, რომ, ზოგადად, დაპირება (ოფერტი) არააალსრულებადია და არ ავალდებულებს დაპირების გამცემს, თუკი დაპირება გაცემულია საპასუხო დაკმაყოფილების (Consideration) გარეშე ან იგი არ არის ასახული სპეციალური ფორმალობის დაცვით შედგენილ დოკუმენტში.¹ საერთო სამართალში აღიარებული პრინციპის თანახმად, აღრესატის მიერ თანხმობის გაცხადებამდე, ოფერენტს, ჩვეულებრივ, ნებისმიერ დროს შეუძლია ოფერტის გამოთხოვა, თუნდაც აქცეპტისათვის წინასწარ იყოს გარკვეული ვადა დადგენილი.² სწორედ ამ წესიდან გამონაკლისის დადგენას ემსახურებოდა საერთო სამართლის წიაღში ოფციის სამართლებრივი ინსტიტუტის აღმოცენება, რომლის ფარგლებშიც, ზოგადი წესიდან გამონაკლისის სახით, მხარეთა მიერ ოფციის სანაცვლოდ შემხვედრ დაკმაყოფილებაზე შეთანხმების (მაგ., შემთავაზებლისათვის ოფციის მფლობელის მიერ გარკვეული საზღაურის, პრემიუმის გადახდა) ან სხვა ფორმალური პირობების დაკმაყოფილების შემთხვევაში, შესაძლებელი იქნებოდა ოფერენტის ბოჭვა მისივე ოფერტით.³

ზემოთ განხილულის გათვალისწინებით, ქართულ სამართალში, ოფციის მოქმედების განმავლობაში ოფერტი რჩება ძალაში და ოფციის

¹ Corbin A.L., Option Contracts, Yale Law Journal, Vol. 23, Issue 8, 1913-1914, 641-663, 641, 644; Katz A.V., The Option Element in Contracting, Virginia Law Review, Vol. 90, Issue 8, 2004, 2192; Cozzillio M.J., The Option Contract: Irrevocable Not Irretractable, Catholic University Law Review, Vol. 39, Issue 2, 1990, 498.

² Cozzillio M.J., The Option Contract: Irrevocable Not Irretractable, Catholic University Law Review, Vol. 39, Issue 2, 1990, 498; ბალიშვილი ე., ნების გამოვლენის (ოფერტის) გამოთხოვა უნიფიცირებულ კერძო სამართალში, ყურნალი „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, სპეციალური გამოცემა, 2007, 84.

³ Katz A.V., The Option Element in Contracting, Virginia Law Review, Vol. 90, Issue 8, 2004, 2196-2197.

მფლობელს ნებისმიერ დროს შეუძლია მოახდინოს მისი მიღება (აქცეპტი), ოფციის პირობების შესაბამისად. ძალაში მყოფი ოფერტის აქცეპტირებით, მხარეთა შორის ფუძნდება ახალი სახელშეკრულებო ურთიერთობა, რომელიც დარეგულირდება საერთო წესების საფუძველზე. აღნიშნულის საპირისპიროდ, თუკი რაიმე საფუძვლით შემთავაზებელი შეწყვეტს ოფციის ხელშეკრულებას და ეს შეწყვეტა მართლზომიერია, ოფერტი - თუ გარემოებებიდან სხვა რამ არ გამომდინარებს - დაკარგავს ძალას და დაინტერესებული მხარე ვეღარ შეძლებს ოფციის განხორციელებას. ასეთ ვითარებაში, ივარაუდება, რომ ოფციის ხელშეკრულების ძალაში ყოფნა წარმოადგენდა ოფერტის მოქმედების ერთ-ერთ (ნაგულისხმევ) პირობას, რომლის შეუსრულებლობაც უკარგავს იურიდიულ ძალას ოფერტს და ართმევს ოფციის მფლობელს უფლებას, განახორციელოს აქცეპტი.

2. მესამე პირთან გარიგების დადება ოფციის პირობების დარღვევით

2.1. მესაკუთრის განკარგვის უფლებამოსილების შეზღუდვა ოფციის საფუძველზე

ოფციის ხელშეკრულებით, შემთავაზებელი იღებს ვალდებულებას არა მხოლოდ დატოვოს ოფერტი ძალაში შეთანხმებული პერიოდის განმავლობაში, არამედ არ განახორციელოს ისეთი მოქმედება, რომელიც დააბრკოლებს ოფციის მფლობელის მიერ საკუთარი უფლებით სარგებლობას; ასეთ მოქმედებად შეიძლება ჩაითვალოს ვალდებული პირის მიერ ოფციით განსაზღვრული ძირითადი ხელშეკრულების საგნის დაზიანება, განადგურება ან მესამე პირზე გასხვისება.¹ ამ თვალსაზრისით, განხილული უნდა იქნეს რა სამართლებრივი შედეგები მოჰყვება შემთავაზებლის მიერ ოფციის საწინააღმდეგოდ იმ საგნის განკარგვას, რომელიც წარმოადგენს ძირითადი ხელშეკრულების საგანს, კონკრეტულად გამოსყიდვისა და შესყიდვის ოფციათა კონტექსტში.

¹ Hutchison D., Remedies for Breach of an Option, South African Law Journal, Vol. 105, Issue 3, 1988, 548.

2.2. გამოსყიდვის უფლების განხორციელებამდე მყიდველის მიერ ნივთის გასხვისება

გამოსყიდვის პირობის დარღვევით დაღებული გარიგების (გასხვისების) სამართლებრივ ბედს განსაზღვრავს სკ-ის 513-ე მუხლის იმპერატიული ჩანაწერი, რომლის მიხედვითაც „თუ მყიდველმა გამოსყიდვის უფლების განხორციელებამდე გაასხვისა ნაყიდი ნივთი, ასეთი გასხვისება ბათილია“.¹ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ ამ შემთხვევაში სახეგა უცილოდ ბათილი გარიგება სკ-ის 61-ე მუხლის პირველი ნაწილის გაგებით და გამომსყიდველს აქვს უფლება მოითხოვოს არამართლზომიერად გასხვისებული ნივთის უკან დაბრუნება.² თუმცა, აღნიშნულის მიუხედავად, დამუსტებას საჭიროებს სკ-ის 513-ე მუხლის მოქმედების ფარგლები კეთილსინდისიერი შეძენის მარეგულირებელ ჩარჩოსთან მიმართებით.

სადავოა, რამდენად გამორიცხავს შეძენის კეთილსინდისიერება სკ-ის 513-ე მუხლით განსაზღვრული შედეგის დადგომას სკ-ის 158-ე, 187-ე (მოძრავ ნივთებთან მიმართებით) და 185-ე, 312-ე (უძრავ ნივთებთან და რეგისტრაციუწარიან უფლებებთან მიმართებით) მუხლების გათვალისწინებით. ნიშანდობლივია, რომ სკ-ის 513-ე მუხლი არ შეიცავს რაიმე დათქმას კეთილსინდისიერი შეძენის გამონაკლისთან დაკავშირებით და არაორაზროვნად უთითებს გამოსყიდვის უფლების განხორ-

1 საინტერესოა, რომ, ზემოაღნიშნულისგან განსხვავებით, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის შესატყვისი ნორმა არ ადგენს ასეთი გასხვების ბათილობას და, ნაცვლად ამისა, უთითებს მხოლოდ შემდეგს: „თუ ახალმა გამყიდველმა გამოსყიდვის უფლების რეალიზაციამდე განკარგა გაყიდული ნივთი, იგი ვალდებულია, უზრუნველყოს ნივთის გათავისუფლება მასზე დადგენილი მესამე პირების უფლებებისაგან. ახალი გამყიდველის განკარგვას უთანაბრდება იძულებითი აღსრულების პროცესში ან ყადაღის დადებისას, ანდა გაკოტრების მმართველის მიერ განხორციელებული განკარგვა“ (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, §. 349-350-ის თარგმანი, ე. ჩაჩანიძისა და თ. დარჯანიას რედაქტორებით, თბილისი, 2019, 114-115).

² იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მეოთხე, ტომი I, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2001, 55.

ციელეზამდე მესამე პირთან დადებული გარიგების ბათილობის თაობაზე, რაც გვაფიქრებინებს, რომ ნორმის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობა ზედმიწევნით ასახავს კანონმდებლის ნებას მოცემულ ვითარებაში.¹

გარდა ამისა, საკითხავია, რამდენად ვრცელდება, ცალკე აღებული, კეთილსინდისიერი შეძენის მარეგულირებელი დებულებები შეზღუდული განკარგვის უფლების მქონე მესაკუთრის მიერ განხორციელებულ გასხვისებაზე. ზოგადი წესის თანახმად, კეთილსინდისიერება მიემართება გამსხვისებლის საკუთრების უფლებას², ხოლო განკარგვის უფლებამოსილებისადმი ნდობა, თუ სპეციალური კანონი სხვაგვარ მოწესრიგებას არ ადგენს, არ არის დაცული³. ამ თვალსაზრისით, მოძრავ ნივთებთან მიმართებით, სკ-ის 158-ე მუხლის პირველი ნაწილი და აგრეთვე, 187-ე მუხლი ერთმნიშვნელოვნად ადგენს კეთილსინდისიერების სუბიექტურ საზომად შეძენის ნდობას გამსხვისებლის საკუთრების უფლებისადმი, რაც თავის მხრივ გამომდინარეობს გამსხვისებლის მიერ ნივთზე მფლობელობის განხორციელების ობიექტური ფაქტიდან:

¹ როგორც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო განმარტავს, „კანონი გაგებული და აღქმული უნდა იყოს ისე, როგორც ის არის დანერგილი. სამართალშეფარდებისას უპირატესობა ენიჭება კანონის ნებას [...] [სამართალშემფარდებელს] ევალება იხელმძღვანელოს ნორმის ტექსტით, მასში პრაქტიკულად ასახული, გათვალისწინებული და არა გასათვალისწინებელი სინამდვილით“ (იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 24 ოქტომბრის №1/2/519 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე თამარ ჩუგოშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II, პუნქტი 30). „როდესაც ნორმის ტექსტი აშკარაა და შესატყვისი განმარტება არ წარმოშობს აბსურდულ ან არაპრაქტიკულ შედეგებს, სიტყვები აღქმულ უნდა იქნეს როგორც საბოლოო გამოხატულება გამიზნული მნიშვნელობისა“ (იხ. *United States v. Missouri Pacific R. Co.*, 278 U.S. 269, 278, აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება (US S. Ct. 1929)). კანონის ინტერპრეტაციის პრობლემატიკაზე ვრცლად იხ. Scalia A., Garner B., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, 2012, 33-41, 56-58, 343-346, 349-351.

² საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2018, 136.

³ ჭეჭელაშვილი ზ., სანივთო სამართალი, თბილისი, 2014, 207.

„187 I მუხლის მიხედვით დაცული კეთილსინდისიერება უნდა უკავშირდებოდეს შემძენის ნდობას იმასთან დაკავშირებით, რომ გამსხვილებელი ნივთის მესაკუთრეა. ნდობა გამსხვილებლის ქმედუნარიანობასთან, მისთვის მინიჭებულ წარმომადგენლობის უფლებამოსილებასთან ან სხვა წინაპირობებთან დაკავშირებით (მაგალითად, „ნამდვილი უფლების“ არსებობა) დაცული არ არის. ზოგადად, დაცული არ არის არც ნდობა გამსხვილებლის განკარგვის უფლებამოსილების მიმართ, თუმცა გამონაკლისის სახით სპეციალური დანაწესი შეიძლება ითვალისწინებდეს კონკრეტული ურთიერთობის ფარგლებში განკარგვის უფლებამოსილების მიმართ ნდობის დაცვასაც“.¹

რაც შეეხება ნდობას საჯარო რეესტრში დაცულ მონაცემებთან მიმართებით - განსაკუთრებით, უძრავ ნივთებზე - კანონმდებლობით დადგენილია პრეზუმფცია, რომ რეესტრი სწორად ასახავს ინფორმაციას სარეგისტრაციო ობიექტზე არსებული რეგისტრაციუნიარნი უფლებების, ვალდებულებებისა და საჯაროსამართლებრივი შეზღუდვების შესახებ („საჯარო რეესტრში რეგისტრირებულ მონაცემთა მიმართ მოქმედებს უტყუარობის პრეზუმფცია, ვიდრე ისინი საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით ძალადაკარგულად, ბათილად ან არარად არ იქნება ცნობილი“ [საჯარო რეესტრის შესახებ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლი]). ვინაიდან გამოსყიდვის უფლების განხორციელებამდე მყიდველის მიერ ნივთის გასხვისებისას გამსხვილებლად, როგორც წესი, გვევლინება ნამდვილი მესაკუთრე (მყიდველი), არ სრულდება სკ-ის 185-ე მუხლისა და 312-ე მუხლის მეორე ნაწილის წინაპირობები რეესტრში არასწორად რეგისტრირებული უფლების კეთილსინდისიერ შემქნასთან დაკავშირებით. თუმცა საჯარო რეესტრის შესახებ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლითა და სკ-ის 312-ე მუხლის პირველი ნაწილით განმტკიცებული რეესტრის მონაცემების სისრულისა და უტყუარობის პრეზუმფცია, აგრეთვე, შეიცავს შემძენის დაცვის დამატებით გარანტიას, რომლის მიხედვითაც დაცულია შემძენის ნდობა არა მხოლოდ პოზიტიურად, არამედ ნეგატიურადაც: ივარაუდება, რომ

¹ რუსიაშვილი გ., სირდაძე ლ., ეგნატაშვილი დ., სანივთო სამართალი (კაზუსების კრებული), თბილისი, 2019, 185.

უფლება იმ ფარგლებში და იმ ფორმით არსებობს, რაც საჯარო რეესტრშია მითითებული („რეესტრის მონაცემების მიმართ მოქმედებს უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია, ე.ი. რეესტრის ჩანაწერები ითვლება სწორად, ვიდრე არ დამტკიცდება მათი უზუსტობა“, სკ-ის 312-ე მუხლის პირველი ნაწილი).

საჯარო რეესტრის მონაცემების სისრულისა და უტყუარობის პრეზუმფციაზე მნიშვნელოვანი განმარტება გააკეთა საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში, სადაც მან აღნიშნა: „სამოქალაქო კოდექსის 312-ე მუხლის მე-2 ნაწილი კლასიკური გაგებით, შეეხება რეესტრის ჩანაწერის იმგვარ უზუსტობას, როდესაც შემძენი წინდახედულობის გონივრულ ფარგლებში გამსხვიებლის უფლებას ნამდვილად მიიჩნევს, თუმცა, საკასაციო პალატის მოსაზრებით, ეს ნორმა ასევე არეგულირებს იმგვარ ურთიერთობებს, რომლებიც შეეხება ქონებაზე რეგისტრირებულ ვალდებულებებსაც, ანუ ამ ნორმათა ანალიზით, შეიძლება დავასკვნათ, რომ როდესაც საქმე ეხება უძრავი ქონების უფლებრივ მდგომარეობას, შემძენს, თავის უფლების დასამტკიცებლად, შეუძლია დაეყრდნოს რეესტრში რეგისტრირებული ფაქტების სისწორის ვარაუდს, თუნდაც სინამდვილეში არასწორი იყოს რეესტრის მონაცემები“.¹ ანალოგიურ წესს პირდაპირ ითვალისწინებს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 892-ე პარაგრაფის პირველი ნაწილის მეორე წინადადება: „თუ უფლებამოსილი პირი განსაზღვრული

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2014 წლის 20 მაისის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-394-373-2013; ანალოგიურ განმარტებას შეიცავს, ასევე, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2013 წლის 16 მაისის გადაწყვეტილება საქმეზე №ბს-761-745(კ-12): „საკასაციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ ინფორმაციას უძრავი ნივთის შესახებ შეიცავს საჯარო რეესტრის ჩანაწერები, რომლის მიმართ მოქმედებს უტყუარობის პრეზუმფცია. საჯარო რეესტრის სისწორის ვარაუდი გულისხმობს იმას, რომ რეგისტრირებული უფლება იმ ფორმით და იმ მოცულობით არსებობს, რაც დაფიქსირებულია საჯარო რეესტრის მონაცემებში. საჯარო რეესტრის უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფციიდან გამომდინარე ითვლება, რომ ვალდებულება თუ ასეთი არსებობს უძრავ ქონებასთან დაკავშირებით, სავალდებულოა რეგისტრირებული იყოს საჯარო რეესტრში, წინააღმდეგ შემთხვევაში, იგულისხმება, რომ ვალდებულება არ არსებობს“.

პირობას რელატიური ბუნების მქონე ვალდებულებების წარმოშობისათვის.¹ ასეთი დასკვნა უშუალოდ გამომდინარეობს საჯარო რეესტრის შესახებ საქართველოს კანონის მე-11 მუხლის მე-5 პუნქტიდან, რომელიც უთითებს, რომ მხოლოდ უძრავი ნივთების რეესტრში რეგისტრირებული სანივთო უფლებების (საკუთრება, აღნაგობა, აღნაგობის უფლების იპოთეკით დატვირთვა, უზუფრუქტი, სერვიტუტი, იპოთეკა) და არა ვალდებულებითი უფლებების წარმოშობისათვის არის აუცილებელი მათი საჯარო რეესტრში რეგისტრაცია. აქედან გამონაკლისია მხოლოდ კერძო სამართლის იურიდიული პირის მონაწილეობით 1 წელზე მეტი ვადით დადებული გარიგებები, რა შემთხვევაშიც რეესტრში რეგისტრაცია უნარიანი ვალდებულებით-სამართლებრივი უფლებებისა (ქირავნობა, ქვექირავნობა, იჯარა, ქვეიჯარა, თხოვნა, ლიზინგი) და უძრავ ნივთზე საკუთრების უფლებასთან დაკავშირე-

¹ მსგავსი გადაწყვეტა საკითხისა ლოგიკურიცაა, ვინაიდან სახელშეკრულებო შეზღუდვები საგნის განკარგვასთან დაკავშირებით, თავისი არსით, რელატიურ ხასიათს ატარებს და განსხვავდება აბსოლუტური ბუნების მქონე სანივთო უფლებებისგან, რომლებზეც განსაკუთრებულად ვრცელდება საჯაროობის პრინციპი (სანივთო და ვალდებულებითი უფლებების გამოჩენის შესახებ დანვრილებით იხ. ზოიძე ბ., ქართული სანივთო სამართალი, თბილისი, 2003, 1-9); დამატებით იხილეთ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მნიშვნელოვანი განმარტება სანივთო და ვალდებულებითი უფლებების შესახებ, რაც გამოირეხება იქნა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მიერ: „შეზღუდული უფლებები შეიძლება იყოს როგორც სანივთო, ისე ვალდებულებითი. სანივთო შეზღუდულ უფლებათა არსებობას ადგილი აქვს აღნაგობის, სერვიტუტის და უზუფრუქტის შემთხვევებში. ვალდებულებით უფლებათა არსებობას, მაგალითად, ქირავნობის შემთხვევაში, რომელიც საკუთრებიდან ინარმოება და წარმოადგენს საკუთრებისავე სახელშეკრულებო დატვირთვას. შეზღუდული სანივთო უფლებების თვისება ისაა, რომ ისინი მიეყვებიან ძირითად უფლებას, როცა იცვლება მისი მესაკუთრე. ასეთი თვისებით ხასიათდება მხოლოდ ზოგიერთი ვალდებულებითი უფლება, მაგალითად, ქირავნობის უფლება. სანივთო შეზღუდული უფლებების წარმოშობისათვის საჭიროა მათი საჯარო რეესტრში რეგისტრაცია, რაც საჭირო არაა ვალდებულებითი უფლებების შემთხვევაში“. იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატი 2013 წლის 2 დეკემბრის განჩინება საქმეზე №ას-820-778-2013.

ბული ვალდებულებების წარმოშობისათვის აუცილებელია მათი რეგისტრაცია საჯარო რეესტრში (საჯარო რეესტრის შესახებ საქართველოს კანონის მე-11 მუხლის მე-5 პუნქტი).

ზემოხსენებულზე დაყრდნობით, შეიძლება დავასკვნათ, რომ მოქმედი კანონმდებლობა საჯარო რეესტრის მონაცემების მიმართ სისრულისა და უტყუარობის პრეზუმფციას ავრცელებს მხოლოდ იმ ტიპის უფლებებზე და ვალდებულებებზე, რომლებიც ექვემდებარება რეესტრში სავალდებულო რეგისტრაციას. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მივიღებდით ისეთ შედეგს, რომ, ერთი მხრივ, რეგისტრაციას ამ ტიპის უფლებების ან ვალდებულებების წარმოშობისათვის არ ექნებოდა დამაფუძნებელი (კონსტიტუციური) მნიშვნელობა, ხოლო, მეორე მხრივ, რეესტრში მათი დაურეგისტრირებლობა შეუქმნიდა სამართლებრივად გამყარებულ ნდობას შემძენს უფლების ან ვალდებულების არარსებობასთან დაკავშირებით, რაც ალოგიკურია. შესაბამისად, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როცა გამოსყიდვის ვადა აღემატება ერთ წელს მაინც და მისი ერთ-ერთი მხარე არის კერძო სამართლის იურიდიული პირი, შეიძლება ვისაუბროთ თეორიულად გამოსყიდვის უფლებით „დატვირთული“ უძრავი ნივთის კეთილსინდისიერ შეძენაზე სკ-ის 312-ე მუხლის პირველი და მეორე ნაწილების გაცებით.

ყოველივე ზემოთ განხილულიდან გამომდინარე, იმ შემთხვევაშიც, თუ ჩავთვლიდით, რომ შეიძლებოდა სკ-ის 513-ე მუხლის მოქმედების ფარგლების შეზღუდვა კეთილსინდისიერი შეძენის მომწესრიგებელი ჩარჩოთი, შედეგი პრაქტიკულად არ შეიცვლება და მყიდველის მიერ გამოსყიდვის უფლების დარღვევით დადებული განკარგვა ბათილი იქნება, შემძენის კეთილსინდისიერების მიუხედავად.¹ ერთადერთი გა-

¹ მიუხედავად ამისა, ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ამ საკითხთან დაკავშირებით გამოთქმულია განსხვავებული პოზიცია, რომლის თანახმადაც სკ-ის 513-ე მუხლის მოქმედებას ზღუდავს შემძენის კეთილსინდისიერება: იხ. ჩიტოშვილი თ., გამოსყიდვა და ოფცია, როგორც უფლებით სარგებლობისა და საკუთრებაში გადაცემის საფუძველი, ბესარიონ ზოიძე 60, საუბილეო კრებული, ლ. ჭანტურასა და ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 371-372; ჩაჩავა ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ონლაინ-კომენტარი, 513-ე მუხლი, <<https://bit.ly/365yFbX>> [19.03.2022].

მონაკლისი, რაც ამ წესიდან შეიძლება დადგინდეს, არის უძრავ ქონებაზე კერძო სამართლის იურიდიული პირის მონაწილეობით დადებული ნასყიდობის ხელშეკრულება გამოსყიდვის უფლებით, რომლის ვადაც აღემატება ერთ წელს და, შესაბამისად, ექვემდებარება საჯარო რეესტრში აუცილებელ რეგისტრაციას.

2.3. შესყიდვის ოფციით სარგებლობამდე შემთავაზებლის მიერ ნივთის გასხვისება

ქართული კანონმდებლობა არ შეიცავს სკ-ის 513-ე მუხლის მსგავს დანაწესს გამოსყიდვის გარდა სხვა სახის ოფციური უფლების დარღვევით დადებული განკარგვის ბათილობასთან დაკავშირებით. შესაბამისად, ისმის კითხვა, თუ რა გავლენას მოახდენს შემთავაზებლის მიერ ძირითადი ხელშეკრულების საგნის განკარგვა იმ პერიოდში, ვიდრე ოფციის მფლობელს გააჩნია საკუთარი უფლებით სარგებლობის შესაძლებლობა.

ამ კუთხით, დასაფიქრებელია, ხომ არ გავრცელდება მსგავს შემთხვევებზე სკ-ის 99-ე-102-ე მუხლებით განსაზღვრული რეგულირება მერყევად ბათილი თანხმობასავალდებულო განკარგვების შესახებ. კონკრეტულად, სკ-ის 102-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, „საგნის განკარგვა არაუფლებამოსილი პირის მიერ ნამდვილია, თუკი იგი ხორციელდება უფლებამოსილი პირის წინასწარი თანხმობით“, ხოლო ამავე მუხლის მეორე ნაწილის მიხედვით, „განკარგვა ხდება ნამდვილი, თუ უფლებამოსილი პირი მას მოიწონებს“. პირი არაუფლებამოსილად ითვლება არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც მას საერთოდ არ გააჩნია ნივთის ან უფლების განკარგვის უფლება, არამედ მაშინაც, როცა მის მიერ საგნის განკარგვა მოითხოვს მესამე პირის თანხმობას.¹

სადავოა, რამდენად არის შესაძლებელი მხარეებმა სახელშეკრულებო შეთანხმებით დაადგინონ თანხმობა სკ-ის 99-ე მუხლის პირველი

¹ ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 409; საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2002, 268; საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2017, 552-555.

ნაწილის გაგებით ერთ-ერთი მათგანის მიერ სამომავლოდ დასადები გარიგების ნამდვილობის წინაპირობად. გასაზიარებელია იურიდიულ ლიტერატურაში დაფიქსირებული პოზიცია იმის თაობაზე, რომ დაუშვებელია ხელშეკრულებით ამა თუ იმ გარიგების ნამდვილობა რომელიმე პირის თანხმობაზე გახდეს დამოკიდებული.¹ შესაბამისად, სკ-ის 99-ე-102-ე მუხლების მიზნებისათვის, თანხმობასავალდებულოა მხოლოდ ისეთი გარიგებები, რომელთა ნამდვილობა *კანონის ძალით* არის დამოკიდებული მესამე პირის თანხმობაზე. რასაკვირველია, „ყოველივე ზემოთ თქმული არ ნიშნავს იმას, რომ მხარეებს არ შეუძლიათ გაითვალისწინონ მათ შორის დადებული გარიგებით ერთი-ერთი მხარის მიერ დასადები შემდგომი გარიგების თანხმობასავალდებულობა, თუმცა ამგვარ შეთანხმებას მხოლოდ ვალდებულებითი ეფექტი აქვს და [...] მართო ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას წარმოშობს“.²

შესაბამისად, ეჭვქვეშ დგას, რამდენადაა შესაძლებელი პირს შევზღუდოს განკარგვის უფლებამოსილება მხოლოდ ვალდებულებითსამართლებრივი შეთანხმების საფუძველზე. როგორც იურიდიულ ლიტერატურაში სამართლიანად არის აღნიშნული, „ორ პირს შორის შეთანხმებულმა სახელშეკრულებო დათქმამ არ უნდა შეზღუდოს სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა მოქმედების თავისუფლება და ნივთების ბრუნვაუნარიანობა [...] განკარგვის სანივთო ძალით აკრძალვა ეწინააღმდეგება *numerus clausus*-ის პრინციპსაც, რადგან ამით, ფაქტობრივად, იქმნება ახალი სანივთო უფლება - საკუთრება განკარგვის ელემენტის გარეშე [...] განკარგვის აკრძალვისათვის სანივთო ეფექტის მინიჭება იქნებოდა ფარდობითი შეთანხმების აბსოლუტური ძალის აღიარება, რაც დაუშვებელია“.³ ხსენებული მსჯელობა გვაძლევს საშუალებას დავასკვნათ, რომ, სკ-ის 513-ე მუხლის მსგავსი შინაარსის ნორმის

¹ ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 401.

² საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2017, 555.

³ რუსიაშვილი გ., სირდაძე ლ., ევნატაშვილი დ., სანივთო სამართალი (კაზუსების კრებული), თბილისი, 2019, 205-206. დათქმა იმის თაობაზე, რომ სახელ-296

არარსებობის პირობებში, შესყიდვის ოფციის საწინააღმდეგოდ მესაკუთრის მიერ საგნის განკარგვა იქნება ნამდვილი და, ჩვეულებრივ, ოფციის მფლობელს არ ექნება უფლება მოითხოვოს ამგვარი განკარგვის შედეგების ანულირება ბათილობაზე მითითებით, თუნდაც შემძენისათვის ცნობილი იყოს ოფციის არსებობის შესახებ.

რასაკვირველია, ოფციის მფლობელი არ რჩება დაცვის გარეშე და მას აქვს უფლება ხელშემკვრელი მხარისაგან მოითხოვოს ვალდებულების დარღვევით მიყენებული ზიანის ანაზღაურება. გარდა ამისა, როგორც უკვე აღინიშნა, საჯარო რეესტრის შესახებ საქართველოს კანონის საფუძველზე, ოფციის მფლობელს აქვს შესაძლებლობა, უძრავ ქონებასთან დაკავშირებული ოფცია დაარეგისტრიროს საჯარო რეესტრში ვალდებულების (შეზღუდვის) სახით, რა შემთხვევაშიც მესაკუთრე, საჯარო რეესტრის საქმიანობის მარეგულირებელი ნორმების შესაბამისად, ვეღარ მოახერხებს საგნის გასხვისებას ოფციის მფლობელის თანხმობის გარეშე.

IV. ოფციის ხელშეკრულების შედარება მომიჯნავე სამართლის ინსტიტუტებთან

1. პირობითი გარიგებანი

ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს, ერთი მხრივ, ოფცია და, მეორე მხრივ, პირობითი გარიგების ინსტიტუტი. სკ-ის 90-ე მუხლის თანახმად, „პირობითად ითვლება გარიგება, როდესაც იგი დამოკიდებულია სამომავლო და უცნობ მოვლენაზე იმით, რომ ან გარიგების შესრულების

შეკრულებო აკრძალვას ან შეზღუდვას საგნის გასხვისებაზე არ გააჩნია სანიეტოსამართლებრივი მოქმედების ეფექტი, პირდაპირაა დადგენილი გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 137-ე პარაგრაფით: „გასხვისებადი უფლების განკარგვის უფლებამოსილება არ შეიძლება გარიგებით გამოირიცხოს ან შეიზღუდოს. ეს ნორმა არ ეხება იმ ვალდებულების სამართლებრივ ძალას, რომლითაც პირი კისრულობს ვალდებულებას, არ განკარგოს უფლება“. იხ. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, ზ. ჭეჭელაშვილის თარგმანი, ე. ჩაჩანიძისა და თ. დარჯანიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 34-35. ასევე, იხ. კროპპოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის სასწავლო კომენტარი, თ. დარჯანიასა და ზ. ჭეჭელაშვილის თარგმანი, თბილისი, 2014, 62-63.

გადადება ხდება მის დადგომამდე, ანდა გარიგების შეწყვეტა - ამ მოვლენის დადგომისთანავე“. მაშასადამე, საუბარია ისეთ პირობაზე, რომელზეც დამოკიდებულია გამოვლენილი ნების (გარიგების) სამართლებრივად მავალდებულებელი ძალა¹ და მისგან გამომდინარე იურიდიული შედეგების წარმოშობა².

მოცემულ შემთხვევაში, მიზანშეწონილია ყურადღება გავამახვილოთ გადადების (სუსპენზიური) პირობით დადებულ გარიგებებზე.³ კერძოდ, სკ-ის 96-ე მუხლის მიხედვით, „გარიგება გადადების პირობით დადებულად ითვლება, თუ გარიგებით გათვალისწინებული უფლებებისა და მოვალეობების წარმოშობა დამოკიდებულია სამომავლო და უცნობ მოვლენაზე, ანდა ისეთ მოვლენაზე, რომელიც უკვე დამდგარია, მაგრამ მხარეთათვის ჯერ კიდევ უცნობია“. აღსანიშნავია, რომ ამგვარი გარიგება თავიდანვე ითვლება დადებულად, თუმცა იგი ძალაში შედის მხოლოდ გარიგებით გათვალისწინებული პირობის დადგომისას.⁴ სწორედ ამ ასპექტში ამჟღავნებს გადადების პირობით დადებული გარიგება მსგავსებას ოფციის ხელშეკრულებასთან - ოფციის ხელშეკრულებით განსაზღვრული სამომავლო გარიგების ამოქმედება, პირობითი გარიგების მსგავსად, უკავშირდება „სამომავლო“ და „უცნობ“ მოვლენას, კერძოდ, ოფციის განხორციელებას.

მოუხედავად ამისა, გასაზიარებელი არ არის იურიდიულ ლიტერატურაში, აგრეთვე, ზოგიერთ უცხოურ სასამართლო გადაწყვეტილებაში

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 19 მაისის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1223-1182-2016.

² საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2002, 253-254.

³ გადადების და გაუქმების პირობით დადებული გარიგებების შესახებ უფრო ვრცლად იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2017, 545-547.

⁴ ჭეჭელაშვილი ზ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2010, 53-54; Fauvarque-Cosson B., The New Provisions on Conditions in the Unidroit Principles 2010, Uniform Law Review, Vol. 16, Issue 3, 2011, 537-548, 539; აღნიშნულ საკითხზე ვრცლად იხ. Zimmermann R., The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1992, 723-725.

გამოთქმული მოსაზრება¹ ოფციის პირობით გარიგებად მიჩნევასთან დაკავშირებით. როგორც უკვე აღინიშნა, პირობითი გარიგება დადებულია ითვლება მხარეთა მიერ მის არსებით პირობებზე შეთანხმების-თანავე, მხოლოდ ამ გარიგების ძალაში შესვლისათვის აუცილებელია სამომავლო და უცნობი მოვლენის დადგომა (პირობის შესრულება). ამისგან განსხვავებით, ოფციის ხელშეკრულებით განსაზღვრული სამო-მავლო (ძირითადი) ხელშეკრულება არ მიიჩნევა თავიდანვე დადებულიად, არამედ მისი დადება დამოკიდებულია ოფციის განხორციელებ-ბაზე (ოფციის ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ოფერტის აქცეპ-ტირებაზე).²

ზემოთ აღწერილი სხვაობა ოფციასა და პირობით გარიგებას შორის არსებით მნიშვნელობას იძენს მხარეთა ქმედუნარიანობისა და მათ მიერ გამოვლენილი ნების ნამდვილობის შეფასების კონტექსტშიც. თუკი, პი-რობითი გარიგების შემთხვევაში, მხარეთა ნების სამართლებრივი ვარ-გისიანობა, ჩვეულებრივ, მონმდება მხოლოდ პირობითი გარიგების დადების მომენტში (კონკრეტულად, ოფერენტისათვის - შეთავაზების გაკეთებისას, ხოლო აქცეპტანტისათვის - მასზე დათანხმებისას), ოფ-ციით გათვალისწინებული ძირითადი ხელშეკრულების შემადგენილი ოფერტისა და აქცეპტის ნამდვილობა მონმდება ორ ეტაპად: შემთა-ვაზებლის ნების (ოფერტის) ნამდვილობისათვის განმსაზღვრელია ოფ-ციის დადების მომენტი, ხოლო ოფციის მფლობელის ნების (აქცეპტის) ნამდვილობისათვის - ოფციის განხორციელების მომენტი³. ამიტომაც,

¹ ჩაჩავა ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ონლაინ-კომენტარი, 515-ე მუხლი, <<https://bit.ly/3CTfSfI>> [19.03.2022]; Griffith v Pelton [1958] CH 205; Laybutt v. Amoco Australia Pty. Ltd. (1974), 132 C.L.R. 57, პარაგრაფი 10-16.

² Thomas M., The Legal Basis of an Option to Purchase Land, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 42, Issue 4, 1991, 358-364, 361.

³ Radulescu Tudor V., The Option Agreement in the New Romanian Civil Code, Perspectives of Business Law Journal, Vol. 1, Issue 1, 2012, 262. თუმცა გასათვალისწინებელია, რომ, თუ აქცეპტის განსახორციელებლად საჭიროა მისი გაცხადება ოფერენტის წინაშე (ე.ი. თუ აქცეპტი მიღებასავალდებულოა), ასეთ შემთხვევაში ნების გამოვლენის სამართლებრივ ძალაში შესვლა დამოკი-დებული ხდება ადრესატის (ოფერენტის) ქმედუნარიანობაზეც. კერძოდ, ქმედუ-ნარო პირის წინაშე გაკეთებული მიღებასავალდებულო ნების გამოვლენა არ

თუკი მხარეთა შორის დადებულია გარიგება გადადების პირობით სკ-ის 96-ე მუხლის თანახმად, მის ძალაში შესვლას, პრინციპში, ვერ დააბრკოლებს შემდგომში გარიგების რომელიმე მხარის ქმედუნარიანობის შეზღუდვა ან მხარდაჭერის მიმღებად ცნობა, ოფციით განსაზღვრული ძირითადი ხელშეკრულებისგან განსხვავებით, რომლის დასაღებდაც აუცილებელია აღრესატის მიერ შეთავაზების აქცეპტირება (ოფციის განხორციელება) ოფციის ხელშეკრულების დადების შემდეგ.

და ბოლოს, ნიშანდობლივია, რომ პირობითი გარიგების ინსტიტუტის ერთ-ერთი ძირითადი მახასიათებელია ნებაზე დამოკიდებული პირობის ბათილობა, რაც მთლიანად გარიგების ბათილობის საფუძველია. კონკრეტულად, სკ-ის 92-ე მუხლის თანახმად, ბათილია პირობით დადებული გარიგება, თუკი პირობის დადგომა ან დაუდგომლობა დამოკიდებულია მხოლოდ რომელიმე მხარის ნებაზე. ვინაიდან ოფციის მფლობელის მიერ ოფციის განხორციელება წარმოადგენს სწორედ იმგვარ ხდომილობას, რომლის დადგომასაც, როგორც წესი, მთლიანად ოფციის მფლობელის ნება-სურვილი განაპირობებს (და, ამ თვალსაზრისით, არის მხოლოდ გარიგების ერთ-ერთი მხარის ნებაზე დამოკიდებული), საფუძველს მოკლებული იქნებოდა ოფციის ან/და მის საფუძველზე დასადები სამომავლო ხელშეკრულების განხილვა პირობით გარიგებად სკ-ის 90-ე მუხლის გავებით.¹

ამასთანავე, ყოველივე ზემოაღნიშნული არ უკრძალავს მხარეებს, სკ-ის 90-ე-98-ე მუხლების ფარგლებში, ძირითადი ხელშეკრულების ან მის საფუძველად არსებული ოფციის ძალაში შესვლა დაუკავშირონ

წარმოშობს სამართლებრივ შედეგებს, სანამ იგი არ მიუვა კანონიერ წარმომადგენელს. ანალოგიური წესი ვრცელდება შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონე პირის მიმართ გაკეთებულ ნების გამოვლენაზე, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა ნების გამოვლენა შეზღუდულქმედუნარიან პირს სარგებელს ანიჭებს. იხ. მაისურაძე დ., დარჯანია თ., პაპუაშვილი შ., სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი ნაწილი (კაზუსების კრებული), თბილისი, 2017, 224-225; გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, ზ. ჭეჭელაშვილის თარგმანი, ე. ჩაჩანიძისა და თ. დარჯანიას რედაქტორებით, თბილისი, 2019, 33-34.

¹ Evans K., The Law of Options, Dalhousie Law Journal, 25(1), 2002, 47-80, 52.

გარკვეული პირობის დადგომას (ან დაუდგომლობას). ასეთ შემთხვევაში, მხარეთა შორის დადებული ხელშეკრულების შესაფასებლად დამატებით გამოსაყენებელი იქნება პირობითი გარიგებების მარეგულირებელი ჩარჩო საერთო წესების შესაბამისად.

2. წინარე ხელშეკრულება

ოფციის ხელშეკრულებაზე საუბრისას პარალელი უნდა გაივლოს, აგრეთვე, წინარე ხელშეკრულების სამართლებრივ ინსტიტუტთან. წინარე ხელშეკრულება წარმოადგენს ისეთი სახის გარიგებას, რომლის საგანიცაა მხარეთა მიერ სამომავლოდ ახალი (ძირითადი) ხელშეკრულების გაფორმება, წინარე ხელშეკრულებით განსაზღვრული პირობებით.¹ წინარე ხელშეკრულების მარეგულირებელ ნორმას შეიცავს სკის 327-ე მუხლის მე-3 ნაწილის პირველი წინადადება, რომლის თანახმადაც „ხელშეკრულებით შეიძლება წარმოიშვას მომავალი ხელშეკრულების დადების ვალდებულება“. ამდენად, წინარე ხელშეკრულება სახელშეკრულებო თვითბოჭვის იმგვარი მექანიზმია, რომლის ფარგლებშიც მხარეები ნებაყოფლობით კისრულობენ სამომავლოდ ძირითადი ხელშეკრულების დადებას.

როგორც საქართველოს უზენაესი სასამართლო განმარტავს, „წინარე ხელშეკრულება კონტრაქტების იძულების სამართლებრივ ბერკეტს წარმოადგენს და მხარეებს წარმოუშობს მოთხოვნის უფლებას მომავალში ხელშეკრულების დადების თაობაზე [...] იმისათვის, რათა წინარე ხელშეკრულებიდან გამომდინარე კონტრაქტების იძულება ლეგიტიმურად (იურიდიული ძალის მქონედ) ჩაითვალოს, სავალდებულოა, თავად ამ წინარე ხელშეკრულებიდან ირკვეოდეს მხარეთა არსებით პირობებზე შეთანხმების ფაქტი, ანუ ძირითადი ხელშეკრულების დადების დავალდებულების შესახებ სარჩელის დაკმაყოფილებას სა-

¹ იხ. ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2014, 112; აგრეთვე, იხ. ჯორბენაძე ს., ხელშეკრულების თავისუფლება სამოქალაქო სამართალში, თბილისი, 2017, 141-142.

ფუძვლად წინარე ხელშეკრულების განსაზღვრულობა შეიძლება დაედოს“.¹ აქედან გამომდინარე, წინარე ხელშეკრულება თავად უნდა ადგენდეს იმ სამომავლო ხელშეკრულების არსებით პირობებს, რომლის დადებაც წარმოადგეს წინარე ხელშეკრულების საგანს.²

როგორც ოფციის ხელშეკრულებას, ისე წინარე ხელშეკრულებას აერთიანებს ის საერთო მახასიათებელი, რომ ორივე მათგანი ძირითადი ხელშეკრულების დადების წინარე ეტაპზე მხარეთა ურთიერთობის მოწესრიგებას ისახავს მიზნად და, ამდენად, ორივე ხელშეკრულება მხარეთა შორის საბოლოო (ძირითადი) ხელშეკრულების დადებამდე ფორმდება. აღნიშნულის გამო, იურიდიულ ლიტერატურაში ოფციასა და წინარე ხელშეკრულებას სამართლიანად მიაკუთვნებენ წინასახელშეკრულებო შეთანხმებებს.³ აღსანიშნავია, რომ, განსხვავებით სხვა წინასახელშეკრულებო შეთანხმებებისგან (მაგ., განზრახულობათა ოქმი, ურთიერთგაგების მემორანდუმი, ჩარჩო შეთანხმება) - რომლებიც, ჩვეულებრივ, მხარეებს არ აკისრებს კონკრეტული შინაარსის ვალდებულებას - ოფციაც და წინარე ხელშეკრულებაც მხოლდები ხასიათისა და სახელშეკრულებო ვალდებულებას აფუძნებს სკ-ის 317-ე მუხლის პირველი ნაწილის გაგებით.

გემოაღნიშნულის მიუხედავად, ოფციასა და წინარე ხელშეკრულების ინსტიტუტებს შორის არის მნიშვნელოვანი განსხვავებებიც. პირველ რიგში, წინარე ხელშეკრულების შემთხვევაში, ძირითადი ხელშეკრულების დადებისათვის აუცილებელია ორივე ხელშეკრულები მხარის მიერ ნების ხელახალი გამოვლენა, ხოლო ოფციის ხელშეკრულების

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 30 სექტემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-661-628-2014.

² იხ. ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2014, 112; Markesinis B.S., Unberath H., Johnston A., The German Law of Contract, A Comparative Treatise, 2nd edition, 2006, 78.

³ წინასახელშეკრულებო შეთანხმებათა შესახებ ვრცლად იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 93-98. აგრეთვე, იხ. ჯორბენაძე ს., ხელშეკრულების თავისუფლება სამოქალაქო სამართალში, თბილისი, 2017, 142-143.

საფუძველზე სახელშეკრულებო ურთიერთობის დასადგენად საკმარისია დამატებით მხოლოდ ერთ-ერთი მხარის (ოფციის მფლობელის) ცალმხრივი განცხადება.¹

ზემოხსენებულის გარდა, მსგავსად იმ დაკვირვებისა, რომელიც გაკეთდა ზემოთ ოფციის პირობით გარიგებასთან შედარებისას, განსხვავებული პერსპექტივებიდან ფასდება ოფციისა და წინარე ხელშეკრულების საფუძველზე ძირითადი ხელშეკრულებების გაფორმებისას მხარეთა ქმედუნარიანობა და მათ მიერ გამოვლენილი ნების ნამდვილობა. კერძოდ, თუკი წინარე ხელშეკრულების საფუძველზე გაფორმებული ძირითადი ხელშეკრულების ნამდვილობის შესამოწმებლად აუცილებელია მხარეთა ქმედუნარიანობისა და ნების ვარგისიანობის შეფასება, აგრეთვე, ძირითადი ხელშეკრულების დადების მომენტში, იმავეს ვერ ვიტყვით ოფციიდან გამომდინარე ძირითადი ხელშეკრულების დადებაზე. კერძოდ, თუ ოფციის პირობების თანახმად აქცეპტის განხორციელება არ მოითხოვს მის გაცხადებას შემთავაზებლის (ოფერენტის) წინაშე, ძირითადი ხელშეკრულების დადებისას აღარ იქნება აუცილებელი შემთავაზებლის ქმედუნარიანობის ან/და მის მიერ გამოვლენილი ნების ვარგისიანობის შემოწმება.²

დასკვნის სახით, უნდა ითქვას, რომ ოფცია მის მფლობელს უქმნის ბევრად უფრო მყარ სამართლებრივ ბერკეტს წინასახელშეკრულებო შეთანხმებით დასახული მიზნის მისაღწევად, ვიდრე წინარე ხელშეკრულება. აღნიშნულს, უპირველეს ყოვლისა, განაპირობებს ის ფაქტი, რომ ოფციის მფლობელს, წინარე ხელშეკრულების მხარისგან განსხვავებით, აქვს შესაძლებლობა, ოფციის ხელშეკრულებაში გამოხატულ ოფერტზე თანხმობის გაცხადებით, მიაღწიოს მეორე მხარესთან სასურველი შინაარსის ხელშეკრულების დადებას.

¹ იხ. ჭეჭელაშვილი ზ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2010, 32; საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 95.

² იხ. Radulescu Tudor V., The Option Agreement in the New Romanian Civil Code, Perspectives of Business Law Journal, Vol. 1, Issue 1, 2012, 262.

3. უპირატესი შესყიდვის უფლება

სხვა ინსტიტუტებისგან განსხვავებით, ბევრი საერთო მახასიათებელი გააჩნია ოფციას უპირატესი შესყიდვის უფლებასთან. უპირატესი შესყიდვის უფლება კანონით ან ხელშეკრულების საფუძველზე წარმოიშობა¹ და მის მფლობელს ანიჭებს შესაძლებლობას ვალდებულ პირთან მიაღწიოს ხელშეკრულების დადებას იმავე პირობებით, რა პირობებითაც ვალდებული პირს სურს ხელშეკრულების დადება მესამე პირთან (სკ-ის 516-ე მუხლის პირველი ნაწილი და მომდევნო ნორმები). ისევე როგორც ოფცია, უპირატესი შესყიდვის უფლებაც ზღუდავს ვალდებული პირის სახელშეკრულებო თავისუფლებას, თუმცა ეს შეზღუდვა რელატიურ ხასიათს ატარებს და არ იწვევს მისი დარღვევით ვალდებულ პირსა და მესამე პირს შორის დადებული გარიგების ბათილობას.²

სკ-ის 517-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, უფლებამოსილი პირის მიერ უპირატესი შესყიდვის უფლების განხორციელების თაობაზე ვალდებული პირისათვის შეტყობინება იწვევს ხელშეკრულების დადებას მხარეთა შორის იმ პირობებით, რომლებიც ვალდებულმა პირმა მესამე პირს შესთავაზა. მაშასადამე, ოფციის მსგავსად, უპირატესი შესყიდვის უფლებით სარგებლობაც დამოკიდებულია მისი მფლობელის მიერ ცალმხრივი ნების გამოვლენაზე და, კანონით გათვალისწინებული წინაპირობების დაკმაყოფილების შემთხვევაში, ვალდებულ პირს არ შეუძლია წინ აღუდგეს უფლებამოსილ პირთან ხელშეკრულების დადებას. აქედან გამომდინარე, უპირატესი შესყიდვის უფლების განხორციელებით მისი მფლობელი აკეთებს აქცეპტს ვალდებული პირის მიერ გაკეთებულ ოფერტზე იმ მინაარსით, რაც ვალდებულ პირსა და მესამე

¹ ძლიერიშვილი ზ., ქონების საკუთრებაში გადაცემის ხელშეკრულებათა სამართლებრივი ბუნება, თბილისი, 2010, 78; ჭეჭელაშვილი ზ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2010, 264; ჩაჩავა ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ონლაინ-კომენტარი, 516-ე მუხლი, <<https://bit.ly/3IpQcQ0>> [19.03.2022].

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გავორების საქმეთა პალატის 2006 წლის 21 ნოემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-154-579-06.

პირს შორის დადებულ ან დასაღებ ხელშეკრულებაშია მოცემული.¹ ამდენად, შეიძლება მივიჩნიოთ, რომ უპირატესი შესყიდვის უფლების მინიჭებით ვალდებული პირი უფლებამოსილი პირის მიმართ აკეთებს პირობით ოფერტს, რომელიც ძალაში შედის ვალდებულ პირსა და მესამე პირს შორის უპირატესი შესყიდვის საგნის გასხვისებასთან დაკავშირებით შეთანხმების მიღწევის მომენტიდან.^{2, 3}

¹ აღსანიშნავია, რომ უპირატესი შესყიდვის უფლების არსს არ ეწინააღმდეგება ვალდებულ პირსა და მესამე პირს შორის ხელშეკრულების დადება იმ პირობით, რომ იგი ძალაში შევა იმ შემთხვევაში, თუ უფლებამოსილი პირი უარს იტყვის უპირატესი შესყიდვის უფლების გამოყენებაზე. იხ. Perell P.M., Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land, Canadian Bar Review, Vol. 70, Issue 1, 1991, 1-28, 10.

² ქართულ სამართალში სკ-ის 517-ე მუხლის მე-2 ნაწილიდან გამომდინარე შეიძლება დავასკვნათ, რომ უპირატესი შესყიდვის უფლების მქონე პირის მიერ უფლების განხორციელება დამოკიდებული არ არის მისთვის ვალდებული პირის მიერ მესამე პირთან გარიგების დადების თაობაზე შეტყობინებაზე. უპირატესი შესყიდვის უფლების მქონე პირს აღნიშნული უფლების განხორციელება შეუძლია უკვე იმ მომენტიდან, როდესაც ვალდებულ პირსა და მესამე პირს შორის მიღწეულ იქნა შესაბამისი შეთანხმება. ამასთან, იმავე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული ვალდებულება უპირატესი შესყიდვის უფლების მქონე პირისათვის ვალდებული პირის მიერ შეტყობინების თაობაზე ემსახურება უპირატესი შესყიდვის უფლების განხორციელების ხელშეწყობას და ვერ ჩაითვლება უფლებამოსილი პირისათვის ოფერტის გაკეთებად. განსხვავებული მოსაზრებისათვის აღნიშნულ საკითხზე იხ. Treitel G.H., Treitel on the Law of Contract, 11th edition, 2003, 57-58.

³ Walker D.I., Rethinking Rights of First Refusal, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Vol. 5, Issue 1, 1999, 1-58, 9-10; Flannigan R., The Legal Construction of Rights of First Refusal, Canadian Bar Review, Vol. 76, Issue 1-2, 1997, 1-46, 4-5; Coastal Bay Golf Club, Inc. v. Holbein, 231 So.2d 854, 857, ფლორიდის შტატის სააპელაციო სასამართლოს 1970 წლის 17 თებერვლის გადაწყვეტილება (Fla. Dist. Ct. App 1970); Keys Lobster v. Ocean Divers, 468 So. 2d 360, 363, ფლორიდის შტატის სააპელაციო სასამართლოს 1985 წლის 16 აპრილის გადაწყვეტილება (Fla. Dist. Ct. App. 1985).

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, შეთანხმება უპირატესი შესყიდვის უფლების დადგენის შესახებ შინაარსობრივად მსგავსებას ამჟღავნებს გადაღების პირობით დადებულ ოფციის ხელშეკრულებასთან.¹ თუმცა, ოფციისაგან განსხვავებით, შეთანხმება უპირატესი შესყიდვის უფლების დადგენის შესახებ უფლებამოსილ პირს არ აღჭურავს უფლებით, ოფერტის ძალაში შესვლიდან გარკვეული ვადის განმავლობაში დააყოვნოს აქცეპტირება და დაელოდოს მისთვის ხელსაყრელ მომენტს ხელშეკრულების დასაღებად.² აღნიშნულს ცხადყოფს სკ-ის 517-ე მუხლის მე-3 ნაწილი, რომლის თანახმადაც უპირატესი შესყიდვის უფლების მქონე პირს შეუძლია ამ უფლების განხორციელება მხოლოდ ვალდებული პირის მიერ დადგენილ ვადაში. გარდა ამისა, ოფციისგან განსხვავებით, ვალდებულ პირს შეუძლია გაიხმოს უკან ოფერტი, ვიდრე უპირატესი შესყიდვის უფლების მქონე პირი განახორციელებს აქცეპტს, თუკი ვალდებულ პირსა და მესამე პირს შორის მიღწეული შეთანხმება გაუქმდება.³ თუმცა მხარეები არ არიან შეზღუდული, სახელშეკრულებო თავისუფლების ფარგლებში, შეთანხმდნენ უპირატესი შესყიდვის უფლებით სარგებლობის იმგვარ წესზე, რომელიც აღნიშნულ უფლებას ოფციის დამახასიათებელ თვისებას მიანიჭებდა.⁴ კერძოდ, მხარეებს შეუძლიათ შეთანხმების საფუძველზე წინასწარვე განსაზღვრონ, რომ უპირატესი შესყიდვის უფლების ძალაში შესვლით უფლებამოსილ პირს წარმოეშობა ოფცია, რომელიც მას შესაძლებლობას მისცემს, საკუთარი შეხედულებისამებრ გარკვეული ვადის განმავლობაში ისარგებლოს ან არ ისარგებლოს აღნიშნული უფლებით

¹ Naude T., The Rights and Remedies of the Holder of a Right of First Refusal or Preferential Right to Contract, South African Law Journal, Vol. 121, Issue 3, 2004, 636-658, 644-645.

² LIN Broadcasting Corp. v. Metromedia, Inc. (74 N.Y.2d 62), ნიუ-იორკის შტატის სააპელაციო სასამართლოს 1989 წლის 30 ივნისის გადაწყვეტილება.

³ Cipriano v Glen Cove Lodge #1458, B.P.O.E., 1 NY3d 53, 59, ნიუ-იორკის შტატის სააპელაციო სასამართლოს 2003 წლის 28 ოქტომბრის გადაწყვეტილება.

⁴ LIN Broadcasting Corp. v. Metromedia, Inc. (74 N.Y.2d 62), ნიუ-იორკის შტატის სააპელაციო სასამართლოს 1989 წლის 30 ივნისის გადაწყვეტილება.

და გადაწყვეტოს ვალდებულ პირთან ხელშეკრულების დადების საკითხი.

V. ოფცია როგორც ფინანსური ინსტრუმენტი და მისი სამართლებრივი რეგულირება

1. ოფცია როგორც ფასიანი ქაღალდი

შესყიდვის ან გაყიდვის ოფცია შესაძლებელია სტრუქტურირებული იქნეს ფასიანი ქაღალდის სახით, რა შემთხვევაშიც მასთან დაკავშირებულ ოპერაციებზე დამატებით გავრცელება ფასიანი ქაღალდების შესახებ კანონმდებლობა, კერძოდ, ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონი, ფასიანი ქაღალდების ბაზრის მარეგულირებელი სხვა კანონები და კანონქვემდებარე აქტები. ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონის მე-2 მუხლის 32-ე პუნქტის მიხედვით, ფასიანი ქაღალდი (ფასიანი ქაღალდები) განმარტებულია როგორც „მიმოქცევადი ფინანსური ინსტრუმენტები და უფლებები, რომელთა საჯარო შეთავაზებაც შესაძლებელია წილობრივი თუ სასესხო ფასიანი ქაღალდების სახით (ან მათი კომბინირებული ვარიანტით) ან რომლებიც შეიძლება გარდაიქმნას ასეთებად ან რომლებიც არიან ასეთებზე ხელმოწერისა თუ ასეთების შეძენის უფლების მატარებლები, საინვესტიციო ხელშეკრულებები და ფასიან ქაღალდებთან დაკავშირებული სხვა ინსტრუმენტები და უფლებები“ (ხაზგასმა დამატებულია).

მაშასადამე, უფლება, რომელიც მის მფლობელს შესაძლებლობას აძლევს შეიძინოს წილობრივი, სასესხო ან სხვა ტიპის ფასიანი ქაღალდი, შეიძლება ჩაითვალოს, აგრეთვე, ფასიან ქაღალდად, თუ აღნიშნული უფლება თავის მხრივ აკმაყოფილებს კანონმდებლობით დადგენილ კრიტერიუმებს. კერძოდ, იმისათვის, რათა უფლება დაკვალიფიკირდეს ფასიან ქაღალდად, იგი უნდა იყოს: 1) უნარიანი, მოუტანოს მის მფლობელს ფინანსური სარგებელი განხორციელებულ ინვესტიციაზე (ე.ი. უნდა წარმოადგენდეს საინვესტიციო ინსტრუმენტს); 2) თავისუფლად მიმოქცევადი (გასხვისებადი); და 3) საჯაროდ შეთავაზებადი (ე.ი. უნდა მიეკუთვნებოდეს ისეთი ინსტრუმენტების კატეგორიას).

რის, რომლებიც შეიძლება ივაჭრობდეს კაპიტალის ბაზარზე. აღნიშნული, ძირითადად, იმით გამოიხატება, რომ ეს ინსტრუმენტი გვაროვნული ნიშნებით ხასიათდება და არის ჩანაცვლებადი¹).²

ფასიანი ქაღალდისათვის დამახასიათებელია, რომ იგი წარმოადგენს სახელშეკრულებო ან კორპორაციულ-სამართლებრივი ურთიერთობის (უფლება-მოვალეობების) განსხეულების, განივთვის ინსტრუმენტს, რის შედეგადაც რელატიური სამართალურთიერთობა (in personam) სანივთო უფლების ობიექტად (in rem) გარდაიქმნება და გამარტივებული ბრუნვის რეჟიმში ექცევა.³ შესაბამისად, მხოლოდ ხელშეკრულება ფასიან ქაღალდზე ოფციის უფლების მინიჭების თაობაზე, ცალკე აღებული, არ ჩაითვლება ფასიან ქაღალდად, თუ მას არ ახასიათებს ნივთების მსგავსი ბრუნვაუნარიანობა და არ აკმაყოფილებს ზემოთ დასახელებულ კრიტერიუმებს.

პრაქტიკაში გავრცელებულია ე.წ. სააქციო ოფციონები (stock options), რომლებიც მის მფლობელს (ინვესტორს) აძლევს უფლებას, დათქმულ ვადაში ან განსაზღვრული პირობის დადგომისას წინასწარ დადგენილ ფასად შეიძინოს ფასიანი ქაღალდები კონტრაჰენტისაგან. სააქციო ოფციონის ემიტენტი უმეტესწილად თავად აქციების ემიტენტი კომპანიაა, რომელსაც შეუძლია ინვესტორის წინაშე ოფციით ნაკისრი

¹ Legal qualification of crypto-assets – survey to NCAs, ევროპის ფასიანი ქაღალდებისა და ბაზრების კომისია (ESMA), ESMA50-157-1384, 4-5.

² ამ საკითხზე ვრცლად იხ. ჯიბუტი მ., ყორანაშვილი ქ., „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ საქართველოს კანონის კომენტარი, თბილისი, 2004, 47-48; ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები, I ტომი, თბილისი, 2010, 261-266; აღსანიშნავია, რომ, ევროპის კავშირის კომისიის განმარტებით, „ფასიანი ქაღალდის“ ცნების ერთ-ერთ მთავარ კომპონენტად ითვლება ფასიანი ქაღალდის უნარი, იქნეს თავისუფლად გასხვისებული და შეიძლებოდეს მისი ვაჭრობა საფონდო ბირჟაზე. იხ. Questions and Answers on Markets in Financial Instruments Directive, European Commission, 22, <https://ec.europa.eu/info/files/mifid-2004-0039-commission-questions-answers_en> [30.09.2020].

³ ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები, I ტომი, თბილისი, 2010, 257-258; Paech P., Cross-border issues of securities law: European efforts to support securities markets with a coherent legal framework (Briefing Note), IPA/ECON/NT/2011-09, 2011, 9.

ვალდებულება შეასრულოს მეორად ბაზარზე¹ შეძენილი ან ახლად გამოშვებული აქციების ინვესტორისათვის დათქმულ ფასად მიყიდვით.² საკმაოდ ხშირად ასეთი ოფციები დაშვებულია სავაჭროდ ისეთ ორგანიზებულ სავაჭრო პლატფორმაზე, როგორიცაა საფონდო ბირჟა და მათი შეძენა შეუძლია ნებისმიერ ინვესტორს საფონდო ბირჟის წევრი ფინანსური ინსტიტუტის (როგორც წესი, საბროკერო კომპანია) საშუალებით.

აღსანიშნავია, რომ ოფციის შეძენისას მყიდველის მიერ გადახდილი პრემია დარჩება ემიტენტის შემოსავლად, თუკი ოფციის მოქმედების პერიოდში აქციის საბაზრო ფასი არ გადააჭარბებს ოფციის პირობებით განსაზღვრულ შესყიდვის ფასს (strike price) და ინვესტორი აღარ მოითხოვს აქციების შესყიდვას. და, პირიქით, თუკი, აქციაზე ფასის ზრდის პირობებში, ინვესტორი მოახდენს ოფციის რეალიზაციას, კომპანიას მოუწევს შემძენისათვის საბაზრო ფასზე ნაკლებ ფასად აქციების გადაცემა, რის გამოც ემიტენტი თავად შეიძლება დარჩეს ფინანსურად წაგებაში.³

ფასიან ქალაქობად კვალიფიცირებული ოფციების შეთავაზებისას და მათთან დაკავშირებული ოპერაციების განხორციელებისას გათვალისწინებული უნდა იქნეს „ფასიანი ქალაქობების ბაზრის შესახებ“ საქართველოს კანონით დადგენილი მოთხოვნები ფასიანი ქალაქობების საჯარო შეთავაზებისა და ვაჭრობის შესახებ. კერძოდ, აკრძალულია საქართველოში ფასიანი ქალაქობების საჯარო შეთავაზება საქართველოს ეროვნული ბანკის მიერ დადგენილი წესების მოთხოვნათა დაცვით მომზადებული და დამტკიცებული ემისიის პროსპექტ-

¹ იგულისხმება საფონდო ბირჟა, სადაც სავაჭროდაა დაშვებული კომპანიის აქციები, ან არასაბირჟო (over-the-counter) ბაზარი.

² European Commission Enterprise Directorate General, Employee Stock Options (The legal and administrative environment for Employee Stock Options in the EU), Final Report of the Expert Group, June 2003, 37.

³ ჯიბუტი მ., ყორანაშვილი ქ., „ფასიანი ქალაქობების ბაზრის შესახებ“ საქართველოს კანონის კომენტარი, თბილისი, 2004, 51-52.

ტის გამოქვეყნების გარეშე („ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-4 მუხლის პირველი პუნქტი).¹ აგრეთვე, საშუამავლო ან/და საკონსულტაციო საქმიანობა ასეთ ოფციებთან დაკავშირებით ჩაითვლება რეგულირებად საქმიანობად, რისთვისაც აუცილებელია საბროკერო საქმიანობის ლიცენზიის აღება („ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ საქართველოს კანონის 23-ე მუხლი).

ზემოაღნიშნულისგან განსხვავებით, ფასიან ქაღალდად არ უნდა ჩაითვალოს ისეთი სააქციო ოფციონი, რომლის მესამე პირზე გასხვსებაც ეზღუდება ინვესტორს და, შესაბამისად, მხოლოდ პირველადი შემძენი შეიძლება იყოს მისი განმახორციელებელი. ასეთი თვისების მატარებელია, მაგალითად, დასაქმებულთათვის განკუთვნილი სააქციო ოფციონები (employee stock options), რომლებსაც იყენებენ კომპანიები პრაქტიკაში დასაქმებულთა ანაზღაურებისა და სტიმულირების მიზნით. როგორც წესი, დასაქმებულს ეკრძალება ასეთი ოფციის გასხვსება და შეუძლია მისი გამოყენება მხოლოდ იმ პირობით, რომ შესაბამისი ვადის დადგომისას კვლავაც იქნება საწარმოში დასაქმებული. ვინაიდან, როგორც უკვე აღინიშნა, ფასიანი ქაღალდის ერთ-ერთ მთავარ მახასიათებელს მისი თავისუფალი ბრუნვაუნარიანობა წარმოადგენს, ასეთი ოფცია არ მიიჩნევა ფასიან ქაღალდად და მასზე არ გავრცელდება საჯარო შეთავაზებასთან დაკავშირებული მოთხოვნები.²

2. ოფცია როგორც დერივატივი

შესყიდვის ან გაყიდვის ოფცია, გარკვეულ შემთხვევებში, შესაძლებელია, ასევე, დაკვალიფიცირდეს როგორც წარმოებული ინსტრუმენტი

¹ საჯარო შეთავაზებად ითვლება წინადადება არანაკლებ 100 გაუთვითცნობიერებელი ინვესტორისათვის ან წინასწარ დაუზუსტებელი რაოდენობის პირთათვის ემიტენტის სახელით ფასიანი ქაღალდების პირდაპირი ან არაპირდაპირი მიყიდვის შესახებ. იხ. ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონის მე-3 მუხლის პირველი და მე-6 პუნქტები.

² Questions and Answers on the Prospectus Regulation, ევროპის ფასიანი ქაღალდებისა და ბაზრების კომისია (ESMA), ESMA/2019/ESMA31-62-1258, Version 3, 26.

(დერივატივი), რომელზეც საქართველოს სხვა საკანონმდებლო აქტებთან ერთად დამატებით გავრცელდება საქართველოს კანონი ფინანსური გირაუნობის, ურთიერთგაქვითვისა და დერივატივების შესახებ (შემდგომში წინამდებარე ქვეთავის მიზნებისათვის მოხსენიებული როგორც - კანონი). საგულისხმოა, რომ ამ კანონით შემოთავაზებულია ოფციის (ოფციონის) სპეციალური ცნება, რომლის თანახმადაც ოფცია (ოფციონი) არის „დერივატივი, რომელიც შეიძლება დაიდოს როგორც ორგანიზებულ ბაზარზე, ისე არაორგანიზებულ ბაზარზე და რომლის მიხედვით, ერთი მხარე ვალდებულია მეორე მხარის მოთხოვნის შემთხვევაში მომავალში მიჰყიდოს მას საბაზისო აქტივი¹ (გასხვისების ოფცია) ან იყიდოს მისგან საბაზისო აქტივი (შეძენის ოფცია) იმ ფასად და პირობებით, რომელთაც მხარეები გარიგების დადების მომენტში განსაზღვრავენ. ოფციონი შეიძლება გულისხმობდეს ერთი მხარის ვალდებულებას, გადაუხადოს მეორე მხარეს გარკვეული თანხა (საზღაური) ოფციონის უფლების განხორციელების სანაცვლოდ (პრემიუმი)“ (კანონის მე-2 მუხლის „მ“ ქვეპუნქტი).

აღსანიშნავია, რომ კანონის მე-3 მუხლის მე-4 და მე-5 პუნქტების თანახმად, დერივატივის ერთ-ერთი მონაწილე მაინც უნდა იყოს კვალიფიციური კონტრაჰენტი, კერძოდ, საჯარო დანესებულება, საქართველოს ეროვნული ბანკი, უცხოური ცენტრალური ბანკი, საერთაშორისო ფინანსური ინსტიტუტი, საფინანსო სექტორის წარმომადგენელი, ადგილობრივი ან უცხოური ფინანსური ინსტიტუტი, საინვესტიციო ფონდი, ცენტრალური კონტრაჰენტი, ანგარიშსწორების აგენტი ან საკლირინგო დანესებულება. ამ შემთხვევის საწინააღმდეგოდ დადებული დერივატივი, სკ-ის 54-ე მუხლის შესაბამისად, იურიდიული ძალის არმქონე და ბათილი იქნება. ამასთან, კვალიფიციური კონტრაჰენტი ვალდებულია ხელშეკრულების მეორე მხარეს, რომელიც არ არის კვალიფიციური

¹ ფინანსური ინსტრუმენტი, რეალური საქონელი (ე.ი. გვაროვნული მოძრავი ნივთი, რომლის მიწოდება შესაძლებელია ყიდვითა და გაყიდვით, ბითუმად, ხელშეკრულების პირობების შესაბამისად და რომელსაც აქვს შესაბამისი სასაქონლო თვისებები - კანონის მე-2 მუხლის „პ¹²“ ქვეპუნქტი), ეროვნული ვალუტა, უცხოური ვალუტა, ფულადი სახის მოთხოვნის უფლება (კანონის მე-2 მუხლის „პ“ ქვეპუნქტი).

კონტრაპენტი, განუცხადოს და აუხსნას დერივატივთან დაკავშირებული რისკები და საფრთხეები (კანონის მე-3 მუხლის მე-5 პუნქტი).

რასაკვირველია, ყველა სახის ოფცია არ ექცევა ზემოხსენებული შეზღუდვის ფარგლებში. კანონი ვრცელდება მხოლოდ ისეთ ოფციაზე, რომელიც დერივატივია და რომლის საბაზისო აქტივი არის ფინანსური ინსტრუმენტი (მათ შორის, ფასიანი ქაღალდები), რეალური საქონელი (შესაბამისი მახასიათებლების მქონე გვაროვნული მოძრავი ნივთები), ეროვნული ვალუტა, უცხოური ვალუტა ან ფულადი სახის მოთხოვნის უფლება. შესაბამისად, მხოლოდ ის გარემოება, რომ დადებულია ოფცია სკ-ის 515-ე მუხლის გაგებით, საკმარისი არ არის კანონის გაგებით მისი ოფციონალ კვალიფიკაციისათვის.

კანონის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტით დერივატივი განმარტებულია როგორც „კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულება, რომლის ღირებულება და ფულადი ნაკადები, ამ ხელშეკრულების პირობების შესაბამისად, დამოკიდებულია საბაზისო აქტივზე ან საბაზისო მაჩვენებელზე და რომელიც ითვალისწინებს ანგარიშსწორებას რეალური მიწოდების განხორციელებით ან ფულადი ანგარიშსწორებით¹ [...]“. თავის მხრივ, კანონის მე-2 მუხლის „ზ“ ქვეპუნქტის თანახმად, კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულება არის „ნებისმიერი ფინანსური შეთანხმება, ხელშეკრულება ან გარიგება [...], რომელიც ექვემდებარება ურთიერთგაქვითვის შეთანხმებას² და რომლის მიხედვით, ამ

¹ გასხვისების ან შეძენის ოფციის განხორციელებისას, ჩვეულებრივ, ადგილი აქვს ანგარიშსწორებას (შესრულებას) რეალური მიწოდებით, რაც გულისხმობს საბაზისო აქტივის მყიდველისათვის მიწოდებას წინასწარ შეთანხმებული პირობებით. თუმცა მხარეებს აგრეთვე შეუძლიათ რეალური მიწოდების ალტერნატივად შეთანხმდნენ ფულად ანგარიშსწორებაზე, რა შემთხვევაშიც ოფციის მფლობელის არჩევანზე იქნება დამოკიდებული, აქტივის რეალურ მიწოდებას მოითხოვს თუ საბაზრო პირობების შეცვლით გამოწვეული ფასთა შორის სხვაობის ანაზღაურებას.

² „ორ მხარეს შორის დადებული შეთანხმება, რომელიც მხარეებს ანიჭებს ამ შეთანხმების (ურთიერთგაქვითვის ჩარჩოშეთანხმება) ფარგლებში ან მასთან დაკავშირებით დადებული ერთი ან რამდენიმე კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, არსებული ან/და სამომავლო

ხელშეკრულებით წარმოშობილი გადახდის ან მიწოდების ვალდებულება განსაზღვრულ დროს ან განსაზღვრულ პერიოდში უნდა შესრულდეს და შეიძლება რაიმე პირობაზე ან შემთხვევითობაზე იყოს დამოკიდებული“. მაშასადამე, თუ დერივატივი (მათ შორის, ოფციონი), არ ექვემდებარება ან არ ითვალისწინებს შეთანხმებას ურთიერთგაქვითვის თაობაზე, იგი არ მოექცევა კანონის რეგულირების სფეროში.¹

გარდა ამისა, კანონის თანახმად, გარიგება არ მიიჩნევა დერივატივად, თუ იგი არის ნასყიდობის ხელშეკრულება (მათ შორის, მიწოდების ხელშეკრულება) და არ აკონკრეტებს, რომ ის არის დერივატივი, აგრეთვე, გარიგების პირობების შესაბამისად, ვალდებულების შესრულება შესაძლებელია მხოლოდ საბაზისო აქტივის მიწოდებით (მიღებით) და გარიგება არ ითვალისწინებს ვალდებულების შესრულებას ერთი მხარის მიერ მეორე მხარისთვის მხოლოდ ფულადი ანგარიშსწორებით ვალდებულების შესრულების მომენტში საბაზისო აქტივის ფასის შესაბამისად (იხ. კანონის მე-3 მუხლის მე-3 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტი).

მოთხოვნებისა და ვალდებულებების ურთიერთგაქვითვის ან/და საბოლოო ურთიერთგაქვითვის უფლებას“ (კანონის მე-2 მუხლის „წ.ა“ ქვეპუნქტი).

¹ გაუგებარია, რა მოტივით დაუკავშირა კანონმდებელმა კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულების და, მათ შორის, დერივატივის განსაზღვრება ურთიერთგაქვითვის შეთანხმებას. კერძოდ, პრობლემას წარმოშობს კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულების კანონისეული დეფინიცია, რომელიც უთითებს, რომ კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულება ურთიერთგაქვითვის შეთანხმებას უნდა ექვემდებარებოდეს. აღსანიშნავია, რომ, თავისი არსით, ურთიერთგაქვითვის შეთანხმება დამოუკიდებელ სახელშეკრულებო ინსტრუმენტს წარმოადგენს, რომელიც მხარეებს კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულებ(ებ)იდან (მაგ., დერივატივი, ფასიანი ქაღალდების სესხება, რეპო და სხვ. ტიპის გარიგებები) გამომდინარე საკრედიტო რისკების შემცირების შესაძლებლობას აძლევს. თუმცა კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულება (მათ შორის, დერივატივი) შეიძლება დაიდოს აღნიშნული დაზღვევის მექანიზმის გარეშე, რაც, ასევე, დასტურდება სვოპებისა და დერივატივების საერთაშორისო ასოციაციის (ISDA) მიერ შემუშავებული მოდელური ნეტინგის კანონით (Model Netting Act) შემოთავაზებული კვალიფიციური ფინანსური ხელშეკრულების დეფინიციით, რომლითაც ქართველმა კანონმდებელმა სხვა მხრივ ისარგებლა.

საფიქრებელია, ჩათვლება თუ არა შესყიდვის ან გაყიდვის ოფციის ხელშეკრულება, რომელიც ანგარიშსწორების ფორმად ითვალისწინებს მხოლოდ რეალურ მიწოდებას, ზემოთ აღწერილი ტიპის ნასყიდობის ხელშეკრულებად და, შესაბამისად, მოექცევა თუ არა იგი კანონის მოქმედების სფეროს მიღმა. როგორც უკვე აღინიშნა, ოფცია ქონების ნასყიდობაზე და თავად ნასყიდობა ერთმანეთისაგან გამოჩნული სახელშეკრულებო კონსტრუქციებია. ოფციის დადება ჯერ კიდევ არ ნიშნავს ნასყიდობის ან მიწოდების ხელშეკრულების (ძირითადი ხელშეკრულება) დადებას მხარეთა შორის; ოფცია წარმოშობს არა საბაზისო აქტივის მიწოდების, არამედ საბაზისო აქტივზე ხელშეკრულების დადებას უშუალო სამართლებრივ საფუძველს. აქედან გამომდინარე, თუ დავეყრდნობით ნორმის სიტყვასიტყვით მნიშვნელობას, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ოფციონი, რომელიც ანგარიშსწორების ფორმად ითვალისწინებს მხოლოდ რეალურ მიწოდებას, არ გამოირიცხება კანონის მოქმედების სფეროდან.¹

და ბოლოს, შეიძლება დაისვას კითხვა, თუ რა ურთიერთმიმართებაა ოფციას როგორც დერივატივსა და ოფციას როგორც ფასიან ქალაქს შორის და გამორიცხავს თუ არა ერთი მეორეს. ამ თვალსაზრისით, ხაზი უნდა გაესვას იმ გარემოებას, რომ, განსხვავებით ფასიანი ქალაქისგან, მოქმედი კანონმდებლობის შესაბამისად ინსტრუმენტის დერივატივად კვალიფიკაციისთვის აუცილებელია ამ ინსტრუმენტზე ურთიერთგაქვითვის შეთანხმების გავრცელების შემდგარი ფაქტი. მსგავსი მოთხოვნის წაყენება, ფასიანი ქალაქის შემთხვევაში, დამკვიდრებული საბაზრო პრაქტიკიდან გამომდინარე, ნაკლებად რელევანტურია. აგრეთვე, ხაზი უნდა გაესვას იმ გარემოებას, რომ დერივატივი, რომელიც ფინანსური გირავნობის, ურთიერთგაქვითვისა და დერივატივების შესახებ საქართველოს კანონით რეგულირდება, თავისი არსით, მხარეთა

¹ თუმცა შესაძლებელია პარალელური არგუმენტის განვითარებაც იმის თაობაზე, რომ, კანონის მე-3 მუხლის მე-3 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის მიზნებისათვის, ნასყიდობის (მიწოდების) ხელშეკრულება აგრეთვე მოიაზრებს შესყიდვის/გაყიდვის ოფციას, რომლის საგანიცაა ნასყიდობის ხელშეკრულების დადება (მდრ. აგრეთვე ზემოთ მითითებული საქმე ინგლისური სასამართლო პრაქტიკიდან - *Spiro v Glencrown Properties Ltd* [1991] Ch 537, 21-ე პენიშენა).

შორის დადებული ხელშეკრულებაა და იგი არ ატარებს ფასიანი ქალაქისათვის დამახასიათებელ ისეთ ნიშნებს, რომლებზეც ზემოთ ქვეთავში იყო საუბარი. მაგალითად, ხშირ შემთხვევაში დერივატივიდან გამომდინარე უფლებების გადაცემა მესამე პირებზე მკაცრად შეზღუდულია თავად დერივატივის პირობებით, რაც გამორიცხავს მის თავისუფლად მიმოქცევადობას. გარდა ამისა, როგორც ზემოთ აღინიშნა, ფასიანი ქალაქისათვის დამახასიათებელია გვაროვნულობა, რასაც ვერ ვიტყვით დერივატივზე, რომელიც მხარეთა შორის მოლაპარაკების შედეგად შეთანხმებულ პირობებს ეფუძნება და, ამდენად, თავისი არსით უნიკალურია. აღნიშნულის გათვალისწინებით, *de lege ferenda*, მიზანშეწონილი იქნებოდა, კანონშივე გაკეთებულიყო პირდაპირი დათქმა იმის თაობაზე, რომ ხსენებული კანონის მოქმედების სფეროდან გამოირიცხება ისეთი დერივატივი, რომელიც წარმოადგენს ფასიან ქალაქს და, ამდენად, რეგულირდება ფასიანი ქალაქების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონით და სხვა შესაბამისი ნორმატიული აქტებით.

დასკვნა

წინამდებარე სტატიის ფარგლებში ჩატარებულმა ანალიზმა ცხადყო, რომ ოფციასთან და გამოსყიდვასთან დაკავშირებით ქართულ სამართლებრივ სივრცეში ჯერ კიდევ არ არის სრულყოფილად დამუშავებული რიგი სამართლებრივი საკითხები და პრობლემები, რაც აუცილებელს ხდის ამ კუთხით საფუძვლიანი კვლევის განხორციელებას. სწორედ ამიტომაც, სტატიის მიზანი გახლდათ, კრიტიკულად ყოფილიყო განხილული და შეფასებული ყველა ის მნიშვნელოვანი დასკვნა თუ მოსაზრება, რომლებიც შეეხება ოფციისა და გამოსყიდვის ინსტიტუტებს, კერძოდ, მათ სამართლებრივ ბუნებასა და დანიშნულებას კერძო სამართლებრივ ურთიერთობებში, აგრეთვე მათი ურთიერთგამიჯნის თემატიკას. აღსანიშნავია, რომ, სტატიაში შემოთავაზებული პოზიციის თანახმად, გამოსყიდვა წარმოადგენს ოფციის ერთ-ერთ სპეციალურ სახეს, რამაც შესაძლებელი გახდა ერთიან ჭრილში ამ ორი ინსტიტუტის დახასიათება.

ოფცია და გამოსყიდვა, როგორც საკუთრების უფლების წარმოშობის საფუძველი, სტატიაში გაანალიზებულ იქნა კონტექსტუალურად,

სხვა სამართლებრივ ისტიტუტებთან კავშირში. ამ თვალსაზრისით, ხაზგასასმელია წინამდებარე სტატიაში განვითარებული მსჯელობა, ერთი მხრივ, ოფციის მომწესრიგებელი ჩარჩოსა და, მეორე მხრივ, ხელშეკრულების დადების მარეგულირებელი ნორმების ურთიერთკავშირის შესახებ. სიახლედ შეიძლება ჩაითვალოს სტატიაში წარმოდგენილი არგუმენტაცია ვალდებული პირის მიერ ოფციის/გამოსყიდვის პირობის დარღვევით დადებული გარიგების სამართლებრივ ბედთან და კეთილსინდისიერი შემძენის დაცვასთან დაკავშირებით.

გარდა ამისა, სტატიაში გამახვილებული იქნა ყურადღება იმის თაობაზე, თუ რა შემთხვევაში შეიძლება გავრცელდეს ოფციაზე ფასიანი ქაღალდებისა და წარმოებული ინსტრუმენტების (დერივატივების) მარეგულირებელი კანონმდებლობა. თუკი მხედველობაში მივიღებთ იმ ფაქტს, რომ ფინანსურ ბაზრებზე ოფცია საკმაოდ გავრცელებულ სავაჭრო ინსტრუმენტს წარმოადგენს, განსაკუთრებულ მნიშვნელობას იძენს ამ ასპექტში ოფციის ირგვლივ სტატიაში წარმართული სამართლებრივი მსჯელობა და გაკეთებული დაკვირვებები.

დასკვნის სახით, უნდა აღვნიშნოთ, რომ, კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების განვითარების კვალდაკვალ, კიდევ უფრო გაძლიერდება ინტერესი ოფციისა და გამოსყიდვის ისტიტუტებთან მიმართებით. წინამდებარე სტატიის ავტორი იმედოვნებს, რომ ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში მომავალშიც გაგრძელდება კვლევა ზემოთ განხილული საკითხების ირგვლივ, რაც დაეხმარება ამ თემით დაინტერესებულ როგორც პრაქტიკოსს, ისე თეორეტიკოსს იურისტებს, თუ სხვა პირებს.

**სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტების გაუქმება,
ძალდაპარგულად გამოცხადება საქართველოს საკონსტიტუციო
სასამართლოს სამართალწარმოებაში**

გივი ლუაშვილი*

შესავალი

საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების სიძლიერისთვის განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს იმას, თუ მისი მარეგულირებელი კანონმდებლობა, როგორ რეგულაციებს ითვალისწინებს საკონსტიტუციო კონტროლის პროცესში მოპასუხის მხრიდან სპეკულირების თავიდან ასაცილებლად. ამის მიზეზი კი, ის გახლავთ, რომ უსაფუძვლოდ გაჭიანურებული ან თავიდანვე უპერსპექტივო საკონსტიტუციო კონტროლი არ იზიდავს პოტენციურ საკონსტიტუციო სარჩელის წარმდგენებს. ყველასთვის, პრიორიტეტული და სასურველია ისეთი სამართლებრივი დაცვის მექანიზმი სადაც ფართოა მართლმსაჯულების შესაძლებლობები, ხოლო პროცესზე უსაფუძვლო ცალმხრივი გავლენების შესაძლებლობა კი, დაყვანილია მინიმუმამდე. ამ თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პროცესში სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტების გაუქმების საკითხი.

მოცემულ საკითხზე მსჯელობა, აუცილებლად უნდა გავყოთ ორ ნაწილად, რადგან თავად საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალწარმოება, მოცემულ პროცესუალურ საკითხს, ორ სტადიად ყოფს. პირველი ეხება შემთხვევას, როდესაც სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმება ხდება კონსტიტუციური სარჩელის არსებითი განხილვის მიღებამდე,¹ ხოლო მეორე ეხება შემთხვევას, როდესაც სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმება ხდება კონსტიტუციური სარჩელის არსებითი

* სამართლის დოქტორი (თსუ), იროდიონ სურგულაძის სამართლის ინსტიტუტის (ისსი) საკონსტიტუციო სამართლის კვლევის ცენტრის ხელმძღვანელი, უფროსი მკვლევარი, ადვოკატი, საქართველოს ეროვნული უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტ-პროფესორი.

¹ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

განხილვის შემდეგ¹. ეს ორი შემთხვევა განსხვავდება ერთმანეთისგან. პირველის დროს საკონსტიტუციო სამართალწარმოება უაპელაციოდ წყდება და კონსტიტუციური სარჩელის განხილვის არავითარი შესაძლებლობა აღარ არსებობს, ხოლო მეორე შემთხვევაში, შესაძლებელია საქმის განხილვის გაგრძელება.

1. სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმება კონსტიტუციური სარჩელის არსებითად განსახილველად მიღებამდე

საკონსტიტუციო სამართალწარმოება თავისი ფუნქციიდან გამომდინარე, მოითხოვს გარკვეულ დროს, რომლის განმავლობაშიც, შესაძლებელია ბევრი რამ შეიცვალოს, მათ შორის, გაუქმდეს სადავო ნორმა. ეს კი, სამართალწარმოების პროცესში, მნიშვნელოვანი პროცესუალური მოვლენაა, რომელიც კანონმდებლობის და სასამართლო პრაქტიკის დონეზე, სწორ რეგულირებას საჭიროებს. მსგავსი შემთხვევები საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკაში, მისი დაარსების ადრინდელი პერიოდიდანვე გამოვლინდა,² რაც ავტომატურად საქმისწარმოების შეწყვეტას ნიშნავდა.

საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პროცესში სადავო ნორმის გაუქმების ან მასში ცვლილებების შეტანის საკითხს აწესრიგებს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 და მე-7 პუნქტები, რომელთა მიხედვითაც:³

¹ იხ. საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტი.

² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 1997 წლის 14 აგვისტოს N1/15/38 განჩინება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე იური ბრაცლავსკი საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ“.

³ 2018 წლის 27 ივლისამდე მოცემული ნორმები თავმოყრილი იყო საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შესახებ საქართველოს კანონის მე-13 მუხლის მე-2, მე-6 პუნქტებში. ვინაიდან სასამართლო პრაქტიკა მოცემული ნორმების გარშემო განვითარდა, ამიტომ ტექსტის იმ ნაწილში, სადაც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაა მოხმობილი, გამოყენებული იქნება საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შესახებ საქართველოს კანონის მე-13

- „...საქმის განხილვის მომენტისათვის, სადავო აქტის გაუქმება ან ძალადაკარგულად ცნობა იწვევს საკონსტიტუციო სასამართლოში საქმის შეწყვეტას, გარდა ამ მუხლის მე-7 პუნქტით გათვალისწინებული შემთხვევებისა“ (მე-2 პუნქტი);
- „საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საქმის არსებითად განსახილველად მიღების შემდეგ, სადავო აქტის გაუქმებისას ან ძალადაკარგულად ცნობისას, თუ საქმე ეხება საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავით აღიარებულ ადამიანის უფლებებსა და თავისუფლებებს, საკონსტიტუციო სასამართლო უფლებამოსილია, გააგრძელოს სამართალწარმოება და გადაწყვეტოს გაუქმებული ან ძალადაკარგულად ცნობილი სადავო აქტის საქართველოს კონსტიტუციასთან შესაბამისობის საკითხი იმ შემთხვევაში, თუ მისი გადაწყვეტა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კონსტიტუციური უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველსაყოფად“ (მე-7 პუნქტი).

საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტის ჩანაწერი 2002 წლის 12 თებერვლიდან გაჩნდა საკონსტიტუციო სამართალწარმოებაში. მანამდე კი, საკონსტიტუციო სამართალწარმოების ნებისმიერ სტადიაზე სადავო აქტის გაუქმება (ცვლილება) ავტომატურად ნიშნავდა საქმისწარმოების შეწყვეტას.

საკონსტიტუციო სამართალწარმოებაში, ხშირია შემთხვევა, როდესაც სადავო ნორმატიული აქტი საქმის განხილვის პროცესში წყვეტს მოქმედებას, საკანონმდებლო ორგანოს მიერ მისი გაუქმების ან გარკვეული ცვლილებების შეტანის გამო. საინტერესოა, თუ რა სტანდარტს აწესებს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა საქმის განხილვისას სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტის გაუქმების დასადგენად. ამ კუთხით, მნიშვნელოვან განმარტებებს იძლევა ე.წ.

მუხლის მე-2, მე-6 პუნქტები, რაც თავის თავში მოიაზრებს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 მე-7 პუნქტს.

„გამომცემლების საქმე“¹, რომელშიც, განხილვის პროცესში, საქმის არსებითად განსახილველად მიღებამდე, სადავოდ გამხდარ ნორმაში განხორციელდა ცვლილებები, რამაც „საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის საფუძველზე გამოიწვია საქმის შეწყვეტა, რის გამოც საქმე საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არ განიხილა.

„გამომცემლების საქმეზე“ მოსარჩელები სადავოდ ხდიდნენ „ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულების სახელმძღვანელოს გრიფის მინიჭების წესისა და საფასურის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის 2011 წლის 25 თებერვლის №30/6 ბრძანების რიგ ნორმებს, რომლითაც, მოსარჩელების აზრით, ხდებოდა საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე (დღეს მოქმედი რედაქციით მე-19 მუხლი) მუხლის პირველი, მე-2 პუნქტის და 23-ე (დღეს მოქმედი რედაქციით მე-20 მუხლი) მუხლის პირველი პუნქტის მეორე წინადადების დარღვევა. მოსარჩელების პოზიციით სადავოდ გამხდარი ნორმები არღვევდა კონსტიტუციის დასახელებული მუხლებს, როგორც შინაარსობრივი, ასევე, ფორმალური თვალსაზრისითაც. მოცემულ საქმესთან დაკავშირებით უნდა აღინიშნოს, რომ მას შეძენილი ჰქონდა პოლიტიკური ელფერი, რადგანაც არსებობდა საზოგადოებაში გაბატონებული მოსაზრება, რომ საქართველოს განათლების სამინისტრომ გარკვეული პოლიტიკური მიზნებიდან გამომდინარე დაუდგინა სადავო შეზღუდვები გამომცემლობებს, რომლებიც გამოსცემდნენ სასკოლო სახელმძღვანელოებს. აქედან გამომდინარე, ასევე, არსებობდა მოსაზრება, რომ ზემოთ დასახელებული გარემოება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს აქცევდა პოლიტიკური ზენოლის ქვეშ.

„გამომცემლების საქმეზე“ განმწესრიგებელი სხდომის გამართვამდე, საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის 2013

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის №1/3/559 განჩინება საქმეზე „შპს „გამომცემლობა ინტელექტი“, შპს „გამომცემლობა არტანუჯი“, შპს „გამომცემლობა დიოგენე“, შპს „ლოგოს პრესი“, შპს „ბაკურ სულაკაურის გამომცემლობა“, შპს „საგამომცემლო სახლი ტრასი“ და საქართველოს მოქალაქე ირინა რუხაძე საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის წინააღმდეგ“.

ნლის 6 სექტემბრის №129/6 ბრძანებით, რიგი ცვლილებები განხორციელდა სადავო ნორმებში. ცვლილების მიხედვით გრიფის მინიჭების ადმინისტრირებას სსიპ - განათლების ხარისხის განვითარების ეროვნული ცენტრის ნაცვლად ახორციელებდა განათლებისა და მეცნიერების სამინისტრო. შესაბამისად, ტერმინი „ცენტრი“ ჩანაცვლდა ტერმინით „სამინისტრო“. ამასთანავე, სიტყვები „შემთანხმებელი კომისია“ ჩანაცვლდა სიტყვებით „გრიფირების კომისია“.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ სადავო აქტში მოცემული ცვლილებები მიიჩნია სადავოდ გამხდარი ნორმების გაუქმებად შემდეგი დასაბუთებით:

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ, პირველ რიგში, მიუთითა საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტზე, რომლის თანახმად „საქმის განხილვის მომენტისათვის სადავო აქტის გაუქმება ან ძალადაკარგულად ცნობა, გარდა ამავე მუხლის მე-6 პუნქტით გათვალისწინებული შემთხვევებისა, იწვევს საკონსტიტუციო სასამართლოში საქმის შეწყვეტას“. შემდეგ მან აღნიშნა, რომ მისი შეფასების საგანს წარმოადგენდა, საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის 2013 წლის 6 სექტემბრის №129/6 ბრძანებით სადავოდ გამხდარ ნორმატიულ აქტებში განხორციელებული ცვლილებები უნდა ჩათვლოს თუ არა სადავო ნორმების ძალადაკარგულობის ფაქტად.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ მიუთითა ნორმატიული აქტების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 25-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტზე, რომლის თანახმად, ნორმატიული აქტი ძალას კარგავს, თუ: „მიღებულია (გამოცემულია) ნორმატიული აქტი, რომელიც მას ძალადაკარგულად აცხადებს“ და აღნიშნა, რომ „მოცემულ შემთხვევაში განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის 2013 წლის 6 სექტემბრის №129/6 ბრძანებით სადავო ნორმები ჩამოყალიბდა ახალი რედაქციით. შესაბამისად, სადავო ნორმებმა, რომლებიც სარჩელის შემოტანის მომენტში არსებობდნენ, შეწყვეტეს მოქმედება და მათი ჩანაცვლება მოხდა სხვა, მოქმედი ნორმებით. ...ნორმის ახლებურად ჩამოყალიბება ძველი ნორმის ძალადაკარგულად ცნობას თავისთავად გულისხმობს. ცვლილებების შესახებ ამა თუ იმ კანონში ან სხვა აქტში

გამოყენებული განსხვავებული ტერმინები: „ამოღებულ იქნეს“, „გამოცხადდეს ძალადაკარგულად“ ან „ჩამოყალიბდეს ახალი რედაქციით“, შესაცვლელი ნორმის მიმართ ერთი და იმავე შედეგს აყენებს - თითოეულ შემთხვევაში ძალას კარგავს ნორმის ძველი რედაქცია და წყვეტს მოქმედებას მისი შეცვლის შემდეგ წარმოშობილი ურთიერთობებისათვის“.¹

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო განჩინების სამოტივაციო ნაწილში, აღნიშნავს, რომ „სადავო ნორმის ახალი რედაქციით ჩამოყალიბებამ, შესაძლოა, განსხვავებული სამართლებრივი მოცემულობები წარმოშვას. მისი გასაჩივრებული შინაარსი, შეიძლება მნიშვნელოვნად, უმნიშვნელოდ ან საერთოდ არ შეიცვალოს. თუმცა, ნორმის ძველი, კონსტიტუციური სარჩელის რეგისტრაციის დროისთვის მოქმედი რედაქცია, ყველა შემთხვევაში ძალადაკარგულად ითვლება. „საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, კონსტიტუციური სარჩელის არსებითად მიღების მომენტამდე, სადავო ნორმის გაუქმების ან ძალადაკარგულად ცნობის შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლოს არ ენიჭება უფლებამოსილება, შეაფასოს რა ხარისხის ცვლილება განიცადა ნორმის გასაჩივრებელმა რედაქციამ“. სასამართლო აღნიშნავს, რომ აშკარაა, „საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნა, რომ სამართალწარმოების შესაწყვეტად, საკმარისია, სადავო ნორმის უფლებამოსილი ორგანოს მიერ მისი გაუქმების, ძალადაკარგულად ცნობის ფაქტი“². აღნიშნულთან დაკავშირებით აქვე უნდა ითქვას, რომ დასახელებული ნორმის³ ცალსახა მოთხოვნაა სადავო ნორმატიული აქტების „გაუქმება“ ან „ძალადაკარგულად ცნობა“. მოცემული ნორმები საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უტოვებენ შესაფასებლად, განხორციელებული ცვლილებები ნიშნავს თუ არა სადავოდ

¹ იქვე.

² იხ. იქვე.

³ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტი, საქართველო საკანონმდებლო მაცნე, საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 001, 27/02/1996.

გამხდარი ნორმატიული აქტების „გაუქმებას“ ან „ძალადაკარგულად ცნობას“, რადგანაც მოცემული მუხლი და არც სხვა, რომელიმე მუხლი არ განსაზღვრავს აღნიშნულ სტანდარტს, რაც იმას ნიშნავს, რომ შეფასება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოზეა და სწორედ მან უნდა დაადგინოს აღნიშნული სტანდარტი.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ, ასევე, გამოიყენა პიპოთეტური არგუმენტაციის მეთოდი, რომლის მიხედვითაც „სადავო ნორმაში ცვლილების შეტანის შემდეგ, მსგავსი შინაარსის შემცველი ქცევის წესი შეიძლება ჩამოყალიბდეს გასაჩივრებული მუხლის (ნაწილის, პუნქტის) ახალ რედაქციაში, იმავე კანონის სხვა ნორმაში ან სულაც სხვა კანონში. უფრო მეტიც, სადავო წესმა შეიძლება ასახვა პოვოს სხვა ორგანოს მიერ გამოცემულ აქტში. შესაბამისად, იმ შემთხვევაში, თუ საკონსტიტუციო სასამართლო მიიჩნევს, რომ სადავო ნორმის ახალი რედაქციით ჩამოყალიბება მის ძალადაკარგულად ცნობას არ ნიშნავს იმდენად, რამდენადაც დავის საგნად განხილული უნდა იყოს არა ნორმის კონკრეტული რედაქციის, არამედ მასში მოცემული წესის კონსტიტუციურობა, მაშინ იგი უფლებამოსილი იქნება, ყოველ ჯერზე, საქმის განხილვის მომენტისთვის გასაჩივრებული ნორმის ძალადაკარგულად ცნობის შემთხვევაში, გააანალიზოს მთლიანად, კანონმდებლობა, რათა საქმის შეწყვეტის შესაძლებლობისთვის, გამორიცხოს ძალადაკარგულად ცნობილი ნორმით გათვალისწინებული ქცევის წესის რომელიმე ნორმატიულ აქტში არსებობა. კანონმდებლობაში ასეთი ქცევის წესის აღმოჩენის შემთხვევაში, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა განიხილოს სწორედ ამ ნორმის კონსტიტუციურობა. მეტიც, იმ შემთხვევაში, თუ ძალადაკარგული ნორმის შინაარსმა ასახვა პოვოა სხვა ორგანოს აქტში, საკონსტიტუციო სასამართლოს მოუწევს საქმის განხილვაში მოჰასუხედ იმ ორგანოს ჩართვა, რომელიც სარჩელში ასეთად არ არის მითითებული, რისი უფლებამოსილებაც მას ასევე არა აქვს საკონსტიტუციო სამართალწარმოების მარეგულირებელი კანონმდებლობით“.¹ ეს არგუმენტაცია გასაგებია, მაგრამ ასეთი

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის №1/3/559 განჩინება საქმეზე „შპს „გამომცემლობა ინტელექტი“, შპს „გამომცემლობა არტანუჯი“, შპს „გამომცემლობა დიოგენე“, შპს „ლოგოს პრესი“, შპს

განზოგადება მიუღებელია, რადგანაც საქართველოში მოქმედებს კონკრეტული საკონსტიტუციო კონტროლი.¹ რაც იმას ნიშნავს, რომ თითოეული საკონსტიტუციო სამართალწარმოება ინდივიდუალურია, აქვს თავისი კონკრეტული საწყისი და რიგი თავისებურებები. აღნიშნული მიუთითებს იმაზე, რომ ზოგადი არგუმენტების გამო, რომელიც საერთოდ არ მიესადაგება კონკრეტულ შემთხვევას, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არ უნდა მიიღოს გადაწყვეტილებები. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა მიიღოს სტანდარტი, რომლის ფარგლებშიც უნდა იმოქმედოს. სტანდარტი კი, კონკრეტულ კრიტერიუმებს გულისხმობს, რომლის დაკმაყოფილების შემთხვევაში საკითხი გადაწყდება დადებითად, წინააღმდეგ შემთხვევაში კი, პირიქით.

მოცემულ საქმეს,² ასევე, დაერთო, საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლის განსხვავებული აზრი. განსხვავებული აზრის ავტორი, თავიდანვე ყურადღებას ამახვილებს იმ გარემოებაზე, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტი უნდა განიმარტოს მისი მიზანმიმართულობის და მოსარჩელის მიერ სადავოდ ქცეული სამართლებრივი ნორმის ნორმატიული შინაარსის გათვალისწინებით. კერძოდ, საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიზანია, მოსარჩელის მიერ სადავოდ გამხდარი მოქმედი

„ბაკურ სულაკაურის გამომცემლობა“, შპს „საგამომცემლო სახლი ტრიაში“ და საქართველოს მოქალაქე ირინა რუხაძე საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის წინააღმდეგ“.

¹ კახიანი გ., საკონსტიტუციო კონტროლის ინსტიტუტი და მისი ფუნქციონირების პრობლემები საქართველოში: კანონმდებლობის და პრაქტიკის ანალიზი, სალოქტრო დისერტაცია, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2008, 28.

² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის №1/3/559 განჩინება საქმეზე „შპს „გამომცემლობა ინტელექტი“, შპს „გამომცემლობა არტანუჯი“, შპს „გამომცემლობა დიოგენე“, შპს „ლოგოს პრესი“, შპს „ბაკურ სულაკაურის გამომცემლობა“, შპს „საგამომცემლო სახლი ტრიაში“ და საქართველოს მოქალაქე ირინა რუხაძე საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის წინააღმდეგ“.

სამართლებრივი ნორმების საქართველოს კონსტიტუციასთან შესაბამისობის შემოწმებისას, უზრუნველყოს საკონსტიტუციო სამართალწარმოების ეფექტიანობა და ეკონომიურობა. ძალადაკარგულ ან გაუქმებულ ნორმაზე მსჯელობა, კანონით განსაზღვრული გამოწვევის გარდა, არ ემსახურება საკონსტიტუციო სამართალწარმოების მიზნებს. ამგვარად, ხსენებულ ნორმაში ტერმინები „ძალადაკარგულად გამოცხადება ან გაუქმება“ უნდა განიმარტოს იმის გათვალისწინებით, თუ რა ნორმატიული შინაარსის გამოცხადება სადავო ნორმა მასში განხორციელებული ცვლილების შემდეგ“.¹

განსხვავებულ აზრში მითითებულია, რომ სადავო აქტი „ძალადაკარგულია“ ან „გაუქმებულია“ მაშინ, როდესაც ის აღარ არსებობს იმ ნორმატიული შინაარსით, რა შინაარსითაც მოსარჩელე სადავოდ ხდის მას. „სადავო ნორმაში განხორციელებული ყველა სახის ცვლილება ავტომატურად არ უნდა იწვევდეს სასამართლოში საქმის შეწყვეტას და თითოეული საქმის შეფასება უნდა მოხდეს ინდივიდუალურად, იმის გათვალისწინებით, უფლებამოსილი სუბიექტის მიერ შეცვლილი თუ რედაქტირებული სადავო ნორმა ინარჩუნებს თუ არა იმავე ნორმატიულ შინაარსს“.² განსხვავებული აზრის მქონე წევრი მიუთითებს, რომ სამართლებრივ ნორმაში შეტანილი ყოველგვარი ცვლილება (მაგალითად, რედაქციული ცვლილება) არ ნიშნავს მის ძალადაკარგულობას. სამართლებრივი თვალსაზრისით, ძალადაკარგულია აქტი, როდესაც მისი შემდგომში არსებობის ინტერესი არ არსებობს ან მისი სამართლებრივი შინაარსი ან ფაქტობრივი შემადგენლობა შეიცვალა იმგვარად, რომ ის უკვე შეცვლამდე არსებული მდგომარეობით სახეზე არ გვაქვს (ძალადაკარგულია). ნორმაში რედაქციული ცვლილების შეტანა

¹ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლის მაია კოპალეიშვილის განსხვავებული აზრი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის №1/3/559 განჩინებაზე საქმეზე „შპს „გამომცემლობა ინტელექტი“, შპს „გამომცემლობა არტანუჯი“, შპს „გამომცემლობა დიოგენე“, შპს „ლოგოს პრესი“, შპს „ბაკურ სულაკაურის გამომცემლობა“, შპს „საგამომცემლო სახლი ტრიაში“ და საქართველოს მოქალაქე ირინა რუხაძე საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის წინააღმდეგ“.

² იხ. იქვე.

კი, ჯერ კიდევ არ მიუთითებს მის ძალადაკარგულობაზე. სხვა შემთხვევაში, როდესაც მკაფიოა, რომ შეტანილი ცვლილების შედეგად, სადავო აქტის ნორმატიული შინაარსი, არსებითად არ შეცვლილა და მოსარჩელეზე ცვლილება შეტანილი ნორმის მოქმედების ეფექტი იგივეა, რაც სადავო ნორმაში ცვლილების შეტანამდე იყო, სადავო ნორმაში მხოლოდ ცვლილების არსებობის საბაბით არ უნდა შეიქმნას დაბრკოლება იმისათვის, რომ სასამართლომ იმსჯელოს ამ სადავო ნორმის კონსტიტუციურობაზე“.¹

განსხვავებულ აზრში პასუხია გაცემული საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მოყვანილ ზოგად საფრთხეზე. კერძოდ, თუ სასამართლო სადავო ნორმატიული აქტის ცვლილების შემდეგ კვლავ განაგრძობს საქმის განხილვას, სასამართლოს მთელი კანონმდებლობის გაანალიზება მოუწევს, კონკრეტული ქცევის წესის რომელიმე სამართლებრივ აქტში აღმოსაჩენად. განსხვავებული აზრის მქონე წევრი სასამართლოს მიუთითებს, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით, „სასამართლო წყვეტს პრობლემას და თუ ის სხვა ნორმებშიც მეორდება, ამ ნორმებს სასამართლოს გადაწყვეტილების შედეგად ეცლება ნორმატიული შინაარსი. შესაბამისად, კანონმდებლობაში იდენტური შინაარსის და პრობლემის გამომწვევი ნორმის (ნორმების) შენარჩუნების შემთხვევაში, ის გადაწყვეტილების უგულებელმყოფელ და დამძლევ ნორმად ჩაითვლება“.² შესაბამისად, სასამართლოს მიერ დასახელებული შიში უსაფუძვლოა, რადგან მას მსგავსი ვალდებულება არ გააჩნია და, თუ შემდგომ ასეთი გარემოება გამოვლინდა, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს აქვს სათანადო ბერკეტები მის აღმოსაფხვრელად.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში მოიძებნება ისეთი საქმეები, სადაც სადავო ნორმაში შესული ტექნიკური თუ რედაქციული ცვლილების გამო, სასამართლომ შეწყვიტა საკონსტიტუ-

¹ იხ. იქვე.

² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 11 ივნისის №1/3/534 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე ტრისტან მამაგულაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

ციო სამართალწარმოება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მეორე პუნქტის საფუძველზე. მსგავს საქმეებს განეკუთვნება „სანიკიძე, ხუციშვილის“¹ და „ართქმელაძე, ციციშვილის“² საქმეები. პირველ შემთხვევაში, სადავოდ, გამხდარი იყო სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 85-ე მუხლის მე-14 ნაწილი, რომელიც აწესრიგებდა სასამართლო პროცესზე ქცევის წესების დარღვევის შემთხვევაში პასუხისმგებლობის დაკისრების პროცედურულ წესს. კერძოდ, გამოტანილი განკარგულება განიხილებოდა ზეპირი მოსმენის გარეშე და იგი არ საჩივრდებოდა. მოსარჩელები მიუთითებდნენ, რომ ზეპირი განხილვის და გასაჩივრების აკრძალვა, არაკონსტიტუციური იყო. საქმის საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არსებითად განსახილველად მიღებამდე, 2013 წლის 4 ოქტომბერს შევიდა ცვლილება, რის შემდეგადაც გასაჩივრების შესაძლებლობა გაჩნდა კანონში, ზეპირი მოსმენის კი, ისევ კანონს მიღმა დარჩა. მიუხედავად ამისა, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ მაინც შეწყვიტა საკონსტიტუციო სამართალწარმოება. მეორე შემთხვევაში კი,³ სადავო იყო გადახდისუუნარობის საქმის წარმოების შესახებ საქართველოს კანონის 26-ე მუხლის პირველი პუნქტის სიტყვები „მეურვე გადახდისუუნარობის საქმის წარმოებისას არის საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში შემაჯალი საჯარო სამართლის იურიდიული პირი - აღსრულების ეროვნული ბიურო (შემდგომ - აღსრულების ეროვნული ბიურო)“⁴. სადავო ნორმაში შევიდა ცვლილება, „მეურვე გადახდისუ-

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 27 დეკემბრის №2/1/530 განჩინება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები ვლადიმერ სანიკიძე და მაია ხუციშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 22 თებერვლის №2/3/1227 განჩინება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები - თორნიკე ართქმელაძე და ალექსანდრე ციციშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

³ იხ. იქვე.

⁴ მოცემული კონსტიტუციური სარჩელი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოში 2017 წლის 23 მაისს შევიდა, განმწესრიგებელი სხდომა კი 2018

უნარობის საქმის წარმოებისას არის საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში შემავალი საჯარო სამართლის იურიდიული პირი - აღსრულების ეროვნული ბიურო (შემდგომ - აღსრულების ეროვნული ბიურო), რომელსაც სასამართლო გამოტანიდან არა უგვიანეს მე-2 სამუშაო დღისა, ელექტრონული სისტემის მეშვეობით უგზავნის განჩინებას გადახდისუნარობის შესახებ განაცხადის წარმოებაში მიღების თაობაზე და აცნობებს მეურვედ მისი დანიშვნის შესახებ¹. მოცემულ შემთხვევაში, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ სადავოდ გამხდარი ნორმის ცვლილებად მიიჩნია სრულიად ტექნიკური ხასიათის ცვლილების შეტანა, რის გამოც საკონსტიტუციო სამართალწარმოება შეწყდა, დავის საგანი კი, დარჩა და მოსარჩევეებს, საკონსტიტუციო დავის პროცესი, მინიმუმ კიდევ ერთი წლით გაუგრძელდათ.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტი, ზოგჯერ მოპასუხე მხარის მიერ არაკეთილსინდისიერად გამოიყენება და საზოგადოებაში ჩნდება აღქმა, რომ თითქოს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო საქმის განხილვის ფარგლებში ელოდა მოპასუხის კონკრეტულ ქმედებას, რათა აღნიშნული, შემდგომში გამოეყენებინა კონსტიტუციური სარჩელის არ დაკმაყოფილების საფუძვლად, ზემოთ დასახელებულ მუხლზე მითითებით. ამ მხრივ, მეტად საინტერესოა, ე.წ. „მოსამართლეების საქმე“¹, სადაც სადავოდ იყო გამხდარი საერთო სასამართლოების შე-

წლის 22 თებერვალს გაიმართა. სასამართლოს შეეძლო ამდენი ხნის განმავლობაში არსებითად განსახილველად მიიღო საქმე და შემდგომ გამოეყენებინა საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტი, მაგრამ ისე გამოვიდა, რომ სასამართლო თითქოს დაელოდა სადავოდ გამხდარ ნორმაში ცვლილების შეტანას და შემდგომ შეწყვიტა სამართალწარმოება იმ მიზეზით, რომ სადავო ნორმაში „ცვლილება“ შევიდა.

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 7 აპრილის №3/2/717 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები მოქალაქეები მთვარისა კველიშვილი, ნაზი დოთიაშვილი და მარინა გლოველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

სახეზე საქართველოს კანონის ის ნორმები, რომლებიც ითვალისწინებდა საქალაქო (რაიონულ) და სააპელაციო სასამართლოებში, საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ დასაბუთების გარეშე მოსამართლეების დანიშვნის საკითხს და ასევე, შეუძლებელი იყო მოცემული გადაწყვეტილების სასამართლოში გასაჩივრება. მოცემულ საქმეს დიდი საზოგადოებრივი და პოლიტიკური გამოხმაურება მოჰყვა, რამაც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოზე ზეწოლის შთაბეჭდილება შექმნა. კონსტიტუციური სარჩელი დარეგისტრირდა 2016 წლის 9 თებერვალს. საქმე განსახილველად გადაეცა პლენუმს. საქმის განმწესრიგებელ სხდომაზე განხილვა მოხდა ორჯერ, საბოლოო გადაწყვეტილება კი სასამართლომ მიიღო 2017 წლის 7 აპრილს. ამ ხნის განმავლობაში, 2017 წლის 8 თებერვალს მიღებული კანონით ცვლილება შევიდა სადავოდ გამხდარ ნორმატიულ აქტებში, რასაც კონსტიტუციური სარჩელის არდაკმაყოფილება მოჰყვა.

ამ საქმეზე, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამმა წევრმა განსხვავებული აზრი წარმოადგინა, რომელშიც მკაფიოდ და ცალსახად დაათვითყარეს მათი პოზიცია მოცემულ საკითხზე: „აღნიშნულთან დაკავშირებით განვმარტავთ, რომ ნორმის კონსტიტუციურობის თაობაზე დავის სამართლიანი გადაწყვეტა მოიცავს ასევე საკითხსაც, სასამართლომ გონივრულ ვადაში მიიღოს გადაწყვეტილება და არ შექმნას იმის ეჭვი, თითქოს ელოდება კონსტიტუციურ დავაზე, მოპასუხის მხრიდან, სადავო აქტში იმ ცვლილებათა პაკეტის მიღებას, რომელიც, ერთი მხრივ, „კომფორტულ“ მდგომარეობაში ჩააყენებს სასამართლოს, თავი აარიდოს ამა თუ იმ ინტერესებისთვის არასასურველი გადაწყვეტილებების მიღებას და, მეორე მხრივ, აზიანებს მოსარჩელეთა უფლებების დაცვის დროულობას და ხელს უწყობს სასამართლოს მიმართ ნდობის დაკარგვას, ამცირებს სასამართლოს გადაწყვეტილების ეფექტიანობას. სასამართლომ გადაწყვეტილება მიიღო იმდენად გვიან, რომ ფაქტობრივად, კანონმდებელს მიეცა შესაძლებლობა, ცვლილებები შეეტანა მოქმედ კანონმდებლობაში. აღნიშნული გარემოება, შემდგომ, სასამართლომ გამოიყენა კონსტიტუციური

სარჩელის არდაკმაყოფილებისათვის“.¹ განსხვავებულ აზრში განვითარებული ეს განმარტება პირდაპირ მიუთითებს, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოში ამ საქმის განხილვისას სასამართლოს წევრების უმრავლესობა უხერხულ სიტუაციაში იყო და სადავოდ გამოდარ ნორმებში ცვლილების შეტანას ისე ელოდნენ, როგორც მაშველ რგოლს. საზოგადოებაში მსგავსი მოსაზრებების გაჩენის წახალისება აზიანებს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ავტორიტეტს. აუცილებელია, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ ორგანული კანონის 29-ემუხლის მე-2 პუნქტის გამოყენება სწორედ მოხდეს და ის არ გადაიქცეს მოპასუხე მხარის მიერ არაკეთილსინდისიერი ქმედებების განხორციელების ინსტრუმენტად.

საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პროცესში სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების შემდგომ, საქმის განხილვის გაგრძელების მიმართ არსებობს სამგვარი მდგომა:

1. მსოფლიო პრაქტიკაში არსებობს ქვეყნები, რომლებშიც საკონსტიტუციო სასამართლო სადავო ნორმის გაუქმებისთანავე წყვეტს საკონსტიტუციო სამართალწარმოებას (ბელარუსია², უკრაინა³, ჩეხეთი⁴, ავსტრია⁵, სლოვაკეთი⁶, პორტუგალია⁷);
2. ასევე, არსებობს შემთხვევები, რომლის მიხედვითაც სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების შემდეგ, საკონსტიტუციო სასა-

¹ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეების - ირინა იმერლიშვილის, გიორგი კვერენჩილაძის და მაია კოპალეიშვილის განსხვავებული აზრი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 7 აპრილის №3/2/717 გადაწყვეტილებაზე საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები მოქალაქეები მთვარისა კველიშვილი, ნაზი დოთიაშვილი და მარინა გლოველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

² Law of the Republic of Belarus on the Constitutional Proceedings, <<http://www.kc.gov.by/en/main.aspx?guid=13225>> [21.09.2018].

³ Rules of Procedure of the Constitutional Courte of Ukraine.

⁴ Czechia – Constitutional Court Act.

⁵ Constitutional Court Act of Austria.

⁶ Constitutional Court Act of the Slovak Republic.

⁷ Law of the Constitutional Court of Portugal.

მართლოები (ან მათი ეკვივალენტური ორგანოები) აგრძელებენ სამართალწარმოებას და იხილავენ კონსტიტუციურობის საკითხს (ლიბტენმტეინი, სერბეთი¹);

3. ცალკეულ გამოწვევებში დამკვიდრებულია წესი, რომლის მიხედვითაც, პროცესში სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების შემდგომ, შესაძლებელია საქმის განხილვის გაგრძელება, თუ საქმის წარმოება გადასულია კონკრეტულ სტადიაში (საქართველო², პოლონეთი³, ხორვატია⁴).

„კანონმდებლობის და პრაქტიკის ფართო ანალიზი საშუალებას გვაძლევს, გამოვყოთ ყველა ქვეყნისთვის დამახასიათებელი საკონსტიტუციო კონტროლის ერთ-ერთი მთავარი ამოცანა: ეს არის სხვადასხვა სამართლებრივი აქტის კონსტიტუციასთან შესაბამისობის შემოწმება და დარღვევების შემთხვევაში, სათანადო ზომების გატარება კონსტიტუციასთან შესაბამისობაში მათ მოსაყვანად. ჩვენი აზრით, სწორედ ეს ამოცანა განსაზღვრავს საკონსტიტუციო კონტროლის ფორმას და შინაარსს, მის ძირითად დანიშნულებას, რადგან ამ ფუნქციის რეალიზებით საკონსტიტუციო კონტროლის ორგანოები უზრუნველყოფენ სამართლებრივი სახელმწიფოს ისეთ მნიშვნელოვან პრინციპს, როგორიც არის კონსტიტუციის უზენაესობა“.⁵ მეტიც „საკონსტიტუციო იურისდიქცია ყოველთვის უნდა იყოს ორიენტირებული უზრუნველყოფდეს პირების თავისუფლებებისა და უფლებების დაცვას“.⁶ ვენეციის კომისია ამ საკითხთან დაკავშირებით აღნიშნავს, რომ სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტის გაუქმებისას საკონსტიტუციო სამართალწარმოების

¹ Law on the Constitutional Court of Serbia.

² საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

³ The Constitutional Tribunal Act of Poland.

⁴ The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia.

⁵ კახიანი გ., საკონსტიტუციო კონტროლის ინსტიტუტი და მისი ფუნქციონირების პრობლემები საქართველოში: კანონმდებლობის და პრაქტიკის ანალიზი, სადოქტორო დისერტაცია, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი 2008, 20.

⁶ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Models of Constitutional Jurisdiction by Helmut Steinberger, 1991, 24

ერთმნიშვნელოვნად შეწყვეტა არასაკმარისი ღონისძიება ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დასაცავად¹. ვენეციის კომისიის ეს განცხადება, ცალსახად მიუთითებს იმაზე, რომ ჩვენ მიერ იდენტიფიცირებული იმ ქვეყნების მიდგომა, სადაც სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმება ავტომატურად იწვევს საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შეწყვეტას, არასწორი პრაქტიკაა და სათანადოდ არ უზრუნველყოფს ადამიანის უფლებების დაცვას. ჩვენი აზრით, ის მოდელელებს სათანადოდ ვერ უზრუნველყოფენ ადამიანის უფლებების ეფექტურ დაცვას, რომლის ფარგლებშიც საკონსტიტუციო სამართალწარმოების გაგრძელება სამართალწარმოების კონკრეტულ სტადიაზე არის დამოკიდებული. ამის ყველაზე ნათელი მაგალითი საქართველოა, სადაც საქმის განხილვამდე სადავო ნორმის გაუქმება უპირობოდ ნიშნავს საქმის წარმოების შეწყვეტას, თანაც ეს მაშინ, როდესაც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო ავითარებს პრაქტიკას, რომლის მიხედვითაც სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმებაში მოიაზრება უმნიშვნელო და არსებითად არაფრის შემცველი ცვლილებების განხორციელება.

არსებობს გავრცელებული მოსაზრება, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის არსებობა უზრუნველყოფს პროცესის ეკონომიურობის პრინციპს, რადგან, სანამ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო საქმის არსებითად განხილვაზე გადავა, ამ საფუძვლით საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შეწყვეტა, შეამცირებს სასამართლოში განსახილველ საქმეთა რაოდენობას და მოხდება საქმეებისგან განტვირთვა. მოცემულ ნორმასთან მიმართებით, ამ მოსაზრებას, ხშირად იყენებს მოპასუხე მხარე. სამწუხარო კი ისაა, რომ ეს პათოსი, ასევე, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არის გაზიარებული თავის პრაქტიკაში.

წინა აბზაცში მოცემულ საკითხთან დაკავშირებით, პირველ რიგში, უნდა ითქვას, რომ ყველანაირი ეკონომიურობის პრინციპი უკან იხევს, როდესაც საქმე ეხება ადამიანის უფლებების დაცვის ეფექტური მექანიზმის არსებობის საჭიროებას. ზემოთ განვითარებული მსჯელობა კი,

¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Study on Individual Access to Constitutional Justice, Strasbourg, 2011, 44.
332

ნათლად გვაჩვენებს, რომ არსებული რეგულაცია ვერ უზრუნველყოფს ამ უკანასკნელს. გარდა ამისა, საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტი, ასევე, ვერ ამართლებს ეკონომიურობის პრინციპის არსებობას, რადგანაც საკონსტიტუციო სარჩელის ავტორს არაფერი აკავებს, ახლიდან შეიტანოს კონსტიტუციური სარჩელი და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ისევ გაუზარდოს საქმეთა რაოდენობა. ერთადერთი, რაც იცვლება ის არის, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოში წასულ მოსარჩელეს ეზრდება საქმის განხილვის ვადა. მაგალითად, „ართქმელაძე, ციციძის“¹ საქმის შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სარჩელი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოში 2017 წლის 23 მაისს დარეგისტრირდა. საკონსტიტუციო წარმოების შეწყვეტის განჩინება კი სასამართლომ 2018 წლის 22 თებერვალს მიიღო. მოცემულ შემთხვევაში ამ რეგულაციის გამოყენებით, მოსარჩელე მხარეს საკონსტიტუციო განხილვის პერიოდი ფაქტობრივად ცხრა თვით გაუხანგრძლივებს.

არსებულ რეგულაციას არანაირი სარგებელი არ მოაქვს სიმართლის დასაცავად. ეს მექანიზმი იქცა მოპასუხე მხარის პროცედურულ თავშესაფრად, რომელიც ამ უკანასკნელს ბოროტად იყენებს. ამის ნათელი მაგალითი „მოსამართლეების საქმე“² და კიდევ სხვა, უამრავი შემთხვევაა. საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტი და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა არ უზრუნველყოფს ადამიანის უფლებების ეფექტური დაცვის სტანდარტს და, ასევე, არანაირი კავშირი არა აქვს საქმის განხილვის ეკონომიურობის პრინციპთან.

მოცემული, არასწორი რეალობისგან თავის დაღწევის ეფექტურ გზას წარმოადგენს საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელება,

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 22 თებერვლის №2/3/1227 განჩინება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები - თორნიკე ართქმელაძე და ალექსანდრე ციციძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 7 აპრილის №3/2/717 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები მოქალაქეები მთვარისა კველიშვილი, ნაზი დოთიაშვილი და მარინა გლოველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

რომელიც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მისცემს შესაძლებლობას, რომ მან საკონსტიტუციო სამართალწარმოების ნებისმიერ სტადიაზე შეძლოს სამართალწარმოების გაგრძელების განხილვა. თუმცა, ამ ეფექტის მიღწევა, ასევე, შესაძლებელია საკანონმდებლო ცვლილებების გარეშეც, კერძოდ, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სწორი განმარტების გზით. ეს განმარტება კი, მიმართული უნდა იყოს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის ჩანაწერზე, სადაც საუბარია სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტის „გაუქმებასა ან ძალადაკარგულად ცნობა“-ზე. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა განმარტოს, თუ რა მოიაზრება გაუქმება, ძალადაკარგულად ცნობაში, სადავო ნორმატიულ აქტში ყველანაირი ცვლილების განხორციელება თუ მხოლოდ ისეთის, რომელიც არსებითად ცვლის დავის საგანს ან საერთოდ აუქმებს, დავის საგნის გარეშე ტოვებს სარჩელს. აღსანიშნავია, რომ ეს მოსაზრება თავად საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოშიც არსებობს, მაგ., „გამომცემლების საქმე“-ზე¹ საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრმა განსხვავებულ აზრში დააფიქსირა მსგავსი პოზიცია, რომლის მიხედვითაც სადავო აქტის „გაუქმება“ ან „ძალადაკარგულად ცნობა“ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შეფასების და განმარტების საგანი უნდა ყოფილიყო. ამ მოსაზრებას გააჩნია მყარი ნორმატიული არგუმენტი - საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 26-ე მუხლის მე-3 პუნქტის შესაბამისად, „ნორმატიული აქტის შემოწმებისას საკონსტიტუციო სასამართლო მხედველობაში იღებს სადავო ნორმის არამართო სიტყვასიტყვით მნიშვნელობას, არამედ მასში გამოხატულ ნამდვილ აზრს და მისი გამოყენების პრაქტიკას, აგრეთვე შესაბამისი კონსტიტუციური ნორმის არსს“. სწორედ, ეს ჩანაწერი პირდაპირ

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის №1/3/559 განჩინება საქმეზე „შპს „გამომცემლობა ინტელექტი“, შპს „გამომცემლობა არტანუჯი“, შპს „გამომცემლობა დიოგენე“, შპს „ლოგოს პრესი“, შპს „ბაკურ სულაკაურის გამომცემლობა“, შპს „საგამომცემლო სახლი ტრაისი“ და საქართველოს მოქალაქე ირინა რუხაძე საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის წინააღმდეგ“.

ავალდებულებს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შეათავსოს თუ რა მოიაზრება სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტის „გაუქმება“, „ძალადაკარგულად ცნობაში“. საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის გაუქმების დასაღვენად სადავო აქტში უმნიშვნელო ცვლილების შეტანა საკმარისი არ უნდა იყოს, მთავარია, ცვლილების შემდგომ, დავის საგანი ისევ არის სახეზე თუ არა.

საკონსტიტუციო სასამართლოების ეფექტურობასთან დაკავშირებით, მეტად საინტერესოა, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს განმარტება, რომლის მიხედვითაც „იმისათვის, რომ მიმართვის საშუალება ეფექტიანი იყოს, ის უნდა პასუხობდეს საჩივარს, იძლეოდეს გასაჩივრებული დარღვევის პირდაპირი და სწრაფი გამოსწორების საშუალებას“.¹ ეს განმარტებაც, ნათლად გვანახებს, რომ საკონსტიტუციო კონტროლის მექანიზმის ეფექტიანობის შემომწმების კუთხით, საერთაშორისო ავტორიტეტული ორგანიზაციები აკვირდებიან პროცედურის ხანგრძლივობას, მისი პროცედურული გაჭიანურების საშუალებების არსებობას.

„მოსამართლეები კონსტიტუციას უნდა მიიჩნევდნენ ძირითად კანონად და ეს მართლაც ასეა. თუ კონსტიტუციასა და კანონს შორის შეურიგებელი წინააღმდეგობა აღმოჩნდება, კონსტიტუციას უპირატესობა უნდა მიენიჭოს კანონის წინაშე, ხალხის განზრახვას - მისი წარმომადგენლების განზრახვის წინაშე“.² ფედერალისტების ეს სულისკვეთება, ყოველთვის უნდა იყოს სახელმძღვანელო პრინციპი საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეებისთვის. თუ სახეზეა ისეთი რეგულაცია, რომელიც არ არის მოწოდებული ადამიანის უფლებების ეფექტური დაცვისკენ, აუცილებელია მისი სწორი, კონსტიტუციის პრინციპების შესაბამისი განმარტება. აუცილებელია სამოსამართლო გაბედულობა. რომ არა ეს ფენომენი, შესაძლებელია დღესაც კი, მსოფლიო საზოგადოება საკონსტიტუციო კონტროლის მექანიზმის გარეშე ყოფილიყო

¹ Deweer c. Belgique, 27 février 1980, §29, série A no 35; Apostol v. Georgia, no 40765/02, 28.10.2006.

² The Federalist Papers No. 78: Hamilton, New York, 1961, 468.

დარჩენილი. რომ არა სამოსამართლო გაბედულობა „მედისონი არ წააგებდა საქმეს და არ მოიგებდა უფლებას“¹ (*Marbury v. Madison*)².

ზემოთ განვითარებული მიმოხილვის შედეგად, უნდა ითქვას, რომ მიუღებელია საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის ამ სახით არსებობა, ისივე, როგორც ამ ნორმის საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოსეული განმარტება. დაუშვებელია, სადავოდ გამხდარი სამართლებრივი ნორმა, მივიჩნიოთ ძალადაკარგულად მაშინ, როდესაც მასში შეტანილი ცვლილებების მიუხედავად, ის იმავე მატერიალურ-ნორმატიული შინაარსით აგრძელებს მოქმედებას.

2. სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმება კონსტიტუციური სარჩელის არსებითად განსახილველად მიღების შემდეგ

საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალწარმოების ლოგიკით, თუ კონსტიტუციური სარჩელი გასცდა განმწესრიგებელ სხდომას და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიღო არსებითად განსახილველად, სადავოდ გამხდარ ნორმაში რაიმე ცვლილების განხორციელება, ავტომატურად, არ ნიშნავს საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შეწყვეტას. ამ პროცედურულ შესაძლებლობას ქმნის საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტი, რომლის მიხედვითაც „საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საქმის არსებითად განსახილველად მიღების შემდეგ, სადავო აქტის გაუქმებისას ან ძალადაკარგულად ცნობისას, თუ საქმე ეხება საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავით აღიარებულ ადამიანის უფლებებსა და თავისუფლებებს, საკონსტიტუციო სასამართლო უფლებამოსილია გააგრძელოს სამართალწარმოება და გადაწყვიტოს გაუქმებული ან ძალადაკარგულად ცნობილი სადავო აქტის საქართველოს კონსტიტუციასთან შესაბამისობის საკითხი იმ შემთხვევაში, თუ

¹ შაიო ა., ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, მ. მაისურაძის თარგმანი, თ. ნინიძის რედაქტორობით, თბილისი 2003, 15.

² *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803)

მისი გადაწყვეტა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კონსტიტუციური უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველსაყოფად“.

უნდა აღინიშნოს, რომ ეს შესაძლებლობა, საკონსტიტუციო სამართალწარმოების კანონმდებლობაში, 2002 წელს გაჩნდა, მაგრამ არა დღეს არსებული რედაქციით. თავდაპირველად საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შესახებ საქართველოს კანონის მე-13 მუხლის მე-6 პუნქტი ჩამოყალიბდა შემდეგნაირად - „საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საქმის არსებითად განსახილველად მიღების შემდეგ სადავო აქტის გაუქმება ან ძალადაკარგულად ცნობა არ იწვევს საკონსტიტუციო სასამართლოში საქმის შეწყვეტას, თუ იგი ეხება საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავით აღიარებულ ადამიანის უფლებებსა და თავისუფლებებს“.

ამ ორი რეგულაციის შედარებისას, ნათლად იკვეთება, რომ თავდაპირველი რედაქცია საკონსტიტუციო სამართალწარმოების გაგრძელების თითქმის უპირობო, ავტომატური გარანტია იყო, რადგანაც საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-19 მუხლით გათვალისწინებული უფლებამოსილებების უმრავლესობა, განსაკუთრებით კი, კერძო პირების მიერ კონსტიტუციური სარჩელით მიმართვის უფლება, ყოველთვის ეხება საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავით აღიარებულ უფლებებს და თავისუფლებებს. უნდა ითქვას, რომ საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შესახებ საქართველოს კანონის მე-13 მუხლის მე-6 პუნქტის თავდაპირველი რედაქცია არ ტოვებდა კონსტიტუციური სარჩელის შეფერხების მანიპულირების პროცესუალურ საშუალებას. თუმცა იგივეს ვერ ვიტყვით საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სხვა კომპეტენციებთან მიმართებით, რომელზეც დავა, შესაძლებელია გასცდენოდა საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავით აღიარებულ უფლებებს და თავისუფლებებს. საერთო ჯამში, მაინც უნდა ითქვას, რომ რადგანაც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოში განსახილველი საქმეების ძირითადი ბირთვი საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-19 მუხლის პირველი ნაწილის „ე“ ქვეპუნქტზე მოდის, საქმეთა განხილვის მექანიკური შეფერხებისგან თავის დასაცავად, აღნიშნული ნორმა, მაინც ქმედით მექანიზმს წარმოადგენდა.

2010 წლის საკანონმდებლო ცვლილებით კი, საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შესახებ საქართველოს კანონის მე-13 მუხლის მე-6 პუნქტი შეიცვალა და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო ვალდებულია ნაცვლად გახდა უფლებამოსილი გაეგრძელებინა საკონსტიტუციო სამართალწარმოება თუ: 1. საქმე არსებითი განხილვისთვისაა მიღებული, 2. საქმე ეხება საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავით აღიარებულ ადამიანის უფლებებს და თავისუფლებებს და 3. თუ საქმის გადაწყვეტა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კონსტიტუციური უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველსაყოფად. ახალი რედაქცია ტოვებს შთაბეჭდილებას, რომ შესაძლებელია, სასამართლოს მიხედულობით, საქმის განხილვა შეფერხდეს მას შედეგ, რაც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო არსებითი განხილვისთვის მიიღებს საქმეს, ხოლო სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტი გაუქმდება ან ძალადაკარგულად იქნება ცნობილი. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ მითითება საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავზე, გაუგებრად ზღუდავს ამ მექანიზმის მოცულობის საკითხს. გასაგებია, რომ ნებისმიერი საკონსტიტუციო სამართლებრივი მექანიზმი მომართული უნდა იყოს ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვისკენ, მაგრამ უფლებებს და თავისუფლებებს მართო კონსტიტუციის მეორე თავი არ იცავს. მთლიანი კონსტიტუციაა ადამიანის უფლებების და თავისუფლებების გარანტი. გარდა ამისა, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სხვა უამრავი კომპეტენცია აქვს თავის არსენალში, რომლის ფარგლებშიც წარმართული დავაც ფორმალურად, შესაძლებელია სცდებოდეს საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავს, მაგრამ ეხებოდეს ადამიანის უფლებებს და თავისუფლებებს.

ჩვენი აზრით, ახალი რედაქციის ჩანაწერი („თუ მისი გადაწყვეტა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კონსტიტუციური უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველსაყოფად“), სრულიად ზედმეტი და უადგილოა. ამ განცხადების საფუძველს გვაძლევს ის გარემოება, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტის გამოყენებისას, კონსტიტუციური სარჩელი უკვე არსებითი განხილვისთვისაა მიღებული, რაც იმას ნიშნავს, რომ კონსტიტუციური სარჩელი შემოტანილია შესაბამისი სუბიექტის

მიერ და მისი უფლება ან უკვე დარღვეულია ან შესაძლებელია და-
ირღვეს. ეს ჩანაწერი, რომ აღნიშნულიყო „საკონსტიტუციო სასამართ-
ლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2
პუნქტში, გასაგები იქნებოდა, რადგანაც საქმე არსებითი განხილვისთვის
მიღებული არ იქნებოდა ჯერ და ეს რეგულაცია საქართველოს საკონს-
ტიტუციო სასამართლოს მისცემდა შესაძლებლობას შეეფასებინა, სა-
კონსტიტუციო სარჩელის რეალურობა და თავისი მიხედულების შესა-
ბამისად, გადაეწყვიტა საქმის განხილვის გავრძელების საკითხი.

სანამ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკას
განვიხილავთ, საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს
ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტთან დაკავშირებით, მა-
ნამდე აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს საკონსტი-
ტუციო სასამართლოს არ აქვს განმარტებული, თუ რა იგულისხმება
სიტყვებში - „თუ მისი გადაწყვეტა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია
კონსტიტუციური უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველსაყო-
ფად“. ეს გარემოება, კიდევ ერთხელ, მიუთითებს, რომ კანონში ამ
ჩანაწერის გაჩენა არალოგიკური საფუძვლებით იყო განპირობებული.

საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული
კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტთან დაკავშირებით, ყველაზე მნიშვნე-
ლოვანი განმარტებები მოცემულია ე.წ. „სისხლის დონორობის
საქმეზე“¹, სადაც სადავოდ იყო გამხდარი საქართველოს შრომის, ჯანმ-
რთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის რიგი კანონქვემ-
დებარე ნორმატიული აქტები, რომლის მიხედვითაც, ჰომოსექსუა-
ლიზმი მიეკუთვნებოდა შიდსის რისკ ჯგუფებს. შიდსის რისკ ჯგუფე-
ბისადმი მიკუთვნება კი, წარმოადგენდა სისხლისა და მისი კომპო-
ნენტების დონორობის აბსოლუტური წინააღმდეგობის ჩვენებას. ამას-
თანავე, სისხლისა და მისი კომპონენტების დონორის საეჭიმო გამოკვ-

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის
№2/1/536 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები ლევან ასა-
თიანი, ირაკლი ვაჭარაძე, ლევან ბენიძე, ბექა ბუჩაშვილი და გოჩა გაბოძე სა-
ქართველოს შრომის, ჯანმრთელობის და სოციალური დაცვის მინისტრის
წინააღმდეგ“.

ლევა გულისხმობდა პირისთვის ეპიდანამენზის ჩატარებას და ამ პროცესში, დონორის აივ-ინფექციით და ჰეპატიტით დაინფიცირების ისეთი რისკი ფაქტორების განსაზღვრას, როგორებიცაა: ჰომოსექსუალიზმი, პროსტიტუცია და ნარკომანია.

მოცემული საქმე, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ 2013 წლის პირველი მარტის საოქმო ჩანაწერით¹ არსებითი განხილვისთვის მიიღო, ხოლო 2013 წლის 8 ოქტომბრის საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის ბრძანებით, ცვლილებები შევიდა სადავოდ გამხდარ ნორმატიულ აქტში ტერმინი „ჰომოსექსუალიზმი“ ჩანაცვლდა ტერმინით „მამაკაცის სქესობრივი კავშირი მამაკაცთან (მსმ პირები). მოსარჩელეთა მიერ სარჩელში და არსებითი განხილვის სხდომაზე წარმოდგენილი განმარტებების მიხედვით, „ჰომოსექსუალიზმი“, *inter alia* მოიცავს „მსმ პირთა“ ნაწილს, შესაბამისად, მათთვის კვლავ პრობლემური რჩებოდა ძალადაკარგულად ცნობილი ნორმის ახალი რედაქციის შინაარსი.

სწორედ ამ შემთხვევის გამო, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო დადგა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტის განმარტების და გამოყენების წინაშე. აქვე, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ამ საქმეს გაუმართლა, პროცედურულად გაცდენილი, რომ იყო განმწესრიგებელ სხდომას. წინააღმდეგ შემთხვევაში საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის, საფუძველზე, ავტომატურად, შეწყვეტდა საკონსტიტუციო სამართალწარმოებას.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ „მხოლოდ მოქმედი ნორმა შეიძლება წარმოშობდეს ადამიანის კონსტიტუციით გარანტირებული უფლების დარღვევის რისკს, თუმცა, სადავო ნორმის ძალადაკარგულად ცნობამ ყველა შემთხვევაში შეიძლება არ გამოიწვიოს სადავოდ გამხდარი ნორმატიული შინაარსის გაუქმება. ნორმის გაუქმების შემდეგ, იგი შეიძლება ჩანაცვლებულ იქნეს სხვა

¹ იქვე.

ისეთი დებულებით, რომელიც სრულად ან ნაწილობრივ შეინარჩუნებს მოსარჩელის მიერ სადავოდ გამხდარ ნორმატიულ შინაარსს“.¹

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ დაუფარავად აღნიშნა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტის მიზანია, „არ მისცეს სამართალშემოქმედის შესაძლებლობა, ბოროტად ისარგებლოს სამართალშემოქმედებითი პროცესით. ნორმის ძალადაკარგულად ცნობის შემთხვევაში, საქმის განხილვის ავტომატური შეწყვეტა, გამოიწვევს კონსტიტუციური კონტროლის აბსოლუტურ დამოკიდებულებას სამართალშემოქმედების დინამიკურ პროცესზე, რამაც, შესაძლებელია, არაგონივრულად გაართულოს საკონსტიტუციო სასამართლოში უფლების დაცვა და დაუშვას სამართალშემოქმედებითი პროცესით ბოროტად სარგებლობის შესაძლებლობა, ეს კი, უარყოფითად აისახება კონსტიტუციის მეორე თავით გარანტირებული უფლებების ეფექტიან უზრუნველყოფაზე“.²

სასამართლომ მიუთითა, რომ სადავო ნორმის ახალი რედაქცია, გარკვეულწილად იმეორებდა ძველი რედაქციის ნორმატიულ შინაარსს: „ამასთან, მოპასუხის განმარტებები ცხადყოფს, რომ სადავო ნორმის ამ შინაარსის მიმართ სამართალშემოქმედის დამოკიდებულება არ შეცვლილა და კვლავაც არსებობს იმავე საფუძვლით მოსარჩელეთა უფლებების დარღვევის რისკი“.³

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ, მოცემულ შემთხვევაში, აირჩია საინტერესო მიდგომა - აღნიშნა, რომ ის შეზღუდულია დავის საგნის ფარგლებით და, შესაბამისად, მოცემული დავის ფარგლებში ვერ იმსჯელებს 2013 წლის 8 ოქტომბერს განხორციელებული ცვლილებების შედეგად ჩამოყალიბებული ნორმების რედაქციებზე (მამაკაცის სქესობრივი კავშირი მამაკაცთან (მსმ პირები)). ასევე, მან აღნიშნა, რომ კონსტიტუციური სარჩელის არსებითად განხილვა და გადანწყვეტა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მოსარჩელეთა უფლე-

¹ იქვე.

² იხ. იქვე.

³ იხ. იქვე.

ბებისა და თავისუფლებების უზრუნველყოფისათვის. შესაბამისად, საკონსტიტუციო სასამართლო ხელმძღვანელობს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტით და აგრძელებს საკონსტიტუციო სამართალწარმოებას. ბოლოს კი, მიუთითა საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 25-ე მუხლის მე-4, მე-4¹ პუნქტებზე და ყველას გასაგონად აღნიშნა, რომ დაუშვებელია, ისეთი სამართლებრივი აქტის მიღება, რომელიც შეიცავს იმ შინაარსის ნორმებს, რომლებიც სასამართლომ უკვე ცნო არაკონსტიტუციურად. ამასთან, თუ სასამართლო დაადგენს, რომ სადავო ნორმატიული აქტი ან მისი ნაწილი, შეიცავს იმავე შინაარსის ნორმებს, რომლებიც სასამართლომ უკვე ცნო არაკონსტიტუციურად, გამოაქვს განჩინება საქმის არსებითად განსახილველად მიუღებლობისა და სადავო აქტის ან მისი ნაწილის ძალადაკარგულად ცნობის შესახებ. ეს განმარტება მხარეებს ანიშნებდა, რომ სასამართლომ მართალია, არაკონსტიტუციურად ცნო სადავო ნორმის გაუქმებული რედაქცია, მაგრამ შინაარსობრივად, ეს ახალი რედაქციის გაუქმების ტოლფასია. თუ მოპასუხე მხარე სადავო ნორმის ახალ რედაქციაზე დაყრდნობით, კვლავ გააგრძელებს მოსარჩელის უფლებების დარღვევას, მოსარჩელეებს უფლება აქვთ კვლავ მიმართონ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს და გამარტივებული პროცედურით, საქმის არსებითი განხილვის გარეშე (საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 25-ე მუხლის მე-4¹ პუნქტი), მოხდეს ახალი რედაქციის არაკონსტიტუციურად ცნობა.

„სისხლის დონორობის საქმისგან“ განსხვავებით, „მოსამართლეების საქმეზე“¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს არ უმჯავლია საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტის გამოყენებაზე მაშინ, როდესაც ამ საქ-

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 7 აპრილის №3/2/717 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები მოქალაქეები მთვარისა კველიშვილი, ნაზი დოთიაშვილი და მარინა გლოველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

მეშიც გაუქმდა სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტები, თანაც არსებითი განხილვის სტადიაზე. ამ საქმეზე დაფიქსირებულ განსხვავებულ აზრში, სასამართლოს წევრები დაუფარავად აღნიშნავენ, რომ სადავო აქტში ცვლილებების განხორციელება იყო „მაშველი რგოლივით“, რომელმაც გარკვეული უხერხულობა ააცილა თავიდან საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს. სასამართლომ, ამ გარემოებებიდან გამომდინარე უბრალოდ აღარც კი იმსჯელა საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტის გამოყენებაზე და ეს უხერხულობაც დუმილით აიცილა თავიდან.

„სისხლის დონორობის საქმეზე“¹ განვითარებული პრაქტიკა გვიჩვენებს, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, პირველ რიგში, აფასებს სადავო ნორმაში შესულ რედაქციას, რამდენად ახალი წესრიგი შეაქვს ნორმაში. თუ სასამართლო დაასკვნის, რომ ცვლილება „ფასადურია“ და შინაარსობრივად, ისევ არსებობს უფლების დარღვევის რისკი, გრძელდება გაუქმებული სადავო ნორმის კონსტიტუციურობის განხილვა და თუ დადგინდა, რომ სადავო ნორმა არაკონსტიტუციურია, ის აუქმებს ძალადაკარგულ ნორმას და არა ცვლილება განხორციელებულ ახალ რედაქციას, ამასთანავე, სამოტივაციო ნაწილში უთითებს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 25-ე მუხლის მე-4¹ მუხლზე, რომლის მიხედვითაც „თუ საკონსტიტუციო სასამართლო განმწესრიგებელ სხდომაზე დაადგენს, რომ სადავო ნორმატიული აქტი ან მისი ნაწილი შეიცავს იმავე შინაარსის ნორმებს, რომლებიც საკონსტიტუციო სასამართლომ უკვე ცნო არაკონსტიტუციურად ... და თუ არ არსებობს ამ კანონის 21¹ მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული საფუძველი, მას გამოაქვს განჩინება საქმის არსებითად განსახილველად მიუღებლობისა და სადავო აქტის ან მისი ნაწილის ძალადაკარგულად

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის №2/1/536 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები ლევან ასათიანი, ირაკლი ვაჭარაძე, ლევან ბენიძე, ბექა ბუჩაშვილი და გოჩა გაბოძე საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობის და სოციალური დაცვის მინისტრის წინააღმდეგ“.

ცნობის შესახებ. ეს განჩინება ძალაში შედის გამოქვეყნების მომენტიდან“. ამ ნაბიჯით, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო მოპასუხე მხარეს ეუბნება, რომ მართალია, სადავო ნორმის ახალი რედაქცია არ ვცანი არაკონსტიტუციურად, მაგრამ მისი მსგავსი ნორმა ვცანი ასეთად. ეს კი ახლი ნორმის მიმართ, კონსტიტუციური სარჩელის არსებობის პირობებში სასამართლოს აძლევს იმის უფლებას, რომ ახალი ნორმა, არსებითი განხილვის გარეშე, განჩინებითვე, არაკონსტიტუციურად გამოაცხადოს. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო ამ პრაქტიკის ჩამოყალიბებით ადგენს ერთგვარ პრევენციის მექანიზმს, მაგრამ ეფექტურობის კუთხით, ჩვენი აზრით ამ მიდგომას დიდი ნაკლი გააჩნია, რადგან მოსარჩელის მიერ ახალი საკონსტიტუციო სამართალწარმოების დაწყება და თუნდაც განმწესრიგებელ სხდომამდე მისვლა გარკვეულ დროით მონაკვეთთან არის დაკავშირებული, რომლის დროსაც მოსარჩელეს არ იცავს არაფერი, მათ შორის არც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 25-ე მუხლის მე-5 პუნქტის მსგავსი მექანიზმი (სუს-პენზიური ეფექტი), რაც უფლებების დარღვევის სერიოზულ საშიშროებას ქმნის.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო საკითხის მსგავს გადაჭრას ხსნის იმით, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 26-ე მუხლის პირველი პუნქტის საფუძველზე „საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლება არა აქვს იმსჯელოს მთლიანად კანონის ან სხვა ნორმატიული აქტის კონსტიტუციასთან შესაბამისობაზე, თუ მოსარჩელე ან წარდგინების ავტორი ითხოვს კანონის ან სხვა ნორმატიული აქტის მხოლოდ რომელიმე ნორმის არაკონსტიტუციურად ცნობას“. საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლი კი, საკონსტიტუციო სარჩელის ავტორს უფლებას აძლევს, მხოლოდ შეამციროს სასარჩელო მოთხოვნა, გაზრდის პროცესუალური შესაძლებლობა კი არ არსებობს. გარდა ამისა, თავის მხრივ, საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტი მიუთითებს გაუქმებული ან ძალადაკარგულად ცნობილი სადავო აქტის კონსტიტუციურობის საკითხის განხილვის გაგრძელებაზე და არა ახლად ჩამოყალიბებულ ნორმატიულ აქტზე.

საინტერესოა, რა განვითარება მოჰყვა „სისხლის დონორობის საქმე“-ს, მას შემდეგ რაც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ განაგრძო საქმის განხილვა და საბოლოოდ, არაკონსტიტუციურად ცნო გაუქმებული სადავო ნორმა. ამ ყოველივეს შემდეგ, მოჰასუსხემ (შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის სამინისტრო), ყურად არ იღო სასამართლოს გაფრთხილება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 25-ე მუხლის მე-5 პუნქტის გამოყენების თაობაზე და ნორმა, რომელიც ეწინააღმდეგებოდა საქართველოს კონსტიტუციას, კვლავ განაგრძობდა მოქმედებას 2017 წლის შემოდგომამდე, ე.ი მანამ სანამ მოსარჩელებმა ხელახლა არ მიმართეს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს და არ მოითხოვეს სადავო ნორმის ახალი რედაქციის არაკონსტიტუციურად ცნობა¹.

ეს მაგალითები იმაზე მიგვანიშნებს, რომ აუცილებელია, მეტი ეფექტური რეგულაცია საკონსტიტუციო სამართალწარმოების კანონმდებლობაში. პირველ რიგში, საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტიდან უნდა გაქრეს მითითება კონსტიტუციის მეორე თავზე და უნდა გაჩნდეს პირდაპირი შესაძლებლობა, რომ სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტის გაუქმების ან ცვლილების შემდგომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნოს ნორმის ახალი რედაქცია, რომელიც შესაძლებელია, ეწინააღმდეგებოდეს საქართველოს კონსტიტუციას. ჩვენი აზრით, ასეთ დროს მოსარჩელეს უნდა შეეძლოს სასარჩელო მოთხოვნის ცვლილება. ამ პოზიციის სანაწინააღმდეგოდ, შესაძლებელია ითქვას, რომ საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პროცესი უკვე გაცდენილია განმწესრიგებელ სხდომას და დავის საგნის ცვლილება გამოიწვევს საქმის ახლიდან განხილვას, რადგანაც ახალ დავის საგანზე ახლიდან იქნება გასავლელი ყველა პროცედურა. ამ შესაძლო კონტრარგუმენტთან დაკავშირებით უნდა ითქვას, რომ წინა

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 13 ივლისის №1/13/878 განჩინება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები ლევან ბენიანიძე და გოჩა გაბოძე საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობის და სოციალური დაცვის მინისტრის წინააღმდეგ“.

თავში განვითარებული მსჯელობა გვაჩვენებს, რომ ეს მექანიზმი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უნდა ჰქონდეს საემის არსებითად განსახილველად მიღებამდე და პროცედურული საკითხებით მანიპულერება მოკლებულია ყოველგვარ ადამიანის უფლებების დაცვისკენ მიმართულ ლოგიკას. ამ შემთხვევაში პროცედურებით მანიპულირება ხელს აძლევს მხოლოდ ისეთ მოპასუხე მხარეს, რომელიც მიმართულია იქითკენ, რომ თავი დააღწიოს საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებას და პროცედურული მანიპულაციებით გაუხანგრძლივოს სიცოცხლე ისეთ ნორმებს, რომლებიც, შესაძლებელია, არღვევდნენ საქართველოს კონსტიტუციას.

ამ საკითხს, ასევე, განიხილავს ვენეციის კომისია, მის მიერ მომზადებულ დოკუმენტში, რომელშიც საუბარია, კონსტიტუციური მართლმსაჯულების ინდივიდუალური ხელმისაწვდომობის პრობლემებზე. მოცემულ დოკუმენტში, დასკვნის სახით, წარმოდგენილი პოზიციის მიხედვით, მსოფლიო საკონსტიტუციო კონტროლის სპეციალიზირებულ ორგანოებში შეინიშნება სამი მიდგომა: 1. არსებობს პრაქტიკა სადაც სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლო დაუყოვნებლივ წყვეტს საკონსტიტუციო სამართალწარმოებას (მაგალითად, ავსტრია¹, ჩეხეთი², საფრანგეთი³, მონტენეგრო⁴, პორტუგალია⁵, შვეიცარია⁶, უკრაინა⁷); 2. ასევე, არსებობს მიდგომა, რომლითაც საკონსტიტუციო კონტროლის განმახორციელებელი ორგანოები სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების შემთხვევაში, უპირობოდ აგრძელებენ საკონსტიტუციო სასამართალწარმოებას (მაგალითად, ლიხტენშტეინი, სერბეთი⁸); 3. მესამე მიდგომის მიხედვით

¹ Constitutional Court Act of Austria, <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_1953_85> [05.11.2018].

² Constitutional Court Act of Czech Republic.

³ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Study on Individual Access to Constitutional Justice, Strasbourg, 2011, 40.

⁴ Law on the Constitutional Court of Montenegro.

⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Study on Individual Access to Constitutional Justice, Strasbourg, 2011, 40.

⁶ Federal Constitutional Court Act of Switzerland.

⁷ Rules of procedure of the Constitutional Court of Ukraine.

⁸ Law on the Serbian Constitutional Court.

სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების შემთხვევაში, საქმის განხილვა, შესაძლებელია, გაგრძელდეს გარკვეული პროცედურული ან შინაარსობრივი შეზღუდვის დაძლევის შემთხვევაში (მაგალითად, პოლონეთი¹ და რუსეთი²). პროცედურულ შეზღუდვაში მოიაზრება ის, თუ საქმე საკონსტიტუციო სამართალწარმოების რა სტადიაზეა, ხოლო შინაარსობრივში კი, საქმის მნიშვნელობა საჯარო ინტერესებისთვის, ადამიანის უფლებების ან პრაქტიკის გამდიდრებისთვის და ა.შ.. ასევე, საინტერესოა ლიეტუვას საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომა, რომლის მიხედვითაც სადავო სამართლებრივი აქტის გაუქმება იწვევს იურიდიული პროცედურების შეწყვეტის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებას (საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ კანონის 69.4 მუხლი), მაგრამ სასამართლოს იურისპრუდენციის (პრაქტიკის) მიხედვით, დადგენილია ერთი შემთხვევა, როდესაც დასაშვებია საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პროცესის გაგრძელება, მიუხედავად სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტის გაუქმებისა. მაგალითად, ისეთ შემთხვევებში, როდესაც რომელიმე საერთო სასამართლო კონკრეტული საქმის განხილვის ფარგლებში, თუ მას აქვს ეჭვი იმისა, რომ ამ საქმეზე გამოსაყენებელი კანონი ან სხვა ნორმატიული აქტი, შესაძლოა კონსტიტუციასთან არ არის შესაბამისობაში, მიმართავს საკონსტიტუციო სასამართლოს, საკონსტიტუციო სასამართლო ვალდებულია განიხილოს სასამართლოს წარდგინება, მიუხედავად იმ ფაქტისა, სადავო აქტი გაუქმებულია თუ არა³.

საილუსტრაციოდ, საინტერესოა, სერბეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ კანონის 72-ე მუხლი, რომლის მიხედვითაც „თუ სადავო აქტის მიმღები ორგანო, განხილვის ეტაპზე, მიიღებს ახალ აქტს, რომლითაც ცვლის ან აუქმებს სადავო ნორმას, სასამართლომ უნდა შეწყვიტოს საქმის განხილვა თუ მას არ მიაჩნია, რომ საქმის წარმოება

¹ The Act of 30 November 2016 on the Organisation of the Constitutional Tribunal and the Mode of Proceedings before the Constitutional Tribunal (Poland).

² Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian.

³ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania 27.03.2009, Ruling N33/06 on the Compliance of Paragraph 3 of Article 51 (Wording of 10 October 2000) of the Republic of Lithuania Law on Trademarks with the Constitutional of the Republic of Lithuania.

უნდა გაგრძელდეს არაკონსტიტუციურობისა და უკანონობის შედეგების თავიდან აცილების მიზნებისათვის”¹. სერბეთის საკონსტიტუციო კანონმდებლობა არ აღგენს სადავოდ გამხდარი სამართლებრივი აქტის განხილვის გაგრძელების პროცედურულ ბარიერს და ძირითადი ორიენტირი გადააქვს არაკონსტიტუციურობასა და პრევენციული უკანონო შედეგების თავიდან აცილებაზე. ასევე, საინტერესოა, საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ ბელარუსიის კანონის 56-ე მუხლი, რომლის მიხედვითაც „თუ აქტი, რომლის კონსტიტუციურობაც მოწმდება, შეიცვალა ან/და დამატება განხორციელდა, ან ასეთი ქმედება ითვლებოდა ბათილად და ბელარუსის რესპუბლიკამ შეწყვიტა ასეთი აქტით მონაწილეობა, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ამ აქტის მოქმედების შედეგად დაირღვა ადამიანის უფლებათა კონსტიტუციური უფლებები და თავისუფლებები, საქმის განხილვა საფუძვლის გარეშე რჩება“.²

დასკვნის სახით, კიდევ ერთხელ, აღვნიშნავთ, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტდან უნდა ამოვიღოთ, მითითება კონსტიტუციის მეორე თავზე და უნდა გაჩნდეს პირდაპირი შესაძლებლობა, რომ სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების ან ცვლილების შემდგომ, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნოს ნორმის ახალი რედაქცია, რომელიც შესაძლებელია, ეწინააღმდეგებოდეს საქართველოს კონსტიტუციას. ასევე, უნდა მოიხსნას პროცედურული შეზღუდვა, რომელიც განხილვის შესაძლებლობას იძლევა მხოლოდ მას შემდეგ, როდესაც კონსტიტუციური სარჩელი გასცდება განმწესრიგებელ სხდომას.

დასკვნა

საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პროცესში სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების საკითხის გარშემო შექმნილი არასწორი რეალობისგან თავის დაღწევის ეფექტურ გზას წარმოადგენს საკანონმდებლო ცვლილების განხორციელება, რომელიც საქართველოს სა-

¹ Law on the Serbian Constitutional Court.

² Law of the Republic of Belarus on the Constitutional Proceedings.

კონსტიტუციო სასამართლოს მისცემს შესაძლებლობას საკონსტიტუციო, სამართალწარმოების ნებისმიერ სტადიაზე შეძლოს სამართალწარმოების გაგრძელების საკითხის განხილვა. თუმცა, ამ ეფექტის მიღწევა, ასევე, შესაძლებელია საკანონმდებლო ცვლილების გარეშეც. კერძოდ, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სწორი განმარტების გზით. ეს განმარტება კი, მიმართული უნდა იყოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 29-ე მუხლის მე-2 პუნქტის ჩანაწერზე, სადაც საუბარია სადავო ნორმატიული აქტის „გაუქმება ან ძალადაკარგულად ცნობა“-ზე. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა განმარტოს, თუ რა მოიაზრება გაუქმება, ძალადაკარგულად ცნობაში, სადავო ნორმატიულ აქტში ყველანაირი ცვლილების განხორციელება თუ მხოლოდ ისეთის, რომელიც არსებითად ცვლის დავის საგანს ან საერთოდ აუქმებს, დავის საგნის გარეშე ტოვებს სარჩელს. როგორც შესაბამის თავში აღვნიშნეთ, ეს მოსაზრება თავად საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოშიც არსებობს. მაგ., „გამომცემლების საქმე“-ზე¹ საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრმა განსხვავებულ აზრში დააფიქსირა მსგავსი პოზიცია, რომლის მიხედვითაც სადავო აქტის „გაუქმება“ ან „ძალადაკარგულად ცნობა“ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შეფასების და განმარტების საგანი უნდა ყოფილიყო. ამ მოსაზრებას გააჩნია მყარი ნორმატიული არგუმენტი: საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 26-ე მუხლის მე-3 პუნქტის შესაბამისად „ნორმატიული აქტის შემოწმებისას საკონსტიტუციო სასამართლო მხედველობაში იღებს სადავო ნორმის არა მარტო სიტყვასიტყვით მნიშვნელობას, არამედ მასში გამოხატულ ნამდვილ აზრს და მისი გამოყენების პრაქტიკას, აგრეთვე შესაბამისი კონსტიტუციური ნორმის არსს“. სწორედ ეს ჩანაწერი, პირდაპირ ავალდებულებს საქართველოს

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის №1/3/559 განჩინება საქმეზე „შპს „გამომცემლობა ინტელექტი“, შპს „გამომცემლობა არტანუჯი“, შპს „გამომცემლობა დიოგენე“, შპს „ლოგოს პრესი“, შპს „ბაკურ სულაკაურის გამომცემლობა“, შპს „საგამომცემლო სახლი ტრიასი“ და საქართველოს მოქალაქე ირინა რუხაძე საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის წინააღმდეგ“.

საკონსტიტუციო სასამართლოს შეათვასოს თუ რა მოიაზრება სადავოდ გამხდარი ნორმატიული აქტის „გაუქმება“, „ძალადაკარგულად ცნობაში“. საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის გაუქმების დასადგენად, სადავო აქტში უმნიშვნელო ცვლილების შეტანა საკმარისი არ უნდა იყოს, მთავარია ცვლილების შემდგომ დავის საგანი არის თუ არა ისევ სახეზე.

საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პროცესში სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების საკითხთან დაკავშირებით, დასკვნის სახით, კიდევ ერთხელ აღვნიშნავთ, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანულის კანონის 29-ე მუხლის მე-7 პუნქტში უნდა გაქრეს მითითება კონსტიტუციის მეორე თავზე და უნდა გაჩნდეს პირდაპირი შესაძლებლობა, რომ სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების ან ცვლილების შემდგომ, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნოს ნორმის ახალი რედაქცია, რომელიც შესაძლებელია ეწინააღმდეგებოდეს საქართველოს კონსტიტუციას. ასევე, უნდა მოიხსნას პროცედურული შეზღუდვა, რომელიც განხილვის შესაძლებლობას იძლევა მხოლოდ მას შემდეგ, როდესაც კონსტიტუციური სარჩელი გასცდება განმწესრიგებელ სხდომას.

საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პროცესში სადავო ნორმატიული აქტის გაუქმების საკითხის სათანადო რეგულირებას დიდი მნიშვნელობა აქვს საკონსტიტუციო სასამართლოს ეფექტურობის გაზრდისთვის. ასევე, ამ საკითხის ეფექტურად რეგულირება მოჰასუხე მხარეს მოუსპობს პროცედურულ თავშესაფარს, რომლისავე ხშირად იყენებს მოსარჩელეებისთვის საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების გაჭიანურებისა და ზოგ შემთხვევაში საერთოდ ინტერესის დაკარგვისთვის. განხილული პრობლემური პროცედურული საკითხის მოგვარებისთვის კი არც საკანონმდებლო ცვლილებები მოჩანს ჰორიზონტზე და არც საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთგვაროვანი გაბედული პრაქტიკის ჩამოყალიბება.

To what extent does the current EU regulatory framework for civilian drone address privacy, safety and security issues?*

Natia Jiniuzashvili**

“Drones can be a highly effective way of dealing with high-priority targets, but they should not become the drug of choice for an administration that is afraid to use successful, legal and safe tactics of the past”.¹

Abstract

Drone operation for civil purposes is a path-breaking innovation for all sectors of society. Drones, which were initially used for military purposes only, are currently widely applied for different civil purposes, such as recreational and commercial use, disaster relief, agriculture, construction management and other purposes. The drone industry is expected to employ more than 100,000 people and has an economic impact for more than €10 billion annually by 2025.² To achieve their full potential, it is vitally important to assess the potential risks drones might pose considering their characteristics and how this risk could be eliminated. It is also globally acknowledged that drones need to be integrated into non-segregated airspace, without compromising the achieved standards of civil aviation for manned aircraft in any way.

There are three interrelated and very important aspects linked to drone operations that are equally relevant to individuals both on the

* The article is a revised version of a master's thesis submitted to Leiden University for an advanced Air and Space Law Master's program.

** Ph.D. Student in International Law (Tbilisi State University), Advanced LLM Air and Space Law (Leiden University), Bachelor of Law in International Law (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law), Researcher at the Center for Interdisciplinary Law Studies at the Irodion Surguladze Institute of Law (ISIL).

¹ Quote by Jose A. Rodriguez, Jr. <<https://www.quoteload.com/quotes/authors/jose-a-rodriguez-jr/39352-drones-can-be-a-highly-effective-way-of-dealing-with-high-priority-targets-but-they-should-not-become-the-drug-of-choice-for-an-administration-that-is>> [04.01.2019].

² <https://ec.europa.eu/growth/sectors/aeronautics/rpas_en> [25.02.2022].

ground and in the air as well as to states and users of the airspace of interest for both manned and unmanned aircraft operation: privacy, safety and security. The current regulatory framework on the operation of drones addresses safety rigorously; however, there are no direct instruments addressing privacy and security concerns related to drone operation. Therefore, existing treaties and regulations should be examined to determine whether these two concerns are covered by national, regional and global regulatory frameworks of the EU. Among these three aspects of drone operation, less attention has been paid to security by both international and regional regulations. Existing regulations - before they will be made to comply with the new EASA Regulation - tend to be fragmented and often non-existent, thus hindering the gradual and sustainable development of the drone industry. As stressed in the Riga Declaration: "Public acceptance is key to the growth of drone services". Therefore, addressing privacy, safety and security issues sufficiently is a permanent force affecting the growth of the drone industry.

Introduction

"Drones offer new services and applications going beyond traditional aviation and offer the promise to perform existing services in a more affordable and environmentally friendly way. They are a truly transformational technology."¹ The EU showed interest in drones and started a global discussion about them since the adoption of the Riga Declaration.² It was followed by several studies, soft law instruments and lately by two implementing and delegating regulations. The EU and its Member States are engaged in different projects through various platforms such as Concept of Operations for European UTM System (CORUS)³ and Proving Operations of Drones with Initial UTM (PODIUM),⁴ dedicated to the development of the drone industry. Modern drones have been used extensively for civil purposes such as agriculture, tourism, disaster relief, waste management and construction planning. It is anticipated that the drone industry will

¹ Ibid.

² Riga Declaration on Remotely Piloted Aircraft (drones) "Framing the Future of Aviation", Riga, 6 March, 2015.

³ <<https://www.sesarju.eu/projects/corus>> [25.02.2022].

⁴ <<https://www.sesarju.eu/projects/podium>> [25.02.2022].

employ more than 100,000 persons and have an economic impact of more than €10 billion annually by 2025.¹ Drones must be incorporated into non-segregated aviation to realise their full potential. Therefore, all stakeholders including private entities, international organizations such as EUROCONTROL² and supranational organizations such as the EU, are all cooperating to achieve this integration.

Along with the possibility of drones to be integrated into non-segregated airspace, they need to gain public acceptance, which is key to the growth of the drone industry. The general public is concerned about privacy, safety and security - meaning that drones, considering the payload they carry and the capabilities they are equipped with, should not infringe on the privacy rights of the public; should not process information that will violate data protection rights; should not pose a safety threat to manned aircraft in the sky, people on the ground and infrastructure; and should not adversely affect or pose threats to national security and be subject to or a weapon of cyber and physical attack.

This article aims to address these main concerns in separate chapters in the following manner. The first chapter tries to identify whether drones should be considered as aircraft, based on what should be considered as an aircraft. It is an important aspect to determine the aviation-related regulations applicable to them. Also, this chapter will briefly overview the history of its transition from military to non-military applications. There are different terms used to refer to drones, such as unmanned aircraft, autonomous aircraft, remotely piloted aircraft, etc. Differences between them and their precise features will also be discussed in this chapter along with the classification that is mainly based on the purpose of drone operation and its size. Drones can be classified as civil or state, commercial, non-commercial or recreational, small or weighing more than 150 kg, and this is not an exhaustive list. Also, this chapter will analyze the new approach the EC Regulation 2019/947 on the rules and procedures for the operation

¹ Riga Declaration on Remotely Piloted Aircraft (drones) “Framing the Future of Aviation”, Riga, 6 March, 2015.

² EUROCONTROL is a pan-European, civil-military organization dedicated to supporting European aviation through enforcing Single European Sky. <<https://www.eurocontrol.int/about-us>> [25.02.2022].

of unmanned aircraft¹ took to apply an operation-centric and risk-based methodology to classify drones into three different categories (open, specific and certified) and apply the relevant rules.

The second chapter will explore the concept of the right to privacy: whether it is an absolute right or there are some limitations and under what circumstances is derogation permitted. Drones themselves do not pose a risk to the right to privacy, but a payload with the capacity to process data does. Accordingly, this chapter will enunciate where the legal boundary between collecting information for determined purposes and violation of privacy and personal data protection is to be found. Also, possible forms of breach of the above-mentioned rights will be elaborated, such as functional creep, voyeurism, infringement of bodily privacy and geo-localization. The regulatory framework for drones neither before the EC Regulation 2019/947 nor afterward does not directly address privacy issues; hence, the privacy and personal data rights found their legal safeguard under other legal instruments, such as the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the Charter of Fundamental Rights of the EU, the Directive 95/46/EC on the protection of individuals concerning the processing of personal data and the free movement of such data² and the General Data Protection Regulation. This chapter will assess whether the new Regulation has changed the existing situation, to what extent are privacy and personal data protection rights addressed in it and if this protection corresponds to the requirements set by legislative instruments particularly addressing privacy and personal data protection issues.

The third chapter discusses the importance of safety for drone operations and the development of the drone industry. It will try to show the importance to provide adequate confidence that a product, a service, a system and also an organization can achieve a satisfactory level of safety. Also, it will discuss the possible safety risks drone operation might cause, such as safety risks to the people and property on the ground and in the air in case of mid-air collision and physical

¹ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019] OJL 152.

² Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, [1995], OJL 281.

safety risks to the vehicle itself. The measures to eliminate the above-mentioned safety risks will also be discussed.

The fourth and last chapter deals with the security aspects of drone operation. Drone operation will be shown from three different perspectives: the first, drone as a victim or a weapon of a cyber-attack, drone as a threat to national security and drones as a victim of physical attack to the vehicle itself or the infrastructure on the ground. Possible reasons and solutions to these concerns will be provided. Also, the chapter will analyze whether or not and to what extent international and European regulations for security applies to drones. The international and European regulations being discussed are as follows: the 1963 Tokyo Convention,¹ including Protocol to amend the Convention on Offenses and Certain Other Acts committed on Board Aircraft,² the 1971 Sabotage Convention,³ Annex 17 to the Chicago Convention,⁴ Commission Regulation of 11 March 2008 on common rules in the field of civil aviation security and repealing regulation (EC) No. 2320/2002 (2008).⁵ The chapter will end with the clarification of EU competence to regulate security issues linked to drone operation.

1. History, definitions and taxonomy

1.1. Aircraft, vehicles or something else?

The Paris Convention 1919 Relating to the Regulation of Aerial Navigation was the first attempt to regulate civil aviation at the

¹ Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, signed in Tokyo 14 September 1963 in force since 22 December 1969.

² Protocol Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, [Doc 9959], signed in Beijing on 10 September 2010 not yet in force.

³ Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed in Montreal on 23 September 1971 in force since 18 July 1975.

⁴ Annex 17 to the Convention on International Civil Aviation – Safeguarding International Civil Aviation Against Acts of Unlawful Interference, 8th ed., April 2006.

⁵ Regulation (EC) No. 2320/2002 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2002 establishing common rules in the field of civil aviation security, [2002], OJL 355.

international level.¹ It did not include any specific articles concerning drones. However, the Protocol of 15 June 1929 incorporated a legal provision regarding pilotless aircraft in Article 15(2) stating the following: “No aircraft of a contracting State capable of being flown without a pilot shall, except by special authorization, fly without a pilot over the territory of another contracting State”. The Paris Convention 1919 was replaced by the Chicago Convention on International Civil Aviation 1944 (hereinafter Chicago Convention).²

The US did not adhere to the Paris Convention as it considered the Convention to not sufficiently address the concept of freedom of commerce and transport. By the time World War II ended, commercial air transport had almost collapsed due to hostilities and the US initiated the establishment of a new regulatory framework.³ The Chicago Convention aimed to develop international civil aviation in a safe and orderly manner, such that international air transport services would be established based on equality and opportunity and operated soundly and economically.⁴

ICAO has recognised the importance of drones and their future perspectives and to achieve the goals mentioned above, on 19 April 2007, the Unmanned Aircraft System Study Group was established. Subsequently, on 6 May 2014, the Remotely Piloted Aircraft System Panel was established. In 2011, the Unmanned Aircraft System Circular 328 was published,⁵ and it was followed by the Manual on Remotely Piloted Aircraft Systems Doc 10019 and the process to develop a more sophisticated regulatory framework is ongoing. The EU has also kept up with global developments by regulating drones with an MTOM equal to or greater than 150 kg by the EASA Basic

¹ Scott B.I., Trimarchi A., *Fundamentals of International Aviation Law and Policy*, London, 2020, 25.

² Convention on International Civil Aviation, signed in Chicago on 7 December 1944 in force since 4 April 1947.

³ Weber L., *The Chicago Convention*, in *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, Edited by P.S. Dempsey and R.S. Jakhu, London, 2017, 9.

⁴ Convention on International Civil Aviation, signed in Chicago on 7 December 1944 in force since 4 April 1947, Preamble.

⁵ ICAO, *Unmanned Aircraft Systems (UAS)*, Cir 328 AN/190, 2011.

Regulation 216/2008¹ and currently by adopting Implementing Regulation 2019/947² and Delegated Regulation 2019/945.³

To understand whether or not the regulatory framework developed for civil aircraft operation applies to drones, firstly the legal status of the drones should be determined. Article 8 of the Chicago Convention incorporated the provision concerning pilotless aircraft adopted in Article 15(2) of the Paris Convention 1919 as amended by the Protocol of 15 June 1929.⁴ However, neither Article 15(2) of the Paris Convention nor Article 8 of the Chicago Convention includes a precise definition of what is considered as a pilotless aircraft. Annex 7 to the Chicago Convention includes the definition of an aircraft, which states that “any machine that derives support in the atmosphere from the reactions of the air other than the reaction of the air against the earth’s surface”.⁵ Article 8 does not specify any characteristics of a pilotless aircraft; it, however, does state that the following: “No aircraft capable of being flown without a pilot shall be flown without a pilot over the territory of a contracting State without special authorisation by the State and following the terms of such authorisation”.⁶ Accordingly, a “pilotless aircraft” can be interpreted simply as without pilot, thus including both unmanned aircraft flying autonomously and those operated remotely. This understanding was later confirmed by

¹ Regulation (EC) No. 216/2008 of the European Parliament and of the Council of 20 February 2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency, and repealing Council Directive 91/670/EEC, Regulation (EC) No. 1592/2002 and Directive 2004/36/EC, [2008], OJL79.

² Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019], OJL 152.

³ Commission Delegated Regulation (EU) 2019/945 of 12 March 2019 on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems, [2019], OJL 152.

⁴ The Protocol Concerning Amendments to Articles 3, 5, 7, 15, 34, 37, 41 and 42 and the final provisions of the Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation 13 October 1919, cited as the Protocol of June 15 1929 amending the Paris Convention 1919, entered into force on 17 May 1933.

⁵ Annex 7 to the Convention on International Civil Aviation - Aircraft Nationality and Registration Marks, at Definitions.

⁶ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019] OJ L 152, article 8.

the Global Air Traffic Management Operational Concept.¹ Subsequently, the sixth amendment to Annex 7 included the definition of RPA - an unmanned aircraft, which is piloted from a remotely piloted station.² The ICAO approach once again confirms that both autonomous and remotely piloted aircraft shall be considered as pilotless aircraft for the purposes of Article 8 of the Chicago Convention, and therefore, relevant regulations shall be applicable.

Taking into account the fact that drones were in existence and used during World War I and World War II,³ as per Article 31(1) of the Vienna Convention 1969, it can be assumed that parties to the Chicago Convention intended to consider them, and that interpreting Article 8 in “good faith” and “in the light of objects and purpose”⁴ shall indeed include both autonomous and remotely piloted aircraft. Accordingly, all regulations concerning civil aircraft including safety and security requirements apply to drones, considering their particularities.

1.2. Short historical overview of non-military drones

One of the earliest known self-propelled unmanned aircraft systems was Archytas’ Pigeon circa 425 BC, which was created to understand the mechanism of birds’ flight.⁵ Chinese culture also had an ancestor of the drone, the “Chinese top” – a stick with feathers at the end. Egyptian Saqqara Birds dating back to 200 BC was another attempt to understand the rules of aerodynamics.⁶

Even though more advanced ancestors of current drones have almost a century-long history, public awareness of drones has only grown in recent years. Previously used for military purposes, drones’

¹ ICAO, Global Air Traffic Management Operational Concept, Doc 9854 AN/458, 2005, 82.

² Annex 7 to the Convention on International Civil Aviation - Aircraft Nationality and Registration Marks, at Definitions.

³ <<https://www.wired.com/2015/12/the-secret-history-of-world-war-ii-era-drones/>> [25.05.2022].

⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties signed in Vienna on 23 May 1969 in force since 27 January 1980, Article 31(1).

⁵ Dalamagkidis K., Valavanis K., Piegl L.A., On Integrating Unmanned Aircraft Systems into the National Airspace Systems, Denver, 2012, 12.

⁶ Hodgkinson D., Johnston R., Aviation Law and Drones – Unmanned Aircraft and the Future of Aviation, New York, 2018, 4.

civil use has become more and more common. In 1818, an airborne balloon was designed by a French soldier, which would hover over enemies and launch rockets down on top of them.¹ In 1894, Austrians used unmanned balloons with bombs to invade Venice.² In 1898, the US used unmanned kites equipped with cameras for aerial surveillance during the Spanish-American War. In the 1898 patent “Methods of and Apparatus for Controlling Mechanism of Moving Vessels or Vehicles”, Tesla was the first who predicted the use of military unmanned vehicles.³ The first unmanned aircraft was used during WWI, when in 1917 the Hewitt-Sperry Automatic Airplane performed its first flight. It was a remarkable achievement, as it represented a technological progression by incorporating a gyro-stabiliser, thus preventing the aircraft from rolling. It was followed by the Ketting Bug in 1918 – a predecessor of modern cruise missiles,⁴ then Larynx in 1927, Fairy Queen in 1931 and DH 82B, nicknamed as “Queen bee”. The latter is considered to have laid the foundation for the term drone, which is the name for a male bee that chases the queen bee, as DH82B was intended to be chased by fighter aircraft.⁵

The first massively produced drone was OQ-2, which was used during World War II along with OQ-3.⁶ The Vergeltungswaffe 1 (V1) was a German UAS operated during World War II, which was directed towards the target aimed to crash after a set time.⁷ The MQM-

¹ James G.K., *Unmanned Aerial Vehicles and Special Operations: Future Directions* (Postgraduate Thesis, Monterey California Naval Postgraduate School) 2000, at 5.

² <<http://www.findingdulcinea.com/news/on-this-day/July-August-08/On-this-Day-Austria-Rains-Balloon-Bombs-on-Venice.html>> [24.11.2019].

³ <<https://www.thoughtco.com/history-of-drones-4108018>> [25.02.2022].

⁴ Hodgkinson D., Johnston R., *Aviation Law and Drones – Unmanned Aircraft and the Future of Aviation*, New York, 2018, 6.

⁵ Masutti A., Tomasello F., *International regulation of non-military drones*, London, 2018, 4.

⁶ Whitmore B.A., *Evolution of Unmanned Aerial Warfare: A Historical Look at remote Airpower – A Case Study Innovation*, A thesis presented to the Faculty of the U. S. Army Command and General Staff College in partial fulfillment of the requirements for the degree, 2016, 16.

⁷ Scott B.I., *Overview in The Law of Unmanned Aircraft Systems: An Introduction to the Current and Future Regulation under National, Regional and International Law*, Edited by B. I. Scott, Netherlands, 2016, 4.

57 Falconer was the first drone used for aerial inspection.¹ Ryan Firebee drones were used during the Vietnam War and Iraq invasion. MQ-1 was used in Afghanistan, Pakistan, Bosnia, Syria and Somalia. The heavier and more powerful version MQ-9 was used in Iraq in 2007, and it is still used in Afghanistan.²

Because drones were mainly used for military purposes throughout history, they were associated mainly with military operations.³ However, this viewpoint has changed and the trend of their civil application grew in the 1990s when NASA developed the solar-powered Helios and Pathfinder;⁴ in the same period, Japan widely used drones for spraying crops with fertilisers and pesticides.⁵ Drones were used to fly into the eye of Hurricane Noel.⁶ The introduction of the Phantom by China-based Da-Jiang Innovations, considered to be the precursor to modern consumer drones, included a high-quality GoPro Camera and live stream camera feed through a smartphone app and was considered groundbreaking.⁷ In 2013, BBC used a hexacopter to conduct its first drone-assisted reporting.⁸ The popularity and application of drones are rapidly growing and seven million drones are expected to be sold in the US alone by 2020.⁹

¹ Gonzalez-Jorge H., Martinez-Sanchez J., Bueno M., Arias P., Unmanned Aerial Systems for Civil Applications: A Review, Multidisciplinary Digital Publishing Institute, 2017, 1.

² Scott B.I., Trimarchi A., Fundamentals of International Aviation Law and Policy, London, 2020, 8.

³ Custers B., Drones Here, There and Everywhere: Introduction and Overview, in The Future of Drone Use: Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives, Edited by B. Custers, Netherlands, 2016, 11.

⁴ <<https://www.nasa.gov/centers/armstrong/news/FactSheets/FS-068-DFRC-.html>> [25.02.2022].

⁵ <<https://www.thenational.ae/business/japan-uavs-take-the-back-breaking-labour-out-of-farming> 1.221693>[25.02.2022].

⁶ <<https://www.nasa.gov/centers/wallops/news/story105.html>> [25.02.2022].

⁷ <<https://www.theverge.com/2016/1/20/10796844/Drones-rise-chinese-innovation>> [25.02.2022].

⁸ <<https://www.cbinsights.com/research/report/corporations-drone-technology/#bbc>>[25.02.2022].

⁹<<https://www.airport-technology.com/features/new-eu-drone-rules/>> [25.02.2022].].

1.3. Terminology to refer to drones and their differences

There are various terms used to refer to drones, but each has its particularities and the demarcation is very important to understand the drone's nature and operational characteristics and to apply relevant regulations. Drones are widely used in media and are well-known among the general public. This is also the reason why the term "drone" will be used throughout this article, excluding the parts where it will be necessary to refer to certain types of drones or regulations, which apply particular terms. The term drone was originally used in military operations; however, this has lately changed, although the term is not used in legislation.

Widely used are terms include Unmanned Aerial Vehicle (UAV) and Unmanned Aerial System (UAS). Regulation 2019/947¹ and Regulation 2019/945² use the term UAS, and so does the ICAO in its recent documents.³

Another term used is Remotely Piloted Aircraft System (RPAS), which considers unmanned aerial systems that are remotely controlled by a pilot. This refers to the entire system, which may include a remotely piloted aircraft, the operator, communication and data links, satellites, remote pilot stations, additional staff, support systems and any other parts necessary for operation.⁴ This term underlines the existence of the pilot, which is not always mandatory, as some drones are programmed to operate autonomously. Regulation 2019/947 defined UAS as "an unmanned aircraft and the equipment to control it remotely".⁵ Depending on the nature of the drone, terms such as unmanned aircraft and autonomous aircraft are also used, which tend to refer to autonomously operated drones without human

¹ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019], OJL 152.

² Commission Delegated Regulation (EU) 2019/945 of 12 March 2019 on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems, [2019], OJL 152.

³ ICAO, Unmanned Aircraft Systems (UAS), Cir 328 AN/190, 2011.

⁴ ICAO, Manual on Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS), Doc 10019 AN/507, at Definitions.

⁵ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019], OJL 152, article 2 (1).

interference. They do not require pilot intervention or act in a predetermined way, instead, they act pragmatically by using the environment to make decisions.¹ They have been referred to as unmanned drones as well.²

Regulation 2019/947 includes a definition of autonomous operation instead of that of an autonomous aircraft or unmanned aircraft/drone: “an operation during which an unmanned aircraft operates without the remote pilot being able to intervene”.³

Section 2.2 of Annex 7 to the Chicago Convention states that an aircraft intended to be operated with no pilot on board shall be classified as unmanned. ICAO also asserts that all UAVs, whether remotely piloted, fully autonomous or in combination, are subject to Article 8 of the Chicago Convention.⁴ The same could be said about the new Regulation 2019/947, which defines both UAS and autonomous operation, thus making them both subject to its applicability.

1.4. Classification of drones

Drones can be classified depending on the following characteristics: the purpose of operation, technical features, weight, size, nature of the operation, their application, etc. Firstly, it is important whether its operation is for civil or state purposes because the Chicago Convention and all other regulatory instruments designed for civil aircraft do not apply to state aircraft. Article 3 of the Chicago Convention states that the Convention is only applicable to civil aircraft and shall not apply to state aircraft. Its further states that aircraft used in military, customs and police services shall be deemed to be state aircraft; however, these purposes are not limited.

Regulation 2018/1139 is more precise, clearly stating what it does not apply to: “aircraft, and their engines, propellers, parts, non-

¹ ICAO, Unmanned Aircraft Systems (UAS), Cir 328 AN/190, 2011, at Definitions.

² European Commission Remotely Piloted Aviation System (RPAS): Frequently Asked Questions, Memo. Brussels [April, 2014].

³ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019], OJL 152, article 2(17).

⁴ ICAO, Manual on Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS), Doc 10019 AN/507, section 1.1.1.

installed equipment and equipment to control aircraft remotely, while carrying out military, customs, police, search and rescue, firefighting, border control, coastguard or similar activities or services under the control and responsibility of a Member State, undertaken in the public interest by or on behalf of a body vested with the powers of a public authority, and the personnel and organizations involved in the activities and services performed by those aircraft”.¹

Depending on the technical characteristics, drones can be categorised into the following groups: fixed-wing systems, multirotor systems and hybrid systems. The fixed-wing considers fixed static wings in combination with forwarding airspeed to generate lift. The Raven is a famous representative of this group. The multirotor system representative is the quadrotor drone, which is characterised by hovering, low speed and consuming more energy.² Based on the size, drones can be classified as micro, small, medium and large.³

Regulation 2019/947 adopts classification based on weight and takes a risk-based approach, linking risk level to the weight of the drone. Therefore, the Regulation considers three categories of operation: open, specific and certified. All of them are regulated differently and different requirements apply. However, this classification is not strict and some even argue that it is more the classification of operation rather than of drones themselves, as if the operator decides to use the same drone beyond the operational limitations of one category, the applicable rules change too.⁴ Another important criterion

¹ Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No. 2111/2005, (EC) No. 1008/2008, (EU) No. 996/2010, (EU) No. 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No. 552/2004 and (EC) No. 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No. 3922/91, Article 2 (3)(a), [2018], OJL 212.

² <<https://www.semanticscholar.org/paper/A-Tutorial-on-UAVs-for-Wireless-Networks%3A-and-Open-MozaffariSaad/0f5a0fbd07155cbf81ae9a5e76a-1bc78da10a376>> [25.02.2022].

³ <https://www.researchgate.net/figure/Classification-of-UAVs-with-respect-to-size-and-weight_fig1_312115495> [25.02.2022].

⁴ Masutti A., Tomasello F., International regulation of non-military drones, London, 2018, 83.

is whether the operation is commercial, non-commercial or recreational.¹ It is one of the parameters considered when applicable law is chosen. For example, Regulation 785/2004² excludes its extension on aircraft with an MTOM of less than 500 kg used for non-commercial purposes.³

Model aircraft are those aircraft “generally recognised as intended for only recreational purposes”, which do not fall under the scope of the Chicago Convention. Another term to be differentiated is toy aircraft, which is regulated by Directive 2009/48/EC. These are products designed or intended, whether or not exclusively, for use in play by children under 14 years of age.⁴

Along with the identification of differences between the terms, the classification of drones into different categories is equally important to determine the applicable regulation. The legal demarcation between all aircraft is vitally important to identify the applicable legal regime.

1.5. Concluding remarks

The drone is not a new phenomenon in the aviation market; it has a long history of first mainly military application and later, towards the end of the 20th century, civilian application. Both ICAO and the EU expect that the drone industry will grow and drones will be widely used for various purposes.⁵ Therefore, the determination of the legal status of drones is vitally important to identify the applicable regulation.

Civil aviation is a highly regulated realm and the consideration of drones as an aircraft makes them subject to the regulatory framework

¹ Pusztahelyi R.M., Reflections on Civil Liability for Damages Caused by Unmanned Aircrafts, *Zbornik Radova* 53(1), 2019, 321.

² Regulation (EC) No. 785/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on insurance requirements for air carriers and aircraft operators, [2004], OJL 138.

³ Ibid., Article 2(2)(g).

⁴ Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 on the safety of toys, [2009], OJ L170, Article 2(1).

⁵ <<https://www.icao.int/safety/UA/UASToolkit/Pages/Narrative-Background.aspx>> [25.02.2022]. also European Parliament, Briefing – Civil and military drones, Navigating a disruptive and dynamic technological ecosystem, 2019. 364

for civil aviation and in particular civil aircraft. Also, making a distinction between the terms used to refer to drones and their particular characteristics can have significant legal consequences in terms of applying the rules in a manner consistent with the nature of certain drones.

Different types of drones are regulated differently. Details like weight, the purpose of utilization, type of operation – whether the drone is remotely piloted or autonomous – are considered when applicable regulation is identified. Also, model aircraft, toy aircraft and drones are regulated by different instruments; therefore, it is important to identify in a particular case which one is applied and which regulation would apply. The purpose of drone use and its weight is also linked to legal implications under Regulation 2019/947. Non-commercial use has fewer constraints. Moreover, light drones are considered to pose a smaller threat; therefore, fewer constraints are considered for insurance requirements.

Accordingly, once the applicable regulation and more specifically the provision is determined, it should be identified whether the vehicle is a drone, toy aircraft or model aircraft. If it is determined that the vehicle is a drone, then its particular characteristics should be considered as described above: weight, application purpose and operation type. This is the only way to identify the correct regulatory framework.

2. Drone operation, privacy risks and data protection

2.1. Concept of privacy and its limitations

Concerns have grown in relation to drones and the payload they carry. Payload often considers filming, taking pictures, collecting and processing of personal data, processing biometric data, GPS systems processing the location of persons, tracking them, etc. Therefore, drone operation might pose serious risks to the right to privacy.¹

Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis developed the first concept of privacy and defined it as the “right to be left alone”.²

¹ DG for Internal Policies – Policy Department Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, Privacy and Data Protection implications of the civil use of drones, 2015, 23.

² Warren S.D., Brandeis L.D., The right to privacy, Harvard Law Review, 4 (5), 1890, 220.

Already, more than a century ago, it was recognised that emerging technologies would pose a threat to privacy. The right to be left alone was later recognised by Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948 stating that “no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor attacks upon his honor and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”.¹

Later, Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) also recognised the right to respect for private life. The right to respect for private life is also recognised under Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the EU. However, the right to respect for private life is not an absolute right, as derogations are permitted under limited circumstances, including in the interest of national security, public safety or protection of health.² The Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data of 28 January 1981 (Privacy Convention), “recognizing that it is necessary to reconcile the fundamental values of the respect for privacy and the free flow of information between peoples”, under Article 9 allows derogations for “(a) protecting State security, public safety, the monetary interests of the State or the suppression of criminal offenses; (b) protecting the data subject or the rights and freedoms of others”.³

Regardless of the resistance from the ECHR to define privacy in order to avoid restriction of its applicability to possible privacy right violations, there are still four dimensions of privacy identified in literature – bodily privacy, privacy of personal behavior including reasonable expectation of privacy right even in public places, privacy of personal communications and privacy of data.⁴

¹ The Universal Declaration of Human Rights signed in Paris on 10 December 1948, Paris, General Assembly Resolution 217A, article 12.

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950 in force since 1 June 2010, Article 8(2).

³ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, signed in Strasbourg on 28 January 1981 in force since 1 October 1985, Article 9.

⁴ Masutti A., Tomasello F., *International regulation of non-military drones*, London, 2018, 216.

In the case of *von Hannover v. Germany*, the European Court of Human Rights reiterated that the right to respect for private life extends to protection of one's personal identity, including their photo, and that a person therefore has the right to control the use of their image.¹ The court emphasised that a person may rely on a "legitimate expectation" of protection of and respect for private life, subject to circumstances such as their celebrity and the location in which the photograph was captured.²

The European Court of Human Rights in *Uzun v. Germany* also stressed that "GPS surveillance is by its very nature to be distinguished from other methods of visual or acoustical surveillance which are, as a rule, more susceptible of interfering with a person's right to respect for private life, because they disclose more information on a person's conduct, opinions or feelings".³

The EU Commission lists possible ways of privacy infringement, such as the chilling effect (individuals censoring their behavior), freedom of expression, participation in activities out of fear,⁴ dehumanization of the surveilled by collecting sensitive data about the person without the right to participation of the person surveilled,⁵ voyeurism meaning spying on a person while he/she is engaged in a private activity,⁶ function creep (use of vehicle or data acquired for

¹ Case 40660/08 *Von Hannover v. Germany*, [2012] ECHR, para 95-96 (7 Feb. 2012).

² Case 40660/08 *Von Hannover v. Germany*, [2012] ECHR, para 51 (7 Feb. 2012).

³ Case 35623/05 *Uzun v. Germany*, [2010] ECHR, para 52 (2 Dec. 2010).

⁴ <<https://privacyinternational.org/blog/1111/two-sides-same-coin-right-privacy-and-freedom-expression>> [25.02.2022].

⁵ Masutti A., Tomasello F., *International regulation of non-military drones*, London, 2018, 211.

⁶ McKenna A., *The Public Acceptance Challenge and Its Implications for the Developing Civil Drone Industry*, in, *The Future of Drone Use, Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspective*, Edited by B. Custers, 2016, 366.

purposes other than those intended),¹ bodily privacy infringement, and violation of privacy of location, space or association.²

Considering the capabilities of drones and their ongoing technological advancement, the wide scope of the right to privacy including all the case law developments in related realms, as well as the possible limitations of the privacy right.

2.2. To what extent does the EU regulatory framework for drones protect the right to privacy?

Several EU regulatory instruments concern privacy. The fundamental bases for subsequent regulations are Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 7 of the Charter on Fundamental Rights of the EU. They are generic by nature and do not give any rules on how to ensure a sufficient level of protection of the right to privacy; however, they do indicate that this right is not absolute and there might be cases where infringement is legal.³

There is no concrete instrument addressing privacy issues in terms of drone operation; however, Regulation 2019/947 and Regulation 2019/945 address privacy risks to some extent. Regulation 2019/947 recital 14 states that drone operator, whose activities might pose risk to privacy, personal data protection, security and the environment, should register his/her drone. Recital 18 also considers the possibility for Member States to additionally regulate the operation of drones to protect privacy and personal data. The Regulation also considers the obligation of UAS operators to be adequately informed about app-

¹ Opinion of the European Data Protection Supervisor on the amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'EURODAC' for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation, 7.

² European Commission, Study on privacy, data protection and ethical risks in civil Remotely Piloted Aircraft Systems operations – Summary for Industry, 2014, 7.

³ <<https://www.thenational.ae/business/japan-uavs-take-the-back-breaking-labour-out-of-farming-1.221693>> [25.02.2022].

licable EU and national rules related to safety, privacy, data protection and other relevant issues.¹ Regulation 2019/945 makes reference to Article 55 of Regulation 2018/1139,² with the latter referring to its Annex 9,³ which sets requirements for design, production, maintenance and operation of drones and stipulates almost the same narrative as Regulation 2019/947, that is, the operator and remote pilot should be aware of applicable union and national rules related to a number of issues, including privacy and data protection. This adds to the responsibility of the manufacturer to include features and functionalities while designing drones to take into account the principles of privacy and protection of personal data.⁴ All references to privacy and data protection indicate the obligation of registration and ensuring compliance of drone operation to applicable EU and national rules regulating those issues; therefore, to identify how drones should be operated to avoid infringement of the right to privacy and data protection, relevant regulations should be referred to.

The Convention for the Protection of Individuals concerning Automatic Processing of Personal Data also recognises the importance of

¹ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019] OJL 152, recital 20.

² Commission Delegated Regulation (EU) 2019/945 of 12 March 2019 on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems, [2019], OJ L152, recital 2.

³ Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No. 2111/2005, (EC) No. 1008/2008, (EU) No. 996/2010, (EU) No. 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No. 552/2004 and (EC) No. 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No. 3922/91, Article 2 (3)(a), [2018], OJL 212.

⁴ Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No. 2111/2005, (EC) No. 1008/2008, (EU) No. 996/2010, (EU) No. 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No. 552/2004 and (EC) No. 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No. 3922/91, Article 2 (3)(a), [2018], OJL 212, Annex IX, Section 1.1.

the right to privacy and especially regulates automatic processing of personal data. The Convention sets requirements for automatically processed data that this data should be obtained and processed fairly and lawfully, stored for specified and legitimate purposes and not used in a way incompatible with those purposes, prohibiting automatic processing of data revealing racial origin, political opinion or religious or other beliefs, as well as concerning health and sexual life.¹ This requirement can be applied to drone operation, restricting the drone's ability to automatically process data that can reveal the above-mentioned information about a person.

Directive 2002/58 also refers to privacy and its protection in the electronic communication sector. The Directive recognises technological advancement and its application in public communications networks. It sets requirements for the processing of electronic communications including confidentiality, technical standardization and traffic data.² Considering that depending on the payload that drones carry, they might be performing different functions and be used for various purposes, in case they are applied for the electronic communications sector, they would become subject to the requirements of Directive 2002/58.

2.3. Drones and the EU regulatory framework for data protection

There is no specific legislation on privacy and data protection implications of the use of drones at the European level; however, there is still a legal framework that can be applied to drone operation. The Data Protection Directive,³ repealed by the GDPR,⁴ as well Directive

¹ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, signed in Strasbourg on 28 January 1981 in force since 1 October 1985, Article 6.

² Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, [2002], OJ L 201.

³ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, [1995], OJ L 281.

⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the

on privacy and electronic communications 2002/58¹ as amended by Directive 2009/136² and other data protection legislation can be applied to drones. The Data Protection Directive provides that it should apply to the processing of personal data wholly or partially by automatic means and the processing of personal data by means other than automatic ones, which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.³ Considering this provision, the Directive applies to payloads such as CCTVs, RFIDs, microphones, etc., all of which could be a payload of drones, making them capable of processing personal data.⁴ However, the data that would fall in the realm of those exclusions are not covered by the right to privacy, such as state security and public security. Drone operation for these purposes might pose some risks, and therefore, it is vital to determine whether drone operators have a valid legal basis for processing personal data.

Considering the definition of personal data as “any information relating to an identified or identifiable natural person”, data such as images, video, biometric data, location or telecommunication data linked to an identified or identifiable person processed by a drone operator are subject to the General Data Protection Regulation (GDPR).⁵ One must take into account that on occasions a data point

processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, [2016], OJL 119.

¹ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, [2002], OJL 201.

² Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users’ rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No. 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, [2009], OJL 337.

³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, [2016], OJL 119, Article 3(1).

⁴ Hodgkinson D., Johnston R., *Aviation Law and Drones – Unmanned Aircraft and the Future of Aviation*, New York, 2018, 221.

⁵ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the

can directly identify a person, for example, their photograph, but on other occasions the identification is not direct and requires additional processing, such as geolocation information or by enriching existing data with other additional data such as the Internet and, even though, a priori, the person may not be identifiable, the final result would mean that the identification is possible thanks to crossed information from different sources. Whether the data collected by drones unequivocally identifies a person or if such may be the case subsequently, data protection regulation applies. As the Data Protection Directive can be applied to drones, considering its applicability to the payload relevant to drones, GDPR shall be considered applicable as well as it amended the former. GDPR considers the shortcomings of the previous legislative framework and attempts to consider particularities of recent technological developments. Article 7 sets up several conditions that must be satisfied during the processing of personal data. GDPR includes the following principles: the right not to be subject to profiling or behavioral target, the right to object to the processing of personal data,¹ the right to rectification,² the right to access, the right to erasure, also known as the right to be forgotten,³ etc. GDPR establishes the requirements with regards to the transparency⁴ and easy access to the data processed – allowing individuals to see what personal data is processed and stored⁵ and underlines the

processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, [2016], OJL 119.

¹ Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No. 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, [2009], OJL 337, Article 21.

² Ibid., Article 16.

³ Ibid., Article 17.

⁴ Ibid., Article 12.

⁵ Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation

372

importance of privacy by design, insisting on the contribution of manufacturers in the overall implementation of privacy requirements.

On 25 May 2018, GDPR came into force, which intends to protect the rights of Europeans to access and control their personal data. Any natural or legal person collecting and processing the personal data of individuals in the EU needs to comply with GDPR requirements. Privacy by design encourages a proactive approach. By considering additional features and safeguards in the design and build, the manufacturer does its best to protect privacy. This could be achieved through incorporating the provision of geo-fencing and other limitation sensing technologies in the drone, placing access controls and encryption on the drone itself and on the data stored on it, as well as on the ground control system through which it is operated; the payload and the software of the drone should be geared towards ensuring privacy by default. Privacy by design should not interfere with the drone's key features and should not interfere with its full functionality. On the one hand, people on the ground shall be able to clearly identify the drone, and on the other hand, drone pilots and operators shall receive detailed information about the product and how it can be used in a way to protect the privacy of people on the ground.¹

From a perspective focusing strictly on data protection, drone operations can be classified into two main categories depending on the purpose of operation. On the one hand, there are drones for which the purpose of operation itself involves personal data processing, such as those used for video surveillance or surveillance of persons using any other type of sensor (such as mobile device surveillance), and on the other hand, there are those operations whose purpose does not, a priori, include the processing of personal data, such as the inspection of infrastructure, topographic surveys, field inspections and other photography and video services that may, at a given time, impact on people's right to personal data or privacy.

Operations that do not include personal data processing are less frequent and they may include operations with drones with very basic

(EC) No. 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, [2009], OJL 337, Article 15.

¹ A DroneRules.eu, Pro resource for drone manufactures, Privacy by Design Guide, 6.

configurations that may or may not include GPS positioning for flight assistance but lack or make no use of devices for the capturing of images, sound or any other types of personal data or information. This category may also include recreational use of drones equipped with GPS and cameras, but which are restricted to domestic use or do not permit the identification of a person under any circumstances. In this case, it should be ensured that the images or data collected do not contain information related to persons, vehicles, residences or other objects that may lead to the identification of data subjects and in case identification does occur, the information should be anonymised using blurring or other similar techniques.

GDPR does not provide for drone-specific regulations, so the main issue with UAS technology from the perspective of privacy and data protection is enforcement, especially considering that not all drones are registered and there is no obligation of registering every type of drone even in Regulation 2019/947.¹ However, implementing Data Protection Impact Assessment (DPIA) as per the requirements of Art. 35 of GDPR and assigning a Data Protection Officer should ensure compliance with the data protection requirements.

Depending on the nature of the infringement, fines for non-compliance can range between €10 million and €20 million or between 2% and 4% of the worldwide annual revenue of the prior financial year, whichever is higher.² At least, the seriousness of the fine should force the drone operator to comply with the regulation and requirements for privacy and data protection.

¹ Commission Delegated Regulation (EU) 2019/945 of 12 March 2019 on unmanned aircraft systems and on third-country operators of unmanned aircraft systems, [2019], OJL152, Article 14 (5).

² Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No. 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, [2009], OJL 337, Article 83 (4).

2.4. Concluding remarks

Privacy and personal data protection infringement are threats that may affect the drone industry growth due to the payload and capabilities drones are usually equipped with. Therefore, it is vitally important to identify which regulations apply and to what extent they regulate drone operations, whether right to privacy and personal data protection are absolute, when is the limitation of right to Privacy and personal data protection allowed and where is the boundary between legal operation of drones and invasion into privacy and data protection.

There are no specific regulations addressing privacy and personal data concerns from the drone operation perspective; however, existing legal instruments such as the Universal Declaration of Human Rights, the European Convention on Human Rights, the Charter of Fundamental Rights of the EU and relevant EU Regulations and Directives could be applied depending on the type of use of the drone. The obligation to respect them is underlined in the new EASA Regulation 2019/947 and Regulation 2019/945; drone operators must familiarise themselves with all applicable regulations and their requirements and manufacturers should consider the obligations while designing drones.

While protecting the right to privacy and personal data protection and regulating drone operation, each case should be assessed individually. The right balance should be achieved between protection of the above-mentioned rights and avoiding adverse effects on the development of the drone industry by imprudently restricting it. All the shareholders – civil aviation authorities, manufacturers and drone operators – should cooperate to achieve the sufficient level of protection and growth of the industry cumulatively.

3. Safe integration of drones into airspace

3.1. Importance of safety and possible risks

ICAO defines safety as “the state in which the possibility of harm to persons or of property damage is reduced to, and maintained at or below, an acceptable level through a continuing process of hazard

identification and safety risk management”.¹ Safety is of paramount importance for civil aviation. It is the fundamental principle of the Chicago Convention to adopt uniform rules or standards to ensure safe operation of aircraft and systems used for international air navigation. This principle is embodied in Articles 12, 37 and 38 of the Chicago Convention. Under Article 28 of the Chicago Convention, facilities, such as airports, radio services, meteorological services and air navigation controlling authorities should be established to perform flights with minimum risk to safety both in the air and on the ground.² If safe integration of drones is not achieved, with drone operation causing safety issues to manned aircraft, trust and public acceptance of drones will be affected and it will impact the manned aircraft industry and subsequently the development of the drone industry.³

Cross-border operation of drones is not common yet, and therefore, drones are mainly subject to domestic regulations.⁴ However, states have recognised the necessity of drones meeting the same safety and operational standards as manned aircraft considering the characteristics and principle of proportionality not to hinder development of drone industry by overregulating it.⁵ Accordingly, both ICAO and EASA in the EU have addressed the regulation of drone operation. Safety rules adopted by EASA are based on the standards and recommendations adopted by the ICAO, although they often tend to be stricter.⁶ Drones should be integrated into non-segregated airspace to achieve their full potential; however, this cannot be achieved if the safety of their operation is not ensured and the risk of each type of

¹ ICAO, Unmanned Aircraft Systems (UAS), Cir 328 AN/190, 2011, 5.

² De Leon P., Introduction to Air Law, 10th ed., Netherlands, 2017, 163.

³ Clothier R.A., Greer D.A., Greer D.G., Mehta A.M., Risk Perception and the Public Acceptance of Drones, Risk Analysis an International Journal, Volume 35, Issue 6, 2015, 1172.

⁴ Fiallos Pazmino L.F., Legal perspectives on the cross-border operations of unmanned aircraft systems, 2019, 80.

⁵ EASA, Concept of Operations for Drones – A risk-based approach to regulation of unmanned aircraft, 1.

⁶ Petras Ch.M., Vaugeois M., Safety regulation and oversight, in Routledge Handbook of Public Aviation Law, Edited by P.S. Dempsey and R.S. Jakhu, 2017, 79.

operation is not assessed.¹ A lot of effort has been put to achieve the current level of safety for manned aviation and the introduction of drones should not pose additional risks.²

Some of the safety risks drones might pose are mid-air collisions with manned aircraft, harm to people on the ground and damage to critical and sensitive infrastructure.³ On 19 December 2018, Gatwick Airport was shut down due to a drone disturbance: a drone was detected to be flying within the restricted flight zone near Gatwick Airport. Therefore, out of safety concerns, flights were deferred for more than 30 hours, and it cost the airport about £1.4m. More than 1,000 flights were interrupted, with 140,000 passengers affected. Easy Jet, one of the main carriers operating through Gatwick, lost £15m in terms of revenue and expenses for customer welfare.⁴ Dubai International Airport was closed on several occasions because of drone disturbance; in 2015, it was closed for 55 minutes, costing \$1m for each minute. The frequency of accidents involving drones, which threatened the safety of civil aviation, resulted in the adoption of a new resolution in 2017, which considers a fine of up to \$5445 in case of non-registration of drones.⁵ The ways ICAO has considered to achieve the safety of manned aircraft operation are pilot certification, aircraft airworthiness, accident and incident investigation, safety management, etc. Rules, standards and principles once designed for manned aircraft apply to drones to a great extent, as confirmed by ICAO Circular 328.⁶

¹ Fiallos Pazmino L. F., *Legal perspectives on the cross-border operations of unmanned aircraft systems*, 2019.

² Kaiser S.A., *Automation and Limits of Human Performance: Potential Factors in Aviation Accidents*, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht* 62, 2013, 217.

³ Michaelides-Mateou S., *Ignorantia Juris Non Excusat: Remotely Piloted Aircraft Safety Concerns, Violations, and the Need for Awareness*, *Journal of Air Law & Commerce* 80(2), 2015, 434.

⁴ <<https://techcrunch.com/2019/09/27/last-years-gatwick-drone-attack-involved-at-least-two-drones-say-police/>> [25.02.2022].

⁵ <<https://gulfbusiness.com/dubai-airport-briefly-halts-flights-suspected-drone-activity/>> [25.02.2022].

⁶ ICAO, *Unmanned Aircraft Systems (UAS)*, Cir 328 AN/190, 2011, standard 2.10.

3.2. U-space concept

U-space is believed to solve the most pressing issues related to drone operation. U-space operation sets to enhance airspace stability and secure drone access to airspace. It is not a distinct airspace volume from A-G volumes, but instead is based on the idea that all airspace ought to become accessible for drones. However, it does not aim to intervene with the system for manned aircraft already in place. U-space concept development considers public-private collaboration, stakeholders such as EASA, Eurocontrol, SESAR, national aviation authorities, manufacturers and drone operators.¹

One of the platforms for public-private collaboration is the Concept of Operation for European UTM Systems (CORUS), Horizon 2020 project, which is established within the context of SESAR and has nine partners: DFS, DLR, DSNA, ENAV, EUROCONTROL (leading), HEMAV, NATS, Unify and UPC. CORUS aims to describe the concept of operations, address drone operations in controlled and uncontrolled airspaces, enable safe interaction of drones with other users of the airspace, achieve social acceptance and determine the necessary technological developments to achieve full integration of drones into non-segregated airspace.²

EUROCONTROL also led another platform Proving Operations of Drones with Initial Unmanned aircraft system traffic Management (PODIUM) project, considering demonstrations for the visual line of sight and beyond the visual line of sight, which was finalised in November 2019.³ The main conclusions included the needs confirmed by drone operators, air traffic controllers and supervisors such as UTM solutions to reduce delays and workload and improvement of efficiency and maintenance of safety of drone operations, and the recommendations presented that U-space/UTM systems should interact seamlessly and automatically with national systems for pilot and drone registrations, permission requests, etc.; strengthen situational awareness for professional drone operators in the flight execution phase by providing information about their own flight,

¹ <<https://www.easa.europa.eu/easa-and-you/civil-drones-rpas>> [25.02.2022].

² <<https://www.eurocontrol.int/project/concept-operations-european-utm-systems>> [25.02.2022].

³ <<https://www.eurocontrol.int/project/proving-operations-drones-initial-uas-traffic-management>> [25.02.2022].

other flights in the area, no-fly zones and unexpected events on a mobile application; and develop standards for equipment, software and data.¹

In the foreseeable future, only the remotely piloted drones can be incorporated into the international civil aviation network. In the standardization process, fully autonomous unmanned aircraft operations are still not considered.² Eventually, whether autonomous unmanned aircraft would also be regulated by the ICAO would depend on technological developments and the political situation. EUROCONTROL works with ICAO on developing global standards and recommended practices (SARPs) for UAS operations and with the Joint Authorities for Rulemaking on Unmanned Systems (JARUS) as well as the Stakeholders Consultation Body (SCB) to make recommendations on a set of technical safety and operational requirements for the certification and safe integration of unmanned aircraft systems into airspace and aerodromes.³

The U-space model aims to merge legislation and digital technology in order to simplify the process of registration in the form of electronic registration. The drone operator's e-registration and, in some cases that of the drone itself, is an essential U-space service (foundation, U1).⁴

Another issue is that existing U-space solutions have only been tested in controlled environments rather than in live conditions.⁵ It remains to be seen whether it will be able to handle the increasing quantity and quality of drone traffic. This will require a system to demonstrate sufficient capacity, reliability, and security: all parties must have confidence in the information that flows across multiple platforms. Additional workforce and infrastructure development are also likely to be needed.

¹ Alty P., Sobchenko A., PODIUM conclusions & recommendations, <<https://www.sesarju.eu/sites/default/files/documents/u-space/CORUS%20ConOps-%20vol2.pdf>> [25.02.2022].

² Annex 7 to the Convention on International Civil Aviation - Aircraft Nationality and Registration Marks, section 2.2.

³ <<https://www.eurocontrol.int/unmanned-aircraft-systems>> [25.02.2022].

⁴ U-space Blueprint, *supra* n. 16, at 3–4. See also Drone Roadmap, *supra* n. 17, 11 and 26; NPA 2017-05 (B), *supra* n. 14, 42.

⁵ Huttunen M., The U-space Concept, *Air & Space Law*, Volume 44, Issue 1, 2019, 75.

A system of detection and avoidance is important for drone integration in U-space. Meanwhile, drones themselves (except those below the energy impact threshold) need to be standardised to communicate with the systems.¹ U3 and U4 services, like automatic DAA capability, dynamic geofencing, capacity management and ultimately full integration with manned aviation, are still a distant prospect.² These challenges naturally beg the question: ‘When will the U-Space concept be fully implemented?’. According to SESAR’s Drone Roadmap, at the earliest, U1 services will be available in 2019, U2 services in 2022, U3 services in 2027 and U4 services in 2035.³ Given that some U1 services have been available since autumn 2018, the first goal appears rather realistic. However, a reasonable caveat is that by the end of 2019, U-space, including fundamental services like electronic registration, will remain fragmented across the EU. As for U2 services and beyond, the target years are mere estimates.⁴

3.3. EU regulation and EASA role in safety reassurance for drone operation

EASA is the regulatory agency responsible for ensuring aviation safety for the protection of EU citizens.⁵ It supersedes the Joint Aviation Authorities (JAA) – association of European CAAs – that aims for cooperation between CAAs of Member States on aviation safety related issues.⁶ EASA was founded in 2002 to establish and maintain a uniform level of civil aviation safety in the EU,⁷ and it

¹ <<https://www.robinradar.com/9-counter-drone-technologies-to-detect-and-stop-drones-today>> [25.02.2022].

² Huttunen M., The U-space Concept, Air & Space Law, Volume 44, Issue 1, 2019, 80.

³ <<https://www.unmannedairspace.info/uncategorized/special-report-europes-eur4-billion-utm-development-standards-programme/>> [25.02.2022].

⁴ <<https://www.sesarju.eu/U-space>> [25.02.2022].

⁵ Regulation (EC) No. 216/2008 of the European Parliament and of the Council of 20 February 2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency, and repealing Council Directive 91/670/EEC, Regulation (EC) No. 1592/2002 and Directive 2004/36/EC, [2008], OJL 79, Recital 1.

⁶ <https://www.skybrary.aero/index.php/JAA>, [25.02.2022].

⁷ EASA, Concept of Operations for Drones – A risk-based approach to regulation of unmanned aircraft, 76.

started operating fully in 2008, with the adoption of Regulation 216/2008 (Basic Regulation)¹ and its competence was recently extended by Regulation 2018/1139, taking into account all the current concerns of the aviation industry – environment, technological advancement, safety, security, etc.²

Article 1(2) of the Basic Regulation does not apply to products, parts, appliances, personnel and organizations engaged in military, customs, police or similar services.³ Moreover, Annex II to the Basic Regulation excludes its applicability to different types of aircraft including unmanned aircraft with an operating mass less than or equal to 150 kg.⁴ The reason behind it is believed to be the less inherent risk posed by drones with a mass less than 150 kg. The latter falls under the legislative competence of Member States; however, only 18 out of 28 Member States have addressed drones in their national legislation.⁵

EASA enacted a policy statement for the airworthiness certification of UAS in 2009, considering the general principles for type certification of drones in the EU.⁶ Under the Basic Regulation, UAS is treated as a regular manned aircraft and the procedure for certification is essentially the same; accordingly, Part 21 would apply to

¹ <<https://www.sesarju.eu/U-space>> [25.02.2022].

² Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No. 2111/2005, (EC) No. 1008/2008, (EU) No. 996/2010, (EU) No. 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No. 552/2004 and (EC) No. 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No. 3922/91, Article 2 (3)(a), [2018], OJL 212.

³ Regulation (EC) No. 216/2008 of the European Parliament and of the Council of 20 February 2008 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Aviation Safety Agency, and repealing Council Directive 91/670/EEC, Regulation (EC) No. 1592/2002 and Directive 2004/36-/EC, [2008], OJL 79, Article 1(2).

⁴ Ibid, Annex II (j).

⁵ <<https://www.icao.int/safety/UA/UASToolkit/Pages/State-Regulations.aspx>> [25.02.2022].

⁶ EASA, Rulemaking Directorate, Policy Statement Airworthiness Certification of Unmanned Aircraft Systems (UAS), E.Y013-01, 2009.

drones if their MTOM is greater than 150 kg.¹ Drones with an MTOW less than 150 kg are considered under the competence of the Member States.

As mentioned above, only 18 out of 28 Member States have regulated the operation of drones, and even these regulations are fragmented and unharmonised, internally hindering the development of the drone industry within the EU.² Some examples of national legislation of Member States such as Austria, Italy and the UK will be discussed in the next sub-chapter, as they have more comprehensive regulations for drones than other States. This was one of the motivations for the European Commission to extend its competence and regulate drones irrespective of their weight. At the same time, safety problems for manned aviation were continuously rising due to the improper use of drones and drone incidents caused major disruptions at several European airports, with the Gatwick Airport being among them. Therefore, sufficient regulations at the EU level were considered to be vitally important, which was followed by the adoption of Regulation 2019/947 and Regulation 2019/945.

3.4. Safety measures at national level for drone operation

Safety measures considered in Regulation 2019/947 and Regulation 2019/945 have to be implemented by Member States by July 2021.³ However, till the rules and requirements of these regulations become fully applicable, national legislation is applicable for drones with a weight less than 150 kg. As mentioned in previous sub-chapters, not all Member States have sufficient regulations for drones or some do not regulate their operation at all. Therefore, the national regulations of Austria, Italy and the UK are chosen to present their safety measures for drone operation.

Austria amended the Aviation Act of 2 December 1957⁴ and made drone operation permissible from 1 January 2014. Drones under

¹ Ibid., 21A.17 (Type-certification Basis).

² <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/drones/>> [25.02.2022].

³ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019] OJL 152, Article 21.

⁴ Bundesgesetz vom 2. Dezember 1957 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz – LFG).

Austrian legislation are divided into two classes – class 1 (Visual Line of Sight) and class 2 (Beyond Visual Line of Sight). Approval for class 1 depends on operation-risk assessment, taking into account the area of operation and MTOM, which should be issued by Austro Control. There are special requirements for airworthiness and operation for class 1 unmanned aircraft as well.¹ Operators are also responsible to follow all the applicable regulations concerning data protection, nature protection, operation of drones within safety zones,² etc., thus ensuring the safe operation of drones.

Italian legislation is not applicable to state RPAS, autonomous aircraft, indoor RPAS and balloons used for scientific observation or tethered balloons.³ ENAC, the Italian Civil Aviation Authority, differentiates RPAS into two categories: those with an MTOM less than 25 kg and those with an MTOM equal to or greater than 25 kg.⁴ Considering the MTOM is a requirement for airworthiness, registration, maintenance of RPAS, pilot qualification, etc., drones must have registration plates in order for them to be identified. The same plates should be installed on the remote ground pilot station as well. As of 1 July 2016, in addition to plates, all drones that allow the transmission of data must be equipped with an electronic identification device.⁵ Drones are not allowed to fly within 5 km (3 miles) of any airport or airfield. Further, they may not be flown over people or crowds, including at sporting events, concerts, and other large events.⁶ These are some of the rules ENAC considers mandatory to ensure the safe operation of RPAS.⁷

Drones in the UK are mainly regulated by Air Navigation Order 2009 (ANO 2009)⁸ and the Unmanned Aircraft Systems Operations in

¹<https://www.austrocontrol.at/en/aviation_agency/licenses__permissions/flight_permissions/rpas> [25.02.2022].

² Bundesgesetz vom 2. Dezember 1957 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz – LFG).

³ ENAC Regulation of Remotely Piloted Aerial Vehicles, (Courtesy English Translation), Article 2(3).

⁴ Ibid., Article 7(1).

⁵ Ibid., Article 8.1.

⁶ <<https://uavcoach.com/drone-laws-in-italy/>> [25.02.2022].

⁷ ENAC Regulation of Remotely Piloted Aerial Vehicles, (Courtesy English Translation), Section II and III.

⁸ The Air Navigation Order 2009, No. 3015.

UK Airspace Guidance (CAP722).¹ From 30 November 2019, the registration of drones and passing a theoretical test has become mandatory. The UK has created an informative webpage for drone operators – [dronesafe.uk](https://www.dronesafe.uk). The UK legislation differentiates recreational unmanned aircraft, model aircraft, commercial unmanned aircraft and larger unmanned aircraft and considers their characteristic-specific regulations. Also, the legislation designates restricted, prohibited airspace in order to avoid drone operation in areas where they can threaten the safety of manned aircraft, people on the ground or to highly important infrastructure.² It is illegal to fly any drone at any time within these restricted zones unless you have permission from air traffic control at the airport or if air traffic control is not operational from the airport itself.³ Further, CAP 722 underlines the applicability of the safety measures considered under annexes to the Chicago Convention 1944 and newly adopted EU Regulation 2018/1139.

3.5. Concluding remarks

Drones are promising technological innovations capable of creating new jobs and offering services that were previously not accessible or very expensive; however, the drone industry will not grow and flourish if drone operation is not at least as safe as that of manned aircraft or if they are expected to pose new challenges to manned aircraft operation, which is considered to be as one of the safest modes of transportation. The regulation of drones and ensuring that they can be integrated safely in non-segregated airspace is seen as the main goal by different stakeholders – both public and private ones such as EASA, EUROCONTROL, DFS, DLR, DSNA, ENAV, HEMAV, NATS, Unifly and UPC.

The safety of civil aviation is of paramount importance. Drones can pose the threat of mid-air collision, harm people on the ground or highly important infrastructure. The Chicago Convention already ga-

¹ UK CAA, Unmanned Aircraft System Operations in UK Airspace – Guidance & Policy, CAP 772.

² <<https://www.caa.co.uk/Consumers/Unmanned-aircraft/Our-role/Airspace-restrictions-for-unmanned-aircraft-and-drones/>> [22.03.2020].

³ <<https://dronesafe.uk/restrictions/>> [25.02.2022].

ve considerable importance to aviation safety 75 years ago and incorporated articles addressing different aspects related to safe operation in civil aviation. ICAO at the global level regulates safety concerns and tries to eliminate them. At the regional level, EASA is the authority responsible for addressing the safety aspects of drone operation, which in the current Regulation 2019/947 has implemented a risk-based approach to identify the severity of the safety threats posed by particular types of operation. Lastly, EU Member States have also addressed the safety of civil aviation and in particular drone operation in their national legislations, which tend to be fragmented and incomplete and often very different from each other due to the fact that Regulation 2019/947 will be fully implemented only by June 2021.

The U-space concept implementation is seen as a way for drones to be integrated into non-segregated airspace along with other users. It includes four main levels of services: foundation, initial, enhanced and full. Public and private stakeholders are collaborating to implement it step-by-step by performing demonstrative flights, conducting researching and assessing risks and possible solutions. Currently only the foundation services are available; however, it is estimated that by 2035, U-space will be fully operational.

4. Drones – victims, threats and tools for/to security

4.1. Possible threats to security and existing security measures

4.1.1. COMSEC

Legal demarcation between safety and security is important in order to apply relevant regulations. While aviation safety is “the state of freedom from unacceptable risk of injury to persons or damage to aircraft and property”,¹ including preventive, remedial and punitive

¹ ICAO Working Paper AN-WP/7699, “Determination of a Definition of Aviation Safety”, 11 December 2001 at para. 2.2.

measures, aviation security means “safeguarding civil aviation against acts of unlawful interference”.¹ Safety is considered to be extensive and includes security under its scope.² Nevertheless, security is a very important aspect of aviation safety considering that aircraft airworthiness loses its importance if the aircraft is subjected to an unlawful act, such as hijacking or a terrorist attack.

Three possible security threats can be identified with regards to drones, with them being either victims or weapons that pose security risks. The first is attacks to national security, perpetrated by using airframes as weapons, referred to as terrorist drones;³ this was demonstrated to be possible on 9 September 2001 and is even easier with drones, which could easily carry explosives. A drone landing on the lawn of the White House back in 2015 was considered as a threat to US national security.⁴ Also, national security can be threatened by hacker drones, smuggler drones and surveillance drones.⁵ The second is attacks to the command and control link or computers on board the drone or those located in a remotely controlled station. These attacks pose graver consequences than that in the case of manned aircraft, because of the vital role of the command and control link and because of the high level of automation of unmanned aircraft.⁶ The third is threats to physical security of assets, including threats to personnel.⁷

Security of the drone may be jeopardised by cyber-attacks on computers or the command and control link. Recreational or hobbyist drones are usually exposed and are easy targets for hackers, which makes flight control, sensors and data vulnerable to attack. Hacked drones might become unresponsive and crash into buildings, air-planes and a gathering of people or might even be stolen by changing

¹ Annex 17 to the Convention on International Civil Aviation – Safeguarding International Civil Aviation Against Acts of Unlawful Interference, 8th ed., April 2006.

² Huang J., *Aviation Safety and ICAO*, 2009, 5.

³ Markey J., *Hacker Drones: A New Cyber Security Threat*, Dedrone, 2019 5.

⁴ <<https://www.nytimes.com/2015/01/27/us/white-house-drone.html>> [25.02.-2022].

⁵ Huttunen M., *The U-space Concept*, *Air & Space Law*, Volume 44, Issue 1, 2019, 6.

⁶ Sathyamoorthy D., *A Review of Security Threats of Unmanned Aerial Vehicles and Mitigation Steps*, 2015, 6.

⁷ *Ibid.*, 3.

their flight direction.¹ Drones can be hacked in several ways, such as spoofing or simulating the GPS signal utilised by drones to navigate and jamming or hijacking, with both methods allowing hackers to gain partial or full control of the drone and its payload; moreover, false ADS-B signals can be broadcasted by the hacked drone, thus misleading aircraft and airports and potentially causing fatal disasters.

The ICAO 10th edition of Annex 17 has addressed cyber-security issues by stating that each contracting State shall assess the risks and ensure the development of appropriate measures to protect the confidentiality, integrity and availability of critical information and communications technology systems from interference or to avoid jeopardizing the safety of civil aviation.² Also, contracting States should identify their critical information and communications technology systems, threats linked to them and accordingly develop and implement protective measures such as security by design, supply chain security, network separation and access control.³ Regulation 2019/947 authorises EASA and national authorities to adopt necessary measures in order to address safety issues linked to cyber security. Cyber experts representing the EU Agency for Network and Information Security (ENISA) also note that drone manufacturers must be able to verify that drones satisfy the necessary security requirements.⁴

4.1.2. PHYSEC

The physical security of a drone can also be threatened by different means. PHYSEC (Physical measures) aims at making the drones “secure to fly” and it is expected to have significant overlap with

¹<<https://www.tractica.com/robotics/the-very-real-dangers-of-hacked-drones/>> [25.02.2022].

² Annex 17 to the Convention on International Civil Aviation – Safeguarding International Civil Aviation Against Acts of Unlawful Interference, 10th ed., section 4.9.1, 2017.

³ EASA, Concept of Operations for Drones – A risk-based approach to regulation of unmanned aircraft, section 4.9.2.

⁴ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019] OJ L 152, Article 19(4).

manned aviation in the domains of design and manufacture of products, delivery, storage, maintenance, operations and eventual decommissioning.¹ PHYSEC is necessary to safeguard radio or computer equipment, material, documents, facilities and assets from access thereto or observation thereof by unauthorised persons.² They are vitally sensitive assets linked to the safe and secure operation of drones.

In 2014, the Joint Authorities for Rulemaking on Unmanned Systems (JARUS) issued draft recommendations that included a section on security.³ The document essentially provides that: "the RPAS operator is responsible for the security of their RPAS, RPA, RPS and facilities; guidance on personnel training; and the establishment of procedures to effectively recognise and respond to acts of unlawful interference against civil aviation."⁴ The same position was taken by the ICAO RPAS Panel, and Part IV of Annex 6 to the Chicago Convention states that drones should be protected from tampering, hacking, interference or other behavior in order to ensure integrity of drone components by limiting access to computers that give commands to the drone and checking the background of personnel responsible for drone operation. The personnel should be trained, and a continuous supervision of safety and security should be carried out.⁵

Regulation 2019/947 also covers similar aspects by stressing through different provisions the obligation of the drone operator to have sufficient training and by promoting awareness among operators about applicable regulations.⁶ Furthermore, drones that will be imported into the European market need to be safe, secure and operationally dependable and should be sufficiently protected from hacks or illegal interference. Also, there are technical standards underlined

¹ Ibid.

² Scott B.I., Trimarchi A., *Fundamentals of International Aviation Law and Policy*, London, 2020, 173.

³ <<https://wpo-altertechnology.com/jarus-joint-authorities-rulemaking-unmanned-systems/>> [25.02.2022].

⁴ Ibid.

⁵ Annex 6 to the Convention on International Civil Aviation – Operation of Aircraft, Part IV.

⁶ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019] OJ L 152, Article 11, also UAS.OPEN.030.

in Regulation 2019/947, which drones should meet in order for them to be compliant with safety, security, environmental and other relevant regulatory requirements.¹

4.1.3. National security

Drones may represent, on one side, a threat to national security when used by terrorists or criminal organizations, but, on the other side, they may also be used to enhance national security or to protect citizens from major disasters.²

Hacker drones like the “Danger Drone”³ equipped with sniffing devices, spoofing devices and Raspberry PI can threaten cyber security by hacking or Wi-Fi spoofing, or data extraction via data-center snooping.⁴ Drones that are used as weapons are referred to as terrorist drones. On 4 August 2018, the assassination of Venezuelan President Nicolas Maduro was attempted by a drone equipped with powerful plastic explosives. Furthermore, Hezbollah and Houthi rebels have used drones to attack the Saudi air defense.⁵ Smuggler drones are mainly quadcopter-type drones that are used to deliver drugs or phones illegally from one place to another. In April 2017, two persons were imprisoned for delivering Class A and B drugs and iPhones to prisons using drones.⁶

To mitigate the aforementioned risks, anti-drone systems are already widely available on the market, such as geofencing, Detect and Avoid Systems, and electronic defenses.⁷ Geofencing considers the creation of virtual boundaries that will detect drones in the close vicinity. Some drones even include their own geofencing systems, thus limiting their access to restricted areas; however, these systems can

¹ Airports Council International, Drones Policy Paper, at 7, 2018.

² <<https://safetymanagement.eku.edu/blog/5-ways-drones-are-being-used-for-disaster-relief/>> [25.02.2022].

³ <https://www.vice.com/en_us/article/xygvvk/the-danger-drone-is-a-500-flying-hacker-laptop> [25.02.2022].

⁴ <<https://www.bbc.com/news/technology-26762198>> [25.02.2022].

⁵ <<https://www.weforum.org/agenda/2018/08/drone-terrorism-is-now-a-reality-and-we-need-a-plan-to-counter-the-threat>> [25.02.2022].

⁶ <<https://www.ifsecglobal.com/drones/drug-smuggling-drones-prisons-airborne-security-threat/>> [25.02.2022].

⁷ A DroneRules.eu, Pro resource for drone manufactures, Privacy by Design Guide, 7-8.

be overcome by building supporting devices or hacking the drones. Drone radars are also used, which represent a combination of noise, thermal and radio signals, and these signals are used to detect drones. Drones that operate with radio signals can be detected by radio-frequency scanners.¹

Drones do not represent the ‘threat’ alone; on the contrary, civil drones may also be ‘victims’ of security attacks, as discussed in the above sub-chapters. Moreover, drones can be used for national security. US law enforcement bodies have used drones for crowd control, crime prevention, evidence gathering and border patrolling. Drones have also been used to enhance national security in Australia, Canada, New Zealand and the UK. Both in Mexico and Russia, drones have been used to monitor drug trafficking.²

4.2. International treaties on security matters and their possible application to drones

The original text of the Chicago Convention did not specifically address aviation security matters; however, later it was noted that besides inherent and natural risks linked to flights, civil aviation was threatened by extrinsic threats and dangers.³ Therefore, as amended by the Protocol signed in Montreal on 10 May 1984, Article 3 Bis was added to the Chicago Convention, which prohibits the use of weapons against civil aircraft and endangering lives of people on board and the safety of the aircraft.⁴ ICAO has also adopted Annex 17 to the Chicago Convention addressing “Security: Safeguarding International Civil Aviation from the Acts of Unlawful Interference” and further adopted a number of instruments to address a variety of threats posed to civil

¹ <<https://heimdalsecurity.com/blog/cybersecurity-drones/>> [25.02.2022].

² Sandvik K.B., The Political and Moral Economies of Dual Technology Transfers: Arming Police Drones, in *Drones and Unmanned Aerial Systems (Legal and Social Implications for Security and Surveillance)*, Edited by A. Zavrsnik, 2015, 50.

³ Huang J., Security regulations International requirements, in *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, Edited by P.S. Dempsey and R.S. Jakhu, 2017, 137.

⁴ Protocol relating to an amendment to the Convention on International Civil Aviation, signed at Montreal on 10 March 1984 in force since 1 October 1998, Article 3 bis.

aviation. The following treaties have been adopted within the framework of ICAO: Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft, (hereinafter the Tokyo Convention 1963), Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, (hereinafter The Hague Convention 1970), Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, (hereinafter the Montreal Convention 1971), Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation, (hereinafter the Beijing Convention 2010), Protocol Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, (hereinafter the Beijing Protocol 2010), etc.

ICAO defines security as “safeguarding civil aviation against acts of unlawful interference”. This objective is achieved by a combination of measures and human and material resources”.¹ There is no specific regulation addressing security threats posed to drones; however, since as per article 8 of the Chicago Convention, drones are considered as aircraft, taking into account its operational characteristics, some security treaties applicable to manned aircraft can be extended to drones as well.

The Tokyo Convention 1963 applies to “offences against penal law”² and “acts which, whether or not they are offences, may or do jeopardise the safety of the aircraft or of persons or property therein or which jeopardises good order and discipline on board”. The Convention further states that it should be applied to acts committed by a person on board any aircraft registered in the national registry of the State party while the aircraft is in flight.³ Considering current technological development of drones, they are not able to carry humans on board; therefore, humans cannot commit a crime on board of

¹ European Commission, Study on privacy, data protection and ethical risks in civil Remotely Piloted Aircraft Systems operations – Summary for Industry, 2014, at definitions.

² Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, [1995], OJL 281, Article 1, (1)(a).

³ Annex 7 to the Convention on International Civil Aviation - Aircraft Nationality and Registration Marks, section 2.2.

the drone yet.¹ Accordingly, the Tokyo Convention 1963 cannot be currently applied to drones. The Hague Convention 1970 also would not be applicable to drones for the same reason.² However, the Beijing Protocol 2010, supplementing The Hague Convention 1970,³ changed its scope of application and formulated it in the following manner: “Any person commits an offence if that person unlawfully and intentionally seizes or exercises control of an aircraft in service by force or threat thereof, or by coercion, or by any other form of intimidation, or by any technological means.”⁴ By excluding the limitation that offences covered by the Convention should be committed “on board”, the Beijing Protocol extended its realm and could be applied to drones as well.

The Montreal Convention 1971 considers an offence as unlawfully and intentionally destroying an aircraft in service or damaging such an aircraft, which renders it incapable of flight or which is likely to endanger its safety; placing or causing to be placed on an aircraft in service, by any means whatsoever, a device or substance which is intended to destroy that aircraft or damage it; and communicating false information or destroying navigation facilities or interfering with aircraft operation.⁵ These offences can be committed against drones, and the description of the acts that shall be considered as an offence by no means excludes its applicability to drones. It is not emphasised that these activities should be committed by a person on board the aircraft or that they should threaten the safety of the passengers alone.

The Beijing Convention 2010 combined the offences considered under the Montreal Convention and took into account recent conditions and criminalised an act of using a civil aircraft as a weapon;

¹<<https://www.wsj.com/articles/drones-to-carry-people-have-yet-to-take-off-but-they-will-have-a-place-to-land-11560267249>> [25.02.2022].

² Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at the Hague on 16 December 1970 in force since on 14 October 1975, Article 1.

³ Protocol Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, [Doc 9959], signed in Beijing on 10 September 2010 not yet in force, Article I.

⁴ Huttunen M., The U-space Concept, *Air & Space Law*, Volume 44, Issue 1, 2019, 75.

⁵ Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed in Montreal on 23 September 1971 in force since 18 July 1975, Article 1(1) (b-e).

using dangerous substances to attack aircraft or other intended targets; unlawfully transporting biological, chemical and nuclear weapons; or cyber-attacking air navigation facilities.¹ Like the Montreal Convention 1971, the Beijing Convention 2010's applicability can be extended to drones, especially considering the possible risk of using drones as a weapon to cyber-attack remote controlling facilities or interfering in the navigation process of drones. Considering the recent threats and technological advancements considered in the Beijing Convention, it is especially valuable for regulating threats posed by and against drones.

4.3. EU competence for security concerns

After the Lockerbie bombing in 1988, security policy was proposed by the EU to its Member States; however, implementation of the policy was not mandatory and many of the States did not follow it. Therefore, on 11 September 2001, there was no harmonised aviation security legislation among Member States.² The 9/11 tragedy was proof for the aviation industry that new risks and threats had emerged and these were not sufficiently addressed by the existing regulatory framework; therefore, many instruments and changes followed afterwards.³ The EU's response to this tragedy was the adoption of Regulation 2320/2002, reflecting the new political conditions and risks vis-à-vis aviation security.⁴ Regulation No. 2320/2002 made the fundamental security measures of the ECAC Document mandatory to "any airport located in the territories of the Member States". It also gave authority to the European Commission to adopt detailed measures by means of implementing regulations in consultation with a "committee composed of representatives of the

¹ Convention on the Suppression of Unlawful Acts relating to International Civil Aviation, signed in Beijing, on 10 September 2010 in force since 1 July 2018, Article 1.

² European Commission, "Study on civil aviation security financing" (September 2004, No. TREN/ F3/51-2002), p. 7 of the summary of the final report (EC Study on financing).

³ IATA, The Impacts of September 11 2001 on Aviation.

⁴ Scott B. I., Trimarchi A., Fundamentals of International Aviation Law and Policy, London, 2020,

Member States and chaired by the representative of the Commission”.¹

Hence, due to the fact that Europe did not face major terror threats back then, the Regulation was not popular and was later replaced by Regulation 300/2008, which included common basic standards concerning screening of passengers, cabin baggage, cargo and mail and airport security. Regulation 300/2008 was followed by supplementing measures concerning liquids, aerosols and gels and use of security scanners. This Regulation considered security threats to aircrafts during flight only in relation to unauthorised people who would be prevented from entering the flight crew compartment and in relation to potentially disruptive passengers who shall be subjected to appropriate security measures during a flight.

No specific attention was given to cyber-security or aspects specifically linked to drone operations, which do not necessarily take-off and land through aerodromes, as happens in most cases. Air transport is highly regulated in regards to safety and security issues, considering the vulnerability of this particular mode of transportation.² These provisions were construed in the last two decades for civil manned aircraft only; this is the reason for the lack of applicable rules to drones. Regulation 300/2008 and its supplementing measures were also replaced by the Commission implementing Regulation 2015/1998.³ The latter addresses security aspects of mostly manned aviation.

There are no specific regulations within the EU in place which address security aspects of drone operations. Regulation 2019/947 addresses security only by making registration mandatory for drones that might pose risk to security⁴ and obliging operators to be informed about applicable regulations including the ones concerning security

¹ <https://ec.europa.eu/transport/modes/air/security_en> [25.02.2022].

² <<https://www.caa.co.uk/Consumers/Guide-to-aviation/Aviation-safety/>> [25.02.2022].

³ Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1998 of 5 November 2015 laying down detailed measures for the implementation of the common basic standards on aviation security, [2015], OJL, 299.

⁴ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/947 of 24 May 2019 on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft, [2019], OJL 152, recital 14.

aspects,¹ to operate drones in a manner that does not conflict with security interests.

4.4. Concluding remarks

Security is one of the most important aspects of the aviation industry. It was not considered to be as important as other aspects such as safety at the beginning of the establishment of international regulatory frameworks for civil aviation. However, later on, extrinsic threats were identified by the industry, and these have been addressed by different instruments at different stages of the aviation industry development. Originally, the Chicago Convention did not incorporate security measures in its text; however, in 1984, the Protocol was adopted and Article 3 Bis was introduced to the Chicago Convention 1944. Later, Annex 17 to the Chicago Convention was devoted to security issues. Regulatory instruments followed due to the threats and risks faced by civil aviation such as terrorist attacks, hijacking and unlawful seizure of civil aircraft.

Depending on the precise wording of the conventions, some of them could be applied to drones, notwithstanding the fact that their civil use became common decades after the period during which some conventions were adopted. The Montreal Convention 1971, the Beijing Protocol and the Beijing Convention, both adopted in 2010, can be applied to drones because they do not limit their application to offences committed on board an aircraft; however, because the Tokyo Convention 1963 and the Hague Convention 1970 set the offence to be committed on board an aircraft as a requirement, they cannot be applied to drones.

As seen above, not all existing treaties and regulations are applicable to drones due to their operational characteristics. There are no specific regulations that address security aspects of drone operation. Regulation 2019/947 stresses that relevant regulations concerning security among other important issues should be respected; however, there is no regulation that sufficiently addresses the risks and threats posed by drones or against drones. Moreover, drones have already posed security threats and the necessity for addressing this realm of the drone industry should be considered and regulated.

¹ Ibid., recital 20.

Cyber security is very complex and of paramount importance in regards to drones considering their nature of operation. There are soft law instruments in place regulating this; however, a hard law is needed, which regulates the elimination, avoidance, prevention or resolution of security threats related to drone operation.

Conclusions and recommendations for the future

Drones offer new capabilities and applications that go beyond conventional aviation and deliver the promise of a more efficient and environmentally friendly performance of existing services. They are a revolutionary tool. Drones should be integrated into non-segregated airspace, and at the same time, citizens' concerns related to privacy, safety and security should be adequately dealt with. Drones' potential is seen globally and regionally, including by the EU. The EU sees the drone industry as a creator of jobs and as a tool for economic development. Therefore, it is devoting its resources to research and develop drones and to establish different platforms of cooperation. The EU has adopted new Regulation 2019/947 and Regulation 2019/945 based on the experiences and expertise acquired so far.

Identification of a drone's legal status is vitally important, as it determines the array of rules apply. Legal demarcation of drones from vehicles such as model aircraft and toy aircraft is also important, as drones, model aircraft and toy aircraft are each regulated separately and by different regulations. While identifying the applicable rules, the characteristics of drones, such as nature of use, size and technical features, should be considered, as the outcome in each case would differ.

It is essential to ensure respect for the fundamental rights of citizens, such as the right to privacy and the protection of personal data. The operation of drones has already raised numerous concerns including privacy and data protection issues considering the payload attached to drones. If the concerns of society are not sufficiently addressed, it will reduce public acceptance of drones and therefore adversely affect the development of the drone industry. Privacy and data protection rights are not absolute, and they can be limited for relevant purposes; however, when they are limited, the measures used should comply with applicable regulations and proportionate to the goal to be achieved. The existing regulatory framework for privacy does not specifically concern drone operation and the threats posed;

however, the existing rules can still be applied to drones and respecting them is obligatory according to Regulation 2019/947. Moreover, the application of privacy and data protection regulations should not be too restrictive, as this may hinder the development of the industry; instead a case-by-case approach should be taken to achieve the right balance.

Drone services cannot be provided with less safety than that generally accepted by civil aviation. The eventual introduction of drones in the aviation environment should not decrease the safety level of aviation currently achieved. Even if no one is on the drone, in the event of an accident or an accidental landing, people on other aircraft or the ground could get injured. Drones have caused disturbances at several airports, as their operation in the close vicinity of airports is not allowed and there is a high risk of a mid-air collision. Drones caused the closure of Gatwick and Dubai Airports for safety reasons and caused losses worth millions of dollars. The regulation of safety must be commensurate with the associated operational risk. This is the approach taken by Regulation 2019/947, which ought to be implemented by all Member States by June 2021. Safety is one of the concerns that are the most comprehensively addressed by the existing regulatory framework by including rules on airworthiness, registration requirement and pilot licensing. Along with the Regulation, U-space is anticipated to address the most pressing problems related to drone operation. U-space operation shall ensure the stability of airspace and safe access to airspace for drones, although it is expected to be fully implemented only by 2035. Both private and public stakeholders should cooperate to implement all the necessary steps, raise awareness, invest in research, merge legislation and digital technology and test U-space capabilities in uncontrolled live conditions to see whether it will be functional in reality or not.

There are also potential security implications for drones. These implications can be grouped into three main areas: national security, cyber threats and physical security threats. Like privacy, security risks related to drone operation are not specifically regulated; however, existing international and regional regulatory frameworks cover drone operation to some extent. Security concerns require the active involvement of the manufacturer in the elimination process. Despite this, design or operational restrictions cannot completely prevent the malicious use of drones. The very nature of drones to be

highly digitalised and computerised raises its vulnerability to security attacks. Accordingly, they should be tested against all possible attacks before putting them on the market. Existing international conventions and EU regulations do not sufficiently address drone operation; therefore, the reference in Regulation 2019/947 to respect existing regulations for security does not make a huge difference. Of course, there are soft law instruments in place too; however, a hard law regulating the elimination, avoidance, prevention and resolution of security threats related to drone operation is mandatory.

Drones are a game-changing technology; however, their acceptance by the public is key to the growth of the drone industry. If the vitally important concerns of the public, such as privacy, safety and security, are not addressed and it is not guaranteed that the drone industry can handle these concerns, the industry will not receive the support of the public, thus making the commercial sector hesitant to invest. Therefore, it is in the best interests of both the private and public sectors developing this industry to address all the issues sufficiently.

ინვესტორები და მათი უფლებების დაცვის ძირითადი ინსტრუმენტები საინვესტიციო ფონდებში*

მარიკა გურგენიძე**

შესავალი

წინამდებარე სტატია წარმოაჩენს და აღწერს ინვესტორების¹ ინტერესების დაცვის მექანიზმებს, კერძოდ, ინვესტორთა უფლებებსა და მათი დაცვის ინსტრუმენტებს ავტორიზებულ საინვესტიციო ფონდში.

სტატიაში კრიტიკულად მაქვს შეფასებული, თუ რამდენად საკმარისი და მომხიბვლელია არსებული საკანონმდებლო ბაზა დივერსიფიცირებულ პორტფელში ფულის კოლექტიურად დაბანდებისთვის, კაპიტალის ბაზრის განვითარებისა და აქტივების მართვის კულტურის დონის ამაღლებებისთვის. სტატიაში, ასევე, იკვეთება ჩემი შეფასებები, სთავაზობს თუ არა კანონმდებლობა საინვესტიციო სამართლის ძირითად აქტორს, ინვესტორს, დაცვის საკმარისად ეფექტურ მექანიზმებს. რადგან, სწორედ ინვესტორისთვის უფლებებისა და გარანტიების მინიჭება და მათი დაცულობის ხარისხის გაზრდა არის ქვეყანაში კარგი საინვესტიციო ამინდის შექმნის აუცილებელი წინაპირობა.

საკითხის აქტუალობა განაპირობა იმან, რომ 2020 წელს გათანამედროვედა ქართული საინვესტიციო სამართლის საკანონმდებლო ბაზა, კერძოდ, ძალაში შევიდა ახალი კანონი საინვესტიციო ფონდების

* სტატია წარმოადგენს სამაგისტრო ნაშრომის - „ერთეულის მფლობელთა ინტერესების დაცვა ავტორიზებულ საინვესტიციო ფონდში“, სახეცვლილ ვერსიას. ნაშრომი დაიწერა 2021 წელს თბილისის თავისუფალ უნივერსიტეტში სამართლის მაგისტრის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად. სამაგისტრო ნაშრომის ხელმძღვანელი: თამთა ივანიშვილი.

** თბილისის თავისუფალი უნივერსიტეტის სამართლის მაგისტრი, სსიპ საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის წევრი, ადვოკატი, იურიდიული ფირმა BLC-ის იურისტი.

¹ ავტორის შენიშვნა: სტატიაში ტერმინები „ინვესტორი“ და „ერთეულის მფლობელი“ გამოყენებულია სინონიმური მნიშვნელობით, თუმცა, კონტექსტის შესაბამისად, „ერთეულის მფლობელად“ იწოდება ისეთი ინვესტორი, რომელიც უკვე ფლობს ერთეულს საინვესტიციო ფონდში.

შესახებ (შემდგომ - კანონი ან საინვესტიციო ფონდების შესახებ კანონი). აღსანიშნავია, რომ „კანონის“ რეგულირების მასშტაბი ავტორიზებული და რეგისტრირებული ფონდების თვალსაზრისით განსხვავებულია, ვინაიდან რეგისტრირებული ფონდები განკუთვნილია გათვითცნობიერებული ინვესტორებისთვის¹, რომლებიც, გაუთვითცნობიერებელ ინვესტორებთან² შედარებით, საინვესტიციო რისკებისადმი უფრო ნაკლებად მონყვლადი არიან³, შესაბამისად, ნაკლებ დაცვას საჭიროებენ. ამის ფონზე, გაუთვითცნობიერებელ ინვესტორებს არ აქვთ საკმარისი გამოცდილება, ქონება ან შემოსავალი იმისათვის, რომ აიტანონ საინვესტიციო საქმიანობით გამოწვეული ფინანსური ზარალი, ამიტომ მათი ინტერესებისა და უფლებების დაცვა განსაკუთრებით საყურადღებოა.

სტატიაში განვიხილავ, მოქმედებენ თუ არა ინვესტორები რაციონალურად და საჭიროებენ თუ არა ისინი დაცვას. სტატიაში, ასევე, შეხვდებით მსჯელობას საინვესტიციო პოლიტიკისა და ნებადართული გარიგებების მნიშვნელობის თაობაზე და ისეთი მექანიზმების შეფასებებს, როგორიცაა ერთეულების გამოსყიდვა, ფონდის სასარგებლოდ სარჩელის შეტანის უფლება და კოლექტიური სარჩელების არსი.

როგორც ჯონ დ. როკველერმა აღნიშნა, „მე მჯერა, რომ ყოველი უფლება გულისხმობს პასუხისმგებლობას; ყველა შესაძლებლობა -

¹ „გათვითცნობიერებული (გამოცდილი) ინვესტორი - პირი, რომელსაც აქვს საკმარისი გამოცდილება, ქონება ან შემოსავალი იმისათვის, რომ მან აიტანოს საინვესტიციო საქმიანობით გამოწვეული ფინანსური ზარალი. გათვითცნობიერებული (გამოცდილი) ინვესტორი არის მნიშვნელოვანი ქონებით უზრუნველყოფილი პირი, ფინანსური ინსტიტუტი, ფინანსური ინსტიტუტის დირექტორი, იურიდიული პირი, რომლის კაპიტალის ოდენობა აღემატება 1 მილიონ ლარს, ან სხვა პირი, რომელიც ასეთად აღიარებულია საქართველოს ეროვნული ბანკის მიერ“. იხ. ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონის მე-2 მუხლის 57-ე პუნქტი.

² „გათვითცნობიერებელი ინვესტორი - ნებისმიერი პირი, რომელიც არ არის „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ საქართველოს კანონით განსაზღვრული გათვითცნობიერებული ინვესტორი“ საქართველოს კანონის „საინვესტიციო ფონდების შესახებ“ მე-2 მუხლის 1 პუნქტის „ჰ“¹⁴ ქვეპუნქტი.

³ განმარტებითი ბარათი საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის პროექტზე, 6. იხ. <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/250827>> [25.03.2022].

ვალდებულებას¹, ამიტომ ინვესტორთა უფლებების დაცვაზე საუბარი შეუძლებელი იყო იმ პირობებში მსჯელობის გარეშე, ვისაც ინვესტორების წინაშე გააჩნიათ გარკვეული ვალდებულებები. ამიტომ სტატიის ძირითადი ნაწილი, ასევე, მოიცავს მსჯელობას ინვესტორები წინაშე ანგარიშვალდებული პირების თაობაზე.

სტატია, ასევე, წარმოაჩენს ავტორის მოსაზრებებსა და რეკომენდაციებს, რომლებიც გაზრდის ინვესტორების ინტერესების დაცვის ეფექტურობას და კიდევ უფრო მრავალფეროვანს გახდის მათ უფლებათა დაცვის სპექტრს, რაც, საბოლოო ჯამში, გამოიწვევს საცალო ინვესტორების მხრიდან, ქართული საინვესტიციო პროდუქტებისა და სერვისებისადმი ნდობისა და დაინტერესების ამაღლებას და მოთხოვნის გაზრდას.

1. Rational Choice Theory და გაუთვითცნობიერებელი ინვესტორი

რაციონალური არჩევანის თეორია გვთავაზობს, რომ გადანყვეტილების მიღების დროს ადამიანი მოქმედებს იმგვარად, რომ შემოსავლების, დროის და სხვა საკითხების მხედველობაში მიღებით, მაქსიმალურად გაზარდოს საკუთარი კეთილდღეობა.² თუმცა, კვლევებმა არაერთხელ აჩვენა, რომ საშუალო ინვესტორები საინვესტიციო ფონდის არჩევისას არ მოქმედებენ რაციონალურად და გადანყვეტილების მიღების პროცესში მათზე ზეგავლენას ახდენს სხვადასხვა გარემოებები.³

საშუალო ინვესტორს აკლია გულმოდგინება და ის არ არის სათანადოდ ცოდნით აღჭურვილი, რაც აუცილებელია იმისთვის, რომ ინვესტიციის განხორციელების მომენტისთვის ბაზარზე მოქმედ აქტივების

¹ Cheston A., What America Means to Me, 2009, 3. იხ. <<https://rb.gy/slpp1r>> [25.03.2022].

² Ulen T., A Behavioral View of Investor Protection, Loyola University Chicago Law Journal, Volume 44, 2013, 1357.

³ Franco J., A Consumer Protection Approach to Mutual Fund Disclosure and the Limits of Simplification, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Volume 15, 2009, 55. მითითებულია: ABT SRBI INC., Final Report: Focus Groups on a Summary Mutual Fund Prospectus, 2008, 5. ასევე, იხ. ABT SRBI INC., Mandatory Disclosure Documents Telephone Survey, 2008, 60, 56-57.

მმართველებს და საინვესტიციო ფონდებს შორის მოხდეს საუკეთესო მაჩვენებლების მქონე სუბიექტების იდენტიფიცირება, და ინვესტორისთვის ყველაზე მომგებიან საინვესტიციო ფონდში ინვესტიციის განხორციელება.¹ გაუთვითცნობიერებელი ინვესტორების მდგომარეობას კიდევ უფრო ართულებს ის ფაქტი, რომ მათ, როგორც წესი, აქვთ ზედმეტად ოპტიმისტური საინვესტიციო მოლოდინები.²

ზემოთ მითითებული „პრობლემის“ მოგვარების მცდელობას არაერთხელ ჰქონია ადგილი. მაგალითისთვის, ერთ-ერთ გზად განიხილებოდა ინვესტორებისთვის ფინანსური საკითხების შესახებ ცოდნის მიწოდება.³ თუმცა ფინანსური განათლების დონის ამაღლების რამდენიმე მცდელობა არ გამოდგა ეფექტური,⁴ ვინაიდან ასეთი კურსები საკმაოდ დიდ ხარჯებთან იყო დაკავშირებული.⁵ ამასთან, ფინანსური მომსახურების მიმწოდებლები ხშირად იცვლიან თავიანთ პროდუქტს, რის გამოც აუცილებელია, რომ პერიოდულად გადაიხედოს და შეიცვალოს კურსების შინაარსი, ეს კი დამატებით ხარჯებთან არის დაკავშირებული.⁶ ყველაფრის მიუხედავად, ინვესტორთა განათლების მიმართულებით

¹ Franco J., A Consumer Protection Approach to Mutual Fund Disclosure and the Limits of Simplification, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Volume 15, 2009, 42.

² Franco J., A Consumer Protection Approach to Mutual Fund Disclosure and the Limits of Simplification, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Volume 15, 2009, 44. მითითებულია: Hu H., The New Portfolio Society, SEC Mutual Fund Disclosure and the Public Corporation Model, Business Law, Volume 60, 2005, 1319-1323.

³ Ulen T., A Behavioral View of Investor Protection, Loyola University Chicago Law Journal, Volume 44, 2013, 1371. მითითებულია: Lusardi A., Pierre-Carl Michaud & Olivia S. Mitchell, Optimal Financial Knowledge and Wealth Inequality, Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper, No 18669, Jan. 2013.

⁴ Ulen T., A Behavioral View of Investor Protection, Loyola University Chicago Law Journal, Volume 44, 2013, 1370. მითითებულია: Lauren E. Willis, The Financial Education Fallacy, American Economic Review, Volume 101, 2011, 429.

⁵ Ulen T., A Behavioral View of Investor Protection, Loyola University Chicago Law Journal, Volume 44, 2013, 1370.

⁶ იქვე.

ძალისხმევის გააქტიურება აუცილებლად მიმაჩნია. მართალია, ინვესტორთა ქცევები ერთბაშად და სრულად ვერ გახდება რაციონალური, მაგრამ ამით პირდაპირი გავებით შემცირდება ინვესტორთა გაუთვითცნობიერებლობის დონე.

2. საჭიროა თუ არა გაუთვითცნობიერებელი ინვესტორების დაცვა?

თანამედროვე სამყაროში საინვესტიციო ფონდების ბაზრის მნიშვნელობა სულ უფრო იზრდება, შესაბამისად, სულ უფრო მეტად აქტიურია კითხვები: საჭიროა თუ არა ინვესტორთა დაცვა? დადებითი პასუხის შემთხვევაში, როგორი ხარისხის დაცულობაზეა საუბარი?

ერთი მხრივ, ინვესტორებისთვის ხელმისაწვდომია არჩევანის გასაკეთებლად საჭირო ინფორმაცია და ეს თითქმის საკმარისი უნდა იყოს მათი ინტერესების დასაცავად, თუმცა, მეორე მხრივ, მომხმარებლები, რომელთა გამოც ხდება ინფორმაციის გამჟღავნება, ხშირად იბნევიან იმ ინფორმაციის მოცულობით, რომლისაც ისინი უნდა გაეცნონ.¹ მომხმარებლები მოკლებული არიან შესაძლებლობას დაიმახსოვრონ და აღიქვან მიწოდებული ინფორმაცია, ჩვეულებრივ ისინი იაზრებენ მათთვის მიწოდებული ინფორმაციის დაახლოებით მესამედ ნაწილს.² ამიტომ, ვთვლი, რომ ინფორმაციის მიწოდებასთან ერთად საჭიროა სხვა მექანიზმების ამოქმედებაც.

ლიტერატურაში, ასევე, გამოთქმულია მოსაზრებები, რომ ადამიანების დაცვა მათი პირადი ქმედებებისგან არის ის, რაც კლავს ზრდის პოტენციალს, მეწარმეობას, შესაძლებლობებს, მათ შორის, ინვესტორების მიერ მოგების მიღების შანსებს.³ ინვესტორების განსაკუთრებულმა დაცვამ შეიძლება, ასევე, წარმოშვას Moral Hazard-ის საფრთხე. ეს უკანასკნელი შეიძლება გამოიხატოს ინვესტორების მიერ უფრო მეტი

¹ იქვე.

² იქვე.

³ Walsh P., Johns D., Can the Retail Investor Survive the Fiduciary Standard, St. John's Law Review, Volume 87, 2013, 448. მითითებულია: Clemons M., Harmonization v. Demarcation: The Problems with a Broker Fiduciary Duty and the Benefits of the Merrill Rule, Oct. 28, 2010, 27-29 (გამოუქვეყნებელი მანუსკრიპტი).

რისკის ალღებაში, ვიდრე ისინი ამას გააკეთებდნენ იმ შემთხვევაში, თუ ეცოლინებოდათ, რომ ისინი ვერ ისარგებლებდნენ დაცვის გარკვეული სტანდარტებით.¹

იმას გარდა, რომ ვემხრობი ინვესტორთა დაცვის პოზიციას, ასევე, ვიზიარებ იმას, რომ ინვესტორების დაცვა არ უნდა მოხდეს გადაჭარბებულად. საინვესტიციო ფონდის კონცეფცია, თავისთავად არ უნდა იყოს საყოველთაოდ მომგებიანი. ფინანსურ ინსტრუმენტებს, როგორც წესი, თან ახლავს რისკი, ამიტომ მნიშვნელოვანია, რომ რეგულაციები არ იყოს მიმართული იმისკენ, რომ ინვესტორები დაიცვას დანაკარგისგან, შეცდომებისგან და რისკების ალებისგან.²

როგორც ვოლტ კელის პერსონაჟი, პოვო, მიუთითებს, „ჩვენ შევხვდით ჩვენს მტერს და ის ვართ ჩვენ“³, ამიტომ რეგულირება და დაცვა არ უნდა გულისხმობდეს სასათბურე პირობების შექმნას და არ უნდა იყოს მიმართული ინვესტორების პირადი ქმედებებისგან დაცვისკენ. სამართლებრივი ჩარჩოს მიუხედავად, ინვესტორი უნდა გრძნობდეს საკუთარ პასუხისმგებლობას.

3. ერთეულის მფლობელთა უფლებები მის წინაშე ანგარიშვალდებული პირების მიმართ

ერთეულის მფლობელთა უფლებებს მის წინაშე ანგარიშვალდებული პირების მიმართ უჭირავს ცენტრალური როლი ინვესტორთა უფლებების დაცვაში. წინამდებარე თავში გამოყოფილია ისეთი ანგა-

¹ Ulen T., A Behavioral View of Investor Protection, Loyola University Chicago Law Journal, Volume 44, 2013, 1373-1274. მითითებულია: Klick J., Mitchell G., Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards, Minnesota Law Review, Volume 90, 2006, 1620.

² Kammel A., Corporate Governance and (Self-)Regulation - An Investment Fund Perspective, International In-House Counsel Journal 1, Volume 3, 2010, 5. მითითებულია: Llewellyn, D.T., Regulation and Retail Investment Services, Economic Affairs 15, Spring 1995, 12-17.

³ Palmiter A., Taha A., Mutual Fund Investors: Divergent Profiles, Columbia Business Law Review, Volume 2008, 1019. ასევე, Kelly W., The Pogo Papers, Poster for the first Earth day, April 1970.

რიშვალდებული სუბიექტების წინაშე არსებული უფლებები, როგორც-
ბიცაა: აქტივების მმართველი, მრჩეველებისა და ბროკერები, სპეცია-
ლური დეპოზიტარი და დამოუკიდებელი წარმომადგენელი მმართველ
ორგანოში. შესაბამისად დაფადგენთ შეუძლიათ და იყენებენ თუ არა
ერთეულის მფლობელები ამ სუბიექტების მიმართ მათთვის ხელმისაწვ-
დომ ინდივიდუალურ და კოლექტიურ დაცვის მექანიზმებს.¹

3.1. ერთეული მფლობელები და აქტივების მმართველი

ზოგადად, საინვესტიციო ფონდები ერთმანეთისგან განირჩევიან არა
იმის მიხედვით, თუ რა ქონებას ფლობენ ისინი, არამედ მათი უნიკა-
ლური ორგანიზაციული სტრუქტურით, რაც გულისხმობს აქტივების
მართვისა და აქტივების ფლობის უფლებების სხვადასხვა პირებისთვის
მინიჭებას.² ამ სტრუქტურაში მართვის სადავეები არის მმართველ
კომპანიასთან.³ საინვესტიციო ფონდების შესახებ კანონის თანახმად,
„აქტივების მმართველი კომპანია არის იურიდიული პირი, რომელიც
საინვესტიციო ფონდის მართვას ახორციელებს“.⁴

ჩნდება კითხვა, რამდენად აუცილებელია, რომ საინვესტიციო
ფონდს მართავდეს დამოუკიდებელი სუბიექტი? ამ კითხვის ერთ-ერთი
მარტივი პასუხი არის ის, რომ, თუ საინვესტიციო ფონდი არ დაიქი-
რავებს მენეჯმენტს, მას მოუწევს, პირადად დაასაქმოს მენეჯერები და
სხვა პირები.⁵ ფონდი იძულებული გახდება, რომ თავად ჰქონდეს
საოპერაციო ქონება. ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ მენეჯმენტი იქნება
დამოუკიდებლად, ეს მოაგვარებს საოპერაციო ხარჯების პრობლემას

¹ Carter D., Mutual Fund Boards and Shareholder Action, Villanova Journal of Law and Investment Management, Volume 3, 2001, 7.

² Morley J., The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation, The Yale Law Journal, Volume 123, 2014, 1228.

³ იქვე.

⁴ საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის მე-2 მუხლის 1-ლი პუნქტის „პ“ ქვეპუნქტი.

⁵ Morley J., The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation, The Yale Law Journal, Volume 123, 2014, 1228.

და საინვესტიციო ფონდი მიიღებს საოპერაციო მომსახურებას მმართველისთვის ანაზღაურების გადახდის სანაცვლოდ.¹

ამასთან, როგორ პრაქტიკა უჩვენებს, მმართველი კომპანიები აერთიანებენ კვალიფიციურ პროფესიონალებს, რაც ზრდის მათი წარმატების ალბათობას. აქტივების მმართველი კომპანიებისთვის მარტივია ერთდროულად რამდენიმე საინვესტიციო ფონდის მართვა.² თუმცა, გასათვალისწინებელია, რომ რამდენიმე ფონდის ერთდროულად მართვამ შეიძლება წარმოშვას ფონდების ინტერესებს შორის კონფლიქტი.³ ამიტომ, ინვესტორმა, რომელსაც სურს, თავი დააღწიოს ასეთი ინტერესთა კონფლიქტის არსებობას, საკუთარი ინვესტიცია უნდა გადაიტანოს ისეთ საინვესტიციო ფონდში, რომელიც ერთდროულად არ მართავს რამდენიმე ფონდს.⁴

პრეცედენტული სამართლის მიხედვით, გამოყოფენ მმართველების სამ ძირითად ვალდებულებას: ა) ზრუნვის ვალდებულება, ბ) პირადად მოქმედების ვალდებულება და გ) ინტერესთა კონფლიქტის თავიდან არიდების ვალდებულება.⁵

ქართული კანონმდებლობის თანახმად, ინვესტორთა ინტერესების დაცვის თვალსაზრისით, აქტივების მმართველი კომპანია მათ შორის და არა მხოლოდ, ვალდებულია: ა) მოქმედებდეს კეთილსინდისიერად; ბ) მიიღოს ყველა გონივრული ზომა ინტერესთა კონფლიქტის თავიდან ასაცილებლად; გ) ჰქონდეს საკმარისი ინფორმაცია იმ აქტივების შესახებ, რომელთა შესყიდვასაც განიზრახავს ან რომლებიც შეისყიდა და სხვა.⁶ მაშასადამე, ქართული კანონმდებლობა შესაბამისობაშია გამოცდილ ქვეყნებში აქტივების მმართველთან მიმართებით დანესებულ სტანდარტებთან.

¹ იქვე.

² იქვე, 1259.

³ იქვე.

⁴ იქვე, 1262.

⁵ Campbell D., Investment Responsibility of Benefit Fund Trustees, Est. & TR. J., Volume 12, 1993, 309.

⁶ საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის 27-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი.

როდესაც საუბარია სტანდარტებზე, აქვე უნდა აღინიშნოს მმართველი კომპანიის ქმედებებთან დაკავშირებით არსებული პრეზუმფიცია. იურიდიული პირის წარმომადგენლებთან მიმართებით გავრცელებული Business Judgment Rule-ის ანალოგიურად, მმართველების შემთხვევაში, პრეცედენტული სამართლის ქვეყნების უმრავლესობა უფლებას აძლევს სასამართლოს, რომ მინდობილ პირს „აპატიოს“ ვალდებულების დარღვევა, თუ ის მოქმედებდა კეთილსინდისიერად და გონივრულად და, თუ მას სამართლიანად უნდა ეპატიოს.¹

ყოველივე ზემოაღნიშნული ცხადყოფს იმას, რომ აქტივების მმართველი კომპანია არის სუბიექტი, რომელიც ერთ-ერთ მთავარ როლს თამაშობს საინვესტიციო ფონდის არსებობაში და მისი წარუმატებლობის ან წარმატებულობის განსაზღვრაში. შესაბამისად, საჭიროა, რომ პრაქტიკაში დიდი ყურადღება მიექცეს ასეთი კომპანიების საქმიანობას.

მმართველების სტიმულირებისა და წახალისების მიზნით, აქტივების მმართველებს ხშირად ავალდებულებენ, რომ მოახდინოს ფონდში საკუთარი სახსრების ინვესტირება, რის შედეგადაც ისინი უფრო აქტიურად მოქმედებენ ინვესტორების ინტერესების სასიკეთოდ, მაშინაც კი, როცა ინვესტორები არ ახორციელებენ კონტროლს.² იმის გათვალისწინებით, რომ ქართული საინვესტიციო კულტურა ნელ-ნელა ყალიბდება, კარგი იქნებოდა, თუ პრაქტიკაში მმართველების მიერ ფონდის ერთეულების შეძენის ტრადიცია წახალისდებოდა. ამ შემთხვევაში, ინვესტორები კიდევ უფრო დაცულად იგრძნობდნენ თავს.

¹ Campbell D., Investment Responsibility of Benefit Fund Trustees, Est. & TR. J., Volume 12, 1993, 324.

² Morley J., The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation, The Yale Law Journal, Volume 123, 2014, 1257.

3.2. მრჩეველებისა და ბროკერების ვალდებულება ერთეული მფლობელების მიმართ

საინვესტიციო ფონების შესახებ კანონი მიუთითებს, რომ ის ვრცელდება „ფიზიკურ და იურიდიულ პირებზე, რომლებიც აქტივების ინვესტირებასთან, მართვასთან, შენახვასთან, ადმინისტრირებასა და აღრიცხვა-რეგისტრაციასთან დაკავშირებულ საქმიანობაში მონაწილეობენ.“¹

ამერიკულ კანონმდებლობაში ბროკერად მიიჩნევა ნებისმიერი პირი, რომელიც სხვების სახელით ჩართულია ისეთ საქმიანობაში, რომელიც გავლენას ახდენს ფასიანი ქაღალდების ტრანზაქციებზე.² საინვესტიციო მრჩეველად მიიჩნევა ნებისმიერი პირი, რომელიც, ანაზღაურების მიღების მიზნით, ჩართულია რჩევის გაცემის საქმიანობაში.³

ამერიკული მიდგომის თანახმად, ბროკერებს და მრჩეველებს აქვთ სამი ძირითადი ვალდებულება.⁴ კერძოდ, მიღებული გადაწყვეტილება უნდა იყოს: ა) გონივრულად შესაბამისი (ინგ. Reasonable basis suitability), მაშასადამე, ბროკერის რეკომენდაციები შესაბამისი უნდა იყოს რამდენიმე ინვესტორისთვის მაინც; ბ) კლიენტისთვის შესაბამისი (ინგ. Customer-specific suitability), ანუ რჩევა უნდა ერგებოდეს კონკრეტულ ინვესტორს მისი საინვესტიციო პროფილის გათვალისწინებით და გ) რაოდენობრივად შესაბამისი (ინგ. Quantitative suitability), ბროკერმა არ უნდა დაუშვას კლიენტისთვის გადაჭარბებული ან შეუსაბამო ტრანზაქციების განხორციელება.⁵ რომ შევაჯამოთ, ბროკერები სრულად უნდა იაზრებდნენ, თუ რა ტიპის საინვესტიციო ფონდში სთავაზობენ ინვესტირებას პოტენციურ ინვესტორებს ვინაიდან შესაბამისობის

¹ საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის 1-ლი მუხლის მე-2 პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტი.

² Walsh P., Johns D., Can the Retail Investor Survive the Fiduciary Standard, St. John's Law Review, Volume 87, 2013, 437. მითითებულია: Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. §78c(a)(4)(A)-45(A) (2006).

³ Walsh P., Johns D., Can the Retail Investor Survive the Fiduciary Standard, St. John's Law Review, Volume 87, 2013, 437. მითითებულია: Securities Exchange Act of 1934, 5 U.S.C. §80b-2(a)(11)(2006).

⁴ Walsh P., Johns D., Can the Retail Investor Survive the Fiduciary Standard, St. John's Law Review, Volume 87, 2013, 441-442.

⁵ იქვე.

რომელიმე კრიტერიუმის დაუკმაყოფილებლობა მიიჩნევა ვალდებულების დარღვევად.¹

როდესაც საუბარია ვალდებულებებზე, ჩნდება კითხვა, თუ ვისი ინტერესების სასარგებლოდ უნდა იმოქმედონ ბროკერებმა და მრჩეველებმა?² პოტენციური ინვესტორების ინტერესების სასარგებლოდ, თუ კონკრეტული საინვესტიციო ფონდებისა და აქტივების მმართველის მიზნების შესაბამისად. მამასადამე, ზოგადად აქვს თუ არა ბროკერსა და მრჩეველს ინვესტორის მიმართ არა მხოლოდ ზრუნვის, არამედ ერთგულების ვალდებულება?

ფრაზა „დაე, მყიდველმა გამოიჩინოს სიფრთხილე“ (ლათ. *Caveat emptor*) გულისხმობს იმას, რომ მყიდველმა თავად უნდა შეამოწმოს საქონელი ან მომსახურება.³ ამიტომ ბროკერებისთვის ერთგულების მოვალეობების დაკისრება შეიძლება შეუსაბამობაში მოდიოდეს გაყიდვების აგენტის პროფესიის მიზანთან, რაც გულისხმობს გაყიდვების გაზრდას და ფულის გამოშვებას.⁴

რომ გავაკეთოთ შედარება სხვა სფეროებში მოქმედ გაყიდვების აგენტებთან, იმის პარალელურად, რომ არსებობს *Lemon laws*, ასევე, გარანტიები სხვადასხვა პროდუქტზე, არავის აქვს მოლოდინი, რომ ავტომობილის გამყიდველი შეეცდება გაყიდოს ისეთი ავტომობილი, რომელიც ყველაზე მეტად თავსებადია კლიენტის ბიუჯეტთან.⁵ არამედ გამყიდველი ყოველთვის შეეცდება გაყიდოს ნივთი, რომლის გაყიდვითაც მას დარჩება ყველაზე მეტი საკომისიო.⁶ ამის მსგავსად, ბროკერებსა და მრჩეველებს არ უნდა მოეთხოვებოდეთ ინვესტორთა წინაშე

¹ იქვე.

² იქვე, 112.

³ Walsh P., Johns D., Can the Retail Investor Survive the Fiduciary Standard, *St. John's Law Review*, Volume 87, 2013, 447-448. მითითებულია: Clemons M., Harmonization v. Demarcation: The Problems with a Broker Fiduciary Duty and the Benefits of the Merrill Rule 27, Oct. 28, 2010 (გამოუქვეყნებელი მანუსკრიპტი).

⁴ Walsh P., Johns D., Can the Retail Investor Survive the Fiduciary Standard, *St. John's Law Review*, Volume 87, 2013, 447-448.

⁵ იქვე, 448.

⁶ იქვე.

ერთგულების მოვალეობის დაცვა, ზრუნვის მოვალეობისგან განსხვავებით. ეს უკანასკნელი საფუძველს უქმნის ბროკერებისა და მრჩეველების მიმართ ნდობისა გაზრდას.

რომ შევაჯამოთ, ბროკერები და მრჩეველები ასრულებენ მნიშვნელოვან როლს საინვესტიციო ფონდის შერჩევის პროცესში, ამიტომ საჭიროა, რომ საკანონმდებლო გარანტიების არსებობის მიუხედავად, ინვესტორებს ესმოდეოთ, რომ მრჩეველები და ბროკერები არ არიან ის პირები, რომელთაც ევალებათ ერთგულების მოვალეობის დაცვა და მათთვის ყველაზე კარგი პროდუქტის შერჩევა.

3.3. ერთეულის მფლობელები და სპეციალური დეპოზიტარი

საინვესტიციო ფონდების შესახებ კანონი შეიცავს მნიშვნელოვან ცვლილებებს ავტორიზებული საინვესტიციო ფონდების სპეციალიზებულ დეპოზიტართან მიმართებით, რომლის მიერ შესასრულებელი ფუნქციები იყოფა ორ ძირითად ნაწილად: ფონდის კუთვნილი ფასიანი ქაღალდების შესანახად მიღება და ფონდის საქმიანობაზე ზედამხედველობა.¹

დეპოზიტარი ვალდებულია, მათ შორის და არა მხოლოდ: საქართველოს ეროვნულ ბანკს დაუყოვნებლივ აცნობოს, თუ, მის ხელთ არსებული ინფორმაციით, აქტივების მმართველი კომპანია ან საინვესტიციო ფონდი არსებითად არღვევს მოთხოვნებს.² ამას გარდა, „დეპოზიტარი ვალდებულია იმოქმედოს კეთილსინდისიერად, სამართლიანად, პროფესიონალურად, დამოუკიდებლად და მხოლოდ საინვესტიციო ფონდისა და მისი ერთეულის მფლობელების ინტერესების სასარგებლოდ“³.

დეპოზიტარი პასუხისმგებელია საინვესტიციო ფონდისა და ერთეულის მფლობელების წინაშე ნებისმიერი ზიანისთვის, რომელიც დადგა

¹ განმარტებითი ბარათი საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის პროექტზე, 15, იხ. <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/250827>> [25.03.2022].

² საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის 34-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

³ იქვე, 35-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი.

მის მიერ ვალდებულებების განზრახი ან გაუფრთხილებელი დარღვევის შედეგად.¹ დეპოზიტარის კონტროლის კიდევ ერთი მექანიზმი არის საქართველოს ეროვნული ბანკის მიერ მისთვის მომსახურების განვების უფლებამოსილების შეწყვეტა. ეს დასაშვებია იმ შემთხვევებში, თუ დეპოზიტარი არღვევს მოთხოვნებს ან აშკარა საფრთხეს უქმნის საინვესტიციო ფონდს ან მის ინვესტორებს.²

შეჯამების სახით უნდა ითქვას, რომ დეპოზიტარის უფლებები, ასევე, მისი ვალდებულებები და პასუხისმგებლობის ფარგლებში ინვესტორთა და საინვესტიციო ფონდის წინაშე საკმაოდ მკაფიოდ არის განსაზღვრული კანონით. ინვესტორებმა უნდა იცოდნენ, რომ დეპოზიტარის სახით, საინვესტიციო ბაზარზე მოქმედებს კიდევ ერთი სუბიექტი, რომელსაც შეუძლია მნიშვნელოვანი როლი შეასრულოს არა მხოლოდ საინვესტიციო ფონდის, არამედ მისი აქტივების მმართველის კონტროლში.

3.4. მმართველი ორგანოს წევრები და დამოუკიდებელი დირექტორები მმართველ ორგანოში

ზოგადად, საინვესტიციო ფონდის მმართველი ორგანო არის დადგენილი წესით არჩეული ან დანიშნული დირექტორები ან/და სამეთვალყურეო საბჭო.³ მმართველი ორგანოს წევრების შერჩევაზე კანონი დიდ ყურადღებას ამახვილებს.

საინვესტიციო კომპანიის ავტორიზაციის მიზნით, ავტორიზაციის მძიებელმა კომპანიამ ეროვნულ ბანკს უნდა წარუდგინოს კომპანიის მმართველი ორგანოს წევრების შესახებ დოკუმენტები, რომლებიც ადასტურებს, რომ მმართველი ორგანოს თითოეულ წევრს აქვს საფი-

¹ იქვე, 34-ე მუხლის მე-4 და მე-5 პუნქტები.

² იქვე, 39-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

³ აქტივების მმართველი კომპანიის ლიცენზირების, რეგისტრაციის, აღიარებისა და რეგულირების წესის დამტკიცების თაობაზე საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის 2020 წლის 22 სექტემბრის N°167/04 ბრძანების მე-2 მუხლის 22-ე პუნქტი.

ნანსო სექტორში რელევანტურ პოზიციამე მუშაობის სულ მცირე 4-წლიანი გამოცდილება.¹ იმავე ბრძანებაში ვხვდებით ნეგატიურ წინაპირობებს, რა შემთხვევაშიც არ არის დასაშვები, რომ პირი დაინიშნოს ავტორიზებული საინვესტიციო ფონდის ან აქტივების მმართველი კომპანიის მმართველი ორგანოს წევრად.²

ფონდის მენეჯმენტი რეალურად არის პროდუქტისა და მომსახურების ნაკრები, რომელსაც იძენს ინვესტორი. ამ ნაკრებში არის სამი ძირითადი პროდუქტი: საინვესტიციო მრჩეველის მიერ შემოთავაზებული მომსახურებები, დივერსიფიკაცია და რისკისა და მოგების კომბინაცია.³

ჩნდება კითხვები: საჭიროა თუ არა მმართველ ორგანოში იყვნენ დამოუკიდებელი დირექტორები? დადებითი პასუხის შემთხვევაში, როგორ უნდა განისაზღვროს არის თუ არა დირექტორი დამოუკიდებელი? შეუძლიათ თუ არა ინვესტორებს საკუთარი ინტერესების დაცვა დამოუკიდებელი დირექტორების გარეშე?

თუ საინვესტიციო ფონდს მმართველ ორგანოში არ ეყოლება დამოუკიდებელი წევრები და ინვესტორი აღმოაჩენს, რომ საინვესტიციო ფონდის აქტივების მმართველი მოქმედებს არაკეთილსინდისიერად, ზიანის თავიდან არიდების მიზნით ინვესტორმა უნდა დატოვოს საინვესტიციო ფონდი,⁴ თუმცა არაკეთილსინდისიერად მოქმედების დანახვასაც გარკვეული ცოდნა სჭირდება და ფონდის დატოვებაც შეიძლება არ იყოს ბიზნეს თვალსაზრისით გამართლებული ქმედება.

¹ საინვესტიციო ფონდის ავტორიზაციის, რეგისტრაციის, აღიარებისა და რეგულირების წესის დამტკიცების თაობაზე საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის 2020 წლის 22 სექტემბრის №170/04 ბრძანების მე-3 მუხლის მე-2 პუნქტის „ზ“ ქვეპუნქტი.

² იქვე, მე-5 მუხლის მე-4 პუნქტი.

³ Carter D., Mutual Fund Boards and Shareholder Action, Villanova Journal of Law and Investment Management, Volume 3, 2001, 16. მითითებულია: Frankel T., Kirsch C., Investment Management Regulation, 1998, 11-12. ასევე, Markowitz H., Portfolio Selection: Efficient diversification of Investment, 2d. 1991, 4-5.

⁴ Carter D., Mutual Fund Boards and Shareholder Action, Villanova Journal of Law and Investment Management, Volume 3, 2001, 16. მითითებულია: Edelen R., Investors Flows and the Assessed Performance of Open-End Mutual Funds, Journal of Financial Economics, Volume 53, 1999, 439, 464-65.

შედარების მიზნით, უნდა ითქვას, რომ ერთეულის მფლობელთა მიერ ხმის მიცემის უფლების გამოყენება, ასევე, არაეფექტურია. ეს შეიძლება აიხსნას სამი ფაქტორით: 1) ტრადიციული კორპორაციებისგან განსხვავებით, საინვესტიციო ფონდების ერთეულები არის გაფანტული და არ არსებობს ერთეულების დიდი ჯგუფი ინდივიდუალური ინვესტორების ხელში;¹ 2) ერთეულის მფლობელ პირებს, როგორც წესი, არ სურთ მენეჯმენტის მოქმედებების კონტროლზე ენერგიისა და დროის დახარჯვა;² 3) ხმის მიცემა შეიძლება არ იყოს ეფექტური მექანიზმი, მაშინ, როდესაც ერთეულის მფლობელს შეუძლია ერთეულის გამოსყიდვა.³

ამის სანაცვლოდ შეიძლება მართლაც გონივრული იყოს მმართველ ორგანოში დამოუკიდებელი დირექტორების დანიშვნა, რომლებიც იქნებიან ერთეულის მფლობელთა ერთგვარი წარმომადგენლები და მენეჯმენტში მათი ინტერესების გამტარებლები. აღნიშნული წევრები მმართველი კომპანიის გადანაცვეტილებებს შეაფასებენ მიკერძოების გარეშე.⁴

ზემოთ მითითებული სუბიექტების გარდა, დამოუკიდებელი დირექტორის არსებობამ შეიძლება სარგებელი მოუტანოს ინვესტიციების მმართველსაც, რომელიც აქტიურად და პირადად არის ჩართული

¹ Carter D., Mutual Fund Boards and Shareholder Action, Villanova Journal of Law and Investment Management, Volume 3, 2001, 27. მითითებულია: Phillips R., Deregulation Under the Investment Company Act - A Reevaluation of the Corporate Paraphernalia of Shareholder Voting and Boards of Directors, 37 Bus. Law, 1982, 908.

² Carter D., Mutual Fund Boards and Shareholder Action, Villanova Journal of Law and Investment Management, Volume 3, 2001, 27.

³ იქვე.

⁴ Spiro S., Some Aspects of the Mutual Fund and Investor Protection, Osgoode Hall Law Journal, Volume 9, 1971, 625. მითითებულია: Report of The Canadian Committee On Mutual Funds and Investment Contracts, Provincial and Federal Study, Ottawa: Queen's Printer, 1969, 161.

ინვესტირების პროცესებში. ამ შემთხვევაში, დამოუკიდებელი დირექტორი ტრანზაქციებს შეაფასებს ცივი გონებით, გამოცდილი მენარმის პერსპექტივით და მიუკერძოებლად.¹

შეჯამების სახით, შეიძლება ითქვას, რომ დამოუკიდებელი დირექტორების დანიშვნა მმართველ ორგანოში ერთეულის მფლობელების მისცემს უფრო მეტ გარანტიას, რომ აქტივების მმართველი კომპანია საკუთარ ვალდებულებებს შეასრულებს კეთილსინდისიერად და ერთეულის მფლობელებს არ მოუწევთ მენეჯმენტის საკითხებში აქტიურად ჩართვა, ან/და საკუთარი ერთეულების გამოსყიდვა.

4. საინვესტიციო პოლიტიკა და ნებადართული გარიგებები

მას შემდეგ, რაც ინვესტორი გახდება ერთეულის მფლობელი, არანაკლებ მნიშვნელოვანია ფონდის საქმიანობის განხორციელება და მისი მონიტორინგი. საინვესტიციო ფონდის ძირითად საქმიანობას წარმოადგენს თანხების ინვესტირება, სწორედ ამიტომ საქართველოში დაფუძნებული საინვესტიციო ფონდის სადამფუძნებლო დოკუმენტი უნდა შეიცავდეს „საინვესტიციო ფონდის საინვესტიციო პოლიტიკის/სტრატეგიის აღწერას, მათ შორის, იმის მითითებით, თუ რომელ აქტივებში აპირებს საინვესტიციო ფონდი ინვესტიციის განხორციელებას“.²

კანონი ავტორიზებულ საინვესტიციო ფონდებს აკისრებს ვალდებულებას, დანერგოს რისკების მართვის პროცესი და პორტფელის აქტივების კრედიტუნარიანობის შეფასებისას არ იხელმძღვანელოს მხოლოდ ან პირდაპირ საკრედიტო სარეიტინგო სააგენტოს მიერ მიწეული საკრედიტო რეიტინგით.³ თუ სხვა რამ არ არის დადგენილი,

¹ Spiro S., Some Aspects of the Mutual Fund and Investor Protection, Osgoode Hall Law Journal, Volume 9, 1971, 625. მითითებულია: Kaplan G., Welles C., The Money Managers, New York: Random House, 1969.

² საქართველოს კანონის „საინვესტიციო ფონდების შესახებ“ მე-10 მუხლის მე-4 პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტი.

³ განმარტებითი ბარათი საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის პროექტზე, 18. იხ. <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/250827>> [25.03.2022].

ავტორიზებული საინვესტიციო ფონდის აქტივების ინვესტირება შესაძლებელია ნებისმიერ აქტივში ან ფინანსურ ინსტრუმენტში საინვესტიციო ფონდის სადამფუძნებლო დოკუმენტისა და პროსპექტის შესაბამისად.¹ აღნიშნული ინფორმაციის პროსპექტში გაწერა ემსახურება ორ მიზანს: ერთი მხრივ, ამით ინვესტორები ახდენენ ერთეულის შეძენამდე საკმაოდ მნიშვნელოვანი ინფორმაციის მიღებას და საკუთარი პრეფერენციების მიხედვით ფონდის შერჩევას, ხოლო, მეორე მხრივ, ინფორმაციის პროსპექტში გაწერა არის იმის გარანტია, რომ არ მოხდეს საინვესტიციო სტრატეგიის მარტივად შეცვლა. ავტორიზებულ ფონდებს, ზოგადად, ეკრძალებათ სესხის გაცემა ან თავდებად/გარანტად დადგომა მესამე პირთა სასარგებლოდ.²

რომ შევაჯამოთ, საინვესტიციო პოლიტიკა ხშირ შემთხვევაში განსაზღვრავს ფონდის წარმატებას და წარუმატებლობას, ამიტომ თავიდანვე მისი სწორად განსაზღვრა არის მმართველი კომპანიის მთავარი ამოცანა. ეს არის საკითხი, რომელშიც ერთეულის მფლობელები, როგორც წესი, არ არიან კომპეტენტურები, ამიტომ თითქმის ყველა საინვესტიციო ფონდის სადამფუძნებლო დოკუმენტი უცვლელად შეიცავს ნორმას, რომლის მიხედვითაც ინვესტორებს ეკრძალებათ აქტივების მმართველს მისცენ მითითებები ბიზნეს სტრატეგიის საკითხებზე.³ რა თქმა უნდა, აქტივების მმართველები და მენეჯერები არ სარგებლობენ სრული დისკრეციით, თუმცა სწორედ იმის გამო, რომ ერთეულის მფლობელები საკუთარ სახსრებს მათ ანდობენ, მნიშვნელოვანია, რომ ამ პირებმა სწორი სტრატეგიით მოახდინონ მისი რეინვესტირება და გაამართლონ ინვესტორთა მოლოდინები.

¹ საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის 52-ე მუხლის 1-ლი ქვეპუნქტი.

² განმარტებითი ბარათი საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის პროექტზე, 18. ივ. <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/250827>> [25.03.2022].

³ Morley J., The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation, The Yale Law Journal, Volume 123, 2014, 1253. მითითებულია: Gregory N., Hedge Fund Agreements line by line: A User's Guide to LLC Operating Contracts, 2d ed. 2009, §5.1, 68.

5. ერთეულების გამოსყიდვის და შენატანის დაბრუნების უფლება

ზოგადად, თუ ერთეულის მფლობელი უკმაყოფილოა ფონდით, მას აქვს შემდეგი არჩევანის გაკეთების შესაძლებლობა: 1) შეუძლია მოითხოვოს ერთეულის გამოსყიდვა; 2) იყოს უმოქმედო; ან 3) ხმის მიცემით „გამოასწოროს“ მდგომარეობა.¹

ერთეულის გამოსყიდვის უფლებასთან დაკავშირებით შეიმჩნევა ერთი ლოგიკური ტენდენცია: ყოველ კონკრეტულ საინვესტიციო ფონდში, რაც უფრო ძლიერდება გამოსყიდვის უფლება, მით უფრო სუსტდება კონტროლი უფლება და სახელშეკრულებო თავდაცვის მექანიზმები, და პირიქით.² შეიძლება ითქვას, რომ ფონდიდან გასვლა იკავებს „ხმის უფლების“ ადგილს.³

გამოსყიდვის უფლება საინვესტიციო ფონდს გამოარჩევს ჩვეულებრივ კომპანიაში წილის ან აქციის ფლობისგან.⁴ კანონის თანახმად, გამოსყიდვა ხორციელდება ერთეულის წმინდა ღირებულებით.⁵ ეს გულისხმობს იმას, რომ ერთეულის მფლობელს შეუძლია საინვესტიციო ფონდი დატოვოს მანამ, სანამ სიახლეები გავლენას მოახდენს ერთეულის ფასზე. ჩვეულებრივ კომპანიაში პარტნიორებს/აქციონერებს ამის უფლება არ აქვთ, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ პარტნიორი/აქციონერი არ გაასხვისებს საკუთარ წილს/აქციას.

გამოსყიდვის უფლება უფრო მეტი სარგებლის მომტანია ინვესტორისთვის, ვიდრე ხმის მიცემის უფლება და ეს რამდენიმე მიზეზით

¹ Morley J., The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation, The Yale Law Journal, Volume 123, 2014, 1249.

² იქვე, 1246.

³ Morley J., The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation, The Yale Law Journal, Volume 123, 2014, 1247. მითითებულია: Hirschman A., Exit, Voice, And Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States, 1970.

⁴ Morley J., The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation, The Yale Law Journal, Volume 123, 2014, 1246.

⁵ საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის მე-40 მუხლის 1-ლი და მე-2 პუნქტები.

აიხსნება.¹ ღირებულების თვალსაზრისით, თუ შევხედავთ, ხმის მიცემა უფრო ხარჯიანია, ვიდრე გამოსყიდვა.² ეს აიხსნება იმით, რომ ინვესტორები ხმის მიცემის დროს დგებიან კოლექტიურად მოქმედების პრობლემის წინაშე. აქტიურობის ტვირთი უნდა ზიდოს ინიციატორმა, მაშინ, როდესაც სარგებელი ნაწილდება ყველა ერთეულის მფლობელს შორის.³ ამის საპირისპიროდ, გამოსყიდვა არ წარმოშობს კოლექტიურად მოქმედების პრობლემას. ინვესტორებს შეუძლიათ გამოსყიდვა განახორციელონ დამოუკიდებლად.⁴

იმის და მიუხედავად, რომ ერთეულების გამოსყიდვა დადებითად დავახასიათე, გამოსყიდვა არ არის პრობლემის მოგვარების გზა, ვინაიდან მდიდარი და გათვითცნობიერებული ინვესტორები თამამად ისარგებლებენ ამ უფლებით და მარტივად დატოვებენ საინვესტიციო ფონდს. ხოლო, საინვესტიციო ფონდში დარჩებიან ის ინვესტორები, რომლებსაც ყველაზე მეტად სჭირდებათ დაცვა.⁵ თუმცა ეს არის საკმაოდ მძლავრი მექანიზმი, რომელიც უფლებას აძლევს ინვესტორს, რომ იყოს თამამი და თუნდაც არასწორი ფონდის არჩევის შემთხვევაში, მარტივად დატოვოს იგი.

6. საინვესტიციო ფონდის სასარგებლოდ სარჩელის შეტანის უფლება

ზოგადი წესის თანახმად, აქტივების მმართველი კომპანია ვალდებულია „საინვესტიციო ფონდის სახელით აღძრას სარჩელი მესამე პირის წინააღმდეგ, თუ ამ ვალდებულების შეუსრულებლობით შესაძლებელია ზიანი მიადგეს საინვესტიციო ფონდს ან მის ინვესტორებს“⁶. თუმცა ამ წესიდან არსებობს გამონაკლისი: თუ აქტივების მმართველი

¹ იქვე, 1250-1251.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ Spiro S., Some Aspects of the Mutual Fund and Investor Protection, *Osgoode Hall Law Journal*, Volume 9, 1971, 626. მითითებულია: Report of The Canadian Committee On Mutual Funds and Investment Contracts, Provincial and Federal Study, Ottawa: Queen's Printer, 1969, 158-160.

⁶ საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის 27-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის „ლ“ ვეპუნქტი.

კომპანია საინვესტიციო ფონდის სახელით არ აღძრავს სარჩელს, ერთეულის მფლობელი უფლებამოსილია მის ნაცვლად და საინვესტიციო ფონდის/ქვეფონდის სასარგებლოდ თავისი სახელით შეიტანოს სარჩელი აღნიშნული მოთხოვნის განსახორციელებლად.¹ მაშასადამე, ერთეულის მფლობელს ეძლევა ე.წ. დერივაციული სარჩელის აღძვრის უფლება, რაც მიზნად ისახავს უმცირესობაში მყოფი ერთეულის მფლობელთა ინტერესების მაქსიმალურად დაცვას.² ეს მექანიზმი არის მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის ძველ³ და ახალ⁴ რედაქციებში არსებული პარტნიორის/აქციონერის უფლების მსგავსი. სათანადო მოსარჩელედ აღიარების ვადაც ემთხვევა და 90 დღეს შეადგენს.⁵

თუმცა გასათვალისწინებელია, რომ საქმის აღძვრა დაკავშირებულია გარკვეულ ხარჯებთან, რის გამოც ერთეულის მფლობელებმა შეიძლება თავი შეიკავონ დავის წამოწყებისგან.⁶ მართალია, მიდგომა მოსარჩელისთვის ხარჯების ანაზღაურების თვალსაზრისით აღიარებული სტანდარტის მსგავსია,⁷ თუმცა დავის დაწყებას ინვესტორი ალბათ მხოლოდ იმ შემთხვევებში გადანყვეტს, თუ დავის დასრულების შემდეგ ამოსაღები თანხის ოდენობა უფრო მეტი იქნება, ვიდრე ამ დავისთვის გაღებული ხარჯები.⁸

¹ იქვე, 27-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

² განმარტებითი ბარათი საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის პროექტზე, 14. იხ. <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/250827>> [25.03.2022].

³ მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 46-ე მუხლის მე-5 ნაწილი (ძალადაკარგულია - 02.08.2021, №875).

⁴ მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 222-ე მუხლი.

⁵ საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის 27-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁶ Carter D., Mutual Fund Boards and Shareholder Action, Villanova Journal of Law and Investment Management, Volume 3, 2001, 17.

⁷ საინვესტიციო ფონდების შესახებ საქართველოს კანონის 27-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁸ Carter D., Mutual Fund Boards and Shareholder Action, Villanova Journal of Law and Investment Management, Volume 3, 2001, 38.

რომ შევაჯამოთ, ხმის მიცემის უფლება და სარჩელის აღძვრის შესაძლებლობის არსებობის მნიშვნელობა მცირდება, როდესაც არსებობს ერთეულის გამოსყიდვის შესაძლებლობა, როგორც ბორდის არაკეთილსინდისიერებისგან ინვესტორის დაცვის ყველაზე მძლავრი მექანიზმი.¹ თუმცა ამის მიუხედავად მისასალმებელია კანონში არსებული ჩანაწერი საინვესტიციო ფონდის სახელითა და მის სასარგებლოდ დავის დანყების შესახებ.

7. Class Action, როგორც ერთეულის მფლობელთა ინტერესების დაცვის მექანიზმი

ვინაიდან საინვესტიციო ფონდში ერთეულები არის გაფანტული, ინვესტორებისთვის საკმაოდ მომხიბვლელია სარჩელის კოლექტიურად წარდგენის შესაძლებლობა.² კოლექტიური სარჩელები არის ძლიერი სამართლებრივი მექანიზმი, რომელიც გამოიყენება რამდენიმე სუბიექტის სამართლებრივი მოთხოვნების დაკმაყოფილებისთვის, მაშინ, როდესაც სხვაგვარად, მათ არ ექნებოდათ სტიმული და მოტივაცია, რომ საკუთარი მოთხოვნები დაეყენებინათ ინდივიდუალურად.³

თუმცა, არსებობს მოსაზრებები, რომ ინვესტორებისთვის ზიანის ანაზღაურების ძირითადი საშუალება, ანუ კოლექტიური სარჩელი არ არის ღიდალ ეფექტური,⁴ ვინაიდან ასეთი სარჩელების საფუძველზე

¹ იქვე, 38.

² Shea B., Better Go It Alone: An Extension of Fiduciary Duties for Investment Fund Managers in Securities Class Action Opt-Outs, William & Mary Business Law Review, Volume 6, 2015, 258.

³ იქვე, 261.

⁴ Evans A., The Investor Compensation Fund, The Journal of Corporation Law, Volume 33, 2007, 237. მითითებულია: Securities Exchange Act of 1934, 10b-5.

დაკისრებული თანხები საკმაოდ მცირეა.¹ ამის მიუხედავად, კოლექტიური სარჩელით დანყებული სამართალწარმოება ძვირია.² ამას გარდა, კომპლექსური ხასიათის გამო, კოლექტიური სარჩელები მოითხოვს სასამართლოს დიდ დროით რესურსს და ყურადღებას³.

საქართველოს საპროცესო კანონმდებლობა ჯერჯერობით არ ითვალისწინებს სპეციალურ მოწესრიგებასა და წესებს კოლექტიური სარჩელის აღძვრისათვის. როგორც წესი, რამდენიმე მოსარჩელის არსებობის შემთხვევაში, პროცესი ისევე წარიმართება, როგორც ერთი მოსარჩელის მიერ აღძრული საქმისას. სასურველია, რომ კოლექტიური სარჩელის წარდგენისა და მასთან დაკავშირებით პროცესის წარმოების დეტალები უფრო კონკრეტულად იქნას განვრცოლი საინვესტიციო ფონდების ან ზოგადად, საპროცესო კანონმდებლობაში. ამით შესაძლოა დაიზოგოს არა მხოლოდ ინვესტორების, არამედ სასამართლოს დრო და ენერგია.

8. სპეციალური ფონდი, როგორც ინვესტორთათვის ზიანის ანაზღაურების ერთ-ერთი მეთოდი

იმისთვის, რომ გაიზარდოს ინვესტორებისთვის ზიანის ანაზღაურების მიზნით გადახდილი თანხების ოდენობა და უფრო მარტივად იქნეს იდენტიფიცირებული მართლწინააღმდეგობის შემთხვევები, შეიძლება განხილულ იქნეს ისეთი შემოთავაზება, როგორიცაა ინვესტორთა საკომპენსაციო ფონდის (შემდგომ - ფონდი) შექმნა.⁴ ამ შემოთავაზების

¹ Evans A., The Investor Compensation Fund, The Journal of Corporation Law, Volume 33, 2007, 237. მითითებულია: Simmons L., Ryan E., Cornerstone Research, Securities Class Action Settlements, 2006 Review and Analysis, 2007, 6.

² Evans A., The Investor Compensation Fund, The Journal of Corporation Law, Volume 33, 2007, 240.

³ Evans A., The Investor Compensation Fund, The Journal of Corporation Law, Volume 33, 2007, 240. მითითებულია: Coffee J., Jr., Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and its Implementation, Columbia Law Review, Volume 106, 2006, 1534, 1540.

⁴ Evans A., The Investor Compensation Fund, The Journal of Corporation Law, Volume 33, 2007, 226.

დანერგვის შემთხვევაში შეიქმნება სპეციალური მიზნის მქონე ერთგვარი სადაზღვევო ფონდი, იმისთვის, რომ ინვესტორმა მენეჯერების მართლსაწინააღმდეგო ქმედებების შემდეგ მარტივად მიიღოს ზიანის ანაზღაურება. ფონდში თანხების აკუმულირება მოხდება შემდეგნაირად: ნებისმიერ დროს, როდესაც ერთეული გაიყიდება მეორად ბაზარზე, ერთეულის მფლობელი გადაიხდის საფასურს (პრემიას), რომელიც განთავსდება ფონდში.¹ შემოთავაზებული სქემის დანერგვის შემთხვევაში მასში მონაწილეობა სავალდებულო უნდა იყოს საჯარო საინვესტიციო ფონდებისთვის.²

შესაძლოა სადავო გახდეს, რომ უსამართლოა ყველა კორპორაციის აქციონერების დავალდებულება, რომ თანხა გადაიხადონ იმ გადაცდომისთვის, რომელიც მოხდება მხოლოდ ზოგიერთ ფონდში.³ თუმცა, ეს მოსაზრება ეწინააღმდეგება დაზღვევის ბუნებას.

ინვესტორების მიერ პრემიის სახით გადასახდელი თანხის ოდენობა დამოკიდებული უნდა იყოს საინვესტიციო ფონდის მენეჯერების გადაცდომის რისკის მაჩვენებელზე⁴. აღნიშნული ინიციატივის იმპლემენტაციის შემთხვევაში, ფონდის მენეჯერებს ექნებათ სტიმული, რომ შეინარჩუნონ გადაცდომის რისკის საერთო რეიტინგში საუკეთესო მაჩვენებელი.⁵

შეჯამების სახით შეიძლება ვთქვათ, რომ სადაზღვევო ფონდის შექმნა ერთეულის მფლობელებს და განსაკუთრებით, გაუთვითცნობიერებელ ინვესტორებს მისცეს იმის გარანტიას, რომ ფონდის მენეჯერების მიერ გადაცდომის ჩადენის შემთხვევაში დროულად მიიღონ რეალურად დამდგარი ზიანის პროპორციული ანაზღაურება. სადაზღვევო ფონდის არსებობა შეიძლება გახდეს ერთეულის მფლობელთა ინტერესების დაცვის ქმედითი მექანიზმი, რომელიც წაახალისებს მენეჯერების მიერ კეთილსინდისიერად მოქმედებას და შეამცირებს გადაცდომების რისკებს. უფრო მეტიც, სადაზღვევო ფონდის იდეის საზოგადოებისთვის

¹ იქვე.

² იქვე, 273.

³ იქვე.

⁴ იქვე, 241-242.

⁵ იქვე, 243-244.

სწორად მიწოდებამ შესაძლოა უფრო მიმზიდველი და საიმედო გახადოს ქართული კაპიტალის ბაზარი. მით უფრო მაშინ, როდესაც სასამართლო სისტემა და პრაქტიკა კოლექტიური სარჩელების და კაპიტალის ბაზართან დაკავშირებული საქმეების განხილვის თვალსაზრისით, არასახარბიელო მდგომარეობაშია.

დასკვნა

როგორც შესავალში აღვნიშნეთ, წინამდებარე სტატიის ძირითად მიზანს წარმოადგენს ინვესტორების ინტერესთა და უფლებათა დაცვის მექანიზმების შეფასება, ამიტომ ნაშრომის ძირითადი ნაწილი ეძღვნება ინვესტორების ძირითადი უფლებების მიმოხილვას.

სტატიის სტრუქტურა მკითხველს აძლევს შესაძლებლობას, რომ ერთად თავმოყრილი ფორმით იხილოს ინვესტორების უფლებები მის წინაშე ანგარიშვალდებული პირების მიმართ. მიუთითეთ იმაზე, რომ გამჭვირვალე რეგულაციები, ინვესტორთა ჯგუფებში საჭირო განათლების დონის ამაღლება და ზიანის დადგომის შემთხვევაში, მისი საფუძვლების გამოკვლევის და ანაზღაურების ეფექტური და სწრაფი მექანიზმები უნდა იყოს საინვესტიციო ფონდების სამართალში მარეგულირებელი ორგანოების ძირითადი საზრუნავი საკითხები.

ვინაიდან საინვესტიციო ფონდების ინდუსტრია დგას ინვესტორების მიერ სისტემისა და რეგულაციების მიმართ გამოჩენილ ნდობაზე, არსებითად მნიშვნელოვანია, რომ როგორც საკანონმდებლო დონეზე, ასევე პრაქტიკაში, სწორად მოხდეს გაუთვითცნობიერებელი ინვესტორების სისუსტეების იდენტიფიცირება და მათ აღმოსაფხვრელად სხვადასხვა მექანიზმების ამუშავება.

ბოლო დროს აქტივების მმართველი კომპანიების რეგისტრაციის თვალსაზრისით შეიმჩნევა გააქტიურება და პირველი ნაბიჯები, მისასალმებელი იქნებოდა ქართულ ბაზარზე კიდევ უფრო მეტი მონაწილის გამოჩენა, რაც, თავის მხრივ, შექმნიდა კონკურენტუნარიან გარემოს და ინვესტორებს მისცემდა არჩევანის კიდევ უფრო მეტ თავისუფლებას.

საქართველოს კაპიტალის ბაზრისთვის კარგი რეპუტაციის შექმნა იქნება იმის საწინდარი, რომ საქართველოში ავტორიზებულ საინვესტიციო ფონდებში ინვესტირების შესაძლებლობით დაინტერესდნენ არა მხოლოდ ქართველი, არამედ უცხოელი საცალო ინვესტორები. ეს კი,

საბოლოო ჯამში, არსებით როლს ითამაშებს ქვეყნის წინსვლასა და განვითარებაში.

**დანაშაულის საგნის, იარაღისა და დანაშაულის ჩასადენად
გამიზნული ნივთის კონფისკაციის მიმართება საკუთრების
უფლებასთან**

ნათია გველესიანი^{1*}

შესავალი

საერთაშორისო ასპარეზზე მომძლავრებული ტერორიზმის, ფულის გათეთრების, ნარკოტიკებით ვაჭრობისა და სხვა სერიოზული დანაშაულების თავიდან ასაცილებლად და მათი გავრცელების კერების აღსაკვეთად, საერთაშორისო საზოგადოება ერთ-ერთ ეფექტურ მექანიზმად დანაშაულის იარაღისა და საგნის კონფისკაციას მიიჩნევს.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 52-ე მუხლის მე-2 ნაწილის მიხედვით, სასამართლოს მიერ ბრალდებულისთვის, მსჯავრდებულისთვის მის საკუთრებაში ან კანონიერ მფლობელობაში არსებული დანაშაულის საგნის ან/და იარაღის ან დანაშაულის ჩასადენად გამიზნული ნივთის კონფისკაციის ერთ-ერთი გამამართლებელი საფუძველი სახელმწიფო და საზოგადოებრივი აუცილებლობაა. ამ უკანასკნელის სამართლებრივი დეფინიცია არ არის განსაზღვრული. სამართლის ინტერპრეტაციის ამოცანაა კანონის სიტყვათა მნიშვნელობითი სივრციდან იმ მნიშვნელობის შერჩევა, რომელიც კანონის ნორმაში მოცემულ სიტყვებს ყველაზე „სწორად“ შეესაბამება². კანონის სიტყვებს

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის საკონსტიტუციო სამართლის მიმართულების დოქტორანტი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მოწვეული ლექტორი, იროდიონ სურგულაძის სამართლის ინსტიტუტის (ისსი) სამართლის პრაქტიკის კვლევის ცენტრის ხელმძღვანელი, უფროსი მკვლევარი, ა(ა)იპ საერთაშორისო შრომის სოლიდარობის ამერიკის ცენტრის საქართველოს წარმომადგენლობის ასისტენტი სამართლებრივ საკითხებში. სტატიაში გამოთქმული მოსაზრებები ეკუთვნის თავად ავტორს და არ უნდა იქნეს აღქმული როგორც პოზიცია ნებისმიერი ორგანიზაციისა ან მასში დასაქმებული პირებისა, რომელთანაც/რომლებთანაც ავტორს შრომითი ან სხვა საქმიანი ურთიერთობა აკავშირებს.

² ციპელიუსი რ., იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, ლ. თოთლაძის თარგმანი, მ. ტურავას რედაქტორობით, თბილისი, 2009, 58.

რომ მნიშვნელობითი სივრცე აქვს, პრობლემას წარმოადგენს სამართლებრივი უსაფრთხოების თვალსაზრისით, კერძოდ, სამართლებრივი შედეგების პროგნოზირებისთვის, თუმცა, მისი პოზიტიური მხარე გამოიხატება სამართლის „მოქნილობაში“, მიესადაგოს ცხოვრების მრავალფეროვან გარემოებებს¹. ამასთან, აუცილებელია, რომ შეირჩეს ისეთი ინტერპრეტაცია, რომლის დროსაც, საინტერპრეტაციო ნორმა იერარქიულად უფრო მაღლა მდგომ სამართლის ნორმასთან წინააღმდეგობაში არ მოვა². ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო (შემდგომ - ევროპული სასამართლო) ყურადღებას ამახვილებს იმ ქონების კონფისკაციაზე, რომლით სარგებლობა არის უკანონო და საშიში საერთო ინტერესებისთვის³. სიტყვათა წყობის „სახელმწიფო და საზოგადოებრივი აუცილებლობის“ შინაარსის მასშტაბის დაკონკრეტებისას, ეროვნული სასამართლოებისთვის გზამკვლევის ფუნქციას სწორედ ევროპული სტანდარტები უნდა ასრულებდეს.

წინამდებარე სტატიის მიზანია დანაშაულის საგნის, იარაღის ან დანაშაულის ჩასადენად გამიზნული ნივთის კონფისკაციის შესახებ ევროპული სასამართლოს მიერ მიღებული გამორჩეული გადაწყვეტილებების ანალიზი და მის პრიზმაში ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოებში მოქმედი შიდასახელმწიფოებრივი რეგულირების ასპექტების წარმოჩენა. გარდა ამისა, სტატიაში განსაკუთრებული ყურადღება ეთმობა აშშ-ის უზენაესი სასამართლოსა და ლიტვის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მიღებულ აქტუალურ და ღირებულ გადაწყვეტილებებს.

¹ იქვე.

² იქვე, 75.

³ ზოიძე ბ., საკუთრების უფლება და მისი დაცვა ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით, საკუთრების უფლება და სამართლიანი სასამართლოს უფლება, საერთაშორისო სამეცნიერო-პრაქტიკული კონფერენციის მასალები, ჯ. ხეცურიანის, ბ. ზოიძის, ი. ფუტყარაძისა და ზ. ჭინჭოლაგას რედაქტორობით, თბილისი, 2005, 26.

I. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს

გადანწყვეტილებები

1. ისმაილოვი რუსეთის წინააღმდეგ¹

1.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

განმცხადებელი აზერბაიჯანის მოქალაქე, ადილ ისმაილოვია, რომელსაც ბაქოდან მოსკოვში გადაჰქონდა 21,348 ამერიკული დოლარი (მემკვიდრეობით მიღებული ბინის გაყიდვის შედეგად მიღებული თანხა). საბაუოზე დეკლარაციის შევსებისას, მან მხოლოდ თანხის ნაწილი მიუთითა, მაშინ, როდესაც იმ დროისთვის რუსეთში მოქმედი კანონმდებლობით, თუ ფულადი სახსრების ოდენობა 10,000 დოლარს აღემატებოდა, საბაუო დეკლარაციის შევსებისას სრული თანხის ასახვა უნდა მომხდარიყო. საბაუო შემოწმების გავლისას, მას ჩემოდანში აღმოუჩინეს თანხის არადეკლარირებული ნაწილი, რის საფუძველზეც სისხლის სამართლის კოდექსის 188-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით, მას ბრალი წაეყენა კონტრაბანდისთვის, ხოლო ფული ნივთმტკიცებულების სახით თან დაერთო სისხლის სამართლის საქმეს.

მოსკოვის რაიონულმა სასამართლომ იგი დამნაშავედ ცნო და პირობითად შეუფარდა 6 თვიანი პატიმრობა 6 თვიანი პრობაციის პირობით, ხოლო ნივთმტკიცებულება, კერძოდ, 21.348 ამერიკული დოლარი გადაეცა სახელმწიფოს.

საპელააციო საჩივარში განმცხადებელი თავს არ ცნობდა დამნაშავედ და აცხადებდა, რომ სისხლის სამართლის კოდექსის 188-ე მუხლი სასჯელის სახით კონფისკაციას არ ითვალისწინებდა. მოსკოვის საქალაქო სასამართლომ მსჯავრდების ნაწილი უცვლელად დატოვა, ხოლო ფულთან მიმართებაში აღნიშნა, რომ ფულის კონფისკაცია წარმოადგენდა არა სასჯელს, არამედ ნივთმტკიცებულების ბედთან დაკავშირებით სასამართლოს მიერ მიღებულ გადანწყვეტილებას.

რუსეთის ფედერაციის სახალხო დამცველმა განმცხადებლის სახელით, წერილით მიმართა მოსკოვის ქალაქის პროკურორს, რომლითაც ითხოვდა კონფისკაციის შესახებ ბრძანებაზე საზედამხედველო

¹ Ismayilov v. Russia, 30352/03, 06.11.2008.

პროცედურების დანყებას. მოსკოვის ქალაქის პროკურორის პასუხი იყო უარყოფითი, რადგან მისი განცხადებით, კონფისკაციის შესახებ ბრძანება იყო კანონიერი. ამის შემდეგ, რუსეთის ფედერაციის ომბუდსმენმა იმავე თხოვნით მიმართა რუსეთის მთავარ პროკურორს. ამასთან, წერილში ომბუდსმენი აღნიშნავდა, რომ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მოთხოვნების მიუხედავად, საქმეს არ ერთვოდა საპროცესო დოკუმენტი, თუ რა სახის ნივთმტკიცებულებას წარმოადგენდა განმცხადებლის კუთვნილი ფული. განმცხადებლის ფული არც დანაშაულის იარაღი იყო (კონტრაბანდის შემთხვევაში, მხოლოდ სამალავი შეიძლება ყოფილიყო ასეთი საშუალება) და არც დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული და ამიტომ, უნდა დაბრუნებოდა მის კანონიერ მესაკუთრეს, რადგან წინააღმდეგ შემთხვევაში, კონფისკაცია ერთი და იმავე დანაშაულისთვის de facto მეორე სასჯელად ჩაითვლებოდა. რუსეთის მთავარი პროკურორის მოადგილემ პასუხად განაცხადა, რომ კონტრაბანდის საგანი დანაშაულის ჩადენის იარაღად ითვლებოდა და კონფისკაციას ექვემდებარებოდა.

ამის შემდეგ, ომბუდსმენმა შეიტანა კონსტიტუციური სარჩელი. საკონსტიტუციო სასამართლომ სარჩელი დაუშვებლად ცნო. მან განაცხადა, რომ სისხლის სამართლის საქმეში ნივთმტკიცებულებად აღიარებული საგნების, მათ შორის, დანაშაულების იარაღისა და დანაშაულებრივი საქმიანობის შედეგად მოპოვებული შემოსავლების ჩამორთმევა, შეესაბამებოდა რუსეთის ფედერაციის მიერ „ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ“ გაეროს კონვენციითა და „ფულის გათეთრების, დანაშაულებრივი საქმიანობის შედეგად მოპოვებული შემოსავლების მოძიების, ამოღებისა და კონფისკაციის შესახებ“ ევროპის საბჭოს კონვენციით ნაკისრ ვალდებულებებს. საკონსტიტუციო სასამართლომ დასკვნის სახით განაცხადა:

„რუსეთის ფედერაციის საზღვრის საბაჟოზე არალეგალურად ტრანსპორტირებული საგნების სტატუსის განსაზღვრა და გადაწყვეტილების მიღება, თუ რამდენად წარმოადგენენ ისინი კონფისკაციას დაქვემდებარებულ ნივთმტკიცებულებებს... სისხლის სამართლის განმხილველი საერთო იურისდიქციის მქონე სასამართლოს კომპეტენციაში შედის. ნივთმტკიცებულების კონფისკაციაზე მიღებული სასამართლოს გადაწყვეტილების კანონიერება და დასაბუთებულობა ზედა ინსტანციის

სასამართლოში საჩივრდება. რუსეთის ფედერაციის საკონსტიტუციო სასამართლო არ არის უფლებამოსილი განახორციელოს გადანყვეტილების გადასინჯვა...“.

1.2. შესაბამისი საერთაშორისო და შიდასახელმწიფოებრივი სამართალი და პრაქტიკა

„ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ“ გაეროს კონვენციის მე-7 მუხლის მიხედვით:

„2. მონაწილე სახელმწიფოებმა უნდა განიხილონ შესაძლო ღონისძიებების განხორციელება მათ საზღვარზე ნაღდი ფულადი სახსრების და შესაბამისი საბრუნავი დოკუმენტების გადაადგილების გამოვლენის და კონტროლის მიზნით იმ პირობით, რომ შესაბამისი ინფორმაცია დანიშნულებისამებრ იქნება გამოყენებული და კანონიერი კაპიტალის გადაადგილება მოხდება შეუფერხებლად. ასეთი ზომები შეიძლება მოიცავდეს ისეთი მოთხოვნის დაწესებას, რომლის თანახმადაც ფიზიკური პირები და კომერციული საწარმოები ვალდებული იქნებიან განაცხადონ საზღვარზე მნიშვნელოვანი მოცულობის ნაღდი ფულის და საბრუნავი დოკუმენტების გადატანის შესახებ.“

იმავე კონვენციის მე-12 მუხლის მიხედვით:

„მონაწილე სახელმწიფოებმა, თავიანთი შიდასამართლებრივი სისტემებით გათვალისწინებულ ფარგლებში, უნდა მიიღონ ისეთი ზომები, რომლებიც აუცილებელია, რათა უზრუნველყოფილ იქნას:

ა) ამ კონვენციით გათვალისწინებული დანაშაულების ჩადენის გზით მიღებული შემოსავლების ან შესაბამისი ღირებულების ქონების კონფისკაცია;

ბ) ამ კონვენციით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩასადენად გამოყენებული ან გამოსაყენებლად განკუთვნილი ქონების, მონყობილობების ან სხვა საშუალებების კონფისკაცია“.

რუსეთის ფედერაციის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 81-ე მუხლის მიხედვით:

„1. ნივთმტკიცებულებას წარმოადგენს ნებისმიერი საგანი, რომელიც:

ა) დანაშაულის იარაღს წარმოადგენდა ან დანაშაულის კვალი აჩვენია;

ბ) დანაშაულებრივი ქმედებების სამიზნეს წარმოადგენდა;

გ) ნებისმიერი სხვა საგანი ან დოკუმენტი, რომელიც დანაშაულის გახსნისთვის მნიშვნელოვანია ან სისხლის სამართლის საქმეზე ფაქტობრივი გარემოებების დადგენას შეუწყობს ხელს.

განაჩენის გამოტანისას ნივთიერი მტკიცებულების ბედი შემდეგნაირად წყდება:

1. ბრალდებულის კუთვნილი დანაშალის იარაღი ექვემდებარება კონფისკაციას, გადაეცემა კომპეტენტურ ორგანოს ან ნადგურდება;

2. სამოქალაქო ბრუნვიდან ამოღებული საგნები გადაეცემა კომპეტენტურ ორგანოს ან ნადგურდება;

3. ღირებულების არმქონე საგნები ნადგურდება;

4. დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ფული და ძვირფასეულობა სასამართლო გადანაწილების საფუძველზე გადაეცემა სახელმწიფოს;

5. დოკუმენტები ინახება საქმეში;

6. სხვა საგნები უკან უბრუნდება მის კანონიერ მესაკუთრეს, ხოლო თუ მესაკუთრის იდენტიფიცირება ვერ ხდება, გადაეცემა სახელმწიფოს...“.

რუსეთის სოციალისტურ სახელმწიფოთა კავშირის უზენაესი სასამართლოს „კონტრაბანდისთან დაკავშირებული სასამართლო პრაქტიკის შესახებ“ რეზოლუციის მიხედვით:

„7. მოქმედი კანონმდებლობის შესაბამისად, კონტრაბანდის საგანი ექვემდებარება კონფისკაციას ნივთმტკიცებულების სახით. აგრეთვე, სატრანსპორტო საშუალებები, როგორც დანაშაულის იარაღი ექვემდებარება კონფისკაციას, იმ შემთხვევაში, თუ საქონლის ან ძვირფასეულობის სამალავ ადგილებად იქნა გამოყენებული...“.

1.3. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის საგარეულო დარღვევა

განმცხადებელი 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ელ მუხლზე დაყრდნობით აცხადებდა, რომ სახელმწიფო ორგანოს წარმომადგენლებმა უკანონოდ ჩამოართვეს კუთვნილი ფული. 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის მიხედვით:

„ყოველ ფიზიკურ ან იურიდიულ პირს აქვს თავისი საკუთრებით შეუფერხებელი სარგებლობის უფლება. მხოლოდ საზოგადოებრივი

საჭიროებისთვის შეიძლება ჩამოერთვას ვინმეს თავისი საკუთრება კანონითა და საერთაშორისო სამართლის ზოგადი პრინციპებით გათვალისწინებულ პირობებში.

ამასთან, წინარე დებულებები არანაირად არ ხელყოფს სახელმწიფოს უფლებას, გამოიყენოს ისეთი კანონები, რომელთაც ის აუცილებლად მიიჩნევს საერთო ინტერესების შესაბამისად საკუთრებით სარგებლობის კონტროლისთვის, ან გადასახადებისა თუ მოსაკრებლების ან ჯარიმების გადახდის უზრუნველსაყოფად.“

მთავრობის პოზიციით კი, ფული, რომელიც თან ჰქონდა განმცხადებელს, დანაშაულის იარაღსა და ნივთიერ მტკიცებულებას წარმოადგენს და მისი კონფისკაცია სამართლებრივ საფუძველს ეყრდნობა.

1.4. ევროპული სასამართლოს შეფასება

1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლი შეიცავს 3 წესს, კერძოდ, საკუთრებით მშვიდობიანი სარგებლობის უფლებას და მასში ჩარევის 2 საფუძველს, საკუთრების ჩამორთმევასა და საკუთრებით სარგებლობაზე კონტროლს.

წინამდებარე საქმის განხილვისას ევროპული სასამართლო აღნიშნავს, რომ კონფისკაცია ერთდროულად მოიცავს საკუთრების ჩამორთმევასა და საკუთრებით სარგებლობაზე კონტროლის ელემენტებს. სამართლიანი ბალანსის საკითხს, ევროპული სასამართლო საზოგადოების საყოველთაო ინტერესის მოთხოვნებისა და ინდივიდის ფუნდამენტური უფლებების აწონ-დაწონის გზით ადგენს.

საზოგადოების საყოველთაო ინტერესიდან გამომდინარე, ინდივიდის საკუთრების უფლებაში ჩარევის კონტექსტში, ევროპული სასამართლო აღნიშნავს, რომ სახელწიფოებს აქვთ საერთაშორისო ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებები (მაგალითად, გაეროს კონვენცია „ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულების წინააღმდეგ“), გაატარონ ღონისძიებები მათ საზღვარზე ნაღდი ფულის გადაადგილების გაკონტროლების მიზნით. ასეთი საზედამხებელო მექანიზმის ამოქმედება განპირობებულია იმით, რომ დიდი რაოდენობის ფული შეიძლება გამოყენებულ იქნეს ფულის გათეთრების, ნარკოტიკებით ვაჭრობის, ტერორიზმის დაფინანსების, ორგანიზებული დანაშაულის, გადასახადების გადახდისგან თავის არიდების ან სხვა

სერიოზული ფინანსური სამარალდარღვევების ჩადენის მიზნით. საზღვრის გადაკვეთისას დეკლარაციის შევსების მოთხოვნა ემსახურება ფულის გადაადგილების გაკონტროლების მიზანს. დეკლარაციის შევსებლობის გამო საბაჟოს წარმომადგენლების მიერ კონფისკაციის სადამსჯელო ზომის გამოყენება, ზემოხსენებულ დანაშაულთა ჩადენის თავიდან აცილებით იყო ნაკარნახევი. ამიტომ, ევროპული სასამართლო მიიჩნევს, რომ კონფისკაციის მექანიზმი შეესაბამება საზოგადოების საყოველთაო ინტერესს.

მსჯელობის განვითარების შემდეგ ეტაპზე, ევროპულმა სასამართლომ განსაკუთრებული ყურადღება გაამახვილა შემდეგ გარემოებებზე: 1. რუსეთში უცხოურ ვალუტაში ნაღდი ფულის ნებისმიერი ოდენობის შეტანა რუსეთის კანონმდებლობით აკრძალული არ იყო; 2. წარსულში განმცხადებელს არ ჰქონდა დანაშაული ჩადენილი და ფული კანონიერი გზით ჰქონდა მოპოვებული, რაც დასტურდებოდა წარდგენილი ანდერძითა და გაყიდვის ხელშეკრულებით.

წინამდებარე შემთხვევაში, არადეკლარირებული ნაღდი ფულის შეტანას, მატერიალური ზიანი არ მიუყენებია სახელმწიფოსთვის, ამდენად, სანქციის ზომად კონფისკაციის გამოყენება პირობადადებული იყო არა სახელმწიფოსთვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურებით, არამედ თავისი არსით, უკავშირდებოდა შემაკავებელ და სადამსჯელო მიზანს. ევროპული სასამართლოს შეფასებით, განმცხადებლისთვის პატიმრობის შეფარდება საკმარისი საშუალება იყო დეკლარაციის შევსების მოთხოვნის დარღვევისთვის და დამატებითი სასჯელის სახით კონფისკაციის გამოყენება, დასახული მიზნის არაპროპორციული იყო. შესაბამისად, სასამართლომ დაადგინა 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის დარღვევა და მოპასუხე სახელმწიფოს დააკისრა ფულადი კომპენსაცია.

მოცემულ საქმეზე, ევროპული სასამართლოს მსჯელობიდან მნიშვნელოვანია შემდეგი საკითხები:

- საბაჟო საზღვარზე დეკლარაციის შევსების მოთხოვნა ემსახურება ნაღდი ფულის გადაადგილების გაკონტროლებისა და ტრანსნაციონალურ თუ სხვა დანაშაულთა პრევენციის მიზანს;

- არადეკლარირებული ფულადი სახსრების კონფისკაცია მართლზომიერია საერთაშორისო ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულების დროს, მაგალითად, როდესაც ფული შეიძლება გამოყენებული იქნეს ფულის გათეთრების, ნარკოტიკებით ვაჭრობის, ტერორიზმის დაფინანსების, ორგანიზებული დანაშაულის, გადასახადების გადახდისგან თავის არიდებისა და სხვა სერიოზული ფინანსური დანაშაულის ჩადენის მიზნით. ამ მიზნების რეალიზებისთვის, სახელმწიფოს საზღვარზე არადეკლარირებული ნაღდი ფულის კონფისკაცია, საზოგადოების საყოველთაო ინტერესს ემსახურება;

- საბაჟო ორგანოს მიერ კანონიერი გზით მოპოვებული არადეკლარირებული ნაღდი ფულის სახსრების კონფისკაცია დაუშვებელია იმ შემთხვევაში, თუ ფულის უკანონოდ გამოყენების რისკი, მინიმალურია;

- კონფისკაციის გამოყენების შესაძლო გამომრიცხველი გარემოებებია სახეზე, თუ:

1. საკუთრება კანონიერი გზით არის შეძენილი, რაც წარდგენილი დოკუმენტაციით დასტურდება;

2. საკუთრების იმპორტი არ არის ქვეყნის კანონმდებლობით აკრძალული;

3. საკუთრების დანაშაულებრივი მიზნით გამოყენების ეჭვი არ წარმოიშობა;

4. პირს არ აქვს კრიმინალური წარსული;

5. დარღვევას მატერიალური ზიანი არ მიუყენებია სახელმწიფოსთვის.

2. ბათლერი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ¹

2.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

განმცხადებელი აზარტული თამაშების მოთამაშე, ფრანცის ბატლერია, რომელიც დიდი რაოდენობის ფულს ფლობდა. მისი კრიმინალური წარსული დაკავშირებული იყო ფოსტიდან ნაღდი ფულის მოპარვასთან. მას სასჯელის სახით შეფარდებული ჰქონდა 5 წლიანი

¹ Butler v. the United Kingdom, 41661/98, 27.06.2002.

პატიმრობა, თუმცა, 3 წლის შემდეგ გაათავისუფლეს. იგი ბიზნესს აწარმოებდა იპოდრომზე გასამართ შეჯიბრებების სფეროში. განმცხადებელმა პარტნიორის ძმას ხელზე გაატანა ნაღდი ფული, რომელიც მისთვის ესპანეთში უნდა გადაეცა. საბაჟოსა და აქციზის თანამშრომლებმა პარტნიორის ძმის მანქანა გააჩერეს და მათ კითხვაზე, თუ რა რაოდენობის ფული გადაჰქონდა, მან დაასახელა თანხა, რომელიც არ შეესაბამებოდა მანქანის საბარგულში აღმოჩენილ ოდენობას. პარტნიორის ძმამ მათ აუხსნა, რომ ნაღდი ფულის მესაკუთრე იყო ფრანკის ბატლერი, რომელიც ესპანეთში უნდა დახვედროდა და სახლის ყიდვის მიზნით გადაეცა მასთან არსებული თანხა. ამოღებული ფული მაგისტრატების სასამართლოს ბრძანების საფუძველზე დროებით დაკავდა. მოგვიანებით, საბაჟოსა და აქციზის თანამშრომლებმა მოითხოვეს ამოღებული თანხის კონფისკაცია, რადგან მათი მოსაზრებით, ფული პირდაპირ ან არაპირდაპირ ნარკოტიკებით ვაჭრობას უკავშირდებოდა ან/და გამიზნული იყო ნარკოტიკებით ვაჭრობისთვის. მაგისტრატების სასამართლოს ბრძანებით მოხდა ამ თანხის კონფისკაცია. გასაჩივრების შემდეგ, ზედა ინსტანციის სასამართლომ (Crown Court) უცვლელი დატოვა მაგისტრატების სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება.

2.2. ევროპული სასამართლოს შეფასება

მოცემულ საქმეზე ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ კონფისკაციის შესახებ ბრძანება პრევენციული ზომა იყო და არაფერი ჰქონდა საერთო სისხლისსამართლებრივ სანქციასთან, ვინაიდან, კონფისკაციის მიზანი იმ ფულის ბრუნვიდან ამოღება იყო, რომელიც ნარკოტიკებით ვაჭრობასთან იყო დაკავშირებული. შესაბამისად, ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ფულის კონფისკაცია შეესაბამებოდა ნარკოტიკებით ვაჭრობის წინააღმდეგ ბრძოლის საყოველთაო ინტერესს და დასახული მიზნის პროპორციული იყო.

წინამდებარე საქმეზე, ევროპული სასამართლოს მსჯელობიდან გასათვალისწინებელია, რომ არაგაცხადებული ფულის კონფისკაციის შემთხვევაში, მესაკუთრეს ფული არ უბრუნდება, თუ:

1. მისი წარსული დაკავშირებულია კრიმინალთან;

2. ჩამორთმეული ფული გამოყენებული იქნება არალეგალური მიზნებისთვის, როგორცაა, მაგალითად, ნარკოტიკებით უკანონო ვაჭრობა.

3. რაიმონდო იტალიის წინააღმდეგ¹

3.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

განმცხადებელ ჯუზეპე რაიმონდოს, მათეის მსგავს ორგანიზაციასთან კავშირის გამო წაყენა ბრალი. პროკურორმა მიმართა რაიონულ სასამართლოს, რომ მის მიმართ სპეციალური საპოლიციო ზედამხედველობა დაწესებულიყო და შესაძლო კონფისკაციის განხორციელების უზრუნველყოფის მიზნით, მის ქონებაზე ყადაღა დადებულიყო. რაიონული სასამართლოს ბრძანების საფუძველზე, პრევენციული ზომის სახით ყადაღა დაედო რაიმონდოს უძრავ ქონებას (10 მიწის ნაკვეთს და 6 შენობას) და 6 სატრანსპორტო საშუალებას, რომლებიც განმცხადებლის განკარგულებაში იყო. მოგვიანებით, მხოლოდ რაიმონდოსა და მისი მეუღლის საკუთრებაში არსებული შენობებისა და 4 სატრანსპორტო საშუალების კონფისკაცია მოხდა მათი „კანონიერად შეძენის“ ფაქტის დაუდასტურებლობის გამო. იტალიის სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა სპეციალური საზედამხედველო ზომა და დაყადაღებული და ჩამორთმეული ქონების რესტიტუციაზე გასცა ბრძანება.

იტალიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომით, „...პრევენციული ზომების არსებობა არ მოდის წინააღმდეგობაში იტალიის კონსტიტუციასთან. იმ შემთხვევაში, როდესაც საზოგადოებას საფრთხე ექმნება, პრევენციული ზომების მიღება ხელს უწყობს უკანონო ქმედებების აღკვეთასა და მომავალში სამართალდარღვევის რისკის შემცირებას. პრევენციული ზომების მიღება დაუშვებელია ეჭვის საფუძველზე და მხოლოდ ობიექტურად დადგენილი და შეფასებული ფაქტებით არის გამართლებული, რომელიც პირის ქცევებსა და ცხოვრების სტილში ვლინდება.

¹ Raimondo v. Italy, 12954/87, 22.02.1994.

იტალიის საკასაციო სასამართლომ დაყადაღებისა და კონფისკაციის ზომებთან დაკავშირებით, განაცხადა, რომ მათიის მსგავსი ორგანიზაციის კუთვნილებაში ეჭვმიტანილი პირების საკუთრების უკანონო გზით მოპოვების პრეზუმფციის შემთხვევაში, ამ საკუთრების კონფისკაცია არ ეწინააღმდეგება იტალიის კონსტიტუციის 24-ე მუხლით გარანტირებულ დაცვის უფლებას. კონფისკაციას მაშინ აქვს ადგილი, როდესაც საქმეში წარდგენილი ირიბი მტკიცებულებები საკუთრების უკანონო გზით შეძენაზე მეტყველებს.

3.2. ევროპული სასამართლოს შეფასება

ევროპული სასამართლო აღიარებს იტალიაში შექმნილ მძიმე მდგომარეობას მათიასთან ბრძოლაში. მათიის მსგავს „ორგანიზაციას“ საშიში ეკონომიკური ბერკეტი უპყრია ხელთ. თავისი უკანონო საქმიანობის შედეგად, კერძოდ, ნარკოტიკებით ვაჭრობითა და საერთაშორისო კავშირებით, დიდი რაოდენობით ფულის ბრუნვას უწყობს ხელს, რომლის ინვესტირებაც შემდეგ, *inter alia*, უძრავ ქონებაში ხდება. კონფისკაცია, რომელიც განკუთვნილია საეჭვო კაპიტალის გადაადგილების ბლოკირებისთვის, ეფექტური და აუცილებელი იარაღია ამ „სიმსივნის“ დასამარცხებლად. კონფისკაციის პრევენციული მიზანი ამართლებს მის დაუყოვნებლივ გამოყენებას.

ამასთანავე, სასამართლო მიიჩნევს, რომ ქონების დაყადაღება ან კონფისკაცია გარდაუვლად ინვესს ზიანს. თუმცა, მოცემულ შემთხვევაში, განმცხადებელმა ვერ წარმოადგინა საკმარისი დასაბუთება, რომ რეალური ზიანი გარდაუვალი ზიანის ფარგლებს გასცდა.

წინამდებარე საქმეზე, სასამართლომ არ დაადგინა დარღვევა ქონების დაყადაღებასა და კონფისკაციაზე, თუმცა, ზოგიერთი ქონების დაბრუნების გაუმართლებელი გაჭიანურების ნაწილში, განაცხადა, რომ სახეზე იყო დარღვევა.

წინამდებარე საქმეზე სასამართლოს მსჯელობიდან ანგარიშგასაწევია შემდეგი საკითხები:

- მათიის მსგავს ორგანიზაციასთან კავშირში მყოფი ეჭვმიტანილი პირების საკუთრების უკანონო გზით მოპოვების პრეზუმფციის არსებობის შემთხვევაში, კონფისკაციის პრევენციული მიზანი ამართლებს მის დაუყოვნებლივ გამოყენებას;

● კონფისკაცია, რომელიც განკუთვნილია საეჭვო კაპიტალის გადაადგილების ბლოკირებისთვის, ეფექტური და აუცილებელი იარაღია მათთვის, ვისთვისაც ორგანიზაციების უკანონო ქმედებების აღსაკვეთად. შესაბამისად, საკუთრების უფლებებში ჩარევა გამართლებულია საზოგადოების საჭიროების ინტერესით;

● ქონების დაბრუნების შესახებ გადაწყვეტილების აღსრულება შემჭიდროვებულ ვადებში უნდა მოხდეს.

4. აგოსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ¹

4.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

განცხადებელი გერმანული კომპანიაა სახელწოდებით - სს „აგოსი“, რომელიც სამენარმო საქმიანობას ეწევა ლითონის გადამდნობის ინდუსტრიაში და ოქროსა და ვერცხლის მონეტების ბაზარზე.

ა და ბ ესტუმრენ კომპანიის ქარხანას გერმანიაში და მოითხოვენ 1,500 კრუგერანდის (სამხრეთ აფრიკის რესპუბლიკაში მოჭრილი ოქროს მონეტები) შეძენა. მონეტების ღირებულება შეადგენდა 120,000 გირვანქა სტერლინგს. მხარეს შორის დაიდო ნასყიდობის ხელშეკრულება, რომელიც ეხებოდა ოქროს მონეტების შეძენას. მონეტები განთავსდა ბრიტანული სანომრე ნიშნის მქონე მანქანაში. მყიდველების მიერ გამოწერილი ჩეკის განაღდება სს „აგოსმა“ ვერ შეძლო. ნასყიდობის ხელშეკრულებაში გათვალისწინებული პირობის მიხედვით, სს „აგოსი“ ინარჩუნებდა მონეტებს თავის საკუთრებაში, მანამ, სანამ ანაზღაურებას სრული ოდენობით არ მიიღებდა. მყიდველებმა გაერთიანებულ სამეფოში მონეტების შეტანა ცარიელ საბურავში დამალვის გზით სცადეს, თუმცა, გაერთიანებული სამეფოს საბაჟოს წარმომადგენლებმა მონეტები აღმოაჩინეს და დააყადაღეს. ა-სა და ბ-ს ბრალდება წარედ-

¹ Agosi v. The United Kingdom, 9118/80, 24.10.1986; ასევე, იხ. ამირანაშვილი გ., კანონიერ მფლობელობაში არსებული დანაშაულის საგნის კონფისკაცია - კონსტიტუციური და საერთაშორისო სტანდარტები, ადამიანის უფლებათა დაცვა: მიღწევები და გამოწვევები, სტატიათა კრებული, კ. კორკელიას რედაქტორობით, თბილისი, 2012, 23-26.

გინათ 1952 წლის ბაჟისა და აქციზის შესახებ აქტით განსაზღვრული ოქროს მონეტების იმპორტის აკრძალვისთვის თაღლითურად თავის არიდების საფუძველზე. სს „ავოსმა“ მოითხოვა მონეტების დაბრუნება იმ საფუძველით, რომ კომპანია იყო მონეტების კანონიერი მესაკუთრე (მისი ღირებულების გადაუხდელობის გამო) და თაღლითობის უდანაშაულო მსხვერპლი. საბაჟოს წარმომადგენლებმა უარი განაცხადეს მონეტების დაბრუნებაზე. უდანაშაულო მესაკუთრის მძიმე მდგომარეობაში ჩაყენების მიუხედავად, საბაჟოსა და აქციზის კომისრებმა განაცხადეს, რომ სასამართლოს არ აქვს დისკრეციული უფლებამოსილება უარი თქვას მონეტების კონფისკაციაზე.

ამის შემდეგ, სს „ავოსმა“ სარჩელი შეიტანა ინგლისის სასამართლოში მონეტების დაბრუნების მოთხოვნით. სააპელაციო სასამართლოს ლორდმა დენინგმა აღნიშნა, რომ:

„საბაჟოსა და აქციზის შესახებ 1952 წლის აქტით, საბაჟოს ორგანოს კომისრებს აქვთ დისკრეციის ფართო ფარგლები თავად განსაზღვრონ, თუ რომელი საქონელი უნდა დაექვემდებაროს ჩამორთმევას და რომელი არა. თუ კანონიერი მესაკუთრე თავს თაღლითობის მსხვერპლად მიიჩნევს და კომისრებს ჩამორთმეული ქონების უკან დაბრუნების მოთხოვნით მიმართავს, კომისრებს აქვთ უფლებამოსილება დამოუკიდებლად გადაწყვიტონ ამ ქონების უკან დაბრუნების, არდაბრუნების ან საკომპენსაციო თანხის გაცემის შესახებ. მოცემულ შემთხვევაში, საბაჟოს კომისრების მიერ კრუგერანდის ჩამორთმევა გამართლებულია“. ამასთანავე, ხსენებული აქტის მიხედვით, საბაჟოს წარმომადგენელს უფლება აქვს დააყადაღოს ან დააკავოს იმპორტირებული საქონელი, თუ მისი გადამტანი ცდილობდა მის შეტანას სპეციალურად დამალული ან შეფუთული სახით. გაერთიანებულ სამეფოში დამკვიდრებული პრეცედენტული სამართლის მიხედვით, სასამართლო მხოლოდ ამონიშნებს შედიოდა თუ არა ჩამორთმეული საქონელი კონფისკაციას დაქვემდებარებულ საქონელთა კატეგორიაში და არ იხილავს მესაკუთრის უდანაშაულობის საკითხს.

ევროპული სასამართლოს წინაშე სს „ავოსმა“ გაასაჩივრა მონეტების დაბრუნებაზე საბაჟოსა და აქციზის კომისრების უარი და განაცხადა, რომ დაირღვა 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლი. კომპანიის მტკიცებით, ის იყო მონეტების კანონიერი მესაკუთრე და არავითარი ბრალი

არ მიუძღვოდა რაიმე სამართალდარღვევაში... ასევე, ინგლისური სამართალი მას არ აძლევდა შესაძლებლობას, სასამართლოს წინაშე დაემტკიცებინა თავისი უდანაშაულობა.

4.2. ევროპული სასამართლოს შეფასება

1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლში მოცემული 3 წესის გაანალიზების შედეგად ირკვევა, რომ კონტრაბანდული გზით შეტანილი კრუგერანდით მოხდა განმცხადებელი კომპანიის საკუთრებით მშვიდობიანი სარგებლობის უფლებაში ჩარევა. გაერთიანებულ სამეფოში ოქროს მონეტების იმპორტის აკრძალვა წარმოადგენდა საკუთრებით სარგებლობაზე კონტროლს, ხოლო მონეტების დაყადაღება და კონფისკაცია კი იყო ამ აკრძალვის უზრუნველყოფი ღონისძიება. ამდენად, მოცემულ საქმეში ევროპულ სასამართლოს უნდა გადაეწყვიტა საკუთრების ჩამორთმევა ნაკარნახევი იყო თუ არა საყოველთაო ინტერესით და რამდენად აკმაყოფილებდა პროპორციულობის პრინციპს, ანუ სამართლიან ბალანსს.

ევროპის კომისიამ აღნიშნა, რომ ხელშემკვრელ სახელმწიფოებში აღიარებული სამართლის ზოგადი პრინციპების თანახმად, კონტრაბანდით შეტანილი საქონელი შეიძლება, დაექვემდებაროს კონფისკაციას. როგორც სს „ავოსის“, ისე კომისიის მოსაზრებით, კონფისკაციის გამართლებისას აუცილებელია, კონტრაბანდული საქონლის მესაკუთრის ქცევასა და კანონის დარღვევას შორის არსებობდეს კავშირი და იმ შემთხვევაში, თუ მესაკუთრე „უდანაშაულოა“, მას უნდა ჰქონდეს ჩამორთმეული ქონების დაბრუნების უფლება. ამ მოსაზრების საწინააღმდეგოდ, ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ სამართლიანი ბალანსის არსებობა მრავალ ფაქტორზეა დამოკიდებული და ქონების მესაკუთრის ქცევა (კონტრაბანდასთან დაკავშირებით), მათ შორის, მისი ბრალის ხარისხი, ერთ-ერთი ელემენტია მხედველობაში მისაღებ გარემოებათა შორის. ამასთანავე, ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ ევროპული კონვენციის ხელშემკვრელ სახელმწიფოებში უსაფრთხო, არასაშიში კონტრაბანდული ქონების უკან დაბრუნების საკითხის გადაწყვეტისას (მესაკუთრის მონაწილეობის/ბრალის ხარისხის გათვალისწინებით) სხვადასხვა სტანდარტი გამოიყენება და არ არსებობს საერთო პრაქტიკა.

ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ საბაჟოსა და აქციზის ორგანოს კომისრების მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებზე კონტროლს გადასინჯვის გზით ახორციელებს სასამართლო. შესაბამისად, მოცემულ საქმეში, ადმინისტრაციული დისკრეციის კანონიერების შემოწმება მოხდა სასამართლოს მიერ და სს „ავოსის“ განცხადება, რომ ინგლისური სამართალი მას არ აძლევდა შესაძლებლობას, რათა დაემტკიცებინა თავისი უდანაშაულობა, ევროპული სასამართლოს მოსაზრებით, ყოველგვარ საფუძველს მოკლებული იყო. ამდენად, საქმეში „ავოსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ“, ევროპულმა სასამართლომ არ დაადგინა 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის დარღვევა.

წინამდებარე საქმეზე სასამართლოს მსჯელობიდან მხედველობაში მისაღებია შემდეგი საკითხები:

- საბაჟოს ორგანოს აქვს დისკრეციის ფართო ფარგლები დამოუკიდებლად განსაზღვროს ჩამორთმეული კონტრაბანდული საქონლის ბედი. ადმინისტრაციული დისკრეციის კანონიერებაზე კონტროლს ახორციელებს სასამართლო საბაჟოს წარმომადგენლების მიერ ქონების ჩამორთმევის შესახებ გადაწყვეტილების გადასინჯვის მექანიზმის გამოყენებით;

- სამართლიანი ბალანსის არსებობა მრავალ ფაქტორზეა დამოკიდებული და ქონების მესაკუთრის ქცევა (კონტრაბანდასთან დაკავშირებით), *inter alia*, მისი ბრალის ხარისხი, ერთ-ერთი ელემენტი მხედველობაში მისაღებ გარემოებათა შორის;

- ევროპული კონვენციის ხელშემკვრელ სახელწიფოებში უსაფრთხო, არასაშიში კონტრაბანდული ქონების უკან დაბრუნების საკითხის გადაწყვეტისას (მესაკუთრის მონაწილეობის/ბრალის ხარისხის გათვალისწინებით) სხვადასხვა სტანდარტი გამოიყენება და შეიძლება ითქვას, რომ ამ კუთხით არ არსებობს საერთო პრაქტიკა.

5. ს.მ. საფრანგეთის წინააღმდეგ¹

5.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

განმცხადებელი ავტომობილის მესაკუთრეა, რომელსაც პროფესიული საქმიანობის დროსაც იყენებს. განმცხადებლის შვილს, რომელსაც თან ახლდა მეგობარი, პირადი მოხმარებისთვის ჰოლანდიიდან საფრანგეთში შეჰქონდა 19 გრამი ჰეროინი. როდესაც საბაჟოს თანამშრომლებმა საბაჟო შემოწმებისას ავტომობილში აღმოაჩინეს ჰეროინი. მათ აღიარეს, რომ ჰოლანდიაში ნარკოტიკის შესაძენად იყვნენ წასულები. ლილეს სისხლის სამართლის სასამართლომ განმცხადებლის შვილს მსჯავრი დასდო ნარკოტიკის კონტრაბანდასა და მის მოხმარებაში. სასამართლოს ბრძანებით, საბაჟოს თანამშრომლებმა მოახდინეს ავტომობილის კონფისკაცია, როგორც კონტრაბანდის ჩადენის საშუალება. განმცხადებლის შვილმა სასამართლოს გადაწყვეტილება მხოლოდ ავტომობილის ჩამორთმევის ნაწილში გაასაჩივრა.

სააპელაციო სასამართლომ ძალაში დატოვა სასამართლოს ბრძანება კონფისკაციასთან მიმართებაში შემდეგ გარემოებებზე დაყრდნობით: ავტომობილი ჩამოერთვა საბაჟო კოდექსის საფუძველზე, რომლის მიხედვით, კონტრაბანდა, რომელიც აკრძალულ საქონელს მოიცავს, იწვევს სატრანსპორტო საშუალების ჩამორთმევას, ავტომობილი გამოყენებული იყო სერიოზული დანაშაულის ჩადენის მიზნით.

საფრანგეთის საბაჟო კოდექსის 326-ე მუხლის მე-3 პუნქტის მიხედვით, საავტომობილო საშუალება კეთილსინდისიერ მესაკუთრეს უნდა დაუბრუნდეს, თუ ის სამართალდამრღვევს გადაეცა ლიზინგის, საიჯარო ან გადაზიდვის ხელშეკრულების საფუძველზე. რესტიტუცია ითვალისწინებს ჩამორთმეული საავტომობილო საშუალების შენახვისთვის განეული ხარჯების ანაზღაურებას. საკასაციო სასამართლოს სისხლის სამართლის განყოფილებამ კიდევ უფრო გააფართოვა საბაჟო კოდექსის 326-ე მუხლის მე-3 პუნქტი და დაადგინა, რომ კეთილსინდისიერ

¹ C.M. v. France, 28078/95, 26.06.2001.

მესაკუთრეს ხელშეკრულების არარსებობისა და აკრძალული ტრანსპორტირებული საქონლის შემთხვევაშიც აქვს ჩამორთმეული სატრანსპორტო საშუალების დაბრუნების უფლება.

5.2. ევროპული სასამართლოს შეფასება

განმცხადებელი ევროპული სასამართლოს წინაშე აცხადებდა, რომ მის მიმართ დაირღვა 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლი, რადგან მისი კუთვნილი ავტომობილი ჩამორთმეულ იქნა იმ დანაშაულისთვის, რომლის ჩადენაში მას არ მიუღია მონაწილეობა. აგრეთვე, აღნიშნავდა, რომ საბაჟოს წარმომადგენლების მიერ ავტომობილის კონფისკაციით, მას ჩამოერთვა საკუთრების უფლება, ხოლო ავტომობილის დასაბრუნებლად 3,000 ფრანგული ფრანკის დაკისრებით, მოხდა საკუთრების უფლების გადაცემა.

ევროპული სასამართლოს განმარტებით, საკუთრების უფლების გადაცემა ხდება მაშინ, როდესაც მესაკუთრეს ეკრძალება ჩამორთმეული ქონების უკან დაბრუნება. ამდენად, ევროპული სასამართლოს მოსაზრებით, განმცხადებლისთვის ავტომობილის ჩამორთმევამ გამოიწვია არა საკუთრების უფლების გადაცემა, არამედ საკუთრებით სარგებლობის დროებითი შეზღუდვა. საბაჟოს თანამშრომლების მიერ ავტომობილის ჩამორთმევა, ხოლო შემდეგ მისი დაბრუნების უზრუნველსაყოფად გადასახადის დაწესება, მიზნად ისახავდა აკრძალული ნარკოტიკის საფრანგეთში შეტანის პრევენციას. ევროპული სასამართლო აღნიშნავს, რომ იმ საკუთრების კონფისკაცია, რომელიც არალეგალური საქმიანობისთვის გამოიყენება, განსაკუთრებით ნარკოტიკებით ვაჭრობა, აუცილებელი და ეფექტური საშუალებაა მის აღსაკვეთად. ანალოგიური შეიძლება ითქვას, მესამე პირების საკუთრებაში არსებული ქონების მიმართ კონფისკაციის განხორციელებამაც. მოცემულ შემთხვევაში, ევროპული სასამართლოს გადანყვეტილებით, სამართლიანი ბალანსი იქნა მიღწეული, რადგან საბაჟო კოდექსის 326-ე მუხლის მე-3 პუნქტი აკმაყოფილებდა 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ელი მუხლის მოთხოვნებს.

გარდა ზემოხსენებულისა, ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ საფრანგეთის საკსასაციო სასამართლოს მიერ დამკვიდრებული პრაქტიკის მიხედვით, განმცხადებელს, როგორც კეთილსინდისიერ

მესაკუთრეს, სამოქალაქო სარჩელის შეტანის უფლება ჰქონდა რაიონულ სასამართლოში, რაც მან არ გააკეთა და აქედან გამომდინარე, მის მიერ შიდასახელმწიფოებრივი საშუალებები არ იქნა ამოწურული. დაუსაბუთებლობის საფუძვლით, ევროპულმა სასამართლომ განაცხადი დაუშვებლად ცნო.

მოცემულ საქმეზე სასამართლოს მსჯელობიდან მნიშვნელოვანია შემდეგი საკითხები:

- საკუთრების უფლების გადაცემა ხდება მაშინ, როდესაც მესაკუთრეს ეკრძალება ჩამორთმეული ქონების უკან დაბრუნება;

- იმ საკუთრების კონფისკაცია, რომელიც არალეგალური საქმიანობისთვის გამოიყენება, განსაკუთრებით ნარკოტიკებით ვაჭრობა, აუცილებელი და ეფექტური საშუალებაა მის აღსაკვეთად. ანალოგიური შეიძლება ითქვას, მესამე პირების საკუთრებაში არსებული ქონების მიმართ კონფისკაციის განხორციელებაზეც.

6. არკური და სხვები იტალიის წინააღმდეგ¹

6.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

განმცხადებლებს წარმოადგენენ იტალიის მოქალაქეები როკო არკური (პირველი განმცხადებელი) და მისი ოჯახის წევრები (მეუღლე, ვაჟი და გერი).

როკო არკურის მიმართ არსებობდა ეჭვი კრიმინალური ორგანიზაციის წევრობაზე, რომელიც ნარკოტიკებით ვაჭრობას უკავშირდებოდა. ტურიზის პროკურატურამ მის მიმართ დაიწყო სისხლისსამართლებრივი დევნა და მოითხოვა მისი და მისი ოჯახის საკუთრებაში არსებულ ქონებაზე ყადაღის დადება. ტურიზის რაიონულმა სასამართლოს სპეციალურმა განყოფილებამ ბრძანება გასცა, რომ ყადაღა დაედოთ 8 სატრანსპორტო საშუალებაზე, რამდენიმე მიწის ნაკვეთსა და ბინებზე. წარდგენილი მტკიცებულებების ანალიზის საფუძველზე, ტურიზის რაიონული სასამართლო მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ პირველი განმცხადებლის დიდალი ქონების ნაწილი უკანონო გზით იყო

¹ Arcuri & Three others v. Italy, 52024/99, 05.07.2001.

შეძენილი, კერძოდ, ცრუ გაკოტრებით, მევახშეობით, ბრილიანტების არალეგალური ვაჭრობით და გამოუსადეგარი ჩეკებით. ამასთანავე, პირველ განმცხადებელს არ წარმოუდგენია ქონების კანონიერების დამამტკიცებელი საბუთები. მას ქონების ნაწილი ოჯახის წევრებზე ჰქონდა გაფორმებული. სააპელაციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ პირველი განმცხადებლის ოჯახის ქონება კრიმინალური საქმიანობის შედეგად იყო შეძენილი.

იტალიაში მოქმედი 1965 წლის აქტის მიხედვით, თუ პირი ეჭვმიტანილია მათთვის მსგავს ორგანიზაციასთან კავშირში, რაიონულ სასამართლოს უფლება აქვს, მიიღოს დასაბუთებული გადაწყვეტილება ამ პირის პირდაპირ ან არაპირდაპირ მფლობელობაში არსებული ქონების დაყადაღების თაობაზე, თუ საქმეში საკმარისი ირიბი მტკიცებულებებია, როგორიცაა, მაგალითად, თვალშისაცემი განსხვავება პირის ცხოვრების სტილსა და დეკლარირებულ შემოსავალს შორის, ხოლო შეძენილი ქონება უკანონო წარმომავლობაზე მეტყველებს. პრევენციულ ზომებთან ერთად, რაიონულ სასამართლოს შეუძლია მოახდინოს უკანონო გზით შეძენილი ქონების კონფისკაცია.

განმცხადებლები აცხადებდნენ, რომ პრევენციული კონფისკაციის გამოყენები მოხდა, მათ შორის, 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის დარღვევა.

6.2. ევროპული სასამართლოს შეფასება

ევროპული სასამართლო ადასტურებს განმცხადებლების საკუთრებით მშვიდობიან სარგებლობის უფლებაში ჩარევას. იგი აღნიშნავს, რომ კონფისკაციას დაექვემდებარა ის ქონება, რომელიც იტალიის სასამართლოების მიერ მიჩნეული იყო უკანონო გზით შეძენილად და მათი გამოყენება, საზოგადოების საზიანოდ, სარგებელს მოუტანდა პირველ განმცხადებელს ან იმ კრიმინალურ ორგანიზაციას, რომლის წევრობაშიც ის იყო ეჭვმიტანილი. შესაბამისად, ევროპული სასამართლო აღნიშნავს, რომ კონფისკაცია მიზნად ისახავდა უკანონო ქონების გამოყენების აღკვეთას, რომლის კანონიერი წარმოშობის საფუძვლები არ დასტურდებოდა. ასეთი ჩარევა საყოველთაო ინტერესის დაცვით იყო განპირობებული. კონფისკაცია დანაშაულის პრევენციის პოლიტიკის შემადგენელი ნაწილია. აქედან გამომდინარე, კანონმდებელს უნდა

ჰქონდეს თავისუფალი შეფასების ფარგლები, იმ პრობლემების მიმართ, რომლებიც ზეგავლენას ახდენს საჯარო ინტერესზე და საჭიროებს კონტროლის შესაბამისი მექანიზმების არსებობას. იტალიაში ორგანიზებული დანაშაულის პრობლემამ შემაშფოთებელ დონეს მიაღწია. ამ ორგანიზაციების მიერ უკანონო საქმიანობის შედეგად უზარმაზარი მოგების მიღება ეწინააღმდეგება სამართლებრივ სახელწიფოს. ამ ეკონომიკური ძალის დასამარცხებლად მიღებული ზომები, მათ შორის, კონფისკაცია, კრიმინალური ორგანიზაციების წინააღმდეგ ბრძოლაში არსებით მნიშვნელობას იძენს. მოცემულ საქმეზე, ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ საკუთრებით მშვიდობიანი სარგებლობის უფლებაში ჩარევა ლეგიტიმური მიზნის პროპორციულია. სასამართლომ განაცხადი დაუშვებლად ცნო.

წინამდებარე საქმეზე, ევროპული სასამართლოს მსჯელობიდან საყურადღებოა შემდეგი საკითხები:

- კონფისკაცია დანაშაულის პრევენციის პოლიტიკის შემადგენელი ნაწილია. აქედან გამომდინარე, კანონმდებელს უნდა ჰქონდეს თავისუფალი შეფასების ფარგლები, იმ პრობლემების მიმართ, რომლებიც ზეგავლენას ახდენს საჯარო ინტერესზე და საჭიროებს კონტროლის შესაბამისი მექანიზმების არსებობას;

- იტალიაში ორგანიზებული დანაშაულის პრობლემამ შემაშფოთებელ დონეს მიაღწია. კრიმინალური ორგანიზაციების მიერ უკანონო საქმიანობის შედეგად უზარმაზარი მოგების მიღება ეწინააღმდეგება სამართლებრივ სახელწიფოს. ამ ეკონომიკური ძალის დასამარცხებლად მიღებული ზომები, მათ შორის, კონფისკაცია, კრიმინალური ორგანიზაციების წინააღმდეგ ბრძოლაში არსებით მნიშვნელობას იძენს.

7. ეარ კანადა გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ¹

7.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

კომპანია „ეარ კანადის“ თვითმფრინავის ბორტზე დიდი რაოდენობის ნარკოტიკის იმპორტირების არაერთი შემთხვევის დაფიქსირების შემდეგ, საბაჟოსა და აქციზის ორგანომ წერილობით მიმართა „ეარ კანადას“ და გააფრთხილა, რომ, თუ თვითმფრინავში ისევ აღმოჩნდებოდა არალეგალური საქონელი, მოხდებოდა თვითმფრინავის კონფისკაცია და სანქციის სახით დაწესდებოდა ფულადი ჯარიმა. მანამდე ჩადენილი უსატრთხოების წესების დარღვევისთვის კი, „ეარ კანადას“ დაეკისრა ფულადი ჯარიმები. როდესაც „ეარ კანადის“ თვითმფრინავი ახორციელებდა რეისს მიმართულებით სინგაპური-ტორონტო, გზად დაეშვა ლონდონის ჰითროუს აეროპორტში, სადაც მის ერთ-ერთ კონტეინერში აღმოჩნდა 331 კგ. კანაფი. საბაჟოსა და აქციზის კომისრებმა, დროებით ჩამოართვეს მესაკუთრეს თვითმფრინავი და 50,000 გირვანქა სტერლინგის ოდენობის ფულადი თანხის გადახდამდე არ დაუბრუნეს.

შიდასახელმწიფოებრივი საშუალებების, კერძოდ, საბაჟოსა და აქციზის კომისრების გადაწყვეტილების პირველი ინსტანციისა და სააპელაციო სასამართლოში გასაჩივრების შემდეგ, კომპანია „ეარ კანადამ“ განაცხადით მიმართა ევროპულ სასამართლოს. იგი აცხადებდა, რომ თვითმფრინავის დროებითი ხასიათის ჩამორთმევამ და მის დასაბრუნებლად ფულადი თანხის დაწესებამ, გამოიწვია საკუთრების უფლების ჩამორთმევა და, *inter alia*, 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლით გარანტირებული საკუთრებით მშვიდობიანი სარგებლობის უფლების დარღვევა.

7.2. ევროპული სასამართლოს შეფასება

ევროპულმა სასამართლომ წინამდებარე შემთხვევა შეაფასა როგორც საკუთრებით სარგებლობის უფლების შეზღუდვა, ვინაიდან

¹ Air Canada v. The United Kingdom, 18465/91, 05.05.1995.

საკუთრების უფლება არ გადასცემია სახელმწიფოს. გარდა ამისა, მან აღნიშნა, რომ ფულის გადახდის სანაცვლოდ თვითმფრინავის განთავისუფლება მიზნად ისახავდა სამომავლოდ, გაერთიანებულ სამეფოში ნარკოტიკული საშუალებების შეტანის თავიდან აცილებას. ამასთანავე, სასამართლომ აღნიშნა, რომ საბაჟოსა და აქციზის კომისრების მიერ გატარებული ღონისძიებები საგამონაკლისო ხასიათს ატარებდა და ორიენტირებული იყო კომპანიის უსაფრთხოების პროცედურების გაუმჯობესებაზე. ევროპულმა სასამართლომ, ასევე, განაცხადა, რომ თვითმფრინავის გასათავისუფლებლად დაწესებული 50,000 გირვანქა სტერლინგის ოდენობის ფულადი თანხა იყო გაერთიანებულ სამეფოში აკრძალული ნარკოტიკული საშუალებების იმპორტის პრევენციის მიზნის პროპორციული და სამართლიანი ბალანსის უზრუნველყოფი. შესაბამისად, ევროპულმა სასამართლომ არ დაადგინა 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის დარღვევა.

წინამდებარე საქმეზე ევროპული სასამართლოს მსჯელობიდან გასათვალისწინებელია შემდეგი საკითხები:

- არაერთი გაფრთხილებისა და ფულადი სასჯელების დაწესების მიუხედავად, აკრძალული დანაშაულის საგნის, კანაფის, გაერთიანებულ სამეფოში შეტანას, შედეგად მოჰყვა დანაშაულის საგნის კონფისკაცია, ხოლო დანაშაულის იარაღის, თვითმფრინავის, დროებით დაკავება, რომელიც მესაკუთრეს უკან დაუბრუნდა ფულადი თანხის გადახდის შემდეგ;

- საკუთრების უფლების ჩამორთმევას მაშინ აქვს ადგილი, როცა ხდება საკუთრების სახელმწიფოსთვის გადაცემა. საკუთრების დროებითი დაკავების ან დაყადაღების შემთხვევაში ხდება საკუთრებით სარგებლობის უფლების შეზღუდვა.

8. ჰენდისაიდი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ¹

8.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

განმცხადებელი რიჩარდ ჰენდისაიდია, საგამომცემლო ფირმის მესაკუთრე, რომელმაც გამოაქვეყნა - „პატარა წითელი სახელმძღვანელო“. გამოქვეყნებული წიგნი შეიცავდა უხამსი შინაარსის მქონე მასალას, გააჩნდა ზნედაცემისა და გარყვნის ტენდენცია, რის გამოც თავდაპირველად მოხდა წიგნების სამოქალაქო ბრუნვიდან ამოღება, ხოლო შემდეგ, სასამართლოს ბრძანების საფუძველზე, მათი კონფისკაცია და განადგურება. ამასთანავე, განმცხადებელს დაეკისრა ფულადი ჯარიმისა და სხვა ხარჯების გადახდა. განმცხადებელმა მიმართა ევროპულ სასამართლოს, რომელიც, მათ შორის, აპელირებდა 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის დარღვევაზე.

8.2. ევროპული სასამართლოს შეფასება

ევროპული სასამართლო აღნიშნავს, რომ ევროპული კონვენციის ხელშემკვრელ სახელმწიფოებში არ არსებობს ერთგვაროვანი ევროპული კონცეფცია, საერთო კონსენსუსი მორალის შესახებ. თავიანთი ქვეყნის რეალიებთან პირდაპირი და უწყვეტი კონტაქტის წყალობით, სახელმწიფო ხელისუფლება უკეთეს მდგომარეობაშია, ვიდრე საერთაშორისო მოსამართლე, გამოთქვას მოსაზრება ამ მოთხოვნების ზუსტი შინაარსის, ისევე, როგორც „შეზღუდვების“ და „სანქციების“ (საკუთრების დაყადაღება, კონფისკაცია) „აუცილებლობის“ თაობაზე. შესაბამისად, უფლებამოსილ ინგლისელ მოსამართლეებს, თავიანთი სასამართლო მიხედულების განხორციელებისას, უფლება ჰქონდათ ეფიქრათ, რომ სახელმძღვანელო ზიანის მომტანი იქნებოდა. ამასთანავე, ევროპული სასამართლო განმარტავს, რომ სახელმძღვანელოს ჩამორთმევა და განადგურება წარმოადგენდა განსაზღვრული ქონების მესაკუთრეობის სამუდამო აღკვეთას. თუმცა, 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, საგნები, რომელთა

¹ Handyside v. The United Kingdom, 5493/75, 07.12. 1976.

გამოყენებას კანონით გამოცხადებულია აკრძალულად და საჯარო ინტერესებისთვის საშიშად, ექვემდებარება ჩამორთმევას მათი განადგურების მიზნით. შესაბამისად, 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლის დარღვევას ადგილი არ ჰქონია.

წინამდებარე საქმეზე, ევროპული სასამართლოს მსჯელობისას გასათვალისწინებელია შემდეგი საკითხები:

- ევროპული კონვენციის ხელშემკვრელ სახელმწიფოებში არ არსებობს ერთგვაროვანი ევროპული კონცეფცია, საერთო კონსენსუსი მორალის შესახებ. თავიანთი ქვეყნის რეალიებთან პირდაპირი და უწყვეტი კონტაქტის წყალობით, სახელმწიფო ხელისუფლება უკეთეს მდგომარეობაშია, ვიდრე საერთაშორისო მოსამართლე, გამოთქვას მოსაზრება მორალის ზუსტი შინაარსის, ისევე, როგორც „შეზღუდვებისა“ და „სანქციების“ (საკუთრების დაცვა, კონფისკაცია) „აუცილებლობის“ თაობაზე.

- სახელმძღვანელოს ჩამორთმევა და განადგურება წარმოადგენს ქონების მესაკუთრეობის სამუდამო აღკვეთას, თუმცა, საგნები, რომელთა გამოყენებას კანონით გამოცხადებულია აკრძალულად და საჯარო ინტერესებისთვის საშიშად, ექვემდებარება ჩამორთმევას მათი განადგურების მიზნით.

9. მიუღერი და სხვები შვეიცარიის წინააღმდეგ¹

9.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და შიდასახელმწიფოებრივი განხილვის შედეგი

ჯოზეფ ფელიქს მიულერმა სამი ღამის განმავლობაში შექმნა 3 ნახატი სახელწოდებით - „სამი ღამე, სამი სურათი“, რომლებიც უხამსი მასალის გამოქვეყნებისა და მოსახლეობის დიდი ნაწილის აშკარად მორალური შეურაცხყოფის გამო იქნა ჩამორთმეული, ხოლო დაკისრებული ფულადი ჯარიმა შეადგენდა 300 შვეიცარიულ ფრანკს. კონფისკაციას დაქვემდებარებული ნამუშევრები უნდა გადასცემოდა ფრიბურგის კანტონის ხელოვნებისა და ისტორიის მუზეუმს შესანახავად და

¹Muller and others v. Switzerland, 10737/84, 24.05.1988.

მხოლოდ მცირე რაოდენობის სერიოზული სპეციალისტებისთვის ყოფილიყო ხელმისაწვდომი.

შვეიცარიის სისხლის სამართლის კოდექსის 204-ე მუხლის მიხედვით:

„1. ნებისმიერი პირი, ვინც ვაჭრობის, გავრცელების ან საჯაროდ ჩვენების მიზნით, ამზადებს ან თავის მფლობელობაში გააჩნია რაიმე წერილობითი მასალა, სურათი, ფილმი ან სხვა საგანი, რომელიც უხამსია, ან ვინც ზემოაღნიშნული მიზნებით ეწევა ასეთი საგნების იმპორტს, ტრანსპორტირებას ან ექსპორტს, ან მიაქცევს მათ ბრუნვაში ამა თუ იმ ფორმით... ისჯება პატიმრობით ან ჯარიმით.

3. სასამართლო გასცემს საგნების განადგურების ბრძანებას.“

1963 წელს ფედერალურმა სასამართლომ დაადგინა, რომ 204-ე მუხლის მიზნებისათვის, თუ უხამსი საგანი წარმოადგენდა უდავო კულტურულ ინტერესს, საკმარისი იყო ძირითადი საზოგადოების ხელმისაწვდომობიდან მისი ამოღება „განადგურების“ მიზნით.

9.2. ევროპული სასამართლოს შეფასება

შვეიცარიის სასამართლოებმა მიიჩნიეს (როგორც კანტონის დონეზე, პირველ ინსტანციისა და სააპელაციო სასამართლოებში, ისე ფედერალურ დონეზე), რომ ნახატებში უხეში ფორმით იყო გამოსახული სექსუალური ურთიერთობა მამაკაცსა და ცხოველს შორის, რასაც ევროპული სასამართლოც დაეთანხმა. ამასთანავე, ევროპული სასამართლოს მოსაზრებით, თავისუფალი შეფასების ფარგლებში, შვეიცარიის სასამართლოებს შეეძლოთ მიეჩნიათ, რომ მორალის დასაცავად ნახატების კონფისკაცია „აუცილებელი“ იყო.

წინამდებარე საქმეზე სასამართლოს მსჯელობისდან გასათვალისწინებელია, რომ ხელოვნების ნიმუშის მორალურ-ამორალური ხასიათის განსაზღვრისას გადამწყვეტია საკუთრივ სახელმწიფოს მიდგომა (*mutatis mutandis* ჰენდისაიდი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ).

II. აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკა¹

1974 წელს აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ დაადასტურა ქონების კონფისკაციის კონსტიტუციურობა საქმეში „კალერო-ტოლედო პირსონ იახტის ლიზინგის კომპანიის წინააღმდეგ“ (Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Company). იახტის ბორტზე მარიხუანას სიგარეტის აღმოჩენისას, სახელმწიფოს კომპეტენტურმა პირებმა მოახდინეს იახტის დაყადაღება და კონფისკაცია. აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ უდანაშაულო მესაკუთრისთვის ქონების კონფისკაცია ნაკარნახევი იყო ქონების შემდგომი უკანონო გამოყენების პრევენციის საჯარო ინტერესით. გამომდინარე იქიდან, რომ ქონების კონფისკაცია ხორციელდება in rem უსულო საგნის წინააღმდეგ, იახტა, „სამართალდამრღვევად“ იქნა მიჩნეული, ხოლო მესაკუთრის შესაძლო უდანაშაულობამ უკვე მეორეხარისხოვანი ადგილი დაიკავა.

საქმეში „ბენისი მიჩიგანის წინააღმდეგ“ (Bennis v. Michigan) აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ მართლზომიერად ჩათვალა იმ ავტომობილის კონფისკაცია, რომელიც ცოლ-ქმრის თანასაკუთრებას წარმოადგენდა, ხოლო ქმარმა ის მეძავთან კავშირის დასამყარებლად გამოიყენა. მოქმედი სამართალი ითვალისწინებდა საკუთრების ჩამორთმევას, რომელიც საზოგადოებრივი წესრიგის წინააღმდეგ იყო მიმართული. უზენაესი სასამართლოს მოსაზრებით, მოცემულ შემთხვევაში, მანქანა წარმოადგენდა საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევის საშუალებას და ამდენად, ექვემდებარებოდა ჩამორთმევას.

¹ Walt Aj Van der, Civil Forfeiture of Instrumentalities and Proceeds of Crime and the Constitutional Property clause, South African Journal on Human Rights, Volume 16, Issue 1, 2000, 14-18.

III. ლიტვის საკონსტიტუციო სასამართლოს პოზიცია¹

ლიტვის ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 26-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად, მხოლოდ სამართალდამრღვევის კუთვნილი საგანი ექვემდებარება ჩამორთმევას, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც საგანი ან იარაღი ადმინისტრაციული სამართალდარღვევის ჩადენის საშუალებაა. ჩამორთმეული სამართალდარღვევის იარაღი ან საგანი უსასყიდლოდ გადაეცემა სახელმწიფოს საკუთრებაში.

განურჩევლად მესაკუთრისა, კონტრაბანდული საქონლის გადატანამ შეიძლება გამოუსწორებელი ზიანი მიაყენოს ლიტვის რესპუბლიკის ეკონომიკასა და ფინანსურ სისტემას და საფრთხე შეუქმნას ადამიანების სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას. ამიტომ, ლიტვის ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსი, კონტრაბანდის მიმართ ითვალისწინებს კუმულაციურ სანქციას: ძირითად სანქციად დაჯარიმებას, ხოლო დამატებით სანქციად კონტრაბანდული საგნების კონფისკაციას როგორც სატრანსპორტო, ისე მისი დასამალი საშუალების. არალეგალურად იმპორტირებული საქონელი თანაბრად საზიანოა სახელმწიფოსა და საზოგადოების ინტერესებისთვის, ამიტომ კანონმდებლის მიერ დამატებით სანქციად დაწესებული კონტრაბანდის საგნის ჩამორთმევა, დასახული მიზნის პროპორციულია.

როდესაც მესაკუთრე დროებით მფლობელობაში გადასცემს საკუთრებას სხვა პირს, ყოველთვის არის რისკი იმისა, რომ დროებითი მფლობელი საკუთრების ობიექტს არაკანონიერი მიზნებისთვის გამოიყენებს ან დააზიანებს, დაკარგავს ან გაანადგურებს მას. თუ პირი საკუთრებაში გადაცემულ ობიექტს (მანქანას) კონტრაბანდისთვის გამოიყენებს, მიუხედავად მისი მესაკუთრის უდანაშაულობისა, არაბრალეულობისა, სახელმწიფოს გადაეცემა საკუთრებაში. მესაკუთრე ვეღარ დაიბრუნებს სახელმწიფოს სასარგებლოდ გადაცემულ საგანს, რადგან

¹ ხელმისაწვდომია: <<http://www.lrkt.lt/dokumentai/1997/n710408a.htm>> [12.02.2022]. ასევე, იხ. ამირანაშვილი გ., კანონიერ მფლობელობაში არსებული დანაშაულის საგნის კონფისკაცია - კონსტიტუციური და საერთაშორისო სტანდარტები, ადამიანის უფლებათა დაცვა: მიღწევები და გამოწვევები, სტატიათა კრებული, კ. კორკელიას რედაქტორობით, თბილისი, 2012, 21-22.

ეს უკანასკნელი მისი ლეგიტიმური მესაკუთრე ხდება. მესაკუთრეს შეუძლია სამართალდამრღვევ დროებით მფლობელს მოსთხოვოს მიყენებული ზიანის ანაზღაურება. განსხვავებულად წყდება საკითხი, როდესაც მესაკუთრის ნებისგან დამოუკიდებლად მოხდა საკუთრების გასვლა და სამართალდამრღვემა ჩაიდინა კონტრაბანდა. ამ შემთხვევაში, მესაკუთრეს აქვს უფლება, რომ კეთილსინდისიერ შემძენს მოსთხოვოს მისი უკან დაბრუნება.

დასკვნა

საკუთრების უფლება ადამიანის თანდაყოლილი, ბუნებითი უფლებაა, რომელიც არ არის აბსოლუტური ხასიათის მატარებელი. ევროპული კონვენციის 1-ლი დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლი, სამ ურთიერთდაკავშირებულ წესს ამკვიდრებს, სახელდობრ, საკუთრებით მშვიდობიანი სარგებლობის უფლებას და მასში ჩარევის 2 საფუძველს, საკუთრების ჩამორთმევასა და საკუთრებით სარგებლობაზე კონტროლს. სახელმწიფოებს აქვთ ფართო დისკრეცია, შეფასების თავისუფლების ფარგლები (margin of appreciation) თავად განსაზღვრონ საკუთრების ჩამორთმევისა და საკუთრებით სარგებლობაზე კონტროლის მარეგულირებელი წესები. თუმცა, სახელმწიფოს მიერ გამოყენებული საშუალება უნდა იყოს საჯარო, ანუ საყოველთაო ინტერესის პროპორციული. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ადგილი ექნება საკუთრების უფლებაში გაუმართლებელ ჩარევას. საჯარო ინტერესი აბსტრაქტული სამართლებრივი მოცემულობაა, რომელიც განიცდის ევოლუციას. იგი კონკრეტულ შინაარსს საგარეო და საშინაო ასპარეზზე მიმდინარე გამოწვევების, ასევე, პოლიტიკური, ეკონომიკური და სოციალური მოთხოვნილებების შესაბამისად იძენს, რაც შემდეგ ნორმატიულ ბაზაში ჰპოვებს ასახვას.

თანამედროვე გადმოსახედიდან, ქონების კონფისკაცია დანაშაულთან ბრძოლის ერთ-ერთ საშუალებად არის მიჩნეული (მაგალითად, იგულისხმება ფულის გათეთრება, ნარკოტიკებით ვაჭრობა, ორგანიზებული დანაშაულები, კონტრაბანდა და სხვა სერიოზული ხასიათის დანაშაულები). კონფისკაცია ერთდროულად მოიცავს საკუთრების ჩამორთმევასა და საკუთრებით სარგებლობაზე კონტროლის ელემენტებს. ევროპული სასამართლოს იურისპრუდენციაში დანაშაულის საგ-

ნისა და იარაღის კონფისკაციის მიმართ დანერგილი არაერთგვაროვანი სტანდარტების მიუხედავად, ზოგადი კონტურების გამოკვეთა მაინც არის შესაძლებელი. კონფისკაციის გამოყენების შესაძლო გამომრიცხველი გარემოებებია სახეზე, თუ: 1. საკუთრება კანონიერი გზით არის შეძენილი, რაც წარდგენილი დოკუმენტაციით დასტურდება; 2. საკუთრების იმპორტი არ არის ქვეყნის კანონმდებლობით აკრძალული; 3. საკუთრების დანაშაულებრივი მიზნით გამოყენების ეჭვი არ წარმოიშობა; 4. პირს არ აქვს კრიმინალური წარსული და 5. დარღვევას მატერიალური ზიანი არ მიუყენებია სახელმწიფოსთვის. კონფისკაციის გამოყენების შესაძლო განმაპირობებელი გარემოებებია: მაფიის მსგავსი ორგანიზაციის წევრობაში ეჭვმიტანილი პირების საკუთრების უკანონო გზით მოპოვების პრეზუმფცია; საქონლის იმპორტის სახელმწიფოს კანონმდებლობით აკრძალვა და არალეგალური საქმიანობის გაგრძელებაზე გონივრული ეჭვის არსებობა.

ამასთან, მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ ევროპული სასამართლო დანაშაულის საგნისა და იარაღის ჩამორთმევას, რომლის მესაკუთრესაც დანაშაულის ჩადენაში ბრალი არ მიუძღვის, იმ შემთხვევაში მიიჩნევს დასაშვებად, თუ ქონება ბმამია დანაშაულებრივ საქმიანობასთან (სამოქალაქო ბრუნვიდან გასულია, ახალი დანაშაულის ჩადენა გარდაუვალია და ა.შ.), ხოლო, თუ ამგვარი საქმიანობისგან მოწყვეტილია, ქონების რესტიტუციის ან/და ფულადი კომპენსაციის შესაძლებლობას ითვალისწინებს.

ევროპული კონვენციის ხელშემკვრელ სახელმწიფოებში უსაფრთხო, არასაშიში კონტრაბანდული ქონების უკან დაბრუნების საკითხის გადანაცვეტისას (მესაკუთრის მონაწილეობის/ბრალის ხარისხის გათვალისწინებით) სხვადასხვა სტანდარტი გამოიყენება. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ ამ კუთხით არ არსებობს საერთო პრაქტიკა და სახელმწიფოს მიხედულებაზეა დამოკიდებული საკითხის გადანაცვეტა, რომელიც პროპორციულობის ჩარჩოში უნდა ექცეოდეს.

გამომდინარე იქიდან, რომ ევროპული სასამართლოს გადანაცვეტის პრეცედენტული ძალა აქვს, მიზანშეწონილია, რომ საქართველოს სასამართლოებმა მხედველობაში მიიღონ ევროპული სასამართლოს ფორმატში შემუშავებული უფლების დარღვევა-არდარღვევის

დამდგენი შეფასებითი შკალა, რადგან ანალოგიური საქმის განხილვისას, ალბათობის მაღალი ხარისხით, საქართველოს მიმართაც იმავე ხასიათის გადაწყვეტილება იქნება მიღებული. გარდა ამისა, პროცესში წაგებულ მხარეს რომ არ დარჩეს უსამართლობისა და სასამართლოს მიერ „სახელმწიფო და საზოგადოებრივი აუცილებლობის“ განმარტების დისკრეციის ბოროტად გამოყენების განცდა, მიზანშეწონილია, რომ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში სასამართლომ სახელდებით განსაზღვროს, თუ ლეგიტიმური მიზნის რომელი კომპონენტის საპიროვნოდ გადაიწონა ინდივიდის კერძო ინტერესი.

მეწარმე იურიდიული პირის დირექტორის პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები

ზურაბ ლორია*

შესავალი

დირექტორის როლი საზოგადოების წინაშე ძალიან დიდია. კომპანია რომ გადარჩეს, უნდა უზრუნველყოს მოგების გენერირება გრძელვადიან პერსპექტივაში.¹ მომგებიანობის უზრუნველყოფა წარმოადგენს მნიშვნელოვან საბოლოო მიზანს.² ამ მიზნის მისაღწევად აუცილებელია შესაბამისი მართველი, რომელიც ეფექტურად მართავს წარმოშობილ რისკებს და იღებს რაციონალურ გადაწყვეტილებებს.³ რაციონალური გადაწყვეტილება თავისთავში გულისხმობს სათანადო ინფორმაციაზე დაყრდნობით მიღებულ გადაწყვეტილებას, რომელიც გამოკვლეული და შესწავლილი უნდა იყოს.⁴ ცხადია, კომპანია თვითონ, სათანადო ხელმძღვანელის გარეშე ყოველდღიურ რეჟიმში ვერ მიიღებს ასეთ გადაწყვეტილებებს, ვერც პარტნიორთა კრება და ვერც სხვა მაკონტროლებელი ორგანოები, ამიტომ დირექტორის მნიშვნელობა ყოველდღიურ საქმიანობაში შეუცვლელია, რომელიც გონების და ტვინის ფუნქციას ასრულებს.⁵

* სამართლის მაგისტრი.

¹ ცერცვაძე ლ., დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 130.

² იქვე, 130.

³ Mantysaari P., Organising the Firm, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012, Berlin, 44-45.

⁴ იქვე, 46.

⁵ ცერცვაძე ლ., დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 130.

1. დირექტორის პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები

საზოგადოების მართვისას დირექტორს წარმოეშვება მოვალეობები, რომელიც საკმაოდ ფართო ცნებაა და ბევრ საკითხს მოიცავს. მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 50-ე მუხლი განსაზღვრავს ვალდებულებებს, რომ ხელმძღვანელი პირი ვალდებულია სამეწარმეო საზოგადოების საქმეებს გაუძღვეს მართლზომიერად და კეთილსინდისიერი ხელმძღვანელის გულისხმიერებით, კერძოდ, მასზე ისე ზრუნავდეს, როგორც ანალოგიურ პირობებში უნდა ეზრუნა/ემოქმედა ჩვეულებრივ, საღად მოაზროვნე პირს, იმ რწმენით, რომ მისი ეს მოქმედება სამეწარმეო საზოგადოებისთვის ეკონომიკურად ყველაზე ხელსაყრელია. თუ ისინი არ შეასრულებენ ამ მოვალეობას, საზოგადოების წინაშე წარმოშობილი ზიანისთვის პასუხს აგებენ სოლიდარულად, მთელი თავისი ქონებით, პირდაპირ და უშუალოდ.¹ აღნიშნულიდან გამომდინარე, დირექტორს მოეთხოვება კეთილსინდისიერების, ზრუნვისა და ერთგულების მოვალეობები, რომელიც ერთ მუხლშია გაერთიანებული, რაც არასწორია, თუ რატომ არის საკითხის აღნიშნული მონეწილება არასწორი, ამას შემდეგ თავებში ეტაპობრივად განვიხილავ. ვინაიდან ზრუნვის, ერთგულებისა და კეთილსინდისიერების მოვალეობა არ შეიძლება გაერთიანებული იყოს ერთ მუხლში, აქედან გამომდინარე, აუცილებელია განისაზღვროს, თუ რა იგულისხმება ზემოთ ჩამოთვლილ თითოეულ მოვალეობაში.

1.1. კეთილსინდისიერების მოვალეობა

დირექტორის კეთილსინდისიერება ვლინდება მაშინ, როდესაც მას მიაჩნია, რომ მისი მოქმედება ნაკარნახევია საწარმოს საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარე.² დირექტორებს ვალდებულია გააჩნიათ

¹ მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონი, 50-ე მუხლი.

² ცერცვაძე ლ., დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 190.

კომპანიის და არა მისი პარტნიორების წინაშე.¹ ღირექტორის კეთილ-სინდისიერების ერთ-ერთ კრიტერიუმად შეიძლება განვსაზღვროთ კომპანიის წარმატებულობა.² თუ კომპანია წარმატებულია, ღირექტორის ქმედებები სავსებით შესაძლებელია კეთილსინდისიერად შეფასდეს. კეთილსინდისიერების მოვალეობა ითვალისწინებს ღირექტორის შინაგან რწმენას, რომ მისი თითოეული ქმედება კომპანიის საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარეობს, თუმცა პრაქტიკაში საკმაოდ რთული დასადგენია სასამართლოსთვის, რანდენად სწამდა შინაგანად ღირექტორს, რომ მისი ქმედებები კომპანიის საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარეობდა.³ ზემოთ მოცემული განსაზღვრება მაინც სუბიექტურია და გამომდინარეობს ღირექტორის რწმენისა და შეხედულებებისაგან, ამიტომ საჭიროა ობიექტური ფაქტორების შემოტანაც. ობიექტურ გარემოებად შეიძლება შეფასდეს ღირექტორის რაციონალური გადაწყვეტილება, დაფუძნებული ზუსტ და უტყუარ ინფორმაციაზე, რომელიც სათანადო გამოკვლევის და გადამოწმების შემდეგ იქნება მიღებული, მიუხედავად იმისა, სწამს თუ არა ღირექტორს თავისი მოქმედებების მართებულობის და თვლის, რომ კომპანიის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით მოქმედებს, თუ არ იქნება მისი ეს ქმედებები სათანადოდ გამოკვლეული და ინფორმირებული, ვერ ჩაითვლება კეთილსინდისიერად.⁴

როგორც, ერთ-ერთი საქმის განხილვისას სასამართლომ აღნიშნა: კეთილსინდისიერება არ შეიძლება განვიხილოთ კომპანიის საუკეთესო ინტერესების მოქმედების ერთადერთ ტესტად, რადგან სრულიად შესაძლებელია საქმე გვექონდეს კომპანიის საქმიანობის უგუნურ გაძლოლასთან, რაც ფულის არარაციონალურად ფლანგვაში გამოიხატება და ამავდროულად, ეს მოქმედება კეთილსინდისიერი იყოს.⁵

¹ იქვე, 132.

² იქვე, 193.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ იქვე, 194.

იგივე შეიძლება ითქვას, თუ რას გულისხმობს კომპანიის წარმატებულობა. კანონმდებლობა არ იძლევა წარმატების დეფინიციას და აქედან გამომდინარე, თუ რა შეიძლება შეფასდეს კომპანიის წარმატებულ საქმიანობად ღირექტორისა და კომპანიის პარტნიორების კეთილსინდისიერი განსჯის საფუძველზე უნდა დადგინდეს.¹

საინტერესოა, როგორ არის დარეგულირებული ესა თუ ის საკითხი დელავერის საკორპორაციო კანონმდებლობაში, რამდენადაც ეს უკანასკნელი მნიშვნელოვან გავლენას ახდენს არამხოლოდ ანგლო-ამერიკული, არამედ კონტინენტური ევროპის საკორპორაციო სამართალზე.² ზოგადად, დელავერის საკორპორაციო სამართალი გვიჩვენებს, რომ კეთილსინდისიერება შეიძლება განცალკევებულ მოვალეობად იქნეს განხილული ღირექტორთა სხვა მოვალეობებისგან.³ რაც შეეხება ქართულ სამართალს, აქ არ გვხვდება ნათელი გამიჯვნა კეთილსინდისიერების სხვა მოვალეობათა მიმართებაში და მხოლოდ ის ფაქტი, რომ ღირექტორებმა უნდა იმოქმედონ კეთილსინდისიერად არ არის საკმარისი ამ საკითხთან დაკავშირებით წამოჭრილ ყველა კითხვაზე პასუხის გასაცემად.⁴ კეთილსინდისიერების მოვალეობასთან დაკავშირებით არსებობს საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადანწყვეტილება, სადაც უზენაესმა სასამართლომ საქმე დაუბრუნა ხელახლა განსახილველად სააპელაციო სასამართლოს, იმის დასადგენად, თუ რამდენად კეთილსინდისიერად მოქმედებდა ღირექტორი, რომელმაც გააფორმა იჯარის ხელშეკრულება ისეთ კომპანიასთან, რომლის დამფუძნებელიც ყოფილი ღირექტორი იყო.⁵ აღნიშნულ საქმეზე საბოლოო გადანწყვეტილება არ გამოცხადებულა, თუმცა უზენაესი სასამართლოს მცდელობა შეფასდეს ღირექტორის კეთილსინდისიერება, ნამდვილად

¹ იქვე.

² ბაქაძე ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ., ჯუღელი გ., საკორპორაციო სამართალი, ლ. ცერცვაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 111.

³ იქვე, 112.

⁴ იქვე.

⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გავრცელების საქმეთა პალატის 2006 წლის 24 მარტის გადანწყვეტილება საქმეზე №ას-717-988-05.

დადებითად უნდა იქნეს აღქმული.¹ კეთილსინდისიერების მოვალეობა არ განსაზღვრავს ღირექტორთა ქმედებების მართებულობას, არამედ კეთილსინდისიერების კრიტერიუმით შესაძლებელია ღირექტორთა შინაგანი დამოკიდებულებების შეფასება.² აქედან გამომდინარე, კეთილსინდისიერების ქოლგის ქვეშ შეიძლება მოვაქციოთ რამდენიმე საკითხი, რომელიც დაგვეხმარება მისი დეფინიციის განსაზღვრაში. ესენია: მიზნის მიმართ გულწრფელობა, მოვალეობების მიმართ ერთგულება, სამართლიანი სტანდარტების დაცვა სამეწარმეო საქმიანობის განხორციელების პროცესში, კომპანიისგან მაქსიმალური სარგებლის მიღება და თავისი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების ნების არქონა.³

მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონისგან განსხვავებით, აღნიშნული საკითხი უკეთ არის მონესრიგებული ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონში, კერძოდ, 16.1 მუხლში, რომელიც განსაზღვრავს შემდეგს: ანგარიშვალდებული საწარმოს მმართველი ორგანოს წევრები თავიანთ უფლება-მოვალეობების განხორციელებისას უნდა:

ა) მოქმედებდნენ კეთილსინდისიერად;

ბ) ზრუნავდნენ ისე, როგორც ზრუნავს ანალოგიურ თანამდებობაზე და ანალოგიურ პირობებში მყოფი ჩვეულებრივი, საღად მოაზროვნე პირი;

გ) მოქმედებდნენ იმ რწმენით, რომ მათი ეს მოქმედება ყველაზე უკეთესია საწარმოსა და მისი ფასიანი ქაღალდების მფლობელთა ინტერესებისათვის⁴.

აღნიშნული ნორმიდან გამომდინარე, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ღირექტორს საწარმოს მიმართ აქვს სამი ძირითადი ვალდებულება,

¹ ბაქაქერი ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ., ჯუღელი გ., საკორპორაციო სამართალი, ლ. ცერცვაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 112.

² ცერცვაძე ლ., ღირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 196.

³ იქვე, 196.

⁴ ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონის 16.1. მუხლი.

ესენია: კეთილსინდისიერების, ზრუნვის და ერთგულების ვალდებულება.¹ ეს ვალდებულებები არის ერთმანეთისაგან დამოუკიდებელი და დირექტორის თითოეული მოქმედება უნდა შეფასდეს ინდივიდუალურად, სამივე კრიტერიუმით ცალცალკე. მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონში კეთილსინდისიერების შემადგენელ ნაწილებად მოიზრება ზრუნვის და ერთგულების მოვალეობა, რაც ცალსახათ არასწორია.² კეთილსინდისიერების ვალდებულება მხოლოდ საკორპორაციო კანონმდებლობაში არ გვხვდება, ის არის, აგრეთვე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილში, რომლის თანახმადაც, სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილენი ვალდებული არიან კეთილსინდისიერად განახორციელონ თავიანთი უფლებები და მოვალეობანი³. აქედან გამომდინარე, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ კეთილსინდისიერება სამართლის ფუძემდებლური ვალდებულებაა, რომელსაც როგორც დირექტორი, ასევე, სამართალურთიერთობის თითოეული მონაწილე უნდა ითვალისწინებდეს.

1.2. ზრუნვის მოვალეობა

მიუხედავად იმისა, რომ კეთილსინდისიერება ძალიან მნიშვნელოვანი ვალდებულებაა, დირექტორს საწარმოს წინაშე სხვა ვალდებულებებიც გააჩნია, ეს არის ზრუნვის ვალდებულება, რომელიც დირექტორის მხრიდან მოითხოვს ინფორმირებული არჩევანის გაკეთებას.⁴ გადანყვეტილების მიღებამდე დირექტორმა სათანადოდ უნდა გამოიკვლიოს საკითხი და მხოლოდ ამის შემდეგ მიიღოს შესაბამისი გადანყვეტილება. ცხადია, დღესდღეობით შეუძლებელია დირექტორს მოვთხოვოთ ყველაფრის ცოდნა და შესწავლა, ამიტომაც შესაძლებელია ინფორმაციისა თუ რჩევების მიღება მესამე პირებიდან, რა თქმა უნდა,

¹ ცერცვაძე ლ., დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 198.

² იქვე, 197.

³ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 8.3. მუხლი.

⁴ ცერცვაძე ლ., დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 136.

გონივრულობის ფარგლებში.¹ კომპანიების შესახებ ბრიტანული კანონის 172-ე ნაწილი ღირეფქტორებს აკისრებს ზოგად ვალდებულებებს, ისეთებს როგორებიცაა აქციონერების ინტერესების გათვალისწინება, აგრეთვე, თანამშრომლების, მომწოდებლების, მომხმარებლების ინტერესების გათვალისწინება.² თუმცა, აღნიშნული კანონი ღირეფქტორებს ფიდეუციურ ვალდებულებას აკისრებს კომპანიისა და აქციონერის მიმართ.³ ამავე კანონის 174-ე ნაწილი კი, დეტალურად განსაზღვრავს ღირეფქტორის ვალდებულებას სათანადო ზრუნვის შესახებ საწარმოს მიმართ, რომელიც გამოიხატება საწარმოს გულმოდგინედ მართვაში, სათანადო ცოდნისა და უნარების მეშვეობით.⁴

მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 50-ე მუხლით დგინდება, რომ ზრუნვის მოვალეობის თანახმად, ღირეფქტორები ვალდებული არიან გონივრულად და სათანადო ინფორმაციაზე დაყრდნობით მიიღონ ფინანსურად და სამართლებრივად სწორი გადაწყვეტილება, რომელიც საზოგადოებისათვის ყველაზე ხელსაყრელი უნდა იყოს.⁵ აქედან გამომდინარე, ღირეფქტორმა მაქსიმალური ძალისხმევა უნდა გამოიჩინოს, რათა მათ მიერ მიღებული გადაწყვეტილება საუკეთესო იყოს საზოგადოებისთვის, ამ მიზნის მიღწევისათვის აუცილებელია, ღირეფქტორები იყვნენ მიუკერძოებელნი, დაყრდნობა სანდო ინფორმაციასა და საუკეთესო პრაქტიკას.

ამავე მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, ღირეფქტორი სამენარმეო საზოგადოების წინაშე პასუხს აგებს კეთილსინდისიერების მოვალეობის ბრალეული დარღვევით მიყენებული ზიანისთვის და დაუშვებელია ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის შეზღუდვა წესდებით ან პარტნიორთა გადაწყვეტილებით, ღირეფქტორის მიერ აღნიშნული მოვალეობის განზრახ შეუსრულებლობისთვის. თუმცა, მითითებული მუხლის მე-4 პუნქტში განსაზღვრული კრიტერიუმების არსებობისას, შეიძლება

¹ ცერცვაძე ლ., ღირეფქტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 136.

² Companies Act 2006, Section 172.

³ Wooldrige F., Andenas M., European Comparative Company Law, New York, 2009, 271.

⁴ იქვე, 271.

⁵ მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 50-ე მუხლი.

გამოირიცხოს ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხი. საერთო კრების მიერ, თავისი კომპეტენციის ფარგლებში მიღებული გადაწყვეტილება უნდა შეასრულოს დირექტორმა, შესაბამისად, ის უნდა განთავსდეს აღნიშნული გადაწყვეტილების შესრულებიდან, გამომდინარე შესაძლო ზიანის პასუხისმგებლობიდან, რაც მიიღო სამენარმეო საზოგადოებამ. თუმცა აქაც გვხვდება გამოწვევის შემთხვევა: ხელმძღვანელ პირს დაეკისრება პასუხისმგებლობა იმ შემთხვევაში, როდესაც მან იცოდა ან უხეში გაუფრთხილებლობით არ იცოდა, რომ ამ გადაწყვეტილების მიღება ზიანს გამოიწვევდა.

მე-3 პუნქტი კი შესაძლებლობას იძლევა სადამფუძნებლო შეთანხმებით იმ სუბიექტთა წრის გაფართოებისა, რომლებსაც აქვთ საზოგადოებისთვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლება.

მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 50-ე მუხლი ეთმობა ზოგადად, ზრუნვის მოვალეობიდან გამომდინარე სტანდარტების განსაზღვრას, 51-ე მუხლი კი, უფრო სპეციალური ხასიათისაა და ადგენს ხელმძღვანელი პირის მოვალეობებს განსაკუთრებულ ვითარებაში. ვიდრე დირექტორის მოვალეობაზე გადავალთ, აუცილებელია განისაზღვროს რას გულისხმობს განსაკუთრებული ვითარება. განსაკუთრებულ ვითარებად, რომელიც საზოგადოების ხელმძღვანელ პირს დამატებით მოვალეობებს ანიჭებს, მიიჩნევა ის გარემოება, როდესაც სამენარმეო საზოგადოება გადახდისუუნაროა ან გადახდისუუნარობის საფრთხის წინაშე დგას. ასეთ დროს ხელმძღვანელმა პირმა უნდა იმოქმედოს ბრალეული გაჭიანურების გარეშე. ბრალეულ გაჭიანურებად ითვლება: განცხადების პირველივე გონივრული შესაძლებლობის გამოუყენებლობა, განცხადების გაკეთება გადაუხდელობის დადგომიდან 3 კვირის შემდეგ, თუ დაგვიანების მიზეზი ზრუნვის მოვალეობის არაჯეროვანი შესრულება იქნება.

ზრუნვის მოვალეობასთან დაკავშირებით საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატამ მნიშვნელოვანი განმარტება გააკეთა. კერძოდ, საქმე ეხებოდა კომპანიის საგადასახადო ვალდებულებებისათვის კომპანიის პარტნიორებისა და დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობის საკითხს. მოსარჩელე მხარეს წარმოადგენდა შემოსავლების სამსახური. საკასაციო სასამართლოს მსჯელობის საკითხი იყო შემდეგი: ეკისრებათ თუ არა კომპანიის პარტნიორებსა და

დირექტორს პირდაპირ და უშუალოდ, მთელი მათი ქონებით პასუხისმგებლობა კომპანიის საგადასახადო ვალდებულებებისათვის, იმ შემთხვევაში, თუ დადასტურებულია, რომ კომპანიას აღნიშნული ვალდებულებების შესრულება არ შეუძლია.¹ ვინაიდან აღნიშნული თავი ეთმობა დირექტორის პირად პასუხისმგებლობის სამართლებრივ საფუძვლებს სწორედ ამ მიმართულებით წარმოვადგენ სასამართლოს განმარტებას. დირექტორის პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებით სასამართლომ აღნიშნა, რომ ზრუნვის მოვალეობა საგადასახადო ვალდებულებების მინიმიზაციას კომპანიის დირექტორთა საქმიანობის განუყოფელ ნაწილად აქცევს.² საკასაციო სასამართლოს განმარტებით ზრუნვის ვალდებულება მოითხოვს დირექტორისგან ისეთი გადანაცვეტილებების მიღებას, რომელიც გამოიწვევს კომპანიის მოგების ზრდას.³ აქედან გამომდინარე, ბუნებრივია, რომ ეს გადანაცვეტილებები გარკვეულწილად იქნება რისკის შემცველი და, აგრეთვე, მცდარიც.⁴ თუმცა, ასეთ შემთხვევაში, ბიზნეს გადანაცვეტილების მართებულობის პრეზუმფციიდან გამომდინარე, დირექტორი პირადი პასუხისმგებლობის საკითხიდან განთავისუფლდება იმ შემთხვევაში, თუ ის მოქმედებდა კეთილგონიერების ფარგლებში იმ რწმენით, რომ მისი გადანაცვეტილება მიღებულია საზოგადოების საუკეთესო ინტერესების დაცვის მიზნით და ამ გადანაცვეტილების მიღებისას ის ინფორმირებული იყო სათანადოდ, რაც საკმარისად მიაჩნია, მოცემულ ვითარებაში.⁵

მართო ქართული სასამართლო პრაქტიკით, რომ არ შემოვიფარგლოთ ზრუნვის მოვალეობასთან დაკავშირებით ერთ-ერთი ყველაზე ცნობილი *Smith v. Van Gorkom*⁶ საქმე. აღნიშნული საქმეს იხილავდა დელავერის უზენაესი სასამართლო და ის ეხებოდა ორი კომპანიის

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 6 მაისის გადანაცვეტილება საქმეზე №ას-1307-1245-2014.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ იქვე.

⁶ *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (1985), <<https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1985/488-a-2d-858-4.html>> [06.02.2022].

შერწყმას. ბრალდებულმა გორკომმა, რომელიც დირექტორი იყო, ფინანსური ექსპერტების კონსულტაციის გარეშე აირჩია შეთავაზებული ფასი თითო აქციის სანაცვლოდ, რაც 55 აშშ დოლარს წარმოადგენდა.¹ დირექტორი დაეყრდნო მხოლოდ ორი აღმასრულებელი ოფიცრის მცდარ ინფორმაციას და არ დაადგინა აქციების რეალური ღირებულება.² ეს გადანაცვეტილება სასამართლომ ძალზე კრიტიკულად შეაფასა, რადგან აღნიშნული გადანაცვეტილება მოკლებული იყო ყოველგვარ კომპეტენტურ მტკიცებულებას, რომ 55 აშშ დოლარი წარმოადგენდა აქციის ღირებულებას.³ სასამართლომ დაადგინა, რომ დირექტორი მოიქცა დაუდევრად, როდესაც სწრაფად დაადასტურა შერწყმის პროცესი, არსებითი გამოკვლევის და ექსპერტის რჩევის გარეშე.⁴ აქედან გამომდინარე, დირექტორმა დაარღვია ზრუნვის ვალდებულება კორპორაციის წინაშე.

შესაბამისად, ზრუნვის მოვალეობის შემადგენელ კომპონენტებად შეგვიძლია განვსაზღვროთ რამდენიმე ვალდებულება, ესენია: ინფორმირებულობის ვალდებულება, გადანაცვეტილების მიღება სათანადო გამოკვლევის გზით და ცოდნისა და უნარების ვალდებულება.

1.3. ერთგულების მოვალეობა

დირექტორები კომპანიაში ინიშნებიან, რათა მართონ კომპანიის აქტივები, რომლებიც აქციონერებს ეკუთვნის.⁵ ამიტომ, კეთილსინდისიერად უნდა იმოქმედონ, კომპანიის ინტერესების გათვალისწინებით და საკუთარი ინტერესები უნდა დაუქვემდებარონ კომპანიის ინტერესებს.⁶ კომპანიათა შესახებ კანონმდებლობის თანახმად, დირექტორი დაარღვევს ერთგულების მოვალეობის სტანდარტს იმ შემთხვევაში, თუ ის მიიღებს ისეთ გადანაცვეტილებას, რომელიც ზიანს აყენებს კომპანიას,

¹ იქვე.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ Cahn A., Donald C.D., Comparative Company Law, New York, 2010, 333.

⁶ იქვე.

ხოლო ღირეცტორისთვის კი, ეს გადანყვეტილება სარგებლის მომტანია.¹ ეს სტანდარტი ღირეცტორებს საშუალებას აძლევთ კომპანია მართონ თავისუფლად, როგორც თვითონ თვლის საჭიროდ, სანამ არ დაარღვევს ერთგულების სტანდარტს.² ეს ის შემთხვევაა, როცა ღირეცტორს გარიგების მიმართ აქვს პირდაპირი ან ირიბი ინტერესი.³ არის შემთხვევები, როდესაც აქციონერებს სურთ ღირეცტორებმა მიიღონ სარისკო გადანყვეტილებები, რომელიც იქნება მომგებიანი კომპანიისთვის, თუმცა, შესაძლოა ასეთმა გადანყვეტილებამ გამოიწვიოს ზიანიც.⁴

ერთგულების მოვალეობასთან დაკავშირებით საქართველოს უზენაეს სასამართლოს აქვს განმარტება გაკეთებული. დავის საგანს წარმოადგენდა სანარმოს ღირეცტორის მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურება. საკასაციო სასამართლოს განმარტებით ერთგულების მოვალეობა მოიცავს კორპორაციის საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარე გადანყვეტილების მიღებას.⁵ აღნიშნული მოვალეობა ღირეცტორს ავალდებულებს კორპორაციის ინტერესების უპირველესად გათვალისწინებას, ნებისმიერ პირად ინტერესთან შედარებით, რაც სხვასთან ერთად გულისხმობს, პირადი გამორჩენის მიზნით თანამდებობის გამოყენების დაუშვებლობას და ინტერესთა კონფლიქტის თავიდან აცილებას, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუ ღირეცტორი რაიმე მიზეზით პირადად დაინტერესებულია კომპანიის მიერ კონკრეტული გადანყვეტილების მიღებით ან გარიგების დადებით.⁶ საკასაციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ გადანყვეტილების ან გარიგების მიმართ კომპანიის ღირეცტორის პირადი დაინტერესების არსებობა, თავისთავად არ იწვევს ერთგულების მოვალეობის დარღვევის გამო კომპანიის წინაშე მის

¹ იქვე.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ იქვე, 334.

⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 10 ივნისის გადანყვეტილება საქმეზე №ას-766-766-2018.

⁶ იქვე.

პასუხისმგებლობას.¹ ასეთი ინტერესის არსებობის პირობებშიც კი, შეიძლება გადაწყვეტილება მართებულიად, ხოლო გარიგება ნამდვილად იქნას მიჩნეული, თუკი ეს უკანასკნელი შესაბამის ფორმალურ და მატერიალურ პირობებს აკმაყოფილებს.² ერთგულების მოვალეობა გამომდინარეობს დავალების ურთიერთობის მარეგულირებელი ნორმებიდან და წარმომადგენლობის პრინციპიდან, რომელიც წარმომადგენელს ავალდებულებს წარმოდგენილი პირის ინტერესებით და არა პირადი ინტერესებით იხელმძღვანელოს.³ აქედან გამომდინარეობს პრობლემა, რომელსაც „წარმომადგენლობის პრობლემა“ ეწოდება და ყველაზე ფართო გაგებით, წარმოიშვება, როდესაც ერთი მხარე ანუ „წარმოდგენილი“ დამოკიდებულია მეორე მხარის ანუ „წარმომადგენლის“ ქმედებებზე და ეს ქმედებები აისახება წარმოდგენილის კეთილდღეობაზე.⁴ შესაბამისად, თუ საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან იკვეთება გარიგების მიმართ ღირეფქტორის პირადი დაინტერესება, მაშინ სახეგა არა ზრუნვის, არამედ ღირეფქტორის ერთგულების მოვალეობის დარღვევა.⁵

1.4. საკუთარ თავთან დადებული გარიგებანი

ერთგულების მოვალეობის დარღვევის ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი და გავრცელებული სახეა საკუთარ თავთან გარიგების დადება. მსგავსი ტიპის გარიგებებში მხარეებად არიან წარმოდგენილი, ერთი მხრივ, ღირეფქტორი, როგორც ფორმალურად დამოუკიდებელი პირი და, ასევე, მეორე მხრივ, კომპანია, რომელსაც წარმომადგენს იგივე პირი ღირეფქტორის სახით.⁶ ეს არის შემთხვევა, როდესაც სახეზე

¹ იქვე.

² იქვე.

³ Armour J., Hansmann H., Kraakman R., *The Anatomy Of Corporate Law*, Oxford, 2017, 29.

⁴ იქვე.

⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 10 ივნისის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-766-766-2018.

⁶ ჭანტურია ლ., *კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელობა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში*, თბილისი, 2006, 320-321.

გვაქვს ინტერესთა კონფლიქტი, იქიდან გამომდინარე, რომ გარიგების ორივე მხარე ერთი და იგივე პირია. გარდა ამისა, საკუთარ თავთან გარიგების დადების დროს შეიძლება პრობლემა წარმოიშვას იმ თვალსაზრისით, რომ ღირეფტორი, როგორც კომპანიის წარმომადგენლობაზე უფლებამოსილი პირი ვალდებულია გარიგების დადებისას დაიცვას კომპანიის საუკეთესო ინტერესები და ამასთანავე, ლოგიკურია, რომ ღირეფტორისთვის მნიშვნელოვანია თავისი პირადი ინტერესების დაცვა.¹ შესაბამისად, სრულიად ლეგიტიმურია ის მოსაზრება, რომ ღირეფტორი მსგავს შემთხვევებში ვერ იქნება ისეთი ნეიტრალური და კომპანიის საუკეთესო ინტერესების გამტარებელი პირი, როგორიც უნდა იყოს.² საკუთარ თავთან დადებულ გარიგებებზე შეიძლება ჩაითვალოს გარიგებები, რომლებშიც, ღირეფტორი პირდაპირ არ მონაწილეობს, მაგრამ გარიგებაში მონაწილეობს თავისი ახლობელი ან მასთან რაიმე სახით დაკავშირებული პირი, რომელიც მისი ინტერესების შესაბამისად მოქმედებს.³

ერთგულების მოვალეობა მიემართება ინტერესთა კონფლიქტს.⁴ მაგალითად, თუ მენეჯმენტი განიხილავს გარიგებას კომპანიასთან, რომელშიც ღირეფტორს აქვს მნიშვნელოვანი ფინანსური ინტერესი, ერთგულების მოვალეობა მოითხოვს, რომ გარიგების პირობები მისაღები იყოს აქციონერებისთვის და გამომდინარეობდეს მათი ინტერესებიდან.⁵ თუ ღირეფტორი აღმოაჩენს ბიზნეს შესაძლებლობას კომპანიისთვის მისი სამსახურის განმავლობაში ერთგულების მოვალეობა მოითხოვს, რომ ღირეფტორმა თავი შეიკავოს ამ შესაძლებლობის გამოყენებისგან მანამდე, ვიდრე არ დაადგენს მიიღებს თუ არა კომპანია მას.⁶

¹ იქვე, 321.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ Lareker D., Tayan B., Corporate Governance Matters, New Jersey, 2011, 81.

⁵ იქვე.

⁶ იქვე.

ერთგულების მოვალეობა არის სამართლიანობის კონცეფცია, რომელიც არის ყველაზე ღია და მოქნილი.¹ ტრადიციულად ერთგულების მოვალეობა ყველაზე მკაცრია აშშ-სა და დიდ ბრიტანეთში.² ამის ერთ-ერთი მიზეზი არის ის ფაქტი, რომ კომპანიის დირექტორთა მოვალეობა სათავეს იღებს ძველი ინგლისური ნდობის კანონიდან.³ კონტინენტურ ევროპაში სიტუაცია ძალიან განსხვავებულია, რადგან ზრუნვის მოვალეობამ ტრადიციულად უფრო დიდი როლი ითამაშა, ვიდრე ერთგულების მოვალეობამ.⁴

დელავერის სასამართლოების მიერ ფორმულირებული ერთგულების მოვალეობა, ჰგავს დიდი ბრიტანეთის საერთო სამართლის ფორმულირებას: დირექტორმა უნდა იმოქმედოს კეთილსინდისიერად, იმ რწმენით, რომ მისი მოქმედებები კომპანიის ინტერესებშია.⁵ ერთგულების მოვალეობის დამხმარე ელემენტებია ის, რომ დირექტორები არ მოქმედებდნენ არაკეთილსინდისიერად, ანუ ისინი არ მოქმედებდნენ რაიმე სხვა მიზნით, გარდა კომპანიის კეთილდღეობისა.⁶

კომპანიის ტრანზაქციების მართვა დირექტორის ყოველდღიურ საქმიანობას განეკუთვნება.⁷ კომპანიაში შეიძლება განხორციელდეს ისეთი ტრანსაქციები, რომლის მხარეებიც, ერთი მხრივ, იქნება დირექტორი, ხოლო, მეორე მხრივ, კომპანია.⁸ ასეთ დროს არსებობს საფრთხე, რომ დირექტორმა იმოქმედოს პირადი ინტერესების გათვალისწინებით და მიიღოს კომპანიის ინტერესების სანინალმდევო გადაწყვეტილება.⁹ ქართულ სამართალში სათანადოდ არ არის მოწესრიგებული საკუთარ

¹ Gordon J., Ringe G., *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, New York, 2015, 14 of 38.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ Cahn A., Donald C.D., *Comparative Company Law*, New York, 2010, 344.

⁶ იქვე, 345.

⁷ ბაქაძური ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ., ჯუღელი გ., *საკორპორაციო სამართალი*, ლ. ცერცვაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 103.

⁸ იქვე.

⁹ იქვე.

თავთან დადებული გარიგებები, თუმცა ივარაუდება, რომ ის გამომდინარეობს დირექტორთა ერთგულების ზოგადი მოვალეობებიდან.¹

საკუთარ თავთან დადებულ გარიგებებს, ყოველთვის განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიაქციოს საზოგადოების აქციონერებმა, რადგან შეიძლება ეს ტრანსაქციები კომპანიის ინტერესების შემლახველი იყოს, და პირიქით დირექტორის ინტერესებს ემსახურებოდეს. ასეთ შემთხვევებში, თუ დადგინდება, რომ საკუთარ თავთან დადებული გარიგება მომგებიანია დირექტორისთვის და არა კომპანიისთვის, დირექტორს მოუწევს იმ ზიანის ანაზღაურება რაც მიადგა საზოგადოებას და ამის გარდა, მან უნდა დააბრუნოს ყველა ის სარგებელი, რაც მიიღო საკუთარ თავთან დადებული გარიგების შედეგად.²

1.5. სამენარმეო განსჯის წესი

იმისთვის, რომ ე.წ. „უსაფრთხო ნავსაყუდელი“ არსებობდეს უნდა იყოს რამდენიმე კრიტერიუმი დაკმაყოფილებული: ბიზნეს გადანაცვტილების დროს დირექტორი უნდა იყოს დამოუკიდებელი და არ გააჩნდეს პირადი ინტერესი აღნიშნულისადმი, იმოქმედოს სათანადო გულისხმიერებით, კეთილსინდისიერად და ეს გადანაცვტილება რაციონალური უნდა იყოს.³ დელავერის შტატის სასამართლომ განიხილა *Cooke v. Oolie* საქმე, სადაც მოსარჩელები ამტკიცებდნენ, რომ დირექტორებმა დაარღვიეს თავიანთი მოვალეობები და ეჭვქვეშ აყენებდნენ რამდენიმე გარიგებას.⁴ სასამართლოს უნდა დაედგინა, რომ ეს გარიგება მათ პირად ინტერესებს წარმოადგენდა თუ არა.⁵ ამ საქმესთან დაკავშირებით ისმის კითხვა, მოქმედებს თუ არა სამენარმეო განსჯის წესი,

¹ იქვე.

² იქვე, 104.

³ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 218.

⁴ *Cooke v. Oolie* - Civil Action No. 11134, 2000 Del. Ch. LEXIS 89 (Ch. May 24, 2000).

⁵ იქვე.

როდესაც აქციონერები ეჭვქვეშ აყენებენ დაინტერესებული დირექტორების ქმედებებს?¹ დიახ, აღნიშნულ შემთხვევაშიც მოქმედებს სამენარმეო განსჯის წესი და მტკიცების ტვირთი არის მოსარჩელეებზე, ანუ აქციონერებზე და მათ უნდა ამტკიცონ ინტერესთა კონფლიქტის დარღვევის ფაქტი.² დელავერის სასამართლომ არ დააკმაყოფილა მოსარჩელე მხარის პოზიცია შემდეგი მიზეზის გამო: მოსარჩელეებმა ვერ დაადასტურეს მოპასუხე მხარის დირექტორების მხრიდან ინტერესთა კონფლიქტის დარღვევა, რაც საკმარისი იქნებოდა სამენარმეო განსჯის წესის გასაუქმებლად.³

მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 52-ე მუხლი ადგენს სამენარმეო გადანყვეტილების თავისუფლების წესს.⁴ სამენარმეო გადანყვეტილება გულისხმობს მოცემული ვითარების შეფასებიდან გამომდინარე მიღებულ გადანყვეტილებას, რომელიც ემყარება სამომავლო ვარაუდს. ვინაიდან საქმე გვაქვს ვარაუდთან და შეუძლებელია წინასწარ ზუსტად იმის განჭვრეტა, თუ რა მოხდება მომავალში, ასეთი გადანყვეტილების მიღებისას, დირექტორს აქვს პასუხისმგებლობის დაცვის გარანტიები. თუმცა, მხოლოდ მოსალოდნელი შედეგების განჭვრეტის შეუძლებლობა არ არის ერთადერთი მიზეზი დირექტორის პასუხისმგებლობის დაცვისა. კიდევ ერთ ფაქტორს წარმოადგენს, რისკი, რომელიც ხშირ შემთხვევაში, აუცილებელია დირექტორის მხრიდან გადანყვეტილების მიღებისას. ასეთ შემთხვევაში, დირექტორს ეკისრება მტკიცების ტვირთი, რომ ის სამენარმეო გადანყვეტილების მიღებისას მოქმედებდა ზრუნვის მოვალეობიდან გამომდინარე, ინტერესთა კონფლიქტის გარეშე, დამოუკიდებლად და სათანადოდ იყო ინფორმირებული აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით, სწამდა, რომ მის მიერ მიღებული გადანყვეტილება სამენარმეო საზოგადოების საუკეთესო ინტერესების მატარებელია. აქედან გამომდინარე, ზრუნვის მოვალეობა არ არის დარღვეული და პასუხისმგებლობა არ დაეკისრება დირექტორს იმ სამენარმეო გადანყვეტილებისთვის, რამაც ზიანი მიაყენა

¹ იქვე.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 52-ე მუხლი.

საზოგადოებას, თუ ხელმძღვანელ პირს გონივრულად შეეძლო ევარაუდა, რომ სამეწარმეო გადაწყვეტილებას იღებდა საკმარისი და სანდო ინფორმაციის საფუძველზე, სამეწარმეო საზოგადოების ინტერესიდან გამომდინარე, დამოუკიდებლად, ინტერესთა კონფლიქტის ან სხვათა ზეგავლენის გარეშე.

1.6. ინტერესთა კონფლიქტი

საკუთარ თავთან დადებულ გარიგებებზე შეიძლება ჩაითვალოს გარიგებები, რომლებშიც, ღირეფტორი პირადად არ მონაწილეობს, მაგრამ გარიგებაში მონაწილეობს თავისი ახლობელი ან მასთან რაიმე სახით დაკავშირებული პირი, რომელიც მისი ინტერესების შესაბამისად მოქმედებს.¹ ამერიკული კანონმდებლების თანახმად, ღირეფტორის მიერ საკუთარ თავთან გარიგებების დადება არ არის ბათილობის საფუძველი, პირიქით, დაშვებულია ამგვარი გარიგებების ნამდვილობა, იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს გარკვეული გარემოებები.² ესენია: თუ ღირეფტორატა უმრავლესობა მოიწონებს აღნიშნულ გარიგებას,³ მიუხედავად იმისა, თუ როდის მოხდება მოწონება, გარიგების დადებაზე თუ შემდეგ. თუმცა ამით არ სრულდება საკუთარ თავთან დადებული გარიგებების მიმართ წაყენებული მოთხოვნები. კიდევ ერთ კრიტერიუმს წარმოადგენს აქციონერების მიერ აღნიშნული გარიგების მხარდაჭერა, მაგრამ ამასთანავე, მხოლოდ აქციონერების მხარდაჭერა არ არის საკმარისი საფუძველი, გარიგება უნდა შეესაბამებოდეს კომპანიის ინტერესებს.⁴

საკუთარ თავთან დადებული გარიგებები ღირეფტორის ყველა ქვეყანაშია შესაძლებელი და არანაირი აკრძალვები არ არსებობს ამასთან დაკავშირებით, თუმცა საფრანგეთი და აშშ გამოყოფს ისეთ გარიგებას

¹ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 321.

² იქვე, 322.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

როგორცაა სესხის ხელშეკრულების დადება დირექტორსა და კომპანიას შორის და ასეთ გარიგებებს კრძალავს.¹ ამ ყველაფერს რა თქმა უნდა თავისი მიზეზები აქვს. დირექტორები სესხის გამოყენებით, კომპანიის აქციებში ინვესტიციებს ახორციელებდნენ, რის საშუალებითაც ზრდიდნენ მათ საკუთრებაში არსებული აქციების რაოდენობას.² ამ მეთოდის გამოყენებით დადებული გარიგებების შედეგად, ხდებოდა კომპანიის აქციების ფასის ხელოვნური ზრდა.³

ვიდრე მენარმეთა შესახებ საქართველოს ახალი კანონი შეიქმნებოდა, ძველი რედაქციის თანახმად, ინტერესთა კონფლიქტის მუხლი ჩამოყალიბებული იყო შემდეგი შინაარსით, დირექტორებს არ აქვთ უფლება პარტნიორების თანხმობის გარეშე განახორციელონ იგივე საქმიანობა, რომელსაც ეწევა საზოგადოება, ან მონაწილეობა მიიღონ, როგორც მსგავსი ტიპის სხვა საზოგადოებაში პერსონალურად პასუხისმგებელმა პარტნიორმა ან დირექტორმა, თუ წესდებით სხვა რამ არ არის განსაზღვრული.⁴ აღნიშნული ნორმის შინაარსი არ მიესადაგებოდა ინტერესთა კონფლიქტის შემადგენელი გარიგებების შინაარსს. ამასთან, კანონში უნდა იყოს გათვალისწინებული ისეთი შემთხვევა, როდესაც საკუთარ თავთან დადებული გარიგება კომპანიისთვის სარგებლის მომტანია და აღნიშნული არ უნდა შეფასდეს ვალდებულების დარღვევად.⁵

მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 53-ე მუხლი აღგენს კონკურენციის აკრძალვის წინაპირობებს.⁶ განსხვავებით მისი წინამორბედისგან, რომელიც ინტერესთა კონფლიქტს ეხებოდა, შინაარსობრივად უფრო გამართულია აღნიშნული მუხლი. კონკურენციის აკრძალვის დეფინიციიდან გამომდინარე, ხელმძღვანელ პირს საზოგადოების ინფორმირებისა და თანხმობის გარეშე ეკრძალება იმავე საქმიანობის

¹ Enriques L., Hertig G., Kanda H., Pargendler M., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2017, 158.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ ცერცვაძე ლ., დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 176.

⁵ იქვე.

⁶ მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 53-ე მუხლი.

განხორციელება, რასაც სამეწარმეო საზოგადოება ეწევა. აგრეთვე, დირექტორს აკრძალული აქვს მსგავსი საქმიანობის მქონე სამეწარმეო საზოგადოების ხელმძღვანელობა. საზოგადოების ინფორმირებულობად ითვლება ისეთი გარემოება, როცა პარტნიორებმა იცოდნენ დირექტორის მსგავსი საქმიანობის შესახებ და არ მოსთხოვეს ამ საქმიანობის შეწყვეტა. აღნიშნული აკრძალვები ეხებათ მხოლოდ დირექტორებს და არა პარტნიორებს. ამ კრიტერიუმების დარღვევის შემთხვევაში, შესაბამისად, დადგება დირექტორის პასუხისმგებლობის საკითხი საზოგადოების მიმართ. სამეწარმეო საზოგადოებას, ასევე, შეუძლია, მოითხოვოს დირექტორის მიერ დადებული გარიგებიდან მიღებული ან მომავალში მისაღები სარგებლის დათმობა საზოგადოების სასარგებლოდ. ეს მოთხოვნები ძალაშია დირექტორის სამსახურიდან დათხოვნის შემთხვევაშიც, არაუმეტეს სამი წლის ვადით. კონკურენციის აკრძალვის მიზანს წარმოადგენს საზოგადოების დაცვა დირექტორის თვითნებური ქმედებებისაგან, რომელშიც იგულისხმება თავისი თანამდებობრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენება, რომლითაც იზღუდება თავისუფალი კონკურენცია.

გერმანულ სამართალში სააქციო საზოგადოების გამგეობის წევრებს არ აქვთ უფლება დამოუკიდებლად სამეწარმეო ან სხვა კომერციული საქმიანობის წარმოების, თუ აღნიშნულთან დაკავშირებით, არ აქვთ სამეთვალყურეო საბჭოსგან შესაბამისი თანხმობა.¹ შეზღუდვა, ასევე, ვრცელდება სხვა საზოგადოების გამგეობის წევრობასთან ან მენეჯერობასთან დაკავშირებითაც.² აქედან გამომდინარე, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ გერმანული კანონმდებლობა სააქციო საზოგადოების წევრებთან მიმართებაში კონკურენციის აკრძალვის მოვალეობას აწესებს.³

თუ დირექტორები გარიგებებში გამოიყენებენ თავიანთ უფლებამოსილებას სხვა მიზნებისთვის და არა კომპანიის ინტერესებისთვის, მათი ეს ქმედება შეიძლება მოვალეობის დარღვევად ჩაითვალოს და დაცვის

¹ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელობა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 336.

² იქვე.

³ იქვე.

ის საშუალებები, რომ კეთილსინდისიერად მოქმედებდნენ და მიაჩნდათ მათი ეს ქმედებები კომპანიის ინტერესებში შედიოდა, უგულებელყოფილი იყოს, მაშინაც კი, როცა ღირექტორები სარგებელს არ მიიღებენ ამ გარიგებიდან. თავიანთი ფუნქციების განხორციელების შედეგად ღირექტორებმა არ უნდა მიიღონ მოგება, იმიტომ, რომ ეს არის მათი ფიდეუციური მოვალეობა.

1.7. კორპორაციული ინფორმაციისა და შესაძლებლობების გამოყენება

კორპორაციული ინფორმაციის და შესაძლებლობების გამოყენება პირადი სარგებლის ან ინტერესებისთვის წარმოშობს ღირექტორების პასუხისმგებლობის საკითხს იმ შემთხვევაში თუ სათანადოდ არ იქნებიან ინფორმირებულები კორპორაციის აქციონერები.

კომპანიათა შესახებ კანონის 175-ე მუხლის თანახმად, ღირექტორებს აქვთ მოვალეობა, თავი არ ჩაიგდონ ისეთ მდგომარეობაში, სადაც შესაძლოა ადგილი ჰქონდეს კონფლიქტს პირად ინტერესებსა და კომპანიის წინაშე არსებულ მოვალეობებს შორის.¹ ეს წესი ვრცელდება ქონების, ინფორმაციის, ან შესაძლებლობის ნებისმიერ გამოყენებაზე.² იმავე კანონის 177-ე მუხლი კი, ღირექტორს ავალდებულებს სხვა ღირექტორებს გააცნოს ნებისმიერი პირდაპირი ან არაპირდაპირი ინტერესი გარიგების ან შეთანხმების მიმართ.³ ინფორმაციის მიწოდება შეიძლება მოხდეს, როგორც კრებაზე, ასევე, ინტერესის არსებობის შესახებ შეტყობინების გზით.⁴

მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 54-ე მუხლი განსაზღვრავს, საქმიანი შესაძლებლობების მითვისების აკრძალვას.⁵ აღნიშნული ნორმა მნიშვნელოვანია იმიტომ, რომ ის გულისხმობს საზოგადო-

¹ Wooldrige F., Andenas M., European Comparative Company Law, New York, 2009, 273.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 54-ე მუხლი.

ების ხელმძღვანელი პირის მიერ თავისი თანამდებობიდან გამომდინარე მიღებული საქმიანი შესაძლებლობის გამოყენებას საკუთარი ინტერესებიდან გამომდინარე, პირადი გამორჩენის მიზნით. აღნიშნული შესაძლებლობა გონივრული განსჯის შედეგად ივარაუდება, რომ სამენარმეო საზოგადოების ინტერესის საგანი იყო. ამ მოვალეობის დაცვის შემთხვევაში, სამენარმეო საზოგადოება დაცულია ხელმძღვანელი პირის მხრიდან არაკეთილსინდისიერი ქმედებისგან. შესაბამისად, თუ იქნება დაცული ღირექტორის მხრიდან აღნიშნული მოვალეობა, ეს ხელშემწყობი ფაქტორი იქნება სამენარმეო საზოგადოებასა და ხელმძღვანელ პირს შორის ჯანსაღ, ნდობაზე დამყარებული ურთიერთობის ჩამოყალიბებისა, რა დროსაც ღირექტორის, როგორც ხელმძღვანელი პირის პროდუქტიულობა გაცილებით მაღალია. ხელმძღვანელი პირი მოვალეა საქმიანი შესაძლებლობის გამოყენება თავდაპირველად შესთავაზოს სამენარმეო საზოგადოებას. ეს მოვალეობა ღირექტორს აკისრია, როგორც სასამსახურო ხელშეკრულების ვადის განმავლობაში, აგრეთვე, მისი გაუქმებიდან სამი წლის შემდეგაც. საზოგადოებისათვის ინტერესის შემცველი საქმიანობა დგინდება გონივრული განსჯის შედეგად, რომლის მიხედვითაც უნდა დადგინდეს სამენარმეო საზოგადოების ფინანსური მდგომარეობისა და საქმიანი შესაძლებლობის ურთიერთმიმართება, ანუ რამდენად გააჩნია საზოგადოებას ფინანსური სახსრები, რათა გამოიყენოს აღნიშნული ფინანსური შესაძლებლობა. აგრეთვე, გამოკვლეული უნდა იყოს, თუ რა კუთხით არის საზოგადოებისთვის საინტერესო ამ შესაძლებლობის გამოყენება. იქნება ეს ფინანსური ინტერესი თუ სხვა. თუმცა, ეს მუხლი საშუალებას აძლევს ხელმძღვანელ პირს გამოიყენოს პირადი სარგებლობისთვის საქმიანი შესაძლებლობა, თუ საერთო კრებამ ან სამეთვალყურეო საბჭომ უკვე იმსჯელა აღნიშნულ შესაძლებლობაზე და უარი თქვა მის გამოყენებაზე, სხვა შემთხვევაში კი, ღირექტორს დაეკისრება პასუხისმგებლობა საზოგადოების წინაშე მის მიმართ მიყენებული ზიანის ფარგლებში. ასევე, შესაძლოა საზოგადოებამ მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურების ნაცვლად მიღებული სარგებლის სამენარმეო საზოგადოებისთვის გადაცემა ან ასეთი მოთხოვნის უფლების დათმობა საზოგადოების სასარგებლოდ.

დელავერის უზენაესმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ კორპორაციული შესაძლებლობების დოქტრინა ერთგულების მოვალეობების ანარეკლია.¹ ყოველთვის არ არის მკაფიოდ განსაზღვრული, რომელი შესაძლებლობები ეკუთვნის კორპორაციას და ამ საკითხის გასარკვევად იყენებენ სამ ტესტს: ინტერესის ან მოლოდინის ტესტს, ბიზნეს-ხაზის ტესტსა და სამართლიანობის ტესტს.² ინტერესის ან მოლოდინის ტესტის თანახმად უნდა დადგინდეს, განაცხადა თუ არა კორპორაციამ წინასწარი პრეტენზია კორპორაციულ შესაძლებლობაზე.³ ბიზნესხაზის ტესტის თანახმად, უნდა დადგინდეს, ეხება თუ არა კორპორაციული შესაძლებლობა იმ ბიზნესს, რომელსაც კორპორაცია აკეთებს.⁴

2. დირექტორთა პასუხისმგებლობა

კომპანიათა დირექტორები, მმართველი დირექტორები და აღმასრულებელი ოფიცრები ექვემდებარებიან კონტროლს.⁵ აღნიშნულის მიზანია დაზარალებულთა პირადი ინტერესებისა და კომპანიის წინაშე მათი ვალდებულებების დაცვა.⁶ დირექტორებმა კანონმდებლობისა და კომპანიის წესდების თანახმად უნდა გაითვალისწინონ უფლებამოსილების შვლედის საფუძვლები და თავი უნდა შეიკავონ კორპორაციული მიზნის მიღმა მოქმედებებისგან, ასევე, ნებისმიერი ქმედებისგან, რომელიც არ შეესაბამება კომპანიის საუკეთესო ინტერესებს.⁷ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა დასაშვებია იმ შემთხვევაში, როდესაც დირექტორების მიმართ დასტურდება ბრალი ან დაუდევრობა.⁸ დირექტორების მიერ მრავალი სახის პირადი ინტერესი და

¹ ბაქაქერი ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ., ჯუღელი გ., საკორპორაციო სამართალი, ლ. ცერცვაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 107.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ Wooldrige F., Andenas M., European Comparative Company Law, New York, 2009, 293.

⁶ იქვე.

⁷ იქვე, 294-295.

⁸ იქვე, 295.

არაკეთილსინდისიერი ქმედება კვალიფიცირდება, როგორც სისხლის სამართლის დანაშაული.¹ მინორიტარ აქციონერს შეუძლია სარჩელის აღძვრა დირექტორის წინააღმდეგ კომპანიის სახელით, თუმცა ის უნდა იყოს აქციათა არანაკლებ 5%-ის მფლობელი.²

საინტერესოა დირექტორის პასუხისმგებლობის საკითხთან მიმართებაში უზენაესი სასამართლოს პოზიცია. ერთ-ერთ საქმეში სასამართლომ აღნიშნა, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების დირექტორის მიერ თავისი უფლება-მოვალეობის ჯეროვანი შესრულების საკითხი და საზოგადოებისათვის მიყენებულ ზიანთან მიმართებით დირექტორის ბრალეულობა, წარმოშობს საზოგადოების წინაშე შიდა კორპორაციულ პასუხისმგებლობას.³ კორპორაციის დირექტორებს სამართავად გადაცემული აქვთ რა სხვისი (საზოგადოების) ქონება, მათი უპირველესი ვალდებულება სწორედ ამ ქონების დაცვა და ზიანის თავიდან აცილებაა.⁴ ამ ვალდებულების დარღვევა დირექტორებისთვის წარმოშობს შიდა კორპორაციულ პასუხისმგებლობას, ანუ საზოგადოების წინაშე პასუხისმგებლობას, რაც რეგლამენტირებულია კანონით.⁵ საზოგადოებასთან ურთიერთობაში დირექტორი ვალდებულია, მოქმედებდეს თავისი უფლება-მოვალეობების ფარგლებში, ანუ მისი კომპეტენცია შეზღუდულია კანონით, წესდებით ან მასთან დადებული შეთანხმებით.⁶ ამ წესების დარღვევა წარმოადგენს დირექტორის საზოგადოებასთან მიმართებაში არსებული შიდა ვალდებულებების დარღვევას და წარმოშობს საზოგადოების მხრიდან დირექტორისგან ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლებას.⁷

გერმანული კანონმდებლობის თანახმად, დირექტორატი ვალდებულია საწარმოს მართვისას მოქმედებდეს კეთილგონიერი ბიზნესმენის

¹ იქვე.

² იქვე.

³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2009 წლის 24 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-959-1161-08.

⁴ იქვე.

⁵ იქვე.

⁶ იქვე.

⁷ იქვე.

გულმოდგინებით და გამოიჩინოს გულისხმიერება.¹ შესაბამისად, მოცემული ვალდებულების დარღვევა იწვევს პასუხისმგებლობას ღირექტორთა მხრიდან.² რაც შეეხება პასუხისმგებლობის სახეებს, გერმანული კანონმდებლობა სამი სახის პასუხისმგებლობას აწესებს ზემოთ აღნიშნული ვალდებულების დარღვევისთვის.³ ესენია: სამართლიანი კომპენსაციის მოთხოვნა, მიღებული მოგების, სარგებლის დაბრუნების მოთხოვნა და სასამართლო აკრძალვა.⁴ სამართლიანი კომპენსაციის მოთხოვნის უფლების წარმოშობის წინაპირობაა ისეთი შემთხვევა, როდესაც ღირექტორი კომპანიის წარმატებაზე არ არის ორიენტირებული, მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება არ არის დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი.⁵ რაც შეეხება „მიღებული მოგების დაბრუნების“ მოთხოვნის უფლებას, კომპანიას მაშინ წარმოეშობა ეს უფლება, როდესაც სახეზეა ინტერესთა კონფლიქტი, რაც გამოიხატება, მესამე პირისაგან რაიმე სარგებლის მიღების საშუალებით და ტრანზაქციებთან დაკავშირებით პირადი დაინტერესების შემთხვევაში.⁶ ხოლო, სასამართლო აკრძალვა გულისხმობს, სასამართლოს შესაძლებლობას ღირექტორს აუკრძალოს გარკვეული ქმედების განხორციელება ან აუკრძალოს აქტივებით სარგებლობა და აღნიშნულის შესახებ გამოსცემს ბრძანებას.⁷ ეს ბრძანება ექვემდებარება აღსრულებას და შესაბამისად, მნიშვნელოვანია ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის დროს.⁸

უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, ღირექტორის მიმართ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნასთან მიმართებით მოსარჩელის ვალდებულებას წარმოადგენს ზიანის არსებობის ფაქტის დამტკიცება, ხოლო ღირექტორმა უნდა დაადასტუროს, რომ მას არ მიუძღვის საზოგადო-

¹ ცერცვაძე ლ., ღირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 297.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ იქვე, 297-298.

⁶ იქვე, 298.

⁷ იქვე.

⁸ იქვე.

ებისთვის მიყენებული ზიანის დადგომაში ბრალი და რომ ის, მოქმედებდა გულმოდგინე ხელმძღვანელის კეთილსინდისიერებით.¹ საკასაციო სასამართლოს მიერ, დადგენილი ერთგვაროვანი პრაქტიკის თანახმად, საზოგადოების წინაშე ღირეფქტორების პასუხისმგებლობის საკითხის განხილვისას, საზოგადოების მიერ სარჩელის საფუძვლიანობის დასადასტურებლად წარდგენილი მტკიცებულებების გაქარწყლების ვალდებულება ეკისრება ღირეფქტორს, რომელმაც უნდა დაადასტუროს, რომ მას არ მიუძღვის საზოგადოებისათვის მიყენებული ზიანის დადგომაში ბრალი და რომ ის, მოქმედებდა გულმოდგინე ხელმძღვანელის კეთილსინდისიერებით.²

3. ღირეფქტორთა პასუხისმგებლობის შეზღუდვა

ღირეფქტორის პასუხისმგებლობის შეზღუდვა არ არის საყოველთაოდ აღიარებული პრაქტიკა, დელავერის შტატის კანონმდებლობა ითვალისწინებს პასუხისმგებლობის შეზღუდვის შესაძლებლობას, რითაც გამოირჩევა სხვა ქვეყნების კანონმდებლობისგან.³ აღნიშნულიდან გამომდინარე, დელავერის შტატში რეგისტრირებული კომპანიის წესდებით, შეიძლება განისაზღვროს ღირეფქტორის უმიზნოდ განთავისუფლების აკრძალვა, მაშინ, როდესაც გერმანული და ბრიტანული სამართალი იძლევა იმის შესაძლებლობას, რომ ყოველგვარი მიზეზის გარეშე შეიძლება განთავისუფლდეს ღირეფქტორი.⁴ ანალოგიური მდგომარეობაა ქართულ კანონმდებლობაშიც, პარტნიორთა საერთო კრებას შეუძლია გაანთავისუფლოს ღირეფქტორი.⁵ ბრიტანული აქტი კომპანიათა შესახებ, შესაძლებელს ხდის პასუხისმგებლობის შეზღუდ-

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 29 იანვრის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1144-1076-2015.

² იქვე.

³ ცერცვაძე ლ., ღირეფქტორების მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 309.

⁴ იქვე.

⁵ იქვე.

ვას ან პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლებას ინტერესთა კონფლიქტის დროს.¹ მიმაჩნია, რომ დელავერის კანონმდებლობა უფრო სრულყოფილია ამ საკითხთან მიმართებაში, რადგან ღირექტორის მუშაობის ხარისხი გაცილებით მაღალია მაშინ, როდესაც მან იცის, რომ უმიზეზოდ არ გაანთავისუფლებენ სამსახურიდან, რაც პირდაპირპროპორციულად აისახება მისი გადაწყვეტილების ეფექტურობაზე და პროდუქტიულობაზე. რაც უფრო დაცულია ღირექტორი, მით უფრო თავდაჯერებულად მოქმედებს, ბოლომდე იყენებს თავის შესაძლებლობებს, მეტად იჩენს ინიციატივას და უფრო რისკიანია თავის გადაწყვეტილებებში, რაც განაპირობებს კომპანიის წარმატებულობასა და შემოსავლების ზრდას.

დასკვნა

მენარმეთა შესახებ საქართველოს ახალი კანონით სრულიად ახალი მიდგომები ჩამოყალიბდა. საინტერესოა, რამდენად იქნა გათვალისწინებული ის შენიშვნები, რაც დარგის ექსპერტებს ჰქონდათ და არის თუ არა გამოსწორებული ის ხარვეზები, რომლებიც ესოდენ ჭარბობდნენ ზემოაღნიშნულ კანონში. ვინაიდან, ნაშრომი ეხება ღირექტორის პირადი პასუხისმგებლობის საკითხს, სწორედ ამ ჭრილში იქნა განხილული კანონი.

მენარმეთა შესახებ საქართველოს მოქმედი კანონი ისევე, როგორც მისი წინამორბედი არ არის ამ მიმართულებით სრულყოფილი, რადგან მართალია ზრუნვის მოვალეობა ცალკე მუხლად არის ჩამოყალიბებული, თუმცა მასში გაერთიანებულია კეთილსინდისიერებისა და ერთგულების მოვალეობები. აღნიშნული საკითხის უკეთ საილუსტრაციოდ უმჯობესი იქნება, თუ უკვე ძალადაკარგული კანონის 9.6 მუხლსაც განვიხილავთ, რომლის თანახმად, „ხელმძღვანელი პირები ვალდებული არიან სამენარმეო საზოგადოების საქმეებს გაუძღვნენ მართლზომიერად და კეთილსინდისიერი ხელმძღვანელის გულისხმიერებით, კერძოდ, ზრუნავდნენ ისე, როგორც ანალოგიურ პირობებში მყოფი ჩვეულებრივი სალად მოაზროვნე პირი (ზრუნვის მოვალეობა), და

¹ Companies Act 2006, Section 233-234.

მოქმედებდნენ იმ რწმენით, რომ მათი ეს ქმედება ეკონომიკურად ყველაზე ხელსაყრელია სამენარმეო საზოგადოებისათვის“ (ერთგულების მოვალეობა).¹ ზემოაღნიშნული ნორმა განსაზღვრავს კეთილსინდისიერებას და მის შემადგენელ კომპონენტებს, როგორებიცაა ზრუნვისა და ერთგულების მოვალეობა რაც არასწორია, რადგან კეთილსინდისიერებიდან არ გამომდინარეობს ეს მოვალეობები.² მოქმედ კანონშიც არ გვაქვს აღნიშნულთან დაკავშირებით მნიშვნელოვანი გაუმჯობესება, მართალია, ზრუნვის მოვალეობასთან დაკავშირებული მუხლი ცალკე არის ჩამოყალიბებული, თუმცა მასში გაერთიანებულია რამდენიმე მოვალეობა. უმჯობესია, კეთილსინდისიერების, ზრუნვისა და ერთგულების მოვალეობები ცალკე მუხლებად ჩამოყალიბდეს, რადგან ეს ვალდებულებები არის ერთმანეთისგან დამოუკიდებელი და დირექტორის ქმედებები უნდა შეფასდეს ინდივიდუალურად სამივე კრიტერიუმის გამოყენებით. ერთგულებისა და ზრუნვის მოვალეობები წარმოადგენენ იმ ფუნდამენტურ მოვალეობებს, რომლებიც დირექტორებს გააჩნიათ სანარმოს მიმართ. მათი დარღვევა იწვევს პასუხისმგებლობას. დელავერის შტატში, სასამართლო მიჯნავს და უთითებს, თუ რომელი ვალდებულება იქნა დარღვეული, რადგან განსხვავებულია ის კრიტერიუმები, რომლითაც ხდება თითოეული მოვალეობის დარღვევის დადგენა. შესაბამისად, თუ მათ შორის განსხვავება მკაფიოდ არ არის დადგენილი, სწორი გადაწყვეტილების მიღება რთულდება. კანონი ნათლად არ მიჯნავს კეთილსინდისიერების, ზრუნვის და ერთგულების მოვალეობებს. შეიძლება იმის თქმაც, რომ მიჯნის გავლება სასამართლოს საქმეა, თუმცა სასამართლო პრაქტიკაშიც არ გხვდება აღნიშნული გამოჩენა. შესაბამისად, მიზანშეწონილია განიმარტოს რა განსხვავებაა მათ შორის და რა წინაპირობების მიხედვით ხდება დადგენა თუ, რომელი მათგანის დარღვევასთან გვაქვს საქმე. აღნიშნული საკითხი მნიშვნელოვანია არა მარტო თეორიულ ჭრილში, არამედ პრაქტიკული თვალსაზრისითაც. შესაბამისად, კანონმდებლის მიერ უნდა განისაზღვროს განვითარების მოდელი, იქნება ეს გერმანული,

¹ ცერცვაძე ლ., დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, თბილისი, 2016, 197.

² იქვე.

სადაც გულმოდგინების მოვალეობა მოიცავს დირექტორის ყველა არსებით მოვალეობას, თუ აირჩევს მოდელს, სადაც ზრუნვის, ერთ-გულებისა და კეთილსინდისიერების ზოგადი დეფინიცია ჩამოყალიბებულია კანონში. ისინი განსხვავდებიან ერთმანეთისგან და შესაბამისად, მათი დარღვევაც განსხვავებულ შედეგებს იწვევს. იმის გათვალისწინებით, რომ საქართველოში სათანადოდ არ არის განვითარებული სამართლის ეს დარგი, სასამართლო პრაქტიკა, შემდგომი გაუგებრობების თავიდან აცილების მიზნით, უმჯობესია საკანონმდებლო დონეზე მოხდეს ძირითად მოვალეობათა განსაზღვრა. მითუმეტეს, თუ გავითვალისწინებთ, რომ 2006 წლის რეფორმის შედეგად ინგლისმა, როგორც პრეცედენტული სამართლის ქვეყანამ, პრიორიტეტი დირექტორის მოვალეობათა საკანონმდებლო დონეზე დეტალურ მონესრიგებას მიანიჭა.

მოქმედი კანონის 52-ე მუხლი ადგენს სამეწარმეო გადაწყვეტილების თავისუფლებას, რაც ცალსახად წინგადადგმული ნაბიჯია, ვინაიდან ქართული კანონმდებლობა არ იცნობდა აქამდე აღნიშნულ ნორმას. “Business Judgment Rule” ამერიკული სასამართლო პრაქტიკიდან მომდინარეობს და ის მნიშვნელოვან როლს ასრულებს თითქმის ყველა ქვეყნის საკორპორაციო სამართალში.¹ თავისი შინაარსიდან გამომდინარე, აღნიშნული წესი იცავს დირექტორს პირადი პასუხისმგებლობისგან იმ შემთხვევაში, თუკი მისი მოქმედება გონივრულობის მოთხოვნებს აკმაყოფილებს.²

მეწარმეთა შესახებ კანონის 53-ე და 54-ე მუხლები განსაზღვრავს ერთგულების შემადგენელ კომპონენტებს. კერძოდ, კონკურენციის აკრძალვას, საქმიანი შესაძლებლობის მითვისების აკრძალვას.

კანონით გათვალისწინებული სიახლეა, სანქციის სახეები.³ მეწარმეთა შესახებ კანონის მოქმედი რედაქციისგან განსხვავებით, ახალ კანონის ბუნდოვანი დეფინიცია, რომელიც ეხებოდა ანაზღაურებაზე

¹ ჯუღელი გ., კაპიტალის დაცვა სააქციო საზოგადოებაში, თბილისი, 2010, 185.

² იქვე.

³ ჯუღელი გ., გიგუაშვილი გ., განმარტებები „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტზე, თბილისი, 2021, 77.

უარის თქმას, ჩანაცვლება მოხდა ორი ალტერნატივის სახით, სარგებლის დათმობის ან შესაბამისი მოთხოვნის დათმობის სახით.¹

კიდევ ერთ სიახლეს წარმოადგენს საზოგადოების ხელმძღვანელი პირის მიერ საზოგადოების საქმიანი შესაძლებლობის მითვისების აკრძალვის საკითხი.² საქმიანი შესაძლებლობის მითვისების აკრძალვა განიმარტება შემდეგნაირად, რომ, თუ კომპანიის ხელმძღვანელი პირი, თავისი პირადი სარგებლის მიღების მიზნით გამოიყენებს კომპანიის საქმიან შესაძლებლობას, რომელიც ხელმისაწვდომი გახდა მისთვის სამსახურიდან გამომდინარე, და ამავდროულად, კომპანიის ინტერესის საგანია, წარმოადგენს პასუხისმგებლობის საფუძველს.³ კორპორაციული შესაძლებლობების მითვისების აკრძალვა შეგვიძლია განვიხილოთ, როგორც დირექტორის ფიდუციური მოვალეობა, რომლითაც დაცულია კომპანია დირექტორის არაკეთილსინდისიერი ქმედების შედეგისგან. შესაბამისად აღნიშნული წესი განაპირობებს უფრო მეტ ნდობას დირექტორსა და კომპანიას შორის.⁴ აღნიშნული მუხლი წინგადადგმული ნაბიჯია საკორპორაციო სამართალში, რადგან კომპანიის შესაძლებლობების მითვისება დირექტორების მიერ წარმოადგენს ერთგულების მოვალეობის დარღვევას და, თუ ასეთი ფაქტი დადასტურებული იქნება, კომპანიას შეუძლია დაიბრუნოს დირექტორისგან ნებისმიერი სახის მოგება თუ შემოსავალი, რომელიც მან მიიღო.⁵

¹ იქვე.

² იქვე, 78.

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ იქვე.

