ლადო ჭანტურია

საიუბილეო კრებული

60



სამეცნიერო რედაქტორები:

სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დეკანი, ასოცირებული პროფესორი
თამარ ზარანდია

იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი
ბესარიონ ზოიძე

მასალებში დაცულია ავტორების სტილი.
In the proceedings the authors' style is retained.

© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2023

ISBN 978-9941-36-136-4

პროფესორ ლადო ჭანტურიას
60 წლისადმი მიძღვნილი

საიუბილეო კრებული

2023

უნივერსიტეტის
გამომცემლობა



სარჩევი / CONTENTS

რედაქტორების შესავალი წერილი – პროფესორ ლადო ჭანტურიას ღვაწლი თანამედროვე ქართული სამართლის ჩამოყალიბება-განვითარებაში 13
(**Editors' Foreword** – Professor Lado Chanturia's contribution to the emergence and development of modern Georgian law)

როლფ კნიპერი
გზა არის მიზანი. პრაქტიკული მეცნიერება, როგორც მეცნიერული პრაქტიკა ლადო ჭანტურიას ცხოვრებაში 25
Rolf Knieper
Der Weg ist das Ziel. Praktische Wissenschaft als wissenschaftliche Praxis im Leben von Lado Chanturia 39

Jürgen Basedow †
Die Inhaltskontrolle missbräuchlicher Vertragsklauseln durch den Europäischen Gerichtshof 52
(**იურგენ ბაზედოვი**, სახელშეკრულებო პირობების ბოროტად გამოყენების შინაარსობრივი კონტროლი ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ)

ბესარიონ ზოიძე
გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვა ზოგადი და სპეციალური კანონების ურთიერთმიმართების დონეზე 65
(**Besarion Zoidze,** Protection of the Right of the Deceased to Respect for Private Life Through General and Special Laws)

Klaus J. Hopt
Das deutsche Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften vom Juli 2022 84
(**კლაუს ჰოპტი,** 2022 წლის გერმანიის კანონი სააქციო საზოგადოებების საერთო კრებების ვირტუალური ფორმით ჩატარების თაობაზე)

ჰაინ ბიოლინგი
სარეგისტრაციო ჩანაწერი როგორც გამდიდრება, ჩანაწერის გასწორების კონდიქციური მოთხოვნა და მისი მატერიალურ სამართლებრივი და საპროცესო აღსრულება – შედარებითსამართლებრივი შეფასება 97

Hein Bölling
Die sogenannte Buchberechtigung, bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlagen zur Registerberichtigung und ihre materiell-rechtliche und prozessuale Durchsetzbarkeit - eine rechtsvergleichende Betrachtung 106

Angelika Nußberger
Rechtsstaatlichkeit und Soft Law. Zum Streit über die einstweiligen Anordnungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 115
(**ანგელიკა ნუსბერგერი**, სამართლებრივი სახელმწიფო და ე. წ. „Soft Law“. კამათი ადამიანის უფლებათა სასამართლოს შუალედური გადაწყვეტილებების თაობაზე)

Maidan Suleimenov
Lado Chanturia – Citizen of the World 128
(**მაიდან სულეიმენოვი,** ლადო ჭანტურია – მსოფლიოს მოქალაქე)

მერაბ ტურავა
ძირითადი უფლებების ფუნქციები და მათი მნიშვნელობა მატერიალურ სისხლის სამართალში 132
(**Merab Turava,** Functions of Fundamental Rights and their Meaning in Substantive Criminal Law)

Natalia Kuznetsova
Civil Law. Civil Society. Civil Responsibility 154
(**ნატალია კუზნეცოვა,** სამოქალაქო სამართალი. სამოქალაქო საზოგადოება. სამოქალაქო პასუხისმგებლობა)

ჯონი ხეცურიანი
თანამედროვე ქართული სახელმწიფოებრიობის სათავეებთან 161
(**John Khetsuriani,** At the Origins of Modern Georgian Statehood)

Hans-Joachim Schramm
Der Weg Georgiens in die Europäische Union 173
(**ჰანს იოახიმ შრამი,** საქართველოს გზა ევროპის კავშირისკენ)

Farkhad Karagussov
Lado Chanturia - the Person who Discovered the Concept of Legal Entities of Public Law for Kazakhstan 183

(**ფარხად კარაგუსოვი,** ლადო ჭანტურია – ადამიანი, რომელმაც ყაზახეთისთვის აღმოაჩინა საჯარო სამართლის იურიდიული პირების ცნება)

თამარ ზარანდია / ნანა მჭედლიძე
საკუთრების უფლების დაცვა საქართველოს კანონმდებლობითა და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით.....191
(**Tamar Zarandia / Nana Mchedlidze,** Protection of Property Rights by Georgian Legislation and the European Convention on Human Rights)

Alexander Trunk
Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Fragen des Insolvenzrechts 220
(**ალექსანდერ ტრუნკი,** ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა გაკოტრების სამართლის საკითხებში)

ვალერი ხრუსტალი
გადაწყვეტილების შემოწმების ფარგლები სააპელაციო სასამართლოში 234
(**Valeri Khrustali,** Scope of Judgment Review in the Appellate Court)

ზვიად გაბისონია
ინტერნეტის სამართლებრივი რეგულირების ზოგიერთი დოქტრინული ასპექტი.....248
(**Zviad Gabisonia,** Some Doctrinal Aspects of Legal Regulation of the Internet)

ნონა თოდუა
თანამონაწილეობის საკითხი სპეციალურ დელიქტში და დანაშაულის მომზადების სტადიაზე.....259
(**Nona Todua,** Complicity in Special Damages and at the Preparatory Stage of the Crime)

ირაკლი ბურდული / დემეტრე ეგნატაშვილი
ფაქტობრივი ხელმძღვანელის კონცეფცია და მისი იურიდიული ბუნება.....272
(**Irakli Burduli / Demetre Egnatashvili,** Concept of the De Facto Director and its Legal Nature)

Thomas Meyer
Die Nutzung des nationalen Rechts für die Erreichung von Entwicklungszielen – das deutsche Lieferkettensorgfaltsgesetz 292

(**თომას მაიერი,** ნაციონალური სამართლის გამოყენება განვითარების მიზნების მისაღწევად – გერმანიის კანონი მიწოდების ჯაჭვების კეთილსინდისიერების შესახებ)

ქეთევან ქოჩაშვილი
იურიდიული პირის ბრალი 301
(**Qetevan Qochashvili,** Corporate Mens Rea)

Eugenia Kurzynsky-Singer
Testierfreiheit zwischen Privatautonomie und Familienbindung:
Zur Sittenwidrigkeit von Potestativbedingungen in letztwilligen Verfügungen
nach deutschem Recht 316
(**ევგენია კურსინკი-სინგერი,** მამკვიდრებლის თავისუფლება კერძო ავტონომიასა და ოჯახური კავშირების მიჯნაზე: პირობადებული გარიგებების ამორალურობა საანდერძო განკარგულებების დადგენაში გერმანული სამართლის მიხედვით)

გიორგი დავითაშვილი
შერიგება, როგორც მხარეთა შორის თანასწორობის აღდგენის მექანიზმი, ქართულ ჩვეულებით სამართალში 331
(**Giorgi Davitashvili,** Reconciliation as a Mechanism for Restoring Equality Between the Parties in Georgian Customary Law)

ზურაბ ძლიერიშვილი
ვალდებულების შეწყვეტა სხვა შესრულების მიღებით 345
(**Zurab Dzlierishvili,** Termination of Obligations by Novation)

სერგი ჯორბენაძე
სარჩელის უზრუნველყოფა სოციალურ მედიაში გავრცელებულ ცილისწამების დავებზე 358
(**Sergi Jorbenadze,** Securing Claims in Social Media Defamation Disputes)

თამარ ზამბახიძე
საბანკო გარანტიის პრობლემური საკითხები 366
(**Tamar Zambakhidze,** Problematic Issues of Bank Guarantee)

გოჩა ფერაძე
კიდევ ერთხელ სასამართლოს ორგანიზაციის შესახებ XVIII საუკუნის საქართველოში („მარკოზაშვილის დარბაზელებისა“ და ლევან ბატონიშვილის საქმეების მაგალითზე) 400

(**Cocha Peradze,** Once Again About the Organisation of the Court in 18 th Century Georgia (on the Example of the Cases of "Markozashvili's Darbazelis" and Prince Levan))

ლია შატბერაშვილი
მართლმსაჯულების ურთიერთობა საზოგადოებასთან: დიალოგი თუ დაპირისპირება? 414
(**Lia Shatberashvili,** Relationship Between Justice and Public: Dialogue or Confrontation?)

ნატალია მოწონელიძე
თანაბარი მოპყრობის უფლება და დისკრიმინაციის აკრძალვა სადაზღვევო სამართალში 436
(**Natalia Motsonelidze,** The Right to Equal Treatment and the Prohibition of Discrimination in Insurance Law)

თამარ ზოიძე
მომხმარებელთა უფლების დაცვის სამართლის ცნება და მისი ადგილი კერძო სამართლის სისტემაში 445
(**Tamar Zoidze,** Concept of Consumer Rights Protection Law and Its Place in the Private Law System)

ბექა ქანთარია
კონსტიტუციონალიზმი: უნივერსალური წესრიგი და მომავლის არქიტექტონიკა 459
(**Beka Kantaria,** Constitutionalism: Universal Order and the Architectonics of the Future)

გიორგი რუსიაშვილი, ულრიხ ჰაგენლოხი
ნორმის ან ხელშეკრულების მიზანს აცდენილი უფლების განხორციელების მცდელობა: უფლების ბოროტად გამოყენება და ზიანის ანაზღაურება 474
(**Giorgi Russiashvili / Ulrich Hagenloch,** Legal proceedings beyond of scope of legal provisions or contractual covenants: abuse of rights and damage compensation)

რედაქტორების შესავალი წერილი – პროფესორ ლადო ჭანტურიას ღვაწლი თანამედროვე ქართული სამართლის ჩამოყალიბება-განვითარებაში*

I. რამდენიმე სიტყვა პროფესიული გზის შესახებ

თანამედროვე ქართული სამართლის ღირსეულ წარმომადგენელს, ღვაწლმოსილ პროფესორ ლადო ჭანტურიას 2023 წელს 60 წელი შეუსრულდა. მისდამი გულწრფელი პატივისცემის გამოსახატავად ქართველი და უცხოელი მეცნიერები, მოსწავლეები და მეგობრები უძღვნიან მას მოკრძალებულ საიუბილეო კრებულს, რომელშიც იხილავთ კერძო და საჯარო სამართლის თანამედროვე ტენდენციების ამსახველ საინტერესო კვლევებს.

პროფესორი ლადო ჭანტურია იდგა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის შექმნისა და ახალი ქართული სამართლის ფორმირების სათავეებთან, იგი იყო საქართველოს კონსტიტუციის შემმუშავებელი სახელმწიფო კომისიისა და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსზე მომუშავე სარედაქციო ჯგუფის წევრი. სამოქალაქო კოდექსის შექმნა ისტორიული მოვლენა იყო ქართულ სინამდვილეში. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსისა და „მეწარმეთა შესახებ" საქართველოს კანონის ერთ-ერთმა მთავარმა ავტორმა, მათი მიღებიდან მოყოლებული, არსებითი წვლილი შეიტანა თანამედროვე ქართული სამართლის განვითარებაში. მისი ხელმძღვანელობით გამოიცა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პირველი კომენტარი, მრავალი სახელმძღვანელო, მის კალამს ეკუთვნის 200-ზე მეტი სამეცნიერო ნაშრომი, რომელიც სხვადასხვა ენაზე არის შესრულებული და ნათარგმნი.

მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ პროფესორ ლადო ჭანტურიას პროფესიული გზა თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტიდან იწყება. ის უნივერსიტეტის დასრულებისთანავე შეუდგა საქმიანობას სამოქალაქო სამართლის კათედრაზე, მალევე დაიწყო პედაგოგიური საქმიანობა და წარმატებით დაიცვა მეორე დისერტაცია თემაზე „უძრავი ნივთების საკუთრება. შედარებითსამართლებრივი კვლევა გერმანული სამართლის მაგალითზე". ის გახლავთ მრავალი სტიპენდიის მფლობელი, როგორებიცაა: გერმანიის აკადემიური ურთიერთგაცვლის სამსახური (DAAD), მაქს პლანკის საზოგადოების სამეცნიერო სტიპენდია, ალექსანდერ ფონ ჰუმბოლდტის ფონდის სამეც-

* რედაქტორების შესავალი წერილი ეფუძნება პროფესორ ლადო ჭანტურიას დაბადებიდან 50 წლისადმი მიძღვნილ სტატიას: იხ. ბესარიონ ზოიძე, პროფესორ ლადო ჭანტურიას ღვაწლი ცივილისტური აზრის განვითარებაში, „სამართლის ჟურნალი", 2012, №2, 343-349.

ნიერო სტიპენდია. ზემოხსენებული სტიპენდიების ფარგლებში პროფესორი ლადო ჭანტურია კვლევებს ახორციელებდა გეტინგენის უნივერსიტეტში, მაქს პლანკის სახელობის საზღვარგარეთისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტსა (ჰამბურგი) და ბრემენის უნივერსიტეტში.

პროფესორ ლადო ჭანტურიას პროფესიული გზა მრავალფეროვანია და წარმოადგენს თეორიისა და პრაქტიკის გამორჩეულ სინთეზს. 1993-96 წლებში პროფესორი ლადო ჭანტურია გახლდათ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის მრჩეველი, შემდეგში კი – იუსტიციის მინისტრი. იგი ასევე წლების განმავლობაში იკავებდა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის პოზიციას. პროფესორი ლადო ჭანტურია 2009-11 წლებში გახლდათ გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების უფროსი მრჩეველი კავკასიისა ცენტრალური აზიის სახელმწიფოების სამართლის რეფორმის პროექტში. 2011-13 წლებში გახლდათ კილის უნივერსიტეტის მოწვეული პროფესორი აღმოსავლეთ ევროპის სამართლის ინსტიტუტში. შემდგომში პროფესორი ლადო ჭანტურია დაინიშნა საქართველოს საგანგებო და სრულუფლებიან ელჩად გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში. 2018 წლიდან კი ის ევროპის საბჭოს საპარლამენტო ასამბლეის მიერ არჩეულ იქნა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს (ECHR) მოსამართლედ საქართველოდან. იგი დამსახურებულად ითვლება ქართული ცივილისტიკისა და, საერთოდ, თანამედროვე ქართული სამართლის ერთერთ ფუძემდებლად.

II. დასავლურ ღირებულებებზე ხალხის ისტორიული უფლებისათვის მებრძოლი პიროვნება

ყოველ ხალხს, ისევე, როგორც ცალკეულ ადამიანს, თავისი ბიოგრაფია აქვს. პიროვნების ბიოგრაფიაში ჩანს ხალხის კულტურულ-ინტელექტუალური სახისმეტყველება, როგორც მისი ისტორიული განვითარების სულიერი პროდუქტი, ღირებულებათა ობიექტურ წესრიგში კი – ხალხის სახელმწიფოდ ორგანიზაციის ხასიათი. ამ წესრიგის ხერხემალს სამართალი წარმოადგენს, ვინაიდან სახელმწიფო სამართალზე დაშენებული დაწესებულებაა. ისევე, როგორც სარეველა სპობს კულტურულ მცენარეებს, სამართლის უქონლობაც იმავე საფრთხეს უქმნის ჩვენი არსებობის განმსაზღვრელ ფასეულობებს. ამიტომაცაა, რომ ყოველივე, რაც არსებობს სახელმწიფოში, წესრიგის წყალობით არსებობს. ნებისმიერი ტიპის სახელმწიფოში სამართლისადმი პატივისცემა მოქალაქის უმთავრესი ბუნებითი ვალდებულება და მისი უფლებების გარანტიაა. ყველას გაუჩნდება კითხვა, თუ როგორი იყო ამ მხრივ ჩვენი სამართლებრივი სახე, როგორია ახლა და, საერთოდ, რა როლი ენიჭება პიროვნებას ამ საქმეში.

ისტორიულად ქართული სამართლებრივი კულტურა, უპირატესად, ბერძნულ-რომაული და, ნაწილობრივ, აღმოსავლური კულტურის გავლენით ყალიბდებოდა. აქ ერთმანეთს ერწყმოდა დასავლური და აღმოსავლური სამართლებრივი ფასეულობანი. შესაბამისად, ჩვენში მოქმედ სამართალს ჰქონდა პრეტენზია, ყოფილიყო როგორც ნაციონალური, ისე ზენაციონალური ღირე-

ბულებების სინთეზირებული პროდუქტი. ამის უტყუარი მოწმობაა ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებული, რომელშიც ჰარმონიულად ერწყმის ერთმანეთს მოსეს სჯული, ბერძნული და სირიულ-რომაული სამართალი და წმინდა ქართული ნაციონალური სამართლის ძეგლები, როგორიცაა: ბექა-აღბუღას, გიორგი ბრწყინვალისა და, საკუთრივ, ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნები. ჩვენმა წინაპრებმა ამით ფეოდალური კარჩაკეტილობა დაძლიეს და აღიარეს სამართლის მეტაფიზიკურობა. ამის მაგალითია რამდენიმე განჩინება, რომლებშიც, ვახტანგის კრებულში შესული წიგნების გარდა, დამოწმებულია იმ ხალხთა სამართალიც (რუსთა, ფრანგთა და ა.შ.), რომელთაც საქართველოში არავითარი სამოქმედო ძალა არ გააჩნდათ. ეტყობა, ჩვენს წინაპრებს კარგად ესმოდათ სამართლის არაპოზიტიური მდგომარეობა და მისი არსებობის ზენაციონალური ბუნება.

ბატონიშვილებს მაშინაც არ შეუწყვეტიათ დასავლურ სამართალზე ორიენტირებულ კანონთა პროექტებზე მუშაობა, როდესაც საქართველო გახდა რუსეთის იმპერიის ნაწილი. ჩვენმა ხალხმა ისტორიულად მოიპოვა უფლება, ჰქონოდა დასავლურ ღირებულებებზე დაფუძნებული სამართალი. რუსეთის იმპერიის ფარგლებში ეს უფლება მას წართმეული ჰქონდა. არც საბჭოთა იმპერიის ეპოქაში ჰქონია მას ამის უფლება. მხოლოდ მისი დაშლის შემდეგ გაჩნდა რეალური შანსი, ქართველებს საკუთარი სამართალი ჰქონოდათ. საქართველო ერთ-ერთი პირველი პოსტსაბჭოური ქვეყანა იყო, რომელმაც უარი თქვა კომუნისტურ მემკვიდრეობაზე და მთლიანად შეაქცია ზურგი საბჭოთა სამართლებრივ კატეგორიებს. რაც დრო გადის, ქართული სამართლებრივი სხეული თავისი კანონმდებლობით, დოგმატიკითა და პრეცედენტებით სულ უფრო და უფრო უახლოვდება სამართლის თანამედროვე ყოფიერებას. ამ საქმეში კი გადამწყვეტ როლს თამაშობს განათლებული, ევროპული სამართლის ეშხის მოზიარე, იურისტთა კორპუსი. პროფესორი ლადო ჭანტურია ამ ჯგუფის ერთ-ერთი ღირსეული წარმომადგენელი და ჩვენი ხალხის ისტორიული უფლებებისთვის მებრძოლი მეცნიერია.

III. სამოქალაქო კოდექსის ერთ-ერთი მთავარი ავტორი და მისი პრაქტიკაში დამნერგავი

სამოქალაქო კოდექსის შექმნა ისტორიული მოვლენა იყო ქართულ სინამდვილეში. პროფესორ სერგო ჯორბენაძის დასავლურმა განსწავლულობამ გადამწყვეტი როლი შეასრულა ამ კოდექსის ღირებულებით ორიენტაციაში. მის მიერ შექმნილი კომისია თვლიდა, რომ საქართველოს უნდა აღედგინა ის ჩატეხილი ხიდი, რომელიც მას კვლავ დააკავშირებდა ევროპას.

ევროპული ტიპის კოდექსის შექმნაში გამოჩნდა ქართველი ხალხის ისტორიული მართლშეგნებისა და მისი ინტელექტუალური ძალის როლი. ამ საქმეში წარმატებისათვის საჭირო იყო კერძო სამართლის განვითარების თანამედროვე ტენდენციების დანახვა, რაც ევროპელ ცივილისტებთან თანამშრომლობით გახდა შესაძლებელი. ბრემენელი პროფესორები: როლფ კნიპერი და ჰელმუტ

ჰაინრიხსი – იმთავითვე ჩაერთვნენ კოდექსის შექმნის პროცესში და მიღების შემდეგაც საკმარისად იზრუნეს ცხოვრებაში მის დანერგვაზე.

ახალგაზრდა პროფესორი ლადო ჭანტურია ჯერ კიდევ მაშინ შეუდგა გეტინგენის უნივერსიტეტში კერძო სამართლის შესწავლას, როცა საბჭოთა კავშირი ახალი დაშლილი იყო. იგი საქართველოში დაბრუნდა საუკეთესო გამოკვლევებით და 1992 წლიდანვე ჩაერთო კოდექსის შექმნაში, ბოლოს კი რამდენიმე წელი მუხლჩაუხრელი მუშაობდა პროფესორ სერგო ჯორბენაძის მიერ შერჩეულ ოთხკაციან სარედაქციო კომისიაში, რაც 1997 წლის შემოდგომაზე დაგვირგვინდა სამოქალაქო კოდექსის მიღებით. ამის შემდეგ დაიწყო კოდექსის ტოტალური დანერგვა ჩვენს პრაქტიკულ ცხოვრებაში. კოდექსის ცხოვრებაში დამკვიდრება შეუძლებელი იყო სათანადო ინტელექტუალური ბაზის გარეშე. პირველ რიგში, გადაწყდა, შექმნილიყო მისი კომენტარები, რაც განხორციელდა კიდეც და სულ მოკლე დროში, პროფესორ ლადო ჭანტურიას რედაქტორობით, გამოვიდა ექვსი წიგნი, რომელთაც დღესაც არ დაუკარგავს თავისი მნიშვნელობა. ამას მოჰყვა არაერთი მონოგრაფია, რომლებშიც ყალიბდებოდა კერძო სამართლის დოგმატური საფუძვლები. გადაუჭარბებლად შეიძლება ითქვას, რომ პროფესორ ლადო ჭანტურიას შრომებმა საფუძველი ჩაუყარა თანამედროვე კერძო სამართლის მეცნიერებას. მისივე რედაქტორობით, დასავლურად მოაზროვნე ახალგაზრდა ცივილისტების ავტორობით, უკვე გამოვიდა სამოქალაქო კოდექსის ახალი და ვრცელი კომენტარის რამდენიმე წიგნი. იმავდროულად მას ეკუთვნის სხვადასხვა მუხლის კომენტარიც. დღეს ჩვენ გვყავს მკვლევართა საკმაოდ ძლიერი ჯგუფი, რომელთა დიდი ნაწილი სწორედ აღნიშნული გამოკვლევებით ეზიარა კერძო სამართალს. ეს შრომები გახდა წყარო ჩვენი სასამართლო პრეცედენტებისთვისაც. პრაქტიკის შესწავლა გვარწმუნებს, რომ თუ არა პროფესორ ლადო ჭანტურიას კვლევები, სასამართლო კორპუსს გაუჭირდებოდა სამოქალაქო კოდექსისა და „მეწარმეთა შესახებ" კანონის მთელი რიგი ნორმების სწორი განმარტება. გვინდა თანმიმდევრულად წარმოვადგინოთ მისი ძირითადი მონოგრაფიების მნიშვნელობა თანამედროვე კერძო სამართლის განვითარებაში.

IV. საკუთრების თანამედროვე კონცეფციის პირველი მკვლევარი

საქართველო პირველი ქვეყანა იყო პოსტსაბჭოურ სივრცეში, რომელმაც საბჭოთა კავშირის დანგრევისთანავე მხარი აუბა საკუთრების დასავლურ კონცეფციას და ყველა მესაკუთრისათვის კონსტიტუციით დადგინდა საერთო გარანტიები. ოთხმოცდაათიან წლებში დიდი დისკუსიები მიმდინარეობდა მიწის პრივატიზაციასთან დაკავშირებით, რომელსაც ჰყავდა როგორც მომხრეები, ისე მოწინააღმდეგეები. პროფესორ ლადო ჭანტურიას მიერ იმ დროს გამოქვეყნებული წერილები დასავლური სულისკვეთებით იყო გაჟღენთილი და მიუთითებდა მიწის პრივატიზაციისა და, საერთოდ, კერძო საკუთრების დამკვი-

დრების აუცილებლობაზე ჩვენს ქვეყანაში. განსაკუთრებით წარმატებული აღმოჩნდა მისი მონოგრაფია („უძრავი ნივთების საკუთრება“, თბილისი, 1994, 267 გვ.; მეორე გამოცემა, 2004, 310 გვ.), რომელმაც არსებითი გარდატეხა შეიტანა საკუთრების ევროპული კონცეფციის დამკვიდრებაში. მან მთლიანად შეცვალა ჩვენი დამოკიდებულება საკუთრების მიმართ. ამ წიგნში საკუთრება დახასიათებულია, როგორც ადამიანის ძირითადი უფლება, მისი თავისუფლების საფუძველი. საკუთრება დანახულია კერძო და საჯარო ინტერესების თანაფარდობის ჭრილში, როგორც საზოგადო ინტერესებით ზომიერად შებოჭილი ფასეულობა. საკუთრება ადამიანს ავალდებულებს მისი გამოყენებისას იმავდროულად ანგარიში გაეწიოს საზოგადო ინტერესებს. საკუთრების ამ ჭრილში დანახვა აუცილებელი იყო ჩვენი საზოგადოებისათვის, რომელიც მომეტებულად იყო (და, სამწუხაროდ, ახლაცაა) დამუხტული საკუთრების კერძო სარგებლიანობით. სანამ არ მივალთ იმ შეგნებამდე, რომ კერძო ინტერესების წარმატება საზოგადო ინტერესების პატივისცემითა და მასთან თანაარსებობითაა შესაძლებელი, მანამდე ჩვენ სახელმწიფოსგან სულ გაუცხოებული ვიქნებით.

აღსანიშნავია ისიც, რომ ინტერესთა ურთიერთგაუცხოება იმდენად ჩაკირულია ჩვენს ცნობიერებაში, რომ მათი ბალანსის აღქმა ზოგჯერ მაღალი რანგის მოსამართლესაც უძნელდებოდა. მოქალაქე ფურცხვანიძემ თავის სარჩელში განაცხადა: საკუთრება ხელშეუვალია და დამქირავებელს გამქირავებლის ნების საწინააღმდეგოდ არა აქვს უფლება, ხელშეკრულების მოქმედების ვადა გაიხანგრძლივოს. სასამართლოს გადაწყვეტილებით დგინდება: საკუთრება ფუნდამენტური და ხელშეუვალი უფლებაა და დამქირავებლები ვერ შეზღუდავენ მას. ჩვენი ამჟამინდელი პრეცედენტების საერთო სულისკვეთება ევროპული სასამართლოს მიდგომებს ეხმიანება, რომელიც თვლის, რომ დამქირავებლების ინტერესებით შეიძლება შეიზღუდოს საკუთრების უფლება. ამ წიგნმა, რომელიც ქართული და გერმანული სამართლის შედარებითი ანალიზის საუკეთესო ნიმუშია, დიდი როლი შეასრულა საკუთრების თანამედროვე კონცეფციისა და მასზე დაფუძნებული საკუთრებითი წესრიგის შემეცნებაში. მისი მეორედ გამოცემის შემდეგ საკმაოდ წინ წავიდა ქართული ცივილისტური აზროვნება, მაგრამ იგი კვლავაც რჩება, როგორც საკუთრების ძირითადი უფლების ყოფიერების შემეცნების საუკეთესო წყარო.

V. კერძო სამართლის სისტემური ცნებების შესახებ ფუნდამენტური სახელმძღვანელოების ავტორი

პროფესორ ლადო ჭანტურიას მიერ სტუდენტებისათვის დაწერილმა წიგნებმა სამოქალაქო სამართალში („შესავალი სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში“, თბილისი, 1997, 433 გვ. სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 476 გვ.) არსებითად შეცვალა ჩვენი დამოკიდებულება კერძოსამართლებრივი ფასეულობებისადმი. სამოქალაქო კოდექსის მიღებიდან კერძო სამართალი გათავისუფლდა საჯარო სამართლის მომეტებული მეურვეობისაგან და დაადგა კერძო ავტონომიის გზას. მართალია, სამოქალაქო კოდექსი

ახალ ფასეულობებს ამკვიდრებდა, მაგრამ ცხოვრებაში მათი განხორციელება საჭიროებდა საბჭოთა ლიტერატურისაგან პრინციპულად განსხვავებული ლიტერატურის შექმნას. პროფესორ ლადო ჭანტურიას მონოგრაფიებს ქართველი იურისტები შეჰყავდა სამართლის სრულიად განსხვავებულ სამყაროში, რომელსაც საუკუნეების განმავლობაში ქმნიდნენ მეცნიერების ცნობილი ავტორიტეტები (სავინი, პუხტა, იერინგი, ლარენცი და სხვ.). ამ წიგნების ღირსება ისაა, რომ მისი სისტემური სხეული დასავლეთში მიღებული სახელმძღვანელოების მსგავსადაა აგებული. მრავალ ზოგად საკითხთან ერთად, ხაზგასმითაა დახასიათებული კერძო სამართლის კონსტიტუციური საფუძვლები. კერძოდ, კონსტიტუციური ნორმებისა და ღირებულებების მოქმედება კერძო სამართალში. განსაკუთრებით შესამჩნევია ეს პროცესი ძირითადი უფლებების დარგში. კონსტიტუცია უნდა განვიხილოთ, როგორც კერძოსამართლებრივი ფასეულობების განახლება-ტრანსფორმაციის წყარო. ერიხ ლიუთის საქმეზე გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ 1958 წელს მიღებული გადაწყვეტილება ბევრისმთქმელია ამ თვალსაზრისით.

პირებზე მოძღვრება ამ წიგნების მშვენებაა. ადამიანი, როგორც სამართლის სუბიექტი, პიროვნულობის მქონე არსებაა და ამ სახით მონაწილეობს იგი სამოქალაქო ურთიერთობებში. გაცილებით მეტი სიახლეებით გამოირჩევიან იურიდიული პირები, რაც, ალბათ, მათი ფიქტიური არსებობითაცაა განპირობებული. ის, რაც ადამიანის ხელით იქმნება, თავისი ბუნებით მთლიანად ადამიანზეა დამოკიდებული. ამ კანონზომიერების ქვეშ ექცევიან იურიდიული პირები. კანონმდებელმა სამოქალაქო კოდექსის მიღებიდან დღემდე ბევრჯერ შეცვალა იურიდიული პირის უფლებრივი სარტყელი, მაშინ როცა საბჭოთა სამართალმაც კი ვერ შეძლო ფიზიკური პირის დამკვიდრებული უფლებრივი მდგომარეობის სრული იგნორირება.

ისტორიულად იურიდიული პირები მუდმივად ისწრაფოდნენ, ფიზიკური პირის უფლებრივი სახე მიეღოთ. სამოქალაქო კოდექსმა ამას ნორმატიული წერტილი დაუსვა და ისინი აღჭურვა საერთო უფლებაუნარიანობით. ამ წიგნში იურიდიული პირი წარმოჩენილია, როგორც სამართლებრივი რეალობა, რომლისთვისაც თავისუფალია სამოქალაქო ბრუნვის ასპარეზი. აკადემიური მიმზიდველობითა და სრუყოფილებითაა ახსნილი იურიდიული პირის არსობისათვის დამახასიათებელი თავისებურებანი და მისი სამოქალაქო ბრუნვაში მონაწილეობის უფლებრივი ჯავშანი. ამის შემდეგ მოდის მოძღვრება გარიგებებზე, რომლის ნორმატიული საფუძველი ქართულ სამართალში, უპირატესად, გერმანულ სამართალს ემყარება. გერმანულ დოქტრინაში დაგროვილი მდიდარი გამოცდილების საფუძველზე გარიგების ყველა დეტალია შესწავლილი. ამ ნაწილს შევყავართ გარიგების თაობაზე თანამედროვე კონცეფციის სრულიად ახალ სამყაროში, რომელიც ადგენს, რომ გარიგება ნების გამოვლენაა, ნების გამოვლენა განმარტებადია, გარიგების ფორმა თავისუფალია, ნების ნაკლი ბათილობის საფუძველია და ა.შ. ყველაზე მნიშვნელოვანი ის არის, რომ ავტორი ჩახლართულ ნორმებს გვერდს კი არ უვლის, არამედ ცდილობს, მათი განმარტება შემოგვთავაზოს. თანაც ამას ახერხებს იმდენად მარტივი ენით,

რომ მკითხველს ისეთი შთაბეჭდილება რჩება, თითქოს მანამდეც ნათელი იყო მისთვის ნორმის შინაარსი.

VI. თანამედროვე ქართული საკორპორაციო სამართლის მესაძირკვლე

მეწარმეობის მომწესრიგებელი კანონმდებლობის შექმნა სამართლის რეფორმის უპირველესი ამოცანა იყო. ბრემენელმა პროფესორმა როლფ კნიპერმა და მაინის ფრანკფურტელმა ადვოკატმა ჰარტმუტ ფრომმა პროფესორ ლადო ჭანტურიასთან ერთად შეადგინეს კანონის პროექტი „სამეწარმეო საზოგადოებების შესახებ", რომელიც 1994 წელს შევიდა ძალაში „მეწარმეთა შესახებ" კანონის სახელწოდებით. ამ კანონის განმარტება და ცხოვრებაში დამკვიდრება მოითხოვდა სათანადო ლიტერატურის შექმნას. სულ მოკლე დროში პროფესორი ლადო ჭანტურია აქვეყნებს ამ კანონის კომენტარს, რომელიც რამდენჯერმე გამოიცა და საფუძველი დაუდო საქართველოში სამეწარმეო სამართლის ჩამოყალიბებას. რომ არა ეს კომენტარი, კანონის ბევრი ნორმა, რომელიც ევროპელი იურისტისათვის ადვილად გასაგებია, ჩვენთვის გაუგებარი იქნებოდა. იგი იმავდროულად სახელმძღვანელოს ფუნქციასაც ასრულებდა.

ამ კომენტარს მოჰყვა გერმანიაში დაწერილი ფუნდამენტური მონოგრაფია კორპორაციული მართვის პრობლემებზე („კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში", გამომცემლობა „სამართალი", თბილისი, 2006, 527 გვ.). მსგავსი მონოგრაფია არ შექმნილა პოსტსაბჭოურ სივრცეში და იგი, უპირატესად, ამერიკული და გერმანული სამართლის შედარებითი ანალიზის შედეგია. კორპორაციის წარმატება, ისევე როგორც ნებისმიერი საქმიანობისა, დამოკიდებულია მენეჯერული ხელოვნების ხარისხზე. ამ წიგნში დეტალურადაა გადმოცემული კორპორაციის მართვის პრინციპები მათთვის დამახასიათებელი პოზიტიური და ნეგატიური ეფექტებით. ამ წიგნის ძირითადი დებულებების თანახმად, ხელმძღვანელთა თავისუფლებისა და პასუხისმგებლობის სწორი განსაზღვრა კორპორაციის წარმატების მთავარი ფაქტორია.

ყველაზე მნიშვნელოვანია ამ წიგნის ეფექტი ჩვენი სინამდვილისათვის. იგი ისეა დაწერილი, რომ მთავარი ინტელექტუალური სამიზნე ქართული სამეწარმეო სამართალია. მისგან ბევრი რამ შეიძლება ისწავლოს როგორც კანონმდებელმა, ისე მეწარმეობით დაინტერესებულმა ნებისმიერმა პირმა.

პროფესორ ლადო ჭანტურიას კიდევ სხვა მრავალი კვლევა გახდა საძირკველი კორპორაციული სამართლის აღორძინებისა ქართულ რეალობაში. არც ერთ სხვა დარგს არ ჰქონია ისეთი ინტერესი და გაქანება ჩვენს ამჟამინდელ რეალობაში, როგორც სამეწარმეო სამართალს. არ შევცდებით, თუ მოკრძალებით ვიტყვით, რომ ჩვენ წინაშეა მესაძირკვლე ქართული კორპორაციული სამართლისა. უნდა ითქვას, რომ ახალგაზრდა მკვლევართა დიდი ჯგუფი წარმატებით მიჰყვება მის მიერ გაკვალულ გზას.

მართალია, რამდენიმე წლის წინ მეწარმეობის მოსაწესრიგებლად ახალი კანონი იქნა მიღებული, უხვი ლიტერატურა, რაც ამ საგანზეა უკვე შექმნილი, ახალი კანონის განმარტებით, საუკეთესო წყაროა.

VII. მოთხოვნის უზრუნველყოფის თანამედროვე სამართლის ფუძემდებელი

ვალდებულების შესრულებაზე ორიენტაცია მოითხოვს ადეკვატური უზრუნველყოფის სამართლის არსებობას. სამოქალაქო კოდექსი დეტალურად აწესრიგებს უზრუნველყოფის სანივთო და ვალდებულებით საშუალებებს. ისინი ამ მოთხოვნათა შესრულების ისტორიულად ნაცადი საშუალებებია. ამ საკითხების პირველი კვლევა პროფესორ ლადო ჭანტურიას უკავშირდება. მან ცალკე წიგნი მოუძღვნა მოთხოვნის უზრუნველყოფის სანივთო საშუალებებს („საკუთრება, როგორც მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალება“, თბილისი, 1999, 111 გვ.). აქაც მის ავტორს ეკუთვნის მრავალი ბუნდოვანი ნორმის განმარტება და მათი ნამდვილი შინაარსის ახსნა. ამას მოჰყვა ვრცელი სახელმძღვანელო უზრუნველყოფის სამართალში („კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი“, გამომცემლობა „სამართალი“, თბილისი, 2012, 304 გვ.). ამ წიგნით პროფესორმა ლადო ჭანტურიამ პირველმა შექმნა ქართულ სინამდვილეში კრედიტის უზრუნველყოფის სამართლის სისტემა, რომელიც მოიცავს როგორც ზოგად დებულებებს, ისე კრედიტით უზრუნველყოფის სხვადასხვა საშუალებებს. ნაშრომში ჯერ ვალდებულებითსამართლებრივი საშუალებებია სრულყოფილად დახასიათებული, ამის შემდეგ კი სანივთოსამართლებრივი საშუალებები. ასეთია გირავნობა, იპოთეკა და პირობადებული საკუთრება. ამ სფეროში ქართული სამოქალაქო კოდექსის ნორმები არსებითად შეიცვალა, ზოგჯერ პრინციპების დონეზეც კი. აღნიშნული წიგნის გამოქვეყნებამდე, პროფესორმა ლადო ჭანტურიამ სამოქალაქო კოდექსის კომენტარის მეორე წიგნში შეასრულა უზრუნველყოფის სანივთო საშუალებათა ყველა მუხლის ახსნა-განმარტება არა უბრალოდ თეორიული დებულებების გადმოცემით, არამედ კონკრეტული მაგალითების მოშველიებით. ეს მისი კვლევითი საქმიანობის სტილია. მას შეუძლია სამართლის ურთულესი ნორმა უმარტივესი მაგალითებით გადმოსცეს და გასაგები გახადოს სამართალში ჩახედული ნებისმიერი პირისათვის.

VIII. ევროპულ და პოსტსაბჭოურ ქვეყნებში ქართული სამართლებრივი აზრის გამავრცელებელი

ევროპულ სამართალთან ჰარმონიზაციის პროცესი მოიცავს ქართული სამართლებრივი აზრის გავრცელებას დასავლეთში. ძველ დროში ამას ევროპელი მკვლევრები (ჰოლდაკი, კარსტი და სხვ.) ახერხებდნენ. სამოქალაქო კოდექსის ამოქმედების დღიდან ამ საქმეში ქართველი მკვლევრები ჩაებნენ, რაზეც მეტყველებს უცხოეთში მათ მიერ დაცული დისერტაციები. პროფესორი

ლადო ჭანტურია გერმანულ, ინგლისურ და რუსულ ენებზე დასავლეთსა და პოსტსაბჭოურ ქვეყნებში აქვეყნებს მონოგრაფიებსა და სამეცნიერო სტატიებს, რომელთა საშუალებით უცხოელები ეცნობიან თანამედროვე ქართული სამართლის სულისკვეთებას. ამ შრომებში მეცნიერული კეთილსინდისიერება და ობიექტურობა შერწყმულია ქართველი ხალხის სახელმწიფოებრიობის სიყვარულთან. მხოლოდ რამდენიმე მათგანზე შევჩერდებით. პროფესორ როლფ კნიპერთან და ჰანს იოახიმ შრამთან ერთად ბერლინში გერმანულად ქვეყნდება მონოგრაფია („კერძო სამართალი კავკასიასა და ცენტრალურ აზიაში“, 2010, 636 გვ.), რომლის დიდი ნაწილი ეკუთვნის პროფესორ ლადო ჭანტურიას. ამ წიგნში ევროპული სამართლის ფონზეა დანახული პოსტსაბჭოური ქვეყნების სამართალი, რომელშიც გამორჩეულად მოჩანს ქართული სამოქალაქო კოდექსი. მისი მთავარი ღირსება ის არის, რომ იგი მთლიანად გაემიჯნა საბჭოთა სამართლებრივ კატეგორიებს, რაც ვერ მოხერხდა სრულყოფილად სხვა ქვეყნებში. მაგალითად, ბევრი პოსტსაბჭოური ქვეყანა კვლავაც დარჩა საკუთრების სამართლებრივი ფორმების, ოპერატიული მართვის, სრული სამეურნეო გამგებლობის კატეგორიების ერთგული. პროფესორ ლადო ჭანტურიას მიერ უცხოურ გამომცემლობებში გამოქვეყნებული სამეცნიერო სტატიები ქართული სამართლებრივი აზრის გავრცელება-გაცნობის საუკეთესო საშუალებად უნდა ჩაითვალოს. მისი წიგნი „შესავალი სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში“ ითარგმნა და დაისტამბა რუსულ გამომცემლობაში. ცნობილი მოსკოველი ცივილისტები სტუდენტებს ურჩევენ, პირველ რიგში, აღნიშნული წიგნი გამოიყენონ საგნის მოსამზადებლად. ეს კარგი მაგალითია იმისა, ვინ ვისგან უნდა ისწავლოს.

IX. სამოსამართლო სამართლის მხარდაჭერა და მოღვაწეობა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში

სამოქალაქო კოდექსის პრაქტიკაში დანერგვა შეუძლებელი იქნებოდა, თუკი მოსამართლეებს არ მიეცემოდათ მისი თავისუფალი განმარტების უფლება. აქ მთავარი იყო, მოსამართლეს დაეძლია მცდარი განმარტების შიში, რაც მას აქცევდა პოზიტიური სამართლის ტყვეობაში. ეს ჩვენც დავინახეთ, როცა საკონსტიტუციო სასამართლოში შემოსული კონსტიტუციური წარდგინებისას მოსამართლეები ითხოვდნენ ნორმების განმარტებას, რაც, ფაქტობრივად, მათ უნდა გაეკეთებინათ. პროფესორმა ლადო ჭანტურიამ თავიდანვე დაუჭირა მხარი მოსამართლეთა აქტივობას ამ მიმართულებით და უთვალავი საერთაშორისო კონფერენციის ჩატარებით ხელი შეუწყო საქართველოში სამოსამართლო სამართლის ჩამოყალიბებას და ამ საგანზე ღრმად აკადემიური კვლევევი განახორციელა. მათ შორის ნიშანდობლივია ბოლო პერიოდში შექმნილი მისი ნაშრომები: „სასამართლო გადაწყვეტილებათა დასაბუთებულობა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს სამოსამართლო სამართალში“ (წიგნში „რევაზ გოგშელიძე. 65. საიუბილეო კრებული“, თბ., „მერიდიანი“, 2022

წ., გვ. 311-325); „გამოხატვის თავისუფლება და სხვათა უფლებები სტრასბურგის სასამართლოს სამოსამართლო სამართალში“ (ავთანდილ დემეტრაშვილის 80 წლისადმი მიძღვნილი საიუბილეო კრებული. თბილისი, 2021 წ. 12-30); „მოსამართლის დამოუკიდებლობა და სასამართლოს ავტორიტეტი ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს სამართლის მიხედვით“ (წიგნში „ნონა თოდუა, 60, საიუბილეო კრებული“, თბ. „მერიდიანი“ 2021, გვ. 26-46); „ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენება და სამოსამართლო დიალოგი“ („სამართლის ჟურნალი“, №2, 2019, გვ. 5-11); „მოსამართლის უფლებები ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს სამოსამართლო სამართალში“ (წიგნში: სამართლისა და პოლიტიკური აზროვნების ისტორიის ნარკვევები, წიგნი მეოთხე, კრებული ეძღვნება აკადემიკოს ისიდორე დოლიძის ხსოვნას, გამომცემლობა მერიდიანი, თბილისი, 2019, გვ. 1048-1057). როგორც ზემოთმოყვენილი კვლევები მოწმობს, მისი ნაშრომები სხვადასხვა ჭრილში განიხილავს სამოსამართლო სამართალს და მისი განვითარების ტენდენციებს.

პროფესორმა ლადო ჭანტურიამ სამოსამართლო კარიერა საქართველოს უზენაესი სასამართლოდან დაიწყო. ის წლების განმავლობაში იკავებდა უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის თანამდებობას. 1999-2004 წლებში მან ბევრი შრომა გასწია ქართული მართლმსაჯულების სისტემის გასავითარებლად. წლების შემდეგ კი ის საერთაშორისო სასამართლოში ახორციელებს მართლმსაჯულებას ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოსამართლის რანგში. პროფესორი ლადო ჭანტურია არამხოლოდ მეცნიერებაში გახლდათ ევროპული ღირებულებების მესაძირკვლე, არამედ მან შეძლო და საკუთარი მაღალი პროფესიული კომპეტენციით მიაღწია კიდევ ერთ წარმატებას – გახდა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გამორჩეული მოსამართლე და თავისი პრაქტიკული საქმიანობით საერთაშორისო დონეზე ავითარებს ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო სამართალს.

X. სტუდენტების საყვარელი პროფესორი

ბევრჯერ შეგვითავაზებია პროფესორ ლადო ჭანტურიასათვის, მოგვეწყო მისი წიგნების პრეზენტაცია, მაგრამ ის ამაზე ყოველთვის უარს ამბობდა. მისი აზრით, ყველაზე სწორი მსაჯული პროფესორის ნაღვაწისა არის სტუდენტი, რომელიც მისი წიგნებით სწავლობს სამართალს. იგი ითვლება სტუდენტების საყვარელ პროფესორად. ეს განპირობებულია იმითაც, რომ მისი სახელმძღვანელოები ისეთი ენითაა დაწერილი, რომელშიც აკადემიურობა და სიცხადე ერთმანეთთანაა შერწყმული, რაც მასალის აღქმას აადვილებს. მისი წერის სტილი გამოხატულია საუკეთესო ქართული ენით. პროფესორ ლადო ჭანტურიას ნაშრომების გაცნობის შედეგად პირველკურსელისთვისაც კი სრულიად გასაგები ხდება სამოქალაქო სამართლის არცთუ ისე მარტივი კონცეფციები და კატეგორიები.

პროფესორმა ლადო ჭანტურიამ ბევრ ქართველ სტუდენტს გაუკვალა გზა მეცნიერებისაკენ. ის არაერთი დოქტორანტის სამეცნიერო ხელმძღვანელია და მისი ხელშეწყობით მრავალი სადისერტაციო კვლევა განხორციელებულა. ამასთან, პროფესორი ლადო ჭანტურია ქართველ მკვლევართა მხარდამჭერია ევროპულ ინსტიტუტებსა თუ უნივერსიტეტებში, სადაც თავად დიდი ავტორიტეტით სარგებლობს. მის ხელში იურისტთა არაერთი თაობა აღზრდილა. ის მისაბაძი ლექტორი და გამორჩეული მეცნიერია.

პროფესორ ლადო ჭანტურიას მეცნიერული ნაღვაწის შეფასებისათვის 60 წელი არც ისე დიდი ასაკია, მაგრამ ყველასთვის ცხადია, რომ მისი სახით ჩვენ გვყავს ფასდაუდებელი მეცნიერი და მოქალაქე. კვლავ გავიმეორებთ, რომ პროფესორმა ლადო ჭანტურიამ მართლაც არსებითი წვლილი შეიტანა თანამედროვე ქართული სამართლის ჩამოყალიბებაში როგორც კანონმდებლობისა და მეცნიერების, ისე სასამართლო პრაქტიკის მიმართულებით. იგი დამსახურებულად ითვლება ქართული ცივილისტიკისა და, საერთოდ, თანამედროვე ქართული იურისპრუდენციის ერთ-ერთ ღირსეულ მესაძირკვლედ და აღიარებულ მკვლევრად. მისი იუბილესადმი მიძღვნილი წინამდებარე კრებული ამ ღვაწლის მოკრძალებული დაფასების მცდელობაა.

ასევე, არ გვინდა გამოგვრჩეს მისი შესანიშნავი ოჯახი – მეუღლე, ქალბატონი დალი კვირკველია, რომელიც სათნოების, მშვენიერებისა და გონიერების განსახიერებაა. მისი მუდმივი გვერდში დგომა და მხარდაჭერა რომ არ ყოფილიყო, ამდენი წარმატების მიღწევა ბატონ ლადოს ნამდვილად გაუჭირდებოდა. ამიტომაც, როგორც მისი წარმატებების თანამოაზრეს, ვულოცავთ მეუღლის 60 წლის იუბილეს. მამის საიუბილეო წელი უნდა მივულოცოთ ნიჭიერ ახალგაზრდებს – ნუცა და გიორგი ჭანტურიებს, რომლებიც წარმატებით სწავლობენ უცხოეთის უნივერსიტეტებში.

გვინდა, ახალ-ახალი წარმატებები ვუსურვოთ ჩვენს კოლეგასა და მეგობარს, პროფესორ ლადო ჭანტურიას, რომელიც მუდამ შესაშური თავმდაბლობით უანგაროდ ემსახურება საკუთარ ქვეყანასა და ხალხს.

პროფესორი ***ბესარიონ ზოიძე***

ასოცირებული პროფესორი ***თამარ ზარანდია***

*ჰოლფ კნიპეჰი**

გზა არის მიზანი

პრაქტიკული მეცნიერება, როგორც მეცნიერული პრაქტიკა ლადო ჭანტურიას ცხოვრებაში

1993 წლის ერთ მშვენიერ შაბათ დღეს ლადო ჭანტურია და მე ჟიგულით მივემგზავრებოდით ანანურისა და ყაზბეგისაკენ. მას სურდა ჩემთვის ეჩვენებინა თავისი ქვეყნის სილამაზე, რომლის პოლიტიკურ, ეკონომიკურ და სოციალურ ნგრევას ფიზიკურად და ფსიქოლოგიურად განიცდიდა. იმავდროულად იმ დისკუსიებისგან ცოტა დასვენებაც სურდა, რომლებიც ცოტა ხნის წინ იუსტიციის სამინისტროს მიერ შექმნილ სამუშაო ჯგუფში სამოქალაქო, სავაჭრო და ეკონომიკური სამართლის კონცეფციის შემუშავებისას გვქონდა. ჩვენს სამუშაო ჯგუფში შედიოდნენ პროფესორები სერგო ჯორბენაძე და ზურაბ ახვლედიანი, ახალგაზრდა მეცნიერები ბესარიონ ზოიძე და მარიკა ცისკაძე, ჩვენ თვითონ და მეწარმეთა შესახებ კანონზე მომუშავე გერმანელი იურისტი ჰართმუთ ფრომი.

ჩვენს დავალებას შეადგენდა იმის განსაზღვრა, თუ რომელი საკითხები უნდა მოეწესრიგებინა ახალ სამოქალაქო კოდექსს, რა საკითხები იყო დრომოჭმული, რა უნდა დაერეგულირებინა ცალკეულ კანონებს, და საერთოდ რას წარმოადგენდა კერძო სამართალი საბჭოთა წარსულის გათვალისწინებით, სადაც „საჯარო“ და „კერძო“ სამართალს სრულიად სხვა მნიშვნელობა ჰქონდათ ვიდრე ტრადიციულ საბაზრო ეკონომიკაში. თუმცა ერთი შეზღუდვაც გვქონდა: ჩვენ გვევალებოდა კანონის სისტემასა და კოდიფიკაციის წესებზე მსჯელობისაგან დამოუკიდებლად, რაც შეიძლება სწრაფად, შეგვემუშავებინა საკანონმდებლო ჩარჩო პირობები იმ დაწესებულებებისა და ორგანიზაციებისთვის, რომელთაც უნდა გადასცემოდათ ძველი სახელმწიფო საწარმოების ქონება, ესე იგი უნდა ჩამოყალიბებულიყო ახალი ტიპის მეწარმე სუბიექტები, რომელთა გარეშეც პრივატიზების განხორციელება შეუძლებელი იყო.

ნელა მივდიოდით მანქანით, ჩავუარეთ მიტოვებულ და დაჟანგულ საგზაო სამშენებლო დანადგარებს, ასევე ქალებს, რომლებიც პლასტმასის ვედროებით ხილს ყიდდნენ. გზა ცუდ მდგომარეობაში იყო, რაც დაშლილი საბჭოთა წყობილების სიმბოლოს წარმოადგენდა, თუმცა ეს გზა თვალწარმტაც ბუნებას მიუყვებოდა.

---

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult., ივანე ჯავახიშვილის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საპატიო დოქტორი, საქართველოს საპატიო მოქალაქე, ბრემენის უნივერსიტეტის პროფესორი-ემერიტუსი.

ვხვდებოდით, რომ ძალიან რთული დავალება ვიკისრეთ, თანაც იმის გაუცნობიერებლად, რომ ეს დავალება მთელი ჩვენი ცხოვრება თან გაგვყვებოდა, ყოველთვის არა, მაგრამ ხშირად ერთადაც, მაგალითად, სამოქალაქო კოდექსის რეფორმის კონცეფცია („Concept Paper: Reform of the Civil Code of Georgia with Annexes“), რომელიც 2017 წლის თებერვალში საქართველოს იუსტიციის მინისტრის დავალებით ერთად დავწერეთ, რადგან 2000 წლიდან, განსაკუთრებით კი 2004-2007 წლებში გატარებული ზოგიერთი რეფორმა არათანმიმდევრული და წინააღმდეგობრივი იყო („[un]fortunatley, some of the reforms introduced in the years 2000 and especially from 2004 to 2007, have [...] introduced amendments, which were inconsistent, contradictory and dis-equilibrated“).[1]

კანონი მეწარმეთა შესახებ

1993 წლის ჩვენი ექსკურსიის დროს უფრო იმაზე ვფიქრობდით, თუ რა სახელი მიგვეცა იმ კანონისთვის, რომელიც სამოქალაქო კოდექსამდე უნდა შეგვემუშავებინა. იგი არ უნდა ყოფილიყო კანონი მხოლოდ კორპორაციებზე (სამეწარმეო საზოგადოებებზე), რადგან მასში მეწარმეებად ფიზიკური პირების გათვალისწინებაც გვინდოდა. ეს არ უნდა ყოფილიყო კანონი, ზოგადად, ფიზიკური და იურიდიული პირების შესახებ, რადგანაც იმ ფიზიკური პირების ადგილი, რომლებიც არასამეწარმეო საქმიანობას ახორციელებდნენ, სამოქალაქო კოდექსში უნდა ყოფილიყო, ხოლო საჯარო სამართლის იურიდიული პირები სისტემურად სპეციალურ კანონში უნდა მოწესრიგებულიყო. საბოლოოდ იმაზე ჩამოვყალიბდით, რომ საჭირო და სასწრაფო იყო, სავაჭრო წარმომადგენლების, სავაჭრო მაკლერების და კომისიონერების საქმიანობის შესახებ ნორმები ამ კანონში შესულიყო, მიუხედავად იმისა, რომ ეს სისტემის თვალსაზრისით არ თავსდებოდა ამ კანონში. იმავე მგზავრობის დროს შევთანხმდით სახელწოდებაზე „კანონი მეწარმეთა შესახებ“. იგი ყველა ჩვენს კრიტერიუმს აკმაყოფილებდა და თანაც თავს ვარიდებდით საწარმოს ორგანიზაციულ-სოციოლოგიურ ცნებას. ლადოსთვის უფრო რთული იყო ქართულ ენაში სწორი ცნება ეპოვა რომელიც Unternehmer-ს, ანუ „მეწარმეს“ შეესაბამება.

მალე ჩვენს სამუშაო ჯგუფში იმაზეც შევთანხმდით, რომ უარი გვეთქვა იურიდიული პირის ცნების ფართო (ზედმეტად ფართო) საკანონმდებლო დეფინიციაზე, რომელიც მოგვიანებით ლადომ პოსტსაბჭოთა სამართლის სისტემების შეცდომად მიიჩნია. უფრო მართებულად ჩავთვალეთ ინდივიდუალური მეწარმის გვერდით სამეწარმეო იურიდიული პირების მცირე ჩამონათვალი შეგვეთავზებინა, კერძოდ, სოლიდარული პასუხისმგებლობისა და კომანდიტური საზოგადოებები, შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება და სააქციო საზოგადოება.[2] გარდა ამისა, საბჭოთა ტრადიციების გადასალახად და კონტი-

[1] *Lado Chanturia/Rolf Knieper*, Concept Paper: Reform of the Civil Code of Georgia with Annexes, Tbilisi, 2017, 2.

[2] *Lado Chanturia*, Kapitel “Juristische Personen“, in: *Rolf Knieper, Lado Chanturia, Joachim Schramm*, (Hrsg.), Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, 2010, 105.

ნენტური ევროპის თავდაპირველ ტრადიციებთან კავშირის აღდგენის მიზნით კანონში გავითვალისწინეთ კოოპერატივების ერთიანი ტიპი. სამშენებლო, სამომხმარებლო, სასოფლო-სამეურნეო და სხვა კოოპერატივებად დაყოფა ზედმეტად და საზიანოდ მიგვაჩნდა, რადგან სამართლებრივი უსაფრთხოებისა და სიცხადის მიზანს ეწინააღმდეგებოდა.

ამ საკანონმდებლო ტექნიკამ, ზოგადი ნაწილის შემოღების ჩათვლით, რომელშიც ყველა მეწარმისათვის გათვალისწინებული დებულებები დაფუძნებიდან ლიკვიდაციამდე იყო თავმოყრილი, და იურიდიული პირების numerus clausus საკანონმდებლო შეთავაზებამ უდავოდ შეუწყო ხელი ქართული მეწარმეობის მშვიდად განვითარებას კანონის ძალაში შესვლის დღიდან – 1994 წლის 28 ოქტომბრიდან. ჩვენ ყველანი კმაყოფილი ვიყავით, რადგანაც მეწარმეთა შესახებ კანონის საფუძვლიან რეფორმას, რომელიც ევროპის კავშირთან საქართველოს დაახლოების აუცილებლობით იყო გამოწვეული და რომელშიც ლადოს დიდი წვლილი მიუძღვნის, ძირითადი კონცეფციის უარყოფა არ გამოუწვევია.[3] ახალი, 2022 წლის 1 იანვარს ძალაში შესული კანონი მეწარმეთა შესახებ თავისი წინამორბედის ძირითად კონცეფციას მიჰყვება.

თუმცა, ამ რეფორმების შედეგად, სავარაუდოდ, უნებლიედ, კანონში ხარვეზი გაჩნდა, რომელიც უნდა გასწორდეს. როგორც ზემოთ აღვნიშნე, ჩვენ, 1994 წელს პრაგმატული მოსაზრებებიდან გამომდინარე, გადავწყვიტეთ, სავაჭრო გარიგების შუამავლის ურთიერთობა მეწარმეთა შესახებ კანონში შეგვეტანა, თუმცა ეს სისტემურად დამაკმაყოფილებელი არ იყო. ამიტომ სრულიად გასაგებია, რომ კანონმდებელმა თავდაპირველი მე-11 და მე-12 მუხლები კანონიდან ამოიღო. თუმცა გაუგებარია, რომ ნორმები სავაჭრო წარმომადგენელზე, კომისიონერსა და სავაჭრო მაკლერზე, ანუ სამი ეკონომიკურად ძალიან მნიშვნელოვანი ხელშეკრულების ტიპი, საერთოდ გაქრა ქართული სამართლიდან. ამის მიუხედავად, სამოქალაქო კოდექსის 754-ე მუხლი კვლავაც მეწარმეთა შესახებ კანონში სავაჭრო მაკლერის ნორმებზე მიუთითებს, არადა ეს ნორმები უკვე 15 წელზე მეტია, რაც აღარ არსებობს. ამიტომაც მე კვლავ ვიმეორებ ჯერ კიდევ 2017 წელს ლადო ჭანტურიასა და ჩემ მიერ მომზადებულ და ზემოთ ციტირებულ „Concept Paper“-ში გათვალისწინებულ მოთხოვნას, რომ, რაც შეიძლება სწრაფად გასწორდეს ეს ხარვეზი სამოქალაქო კოდექსში. აღსანიშნავია ისიც, რომ ევროპის კავშირთან დაახლოების ფარგლებში სავაჭრო წარმომადგენლების შესახებ ევროპის კავშირის დირექტივასთან (EU Directive No. 86/653/EWG) ქართული სამართლის ჰარმონიზაცია უნდა მოხდეს.[4]

---

[3] *Lado Chanturia*, Die Ausdehnung des Europäischen Privatrechts auf Drittstaaten am Beispiel Georgiens, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2018, 916 ff./925-927.

[4] *Lado Chanturia/Rolf Knieper*, Concept Paper: Reform of the Civil Code of Georgia with Annexes, Tiflis, 2017, 2.

სახელმწიფო, როგორც ბაზრის მონაწილე

ექსკურსიის დროს ჩვენ იმაზეც შევთანხმდით, თუ როგორ უნდა განსაზღვრულიყო სახელმწიფოს სტატუსი. ჩვენ ეჭვი არ გვეპარებოდა, რომ სახელმწიფოსთვის, პირველ რიგში, დამახასიათებელია მისი, როგორც სუვერენის მიერ, საზოგადოების სამსახურში განხორციელებული საჯარო ძალაუფლება, რომელიც სახელმწიფოებრივ უფლებამოსილებასა და ასევე ადამიანის არსებობისათვის აუცილებელი პირობების უზრუნველყოფას მოიცავს.

ზუსტად ადამიანის არსებობისათვის აუცილებელი პირობების უზრუნველყოფის სფეროში სახელმწიფო და მისი ტერიტორიული ორგანოები სპეციალური კანონის საფუძველზე უნდა იყვნენ უზრუნველყოფილი იურიდიული პირების განსაკუთრებული ორგანიზაციული ფორმებით, რათა მათ ავტონომიურად შეეძლოთ პოლიტიკური, სოციალური, კულტურული და სხვა საზოგადოებრივი საქმიანობის განხორციელება.[5] ეს მოსაზრება საკანონმდებლო წესით განმტკიცდა 1999 წელს მიღებულ კანონში საჯარო სამართლის იურიდიული პირების შესახებ.[6]

აღნიშნული კანონი სამეწარმო საქმიანობას შეგნებულად და ცალსახად გამორიცხავს მისი მოქმედების სფეროდან. თავის მხრივ კანონში მეწარმეთა შესახებ არ გვინდოდა სპეციალური ნორმები სახელმწიფოზე, როგორც მეწარმეზე ან პარტნიორზე სამეწარმეო საზოგადოებაში. ეს საკითხები სწორედ ამგვარად მოწესრიგდა.

უფრო სწორია, რომ სახელმწიფო და საჯარო სამართლის სხვა სუბიექტები საბაზრო ურთიერთობებში განსხვავებულად არ უნდა მონაწილეობდნენ ვიდრე დანარჩენი ფიზიკური ან იურიდიული პირები. ჩვენ იმ აზრის ვიყავით, რომ ეს პრინციპი სწორედ სამოქალაქო კოდექსში უნდა განმტკიცებულიყო, თუმცა ევროპის ძველ კოდიფიკაციებში ეს ცალსახად არ იყო ნახსენები. მხოლოდ 1976 წლიდან მოქმედი ჰოლანდიური სამოქალაქო კოდექსის (Burgerlijk Wetboek) მეორე წიგნის პირველი და მე-5 მუხლები განამტკიცებს, რომ სახელმწიფო იურიდიული პირია და რომ იგი მის ქონებრივ უფლებებთან დაკავშირებით, ფიზიკური პირის თანასწორია. ფიზიკურ პირებთან გათანაბრება ჩვენ დამაჯერებლად არ მოგვეჩვენა და სამოქალაქო კოდექსის 24.4-ე მუხლში ცხადი ფორმულირება ვარჩიეთ: „სახელმწიფო სამოქალაქო-სამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობს, როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირი“.

სამწუხაროდ, ეს ნორმა 2006 წელს გაზავებული იქნა, „სახელმწიფო თვითმართველობის ორგანოების“ შეცდომაში შემყვანი ცნებით, რაც, როგორც ჩანს, არაკვალიფიციური რჩევის გამო მოხდა. მე მხოლოდ ვარაუდი შემიძლია იმაზე, რომ ამ გაზავების მიზეზი შეიძლება იყოს ჰეგელის გადაჭარბებული წარმოდ-

[5] უფრო ღრმა მიმოხილვას იურიდიული პირების სახეობებსა და ფორმების შესახებ პოსტსაბჭოურ სამყაროში ნახავთ: *Lado Chanturia*, Kapitel „Juristische Personen“, in: *Rolf Knieper, Lado Chanturia, Hans-Joachim Schramm*, (Hrsg.), Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, 2010, 105 ff.

[6] მუხლი 2, კანონი საჯარო სამართლის იურიდიული პირის შესახებ, 28. მაისი 1999.

გენა სახელმწიფოზე. მისმა მიმდევრებმა, განსაკუთრებით გერმანულმა მოძღვრებამ სახელმწიფოზე, განავითარა იდეა, რომ სახელმწიფო თავისთავად არის კეთილგონიერი, და მისი წევრობა არა მხოლოდ უმაღლესი მოვალეობაა თითოეულისათვის, არამედ მისი თავისუფლების რეალობა.[7]

საბჭოთა კავშირში შენარჩუნებული იყო აზროვნების ეს ტრადიცია, თუმცა კარლ მარქსი, რომელსაც საბჭოთა კავშირი დამფუძნებელ მამას უწოდებდა, სოციალიზმში სახელმწიფოს გაქრობის უტოპიაზე საუბრობდა და არა მის აღმატებულებაზე.

საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკების კავშირის 1977 წლის კონსტიტუციის პირველ მუხლში ეწერა, რომ „სსრკ წარმოადგენს მთელი ხალხის სოციალისტურ სახელმწიფოს, რომელიც გამოხატავს მუშების, გლეხებისა და ინტელიგენციის [...] ნებასა და ინტერესებს“ და რომ სახელმწიფო ასევე წარმოადგენს ხალხის კუთვნილ წარმოების საშუალებებზე საკუთრების სუბიექტს (მუხლი 10). ამავე დროს წარმოუდგენელია „პროლეტარიატის დიქტატურით“ შექმნილი საბჭოთა სახელმწიფოს (1977 წლის კონსტიტუციის პრეამბულა) დაყვანა ერთი პროლეტარის დონეზე, ან თუნდაც, როგორც ჰოლანდიურ Burgerlijk Wetboek-ში წერია, ერთი ფიზიკური პირის დონეზე დაყვანა.

სამართლებრივი უსაფრთხოების თვალსაზრისით, კარგი იქნება, თუკი აღდგება სამოქალაქო კოდექსის 24.4-ე მუხლის თავდაპირველი ფორმულირება.

საბაზრო ბრუნვაში სახელმწიფოს, როგორც კერძო პირის, მონაწილეობის პოსტულატს აქვს ორი ასპექტი. ერთი მხრივ, ირკვევა, რომ სახელმწიფო არ არის შეზღუდული მხოლოდ საჯარო ფუნქციების განხორციელებით და მას, როგორც ერთ-ერთ მხარეს, შეუძლია მონაწილეობა მიიღოს საბაზრო ბრუნვაში, ხოლო მეორე მხრივ, ეს პრინციპი მიუთითებს, რომ ბრუნვის სხვა მონაწილეებთან მიმართებით არ შეიძლება მას რაიმე პრივილეგია მიენიჭოს ანდა რაიმე ზიანი მიადგეს. ეს შეეხება ასევე სახელმწიფოს მონაწილეობას სამეწარმეო საზოგადოებებში. ქართული კანონი მეწარმეთა შესახებ სწორედ ამიტომაც საერთოდ არ ახსენებს სახელმწიფოს და ამით მიანიშნებს, რომ ის, როგორც ყველა დანარჩენი პირი, შეიძლება იყოს მეწარმეც და პარტნიორიც, და რომ სამეწარმეო საქმიანობის სფეროში არანაირი სპეციალური ფორმა სახელმწიფო საწარმოებისთვის არ უნდა არსებობდეს.

უკვე 1993 წელს ჩანდა, რომ ზოგიერთი უცხოელი კონსულტანტების მიერ ნარჩევი და დაინტერესებული „ბიზნესმენების“ მიერ სიამოვნებით მიღებული დაჩქარებული პრივატიზაცია ბევრ ყოფილ საბჭოთა ქვეყანაში სიმდიდრის დაკარგვასა და იმავდროულად ოლიგარქიზაციას გამოიწვევდა. ამ პროცესს ხელს უწყობდა საბჭოთა სამართლით ინსპირირებული ნახევრად ავტონომიური სახელმწიფო საწარმოების სამართლებრივი ფორმები, თავისი მმართველობის, მენეჯმენტის, პასუხისმგებლობისა და ქონების მართვის არაორთოდოქსული წესებით, რომლებიც სახელმწიფო ქონების გაძარცვას აიოლებდნენ. ჩვენ ერთსულოვანი ვიყავით იმაში, რომ ასეთი სახელმწიფო საწარმოები საბაზრო

[7] იხ. *G.W.F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 258.

ეკონომიკასა და სამართლებრივ სახელმწიფოებრივად მოწყობილ საზოგადოებაში, და ამით საქართველოში, არ უნდა არსებულიყვნენ.

ეს ერთიანობა ჩვენი პირველი ექსკურსიის დროსვე გამოიკვეთა. დასაწყისში მე და ლადო თვითონვე ვიყავით გაკვირვებულები, რომ ორ სრულიად განსხვავებული ასაკის, სრულიად სხვადასხვა პოლიტიკურ, ეკონომიკურ და კულტურულ საზოგადოებებში სოციალიზირებულ ადამიანს, სრულიად განსხვავებული ცხოვრებისეული გამოცდილებით ასეთი ერთსულოვნება გვქონდა, ზედმეტი კომპრომისების საჭიროების გარეშე. ჩვენ ამაზეც ვიფიქრეთ. აღმოვაჩინეთ, რომ ჩვენი მამები მასწავლებლები იყვნენ, და რომ ორივეს ახლო ურთიერთობა გვქონდა ჩვენს დედებთან, და რომ სამართლისმცოდნეობის სწავლა ყოველგვარი თეორიების ცოდნის გარეშე და მხოლოდ ინტუიტიური სურვილით დავიწყეთ, რომ სამართლიანობის შექმნაში მიგვეღო მონაწილეობა, იმის შეგნებით, რომ ეკონომიკური დოვლათის შექმნა სოციალური თანასწორუფლებიანობის გარეშე ვერც მდგრად საზოგადოებრივ პირობებს შექმნიდა და არც იყო სასურველი. მაგრამ ჩვენ ეს მოსაზრებები მეტად აღარ გავაღრმავეთ, რადგან ჩვენი მეგობრობით ისედაც კმაყოფილი ვიყავით.

სამოქალაქო კოდექსი

თითქმის ოთხი წლის მანძილზე იხილავდა და ქმნიდა სამუშაო ჯგუფი სამოქალაქო კოდექსს, დაუღლელად თარგმნიდა მანანა მანჯგალაძე და დაუღლელად ეხმარებოდა მარიო პელეგრინი უთვალავ სხდომაზე ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში და ლადოს თბილისის ბინაში, ჩემს ბრემენის ბინაში, საერთაშორისო სიმპოზიუმებსა და კონფერენციებზე თბილისში, ბრემენში, სანკტ პეტერბურგში, კიევში, ალმა-ათასა და ლეიდენში.

ლადო ჭანტურიამ ეს პროცესი ერთ მიმოხილვაში ასე აღწერა: „როცა ქართველი იურისტების ჯგუფმა დამოუკიდებლობა მოპოვებული საქართველოსთვის სამოქალაქო კოდექსის შემუშავება გადაწყვიტა და სამართლის რეფორმას ძირითად საფუძვლად ევროპული ორიენტაცია დაუდო, ქართული სამართლის ევროპიზაციის ნიმუშად კონტინენტური ევროპის სამართლებრივი ტრადიცია მიიჩნეოდა, პირველ რიგში, გერმანული BGB, ნაწილობრივ კი ფრანგული Code Civil და ჰოლანდიური Burgerlijk Wetboek [...]. სათანადო გამოცდილებისა და სამართლებრივი ტრადიციის არარსებობა იმის სასარგებლოდ მეტყველებდნენ, რომ საქართველოს კოდიფიცირებული სამართალი, ზუსტად და მკაფიოდ ჩამოყალიბებული კანონის ტექსტები უნდა ექცია თავისი მართლწესრიგის ფუნდამენტად.[8]

კოდიფიკაციის მხარდაჭერა თავიდანვე ცხადი იყო. არა მხოლოდ საქართველოს ისტორიული ინტეგრაცია კონტინენტური ევროპის სამართლებრივ კულტურაში გვიბიძგებდა ამისკენ, არამედ თეორიული და პრაქტიკული გამ-

[8] *Lado Chanturia*, Rückblick auf Georgiens rechtliche Transformation im Privatrecht, in: *Matthias Kötter* u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatsförderung – Handbuch für Forschung und Praxis, 2022, 139 ff./139/141.

ჭრიახობაც, რომელიც გვკარნახობდა, რომ, პირველ რიგში, სამართლებრივი უსაფრთხოება და სიცხადე მნიშვნელოვან სიკეთეებს წარმოადგენენ, რადგან ისინი საბაზრო ბრუნვაში ტრანსაქციის ხარჯებს ამცირებენ, და მეორეც, რომ გულუბრყვილო ილუზიაა იმის დაჯერება, რომ საზოგადოებებში, სადაც საბაზრო ძალაუფლება არათანაბრად არის განაწილებული, საბაზრო ურთიერთობების სამართლიანი თვითრეგულაცია მოლაპარაკებების გზით არის შესაძლებელი. თავისუფალ საქათმეში მყოფი თავისუფალი მელიის მეტაფორა ასევე აღწერს ხელშეკრულების დადების თავისუფლების რეალობას. საკანონმდებლო წესით ჩამოყალიბებული სახელშეკრულებო სამართლის ალტერნატივა არ არის თავისუფალი მოლაპარაკების შედეგად დადებული ხელშეკრულება, არამედ ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები, რომელთა მთავარ მიზანს არა მხოლოდ საქმიანი ურთიერთობის ფოკუსირებული შემსუბუქება წარმოადგენს, არამედ რისკის ცალმხრივად გადაკისრება ამ პირობების შემდგენელზე. ქართული სამოქალაქო კოდექსის 347-ე და 348-ე მუხლები შეიცავს ასეთი შემთხვევების რეალისტურ ჩამონათვალს. 2000-2007 წლებში მრავალი მცდელობა იყო სამოქალაქო კოდექსში შეეტანათ ცვლილებები ე.წ. თვითრეგულირების სასარგებლოდ,[9] მცდელობები სამართლიანად იქნა უარყოფილი.

თუმცა, სამუშაო ჯგუფს კიდევ იმის განსაზღვრა ევალებოდა, თუ რა საკითხები უნდა შესულიყო ახალ სამოქალაქო კოდექსში. მართებული იქნებოდა კი მე-19 საუკუნის კოდიფიკაციის ტრადიციების გაგრძელება და, როგორც საქართველოს მაშინდელმა იუსტიციის მინისტრმა თედო ნინიძემ 1995 წლის 21 აპრილს თავის პროგრამულ გამოსვლაში ივანე ჯავახიშვილის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის წინაშე ჩამოაყალიბა, კოდიფიკაციების ერთ ათწლეულში იმის მიღწევა, რაც დასავლეთ და ცენტრალური ევროპის სახელმწიფოებმა კოდიფიკაციების ერთ საუკუნეში შექმნეს.[10] იქნებოდა კი თანამედროვე პირობების შესატყვისი, კომერციულ ურთიერთობაში სახელმწიფოს მზარდი მონაწილეობის გათვალისწინებით და, როგორც შემთავაზებლის, ისე მოთხოვნის მხარეს მუდმივად მზარდი კერძო საბაზრო ძალაუფლების კონცენტრაციის პირობებში, მომავალშიც წმინდა სამოქალაქო კოდექსის შექმნა, რომელიც ექსკლუზიურად მატერიალურ კერძო სამართალს მოიცავს და გამორიცხავს როგორც საპროცესო სამართლის ისე საჯარო სამართლის საკითხებს? უფრო მართებული ხომ არ იქნებოდა, სამოქალაქო კოდექსიდან კლასიკური სამოქალაქო სამართლის ნაწილების ამოღება ან საუკეთესო შემთხვევაში რამდენიმე ზოგადი დებულების შემუშავება და რეგულაციების არსებითი ნაწილების სპეციალურ კანონებში გადატანა, განსაკუთრებით მას შემდეგ, რაც პრაგმატული საფუძვლებიდან გამომდინარე კანონი მეწარმეთა შესახებ უკვე მიღებული იყო? პირიქით, ხომ არ იყო იმის დრო, რომ მე-18 საუკუნის კოდიფიკაციის მეთოდების რეცეფცია მოგვეხდინა, როდესაც გერმანიაში „Allgemeines Landrecht für

[9] *Lado Chanturia*, Rückblick auf Georgiens rechtliche Transformation im Privatrecht, in: *Matthias Kötter* u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatsförderung - Handbuch für Forschung und Praxis, 2022, 140.

[10] Zitiert in: *Rolf Knieper,* Gesetz und Geschichte - Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1996, 245.

die Preußischen Staaten“ 1794 წელს ან საქართველოში „სამართალი ბატონიშვილისა ვახტანგისა“ 1723 წელს იქნა მიღებული, რომლებიც საჯარო და კერძო, მატერიალურ და საპროცესო სამართალს შეიცავდა? ეს კითხვები არა მარტო საქართველოში, არამედ ყველა პოსტსაბჭოთა ქვეყანაში დაისვა, განხილულ იქნა და განსხვავებული პასუხებიც იქნა მათზე გაცემული.[11]

საქართველოში ბევრ ცენტრალურ საკითხზე სწრაფად მოხდა შეთანხმება.

პირველი – ბაზრები და ბაზრის მონაწილეების ურთიერთობა შეიცვალა, და კერძო საბაზრო ძალაუფლების არსებობა ისევე აღარ არის საეჭვო, როგორც ბაზრის მონაწილის სახით სახელმწიფოს გაძლიერებული ჩართულობა ამ ურთიერთობებში. მაგრამ ეს არ იწვევს იმას, რომ კერძო სამართალი და საჯარო სამართალი ერთმანეთს შეერწყას ან რომ საჯარო სამართალმა კერძო სამართალი გადაფაროს.[12]

სავაჭრო კოდექსის შესახებ დისკუსიის დროს ამ საკითხს დავუბრუნდები. კოდიფიკაციური სარგებელი სამოქალაქო კოდექსისა, რომელიც ფოკუსირებულია კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების რეგულირებაზე, უნდა შენარჩუნდეს. როდესაც გარკვეული სფეროები, როგორიც, მაგალითად, სადაზღვევო ან საბანკო სამართალი, სადაზღვევო და საბანკო ხელშეკრულებებთან ერთად, ძლიერ კერძო სახელშეკრულებო კომპონენტებს შეიცავენ, სასურველია, რომ ეს კერძოსამართლებრივი ურთიერთობები სამოქალაქო კოდექსში მოწესრიგდეს, მაშინ როცა სადაზღვევო კომპანიებსა და საფინანსო ინსტიტუტებზე საჯაროსამართლებრივი კონტროლი საჯარო ეკონომიკური სამართლის სპეციალურ კანონებში უნდა დარეგულირდეს.

მეორე – სამართლებრივი სიცხადის მიზნით აუცილებელია ერთმანეთისაგან გაიმიჯნოს მატერიალური და საპროცესო სამართალი. ამ თვალსაზრისით, გამოწვევას წარმოადგენს საერთაშორისო კერძო სამართალი. საბჭოთა ტრადიციის მიხედვით, უცხოელთა სამართლებრივი მდგომარეობის მომწესრიგებელი მატერიალური სამართალი სამოქალაქო კოდექსში იყო ინტეგრირებული, გერმანიაში ეს სისტემა ნაკლებად დამაჯერებელია: მატერიალური სამართალი არის გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის გარდამავალი დებულებების (BGB – Einführungsgesetz) ნაწილი, ხოლო საპროცესო სამართალი კი – სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის (ZPO) ნაწილი. საქართველომ შეისწავლა სხვა ქვეყნების კანონები, განსაკუთრებით კი შვეიცარიის 1987 წლის 18 დეკემბრის კანონი, და 1998 წელს მიიღო კანონი საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ, რომელიც მატერიალურ და საპროცესო სამართალს მოიცავს.[13] ამით საქართველომ

[11] სხვადასხვა ქვეყნის მაგალითები თავმოყრილია წიგნში: *Mark Boguslawskij/Rolf Knieper* (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, 1998 (in deutscher und russischer Sprache); *Rolf Knieper/Lado Chanturia/Hans-Joachim Schramm*, (Hrsg.), Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens, 2009; *Rolf Knieper, Lado Chanturia, Hans-Joachim Schramm*, (Hrsg.), Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, 2010.

[12] ზოგადად ამ პრობლემატიკასთან დაკავშირებით: *Rolf Knieper,* Gesetz und Geschichte - Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1996.

[13] *George Vashakidze*, Das Internationale Privatrecht von Georgien, 2014, besonders S. 7 ff.

გაუსწრო თურქეთის 2007 წლის თანამედროვე კანონს. ლადო ჭანტურიამ ამ კანონის შექნაში გადამწყვეტი წვლილი შეიტანა.

მესამე – ერთი და იმავე საკითხების გადანაწილება რამდენიმე კანონში იმგვარად, რომ რამდენიმე ზოგადი ნორმა სამოქალაქო კოდექსში იყოს შეტანილი, ხოლო სხვა კერძოსამართლებრივი დაზუსტებები სპეციალურ კანონებში იყოს თავმოყრილი, როგორც ეს ზოგიერთმა პოსტსაბჭოთა ქვეყანამ გააკეთა, დამაბნეველია და ამცირებს აუცილებელ სამართლებრივ უსაფრთხოებას. განსაზღვრული სფეროები, როგორიცაა საკუთრება და ხელშეკრულების გარკვეული ტიპები, მთლიანად უნდა იყვნენ ან სამოქალაქო კოდექსში ან სპეციალურ კანონებში კოდიფიცირებული. ჩემი აზრით, უკუსვლა იყო, როდესაც 2007 წელს ქართული სამოქალაქო კოდექსის თავდაპირველ 208-ე – 233-ე მუხლებში განმტკიცებული ბინის საკუთრება მთლიანად იქნა ამოღებული სამოქალაქო კოდექსიდან და მხოლოდ რამდენიმე ზოგადი დებულება დარჩა.

ოთხი სფერო მინდა განსაკუთრებით გამოვყო, რადგან სამუშაო ჯგუფში ისინი დაწვრილებით იქნა განხილული და რომლებიც, ჩემი აზრით, თვალსაჩინოს ხდიან კოდიფიკაციის სირთულეებს.

ა) შრომის სამართალი

ერთსულოვნება იყო იმ საკითხზე, რომ შრომის სამართლის უპირატესი ნაწილი კერძო სამართალს განეკუთვნება. სამუშაო ჯგუფის მცდელობები ანაზღაურებად დასაქმებულსა და დამსაქმებელს შორის არსებული სამართლებრივი ურთიერთობა სამოქალაქო კოდექსის მესამე წიგნში შესულიყო, წარუმატებელი აღმოჩნდა ამ დავალების სირთულის გამო: არა მარტო ინდივიდუალურ- სახელშეკრულებო ურთიერთობები უნდა მოწესრიგებულიყო, არამედ კოლექტიური შრომის ხელშეკრულებებიც და, ამასთან ერთად პროფესიული კავშირებისა თუ დამსაქმებელთა გაერთიანებების და სახელმწიფოს როლიც.[14]

ამ პრაქტიკული სირთულეების და პროცესში ჩართული პირების თანხმობით, შრომის სამართალი არ იქნა განხილული სამოქალაქო კოდექსის სამუშაო ჯგუფში.

ბ) ინტელექტუალური საკუთრების სამართალი

დამოუკიდებელ სახელმწიფოთა თანამეგობრობის მოდელურ სამოქალაქო კოდექსზე მუშაობის პროცესში არსებული დისკუსიებისა და ჰოლანდიელი კანონმდებლების თავდაპირველი გეგმის გათვალისწინებით, თავიდან გადაწყვეტილი გვქონდა, რომ ინტელექტუალური საკუთრების სამართლის დიდი და ჰეტეროგენული ნაწილი სამოქალაქო კოდექსის მეოთხე წიგნში შეგვეტანა. მას შემდეგ, რაც ჰოლანდიამ საპატიო მიზეზით უარი თქვა ამ გეგმაზე, რადგანაც არ იყო სასურველი სამოქალაქო კოდექსის გადატვირთვა (Burgerlijk Wetboek-ის) ადმინისტრაციულ სამართლებრივი დებულებებით,[15] ჩვენ დავუკავშირდით

[14] ამაზე ზოგადად: *Iris Muth*, Neues Recht zwischen Tradition und Systemwechsel - Beratung des georgischen Arbeitsrechts in der Praxis, 2004.

[15] vgl. *A.S. Hartkamp*, Civil Code Revision in the Netherlands 1947-1992, in: *Haanappel* u.a. (Hrsg.) New Netherlands Civil Code, Patrimonial Law, Deventer, XIII ff / XIX.

ინტელექტუალური საკუთრების მსოფლიო ორგანიზაციას (WIPO) და მისგან მიღებული კონსულტაციების შემდეგ გადაწყდა მეოთხე წიგნის გაუქმება. სამოქალაქო კოდექსში დღემდე არსებობს ამ სფეროში ხარვეზი, რომელიც გვახსენებს, თუ როგორი რთულია მყარი კოდექსის შექმნა, და შემუშავებული კრიტერიუმების გამუდმებით დაცვა.

გ) სავაჭრო სამართალი

„სავაჭრო“ ან „სამეურნეო“კოდექსის განხილვა კოდიფიკაციის თვალსაზრისით იყო და დღემდე არის ერთ-ერთი ყველაზე სადავო საკითხი პოსტსაბჭოთა სივრცის სამართლებრივ რეფორმებში.

თანამედროვე კოდიფიკაციები როგორიცაა ჰოლანდიური Burgerlijk Wetboek და კვებეკის Code Civil ადასტურებენ, რომ მსგავსი სპეციალური კერძო სამართლის აუცილებლობა არ არსებობს და საფრანგეთისა და გერმანიის სავაჭრო კოდექსები მხოლოდ ისტორიული გარემოებებიდან გამომდინარე იქნა მიღებული და არა კოდიფიკაციის იდეის გამო.[16] სწორედ ამის გათვალისწინებით, ჩვენ უარი ვთქვით სპეციალურ სავაჭრო სამართალზე და სამოქალაქო კოდექსში შევიტანეთ ხელშეკრულების ტიპები ან სხვა წესები, მაგალითად, საჯარო რეესტრის შესახებ, რომლებიც გერმანიაში სავაჭრო კოდექსშია მოცემული. იგივე ეხება, მაგალითად, სატრანსპორტო ხელშეკრულებებს, საბანკო გარიგებებს, სადაზღვევო ხელშეკრულებებს ანდა თანამედროვე ახალ ხელშეკრულებებს, როგორიცაა ლიზინგი ან ფრენჩაიზინგი.

პოსტსაბჭოთა ქვეყნების უმეტესობამ, უკრაინის გარდა, კოდიფიკაციის იგივე კონცეფცია აირჩიეს. უკრაინაში 2003 წლის 16 იანვრიდან სამოქალაქო კოდექსთან ერთად მოქმედებს „სამეურნეო“-კოდექსი ან „სავაჭრო“-კოდექსი. ეს უნდა აღინიშნოს, რადგან ბევრ დისკუსიაში ისევ და ისევ ხდება ამაზე მითითება.

ამის გამო უკრაინაში დამაბნეველი, სამართლებრივი უსაფრთხოებისთვის და ამით პოზიტიური ეკონომიკური განვითარებისთვის საზიანო სიტუაცია შეიქმნა. ორივე კანონი არცთუ ისე მცირე რაოდენობით შეიცავს მსგავს სამართლებრივ საკითხებს, კერძოდ, ვალდებულებით, საკუთრების და სამეწარმეო სამართალს. თუმცა მათი შინაარსი ნაწილობრივ განსხვავდება ერთმანეთისაგან ან ერთმანეთს კვეთენ.

უკრაინის სამეურნეო კოდექსი ცდება სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობების რეგულირების მიზანს. მისი წარმოშობა საბჭოთა კავშირის გვიან პერიოდში დაფუძნებულ სამეურნეო სამართლის სკოლას მიეწერება, რომელიც ძირითადად პროფესორების ლაპტევისა და მამუტოვის მიერ იყო დაფუძნებული.[17] ეს სკოლა არც თუ ისე უსწორო ემპირიული დასკვნებისგან გამომდინარე ვარაუდობს, რომ თანამედროვე მაკროეკონომიკებში გაზრდილია

[16] ეს აზრი საფუძვლიანად დავასაბუთე ნაშრომში: *Rolf Knieper*, Sonderprivatrechts für Diese und Jenen? In: Festschrift für Eckard Rehbinder, 2007, 45 ff.

[17] *W.K. Mamutov* (Hrsg.), Chozyaistvennoe Pravo, Kiew 2002; siehe auch *Mamutov*, Die Konzeption eines Wirtschaftsgesetzbuches der Ukraine in: WGO-MfOR 1994, 373 ff.

სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა ერთობლივი მაკროეკონომიკური განვითარებისათვის, თუმცა ასევე ხდება კერძო საწარმოების საზოგადოებრივი პასუხისმგებლობის გამოყენებაც. აქედან ეს სკოლა აკეთებს იურიდიულ დასკვნას, რომელიც დიალექტური მატერიალიზმის ერთ ერთ თეორიას გვახსენებს, რომლის მიხედვითაც, ყველა საზოგადოებრივი ზედნაშენი მატერიალურ ბაზისს ასახავს. დიდი ხანია, რაც ეს თეორია, როგორც სუბკომპლექსური და ემპირიულად დაუსაბუთებელი, უარყოფილ იქნა.[18] იგი იდეოლოგიურად, მაგრამ ჯიუტად იცავს თეზისს, რომ კომპლექსურ, ეკონომიკურ სისტემას, რომელიც ზუსტად აღარ მიესადაგება საჯარო და კერძო სფეროებს, კომპლექსური სამართლებრივი სისტემა შეესაბამება, სადაც საჯარო და კერძო სამართალი შერეულია ერთმანეთში. შერეული ეკონომიკა („Mixed economy“) უნდა შეივსოს შერეული სამართლით („Mixed law“). ამ სკოლის პროპაგანდისტები არ უარყოფენ იმას, რომ ეს დღემდე არ განხორციელებულა არცერთ ტრადიციულ საბაზრო ეკონომიკის მქონე ქვეყანაში. პროფესორმა მამუტოვმა ჩვენი ერთ-ერთი საუბრის დროს, დონეცკში (უკრაინა) 1998 წელს ამიხსნა, რომ გერმანიასა და საფრანგეთში სამეურნეო კოდექსები არსებობდა, და ვერაფრით მოვახერხე მისი დარწმუნება, რომ ეს ასე არ არის. ეს დაბნეულობა იმით შეიძლება აიხსნას, რომ გერმანული „Handelsgesetzbuch“ და ფრანგული „Code de Commerce“ ტერმინოლოგიურად (პოსტ)საბჭოთა ტიპის სამეურნეო კოდექსში ერევათ. დასავლეთ ევროპული კანონები წარმოადგენენ მხოლოდ კერძო სამართლის კანონებს, მაშინ, როცა უკრაინული სამეურნეო კოდექსი განზრახ კერძო სამართალსა და სამეწარმეო-ადმინისტრაციულ სამართალს ერთმანეთში ურევს.

სამეურნეო სამართლის სკოლა სათავეს იღებს გერმანულ და ფრანგულ ლიტერატურაში განმტკიცებული მოსაზრებებისგან, რომლებიც პირველად გასული საუკუნის ოციან წლებში განვითარდა და მერე ფაშისტურ გერმანიაში გარკვეული დიდება მოიპოვა. თუმცა იმ დროსაც საკანონმდებლო მცდელობებს, შეექმნათ გერმანიაში შესაბამისი კანონები, შედეგი არ მოჰყოლია და ფაშიზმის დამარცხების შემდეგ საბოლოოდ მიეცა დავიწყებას.

დასავლეთ ევროპის ქვეყნებში ზოგადად აღიარებულია, რომ სახელმწიფოს ეკონომიკურ-პოლიტიკური პასუხისმგებლობის მიუხედავად და დიდი მაკროეკონომიკური გავლენის მქონე დიდი საწარმოების წარმოშობის მიუხედავად, სახელმწიფოსა და ეკონომიკის „ორგანულ ზრდაზე“ ლაპარაკი შეუძლებელია. სწორედ ბოლო ათეული წლების განვითარებამ აჩვენა, რომ სახელმწიფოს არ ძალუძს იმგვარი დავალების შესრულება, რომ ბაზრების სტრუქტურირება მოახდინოს თავისი შეხედულების მიხედვით და ისინი მის პოლიტიკურ მოთხოვნებს დაუქვემდებაროს. ამავე დროს ეკონომიკურ აგენტებს და ლეგიტიმურ და კანონიერ რენტაბელობაზე ორიენტირებულ ბაზრის მონაწილეებს არ შეუძლიათ იმოქმედონ უშუალო საჯარო ან საზოგადოებრივი ინტერესებისთვის. უფრო სწორად სტაბილურ სამართლებრივ ჩარჩოებში მოქმედი საწარმოები ისწრაფიან თავიანთი კონკრეტული მოგების და ზრდის ინტერესე-

[18] თუმცა იგი ეხმაურება „ისტორიის დასასრულად“ დასახელებულ *ფხანსის ფუკუიამას (Francis Fukuyama)* 1989 წელს დაწერილი წიგნის ძირითად თეზისს.

ბისაკენ, რომლებსაც შემდგომ მთლიანობაში (იმედია) წვლილი შეაქვთ ეროვნული და გლობალური კეთილდღეობის წარმოშობაში.

ჩვენ მიერ სპეციალური „სავაჭრო“ კოდექსის იდეის უარყოფა ეყრდნობოდა როგორც პრაქტიკულ, ისე თეორიულ საფუძვლებს.

ე) საქორწინო და საოჯახო სამართალი

ჩვენი თანამშრომლობა ფოკუსირებული იყო სამოქალაქო და ეკონომიკური სამართლის სფეროზე, როგორც სახელმწიფო ადმინისტრაციული ეკონომიკიდან დეცენტრალიზირებული საკუთრების მქონე სოციალურ საბაზრო ეკონომიკაზე ტრანსფორმაციის მნიშვნელოვან წინაპირობაზე. როგორც სამუშაო ჯგუფის არაქართველი წევრი, ვთვლიდი, რომ საქორწინო, საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართლის სფეროები, რომლებიც კულტურული თავისებურებებით გამოირჩევა, არ შედიოდა ჩემს ფუნქციაში. თუმცა ამ თავშეკავებას უპირისპირდებოდა იმის გადაწყვეტის აუცილებლობა, უნდა შეგვეტანა თუ არა ეს სფეროები სამოქალაქო კოდექსში.

საბჭოთა ტრადიციით, რომელიც ბევრმა ახალმა დამოუკიდებელმა ქვეყანამ გააგრძელა, მემკვიდრეობის სამართალი, რომელსაც მხოლოდ რუდიმენტული მნიშვნელობა ჰქონდა, სამოქალაქო კოდექსების ნაწილი იყო, მაშინ როდესაც საქორწინო და საოჯახო სამართალი სპეციალურ კანონებში იყო მოწესრიგებული.

სამუშაო ჯგუფში მზარდი ნაცნობობა, რომელიც უკვე ოჯახის წევრებსაც მოიცავდა, განსაკუთრებით ლადო ჭანტურიასა და ჩემს ოჯახს შორის, გვიმსუბუქებდა დისკუსიებს კულტურულ თავისებურებებსა და მათ იურიდიულ განზომილებებზე. დამატებით აღმოჩნდა, რომ სამუშაო ჯგუფის წამყვან წევრს, პროფესორ ჯორბენაძეს, მნიშვნელოვანი კვლევა ჰქონდა ქართულ საოჯახო სამართალზე ჩატარებული, და რომ მე ერთ გერმანელ სოციოლოგთან ერთად საოჯახო სამართალის განვითარებაზე მქონდა ნამუშევარი.

მართალია, მთლიანი გერმანული სამართლებრივი განვითარება მეცხრამეტე საუკუნიდან მნიშვნელოვან საზოგადოებრივ და პოლიტიკურ ძირითად ორიენტირებს მოიცავს. თუმცა უფრო პროგრესულად ითვლებოდნენ ჯერ 1804 წლის ფრანგული „Code Civil“ და 1811 წლის ავსტრიული „Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch“. ორივემ პირველებმა აღიარეს, გარკვეული შეზღუდვების მიუხედავად, მეუღლეების ურთიერთობისა თუ მშობლებსა და შვილებს შორის ურთიერთობათა კერძო ხასიათი. ეს უზარმაზარი ცვლილებები იყო ქორწინების ფეოდალურ შეზღუდვებთან და ინდივიუალური ნების გამოვლენის არარელევანტურობასთან შედარებით, განსაკუთრებით ქალებისთვის. გერმანიის 1900 წლის BGB-ში ამ კონცეფციების რეცეფცია მოხდა და საქორწინო და საოჯახო სამართალი შეტანილ იქნა კოდიფიცირებულ კერძო სამართალში, რომლის მიმართ გამოიყენება ზოგადი დებულებები გარიგებების შესახებ.

1938 წელს ფაშისტურმა მთავრობამ ქორწინება სამოქალაქო კოდექსიდან (BGB) ამოიღო და სპეციალურ კანონში ქორწინების შესახებ (Ehegesetz) მოათავსა, რომ ოჯახის ხასიათის, როგორც საჯარო, პოლიტიკური ინსტიტუ-

ციის, ხალხის უჯრედის და რასის შენარჩუნებისა და გამრავლების ინსტრუმენტის, დოკუმენტირება მომხდარიყო. ფაშიზმის შემდეგ გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში ქორწინება (და დაქორწინება) 1979 წელს ისევ BGB-ში, ანუ კერძო სამართალში, დააბრუნეს. ამავე დროს გერმანიის დემოკრატიულ რესპუბლიკაში ოჯახის საჯარო თვისება, რომელიც საბჭოთა სულისკვეთებით შექმნილ 1965 წლის საოჯახო კოდექსში (Familiengesetzbuch (FGB) [საოჯახო კოდექსი] გამოკვეთილად დარჩა. გერმანიის დემოკრატიული რესპუბლიკის საოჯახო კოდექსის პრეამბულის მიხედვით ოჯახი არის „საზოგადოების ყველაზე პატარა უჯრედი“, რომლის დაშლა მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეიძლება, თუ „ქორწინებამ მეუღლეებისთვის, ბავშვებისთვის და ამით საზოგადოებისთვისაც აზრი დაკარგა“ (§ 24 FGB). 1998 წელს საოჯახო სამართალი გაერთიანებული გერმანიისთვის BGB-ში დაბრუნდა, რითაც მისი კერძოსამართლებრივი ბუნება აღდგა.[19]

სამუშაო ჯგუფში ერთსულოვნება იყო იმის თაობაზე, რომ საქორწინო და საოჯახო სამართალი მეხუთე წიგნად შესულიყო ახალ სამოქალაქო კოდექსში. ამით არა მარტო პრაქტიკული შინაარსობრივი კავშირი დადასტურდა მემკვიდრეობის სამართალთან, არამედ, უფრო მეტად მისი კერძო სამართლებრივი ბუნება: ქორწინება წარმოადგენს კერძო სამართლებრივ სახელშეკრულებო კავშირს, რომლის მიმართაც სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებები გარიგების შესახებ გამოიყენება; და ასევე მშობლებსა და შვილებს შორის კანონისმიერ ურთიერთობებზე ვრცელდება სამოქალაქო კოდექსის ნორმები, კერძოდ ქმედუნარიანობის შესახებ. ქორწინებისა და ოჯახის საჯარო, რელიგიური, პოლიტიკური და იდეოლოგიური დეფორმაციის ადგილი ქართულ სამოქალაქო კოდექსში სრულიად მართებულად არ არის.

ამ კონცეფციის მიმართ წინააღმდეგობა მოსალოდნელი იყო. როდესაც ლადო ჭანტურიამ და მე იგი 1997 წელს ორ საერთაშორისო კონფერენციაზე პეტერბურგსა და ბრემენში წარვადგინეთ, ჯავახიშვილის უნივერსიტეტის პროფესორმა შალვა ჩიკვაშვილმა მოგვახსენა, რომ „პრინციპულად არასწორი“ იყო საოჯახო სამართლის შეტანა სამოქალაქო კოდექსში, რადგან „სამოქალაქო და საოჯახო სამართლებრივი ურთიერთობა ერთ კოდექსში, საოჯახო კოდექსის საზოგადოებრივ მნიშვნელობას აქვეითებსო“.[20] კიდევ უფრო ემპათიური უარყოფის დროს ითქვა შემდეგი: „არავითარ შემთხვევაში არ შეიძლება საკუთარი სამართლებრივი სისტემის „ჰუმუსის“ განადგურება. გუშინ აქ ამაზე საქართველოსთან მიმართებაში გარკვეული ეჭვები გახმოვანდა, რომ გერმანული გამოცდილებები გადააქვთ სამოქალაქო სამართლის ნორმებში. ეს შეიძლება კარგიც იყოს, მაგრამ ამით ასევე შესაძლოა სამართლებრივი ჰუმუსი განადგურდეს, და მერე ეს „სამართლებრივი მიწა“, სარეველების გარდა, სხვას ვერაფერს მოიტანს“.[21]

---

[19] ზოგადად ამ თემაზე: *Gunnar Heinsohn/Rolf Knieper*, Theorie des Familienrechts, 2. Auflage 1976, 13-15, 99-104.

[20] *Shalva Tschikvashvili*, Vorzüge und Nachteile des Entwurfs des neuen Zivilgesetzbuchs Georgiens - Vortrag auf der internationalen wissenschaftlich-praktischen Konferenz in St. Petersburg, in: *Mark Bogusawksij/Rolf Knieper* (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, 1998, 48/49.

[21] *Anatoly Dovgert*, მოხსენება ბრემენში 1997 წლის 4 მარტს: *Mark Bogusawskij/Rolf Knieper* (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, 1998, 331.

ჩვენ ამ კრიტიკას გავუძელით და ისევ იმ აზრის ვართ, რომ საქორწინო და საოჯახო სამართალს თავისი ადგილი სამოქალაქო კოდექსში აქვს. იგი 1997 წლის 25 ნოემბერს სრულად შევიდა ძალაში.

დასკვნითი დაკვირვებები

ლადო ჭანტურიამ არა მხოლოდ საქართველოს საზოგადოებრივი ტრანსფორმაციის ცენტრალური საკანონმდებლო ნორმების ჩამოყალიბებაში მიიღო გადამწყვეტი მონაწილეობა. იგი მათ პრაქტიკაშიც თან ახლდა და სიცოცხლით შეავსო, თავიდან როგორც იუსტიციის მინისტრმა, ხოლო შემდგომ როგორც უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარემ, მაგრამ ასევე როგორც სამოქალაქო კოდექსის კომენტატორმა და როგორც უნივერსიტეტის მასწავლებელმა. საქართველოს ელჩად გერმანიაში მოღვაწეობისას მთელი ძალისხმევა მოახმარა ამ ორ ქვეყანას შორის ურთიერთობების გაღრმავებას. მან კერძო სამართლის ფარგლები გადალახა და ამჟამად როგორც მოსამართლე ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში, რომელიც, როგორც ლადო ხაზს უსვამს, „პრინციპში არ იხილავს კერძო სამართლებრივ დავებს“,[22] საჯარო სამართლის სახელოვან წარმომადგენლებს განეკუთვნება. ამით კერძო და საჯარო სამართალს შორის გამიჯვნა მის ყოველდღიურ საქმიანობას წარმოადგენს.

დღემდე შევინარჩუნეთ მჭიდრო ახლობლობა. ამგვარად მთხოვა მან, რომ სამოქალაქო კოდექსის კომენტარის ავტორთა ჯგუფს დავხმარებოდი, და მე კი მას საქართველოს სამართლის დეტალებზე ვეკითხები, როცა საერთაშორისო სასამართლო პროცესებში ექსპერტად გამოვდივარ. მე ვგრძნობ, რომ მას კერძო სამართლისთვის თავი არ დაუნებებია.

დიდი ხანია მან იცის, რომ საქართველოს ევროკავშირში გაწევრების ამოცანის გათვალისწინებით რეფორმების გზა ჯერ არ დამთავრებულა, არამედ ახალი ეტაპი დაიწყო. მან ასევე იცის, რომ ეს ახალი ეტაპი აქამდე მიღწეულს შეიძლება დაეყრდნოს და რომ კანონით მეწარმეთა შესახებ და სამოქალაქო კოდექსით 1994 წლიდან ევროპულ ქართულ სამართლებრივ სისტემაზე მიმდინარეობდა მუშაობა.[23] როგორც ბუნებას სურს, ჩვენ ამ ახალ გზას ერთად ვეღარ გავივლით. ამიტომ მე მას ამ გზისთვის ვუსურვებ უშრეტ ენერგიას, რწმენას და გზის გაგრძელების სურვილს.

გერმანულიდან თარგმნა ***ნუცა ჭანტუხიამ***

---

[22] *Lado Chanturia*, Privatrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Azar Aliyev u.a., Recht als Brücke zwischen Ost und West, Festschrift für *Alexander Trunk*, 2022, 103 ff./105.

[23] *Lado Chanturia*, Die Europäisierung des georgischen Rechts - bloßer Wunsch oder große Herausforderung? in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ), Band 74 (2010), 154 ff.; *Lado Chanturia*, Die Ausdehnung des Europäischen Privatrechts auf Drittstaaten am Beispiel Georgiens, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2018, 916 ff.

Rolf Knieper*

DER WEG IST DAS ZIEL

Praktische Wissenschaft als wissenschaftliche Praxis im Leben von Lado Chanturia

Am 11. Juli 1993 fuhren Lado Chanturia und ich in einem Shiguli in Richtung Ananuri und Kazbegi. Er wollte mir die Schönheiten seines Landes zeigen, unter dessen politischem, ökonomischem und sozialem Zerfall er physisch und psychisch litt, und ein wenig von den Diskussionen entspannen, die wir bereits seit einiger Zeit in einer vom Justizministerium eingesetzten kleinen Arbeitsgruppe um die Konzeption des neuen georgischen Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrechts führten. Die Arbeitsgruppe, das waren die Professoren Sergo Jorbenadze und Surab Achvlediani, die Nachwuchswissenschafler Bessarion Zoidze und Marika Ziskadze, wir beiden und für das Gesetz über gewerbliche Unternehmer auch der deutsche Rechtsanwalt Hartmut Fromm.

Wir hatten den Auftrag erhalten zu prüfen, welche Materien in einem neuen Zivilgesetzbuch zu regeln seien, welche obsolet geworden waren, ob und wenn ja welche Materien in Sondergesetzen ihren Platz hätten, was überhaupt Privatrecht sei angesichts der sowjetischen Vergangenheit, in der die Begriffe ‚öffentliches' und ‚privates' Recht einen ganz anderen Klang als in traditionellen Marktwirtschaften hatten. Allerdings war uns eine Beschränkung mitgegeben worden: Wir sollten unabhängig von Überlegungen zur Gesetzessystematik und Kodifikations-Ordnung so schnell wie möglich einen gesetzlichen Rahmen für Institutionen und Organisationen zu schaffen, auf die die Vermögen der bisherigen Staatsunternehmen übertragen werden sollten, also die neuen Typen der Unternehmensträger, ohne die eine Privatisierung nicht gelingen könnte.

Wir fuhren langsam, vorbei an verlassenem und rostendem Gerät zum Straßenbau, vorbei auch an Frauen, die in Plastikeimern Obst anboten. Die Straße war in schlechtem Zustand, Symbol der zusammengebrochenen sowjetischen Ordnung. Sie schlängelte sich durch eine überwältigend schöne Landschaft.

Wir ahnten, dass wir einen enorm schwierigen Auftrag übernommen hatten, allerdings ohne Bewusstsein darüber, dass er uns fast für unser ganzes weiteres Leben begleiten sollte, nicht immer, aber auch oft gemeinsam, zum Beispiel mit dem „*Concept Paper: Reform of the Civil Code of Georgia with Annexes*", das wir beide im Februar

* Dr. h. c. mult, Dr. h.c. der Staatlichen Ivane Javakhishvili Universität Tbilisi, Ehrenbürger Georgiens.

2017 im Auftrag des georgischen Justizministers verfasst haben, auch weil *„[un]fortunately, some of the reforms introduced in the years 2000 and especially from 2004 to 2007, have [...] introduced amendments, which were inconsistent, contradictory and dis-equilibrated"*.[1]

Das Gesetz über die gewerblichen Unternehmer

Während unseres Ausfluges im Jahre 1993 dachten wir eher darüber nach, wie wir das Gesetz nennen sollten, das wir vor einem Zivilgesetzbuch entwerfen sollten. Es sollte ja kein Gesetz zum Gesellschaftsrecht sein, weil wir auch natürliche Personen als Unternehmer umfassen wollten; und es sollte kein Gesetz über natürliche und juristische Personen im Allgemeinen sein, weil einerseits die Personen, die einer nicht-gewerblichen Tätigkeiten nachgehen, nicht von dem Dringlichkeits-Auftrag umfasst waren und deshalb, systematisch korrekt, im Zivilgesetzbuch ihren Platz bekommen sollten, und weil wir andererseits die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wiederum systematisch korrekt, einer besonderen Gesetzgebung vorbehalten wollten. Endlich fanden wir es wichtig und dringend, Regeln über die Aktivitäten einiger zentraler Vermittler von Handelsgeschäften, also Handelsvertreter, Handelsmakler und Kommissionäre, in das Gesetz aufzunehmen, obwohl sie systematisch nicht ‚passten'. Noch während der Fahrt einigten wir uns auf den Titel „Gesetz über die gewerblichen Unternehmer". Er erfüllte alle unsere Kriterien und vermied den organisations-soziologischen Begriff des Unternehmens. Schwieriger war es für Lado, das korrekte Äquivalent des Begriffs ‚Unternehmer' in der georgischen Sprache zu finden.

Bald einigten wir uns in der Arbeitsgruppe auch darauf, dass die von Lado später als Fehler vieler post-sowjetischer Rechtssysteme konstatierte gesetzgeberische Praxis zu vermeiden sei, eine „sehr breite (nicht selten zu breite) Anwendung der Konstruktion der juristischen Person" zu beginnen. Vielmehr hielten wir es für richtig, neben dem Einzelunternehmer nur eine limitierte Anzahl gewerblicher juristischer Personen vorzusehen, nämlich die Gesellschaft mit Solidarhaftung, die Kommanditgesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Aktiengesellschaft.[2] Wiederum in Überwindung der sowjetischen Tradition und in Wieder-Anknüpfung an ursprüngliche Traditionen Kontinental-Europas nahmen wir auch einen einheitlichen Typus von Genossenschaften in das Gesetz auf. Eine Zersplitterung nach Bau-, Konsum-, Landwirtschafts- und anderen Genossenschaften hielten wir für überflüssig und schädlich, da den Gedanken der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit widersprechend.

Diese Gesetzgebungstechnik, inklusive der Einführung eines Allgemeinen Teils, in dem die für alle Unternehmer geltenden Vorschriften von der Gründung bis zur Liquidation zusammengefasst waren, und dem gesetzlichen Angebot eines *numerus clausus*

[1] *Lado Chanturia/Rolf Knieper*, Concept Paper: Reform of the Civil Code of Georgia with Annexes, Tbilisi, 2017, Seite 2.

[2] *Lado Chanturia*, Kapitel „Juristische Personen", in: Rolf Knieper, Lado Chanturia, Joachim Schramm, (Hrsg.), Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, 2010, 105.

von juristischen Personen hat sicherlich zu der ruhigen Entwicklung beigetragen, die das georgische Unternehmertum seit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 28. Oktober 1994 genommen hat. Wir alle waren deshalb zufrieden, dass die Reformen, die auch durch die Annäherung Georgiens an die Europäische Union nötig wurden, zwar zu einer gründlichen Überarbeitung geführt haben, an der insbesondere Lado einen großen Anteil hatte, nicht aber zu einer Ablehnung der Grundkonzeption.[3] Das neue, am 1. Januar 2022 in Kraft getretene Gesetz über die gewerblichen Unternehmer folgt in der Grundkonzeption seinem Vorgänger.

Allerdings ist mit den Reformen wahrscheinlich unbeabsichtigt eine Regelungslücke entstanden, die geschlossen werden muss. Wir hatten, wie gesagt, im Jahre 1994 angesichts der Dringlichkeit aus pragmatischen Gründen beschlossen, die Verhältnisse der Vermittler von Handelsgeschäften ins Gesetz über gewerbliche Unternehmer zu integrieren, obwohl dies systematisch wenig befriedigend war. Es ist deshalb gut nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber die ursprünglichen Artikel 11 und 12 des Gesetzes gestrichen hat. Nicht nachvollziehbar aber ist es, dass die Vorschriften über Handelsvertreter, Kommissionäre und Handelsmakler, also drei wirtschaftlich außerordentlich wichtige Vertragstypen, ganz aus dem georgischen Recht verschwunden sind, und dass im Zivilgesetzbuch Artikel 754 immer noch auf die Vorschriften über den Handelsmakler im Gesetz über die gewerblichen Unternehmer verweist, obwohl diese bereits seit mehr als 15 Jahren nicht mehr existieren. Ich wiederhole hier deshalb den bereits im Jahre 2017 von Lado Chanturia und mir in dem weiter oben zitierten ‚Concept Paper' gemachten Appell, so rasch wie möglich diese Lücke im ZGB zu füllen, wobei im Rahmen der EU-Annäherung für die Handelsvertreter die EU Directive No. 86/653/EWG eingearbeitet werden sollte[4].

Der Staat als Marktteilnehmer

Einig wurden wir uns während des Ausfluges auch über den kodifikatorischen Umgang mit dem Staat. Wir hatten keinen Zweifel daran, dass der Staat in erster Linie durch seine Rolle als Inhaber der souveränen, im Dienste der Allgemeinheit auszuübenden öffentlichen Gewalt charakterisiert ist, die sowohl hoheitliche Befugnisse als auch solche der Daseinsvorsorge umfasst.

Gerade im Bereich der Daseinsvorsorge sollten dem Staat und den territorialen Subjekten mit einem besonderen Gesetz Organisationsformen zur Verfügung gestellt werden, welche autonom politische, soziale, bildende, kulturelle und andere öffentliche Tätigkeiten ausüben können.[5] Diese Vorstellungen sind im Jahre 1999 in einem Gesetz realisiert worden.[6]

---

[3] Lado Chanturia, Die Ausdehnung des Europäischen Privatrechts auf Drittstaaten am Beispiel Georgiens, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2018, 916 ff./925-927.

[4] *Lado Chanturia/Rolf Knieper*, Concept Paper: Reform of the Civil Code of Georgia with Annexes, Tbilisi, 2017, Seite 2.

[5] Zu einem umfassenden Überblick über die Arten und Formen der juristischen Personen in der post-sowjetischen Welt *Lado Chanturia* , Kapitel „Juristische Personen", in: *Rolf Knieper, Lado Chanturia*, Hans-*Joachim Schramm*, (Hrsg.), Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, 2010, 105 ff.

[6] Artikel 2 des Gesetzes über die juristischen Personen des öffentlichen Rechts vom 28. Mai 1999.

Dieses Gesetz schließt gewerbliche Tätigkeiten bewusst und ausdrücklich aus seinem Geltungsbereich aus. Im Gesetz über die gewerblichen Unternehmer indessen wollten wir keine besonderen Bestimmungen über den Staat als Unternehmer und/oder Gesellschafter in einem Unternehmen aufnehmen, wie es dann auch geschehen ist.

Vielmehr soll der Staat und die anderen Subjekte des öffentlichen Rechts nicht anders am Marktverkehr teilnehmen als alle anderen physischen und juristischen Personen. Wir meinten, dass dieses Prinzip seinen richtigen Platz im Zivilgesetzbuch hat, obwohl es in den älteren Kodifikationen Europas kaum ausdrücklich genannt wird. Nur in den Artikeln 1 und 5 des Zweiten Buches des Niederländischen Zivilgesetzbuches (*Burgerlijk Wetboek*) von 1976 heißt es, dass der Staat Rechtspersönlichkeit besitzt und dass er, was sein „Vermögensrecht" betrifft, einer natürlichen Person gleichsteht. Wir empfanden die Gleichstellung zu natürlichen Personen als nicht überzeugend und formulierten in Artikel 24.4 des Zivilgesetzbuches mit einfacher Klarheit: „Der Staat beteiligt sich an bürgerlich-rechtlichen Verhältnissen wie eine juristische Person des Privatrechts".

Leider ist diese Norm im Jahre 2006 verwässert worden zugunsten des irreführenden Begriffs der ‚staatlichen Selbstverwaltungseinheiten', offensichtlich nach einer unprofessionellen Beratung. Ich kann nur vermuten, dass hinter der Verwässerung eine überhöhte, auf Hegel zurückgehende Vorstellung vom Staat steckt. In seinem Gefolge hatte besonders die deutsche Staatslehre die Meinung vertreten, dass der Staat das an und für sich Vernünftige sei, dessen Mitglied zu sein nicht nur die höchste Pflicht des Einzelnen, sondern die Realität seiner Freiheit sei[7]. In der Sowjetunion hatte sich diese Denktradition erhalten, obwohl Karl Marx, auf den sich die Sowjetunion gern als Gründungsvater beruft, von der Utopie eines Absterbens des Staates im Sozialismus gesprochen hatte und nicht von seiner Überhöhung.

So heißt es in Artikel 1 der Verfassung der UdSSR vom 07. Oktober 1977, dass die UdSSR ein „sozialistischer Staat des gesamten Volkes ist, der den Willen und die Interessen der Arbeiter, der Bauern und der Intelligenz...zum Ausdruck bringt" und dass der Staat insbesondere auch Träger des dem Volk gehörenden Eigentums an den Produktionsmitteln ist (Art.10). Wiederum wäre undenkbar gewesen, diesen mit der „Diktatur des Proletariats" geschaffenen Sowjetstaat (so die Präambel der Verfassung von 1977) auf die gleiche Stufe mit einem einzelnen Proletarier zu stellen, oder gar – wie es im niederländischen *Burgerlijk Wetboek* heißt – mit einer natürlichen Person.

Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es gut, die ursprüngliche Formulierung des Artikels 24.4 ZGB wiederherzustellen.

Das Postulat der Beteiligung des Staates am Marktverkehr wie jede andere Person hat zwei Aspekte. Zum einen wird damit klargestellt, dass der Staat nicht auf die Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten beschränkt ist und tatsächlich als Partei im Geschäftsverkehr auftreten kann, und zum anderen folgt aus dem Prinzip, dass sein Agieren auf dem Markt impliziert, dass er gegenüber anderen Personen weder benachteiligt noch privi-

[7] so G.W.*F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 258.

legiert ist. Dies gilt auch für die Beteiligung an Gesellschaften. Das georgische Gesetz über gewerbliche Unternehmer erwähnt deshalb zu Recht den Staat überhaupt nicht und macht damit klar, dass er einerseits wie alle anderen Personen sowohl Unternehmer als auch Gesellschafter sein kann, dass es aber andererseits im gewerblichen Bereich keine Sonderformen für Staatsunternehmen geben soll.

Schon im Jahre 1993 deutete sich ja an, dass die von manchen ausländischen Beratern empfohlenen und von interessierten ‚bisness' Leuten gern übernommenen überstürzten Privatisierungen in vielen Ländern der ehemaligen Sowjetunion zu nationalen Wohlstandsverlusten bei gleichzeitiger Oligarchisierung führen würden. Unterstützt wurde dieser Prozess durch die sowjetisch inspirierten Rechtsformen der teilautonomen Staatsunternehmen mit ihren – milde ausgedrückt – unorthodoxen Eigentumszuschreibungen, Management- und Verwaltungs-Konzepten und Haftungsregeln, die das Ausplündern der Substanz der Unternehmen erleichterten. Wir waren uns einig, dass solche Staatsunternehmen in marktwirtschaftlichen und rechtsstaatlichen Gesellschaften und damit auch in Georgien keinen Platz haben.

Diese Einigkeiten kristallisierten sich bereits während unseres ersten Ausfluges heraus. Zu Beginn waren Lado und ich selbst überrascht, wie zwei Menschen unterschiedlichen Alters, sozialisiert in ganz unterschiedlichen politischen, ökonomischen und kulturellen Gesellschaften und mit ganz unterschiedlichen Lebenserfahrungen so viel Einigkeit produzieren konnten, ohne mühsam nach Kompromissen suchen zu müssen. Wir haben darüber nachgedacht. Wir fanden heraus, dass unsere beiden Väter Lehrer waren, dass wir eine besonders enge Beziehung zu unseren Müttern hatten, dass wir das Studium der Rechtswissenschaft ohne große Kenntnis der Theorien in dem intuitiven Wunsch begonnen hatten, an der Herstellung von Gerechtigkeit teilhaben zu wollen, dass wir meinen, ökonomische Wertschöpfung ohne sozialen Ausgleich könne weder zu nachhaltigen gesellschaftlichen Verhältnissen führen noch dass so etwas erstrebenswert sei. Allerdings haben wir solche Überlegungen nicht weiter vertieft, weil wir mit dem freundschaftlichen Verhältnis zufrieden waren.

Das Zivilgesetzbuch

Fast vier Jahre lang hat die Arbeitsgruppe das Zivilgesetzbuch beraten und entworfen, unermüdlich übersetzt von Manana Mandshgaladze und unermüdlich unterstützt von Mario Pellegrini, in unzähligen Sitzungen in der Ivane Javakhishvili Universität und in Lados Wohnung in Tbilisi, in meiner Wohnung in Bremen, in internationalen Symposien und Konferenzen in Tbilisi, Bremen, St. Petersburg, Kiev, Almaty und Leiden.

Lado Chanturia hat diesen Prozess in einer Rückschau so zusammengefasst: „Als sich eine Gruppe georgischer Jurist:innen der Ausarbeitung des neuen Zivilgesetzbuches für das unabhängig gewordene Georgien widmete und die europäische Orientierung bei der Rechtsreform zum Hauptausgangspunkt festlegte, galt als Vorbild für die Europäisierung des georgischen Zivilrechts die kontinentaleuropäische Rechtstradition,

vor allem das deutsche BGB, zum Teil aber auch der französische *Code Civil* und das niederländische *Burgerlijk Wetboek* [...] Auch das Fehlen der erforderlichen Erfahrung und der Rechtstradition sprachen dafür, dass Georgien grundsätzlich das kodifizierte Recht, also genau und präzise ausformulierte Gesetzestexte, zum Grundstein seiner Rechtsordnung machte."[8]

Das Plädoyer für eine Kodifikation war tatsächlich von vornherein eindeutig. Es war nicht nur die historische Einbettung Georgiens in die kontinentaleuropäische Rechtskultur, die dazu drängte, sondern auch die theoretische wie praktische Einsicht, dass erstens Rechtssicherheit und Rechtsklarheit hohe Güter sind, weil sie Transaktionskosten im Marktverkehr verringern, und dass es zweitens eine naive Illusion ist zu glauben, dass in Gesellschaften, in denen Marktmacht ungleich verteilt ist, eine faire Selbstregulierung der Marktbeziehungen in Verhandlungen gelingen kann. Die Metapher vom freien Fuchs im freien Hühnerstall gilt auch für die Realität der Vertragsfreiheit. Die Alternative zum gesetzlich ausformulierten Vertragsrecht ist nicht der frei ausgehandelte Vertrag, sondern die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, deren Hauptzweck regelmäßig nicht (nur) die fokussierte Erleichterung der Geschäftsbeziehung ist, sondern die einseitige Risikoverlagerung zugunsten des Aufstellers dieser Bedingungen. Die Artikel 347 und 348 des georgischen Zivilgesetzbuches enthalten einen realistischen Katalog solcher Praktiken. Es hat in den Jahren 2000 bis 2007 nicht an Versuchen gefehlt, das Zivilgesetzbuch zugunsten einer sogenannten Selbstregulierung auszuhöhlen[9]. Diese sind zu Recht zurückgewiesen worden.

Zum anderen stand die Arbeitsgruppe vor der Aufgabe zu prüfen, welche Materien überhaupt in einem modernen Zivilgesetzbuch behandelt werden sollten. War es richtig, die Tradition der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts fortzusetzen und, wie es der damalige georgische Justizminister Tedo Ninidze am 21. April 1995 in einer programmatischen Rede vor der juristischen Fakultät der Ivane Javakhishvili Universität formuliert hat, in einem Jahr**zehnt** der Kodifikationen nachzuholen, was die west- und mitteleuropäischen Staaten in einem Jahr**hundert** der Kodifikationen geschaffen haben[10]? War es noch zeitgemäß, angesichts der zunehmenden Teilnahme des Staates an kommerziellen Beziehungen und der zunehmenden Konzentration von privater Marktmacht auf der Anbieter- wie auf der Nachfragerseite weiterhin ein reines Zivilgesetzbuch anzustreben, das ausschließlich das materielle Privatrecht zum Gegenstand hatte und die Materien des Prozessrechts ebenso wie die des öffentlichen Rechts ausschloss? War es nicht angemessen, Teile des klassischen Zivilrechts aus dem Zivilgesetzbuch auszugliedern oder bestenfalls einige allgemeine Bestimmungen aufzunehmen und den wesentlichen Teil der Regelungen in Sondergesetze zu verlagern, nachdem aus

[8] *Lado Chanturia*, Rückblick auf Georgiens rechtliche Transformation im Privatrecht, in: *Matthias Kötter* u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatsförderung – Handbuch für Forschung und Praxis, 2022, 139 ff./139/141.

[9] *Lado Chanturia*, Rückblick auf Georgiens rechtliche Transformation im Privatrecht, in: *Matthias Kötter* u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatsförderung – Handbuch für Forschung und Praxis, 2022, 140.

[10] Zitiert in: *Rolf Knieper*, Gesetz und Geschichte – Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1996, 245.

pragmatischen Gründen das Gesetz über die gewerblichen Unternehmer bereits vorab verabschiedet war? War es nicht umgekehrt an der Zeit, die Methode der Kodifikation des 18. Jahrhunderts wiederaufzunehmen, als in Deutschland mit dem ‚Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten' von 1794 oder in Georgien mit dem ‚Kodex Wachtang' von 1723 Gesetzeswerke geschaffen wurden, die öffentliches und privates, materielles und prozessuales Recht umfassten? Dies waren Fragen, die sich nicht nur in Georgien, sondern in allen post-sowjetischen Staaten stellten, die diskutiert und durchaus unterschiedlich beantwortet worden sind[11].

In Georgien konnte rasch Einigkeit über eine Reihe zentraler Punkte erzielt werden.

Erstens haben sich zwar die Märkte und die Beziehungen der Marktteilnehmer verändert, und an der Existenz von privater Marktmacht besteht ebenso wenig Zweifel wie an einem stärkeren Engagement des Staates als Marktteilnehmer. Dies führt aber nicht dazu, dass das Privatrecht und das öffentliche Recht ununterscheidbar miteinander verschmelzen, oder dass das Privatrecht vom öffentlichen Recht überwuchert würde[12]. Im Zusammenhang der Diskussion um ein Handelsgesetzbuch werde ich darauf zurückkommen. Am kodifikatorischen Nutzen eines auf die Regelung privatrechtlicher Beziehungen fokussierten Zivilgesetzbuches ist deshalb festzuhalten. Wenn bestimmte Materien wie etwa das Versicherungsrecht oder das Bankenrecht mit den Verträgen zwischen Kunden und Anbietern von Versicherungsleistungen oder Bankgeschäften eine starke privat-vertragliche Komponente aufweisen, gleichzeitig aber die Versicherungsgesellschaften und Finanzdienstleister wegen ihrer System-Relevanz vom Staat beaufsichtigt werden müssen, so ist es angemessen, die privaten Beziehungen im Zivilgesetzbuch zu regeln, und die öffentlich-rechtliche Aufsicht in besonderen Gesetzen des öffentlichen Wirtschaftsrechts.

Zweitens ist es aus Gründen der Rechtsklarheit notwendig, materielles und prozessuales Recht als getrennte Materien zu behandeln. Eine Herausforderung stellt in diesem Zusammenhang das Internationale Privatrecht dar. In der sowjetischen Tradition war es, gemeinsam mit dem Fremdenrecht, in seinem materiellen Teil in das Zivilgesetzbuch eingegliedert, in Deutschland ist die Systematik wenig überzeugend: das materielle Recht ist Teil des Einführungsgesetzes zum BGB, und das Prozessrecht ist in der Zivilprozessordnung verstreut. Georgien hat die Gesetze anderer Staaten und insbesondere das der Schweiz vom 18 Dezember 1987 studiert, und im Jahre 1998 ein ‚Gesetz zur Regelung des Internationalen Privatrechts' erlassen, das das materielle und das prozessuale Recht umfasst[13]. Damit hat Georgien in gewisser Weise das mo-

[11] Zeugnisse aus den verschiedenen Staaten sind zum Beispiel zusammengetragen worden in: *Mark Bogusawskij/Rolf Knieper* (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, 1998 (in deutscher und russischer Sprache); *Rolf Knieper/Lado Chanturia/Hans-Joachim Schramm* (Hrsg.), Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens, 2009; *Rolf Knieper, Lado Chanturia, Hans-Joachim Schramm*, (Hrsg.), Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, 2010.

[12] Insgesamt zu der Problematik *Rolf Knieper*, Gesetz und Geschichte – Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1996.

[13] *George Vashakidze*, Das Internationale Privatrecht von Georgien, 2014, besonders 7 ff.

derne Gesetz der Türkei aus dem Jahre 2007 vorweggenommen. Lado Chanturia hatte am Entstehen des IPR-Gesetzes einen entscheidenden Anteil.

Drittens ist es verwirrend und schmälert die notwenige Rechtssicherheit, einheitliche Materien auf mehrere Gesetze in der Weise zu verteilen, dass, wie in einigen post-sowjetischen Staaten, einige allgemeine Normen über einen Gegenstand in das Zivilgesetzbuch aufgenommen werden und sich weitere privatrechtliche Präzisierungen in Spezialgesetzen befinden. Definierte Problembereiche, wie etwa das Eigentum oder bestimmte Vertragstypen, sollten vollständig einheitlich entweder im Zivilgesetzbuch oder in Spezialgesetzen kodifiziert werden. In diesem Sinne scheint es mir ein Rückschritt zu sein, wenn im Jahre 2007 das ursprünglich in den Artikeln 208-232 des georgischen Zivilgesetzbuches geregelte Wohnungseigentum bis auf eine Rumpfbestimmung aus dem Zivilgesetzbuch entfernt worden ist.

Vier Materien möchte ich besonders erwähnen, da sie ausführlich in der Arbeitsgruppe diskutiert worden sind und meines Erachtens ein Schlaglicht auf die Schwierigkeiten der Kodifikation werfen.

a) Das Arbeitsrecht

Es bestand Einigkeit darüber, dass der überwiegende Teil des Arbeitsrechts zum Privatrecht gehört. Versuche in der Arbeitsgruppe aber, die Rechtsbeziehungen zwischen den lohnabhängig Beschäftigten und den Arbeitgebern im Dritten Buch des Zivilgesetzbuches unterzubringen, scheiterten an der schieren Komplexität der Aufgabe: Es sind ja nicht nur die individual-vertraglichen Beziehungen zu regeln, sondern auch die kollektiv-rechtlichen und dabei die Rolle von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden und sogar des Staates.[14] Angesichts dieser praktischen Herausforderungen und im Einvernehmen mit den beteiligten Akteuren haben wir das Arbeitsrecht nicht in der Arbeitsgruppe des Zivilgesetzbuches beraten.

b) Das Immaterialgüterrecht

Wir hatten uns zunächst, in Anlehnung an die Diskussionen in der GUS, aber auch an den ursprünglichen Plan des niederländischen Gesetzgebers, dazu entschlossen, den großen und heterogenen Bereich der Immaterialgüterrechte als Buch IV in das Zivilgesetzbuch zu integrieren. Nachdem die Niederlande aus guten Gründen vom ursprünglichen Plan abgerückt sind, insbesondere auch um den privatrechtlichen Charakter des *Burgerlijk Wetboek* nicht durch den notwendigerweise hohen Anteil verwaltungsrechtlicher Vorschriften zu belasten,[15] haben wir Kontakt zur WIPO aufgenommen und nach ausführlichen Beratungen mit ihr dazu geraten, das Buch IV aufzuheben. Das ist geschehen mit der Folge, dass noch heute eine Lücke daran erinnert, wie schwierig es

[14] Dazu insgesamt: *Iris Muth*, Neues Recht zwischen Tradition und Systemwechsel – Beratung des georgischen Arbeitsrechts in der Praxis, 2004.

[15] vgl. *A.S. Hartkamp*, Civil Code Revision in the Netherlands 1947-1992, in: *Haanappel* u.a. (Hrsg.) New Netherlands Civil Code, Patrimonial Law, Deventer, XIII ff / XIX.

ist, ein konsistentes Gesetzbuch zu verfassen und die selbst aufgestellten Kriterien durchgängig zu respektieren.

c) Das Handelsrecht

Die kodifikatorische Behandlung des ‚Handels'-Kodex oder ‚Wirtschafts'-Kodex gehörte und gehört bis heute zu den umstrittensten Fragen der Rechtsreformen in der post-sowjetischen Welt.

Moderne Kodifikationen wie das *Burgerlijk Wetboek* der Niederlande und der *Code Civil* Quebecs belegen, dass ein derartiges Sonderprivatrecht nicht strukturnotwendig ist und dass die These gut vertretbar ist, die Handelsgesetzbücher Frankreichs und Deutschlands seien historischen Gründen und der Verteilung von Gesetzgebungs-Kompetenz geschuldet und nicht einer überlegenen Kodifikationsidee[16]. In dieser Perspektive haben wir Vertragstypen und teilweise andere Regeln, wie z.B. solche über öffentliche Register, die sich etwa in Deutschland im Handelsgesetzbuch finden, in das georgische Zivilgesetzbuch integriert und auf ein besonderes Handelsrecht verzichtet. Das gilt zum Beispiel für das Transportvertragsrecht, das Bankvertragsrecht, das Versicherungsvertragsrecht, Sondernormen für den Handelskauf ebenso wie für eine Reihe moderner Vertragstypen, also etwa die Vorschriften zum Finanzierungs-Leasing und zum Franchise-Vertrag.

Die meisten anderen post-sowjetischen Staaten haben bisher ähnlich kodifiziert, mit der Ausnahme der Ukraine. Dort besteht seit dem 16. Januar 2003 nicht nur ein Zivilgesetzbuch, sondern auch ein ‚Wirtschafts'-Kodex oder ‚Handels'-Kodex. Darauf ist einzugehen, weil in vielen Diskussionen immer wieder einmal darauf verwiesen wird.

Das Nebeneinander hat in der Ukraine eine unübersichtliche, der Rechtssicherheit und damit einer positiven wirtschaftlichen Entwicklung abträgliche Situation geschaffen. Beide Gesetze beschäftigen sich nämlich in nicht geringen Teilen mit ähnlichen Rechtsmaterien, insbesondere dem Obligationen-, dem Eigentums- und Unternehmensrecht. Ihre Inhalte weichen allerdings teilweise voneinander ab und überschneiden sich teilweise.

Das Ziel des ukrainischen Wirtschaftskodex geht über die Regelung zivilrechtlicher Beziehungen hinaus. Es lässt sich zurückführen auf eine in der späten Periode der Sowjetunion gegründete Schule des Wirtschaftsrechts, die insbesondere durch die Professoren *Laptev* und *Mamutov* begründet worden ist[17]. Diese Schule geht von der nicht unrichtigen empirischen Beobachtung aus, dass in modernen Volkswirtschaften eine zunehmende Verantwortlichkeit des Staates für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung und im Gegenzug eine gesellschaftliche Verantwortung der privaten Unternehmen praktiziert oder jedenfalls angemahnt wird. Daraus zieht sie allerdings einen

[16] diese Meinung habe ich ausführlich begründet in *Rolf Knieper*, Sonderprivatrechts für Diese und Jenen? In: Festschrift für *Eckard Rehbinder*, 2007, 45 ff.

[17] *W. K. Mamutov* (Hrsg.), Chozyaistvennoe Pravo, Kiew 2002; siehe auch *Mamutov*, Die Konzeption eines Wirtschaftsgesetzbuches der Ukraine in: WGO-MfOR 1994, 373 ff.

juristischen Schluss, der an einen Theoriestrang des sogenannten dialektischen Materialismus erinnert, gemäß dem alle gesellschaftlichen „Überbauphänomene" die materielle Basis widerzuspiegeln hätten. Diese Theorie ist seit langem als unterkomplex und empirisch haltlos verworfen[18]. Sie hält sich ideologisch aber hartnäckig in der These, dass einem komplexen, die Sphären von Öffentlichem und Privatem nicht mehr rein beachtendem Wirtschaftssystem ein komplexes, öffentliches und privates Recht mischendes Rechtssystem entsprechen müsse. Die „*mixed economy*" soll durch ein „*mixed law*" ergänzt werden. Dass dies bisher in keinem Land mit einer traditionellen Marktwirtschaft realisiert worden ist, ficht die Propagandisten der Schule nicht an. Tatsächlich hat Prof. Mamutov mir während eines Gesprächs in Donezk (Ukraine) im Jahre 1998 erklärt, dass es in Deutschland und in Frankreich einen Wirtschaftskodex gäbe und hat sich nicht überzeugen lassen, dass dies nicht der Fall sei. Die Verwirrung erklärt sich dadurch, dass das deutsche Handelsgesetzbuch und der französische *Code de Commerce* mit dem Wirtschaftskodex des (post)-sowjetischen Typs terminologisch verwechselt werden. Bei den westeuropäischen Gesetzen handelt es sich aber um reines Unternehmensprivatrecht, während der ukrainische Wirtschaftskodex bewusst Privatrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht mischt.

Pikanterweise geht die Schule der komplexen Wirtschaftsgesetzgebung auf Meinungen in der deutschen und französischen Literatur zurück, die zunächst in den 1920er Jahren entwickelt wurden und dann während des Faschismus in Deutschland eine gewisse Prominenz erlangt hatten. Gesetzgeberische Versuche aber zu jener Zeit, entsprechende Gesetze in Deutschland zu schaffen, sind insgesamt gescheitert und am Ende des Faschismus zu Recht endgültig verworfen worden.

Es ist in westeuropäischen Ländern allgemein anerkannt, dass trotz der wirtschaftspolitischen Verantwortlichkeit des Staates und trotz des Entstehens von Großunternehmen mit volkswirtschaftlichem Einfluss von einem „organischen Zusammenwachsen" des Staates und der Wirtschaft keine Rede sein kann. Gerade die Entwicklung der letzten Jahrzehnte hat gezeigt, dass der Staat an der Aufgabe scheitert, die Märkte nach seinen Vorstellungen zu strukturieren und zu formen und politischen Vorgaben unterzuordnen. Gleichzeitig können die Wirtschaftsakteure und auf legitime und legale Rentabilität orientierten Marktteilnehmer nicht im unmittelbaren öffentlichen oder gesellschaftlichen Interesse handeln. Vielmehr verfolgen die in einem stabilen rechtlichen Rahmen agierenden Unternehmen ihre partikularen Gewinn- und Wachstumsinteressen, die dann in der Summe (hoffentlich) zum nationalen und globalen Wohlstand beitragen.

Unsere Ablehnung eines besonderen ‚Handels'-Kodex war also sowohl auf praktische als auch auf theoretische Gründe gestützt.

d) Das Ehe- und Familienrecht

[18] Obwohl sie in der „westlichen" These vom „Ende der Geschichte", so der Titel eines berühmten Buches von *Francis Fukuyama* aus dem Jahre 1989, ein Äquivalent hat.

Der Fokus unserer Zusammenarbeit lag auf dem Bereich des Zivil- und Wirtschaftsrechts als wesentlicher Voraussetzung für eine gelingende Transformation der staatszentrierten Verwaltungswirtschaft hin zu einer sozialen Marktwirtschaft mit dezentralisiertem Eigentum. Als nicht-georgisches Mitglied der Arbeitsgruppe hielt ich es für angemessen, die stark kulturell geprägten Materien des Ehe-, Familien- und Erbrechts nicht als von meinem Beratungsauftrag gedeckt zu definieren. Dieser Zurückhaltung stand allerdings bei der Erarbeitung des Zivilgesetzbuches die Notwendigkeit entgegen, bestimmen zu müssen, ob diese Materien in das Gesetz aufgenommen werden sollten.

In der sowjetischen Tradition, die von den meisten neuen unabhängigen Staaten fortgeführt wurde, war das Erbrecht, das allerdings nur noch eine rudimentäre Bedeutung hatte, Teil der Zivilgesetzbücher, während das Ehe- und Familienrecht in Sondergesetzen niedergelegt war.

Die wachsende Vertrautheit in der Arbeitsgruppe, die bald auch die Familienmitglieder umfasste, insbesondere zwischen Lado Chanturias und meiner Familie, erleichterte Diskussionen um das kulturell Spezifische und seine juristischen Dimensionen. Zusätzlich stellte sich heraus, dass das führende georgische Mitglied der Arbeitsgruppe, Professor Jorbenadze, wichtige Forschungen zum georgischen Familienrecht unternommen hatte, und dass ich mit einem deutschen Soziologen gemeinsam über die Entwicklung des Familienrechts gearbeitet hatte.

Tatsächlich bündelt die gesamtdeutsche Rechtsentwicklung seit dem 19. Jahrhundert wesentliche gesellschaftliche und politische Grundorientierungen. Zunächst allerdings waren bahnbrechend der französische *Code Civil* von 1804 und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 gewesen. Beide hatten zum ersten Mal trotz gewisser Einschränkungen den privaten Charakter der Beziehungen zwischen Eheleuten und zwischen Eltern und Kindern anerkannt. Das waren gewaltige Veränderungen gegenüber den feudalrechtlichen Ehebeschränkungen und der weitgehenden Irrelevanz individueller Willensentscheidungen, zumal solcher der Frau. Das deutsche BGB von 1900 nahm diese Konzeption auf und integrierte das Ehe- und Familienrecht in das kodifizierte Privatrecht, auf das die allgemeinen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte Anwendung finden.

Im Jahre 1938 hat die faschistische Regierung die Eheschließung aus dem BGB herausgenommen und in einem besonderen ‚Ehegesetz' geregelt, um den Charakter der Familie als öffentlicher, politischer Institution, als Keimzelle des Volkes und Instrument der Erhaltung und Mehrung von Art und Rasse zu dokumentieren. Nach dem Faschismus wurden in der BRD die Eheschließung und Ehe 1976 in das Privatrecht des BGB zurückgeführt, während in der DDR der öffentliche Charakter der Familie im sowjetisch inspirierten Familiengesetzbuch (FGB) von 1965 ausdrücklich erhalten blieb. Laut der Präambel des FGB ist die Familie „die kleinste Zelle der Gesellschaft", die nur aufgelöst werden darf, wenn die „Ehe ihren Sinn für die Ehegatten, für die Kinder und damit auch für die Gesellschaft verloren hat" (§ 24 FGB). Im Jahre 1998 ist das Familienrecht

für Gesamtdeutschland in das BGB zurückgeführt und damit rechtlich re-privatisiert worden[19].

Es bestand Einigkeit in der Arbeitsgruppe, das Ehe- und Familienrecht als Buch V in das neue Zivilgesetzbuch zu integrieren. Damit wurde nicht nur die praktische inhaltliche Verbundenheit zum Erbrecht dokumentiert, sondern viel mehr noch ihr privater Charakter: bei der Ehe handelt es sich um eine privatrechtliche vertragliche Beziehung, auf die die allgemeinen Vorschriften des Zivilgesetzbuches über die Rechtsgeschäfte anzuwenden sind; und auch für das gesetzliche Verhältnis zwischen Eltern und Kindern gelten die Normen des Zivilgesetzbuches, insbesondere die über die (zunehmende) Geschäftsfähigkeit. Für öffentliche, religiöse, politische, ideologische Verformungen ist in der Ehe und Familie des georgischen Zivilgesetzbuches zu Recht kein Platz.

Diese Konzeption musste mit Widerspruch rechnen. Als Lado Chanturia und ich sie 1997 auf zwei internationalen Konferenzen in St. Petersburg und Bremen vorstellte, erklärte Professor Shalva Tschikvashvili von der Ivane Javakhishvili Universität, es sei „prinzipiell falsch", das Familienrecht in das Zivilgesetzbuch aufzunehmen, denn die „Vereinigung der zivilrechtlichen und der familienrechtlichen Beziehungen in einem Gesetzbuch unterhöhlt die gesellschaftliche Bedeutung des Familiengesetzbuches"[20]. In einer noch emphatischeren Ablehnung hieß es: „Keineswegs darf der ‚Humus' des eigenen Rechtssystems vernichtet werden. Gestern wurden hier dazu einige Zweifel in Bezug auf Georgien geäußert, das jetzt die deutschen Erfahrungen in der zivilrechtlichen Regelung einführt. Das kann gut sein, dabei kann aber auch der Rechtshumus vernichtet werden, und dann kann dieser ‚Rechtsboden' außer Unkraut nichts hervorbringen"[21].

Wir haben die Kritik ertragen und sind nach wie vor der Meinung, dass das Ehe- und Familienrecht seinen Platz im Zivilgesetzbuch hat. Es ist vollständig am 25. November 1997 in Kraft getreten.

Schlussbetrachtung

Lado Chanturia hat nicht nur die zentralen Gesetzgebungsvorhaben der gesellschaftlichen Transformation Georgiens maßgebend mitgestaltet. Er hat sie auch in der Praxis begleitet, geschützt und mit Leben gefüllt, zunächst als Justizminister und dann als Präsident des Obersten Gerichts, aber auch als Kommentator des Zivilgesetzbuches und als universitärer Lehrer. Als Botschafter Georgiens in Deutschland hat er seine

[19] Insgesamt dazu *Gunnar Heinsohn/Rolf Knieper*, Theorie des Familienrechts, 2. Auflage 1976, 13-15, 99-104.

[20] *Shalva Tschikvashvili*, Vorzüge und Nachteile des Entwurfs des neuen Zivilgesetzbuches Georgiens – Vortrag auf der internationalen wissenschaftlich-praktischen Konferenz in St. Petersburg, in: *Mark Bogusawskij/Rolf Knieper* (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, 1998, 48-49.

[21] *Anatoly Dovgert*, Rede in Bremen am 4. März 1997: *Mark Bogusawskij/Rolf Knieper* (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, 1998, 331.

Kraft darauf verwendet, die Kooperation zwischen den beiden Ländern zu intensivieren. Er hat die Grenzen des Privatrechts überschritten und gehört nun als Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der, wie er unterstreicht, „grundsätzlich nicht über Streitigkeiten privatrechtlicher Natur" entscheidet[22], zu den prominenten Vertretern des öffentlichen Rechts. Die Differenzierung zwischen privatem und öffentlichem Recht gehört damit zu seinem täglichen Brot.

Immer noch halten wir engen Kontakt. So hat er mich gebeten, der Autorengruppe zur Kommentierung des Zivilgesetzbuches zur Seite zu stehen, und ich habe ihn nach Details des georgischen Rechts gefragt, wenn ich in internationalen Gerichtsverfahren als Experte für georgisches Recht tätig geworden bin. Ich spüre dann, dass ihn das Privatrecht nicht ganz losgelassen hat.

Längst hat er verstanden, dass angesichts der Herausforderung einer Mitgliedschaft Georgiens in der Europäischen Union der Weg der Reformen nicht zu Ende ist, sondern eine neue Etappe begonnen hat. Er weiß auch, dass diese neue Etappe auf dem bisher Erreichten aufbauen kann und dass mit dem Gesetz über die gewerblichen Unternehmer und dem Zivilgesetzbuch seit 1994 an einem europäischen georgischen Rechtssystem gearbeitet worden ist[23]. Wie es die Natur will, werden wir diesen neuen Weg kaum zusammen gehen können. Deshalb wünsche ich ihm an dieser Stelle eine nicht nachlassende Energie, Überzeugung und Lust auf die Wanderung.

[22] *Lado Chanturia*, Privatrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: *Azar Aliyev* u.a., Recht als Brücke zwischen Ost und West, Festschrift für *Alexander Trunk*, 2022, 103 ff./105.

[23] Lado Chanturia, Die Europäisierung des georgischen Rechts - bloßer Wunsch oder große Herausforderung? in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ), Band 74 (2010), 154 ff.; *Lado Chanturia*, Die Ausdehnung des Europäischen Privatrechts auf Drittstaaten am Beispiel Georgiens, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2018, 916 ff.

Jürgen Basedow † *

DIE INHALTSKONTROLLE MISSBRÄUCHLICHER VERTRAGSKLAUSELN DURCH DEN EUROPÄISCHEN GERICHTSHOF

Lado Chanturia hat Georgien einmal als den Balkon Europas bezeichnet, ein treffendes Bild! So wie der Balkon das Gebäude benötigt, das ihm Halt gibt, so bereichert er dessen Anblick von außen und erlaubt den Bewohnern des Hauses, ihr Blickfeld zu erweitern auf Dinge, die sie in ihrem Haus nicht kennen und von dort aus vielfach auch nicht sehen können. Die räumliche Nähe von Haus und Balkon, von Europa und Georgien, spiegelt sich in kultureller Nähe, hat aber nur begrenzte Parallelen im Bereich von Politik, Wirtschaft und Recht, wo es manchen Annäherungsbedarf gibt.[1] Lado Chanturia hat sich als Rechtswissenschaftler, Richter, Minister und Botschafter seines Landes über Jahrzehnte hinweg um eine stärkere Orientierung Georgiens an der Europäische Union bemüht, dies ganz besonders im Bereich des Rechts. Der folgende Beitrag soll daran anknüpfen und ist ihm in langer freundschaftlicher Wertschätzung gewidmet.

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Klauselrichtlinie

Meine Ausführungen beleuchten ein zentrales Rechtsproblem marktwirtschaftlicher Systeme: die Verwendung standardisierter Vertragsbedingungen. Sie liegt im Interesse der Rationalisierung massenhafter wirtschaftlicher Abläufe und ist auch hilfreich bei der Entwicklung neuer Transaktionsarten, z.B. von Verträgen über Netzzugang, über Plattformwerbung oder Crowdfunding, für deren Ausgestaltung das staatliche Recht oft erst nach vielen Jahren über die nötigen Erfahrungen verfügt. So notwendig Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind, sie werden häufig nur von einer Marktseite ausgearbeitet und bergen damit die Gefahr der Einseitigkeit in sich. Dieses Problem lässt sich durch Wettbewerb nicht lösen, der sich zwangsläufig nur auf die zentralen Parameter eines Geschäfts wie Qualität, Menge und Preis beschränkt, während Nebenabreden von den Beteiligten im Allgemeinen nicht zur Kenntnis genommen werden (können). Erforderlich ist staatliche Kontrolle. Der Gesetzgeber kann die erforderlichen Bedingungswerke in ihrer großen Vielzahl freilich nicht schaffen; das würde ihn überfordern. Gleiches gilt für die Verwaltung, der es auch häufig an der Sensibilität für wirt-

* Professor Dr. Dr. h. c. mult. LL.M. (Harvard Univ.); em. Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, † 06.04.2023.

[1] Die Stellungnahme der Europäischen Kommission zum EU-Beitrittsantrag Georgiens weist diesbezüglich auf einigen Annäherungsbedarf hin, siehe die Presseerklärung vom 17.6.2022.

schaftliche Neuerungen fehlt. Gesetzgeber und Verwaltung adressieren im Übrigen nur die *zukünftige* Verwendung von AGB, während sich die Regelungsprobleme oft erst *im Nachhinein* ergeben. Notwendig ist also die Kontrolle durch Gerichte im konkreten Fall.

Dies ist in vielen nationalen Rechtsordnungen und auch in Georgien erkannt und wurde auch schon von der Europäischen Union aufgegriffen. Artikel 342 ff. des georgischen ZGB behandeln das Problem ebenso wie die §§ 305 ff. des deutschen BGB für Verträge aller Art, gleich ob sie zwischen Privatleuten, zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und Privatleuten abgeschlossen werden. Dagegen ist die EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen nur auf Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern anwendbar. Sie betrifft also Rechtsbeziehungen, auf deren einer Seite natürliche oder juristische Personen stehen, die einen Vertrag im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes abschließen; ihnen treten auf der anderen Seite natürliche Personen gegenüber, die mit einem Geschäft private Zwecke verfolgen.[2]

Die EU-Richtlinie ist inzwischen 30 Jahre alt und Teil einer umfassenderen Verbraucherpolitik der Europäischen Union, aus der zahlreiche Rechtsakte zu spezifischen Vertragstypen wie etwa dem Verbraucherkäufen, Pauschalreisen oder Verbraucherkreditverträgen, aber auch zu besonderen Formen des Vertragsschlusses, insbesondere Distanz- und Haustürverträgen sowie zum unlauteren Wettbewerb und besonderen Mechanismen der Streitbeilegung hervorgegangen sind.[3] Hier soll es nicht um eine Präsentation und Analyse des Gesetzesrechts gehen, sondern um die wachsende Bedeutung, die bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zukommt, der sich mit zunehmender Häufigkeit der Auslegung dieser Richtlinie zuwendet.

Zu beachten ist dabei die eigenartige Rechtsform der Richtlinie. Gemäß Artikel 288 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)[4] ist eine Richtlinie zwar *für* jeden Mitgliedstaat, das heißt sämtliche Organe einschließlich der Gerichte verbindlich, dies jedoch nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels, während den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlassen bleibt. Praktisch bedeutet dies, dass Richtlinien in nationalen Rechtsvorschriften umgesetzt werden. Die nationalen Gerichte wenden dann nicht die Richtlinie als solche an, sondern die nationalen Umsetzungsregeln.[5] Die Umsetzungsregelungen geben die Bestimmungen einer Richtlinie wieder, können aber darüber hinausgehen. Die nationalen Juristen müssen den Hintergrund im EU-Recht kennen; denn das nationale Recht muss im Einklang mit der zugrundeliegenden Richtlinie angewendet werden.[6]

---

[2] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.

[3] Siehe die Übersicht bei *Jürgen Basedow*, EU Private Law – Anatomy of a Growing Legal Order, Cambridge 2021, para. II-171 ff., 136 ff. m.w.N.

[4] Eine konsolidierte Fassung des Vertrages findet sich in ABl. 2016 C 202/47.

[5] Siehe näher *Basedow*, oben fn. 3, para. III-189 ff., 244 ff.

[6] EuGH 10.4.1984, Rs. C-14/83 (*von Colson und Kamann ./. Land Nordrhein Westfalen*), ECLI:EU:C:1984:153.

Nationale Juristen und Gerichte sind also gehalten, in die Richtlinie zu schauen. Wo diese doppeldeutig ist, können die nationalen Gerichte bis hinunter zu den Gerichten erster Instanz eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs beantragen; die letztinstanzlichen Gerichte sind dazu sogar verpflichtet, siehe Artikel 267 AEUV. Dieses sogenannte Vorabentscheidungsverfahren ist einzigartig. Der Gerichtshof entscheidet nicht den Fall selbst, sondern gibt in seinem Urteil zu einer abstrakten Rechtsfrage nur eine Stellungnahme ab, die den Inhalt der Richtlinie konkretisiert. Der EuGH erhebt keine Beweise, sondern geht von dem Sachverhalt aus, den das nationale Gericht ihm mitgeteilt hat. Die Verantwortung für die letztliche Entscheidung des Falles liegt bei dem vorlegenden nationalen Gericht, das auch nicht daran gehindert ist, seine Entscheidung auf einen anderen rechtlichen Grund zu stützen als denjenigen, den es dem Gerichtshof unterbreitet hat.

Die Klauselrichtlinie verwendet viele allgemein gefasste und unbestimmte Rechtsbegriffe; es kann nicht erstaunen, dass die außerordentliche Vielgestaltigkeit vertraglicher Abmachungen daher zu einer großen Zahl von Vorlagen an den EuGH führt. Gemäß Artikel 3 ist eine Vertragsklausel, „die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, … als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht." Der Anhang der Richtlinie enthält eine „als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können [nicht: müssen]." (Artikel 3 Abs. 3). Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit betrifft „weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem … Entgelt [und der] Gegenleistung …, „sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefasst sind." (Artikel 4 Abs. 2). Wo es an der Klarheit und Verständlichkeit fehlt, gilt gemäß Artikel 5 „die für den Verbraucher günstigste Auslegung;" gemäß Artikel 4 Abs. 2 können solche Klauseln von zweifelhafter Bedeutung aber auch als missbräuchlich angesehen werden, wenn sie nicht klar und verständlich formuliert sind.

Während missbräuchliche Klauseln gemäß Artikel 6 Abs. 1 „für den Verbraucher unverbindlich sind," bleibt der Vertrag im Übrigen bindend, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln fortbestehen kann. Die Mitgliedstaaten haben nach Artikel 7 Abs. 1 für „angemessene und wirksame Mittel" zu sorgen, um der Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen. Diese Mittel unterscheiden sich zwischen den Mitgliedstaaten; das deutsche Recht setzt in erster Linie auf Zivilklagen. In Skandinavien stehen demgegenüber verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe im Vordergrund, insbesondere die Einschaltung einer Ombudsmannbehörde. Die Richtlinie bewirkt eine Mindestharmonisierung; die Mitgliedstaaten können gemäß Artikel 8 „strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten."

In zeitlicher Hinsicht ist die Richtlinie auf alle Verträge anzuwenden, die nach Januar 1995 geschlossen wurden. Zu der ersten Vorlage an den EuGH kam es im Jahr 1998; seither hat der Gerichtshof ungefähr 120 Fälle entschieden. Dabei vermittelt die Ent-

wicklung der Rechtsprechung jedenfalls während der frühen Jahre den Eindruck eines Slalomkurses. Während die erste Entscheidung die Entschlossenheit des Gerichtshofs zum Ausdruck brachte, die neuen Rechtsakte wirksam durchzusetzen, gab der EuGH diese Absicht einige Jahre später mehr oder weniger auf. Eine breite Kritik im Schrifttum und einige externe Faktoren haben den Gerichtshof dann wieder zu einer wirksameren richterlichen Inhaltskontrolle von Standardklauseln veranlasst.

2. Océano Grupo

Der erste Fall bezog sich auf eine Gerichtsstandsklausel, nach der die Gerichte von Barcelona am Sitz zweier klagender Verlage ausschließlich zuständig waren. Verbraucher, die in ganz Spanien wohnten, hatten mit ihnen Verträge über den Bezug einer Enzyklopädie in Teillieferungen zum persönlichen Gebrauch abgeschlossen. Als einzelne Kaufpreisraten bei Fälligkeit nicht bezahlt wurden, erhoben die Verlage in einem summarischen Verfahren Klage in Barcelona und beriefen sich auf die Gerichtsstandsklausel. Das spanische Tribunal Supremo hatte ähnliche Gerichtsstandsklauseln früher für missbräuchlich erklärt; daher setzte der Richter in Barcelona das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob ein nationales Gericht gemäß der Richtlinie von Amts wegen entscheiden könne, ob eine Klausel missbräuchlich sei.

Der Gerichtshof wies darauf hin, dass die Gerichtsstandsklausel vorformuliert war und die Verbraucher dazu verpflichtete, sich auf die Zuständigkeit eines Gerichts einzulassen, das weit von ihren jeweiligen Wohnsitzen entfernt war; die daraus entstehenden Schwierigkeiten und Kosten könnten Verbraucher davon abhalten, ihre Rechte vor Gericht wahrzunehmen. Eine solche Klausel gehöre „somit zu der im Anhang der Richtlinie unter Nummer 1 Buchstabe q genannten Gruppe von Klauseln …“[7]. Nachdem der Gerichtshof die Vorteile einer solchen Klausel für die Verlage gewürdigt hatte, folgerte er, dass sie „als missbräuchlich im Sinne des Artikels 3 der Richtlinie anzusehen [ist], da sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.“[8]

Unter Hinweis auf die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 7, angemessene und wirksame Mittel gegen die fortgesetzte Verwendung missbräuchlicher Vertragsklauseln einzuführen, entschied der Gerichtshof des Weiteren, „dass das nationale Gericht von Amts wegen prüfen kann, ob eine Klausel des ihm vorgelegten Vertrages missbräuchlich ist.“[9] Die zuletzt genannte Feststellung war deshalb so bedeutsam, weil die beklagten Verbraucher sich noch gar nicht auf das Verfahren in Barcelona eingelassen und deshalb auch noch keine Anträge zu der Wirksamkeit der fraglichen Klauseln unterbreitet hatten.

[7] EuGH 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 (*Océano Grupo Editorial ./. Murciano Quintero*), ECLI:EU:C:2000:346, para. 22.

[8] EuGH, *Océano Grupo*, vorige Fn., Rn. 24.

[9] EuGH, oben Fn. 7, Rn. 27, 29.

Der Gerichtshof ließ in diesem Urteil deutlich erkennen, dass er entschlossen war, den Kampf gegen die verbreitete Verwendung unfairer Vertragsklauseln in Europa aufzunehmen und damit dem Missstand entgegenzuwirken, der zur Annahme der Richtlinie geführt hatte.

3. Ein Schritt zurück: Freiburger Kommunalbauten

Einige Jahre später nahm der Gerichtshof die nächste Kurve. Freiburger Kommunalbauten, eine städtische Baugesellschaft, plante ein mehrgeschossiges Parkhaus und verkaufte einen darin befindlichen Stellplatz zur privaten Nutzung an Herrn und Frau Hofstetter. Nach einer Klausel des Vertrages sollte der gesamte Kaufpreis fällig werden, sobald das Bauunternehmen eine Sicherheit stellen würde. Als Freiburger Kommunalbauten eine Bankbürgschaft leistete, beriefen sich die Käufer aber darauf, dass die fragliche Vertragsklausel mit dem deutschen Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen unvereinbar sei, und weigerten sich zu zahlen. Der Bundesgerichtshof neigte freilich dazu, die Klausel anzuerkennen, obwohl der Preis für ein Werk gemäß § 641 BGB erst nach Abnahme durch den Auftraggeber fällig wird; diese Vorschrift ist freilich dispositiv, und der BGH sah Gründe, die im konkreten Fall eine vertragliche Abbedingung rechtfertigen würden.

Auf Vorlage des BGH entschied der Europäische Gerichtshof, dass sich die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel nach Artikel 4 der Richtlinie unter Berücksichtigung aller den Vertragsschluss begleitenden Umstände beurteile, dies einschließlich der Folgen, „die die Klausel im Rahmen des auf den Vertrag anwendbaren Rechts haben kann, was eine Prüfung des nationalen Rechtssystems impliziert."[10] Der Gerichtshof ist freilich zur Auslegung des nationalen Rechts nicht zuständig und schloss daher, dass er sich nur zu den von Gemeinschaftsgesetzgeber zur Definition des Begriffs der missbräuchlichen Klausel verwendeten allgemeinen Kriterien äußern könne, nicht dagegen zur Anwendung dieser allgemeinen Kriterien auf eine bestimmte Klausel, die anhand der Umstände des konkreten Falles zu prüfen sei.[11]

Die Argumentation dieses Urteils ist kurz und schwer mit Entscheidungen des Gerichtshofs in anderen Bereichen zu vereinbaren, in denen der EuGH sehr wohl allgemeine Rechtsbegriffe interpretiert hat. Ein zentrales Argument, die Schwierigkeiten der Abwägung, gilt ebenso für zahlreiche andere Situationen. Der eigentliche Grund, der im Hintergrund eine Rolle gespielt haben mag, aber vom Gerichtshof nicht zum Ausdruck gebracht wurde, findet sich wohl im Schlussgutachten des Generalanwalts. Er wies auf den erforderlichen „ökonomischen Gebrauch" der Rechtsbehelfe hin: „Auf Grund des allgemeinen Charakters des Begriffs ‚missbräuchlich' könnten Klauseln, die in einer großen Bandbreite an Formen und Inhalten in Verbraucherverträgen vorkom-

[10] EuGH 1.4.2004, Rs. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten ./. Hofstetter*), ECLI:EU:C:2004:209, Rn. 21.
[11] EuGH, *Freiburger Kommunalbauten*, vorige Fn., Rn. 22.

men, immer wieder Anlass geben, Vorabentscheidungsfragen vorzulegen."[12] Vielleicht fürchtete sich der Gerichtshof also davor, durch vertragsrechtliche Fälle, die seine Zeit und Ressourcen auffressen, überflutet zu werden und sich den zentralen Aufgaben eines europäischen Verfassungsgerichts nicht mehr widmen zu können.

Das Urteil ist vor allem in der deutschen Rechtsliteratur vielfach kritisiert worden.[13] Das Hauptargument der Kritiker ging dahin, dass die Harmonisierungsbestrebungen des europäischen Gesetzgebers, die sich im Erlass der Richtlinie niedergeschlagen haben, ins Leere laufen, wenn der Gerichtshof unter Berufung auf die Bedeutung des nationalen Rechts sich einer einheitlichen Auslegung enthält. Es sieht nun so aus, dass der Gerichtshof, in Reaktion auf solche Kritik, allmählich zu einer pro-aktiven Auslegung der Richtlinie zurückkehrt. Dies geschieht im Wesentlichen auf dreierlei Wegen: Er betont die verfahrensmäßigen Pflichten der nationalen Gerichte (4.), beruft sich vermehrt auf die Liste missbräuchlicher Klauseln im Anhang (5.), und hebt das Erfordernis der transparenten Formulierung von Vertragsklauseln hervor (6.).

4. Anwendung ex officio – Effektivitätsgrundsatz

Wie oben erwähnt hat der Gerichtshof in Océano Grupo darauf hingewiesen, dass die nationalen Gerichte ermächtigt sind, die Missbräuchlichkeit einer vorformulierten Vertragsklausel von Amts wegen zu untersuchen. In dem Fall bestand die Gefahr, dass die Beklagten sich auf das Verfahren wegen der damit verbundenen Kosten nicht einlassen würden und es folglich nicht zu einer Überprüfung der Missbräuchlichkeit der Gerichtsstandsklausel kommen würde, wenn dies nur auf Antrage einer Partei geschehen könne. Auch der vorlegende Richter befürchtete dies und formulierte die Vorlagefrage nach der Möglichkeit einer Anwendung ex officio, schon bevor er die Klage den Beklagten überhaupt zustellen ließ.

Dieser Teil des Urteils Océano Grupo ist in den späteren Entscheidungen nicht infrage gestellt worden, auch nicht in Freiburger Kommunalbauten. Er wurde weiter entwickelt in Mostaza Claro. Dort verpflichtete eine vorformulierte Vertragsklausel eine Verbraucherin, ihre Rechte vor einem Schiedsgericht wahrzunehmen. Als der Schiedsspruch vor dem staatlichen Gericht mit einer Aufhebungsklage angefochten wurde, hielt der vorlegende Richter die Klausel für missbräuchlich und unwirksam. Freilich hatte sich die Verbraucherin vor dem Schiedsgericht nicht auf die Unwirksamkeit berufen. Der vorlegende Richter bat den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu der Frage, ob die Richtlinie ihn zu einer Entscheidung über die Wirksamkeit der Schiedsabrede verpflichte. Der EuGH wies auf das öffentliche Interesse an dem Schutz hin, den die Richtlinie Verbrauchern bietet, und folgerte daraus, „dass das nationale Gericht von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel prüfen und damit dem Ungleich-

[12] Siehe das Schlussgutachten von Generalanwalt *Geelhoed* vom 25.9.2003 in der Rs. C-237/02, ECLI:EU:C:2003:504, Rn. 29.

[13] Siehe *Matteo Fornasier*, in Münchener Kommentar zum BGB, Bd. II, 9. Auflage München 2022, Vor § 305, Rn. 48 m.w.N.

gewicht zwischen dem Verbraucher und dem Gewerbetreibenden abhelfen muss."[14] Aus der *Befugnis* des nationalen Gerichts, die der EuGH in Océano Grupo festgestellt hatte, wurde hier die *Pflicht*, die Missbräuchlichkeit von Amts wegen zu prüfen.

Es liegt auf der Hand, dass diese Entscheidung und die in allen Ländern anerkannte Dispositionsmaxime des Zivilprozessrechts kaum miteinander zu vereinbaren sind. Der Zivilprozess gehorcht im Prinzip den Anträgen der Parteien und nicht den inquisitorischen Maßnahmen des Richters. Durchbrochen wird auch das vom Gerichtshof selbst oft betonte Prinzip der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, das freilich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch den Effektivitätsgrundsatz begrenzt wird: Die im nationalen Recht vorgesehenen Verfahrensmodalitäten dürfen „die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren."[15] Eine international verbreitete Regelung des Schiedsrechts geht dahin, dass Sachargumente, die während des Schiedsverfahrens hätten vorgebracht werden können oder sollen, im Aufhebungsverfahren präkludiert sind; diese Regel wird durch das Urteil in Sachen Mostaza Claro eingeschränkt.

In späteren Fällen hat der Gerichtshof die Pflicht nationaler Gerichte zur Untersuchung der Missbräuchlichkeit vorformulierter Vertragsklauseln ex officio auf andere Verfahrenstypen ausgeweitet, in denen an sich nach nationalem Prozessrecht solche Sachargumente ausgeschlossen sind. Dies ist insbesondere für Appellationsverfahren, Vollstreckungsverfahren, Versäumnisverfahren und beschleunigte Zahlungsverfahren geschehen.[16] Die Wirkung jener Urteile geht dahin, nationale Verfahrensregeln einzuschränken, die eine inhaltliche Überprüfung jedenfalls insoweit ausschließen, als es um die Anwendung der Richtlinie und der zu ihrer Umsetzung erlassenen nationalen Vorschriften geht. Diese Rechtsprechung betrifft eigentlich nicht die Kontrollwirkung der Richtlinie in der Sache; sie erweitert aber für Verbraucher und ihre Rechtsberater die verfügbaren rechtlichen Argumente in zahlreichen Stadien der Verfahren und ermöglicht es den Gerichten dieser Verfahren, Zweifeln an der Wirksamkeit von Vertragsklauseln Raum zu geben.

Die Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz bei der Anwendung der Klauselrichtlinie erschöpft sich nicht in Eingriffen in anerkannte Maximen und Strukturen des Zivilprozesses. Dieser Grundsatz, den der Gerichtshof auch in Art. 7 der Richtlinie verankert sieht, eignet sich ja im Prinzip zu einer geradezu uferlosen Erweiterung der Folgen der Richtlinie oder sonstiger Maßnahmen, solange nicht konkurrierende Prinzipien nach einer Grenzziehung verlangen. Unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Richtlinie 93/13 scheint der EuGH in neuerer Zeit auch in Felder des materiellen Zivilrechts der Mitgliedstaaten einzudringen. So hat er sich näher mit Verjährungsregeln des nationalen Rechts auseinandergesetzt. Während er Verjährungsfristen von

[14] EuGH 26.10.2006, Rs. C-168/05 (*Mostaza Claro ./. Centro Móvil Milenium*), ECLI:EU:C:2006:675, Rn. 38.

[15] EuGH 20.9.2001, Rs. C-453/99 (*Courage ./. Crehan*), ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 29.

[16] Siehe *Fornasier*, in Münchener Kommentar, oben in Fn. 14, Vor § 305, Rn. 38 m.w.N. zu der Rechtsprechung; siehe zuletzt auch *Friedrich Graf von Westphalen*, Ein Paukenschlag aus Luxemburg: Verbraucherschutz vs. Verfahrensrecht, Betriebsberater 2022, 1987 – 1992.

3-5 Jahren im Prinzip billigte, hielt er sie doch nur für vereinbar mit dem Effektivitätsgrundsatz, „wenn der Verbraucher die Möglichkeit hatte, von seinen Rechten Kenntnis zu nehmen, bevor diese Frist zu laufen beginnt oder abgelaufen ist."[17] So sehr dies einleuchtet, müssen Streitigkeiten doch auf jeden Fall irgendwann ein Ende finden, gleich ob der Berechtigte Kenntnis von seinen Rechten erlangt oder nicht. Zivilprozesse werden sonst zu Foren rechtshistorischer Aufarbeitung, in denen nicht Beweise, sondern kontextuelle Analysen den Ausschlag geben. In der neueren Rechtsentwicklung findet sich daher bei rechtsvergleichender Betrachtung neben einer durch Kenntnis ausgelösten kürzeren *relativen* Verjährungsfrist im Allgemeinen eine lange *absolute* Verjährungsfrist, die in Jahrzehnten bemessen wird und mit dem anspruchsbegründenden Ereignis beginnt.[18]

Unter dem Gesichtspunkt der Effektivität prüft der Gerichtshof auch nationale Regelungen für Rückgewähransprüche des Verbrauchers, die sich ergeben, wenn eine Vertragsklausel für missbräuchlich und unwirksam erklärt wurde. Als ein spanisches Gericht die Rückgewähr auf Zahlungen in der Zeit ab Eintritt der Rechtskraft einer früheren Entscheidung begrenzen wollte, sah der Gerichtshof trotz prinzipieller Anerkennung des Grundsatzes der res judicata im konkreten Fall einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz.[19] Ganz generell lässt sich beobachten, dass der Gerichtshof im Allgemeinen nicht konkret ausführt, inwiefern seine Entscheidung der Richtlinie zu größerer Effektivität verhilft. Die Berufung auf den Effektivitätsgrundsatz ist ein evidenzbasiertes Argument.

5. Die wachsende Bedeutung des Anhangs der Richtlinie

Der Anhang der Richtlinie führt im Einzelnen 17 Arten von Vertragsklauseln auf, die gemäß Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie für missbräuchlich erklärt werden „können". Die Liste lässt keine endgültigen Schlüsse zu, sondern dient „als Hinweis"; sie ist „nicht erschöpfend", andere Klauseln können also ebenso als missbräuchlich angesehen werden. Die Liste enthält unter anderem Vertragsklauseln, die die Haftung eines Unternehmens im Falle von Tod oder körperlichen Schäden des Verbrauchers ausschließen oder beschränken; Klauseln, die den Verbraucher im Falle seines Vertragsbruchs zur Zahlung eines „unverhältnismäßig hohen Entschädigungsbetrags" verpflichten; Klauseln, die es einseitig dem Unternehmen gestatten, den Vertrag nach freiem Ermessen zu kündigen oder die Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung einseitig ohne triftigen Grund zu ändern; Klauseln, die eine einseitige Preiserhöhung ermöglichen, ohne dem Verbraucher ein Rücktrittsrecht zu

[17] EuGH 10.6.2021, verb. Rs. C-776/19 (*VB ./. BNP Parisbas Personal Finance*), ECLI:EU:C:2021:470, Rn. 46 mit weiteren Nachweisen.

[18] *Reinhard Zimmermann*, Prescription, in *Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann*, Hrsg., The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Bd. II, Oxford 2012, 1306 – 1310 (1307) weiteren Nachweisen.

[19] EuGH 17.5.2022, Rs. C-869/19 (*L ./. Unicaja Banco*), ECLI:EU:C:2022:397, Rn. 39.

gewähren; Klauseln, die das Recht des Verbrauchers einschränken, Rechtsbehelfe zu ergreifen. Die Liste ist sehr viel länger und weist auf viele Klauseln hin, die das Gleichgewicht von Rechten und Pflichten zwischen dem Unternehmen und dem Verbraucher zum Nachteil des Letzteren verändern. Einige Verbote sind dabei eindeutig formuliert, andere differenziert, so dass das Gericht seine Entscheidung den besonderen Umständen des Falles anpassen kann.

Was immer man über die Präzision der einzelnen Verbote des Anhangs sagen mag, sie sind sicher viel genauer als die „allgemeinen Kriterien", die der Gerichtshof nach der Entscheidung in Freiburger Kommunalbauten zu entwickeln bereit war.[20] Freilich muss der Anhang in Verbindung mit Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie gelesen werden. Die praktische Wirkung jener Bestimmung wurde verwässert, indem der Gerichtshof ohne weitere Erläuterung feststellte, dass „eine in der Liste aufgeführte Klausel … nicht zwangsläufig als missbräuchlich anzusehen [ist], und umgekehrt … eine nicht darin aufgeführte Klausel gleichwohl für missbräuchlich erklärt werden [kann]."[21]

Es ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof nicht einmal die Möglichkeit andeutet, dass die Verbote des Anhangs eine gewisse *Vermutung* der Missbräuchlichkeit der darin aufgeführten Klauseln begründet; was sonst kann man darunter verstehen, dass die Erwähnung einer solchen Klausel gemäß Artikel 3 Abs. 3 „als Hinweis" dient? Der Rechtsbegriff der Vermutung bezieht sich zwar im Allgemeinen auf Tatsachen und nicht auf eine rechtliche Bewertung. Bei einem unbestimmten Rechtsbegriff wie der Missbräuchlichkeit ist er gleichwohl hilfreich. Würde eine Vermutung, sei sie nun stark oder schwach, den Parteien und den Gerichten nicht doch bei der Anwendung der Richtlinie und der nationalen Umsetzungsvorschriften einen Fingerzeig geben, indem sie die Argumentationslast mehr oder weniger klar dem Unternehmen zuweist? Seinerzeit wurde die oben zitierte Feststellung des Gerichtshofs als eine Entscheidung verstanden, sich von dem früheren Urteil in Océano Grupo zu distanzieren. Jenes Urteil hatte ja keinen Zweifel daran gelassen, dass die strittige Gerichtsstandsklausel „somit zu der im Anhang der Richtlinie unter Nummer 1 Buchstabe q genannten Gruppe von Klauseln [gehört], die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass dem Verbraucher die Möglichkeit genommen oder erschwert wird, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen."[22]

In der jüngeren Vergangenheit ist der Gerichtshof offenbar geneigt, dem Anhang größeres Gewicht beizulegen. Zwar hebt er immer noch hervor, dass es Sache des nationalen Gerichts sei, die Missbräuchlichkeit festzustellen. Doch weist er auch darauf hin, dass „die Zuständigkeit des Gerichtshofs [sich] auf die Auslegung des Begriffs ‚missbräuchliche Klausel' in Artikel 3 Abs. 1 und im Anhang der Richtlinie 93/13 sowie auf die Kriterien [erstreckt], die das nationale Gericht bei der Prüfung einer Vertragsklausel im Hinblick auf die Bestimmungen dieser Richtlinie anwenden darf oder muss …"[23] Zu den „Kriterien" der Missbräuchlichkeit gehören offensichtlich die Verbote im Anhang, hat

[20] Siehe den Text oben bei Fn. 8.
[21] EuGH, *Freiburger Kommunalbauten*, oben Fn. 10, Rn. 20.
[22] EuGH, *Océano Grupo*, oben Fn. 7, para. 22.
[23] EuGH 27.1.2021, verb. Rs. C-229/19 (*Dexia Nederland ./. XXX*), ECLI:EU:C:2021:68, Rn. 45.

der Gerichtshof diesen Anhang doch wiederholt als „eine wesentliche Grundlage, auf die das Gericht seine Beurteilung der Missbräuchlichkeit der ihm vorgelegten Klausel stützen kann," bezeichnet.[24] Diese Entwicklung lässt sich also dahin zusammenfassen, dass die 17 Verbote des Anhangs wesentliche Grundlagen für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit sind und dass die Zuständigkeit des Gerichtshofs sich auf die Auslegung der 17 Verbote und der darin verwendeten Begriffe erstreckt.

Das ist der Weg, den der EuGH weiter zu beschreiten scheint. Diese Schlussfolgerung wird durch seine Rechtsprechung nahegelegt. Die Rechtbank Amsterdam hatte über die Klage eines Wohnungsvermieters gegen den Mieter zu urteilen, die sich auf rechtswidrige Untervermietung stützte. Der Vermieter verlangte die Räumung der Wohnung, die Bezahlung fälliger Miete und der vereinbarten Vertragsstrafe von € 5000 sowie die Herausgabe des Gewinnes, den der Mieter durch die Untervermietung zu höherem Mietzins gemacht hatte. Auf Vorlage der Rechtbank entschied der Gerichtshof, dass bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit der zugrundeliegenden Vertragsklausel „der Grad der Wechselwirkung der in Rede stehenden Klausel mit anderen Klauseln, insbesondere nach Maßgabe ihrer jeweiligen Tragweite zu berücksichtigen ist. Bei der Beurteilung, ob die dem Verbraucher auferlegte Entschädigung im Sinne von Nummer 1 Buchst. e des Anhangs der Richtlinie möglicherweise unverhältnismäßig hoch ist, ist jenen dieser Klauseln, die sich auf ein und dieselbe Vertragsverletzung beziehen, erhebliche Bedeutung beizumessen."[25] In der Sache legte der Gerichtshof also die Bedeutung von Nummer 1 Buchstabe (e) des Anhangs aus und gab dem nationalen Gericht diesbezügliche Anweisungen.

In einem anderen Fall entschied der Gerichtshof sogar selbst. Als ein säumiger spanischer Darlehensnehmer sich gegen bestimmte Klauseln eines Hypothekenvertrages wendete, stimmte die Bank einer Änderung zu; die Parteien schlossen einen so genannten Novationsvertrag, in dem sie unter anderem ausdrücklich darauf verzichteten, auf den Abschluss und die Klauseln des Vertrages gestützte Ansprüche gegeneinander geltend zu machen. Als der Verbraucher gleichwohl die Bank verklagte, ersuchte das spanische Gericht den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung unter anderem zu der Frage, ob der Verzicht auf das Klagerecht missbräuchlich sei im Lichte von Artikel 3 und Nummer 1 Buchstabe(q) des Anhangs der Richtlinie. In diesem Fall antwortete der Gerichtshof unzweideutig, dass Artikel 3 in Verbindung mit Nummer 1 (q) des Anhangs dahin ausgelegt werden müsse, dass eine „Klausel, mit der [ein] Verbraucher für zukünftige Streitigkeiten darauf verzichtet, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen, die auf Rechte gestützt sind, die er nach der Richtlinie 93/13 innehat, den Verbraucher nicht bindet."[26] Man fragt sich, ob dies dann auch für einen Vergleichsvertrag und womöglich sogar für einen gerichtlichen Vergleich gelten soll.

Als Ergebnis dieser Entwicklungen wird man jedenfalls feststellen können, dass die Verbote des Anhangs widerlegliche Vermutungen begründen, dass die jeweils be-

[24] EuGH 10.9.2020, Rs. C-738/19 (*A ./. B, C*), ECLI:EU:C:2020:687, Rn. 24 m.w.N.
[25] EuGH, *A ./. B, C*, vorige Fn., Rn. 39.
[26] EuGH 9.7.2020, Rs. C-452/18 (*XZ ./. Ibercaja Banco*), ECLI:EU:C:2020:536, Rn. 77.

schriebenen Vertragsklauseln missbräuchlich im Sinne von Artikel 3 der Richtlinie sind; abhängig von dem Spielraum, den die einzelnen Verbote belassen, können diese Vermutungen stärker oder schwächer sein. Aus der Rechtsprechung ergibt sich auch, dass der Gerichtshof diese Verbote auslegen kann, dass die entscheidende Abwägung im Allgemeinen in die Verantwortung der nationalen Gerichte fällt, die den Sachverhalt des jeweiligen Falles besser kennen, aber dass der Gerichtshof in einigen klaren Fällen die Angelegenheit selbst entscheiden kann.

6. Der Grundsatz der Transparenz

Die Finanzkrise der Jahre 2007 und 2008 hat vielfältige Auswirkungen auf die europäischen Länder gehabt; die Arbeitslosigkeit stieg, viele konnten ihre Schulden nicht länger begleichen. Später zog die Krise auch die Haushalte verschiedener Mitgliedstaaten der Union und das Währungssystem des Euro in Mitleidenschaft. Die nationalen Währungen einiger Drittstaaten zogen internationales Kapital an, der Wechselkurs des Euro verschlechterte sich. Schließlich entschied die Schweizerische Zentralbank, den festen Wechselkurs des Schweizer Frankens zum Euro nach vielen Jahre aufzugeben. Daraufhin stieg der Wechselkurs des Franken weiter. Alle diese Ereignisse haben ihren Niederschlag gefunden in der Rechtsprechung zu missbräuchlichen Vertragsklauseln in den Kreditverträgen der Verbraucher, insbesondere in Hypothekenverträgen. Daraus haben sich Probleme ergeben, die zu einer Reihe von Entscheidungen des Gerichtshofs führten.

Viele Urteile betreffen Auseinandersetzungen über die Rückzahlung des Kapitals und / oder der Zinsen aus solchen Darlehensverträgen. Sie haben also den Hauptgegenstand des Vertrages bzw. die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zum Gegenstand. Wie oben erwähnt, sind diese Fragen und die darauf bezogenen Vertragsklauseln gemäß Artikel 4 Abs. 2 nicht Gegenstand einer Missbräuchlichkeitsprüfung, dies jedoch nur, sofern sie „klar und verständlich abgefasst sind." Der Sinn und Zweck dieser Ausnahme ist das Bestehen von funktionsfähigem Wettbewerb auf vielen Verbrauchermärkten. Konsumenten haben dort Wahlmöglichkeiten, die sie auch nicht einbüßen möchten und die für die gesamte Volkswirtschaft Effizienzvorteile bringen. Allerdings funktioniert die Wahl im Allgemeinen nur bezüglich des Hauptgegenstandes eines Vertrages, sei es nun ein Auto, Möbel, eine Wohnung, ein Gebäude usw., dagegen nicht in Bezug auf vorformulierte Nebenabreden wie sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind; diese lesen die Parteien regelmäßig ja gar nicht, können darauf also auch kein informiertes Urteil stützen. Was Finanzverträge betrifft, so ist ihr Hauptgegenstand freilich nicht zu verstehen ohne einen näheren Blick in die einzelnen Bestimmungen des Vertrages. Wettbewerb kann diesbezüglich nur funktionieren, soweit diese Bestimmungen hinreichend transparent sind. Deshalb ist die Transparenz, die in dem Erfordernis der Formulierung in klarer und verständlicher Sprache in Artikel 4 Abs. 2 zum Ausdruck kommt, ein zentrales Element vieler Fälle vor dem Gerichtshof.

Im Fall Andriciuc bezog eine rumänische Darlehensnehmerin ihre Einkünfte in der rumänischen Währung Lei, nahm jedoch ein Darlehen in Schweizer Franken auf und billigte in dem Darlehensvertrag eine Fremdwährungsklausel. Danach musste sie sämtliche Zahlungen im Zusammenhang mit dem Vertrag in Schweizer Franken entrichten. Sie erhielt keine Informationen über Währungskursschwankungen in der Vergangenheit. Der Gerichtshof ging davon aus, dass Zahlungsklauseln im Prinzip nicht der Missbräuchlichkeitsprüfung nach der Richtlinie unterworfen sind, vorausgesetzt, dass sie klar und verständlich gefasst sind.[27] Dies setze jedoch voraus, dass das Kreditinstitut dem Verbraucher Informationen zur Verfügung stellt, die den Kreditnehmer in die Lage versetzen, umsichtige und besonnene Entscheidungen zu treffen. Die Fremdwährungsklausel müsse deshalb „für den Verbraucher in formeller und grammatikalischer Hinsicht, aber auch hinsichtlich ihrer konkreten Tragweite in dem Sinne verständlich sein … dass ein normal informierter, angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher nicht nur die Möglichkeit einer Auf- oder Abwertung der Fremdwährung … sondern auch die – möglicherweise erheblichen – wirtschaftlichen Folgen einer solchen Klausel für seine finanziellen Verpflichtungen einschätzen kann."[28]

Diese Rechtsprechung ist auf ähnliche Vereinbarungen und entsprechende Vertragsklauseln ausgedehnt worden. So enthielt beispielsweise ein Verbraucherkreditvertrag eine Zinsgleitklausel; der Vertrag nannte keinen effektiven Jahreszins und enthielt lediglich eine mathematische Formel zur Berechnung der Zinsen, jedoch ohne weitere Erklärung. Nach der Entscheidung des EuGH seien diese beiden Umstände „ein maßgeblicher Faktor im Rahmen der von dem betreffenden nationalen Gericht vorzunehmenden Prüfung der Frage …, ob die Klausel … über die Kreditkosten im Sinne [von Artikel 4 Abs. 2] klar und verständlich abgefasst ist."[29] In manchen Mitgliedstaaten finden sich verbreitet Zinsgleitklauseln, die an private oder amtliche Börsenindizes anknüpfen. Wo eine solche Klausel in einem Hypothekendarlehen vereinbart war, verlangte der Gerichtshof aus Gründen der Transparenz, dass die öffentliche Zugänglichkeit zu solchen Indizes und die Mitteilung von Informationen über vergangene Indexschwankungen sichergestellt sei.[30]

Wenn Darlehensverträge die Zahlung von Abschlussgebühren oder Vertragsgebühren vorsehen, kann es sich dabei um Nebenabreden handeln, die gemäß Artikel 3 Abs. 1 der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegen; aber manchmal sind solche Klauseln auch lediglich Ersatz für einen höheren Darlehenszins. Im letzteren Fall sind sie de facto Teil der Vergütung des Darlehensgebers und unterliegen daher gemäß Artikel 4 Abs. 2 nicht der Missbräuchlichkeitskontrolle, wenn sie klar und verständlich abgefasst sind. Demgemäß verlangt der Gerichtshof, dass die nationalen Gerichte die Klarheit und Verständlichkeit der entsprechenden Vertragsklauseln überprüfen und dass sie feststellen, ob die Klausel effektiv geleisteten Dienstleistungen oder tatsäch-

[27] EuGH 20.9.2017, Rs. C-186/16 (*Andriciuc ./. Banca Românească*), ECLI:EU:C:2017:703, para. 41.
[28] EuGH, *Andriciuc*, vorige Fn., Rn. 51.
[29] EuGH 20.9.2018, Rs. C-448/17 (*EOS KSI Slovensko ./. Danko*), ECLI:EU:C:2018:745, Rn. 68.
[30] EuGH 3.3.2020, Rs. C-125/18 (*Gómez del Moral Guasch v. Bankia*), ECLI:EU:C:2020:138, Rn. 56.

lich entstandenen Kosten entspricht.[31] Weitere Beispiele ließen sich anführen. Sie alle zeigen, dass das Kriterium der Transparenz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein wesentliches Instrument zur Überprüfung von standardisierten Vertragsbedingungen geworden ist, dies ganz besonders bzgl. von Entgeltklauseln im Bereich der Finanzdienstleistungen.

7. Schluss

Die richterliche Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist auf der Ebene der Europäischen Union vor 30 Jahren eingeführt worden. Während standardisierte Vertragsbedingungen einerseits ein unverzichtbares Instrument zur Gestaltung vielfältiger Transaktionen sind, begründet ihre einseitige Abfassung das Risiko einer Übervorteilung der Verbraucher. Die Richtlinie 93/13 sollte eine „Reinigung" der Vertragspraxis in Europa bewirken. Der Gerichtshof hat sich dieser Aufgabe jedoch über einige Jahre lang zunächst nur widerwillig angekommen. Die Entwicklung verfahrensrechtlicher Pflichten der nationalen Gerichte, der zunehmende Rückgriff auf den Effektivitätsgrundsatz und die allmähliche Anerkennung der Bedeutung des Richtlinienanhangs haben die Aussichten auf eine richterliche Inhaltskontrolle in manchen Bereichen verbessert. Die weitreichenden wirtschaftlichen Folgen der Finanzkrise von 2007 und 2008 haben dann anscheinend das Verständnis der europäischen Richter für die Notwendigkeit einer richterlichen Inhaltskontrolle verbessert. Sie haben wohl auch erkannt, dass eine verstärkte richterliche Intervention Auswirkungen auf die öffentliche Wahrnehmung des Gerichtshofs in Europa und seine Wertschätzung in weiten Kreisen der Bevölkerung hat. Die Rechtsprechung zum Kriterium der Transparenz hat erhebliche Fortschritte gemacht und wird wahrscheinlich auch die richterliche Bewältigung zukünftiger Krisen leiten, beispielsweise diejenige, die sich gegenwärtig im Bereich der Preise für Erdgas abzeichnen.

[31] EuGH 16.7.2020, verb. Rs. C-224/19 (*CY v. Caixabank*), ECLI:EU:C:2020:578, Rn. 71.

ბესარიონ ზოიძე[*]

გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვა ზოგადი და სპეციალური კანონების ურთიერთმიმართების დონეზე (უპირატესად საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების ანალიზი იური ვაზაგაშვილის საქმესთან დაკავშირებით)[1]

I. ზოგადად ადამიანის ღირსების შესახებ (მათ შორის, გარდაცვლილ პირთან მიმართებით)

ღირსება ადამიანის ობიექტური ღირებულებითი სახისმეტყველების გამოხატულებაა. ადამიანი თავისთავადაა ღირსების მატარებელი. ღირსება ავალდებულებს, როგორც სახელმწიფოს ისე ნებისმიერ პირს პატივისცემითი დამოკიდებულება იქონიონ მის მიმართ. ადამიანი ადამიანობას ღირსების საფუძველზე იძენს.[2] ძირითადი უფლებები ღირსებიდან გამომდინარე უფლებებია.[3] თავად ღირსება, უფრო მეტია, ვიდრე ძირითადი უფლებები. მეტია იმიტომ, რომ ღირსება აფუძნებს ადამიანს, როგორც პიროვნულობის მქონე სუბიექტს, რომელიც სწორედ ამ თვისების გამოა ძირითადი უფლებების მატარებელი. ამიტომაც, სწორია აზრი, რომელიც იტყობინება, რომ ადამიანის ღირსება და ადამიანის უფლებები ორი განსხვავებული ასპექტებია ადამიანისა, რომლებიც პატივისცემას იმსახურებს.[4] ღირსება, ადამიანის როგორც თავისუფალი ნებისა და პასუხისმგებლობის მქონე სუბიექტის მახასიათებელია.

ღირსება ხდის ადამიანს აბსოლუტური ღირებულების მქონე სუბიექტად თავისთავად და არა ჩვენს მიერ აღიარების გამო. ის, რაც მავალდებულებს, ვერ გახდება უფლების ობიექტი. მავალდებულებს ჩემი საკუთარი ყოფიერება. ღირსება სამართლებრივი ურთიერთობის გარეთაა, ვინაიდან იგი ადამიანურობის ქსოვილი და მისი სამშენებლო მასალაა. ყველა ადამიანი თანაბარი ღირსების მქონეა. სულერთია ვინ იქნება იგი, როგორია მისი პირადი და სოცი-

[*] იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი.

[1] მოხსენება გაკეთდა თსუ იურიდიული ფაკულტეტისა და ზაარბრიუკენის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ერთობლივ კოლოქვიუმზე ქ. თბილისში 2022 წლის 3-4 ოქტომბერს.

[2] იხ. *Christoph Menke/Arnd Pollmann,* Philosophie der Menschen Rechte, Zur Einführung, Junius, 2007, 152, 153.

[3] იხ. *Robert Alexy,* Theorie der Crundrechte, Suhrkamp, 1994, 95.

[4] იხ. *Christoph Menke/Arnd Pollann*, დასახელებული ნაშრომი, 153.

ალური მდგომარეობა. ყველა ადამიანი ზნეობრიობისა და სულიერების მქონე სუბიექტია.[5] ამ აზრით, ყველა მათგანი მიზანთა სამეფოს სრულუფლებიანი წევრია. საკმარისია ადამიანმა დაკარგოს მიზნობრივი ყოფიერება, მას საშუალებად ქცევის საფრთხე დაემუქრება. როცა სახელმწიფო აფასებს ადამიანის ქმედებებს, მას ყოველთვის უნდა ახსოვდეს, რომ იგი აფასებს ღირსების მქონე სუბიექტის ქცევას, რაც მას ავალდებულებს, როგორც უმაღლესი კონსტიტუციური ღირსებულება. აქვე გავიმეორებ ბევრჯერ ნათქვამს, რომ ადამიანი ღირსების წყალობითაა უფლებრივი სარტყელით შემოსილი. შეცდომაა ვიფიქროთ, რომ ძირითადი უფლებები ჩვენი სოციალური თანაცხოვრების პროცესში შეძენილი უფლებებია. ყველა თეორია, რომელიც უარყოფს ადამიანის თანდაყოლილ, ბუნებით უფლებებს, ადამიანს სოციალური ცხოვრების წესებით მომეტებულად ავალდებულებს, უარყოფს და აუფასურებს მის ობიექტურ, თავისთავადსა და ბუნებრივ, ყველას მბოჭავ ღირებულებით მდგომარეობას. მონა სწორედ ამგვარი დამოკიდებულების გამო არ განიხილებოდა პიროვნულობის მქონედ და შესაბამისად სამართლის სუბიექტად. ვიმეორებთ, ასეთი მიდგომა ერთობ საშიშია, ვინაიდან იგი ადამიანს განიხილავს სოციალური გარემოს „პროდუქტად“ და თუ ეს „პროდუქტი“ ვერ აღმოჩნდება სათანადო ხარისხის, ამაში უპირატესად თვითონ იქნება ბრალეული, იმის გამო, რომ ფეხი ვერ აუწყო ამ სივრცეში მოქმედ კანონებს. ადამიანის ღირსებას სოციალური გარემო არ ქმნის. ყველაზე უღირსი ადამიანიც კი, ღირსების მატარებელია. ეს მიდგომა ჩანს ევროპულ სასამართლო პრაქტიკაში. გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ უვადო თავისუფლების აღკვეთა იმ იმედის გარეშე, რომ რაღაც ვადის გასვლის შემდეგ პირი შეიძლება გათავისუფლდეს სასჯელისაგან, ჩათვალა ადამიანური ღირსების დამრღვევ ნორმად.[6]

თვითონ ადამიანი ღირსების დაფუძნებაში არ მონაწილეობს, ვინაიდან იგი მასშია და მისგან დამოუკიდებლად არსებობს. ღირსებას მისი მატარებელი სუბიექტი თავისი ქცევით ვერც რაიმეს მოაკლებს და ვერც დაამატებს. მძიმე დანაშაულის ჩამდენი იგივე ღირსების მატარებლად რჩება, მიუხედავად იმისა, რომ მას შეიძლება დაეკისროს მკაცრი სასჯელი. საინტერესო იქნება აქ გავიხსენოთ ბონელი იურისტის გიუნთერ იაკობსის წინადადება ტერორისტებთან საბრძოლველად შემოღებულიყო „სისხლის სამართალი მტრებისათვის“, რომელიც განსხვავებული იქნებოდა „სამოქალაქო სისხლის სამართლისგან“. ასეთი მიდგომა იწვევდა „სამართლებრივი სივრციდან ადამიანების გარკვეული ჯგუფის განდევნას“[7] და მათი სამართალსუბიექტობის ეჭვის ქვეშ დაყენებას. ეს სხვა არაფერია, თუ არა ადამიანის ღირსების აბსოლუტურ დაცვაზე უარი. რო-

5 *Klein*, Kommentar zum Grundqesetz Für die Bundesrepublik Deutschland, 7-Auflage, Luchterhard, 1990, Art.1, 124.

6 *კონსტანტინე კუბლაშვილი*, ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები, მეოთხე გა მოცემა, თბილისი, 2017, 78; ასევე: იურგენ შვაბე, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, BverFGE 45, 187.

7 *გეჰჰართ ბაუმი*, იხსენით ძირითადი უფლებანი! მოქალაქის თავისუფლება თუ უსაფრთხოება. გერმანულიდან თარგმნა მაია ფანჯიკიძემ. ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდი თავისუფლებისათვის, 155.

გორც გერჰართ ბაუმი აღნიშნავს, „იაკობსსა და მის მიმდევრებს სურთ ადამიანის ღირსების პრინციპი კონკრეტულ სიტუაციაზე დამოკიდებული გახადონ“.[8] ამ პრინციპმა არ იცის დიფერენცირებული მიდგომა. არ არსებობს სრული, არასრული შეზღუდული ღირსების მქონე ადამიანები. არსებობენ უბრალოდ ღირსების მქონე ადამიანები, რომელთა უფლებაუნარიანობაც საყოველთაოა.

ღირსების დამფუძნებელი ნორმა იმდენად ზეპოზიტიური, მეტაფიზიკურია, რომ არც კი ისმის კითხვა იმის შესახებ, რომელიმე სხვა ნორმა აღემატება მას თუ არა. შეიძლება მხოლოდ იმაზე საუბარი, ღირსების ნორმა დაირღვა თუ არა.[9]

ახლა ვნახოთ ღირსების კავშირი სამართალსუბიექტობასთან. სამართლის სუბიექტი რომ იყო, უნდა იყო პიროვნება. პიროვნებად ადამიანი იქცევა უფლებრივი სარტყელის მეშვეობით. თუკი თავდაპირველად ყველა არ იყო ერთნაირი სარტყელის მატარებელი, თანდათანობით ადამიანები გათანაბრდნენ მასთან მიმართებაში, ყველა პიროვნება იქცა ერთნაირი უფლებაუნარიანობის მქონედ. უფლებაუნარიანობა წმინდა სამართლებრივი ცნებაა და იგი პიროვნულობის გამოხატვის ერთ-ერთი ყველაზე მკვეთრი მახასიათებელია. პიროვნულობა გაცილებით ფართო მნიშვნელობისაა და იგი მოიცავს ადამიანის მთლიან ბიოგრაფიულ გამოსახულებას. ღირსება, როგორც ფასეულობა, სწორედ მთელი პიროვნულობის მახასიათებელია და არა მისი, რომელიმე თვისებრივი მდგომარეობისა, მაგალითად, როგორიცაა უფლებაუნარიანობა, რაც სამართლის სუბიექტად ყოფნის უნარიანობაა. ამ მსჯელობიდან ის დასკვნა გვინდა გავაკეთოთ, რომ ადამიანის პიროვნულობა უფრო მეტია, ვიდრე მისი უფლებაუნარიანობა. ადამიანი ხომ ფიზიკური და სულიერი ყოფიერების მქონე მოცემულობაა, სხვადასხვა ინტერესებითა და მოთხოვნილებებით, წარმატებებითა და მიღწევებით, პირადი თუ საზოგადოებრივი ცხოვრებით და ა.შ. მოკლედ, პიროვნება ყველა თავისი პოზიტიური, ნეგატიური თუ ნეიტრალური თვისებების მქონე, სამართლის მიერ აბსოლუტურ სიკეთედ აღიარებული პირია (ადამიანია). გარდაცვალების შემდეგ ადამიანი კარგავს უფლებაუნარიანობას, მაგრამ არა პიროვნულობას. ვის მოუვა აზრად თქვას, რომ გარდაცვლილი პირი პიროვნულობის კონტექსტში სრულიად სხვაა, ვიდრე ის იყო სიცოცხლეში. პიროვნულობასთან დაკავშირებული, მისი განმსაზღვრელი სიკეთეების დარღვევის საფრთხე ადამიანის გარდაცვალების შემდეგაცაა. გარდაცვალება არ სპობს ადამიანის ღირსებას და შესაბამისად მის პიროვნულობას. ჩვენ ცოცხალი ადამიანი კი არ გვავალდებულებს მარტო, არამედ გარდაცვლილიც, რაც დაკავშირებულია მისი, სიცოცხლეში შეძენილი სახისმეტყველების დაცვასთან. ვალდებულება შეიძლება უკავშირდებოდეს სხვადასხვა ტრადიციებისა და ჩვეულებების, ასევე საეკლესიო რიტუალების შესრულებასა და დაცვას. გარდაცვალებით ადამიანის პიროვნულობის განვითარება წყდება და სამართლებრივი დაცვის სამიზნე ხდება პიროვნულობის ის მდგომარეობა, რაც გარდაცვალებამდე შეიქმნა. თუკი მანამდე ეს პიროვნულობა დაცვას იმსახურებდა, რატომ არ უნდა დავიცვათ იგი მის შემდეგაც. ჩვენ ხომ ვამტკიცებთ, რომ კონსტიტუციით ღირ-

[8] იქვე, 156-157.

[9] *Robert Alexy*. Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, 1994, 95-96.

სება დაცულია, იმის მიუხედავად, თუ როგორ შეიგრძნობს და აცნობიერებს ადამიანი მის მნიშვნელობას საკუთარი პიროვნულობის დაფუძნებაში. როცა აღიარებულია, რომ ფეტუსის ღირსებაც დაცულია, სრულიად ულოგიკოა მისი პიროვნულობის დაცვის ხედვა ღირსების შეგრძნება-შემეცნების კონტექსტში ადამიანის გარდაცვალების შემდგომ.

აუცილებელია სოციალური ცხოვრების პროცესის მონაწილეებს, მათ შორის სახელმწიფოს, შეგნებული ჰქონდეთ ნებისმიერი ადამიანის ღირსების საკრალური ბუნება. არავის არ შეუძლია უარყოს და გაემიჯნოს როგორც საკუთარ, ისე სხვის ღირსებას. სახელმწიფო ერთადერთი სუბიექტია, რომელსაც ფუნქციურად ევალება შექმნას ისეთი ნორმატიული წესრიგი, სადაც ნებისმიერი ადამიანის ღირსება იქნება გარანტირებული და დაცული. მისი ეს ვალდებულება ობიექტური ვალდებულებაა და არ არის იმასთან დაკავშირებული, როგორი პირადი დამოკიდებულება გააჩნიათ ადამიანებს ღირსებისადმი. სახელმწიფო ღირსებასთან მიმართებაში გამოიყურება, როგორც პოზიტიური, ისე ნეგატიური ვალდებულების სუბიექტი. რიგითი მოქალაქენი მხოლოდ ნეგატიური ვალდებულების სუბიექტებს წარმოადგენენ ერთმანეთთან დამოკიდებულებაში. შეიძლება გაჩნდეს აზრი, რომ საკუთარი თავის მიმართ დამოკიდებულება სრულიად თავისუფალია და ის ჩვენ არ გვავალდებულებს. ამ მტკიცების მოტივაციად შეიძლება მიიჩნიონ ის, რომ ვინც უპატივცემულოდ ეპყრობა საკუთარ თავს, ამით არ გამოხატავს უარყოფით დამოკიდებულებას სხვათა მიმართ. ცხადია, საკუთარ თავთან მიმართებაში თავისუფლების სივრცე მეტია, მაგრამ ეს არ სპობს საკუთარი ღირსებისადმი ვალდებულებით დამოკიდებულებას. როცა ჩვენ ვამტკიცებთ, რომ ღირსება გვავალდებულებს, აქ ყველას ღირსება იგულისხმება, როგორც საკუთარი, ისე სხვისი. მართალია ღირსება განაპირობებს ჩვენს ადამიანობას, მაგრამ ჩვენ ხომ არავითარი წვლილი არ მიგვიძღვის იმაში, რომ ღირსების მატარებლები ვართ, ის ხომ არაა ჩვენი შემოქმედების პროდუქტი. თუკი ვიტყვით, რომ ღმერთის ხატებას წარმოვადგენთ და იმიტომ ვართ ღირსების მატარებლები, მაშინ საკუთარი ღირსებისადმი პატივისცემის ვალდებულება უფრო მძაფრი ხდება. ამ შემთხვევაში, აბსურდი იქნება ამტკიცო, რომ გარდაცვალების შემდეგ ადამიანის ღირსება ქრება. მაშასადამე, ყოველი ადამიანი ვალდებულია, აღიაროს ღირსების სადამფუძნებლო ხასიათი საკუთარი პიროვნულობის დაფუძნებაში. ასეთი ვალდებულება ობიექტურად არსებული ეთიკურ-სამართლებრივი ვალდებულებაა, როგორც სახელმწიფოსი, ისე ნებაუნარიანი ნებისმიერი პირისა. მაგრამ, როცა ადამიანის ღირსება ილახება სხვათა, გარეშე პირთა, მხრიდან, ამ შემთხვევაში მისი დაცვა მხოლოდ ეთიკური ვალდებულების კონტექსტში შეიძლება განვიხილოთ, როგორც იერინგი იტყოდა „ხასიათის პოეზიად“. მაგრამ რა ხდება მაშინ, როცა ადამიანი კვდება? ამ დროს ღირსების დაცვა, ჩემი აზრით, სუბიექტური დამოკიდებულებიდან ინაცვლებს ობიექტურში და შესაბამისად იმის გამოსარკვევად, ადამიანის ღირსება შეილახა თუ არა, შეფასების ობიექტური კრიტერიუმები გამოიყენება. თუ ვინმე დაიწყებს იმის მტკიცებას, რომ არსებობს მხოლოდ სუბიექტური კრიტერიუმები ცალკეული ადამიანის შემთხვევაში, მაშინ გაუგებარი რჩება სასამართლო რა კრიტერიუმებს, შეფასების რა სტანდარტებს ემყარე-

ბა იმის გამოსარკვევად, შეილახა თუ არა, ვთქვათ, ცილისწამებით ამა თუ იმ პირის ღირსება. ის ფაქტი, რომ გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვაზე დაინტერესებული პირები ერთვებიან, არ ცვლის მდგომარეობას. ერთ შემთხვევაში, ისინი გამოიყურებიან, როგორც იარაღი, ინსტრუმენტი გარდაცვლილის ინტერესების დაცვისა. სხვა დროს, ამასთან ერთად, შეიძლება არსებობდეს საკუთარი ინტერესებიც.

II. ღირსების კატეგორიის ევოლუცია საქართველოს კონსტიტუციასა და საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში

ღირსების განმარტებაში საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა არ ყოფილა სწორხაზოვანი. სასამართლო თავდაპირველად ამ კატეგორიას წარმოაჩენდა კერძოსამართლებრივ კონტექსტში. ვფიქრობთ, ხელშემწყობი ასეთი მიდგომისა, უნდა ყოფილიყო კონსტიტუციის შესაბამისი, კერძოდ, მე-17 მუხლის მაშინდელი ფორმულირება: „ადამიანის პატივი და ღირსება ხელშეუვალია“. როგორც ჩანს, ამან აფიქრებინა სასამართლოს, რომ ღირსების კონსტიტუციური ცნება სამოქალაქო სამართალში არსებული ცნების იდენტურია. როგორც კონსტიტუციაში, ისე სამოქალაქო კოდექსში საუბარია ადამიანის პატივისა და ღირსების დაცვაზე. ე.წ. „აკაკი გოგიჩაიშვილის საქმეზე“ საკონსტიტუციო სასამართლომ აღნიშნა:

„მეცნიერებაში დამკვიდრებული განმარტების მიხედვით, „პატივის“ ქვეშ იგულისხმება პიროვნების მორალური და სხვა თვისებების ობიექტური შეფასება საზოგადოების მიერ, რომელიც განსაზღვრავს საზოგადოების დამოკიდებულებას პიროვნების მიმართ. ხოლო „ღირსების“ ქვეშ იგულისხმება პიროვნების მორალური თუ სხვა თვისებების შეფასება თავად პიროვნების მიერ.“[10]

როგორც ჩანს, სასამართლომ ცივილისტური კატეგორიების გამოყენებით საჭიროდ ჩათვალა კონსტიტუციის მე-17 მუხლში მოცემული სიკეთეების ერთმანეთისაგან გამიჯვნა. ცივილისტური, კერძოსამართლებრივი, სუბიექტური მიდგომა შესაფერისი აღმოჩნდა ამ მიზნით. კონსტიტუციაში მხოლოდ ღირსებაზე რომ ყოფილიყო საუბარი, ეს ერთგვარი ბიძგი იქნებოდა საიმისოდ, რომ სასამართლოს ემსჯელა მისი ობიექტური მდგომარეობის შესახებ.

მიუხედავად აღნიშნულისა, საკონსტიტუციო სასამართლო ღირსების განმარტებაში უმრავლეს შემთხვევაში სწორ გზას ადგია. იგი ცდილობს წინა პლანზე წამოწიოს ღირსება თავისი ობიექტური მნიშვნელობით და ჩრდილში მოაქციოს „პატივის“ კატეგორია. ე.წ. „მაია ნათაძის“ საქმეში საკონსტიტუციო სასამართლო აღნიშნავს:

„რაც შეეხება პატივს, ეს სამოქალაქოსამართლებრივი ინსტიტუტია, არ არის ღირსების თანასწორი კონსტიტუციური სიკეთე და არ უნდა გახდეს სა-

[10] იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2004 წლის 11 მარტის №8/1/241 გადაწყვეტილება საქმეზე: *„საქართველოს მოქალაქე აკაკი გოგიჩაიშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“*. იხ. საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომის შეფასება: ნინო ქათამაძე, პირადი არაქონებრივი უფლებების დაცვის სამოქალაქო-სამართლებრივი მექანიზმი (სადისერტაციო ნაშრომი, ხელნაწერი), 2020, 157-160.

დავო აქტებთან მიმართებით ფუნდამენტური კონსტიტუციური შეფასების საგანი.“[11] ამ შემთხვევაში სასამართლომ ღიად დააფიქსირა თავისი აზრი პატივთან დაკავშირებით. სასამართლო ცდილობს, ღირსებას გამოუთავისუფლოს კუთვნილი ადგილი კონსტიტუციაში და იგი მიიჩნიოს სადამფუძნებლო ფასეულობად ადამიანის უფლებრივი სახისმეტყველების განსაზღვრაში. ამასთან, იგი არ გამორიცხავს პატივისა და ღირსების, როგორც კერძო-სამართლებრივი კატეგორიის კონსტიტუციურ დაცვას.

საკონსტიტუციო სასამართლომ ე.წ. „გიორგი ყიფიანისა და ათანდილ უნგიაძის“ საქმეში აღნიშნა, რომ ერთმანეთისგან უნდა გავმიჯნოთ ღირსება კონსტიტუციური და კერძო-სამართლებრივი გაგებით:

„... ღირსება ვერ იქნება გაგებული, როგორც სუბიექტური სიკეთე, რომელიც განსხვავდება ყოველი ადამიანისთვის. ღირსების უფლების ასეთი გაგება წინააღმდეგობაში მოვიდოდა თავად უფლების არსთან, რადგან უფლებად ვერ ჩაითვლება ის სიკეთე, რომლის ფარგლებიც განსხვავდება სხვადასხვა ადამიანისთვის მათი სუბიექტური შეხედულებების გამო. უფლება თავისთავად გულისხმობს ადამიანის იმ ინტერესს, რომელიც გარკვეული ხარისხით უნივერსალურობისა და ობიექტურობის კრიტერიუმს აკმაყოფილებს.“[12]

საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებიდან ჩანს, რომ აუცილებელია სამართლებრივი კატეგორიების გამოხატვის ფორმები გავმიჯნოთ ერთმანეთისგან. კონსტიტუცია ადგენს ღირებულებათა ობიექტურ სამართლებრივ წესრიგს და ამ გაგებით ადამიანის ღირსება ყველა ადამიანის ღირსებაა, ყველასათვის ერთნაირი თვისებრიობის მქონე. ჩვენი სუბიექტური დამოკიდებულება იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორია კონკრეტული ადამიანის თვითშეფასება საკუთარი პიროვნულობისა (როგორიცაა ღირსება), ანდა საზოგადოებრივი დამოკიდებულება მასთან (როგორიცაა პატივი), არ აინტერესებს კონსტიტუციას. მას აინტერესებს ჩვენი და სახელმწიფოს დამოკიდებულება ადამიანის, როგორც პიროვნულობის მქონე სუბიექტისადმი. სწორედ ამით განსხვავდება კონსტიტუცია კერძო სამართლისაგან. სასამართლომ ასევე აღნიშნა, რომ პატივისა და ღირსების კერძო-სამართლებრივი კატეგორიები ღირსების კონსტიტუციური აღიარება-დაცვიდან გამომდინარეობს. აქ თუ მასთან შეუსაბამობა იქნება, ნორმატიული აქტი ჩაითვლება არაკონსტიტუციურად. მოკლედ, კერძო-სამართლებრივი კატეგორიები – პატივი და ღირსება, კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ღირსების მქონე კონკრეტული ადამიანის პიროვნულობის სუბიექტური შეფასებაა, კერძოდ, თვითშეფასება (ღირსება) და გარეგანი შეფასება (პატივი).

---

[11] იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის №2/2-389 გადაწყვეტილება საქმეზე: *„საქართველოს მოქალაქე მაია ნათაძე და სხვები საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ“*. იხ კრებულში: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2006-2007, ბათუმი, 2009, 205.

[12] იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2009 წლის 10 ნოემბრის №1/3/421/422 გადაწყვეტილება საქმეზე: *გიორგი ყიფიანი და ავთანდილ უნგიაძე* საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ. კრებულში: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, 2009, ბათუმი, 2010, 158.

საქართველოს კონსტიტუციის 2018 წლის რეფორმამ გაითვალისწინა აღნიშნული დამოკიდებულებანი და სრულიად მართებულად, კონსტიტუციაში დატოვა მხოლოდ ღირსების კატეგორია, რომელიც წარმოადგენს ცივილისტური პატივისა და ღირსების საფუძველს. კონსტიტუციის მოქმედი რედაქციის მე-9 მუხლის პირველ პუნქტში ვკითხულობთ: „ადამიანის ღირსება ხელშეუვალია და მას იცავს სახელმწიფო“. ამით გამოსწორდა კონსტიტუციის ერთი სერიოზული გაუგებრობა, რაც გახდა წყარო არასწორი პრეცედენტებისა საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში. თუმცა ბიძგი, კონსტიტუციაში ცვლილების მოსახდენად, ისევ ამ სასამართლოს განსხვავებულმა და არსებითად სწორმა პრეცედენტებმა გამოიწვია. კონსტიტუციის ახალი რედაქცია გაცილებით ზუსტია და საგნობრივი, ვიდრე მანამდე მოქმედი, თუმცა, უმჯობესი იყო გერმანიის ფედერალური კონსტიტუციის პირველი მუხლის პირველი პუნქტის იდენტური ყოფილიყო მთლიანად. აღნიშნულ კონსტიტუციაში ვკითხულობთ: „ადამიანის ღირსება ხელშეუვალია. მისი პატივისცემა და დაცვა მთელი სახელმწიფო ხელისუფლების მოვალეობაა“. ასეთი ფორმულირება მარტო დაცვაზე კი არ ამახვილებს ყურადღებას, არამედ ღირსებისადმი პატივისცემაზე. ამასთან, სახელმწიფოს ვალდებულებაც გამძაფრებულია ეპიცენტრში ხელისუფლების დაყენებით, ვინაიდან ღირსების დარღვევის საფრთხე ძირითადად აქედან მომდინარეობს, ისევე, როგორც მისდამი პატივისცემა.

III. საერთო სასამართლოს დამოკიდებულება

ერთობ მწირია სასაამართლო პრაქტიკა გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვასთან დაკავშირებით. ეს შეიძლება გამოიწვეული იყოს სხვადასხვა გარემოებებით. მოქმედი კანონმდებლობა გარდაცვლილის არაქონებრივი უფლებების დაცვის შესაძლებლობას აძლევს იმ პირებს, რომელთაც გააჩნიათ საამისოდ ანგარიშგასაწევი საფუძველი. შეიძლება დაინტერესებულმა პირმა ისეთი მოწადინებით არ მოინდომოს გარდაცვლილის უფლებების დაცვა, როგორც ამას გააკეთებდა საკუთარი ინტერესების დაცვისას. შეიძლება ეს იმის გამოძახილი იყოს, რომ 2004 წელს მიღებული კანონი „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“, 2014 წლამდე არ ითვალისწინებდა გარდაცვლილი პირის არაქონებრივი უფლებების დაცვას, რომელიც უკავშირდებოდა მის ცილისწამებას. მიუხედავად ამისა, მაინც არსებობს ღარიბი სასამართლო პრაქტიკა.

საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეში რამდენიმე საინტერესო დებულება ჩამოაყალიბა. ჯერ ერთი, მან განსაზღვრა ის, თუ გარდაცვალების შემდეგ დაცვადი უფლებები ადამიანის რა სახისმეტყველებას უკავშირდება. სასამართლო თვლის, რომ „სამართალში ადამიანი გვევლინება როგორც პირი და პიროვნება. როგორც პირს, მას აქვს უფლებები და ეკისრება მოვალეობები. პიროვნება კი ადამიანის სულიერ ღირებულებათა ერთობლიობას აერთიანებს. გარდაცვალების შემდეგ ადამიანი ქრება როგორც პირი, როგორც სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი, მაგრამ რჩება ადამია-

ნი, როგორც პიროვნება. იგი რჩება ადამიანთა ცნობიერებაში და სიკვდილის შემდეგაც ინარჩუნებს ღირებულებას საზოგადოებისათვის".[13] პირი და პიროვნულობა ერთმანეთისგან დაშორებული კი არაა ადამიანის სიცოცხლეში, არამედ ადამიანი პირი, ე.ი. სამართლის სუბიექტი, იმიტომაა, რომ იგი პიროვნებაცაა. მონა იმიტომ არ იყო პირი, ვინაიდან არ იყო პიროვნება. ღირსება პიროვნებისთვისაა დამახასიათებელი. სასამართლო სწორად აღნიშნავს, რომ გარდაცვალების შემდეგ დაცვას ექვემდებარება პიროვნულობა. თუმცა, პიროვნულობა უპირატესად ყალიბდება ადამიანის არაქონებრივი უფლებების საფუძველზე. გამოდის, რომ პიროვნებად ყალიბდები ამ კატეგორიის უფლებების საფუძველზე. მოკლედ, სახეზეა პირის უფლებები იმ გაგებით, რომ მათი ნაწილი უკავშირდება პირს, როგორც პიროვნებას. თუ ასე ავხსნით პირისა და პიროვნების ურთიერთმიმართებას, მაშინ მოგვიწევს პიროვნული უფლებების აღიარება გარდაცვალების შემდგომ. პირის გარდაცვალებით უფლებაუნარიანობაც წყდება.[14] თუმცა, შეიძლება არც კი გამოვრიცხოთ მისი ნაწილობრივი შენარჩუნება პიროვნულ უფლებებთან დაკავშირებით. სასამართლო ჩამოთვლის იმ პიროვნულ უფლებებს, რომელთა დაცვის მოთხოვნაც შესაძლებელია გარდაცვალების შემდეგ:

„სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლის მიხედვით, დაცვას ექვემდებარება გარდაცვლილის პიროვნულობის ისეთი ელემენტები, როგორიცაა სახელი, პატივი, რეპუტაცია, პირადი ცხოვრების საიდუმლოება, საკუთარი გამოსახულების უფლება. პირადი არაქონებრივი უფლებები მემკვიდრეობით არ გადაიცემა.მემკვიდრის მიერ ხორციელდება გარდაცვლილის პიროვნული უფლებების დაცვა და არა გარდაცვლილისაგან მემკვიდრეობით მიღებული უფლებების დაცვა".[15]

ამ გადაწყვეტილებაში საინტერესო ისიცაა, რომ პიროვნულობა, ადამიანის სიცოცხლეში როგორიცაა, იმ სახით ხდება მასთან დაკავშირებული არაქონებრივი უფლებების დაცვაც. ასე მაგალითად, „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ" კანონიდან გამომდინარე, სასამართლო აღნიშნავს, რომ „პოლიტიკური თანამდებობის პირებმა, ხელისუფლების წარმომადგენლებმა, ანალოგიურად, მათი გარდაცვალების შემდეგ მათმა ოჯახის წევრებმა და სხვა პირებმა, რომელთა ინტერესებშიც შედის გარდაცვლილის პიროვნული უფლებების დაცვა, დასაშვებზე მეტი კრიტიკა უნდა ითმინონ. ამ შემთხვევაში რეპუტაციის (პატივის, ღირსების) დაცვის ინტერესი წონასწორდება საზოგადოების ინტერესებთან – თავისუფლად განიხილოს და მიიღოს საჭირო ინფორმაცია ქვეყნის პოლიტიკურ მოღვაწეზე, ხელისუფლების წარმომადგენელზე. მაგრამ კრიტიკა უხეშად არ უნდა ხელყოფდეს პირის (მითუმეტეს გარდაცვლილი მოღვაწის) პატივს და ღირსებას."[16]

---

[13] იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2001 წლის 5 დეკემბრის №3კ/754-01 გადაწყვეტილება.

[14] უფლებაუნარიანობასთან კავშირის გამო ღირსება დანახულია შესაძლებლობის კონტექსტში, რაც არ უნდა იყოს სწორი. იხ. *Christoph Menke/Arnd Pollmann*, დასახელებული ნაშრომი, 147.

[15] იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2001 წლის 5 დეკემბრის №3კ/754-01 გადაწყვეტილება.

[16] იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2001 წლის 5 დეკემბრის №3კ/754-01 გადაწყვეტილება.

შესაძლებელია, რომ გარდაცვლილ პირთან ერთად დარღვეული იყოს იმ პირთა პირადი არაქონებრივი უფლებებიც, რომლებიც უფლებამოსილნი არიან დაიცვან გარდაცვლილის ინტერესები. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2005 წლის გადაწყვეტილებიდან[17] ჩანს, რომ გაზეთში გამოქვეყნებული ინფორმაციით პატივისა და ღირსების შელახვის ამგვარ შემთხვევასთან გვქონდა საქმე. კერძოდ, დანაშაულებრივი საქმიანობის თანამონაწილეებად ჩათვლილი იყვნენ მოსარჩელეები და მათი გარდაცვლილი ძმა. საკასაციო სასამართლოს გადაწყვეტილებიდან ჩანს, რომ მორალური ზიანის ფულადი კომპენსაცია გარდაცლილ პირთან მიმართებით დაუშვებლად ჩაითვალა, მიუხედავად იმისა, რომ ასეთი უფლებით იმავდროულად სარგებლობენ ის პირები, რომლებიც საკუთარ უფლებებთან ერთად იცავენ გარდაცვლილის ინტერესებს. ისეთ სიტუაციებში, როცა გარდაცვლილის ინტერესების დამცველის ინტერესებიც ილახება, საჭიროა მათი უფლებების ერთმანეთისგან გამიჯვნა, რათა სწორად განისაზღვროს დაცვის ის საშუალებები, რაც თითოეული მათგანის მიმართ უნდა იქნეს გამოყენებული. დაუშვებელია ამ შემთხვევაში კოლექტიური პატივითა და ღირსებით მანიპულირება. ნებისმიერი ადამიანი უნდა განვიხილოთ, როგორც დამოუკიდებელი უფლებრივი სტატუსის მქონე სუბიექტი და არა კოლექტივის, როგორც გადაწყვეტილებიდან ჩანს, ოჯახის სუბიექტი. უფლებებისა და მათი მატარებელი სუბიექტების გამიჯვნა სწორი გადაწყვეტილების საფუძველია.

მას შემდეგ რაც „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონი შევიდა ძალაში, შეიცვალა სასამართლო პრაქტიკის დამოკიდებულება გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვასთან დაკავშირებით. ამ სპეციალური კანონის მე-6 მუხლის დანაწესი, რომელიც გარდაცვლილი პირის მიმართ განხორციელებულ ცილისწამებას ეხება, დაუპირისპირდა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლით გათვალისწინებულ წესს.

IV. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 30 სექტემბრის გადაწყვეტილება იური ვაზაგაშვილის საქმეზე

აღნიშნულ პრობლემასთან დაკავშრებით ორ საკითხს მინდა შევეხო, რომლებიც წამოიჭრა სასამართლო პრაქტიკაში გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვასთან დაკავშირებით. ერთი ეხება იმას, თუ რამდენად შესაძლებელია ზოგად ნორმას მივანიჭოთ პრიორიტეტი სპეციალურ ნორმასთან (კანონთან) შედარებით. მეორე პრობლემა მდგომარეობას იმაში, საქართველოს კონსტიტუცია იცავს თუ არა გარდაცვლილი პირის პატივსა და ღირსებას. პირველ შემთხვევასთან დაკავშირებით, ჩვენ შევეხებით თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო კოლეგიის 2013 წლის 29 მაისის გადაწყვეტილე-

[17] იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2005 წლის 30 ივნისის №ას-1433-1531 გადაწყვეტილება.

ბას[18], მეორე შემთხვევაში კი – საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 30 სექტემბრის გადაწყვეტილებას.[19]

1. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2013 წლის 29 მაისის გადაწყვეტილება

მოსარჩელე იური ვაზაგაშვილმა 2010 წლის 24 მაისს სარჩელით მიმართა თბილისის საქალაქო სასამართლოს და მოითხოვა თავისი გარდაცვლილი შვილის ზურაბ ვაზაგაშვილის მიმართ გავრცელებული ცილისწამებლური განცხადებების უარყოფა. მოსარჩელე დაიმედებული იყო, რომ სასამართლო მიიღებდა სარჩელს და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლის საფუძველზე დააკმაყოფილებდა მას. მოცემულ მუხლში ვკითხულობთ: „მე-18 მუხლში (ეხება პირადი არაქონებრივი უფლებების დაცვას – ბ. ზ.) აღნიშნული უფლებები შეუძლია გამოიყენოს იმ პირმაც, რომელიც, თუმცა თვითონ არ არის სახელის ან პირადი ღირსების უფლების მატარებელი, მაგრამ საამისოდ აქვს დაცვის ღირსი ინტერესი. მას შეუძლია სახელისა და ღირსების ისეთი დაცვის მოთხოვნის განხორციელება, რომელიც პიროვნების არსების განმსაზღვრელია და გრძელდება სიკვდილის შემდეგაც. სახელის, პატივის, ღირსების ან საქმიანი რეპუტაციის შელახვისათვის მორალური ზიანის ქონებრივი ანაზღაურების მოთხოვნა სიკვდილის შემდეგ დაუშვებელია.“ როგორც სასამართლოს განჩინებიდან ჩანს, სამოქალაქო კოდექსის გამოყენებისათვის ხელისშემშლელი აღმოჩნდა „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონის მე-6 მუხლის მე-4 პუნქტი, რომელშიც აღნიშნული იყო: „ცილისწამების თაობაზე სასამართლოს დავა არ შეიძლება ეხებოდეს გარდაცვლილი პირის, სახელმწიფო ან ადმინისტრაციული ორგანოს პირადი არაქონებრივი უფლებების დაცვას.“

საქალაქო სასამართლო დაეყრდნო სამოქალაქო კოდექსის მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნებს და ვაზაგაშვილის სარჩელი არ მიიღო განსახილველად. მოცემულ მუხლში ჩამოყალიბებულია კანონთა და ნორმათა კოლიზიის გადაჭრის წესი, კერძოდ: „ერთი და იმავე დონის სამართლის ნორმათა კოლიზიის დროს გამოიყენება სპეციალური და უფრო ახალი კანონი, ამ კოდექსით გათვალისწინებულ ზოგად ნორმებსა და სპეციალურ ნორმებს შორის კოლიზიისას გამოიყენება სპეციალური ნორმები“. მე–2 პუნქტთან მიმართებით „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონითა და სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული სამართლის ნორმები ერთი და იმავე დონისაა, ვინაიდან მათი გამოხატვის ფორმალური აქტები ჩვეულებრივი კანონის სახით არიან მიღებული. მათ შორის განსხვავება ისაა, რომ ხამოქალაქო კოდექსი უფრო ადრეა მიღებული (1997წ.), ხოლო „სიტვისა და გამოხატვის თავისუფლე-

[18] იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2013 წლის 29 მაისის №2/7035-13 განჩინება.

[19] იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 30 სექტემბრის №1/6/561,568, გადაწყვეტილება საქმეზე: *„საქართველოს მოქალაქე იუხი ვაზაგაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.*

ბის შესახებ“ კანონი კი უფრო გვიან (2004წ.). ეს ფორმალური განსხვავება საფუძველი გახდა ნორმათა კოლიზია გადაჭრილიყო „სიტვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ სპეციალური კანონის გამოყენების სასარგებლოდ. ეს კანონი კი არ იცნობს გარდაცვლილი პირის არაქონებრივი უფლებების დაცვას. შესაბამისად, მოსარჩელე ვაზაგაშვილის სარჩელიც განუხილველი დარჩა.

ჩნდება კითხვა, სწორად მოიქცა თუ არა სასამართლო? თუ არ მოიქცა სწორად, მაშინ როგორ უნდა მოქცეულიყო?

ჩვენი აზრით, სასამართლო არ მოიქცა სწორად, იგი დაეყრდნო კანონის ფორმალურ მდგომარეობას და სარჩელის მიღებაზე უარის თქმით, მშვიდად განერიდა პრობლემას, რომელიც შემდგომ გახდა როგორც კანონმდებლის, ისე საკონსტიტუციო სასამართლოს განხილვის საგანი. სასამართლოსთვის სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლი უნდა გამხდარიყო იმის საფუძველი, რომ ეჭვის ქვეშ დაეყენებინა სპეციალური კანონით გათვალისწინებული ნორმის მატერიალური შინაარსი ღირებულებათა კონსტიტუციური წესრიგის კონტექსტში, კერძოდ, სასამართლო უნდა დაფიქრებულიყო ძირითადი უფლებების კერძო სამართალზე ზემოქმედების თაობაზე. თუკი კონსტიტუცია იქნებოდა მისთვის მთავარი გზამკვლევი, მაშინ ახალი პრეცედენტის შექმნასაც არ მოერიდებოდა, კერძოდ, მას უნდა ემსჯელა იმის თაობაზე, თუ რომელი კანონი ითვალისწინებდა ძირითადი უფლების დაცვის უფრო მაღალ სტანდარტს და თუ დარწმუნდებოდა, რომ კონსტიტუციურ ღირებულებებს სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლით გაითვალისწინებული ნორმა უფრო შეესაბამებოდა, ამით მას მოეხსნებოდა ის ფორმალური ბარიერი, რაც აღმოჩნდა სარჩელის მიღებისთვის წინაღობა. სასამართლოს ამ საქმეზე იმ დონით უნდა მიექცია ყურადღება, რამდენიც საკმარისი იქნებოდა სარჩელის მისაღებად. მიღების შემდეგ კი, მას უნდა გაეშალა ფართო მსჯელობა მოთხოვნის დაკმაყოფილება – არდაკმაყოფილებასთან დაკავშირებით. თუკი დარწმუნდებოდა, რომ სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული წესი უფრო შეესაბამება კონსტიტუციას, მაშინ არ უნდა მორიდებოდა კოლიზიის გადაჭრის სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული პრინციპის უარყოფას ამ კონკრეტულ საქმეში. სასამართლოს შეეძლო ეთქვა, რომ მე მავალდებულებს კონსტიტუციით გათვალისწინებული ღირებულებათა ობიექტური წესრიგი უფრო მეტად, ვიდრე რომელიმე ზოგადი ან კერძო კანონი. როცა ზოგადი კანონი კონსტიტუციას შეესაბამება, მაშინ კიდეც ვალდებული ვარ, ეს კანონი გამოვიყენო და არა სპეციალური. არ იქნებოდა სწორი გვეფიქრა, რომ კონსტიტუციასთან კანონის შესაბამისობის ხედვა მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს სააზროვნო სტილში შედის. ნებისმიერი სასამართლო ვალდებულია კანონის ნორმათა შეფასებისას იყენებდეს კონსტიტუციის შესატყვისი განმარტების მეთოდს. ვიმეორებთ, თუკი, სასამართლო დაინახავს, რომ ზოგადი ნორმის ღირებულებითი სახისმეტყველება უფრო ადეკვატურია კონსტიტუციასთან, ვიდრე სპეციალური კანონისა, მაშინ რა უნდა იყოს ხელისშემშლელი, მან გამოიყენოს ზოგადი ნორმა. სასამართლო ამით არც საკონსტიტუციო სასამართლოს ფუნქციებში შეიჭრება. ის ხომ თავისი გადაწყვეტილებით მხოლოდ განმარტებას აკეთებს და არა რომელიმე ნორმის გაუქმებას. ჩვენ რომ გვქონო-

და სასამართლო გადაწყვეტილებათა კონსტიტუციური კონტროლი, მაშინ დაინტერესებულ პირს საკონსტიტუციო სასამართლოში შეიძლება დაეყენებინა ამგვარი გადაწყვეტილების კონსტიტუციურობის საკითხი. არ უნდა დავივიწყოთ, რომ ძირითადი უფლებებიდან გამომდინარე სხივი ეცემა არამარტო საქმის არსებითად განხილვის პროცესს, არამედ, განმწესრიგებელ სხდომაზე საქმის მიღების პროცესსაც. ახალი პრეცედენტების ასპარეზი ამ სივრცეშიცაა. ეს უნდა გაითვალისწინოს სასამართლომ.

ვთქვათ, სასამართლო არ აღმოჩნდა ისე გაბედული, რომ იმ გზით ევლო, რაც ზემოთ აღვწერეთ, მაშინ მას შეეძლო სხვა გზა აერჩია. თავად მიემართა კონსტიტუციური წარდგინებით საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის და დალოდებოდა მის გადაწყვეტილებას. აქაც საკითხავი იქნება – რა ეტაპიდან ექნებოდა სასამართლოს ამის უფლება? მოქმედი კანონმდებლობა ყურადღებას ამახვილებს საქმის განხილვის პროცესზე, რაც საქმის არსებითი განხილვაა. სასამართლოს აქაც შეეძლო გამოეჩინა აქტივობა და განმწესრიგებელი სხდომის ეტაპზევე დაეყენებინა საეჭვო ნორმის კონსტიტუციურობის საკითხი. საქმე იმაშია, რომ ადამიანის ძირითადი უფლებები ირღვევა არამარტო მაშინ, როდესაც გადაწყვეტილება ემყარება არაკონსტიტუციურ კანონს, არამედ მაშინაც, როდესაც მას ესპობა უფლების დაცვის ისეთი გზა, როგორიცაა სასამართლო. მოსარჩელისათვის რა მნიშვნელობა აქვს თავის მოთხოვნაზე რა გზით ეტყვიან უარს: სარჩელს არ მიიღებენ თუ, მიიღებენ და არ დააკმაყოფილებენ მის მოთხოვნას. ამიტომაც, საეჭვო კანონებთან დაკავშირებით, სასამართლოს უფლებამოსილების აქტივობა უნდა გაიზარდოს ისე, რომ სასამართლო არ დარჩეს მხოლოდ მექანიკური შემფასებლის როლში.

2. კანონმდებლის გვიანდელი დამოკიდებულება ზოგადი და სპეციალური კანონის ურთიერთმიმართებაზე

ახლა რაც შეეხება კანონდებლის მერმინდელ დამოკიდებულებას გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვასთან დაკავშირებით. ვიდრე საკონსტიტუციო სასამართლო გამოიტანდა გადაწყვეტილებას ამ საქმესთან დაკავშირებით, კანონდებელმა შეცვალა „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ კანონის აღნიშნული ნორმა 2014 წლის 2 ოქტომბრის საკანონმდებლო ცვლილებით და ახალი რედაქციით ჩამოაყალიბა, რაც საკონსტიტუციო სასამართლოში მოსარჩელე ვაზაგაშვილის ინტერესებს პასუხობდა. კერძოდ, სადავო მე-6 მუხლის მე-4 პუნქტიდან კანონმდებელმა ამოიღო სიტყვები – „გარდაცვლილი პირის" და ამით მასთან მიმართებით დადგენილი აკრძალვა გააუქმა. ამასთან, კანონმდებელმა ჩათვალა, რომ „გარდაცვლილი პირის“ უფლების დაცვა პოზიტიური ფორმით უნდა ჩამოყალიბებულიყო. ამიტომაც, მან კანონის მე-6 მუხლს დაამატა 4[1] პუნქტი, რომლის შინაარსიც თითქმის ისე ჩამოყალიბდა, როგორიცაა სამოქალაქო კოდექსის მე-19 მუხლი. ამ პუნქტში აღნიშნულია: „გარდაცვლილი პირის პირადი არაქონებრივი უფლებების დასაცავად ცილისწამების თაობაზე სასამართლოსთვის მიმართვა შეუძლია პირს, რომელსაც

საამისოდ აქვს დაცვის ღირსი ინტერესი. მას შეუძლია სახელისა და ღირსების ისეთი დაცვის მოთხოვნის განხორციელება, რომელიც პიროვნების არსების განმსაზღვრელია და გრძელდება სიკვდილის შემდეგაც. სახელის, პატივის, ღირსების ან საქმიანი რეპუტაციის შელახვისათვის მორალური ზიანის ქონებრივი ანაზღაურების მოთხოვნა სიკვდილის შემდეგ დაუშვებელია“, როგორც ვხედავთ, კანონმდებელმა ზოგად და სპეციალურ კანონს შორის არსებული კოლიზია აღმოფხვრა. უნდა ვივარაუდოთ, რომ კანონმდებელი ამ შემთხვევაში დარწმუნებული იყო თავისი გადაწყვეტილების კონსტიტუციურობაში, სხვანაირად იგი კანონში აღნიშნულ ცვლილებებს არ შეიტანდა, მითუმეტეს, ისეთ ვითარებაში, როცა საქმის განხილვა მიმდინარეობდა საკონსტიტუციო სასამართლოში და მოსარჩელე ელოდებოდა მისგან პასუხს. კანონმდებელმა გამოიყენა ერთგვარი „წინსწრების უფლება" საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღებასთან მიმართებით. კანონმდებელს ფუნქციურად ამას ვერავინ აუკრძალავს. საქმის სასამართლოში არსებობა (განხილვა) არ აჩერებს საკანონმდებლო პროცესს. თუმცა, მაინც გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ სადავო ნორმის კონსტიტუციურობას საკონსტიტუციო სასამართლო აფასებს და არა კანონმდებელი. კანონმდებელმა თავისი გადაწყვეტილებით არაპირდაპირ აღიარა სადავო ნორმის არაკონსტიტუციურობა და ვფიქრობთ, რომ სრულიად სამართლიანად, რაზედაც ქვემოთ ვისაუბრებთ. მაგრამ კანონმდებლის მოლოდინი არ გამართლდა. საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიღო საკანონმდებლო ნოველის უარმყოფელი, დამძლევი გადაწყვეტილება.

3. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება გარდაცვლილის ღირსების დაცვასთან დაკავშირებით

ვნახოთ რა გადაწყვეტილება მიიღო საკონსტიტუციო სასამართლომ და რა მოტივაციის საფუძველზე? საკონსტიტუციო სასამართლომ არ დააკმაყოფილა იური ვაზაგაშვილის სარჩელი და კონსტიტუციურად ცნო პარლამენტის მიერ უკვე გაუქმებული ნორმა, რომელიც ახლით ჩაანაცვლა მან. სანამ ამ ნიადაგზე წარმოშობილ გაუგებრობას შევეხებოდეთ, მანამ ვისაუბროთ სადავო ნორმის კონსტიტუციორობის მოტივებზე.

საკონსტიტუციო სასამართლომ ჩათვალა რომ გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვაზე უარი გამომდინარეობდა საქართველოს კონსტიტუციის მე-17 მუხლის შინაარსიდან, რომელიც ეხება ადამიანის პატივისა და ღირსების დაცვას და ამასთან დაკავშირებულ სხვა უფლებებს. სასამართლოს აზრით, კონსტიტუცია იცავს მხოლოდ ცოცხალი ადამიანის პატივსა და ღირსებას და არა გარდაცვლილისა. სასამართლო ამას ამართლებს წმინდა ფსიქოლოგიურ თეორიაზე დაყრდნობით და სამოტივაციო ნაწილის თითქმის მთელი მსჯელობა იმას ეხება, რომ ვინც შეიგრძნობს პატივისა და ღირსების შელახვას, ის უნდა დავიცვათ ამ შემთხვევაში და არა გარდაცვლილი პირი, რომელსაც ამის უნარი არ გააჩნია. ვფიქრობთ, რომ ეს ერთობ „საშიში“ კონ-

ცეფციაა, ვინაიდან თუ ვიტყვით, რომ უფლების დაცვა მის გაცნობიერებასთანაა დაკავშირებული, მაშინ ადამიანური ღირსების ობიექტურად, ჩვენგან დამოუკიდებლად არსებობა საეჭვო გახდება. ჩვენ კი ვამბობთ, რომ ყველა ადამიანი ღირსების მატარებელია ფეტუსიდან მოყოლებული ნებისმიერის ჩათვლით, ქმედუნარიანი იქნება ის, თუ არაქმედუნარიანი. ეს ყველაფერი იმიტომ, რომ ადამიანის პიროვნულობის ხერხემალი მისი ღირსებაა და არა ამ ღირსების შეგრძნება. კანონიერ წარმომადგენლებს უფლება აქვთ დაიცვან თავიანთ მეურვეობაში მყოფი პირების პატივი და ღირსება, იმის მიუხედავად, როგორ აცნობიერებენ მას. ვინაიდან გარდაცვლილი ვერ შეიგრძნობს პატივისა და ღირსების შელახვას, ამიტომაც მათ ვერ დავიცავთო. ეს ფსიქოლოგიური თეორია იმავდროულად სუბიექტურიცაა და ამ აზრით, იგი უარყოფს გარდაცვლილი პირის „უფლებრივ ორეულად“ იმ ადამიანების გამოცხადებას, რომელთაც ექნებათ სამართლებრივად ანგარიშგასაწევი მოტივები დაიცვან გარდაცვლილი პირის პატივი და ღირსება. შეცდომად მიგვაჩნია პირის გარდაცვალებასთან ერთად მისი პატივისა და ღირსების მოკვდაობის აღიარება. პიროვნული უფლებები სარტყელივით აკრავს ადამიანის ფიზიკურ ყოფიერებას. ადამიანის გარდაცვალება არ იწვევს მის სრულ კვდომას და არ ხდება მისი ღირსების სრული განულება. ადამიანი კვლავაც რჩება, პიროვნულობასთან დაკავშირებული იმ უფლებების მქონედ, რომელთა იდენტიფიკაცია და არსებობის აღიარება შესაძლებელია მისი ფიზიკური ყოფიერებისაგან დამოუკიდებლად. კომიკურია ვილაპარაკოთ გარდაცვლილის თავისუფალი განვითარების უფლებაზე, მაგრამ პირის ავტორობის არაქონებრივი უფლება ყოველთვის დაცულია და სამართლებრივად უკვდავია. გარდაცვლილი პირი უნდა ვაღიაროთ ღირსების მქონედ, მას უფლებები რომ დავუკავშიროთ, მათ შორის ისეთი კეძოსამართლებრივი უფლებები. განსხვავება აქ ისაა, რომ მათი კერძოსამართლებრივი დაცვა ხდება სხვა პირების მიერ. თუკი ვაღიარეთ, რომ კონსტიტუციურსამართლებრივ სარკეში გარდაცვლილი ღირსების მატარებელია, მაშინ უნდა ვაღიაროთ მასთან დაკავშირებული კერძო-სამართლებრივი უფლებებიც (ისინი, რომელთაც აღიარებს სამართალი). ეს ცხადია არ არის სხეულისა და სულის ორგანული ურთიერთდამოკიდებულება. ეს არის გარდაცვლილი ადამიანის უფლებებთან კავშირი. წარმოვიდგინოთ, ვინმემ ცილიმწამებლური ინფორმაცია გაავრცელა თქვენი გარდაცვლილი ახლო ნათესავის შესახებ, რომელიც სამაგალითო პატიოსნებით გამოირჩეოდა. სასაცილოა იმის თქმა, რომ ჩვენ მას ვერ დავიცავთ იმიტომ, რომ ის ვერ გრძნობს და განიცდის ამას (საკითხავია, ვინ ვართ ჩვენ, რომ სიცოცხლეში ვაცხადებდეთ იმის ცოდნის პრეტენზიას, თუ რა ხდება გარდაცვალების შემდეგ).

არ გვაქვს უფლება მოვითხოვოთ ცილიმწამებლური ცნობების უარყოფა. ამით ხომ ირიბად ჩვენც გვადგება ზიანი. თუმცა, ამ დროს მთავარია ის, რომ ილახება გარდაცვლილი პირის პატივი და ღირსება. ჩვენ ვიცავთ ადამიანის პიროვნულ სახისმეტყველებას, რომელიც გარდაცვალების შემდეგაც არ კვდება მთლიანად და იგი, როგორც ფასეულობა, სამართალს ავალდებულებს იყოს მისი დაცვის სამსახურში. მოკლედ, ღირსებიდან გამომდინარე ცალკეული უფლებები უნდა დავიცვათ გარდაცვალების შემდეგაც. დაცვას ექვემდება-

რება სახელის, გამოსახულების, პატივის ხელყოფა და სხვა. იური ვაზაგაშვილი სხვას არაფერს ითხოვდა სასამართლოსგან თუ არა მისი შვილის მიმართ გავრცელებული ცილისმწამებლური ცნობების უარყოფას. თავის პოზიციას საკონსტიტუციო სასამართლო იმითაც ამართლებს, რომ გარდაცვლილი ცოცხალი, რომ ყოფილიყო შესაძლოა მას არც კი მოეთხოვა პატივისა და ღირსების შემლახავი ცნობების უარყოფა. მოკლედ, ჩვენთვის უცნობია რას მოიმოქმედებდა იგი. ასეთ ვითარებაში, სასამართლოს აზრით, ჩვენ რა უფლება გვაქვს მისი სახელით, მის ნაცვლად ვიმოქმედოთ. მართალია გადამწყვეტია გარდაცვლილის ინტერესები, მაგრამ თუ გავითვალისწინებთ იმას, რომ სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება ყველას კი არ აქვს, არამედ მხოლოდ იმას, რომელსაც „საამისოდ აქვს დაცვის ღირსი ინტერესი“, შეიძლება ვთქვათ, რომ ეს ინტერესიც გასათვალისწინებელია. ასეთი პირებია ის ადამიანები, რომელთა პიროვნულობის კავშირი გარდაცვლილის პიროვნულობასთან თვალშისაცემია. როგორც ამბობენ, ეს ის ხალხია, რომლებიც აღნიშნული ფაქტის გამო მტკივნეულად აღიქვამენ გარდაცვლილის არაქონებრივი უფლებების შელახვას. ესენია ნათესავები, ოჯახის წევრები და სხვა. ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში სასაამართლო გადაწყვეტს იმას, რამდენად უფლებამოსილი იქნება პიროვნება დაიცვას გარდაცვლილის ინტერესები.[20] გასათვალისწინებელია ისიც, რომ გარდაცვლილის პიროვნულობასთან დაკავშირებული უფლებების დაცვა, ზოგიერთი შემთხვევის გარდა, ხანდაზმულობის ვადით არაა შეზღუდული.[21] აქ გადამწყვეტია ფორმალური ფაქტორები და არა ტკივილის განცდის მდგომარეობა.

საკონსტიტუციო სასამართლომ იმაზე დაყრდნობით, რომ გარდაცვლილი ცოცხალი რომ ყოფილიყო, შეიძლება არცკი მოეთხოვა თავისი უფლებების დაცვა, განავითარა პიროვნული უფლებების დაცვის უარყოფითი პრეზუმფცია. ასეთი მიდგომა პრეზუმფციის ინსტიტუტსაც ამახინჯებს. მას უნდა განევითარებინა უფლების დაცვის დადებითი პრეზუმფცია და ეთქვა: გარდაცვლილი ცოცხალი რომ ყოფილიყო, შეიძლება დაეცვა თავისი უფლებები.[22] ასეთი მიდგომით საკონსტიტუციო სასამართლო უარყოფს პატივისა და ღირსების დაცვაუნარიანობის ობიექტურად აღიარებას. ვინც არ იცავს უფლებას, ის ამით უფლების უარყოფას ახდენს. ნორმალური სამოქალაქო ბრუნვის ვითარებაში თავად უფლებები გვავალდებულებენ დავიცვათ ისინი, ამიტომაც წერდა რუდოლფ იერინგი, რომ უფლებისათვის ბრძოლა საზოგადოების წინაშე ვალდებულებააო. უფლების დაცვის სასამართლოსმიერი კონცეფცია თავდაყირა აყენებს უფლების დანიშნულებას სოციალურ ურთიერთობებში, ვინაიდან

[20] *ს. ჯოხბენაძე,* სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, მ. 19, ველი 3. ასევე: *ჯ. კეჭესელიძე*, კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტი, თბილისი, 159-160.

[21] *Larenz/Wolf*, Allgemeiner tei des Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, §8, Rn. 46.

[22] *ბ. ზოიძე,* ძირითადი უფლებების გავლენა კერძო ავტონომიაზე: კერძო ავტონომიის გაფართოება თუ შეზღუდვა (საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიმოხილვა). წიგნში: კერძო ავტონომია, როგორც კერძო სამართლის ფუძემდებლური პრინციპი, თსუ გამომცემლობა, 2018, 109-110.

მისი მსჯელობიდან გამომდინარე, უფლების სახისმეტყველების სურათი მის განხორციელებაში კი არ ჩანს, არამედ მის უარყოფაში.

შევხედოთ საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას კონსტიტუციური ღირებულებების კონტექსტში. მოხდა უცნაური რამ. სასამართლოს მტკიცებით, კონსტიტუცია არ იცავს გარდაცვლილი პირის პატივსა და ღირსებას, კანონმდებელი კი ამბობს, რომ იცავსო. კანონმდებელმა ხომ სპეციალური კანონი შესაბამისობაში მოიყვანა ზოგად კანონთან- სამოქალაქო კოდექსთან იმ ვარაუდით, რომ ეს ზოგადი ნორმა კონსტიტუციის შესატყვისია. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებიდან გამომდინარე, არცერთი კანონის ნორმა არ უნდა ჩაითვალოს კონსტიტუციის შესატყვისად. პრაქტიკულად ეს ნორმები ცხოვრებაში მოქმედებენ. გამოდის, რომ თუ დაუჯერებთ საკონსტიტუციო სასამართლოს, გარდაცვლილი პირის პატივისა და ღირსების დაცვა ანტიკონსტიტუციურია. ეს იმიტომ, რომ სასამართლო აღიარებს მხოლოდ ცოცხალი ადამიანის პატივისა და ღირსების დაცვას, ეს კი სერიოზული გაუგებრობაა და გულისხმობს იმ მიმართულებით გადახრას, რომ როცა ადამიანი, როგორც ფიზიკური არსება, კვდება, მასთან ერთად კვდება მისი პიროვნულობაც. ცხადია, ეს ასე არ არის. ჩვენი დაკვირვებით, გარდაცვლილის პატივისა და ღირსების დაცვა ღირსების კონსტიტუციური ცნებიდან გამომდინარეობს და ეს გერმანულ სამართალშიცაა აღიარებული. მართალია სასამართლოს გადაწყვეტილება სავალდებულოა, მაგრამ ისიც უნდა გვახსოვდეს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო კონსტიტუციას განმარტავს და არ ადგენს კონსტიტუციურ ნორმებსა და პრინციპებს. მისი შეფასება ამ კატეგორიებზე მაღლა ვერ დადგება. ადამიანის ძირითადი უფლებები ზეკონსტიტუციური ფასეულობებია და მასთან მისასვლელი გზა ყველასათვის თანაბრად ღიაა. საკონსტიტუციო სასამართლო არ წარმოადგენს იმ დაწესებულებას, რომ მხოლოდ მისი გავლით იყოს შესაძლებელი ძირითად უფლებებთან წვდომა. ძირითადი უფლებებით ვიბოჭებით ყველა, მათ შორის საკონსტიტუციო სასამართლოც. ვფიქრობთ, რომ ამ სიტუაციაში კანონმდებლის ღირებულებითი ჭვრეტის უნარი გაცილებით მახვილი აღმოჩნდა, ვიდრე საკონსტიტუციო სასამართლოსი.

ჩვენ მიერ განხილული გადაწყვეტილება დაგვაფიქრებს ერთ მნიშვნელოვან საკითხზე, კონსტიტუციური ღირებულებები ხომ არ გვავალდებულებს სამართლის პრინციპები მოვარგოთ კონკრეტულ ურთიერთობებს და არა პირიქით, კონკრეტული ურთიერთობები სამართლის პრინციპებს. ამას შეიძლება ვუწოდოთ სამართლის ეგზისტენციური გადახრა. ეს ნაშრომიც მინდა დავასრულო ამ ტიპის საკითხებზე მსჯელობით.

V. პრინციპების დამატება – შევსების ტენდენცია

საერთო სასამართლოს გადაწყვეტილება ვაზაგაშვილის სარჩელთან დაკავშირებით გვაფიქრებინებს, რომ მოსამართლე თვალს უნდა უსწორებდეს სამართლებრივი ღირებულებების თანაარსებობის იმ ტენდენციებს, რასაც თანამედროვე სამართალში აქვს ადგილი. ისინი განპირობებულია სხვადასხვა

ინტერესების გაწონასწორება-დაბალანსების მოთხოვნილებებით, რაც უკავშირდება ვალდებულების შესრულებას, მომხმარებლის უფლებების დაცვას, სამოქალაქო ბრუნვის უსაფრთხოებას, სამართალზე ადამიანის ძირითადი უფლებების გავლენას და ა.შ. ეს შეიძლება ჩავთვალოთ დამატებითობის საამართლებრივ თეორიად, რომელიც რაიმეს უარყოფა კი არ არის, არამედ მისი სრულყოფა, გაფართოებაა. ამ გზით ზოგჯერ დამატება თავად იქცევა პრინციპად იმასთან ერთად, რასაც იგი ემატება.

ავიღოთ სამაგალითოდ სახელშეკრულებო თავისუფლება და სამართლიანობა. პირველი ისტორიულად ჩამოყალიბდა, როგორც მთავარი პრინციპი სამოქალაქო ბრუნვისა და ამჯერადაც ასეთად რჩება. თუმცა, ცხოვრებამ აჩვენა, რომ იგი სერიოზულ შევსება-დახვეწასა და ერთგვარ სივრცით „მოწყობას“ საჭიროებს. ეს კი გამოიწვია იმან, რომ სამოქალაქო ბრუნვა აღარ არის ისე თავისუფალი, როგორც ეს იყო ადრე. იძულების ელემენტებით ისე გაჯერდა ეს ბრუნვა, რომ თავისუფლებამაც ერთგვარად სახე იცვალა იქ, სადაც სახელშეკრულებო ურთიერთობათა დამყარების ტემპებს ვეღარ უბამს მხარს ეს თავისუფლება. კონტრაჰირების იძულება, ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები ახალ მოთხოვნას აყენებს და წინა პლანზე იწევს შემთავაზებლის ნება, მის მიერ ფორმულირებული პირობები. ეს განაპირობებს ხელშეკრულების სამართლიანობის განსაკუთრებულ სიმძაფრეს. ამიტომაც ვამბობთ, რომ ხელშეკრულება მარტო თავისუფალი კი არა, სამართლიანიც უნდა იყოს. სამართლიანი კი თანაზომიერების პრინციპთან თანხმობაში მყოფი ხელშეკრულებაა. სამართლიანობა ყალიბდება, როგორც სახელშეკრულებო თავისუფლების საპირწონე ფასეულობა. რაც მეტი დრო გადის, მით უფრო ვიწროვდება სახელშეკრულებო თავისუფლების ფარგლები.

მომხმარებელთა უფლებების დაცვამ არსებითად შეცვალა სახელშეკრულებო ურთიერთობის მონაწილეთა დიხოტომია. სუსტი მხარე იქცა „ძლიერ“ მხარედ იმ აზრით, რომ მეწარმის სახელშეკრულებო თავისუფლება იწონება მისი ინტერესების გათვალისწინებით. მეწარმეს ზოგჯერ უწევს საკუთარი ინტერესების შეზღუდვა და ამის „ბრძანებას“ კანონმდებელი იძლევა. ევროკავშირის დირექტივები მოცემული ურთიერთდამოკიდებულების ნათელი მაგალითია. შეიძლება ითქვას, ადგილი აქვს მომხმარებლის ინტერესების ცალმხრივ სიმძლავრეს. მოკლედ, მეწარმე-მომხმარებლის ურთიერთობა ყალიბდება, როგორც სამოქალაქო ბრუნვის ზოგად პრინციპებთან ერთგვარად „გაუცხოებული“, ოღონდ აუცილებლობით განპირობებული დამოკიდებულება.

სამართლებრივ უსაფრთხოებას კორექტივები შეაქვს სამართლიანობის გამოყენებაში. ეს იმაში მდგომარეობს, რომ ცალკეულ შემთხვევებში შესაძლოა წინა პლანზე დადგეს სამართლებრივი უსაფრთხოება, კერძოდ, მოქმედი მართლწესრიგი და სამართლიანობამ უკან დაიხიოს. ამას ადასტურებს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეცედენტები, მათ შორის საქართველოსიც. პოზიტივისტები თვლიან, რომ უსამართლო სამართალიც სამართალია, მიუხედავად იმისა, რომ ის ჩვენ შეიძლება არ მოგვწონდეს. მაგრამ როცა მოქმედი სამართალი გაჭრილია იმ სივრციდან, რაშიც საერთოდ მოიაზრება იგი, ამ შემთხვე-

ვაში მას ენაცვლება ზეპოზიტიური სამართალი და ცხადია სამართლიანობაც ჯეროვან პატივშია. რა დსკვნა შეიძლება გაკეთდეს აქედან? ის დასკვნა, რომ ცალკეულ შემთხვევაში შეიძლება კანონი (სასამართლო გადაწყვეტილება) იყოს უსამართლო, მაგრამ კონსტიტუციური. მოსამართლე ის პირია, რომელმაც თვალი უნდა გაუსწოროს სამართლის ამგვარ სახისმეტყველებას.

სხვა მაგალითად მინდა დავასახელო საკუთრებისადმი დამოკიდებულება. არ არსებობს საკუთრების უფლება საზოგადოებრივი ინტერესების მიღმა. სწორედ ეს განაპირობებს მის შეზღუდვას. იყო პრაქტიკა, როცა სასამართლომ შეუთავსებლად მიიჩნია ამ ნიადაგზე საკუთრების უფლების შეზღუდვა და იგი წარმოაჩინა, როგორც საკრალური, ფასეულობა, რომელსაც ისე უნდა გავუფრთხილდეთ, როგორც წმინდა საგნებს. ეს შეიძლება ახსნილიყო საბჭოთა სამართლით გამოწვეული „ტრავმით“, რაც კერძო საკუთრების უქონლობას უკავშირდება. გარკვეული დროის შემდეგ სასამართლო პრაქტიკაც ჩადგა თავის კალაპოტში. ამას ახლა სასამართლო ადვილად აცნობიერებს. უფრო ძნელია იმისი გაცნობიერება, რომ თანდათანობით იზრდება საკუთრების შეზღუდვის მასშტაბები. საკუთრება თავად ხდება საკუთარი თავის შეზღუდვის საფუძველი. მხედველობაშია საკუთრებიდან ნაწარმოები უფლებები. ჩვენ გვბოჭავს არამარტო საგანთა ფაქტობრივი მდგომარეობა, არამედ მიმდინარე ტენდენციებიც, რისი გზამკვლევები კანონმდებლებთან ერთად მოსამართლეებიც არიან. ამისი შეგონება ის არის, რომ სამართლებრივ სიკეთეს უნდა ვხედავდეთ მუდმივი განვითარების პროცესში. სამართალს უნდა შევხედოთ, როგორც სულის მქონე ფასეულობას. რომელიც ისეთი კი არ რჩება, როგორიც იბადება, არამედ მუდმივ განვითარებას განიცდის, ადაპტაცია რომ შეძლოს დროისა და სივრცის მოთხოვნილებებთან. კანონმდებელი შეიძლება შევადაროთ იმ ბებიაქალს, რომელიც ბავშვის დაბადებაში ძირითად როლს თამაშობს. ის, თუ როგორ გაიზრდება ბავშვი, ეს მრავალ გარემოებაზეა დამოკიდებული. მთავარი ჭეშმარიტება ის არის, რომ ის, რაც იბადება, კიდეც იზრდება. მოსამართლემ უნდა შეძლოს არასაკუთრებითი უფლებები (ქირავნობა, იჯარა) დაინახოს საკუთრების უფლების პოზიციაში და მათ დასაცავად უყოყმანოდ გამოიყენოს საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლი.

მივადექით ძირითადი უფლების გავლენაზე. უნდა ითქვას, რომ ძირითადი უფლებები შეიჭრა სხვადასხვა სამართლებრივი ინსტიტუტების ქსოვილში. ისინი ცვლიან პოზიტიური სამართლის მატერიალურ ყოფიერებას და ეს აღიარებულია ევროპული სასამართლო პრეცედენტებით, მაგალითად, ძირითადი უფლება იწვევს ნორმატიული აქტების იერარქიული კიბის ჩამოშლას თუ არა, შერყევას მაინც, რასთან დაკავშირებითაც ბევრჯერ დამიფიქსირებია ჩემი აზრი. ეს გამოწვეულია იმით, რომ იერარქიული კიბე არსებითად ეს არის ნორმატიული აქტების ფორმალურ პრიორიტეტზე დამყარებული მოცემულობა. ეს კიბე იწყება ზემოდან და მთავრდება პირამიდის ქვედა საფეხურით. ყოველი ქვემდგომი აქტის მოქმედების ძალას განსაზღვრავს ზემდგომი აქტი, იერარქიით დაბალი აქტი უნდა შეესაბამებოდეს ზემდგომ აქტს. ნორმატიული აქტების ასეთი იერარქიული ურთიერთმიმართება სამართლებრივი წესრიგის

საფუძველს წარმოადგენს. მაგრამ როცა საქმე ეხება ძირითად უფლებებს, ამ შემთხვევაში, ვფიქრობთ, უნდა გამოვიყენოთ ის აქტი, რომელიც უფრო უკეთესად იცავს ადამიანის უფლებებს. იკითხავთ რატომ? ეს იმიტომ, რომ ძირითადი უფლებები კონსტიტუციური უფლებებია და კონსტიტუციური დაცვის ქვეშაა, ე.ი. იერარქიულადაც ნორმატიული აქტების სათავეში მოიაზრებიან, მიუხედავად იმისა, რომ შეიძლება კანონით იყოს მათი დაცვის კონკრეტული გზები გათვალისწინებული. დავუშვათ, გვაქვს ისეთი რეალობა, როცა ძირითადი უფლება კანონით უკეთესადაა დაცული, ვიდრე კონსტიტუციით, როგორ უნდა მოვიქცეთ? ნორმატიული აქტების იერარქიული კიბე ცალსახად გვეუბნება, რომ უნდა გამოვიყენოთ კონსტიტუცია. ეს იქნება იერარქიის ფორმალური ნიშნიდან გამომდინარე გადაწყვეტილება. მატერიალური ნიშანი იწვევს იერარქიის ჩამოშლას და არ იქნება გასაკვირი თუ მოსამართლე გამოიყენებს კანონს. ამას გვავალდებულებს ძირითადი უფლებების ზეპოზიტიური, ბუნებითი ხასიათი. კონსტიტუცია მათ კი არ ქმნის, არამედ აფიქსირებს და იძლევა დაცვის გარანტიებს. გამოდის, რომ ძირითადი უფლებები თავიანთი მატერიალური ყოფიერებით კონსტიტუციაზე მაღლა დგანან. ძირითადი უფლებები ადამიანის, როგორც სამართლის თავისთავადი მიზნისა და აბსოლუტური ღირებულების იმანენტური მახასიათებელია და ვერავითარი ნორმატიული აქტი, რა რანგისაც არ უნდა იყოს ვერ მოაშორებს მას ადამიანს. ძირითადი უფლებები ადამიანის არამატერიალური სისხლია და ადამიანი მისგან იცლება მხოლოდ მაშინ, როცა მოკვდება (ბოლომდე ამ დროსაც არა). ეს კი მოსამართლეს ავალდებულებს შეასრულოს ის ბრძანება, რომელსაც ძირითადი უფლება აძლევს მას. ჩვენ მიერ წამოჭრილი პრობლემაც ამ კონტექსტში უნდა დავინახოთ.

ჩვენი კვლევის საგნისაგან საკმაოდ განყენებული საკითხები იმიტომ წამოვწიეთ წინა პლანზე, რომ გვეჩვენებინა ის დამოკიდებულება, რაც ჩვენი აზრით უნდა ვიქონიოთ სამართლებრივი ღირებულებებისადმი. ადამიანის მსგავსად, დროსა და სივრცეში, ისინიც იცვლებიან და საამისოდ არაა საჭირო ყოველ ნაბიჯზე კანონმდებლის ჩართვა. მოსამართლეა ის პირი, რომელსაც ხელეწიფება და ევალება კიდეც ჭვრეტდეს კანონთა სახისმეტყველებას და მის მიმართებას სხვადასხვა ღირებულებასა და ინტერესებთან. უნდა გვახსოვდეს, რომ ადამიანი თავისთავადაა უმაღლესი ღირებულება და მიზანი სამართლისა, სწორედ იმიტომ, რომ იგი როგორც ზნეობის მატარებელი, ღირსების მქონე არსებაა.[23] ამიტომაცაა, რომ ღირსების, როგორც აბსოლუტური სამართლებრივი პრინციპის გარშემო ტრიალებს ყველა სხვა სამართლებრივი პრინციპები. ეს არ ნიშნავს, რომ აბსოლუტური პრინციპები სამართლის მიღმაა. ისინიც სამართლებრივი სივრცის ელემენტებია და მასზეა მორგებული. ასე თუ არ იქნება, მათი შეცვლა მოგვიწევს.[24]

---

[23] *იმანუელ კანტი,* ზნეობის მეტაფიზიკის დაფუძნება. გერმანულიდან თარგმნა *ღამახა ჰამიშვიღმა,* გამომცემლობა "carpe diem", თბილისი, 2013, 179, 207.

[24] *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, 1994, 94.

*Klaus J. Hopt**

DAS DEUTSCHE GESETZ ZUR EINFÜHRUNG VIRTUELLER HAUPTVERSAMMLUNGEN VON AKTIENGESELLSCHAFTEN VOM JULI 2022

1. Das deutsche Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften vom 20. Juli 2022: Einführung

Im Juli 2022 hat Deutschland ein neues Gesetz über virtuelle Hauptversammlungen verabschiedet, das auf den praktischen Erfahrungen während der Pandemie basiert.[1] Das Gesetz hat bereits zu einer regen Diskussion in Literatur und Praxis geführt.[2] Die Erlaubnis zur Durchführung virtueller Hauptversammlungen ist an acht Kernanforderungen geknüpft, die im Detail kodifiziert sind.[3] Im Kern geht es darum, die Rechte der Aktionäre auch in einer virtuellen Hauptversammlung zu gewährleisten. Weitere Themen sind mehr Flexibilität und mehr Befugnisse für die Hauptversammlung und die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen in der Hauptversammlung. Das Gesetz verzichtet darauf, die eine oder andere Form der Hauptversammlung vorzuschreiben und sieht stattdessen zwei Modelle vor[4]: die „klassische" Präsenzversammlung, die durch elektronische Teilnahme ergänzt werden kann, und die virtuelle Hauptversammlung, die von den Aktionären in der Satzung zugelassen werden muss, wobei der Vorstand ermächtigt werden kann, eine Ad-hoc-Bestimmung zu treffen.

* Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult., Direktor em. des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg.

1 Das neue „Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften" vom 20. Juli 2022 ist im Bundesgesetzblatt (BGBl) I 1166 veröffentlicht worden, Inkrafttreten gemäß Art. 14 des Gesetzes. Die neuen Artikel des Aktiengesetzes werden im Folgenden mit "(neu)" gekennzeichnet.

2 Aus den seit Erlass des Gesetzes im Juli 2020 erschienenen Beiträge (zu Beiträgen vorher Fn. 29) siehe z.B. *Butzke,* AG 2022, 795; *Franzmann/Rothweiler,* AG 2022, 809; *Gehling,* AG 2022, 800; *Paschos,* NZG 26/2022, 1225 (Editorial); *Reichert,* AG 2022, 793; *Schilha/Gaßner,* ZIP 2022, 2357; *Schirmer,* AG 2023, 19.

3 § 118a AktG neu. Näher unten III C.

4 Näher unten III E.

2. Die virtuelle Hauptversammlung im Ausland und in der Zeit der Pandemie

Nach der Agenturtheorie ist die Rolle der Aktionäre in der Unternehmensführung traditionell die eines Auftraggebers, während die Direktoren die Agenten sind, die dem Auftraggeber verantwortlich sind. Lange Zeit beschränkte sich ihre aktive Rolle hauptsächlich auf die Rechte, die in der Hauptversammlung ausgeübt werden, obwohl in letzter Zeit institutionelle Anleger eine wachsende Rolle nicht nur in der Hauptversammlung, sondern gerade auch vor ihr spielen. Der moderne Trend, neben der traditionellen Hauptversammlung mit physischer Anwesenheit der Aktionäre auch virtuelle Versammlungen zuzulassen, trägt zur Verbesserung dieser Situation bei. In anderen Ländern ist das schon seit längerem erkannt worden, ganz besonders in jüngster Zeit während der COVID-19-Pandemie.

In Delaware ist eine virtuelle Hauptversammlung bereits seit dem Jahr 2000 zulässig, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind; der Vorstand kann nach eigenem Ermessen eine virtuelle Versammlung einberufen, aber die Aktionäre müssen „eine angemessene Möglichkeit haben, an der Versammlung teilzunehmen und abzustimmen", „einschließlich der Möglichkeit, das Protokoll der Versammlung im Wesentlichen zeitgleich mit diesem Verfahren zu lesen oder zu hören".[5] Andere US-Bundesstaaten folgten, und zuletzt erließ New York am 6. April 2021 das Gesetz des Bundesstaates New York, wonach es dem Vorstand überlassen bleibt, ob er sich für eine virtuelle Hauptversammlung entscheidet.[6] Es ist erstaunlich, dass weder in diesem Gesetz noch in den vorangegangenen COVID-19-Vorschriften sinnvolle Mindestanforderungen an den Aktionärsschutz formuliert wurden. Im Memorandum zur Unterstützung des New Yorker Gesetzes heißt es: „Unternehmen sollten auch nach dem Ende der COVID-19-Pandemie über diese Flexibilität verfügen." In einer Reihe weiterer Länder, unter anderem Luxemburg, Liechtenstein, Norwegen, Portugal und Canada, waren virtuelle Hauptversammlungen auch schon vor der COVID-19-Pandemie zulässig.[7] Mit Ausnahme von Delaware und Portugal, wo virtuelle Hauptversammlungen durch die Satzung ausgeschlossen werden konnten, diese also als Regelfall galt, sahen diese Länder vor, dass für eine virtuelle Hauptversammlung eine Bestimmung in der Satzung oder in den by-laws erforderlich war.

Mit die wichtigste Auswirkung, die die Pandemie international im Bereich des Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance hatte, ist die auf die Hauptversammlung von Aktiengesellschaften, nämlich die Zulässigkeit der Durchführung von Hauptversammlung virtuell auch nach Abklingen der COVID-19-Krise. Da die COVID-19-Pandemie persönliche Treffen unmöglich gemacht hatte, hatte Deutschland für die Zeit der Pandemie ein spezielles Gesetz geschaffen, das in Deutschland erstmals virtuelle Haupt-

[5] Delaware General Corporation Law, Section 211.

[6] New York Bill No. A1237, Amd §§ 708 & 602, BC L; amd §§ 603 & 605, N-PC L; amd § 28, Rel Corp L; amd § 6, Chap 122 of 2020, signed November 8, 2021, mit einem Memorandum zu der Gesetzgebung.

[7] Näher *Zetzsche/Anker-Sorensen/Consiglio/Yeboah-Smith,* Enhancing virtual governance: comparative lessons from COVID-19 company laws, Journal of Corporate Law Studies 22 (2022) 115 at 129 et seq.

versammlungen erlaubte.[8] Das war auch in vielen anderen Ländern der Fall. Die OECD hat 45 Länder aufgelistet, die während der Pandemie die Abhaltung von virtuellen oder hybriden Hauptversammlungen zugelassen haben.[9] Die Möglichkeit der Abhaltung virtueller Hauptversammlungen ist eine der prioritären Maßnahmen, welche die OECD in einer Liste von Regulierungen der OECD und der G20-Ländern aufgeführt hat.[10] Interessant ist dazu eine ausführliche rechtsvergleichende Untersuchung aus jüngster Zeit.[11]

Untersucht wurden 22 Länder, die während der COVID-19-Zeit den Aktionären eine digitale Teilnahme an den Jahreshauptversammlungen ihrer Aktiengesellschaften ermöglicht haben. Dazu gehören aus Europa außer Deutschland unter anderem die Benelux-Länder, Frankreich, Italien, Spanien, Österreich, Portugal, Schweiz, aus Skandinavien Dänemark und Norwegen und das Vereinigte Königreich. Zentrales Problem dabei waren abgesehen von Form und Fristen der Berichterstattung und Erleichterungen für den Board (virtuelle Sitzungen, Abstimmung in Abwesenheit, Ladung der Aktionäre zur Hauptversammlung und Aufschub der Hauptversammlung) die Rechte der Aktionäre in der virtuellen Hauptversammlung.[12] Die wichtigsten Rechte außer dem Stimmrecht sind die Stellung von Anträgen, das Fragerecht und korrespondierend das Recht auf Antwort durch die Gesellschaftsorgane. Die Untersuchung stellt fest, dass zwar die Präsenzversammlung unter den heutigen Gegebenheiten angesichts der Rolle und Bedeutung der institutionellen Anleger an Bedeutung verloren hat. Aber die COVID-19-Gesetze weisen, abgesehen vom Stimmrecht, keine ausgewogene Berücksichtigung der Rechte der Aktionäre auf. Die Untersuchung endet mit Vorschlägen zur Reform, namentlich zum Informationsfluss, der Kommunikation und der Antragsstellung.

Die Frage, wie viele von den Ländern mit einer solchen speziellen COVID-19-Gesetzgebung eine solche Erlaubnis dauerhaft in ihr Gesellschaftsrecht aufgenommen haben bzw. im Begriff sind, diese aufzunehmen, ist, soweit ersichtlich, noch nicht im Einzelnen untersucht worden.

---

[8] Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27.3.2020, BGBl I 569 (570). Das Gesetz wurde geändert durch Art. 15 des Gesetzes vom 10.9.2021, BGBl I, 4147. Die darin enthaltene Verlängerung der Sonderregelung trat zum 1.9.2022 außer Kraft. Es bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, BGH ZIP 2021, 2276, allerdings müssen in Fällen einer hybriden/virtuellen Versammlung die Möglichkeiten der Aktionäre, sich mit den Organen und untereinander auszutauschen, einer physischen Versammlung vergleichbar sein (funktional gleichwertig); OLG München, NZG 2021, 1594 (1598 ff.); *Heckschen/Hilser*, ZIP 2022, 461 (469 ff.); dieselben, ZIP 2022, 670. Ausführliche Literaturhinweise zu virtuellen Hauptversammlungen bei *Noack* in H. Schmidt, Hrsg., COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, Abschnitt 10, Anm. 60 ff.

[9] *OECD*, The Future of Corporate Governance in Capital Markets Following the COVID 19 Crisis, Paris, 30 June 2021, Tabelle 3.3, 72. Vgl. *Fontenot/Bivans/Nix,* Bus. Law. 76 (2021) 927: Virtuelle Hauptversammlungen öffentlicher Unternehmen, der Wendepunkt 2020; *Pinior,* ECFR 2022, 100: Erfahrungen aus Polen und verschiedenen anderen Ländern.

[10] *OECD* (Fn. 9), p. 71.

[11] *Zetzsche/Anker-Sorensen/Consiglio/Yeboah-Smith* (Fn. 7).

[12] *Dieselben* (Fn. 7), p. 129 et seq.

3. Das neue deutsche Recht

A. Überblick über das neue Gesetz

Im Februar 2022 hat das Bundesjustizministerium einen Gesetzesentwurf zur Einführung virtueller Hauptversammlungen bei Aktiengesellschaften[13] vorgelegt, und am 27. April 2022 wurde ein förmlicher Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen bei Aktiengesellschaften veröffentlicht.[14] Dieser wurde am 20. Juli 2022 vom Parlament als neues Gesetz beschlossen und ist in seinen wesentlichen Teilen am 21. Juli 2022, am Tag nach seiner Verkündung, Kraft getreten.[15] Obwohl die virtuelle Teilnahme von Aktionären an Hauptversammlungen und die elektronische Ausübung von Aktionärsrechten bereits vorher durch eine Satzungsregelung zulässig waren, war eine ausschließlich virtuelle Hauptversammlung bis dahin nicht möglich.[16] Die Reaktionen der Praktiker auf den Entwurf bzw. das neue Gesetz waren überwiegend positiv,[17] während interessanterweise die Aktionärsverbände zum Teil heftig widersprachen.[18]

Wie es in der Begründung des Entwurfs heißt, waren die praktischen Erfahrungen, die in den Jahren 2020 und 2021 mit den virtuellen Hauptversammlungen, sowohl den ordentlichen als auch den außerordentlichen, gemacht wurden, im Großen und Ganzen

---

[13] *Bundesministeriums der Justiz,* Entwurf eines Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften vom 8.2.2022 (Referentenentwurf, „Virtuelle-Hauptversammlungen-Gesetz", zitiert als Referentenentwurf). Zu diesem Entwurf *Deutscher Anwaltsverein (DAV), Handelsrecht-Ausschuss,* Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2022, 504; *Drinhausen,* ZHR 186 (2022) 201; *Drinhausen/Keinath,* Betriebs-Berater 2022, 451; *Dürr/Kuthe/Sickinger,* Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2022, 363*; Guntermann,* ZIP 2022, 781; *Heckschen/Hilser,* ZIP 2022, 461; *Klein,* NZG 2022, 483; *Lochner,* Die Aktiengesellschaft (AG) 2022, 320; *Redenius-Hövermann,* NZG 8/2022, Editorial; *Seibt/Danwerth,* AG 2022, 177; *Seibt/Danwerth,* Der Betrieb 2022, 1434; *Teichmann/Wicke,* Der Betrieb 2022, 720. Siehe auch die Vielzahl von Stellungnahmen zum Referentenentwurf auf der Website des Bundesministeriums der Justiz. Für Fallrecht zu virtuellen Hauptversammlungen, siehe *Danwerth,* ZIP 2022, 723.

[14] Entwurf eines Gesetzes der Bundesregierung zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung weiterer Vorschriften, Berlin, 27. April 2022 mit Begründung (zitiert als Regierungsentwurf). Am 6. Juli 2022 erstattete der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 20/2653, den Abschlussbericht zum neuen Gesetz mit einer Reihe von Änderungen, die vom Rechtsausschuss auf 34 ff. erläutert werden.

[15] Oben Fn. 1.

[16] § 118 Abs. 1, 2 und 4 des Aktiengesetzes, eingeführt durch das Gesetz vom 30. Juli 2009 (ARUG).

[17] Siehe, zum Beispiel *Dürr/Kuthe/Sickinger,* ZIP 2022, 363*; Seibt/Danwerth,* AG 2022, 177.

[18] Insbesondere, *Marc Tüngler,* Es droht ein Machtverlust, Handelsblatt, 21.3.2022 Nr. 56, 48; *derselbe,* Herausforderungen der Aufsichtsratsarbeit in der Pandemie, 23.6.2021; *Ingo Speich,* Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 20.3.2022 Nr. 11, 27, nennt virtuelle Hauptversammlungen gar "eine Farce"; *Werning,* Verärgerte Aktionäre, Handelsblatt, 29.4.-1.5.2022, 26. Tüngler ist der Vorsitzende der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. (DSW); Speich ist ein Fondsmanager der Deka. Auch „Aktionärsrechte in virtueller HV umstritten", Börsen-Zeitung 11.2.2022, 10. Ebenfalls sehr kritisch *Klein,* NZG 2022, 729 (thyssenkrupp); zum Regierungsentwurf *Deutscher Anwaltsverein (DAV), Handelsrechts-Ausschuss,* Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2022, 797.

gut. Die Teilnahmequote an den Versammlungen ist gestiegen,[19] und durch die Verlagerung des Fragerechts auf die Zeit vor der Versammlung – wie sie nun zulässig war – hat sich die Qualität der Antworten auf die Fragen der Aktionäre erhöht.[20] Aufgrund dieser Erfahrungen und im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung des Aktienrechts sollen nun virtuelle Hauptversammlungen ohne physische Anwesenheit aller Aktionäre für alle Aktiengesellschaften, nicht nur für börsennotierte Unternehmen, zugelassen werden.[21] Für die rund 14.000 Aktiengesellschaften (davon 458 börsennotierte Unternehmen) und die 5,3 Millionen Aktionäre in Deutschland ist dies eine einschneidende Veränderung.[22]

Zunächst einmal ist zu konstatieren, dass eine Reform des Hauptversammlungsrechts in Deutschland überfällig ist. Deutsche Hauptversammlungen dauern in der Regel vier bis zehn Stunden, es wird eine Vielzahl von mehr oder weniger sachbezogenen Fragen gestellt, um die Grundlage für eine Anfechtung der gefassten Beschlüsse zu schaffen, und das Verfahren ist oft völlig dysfunktional. Darauf ist noch zurückzukommen.

Der Gesetzgeber trägt der bereits bestehenden Praxis insbesondere institutioneller Anleger Rechnung, bei der sich die Informations- und Entscheidungsprozesse der Hauptversammlung zunehmend in das Vorfeld der Versammlung verlagern.[23] Wie zu Recht hervorgehoben wird,[24] werden damit gleichzeitig die Rechte derjenigen Aktionäre verbessert, die nicht persönlich an der Versammlung teilnehmen können, insbesondere, aber nicht nur, der ausländischen Aktionäre. So kann nunmehr die Satzung vorsehen oder den Vorstand dazu ermächtigen, die Versammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten am Ort der Hauptversammlung abzuhalten (Legaldefinition der virtuellen Hauptversammlung).[25]

---

[19] Die Hauptversammlungen von 2020 und 2021 hatten mit rund 69 % des Kapitals die höchsten Beteiligungsquoten in DAX 30-Gesellschaften der letzten zehn Jahre, so *Engel*, Präsident des Deutschen Aktieninstituts e.V. (DAI), CFO der BASF SE, DAI Kurvenlage, 1. Hälfte 20212, 10 (13).

[20] Gesetzesentwurf (Fn. 14), 1 (14). Auch VGR (Gesellschaftsrechtliche Vereinigung), Die Aktiengesellschaft 2021, 380; aus der Praxis Interview mit *Friederike Rotsch* von der Merck KGaA, Vorsitzende des Rechtsausschusses des BDI, BDI Reihe Ausgabe 2/2021, 4 (5). Vgl. aber auch *Noack*, NZG 2021, 1233 (1234): Bei der "virtuellen" Hauptversammlung handelte es sich nicht um eine der Aktionäre, sondern um eine des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Empirische Daten von 134 virtuellen Hauptversammlungen im Jahr 2021 bei *Danwerth*, AG 2021, 613.

[21] In der Begründung des Gesetzentwurfs (Fn. 14), 25, wird darauf hingewiesen, dass die virtuelle Hauptversammlung auch für kleinere, gerade auch neu gegründete Unternehmen attraktiv sein kann oder sogar den Ausschlag dafür geben mag, dass Gründer die Aktiengesellschaft als Rechtsform wählen. Da bestimmte Personen wie der Vorstand anwesend sein müssen (Fn. 27 und 28), wird dies von einigen als nur eine hybride Hauptversammlung angesehen, *Heckschen/Hilser*, ZIP 2022, 461 (462).

[22] Regierungsentwurf (Fn. 14), 21 and 22; *Kornblum*, GmbHR 2021, 681 (682); *Deutsches Aktieninstitut*, Aktionärszahlen 2020, 6.

[23] Näher *Seibt/Danwerth,* AG 2021, 369. Der Regierungsentwurf (Fn. 14), 15, verweist auch auf die sogenannten "Investorengespräche", die der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) für aufsichtsratsspezifische Themen anregt. Zu dieser Auseinandersetzung über die Praxis und das Recht des Aufsichtsrats zu solchen Gesprächen mit institutionellen Anlegern vgl. *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725; *Hopt*, ZGR 2019, 507 (525 ff.); *Hopt/Roth,* Großkommentar zum Aktiengesetz, 5. Aufl., § 111 Rn. 567-581: Dialog mit institutionellen Investoren und Stimmrechtsberatern; kritisch *Koch,* AG 2017, 129.

[24] Regierungsentwurf (Fn. 14), 14, 16.

[25] § 118a Abs. 1 S. 1 AktG (neu).

Nach dem neuen Gesetz ist dies jedoch an acht Kernanforderungen geknüpft:[26] 1. Übertragung der gesamten Versammlung per Bild und Ton, 2. Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre im Wege elektronischer Kommunikation (namentlich über elektronische Teilnahme oder elektronische Briefwahl) sowie über Vollmachtserteilung, 3. Recht der elektronisch zu der Versammlung zugeschalteten Aktionäre auf Einreichung von Anträgen oder Wahlvorschlägen im Wege der Videokommunikation, 4. Auskunftsrecht nach § 131 AktG im Wege elektronischer Kommunikation, 5. Zugänglichmachung des Berichts des Vorstands oder dessen wesentlichen Inhalts bis spätestens sieben Tage vor der Versammlung, jedoch nur, wenn der Vorstand von der Möglichkeit des § 131 Abs. 1a S. 1 AktG Gebrauch macht vorzugeben, dass Fragen der Aktionäre bis spätestens drei Tage vor der virtuellen Hauptversammlung elektronisch eingereicht werden müssen, 6. Recht zu Stellungnahmen im Wege elektronischer Kommunikation, 7. die Möglichkeit für die elektronisch zu der Versammlung zugeschalteten Aktionäre, in der Versammlung im Wege der Videokommunikation zu sprechen und 8. Recht der zu der Versammlung elektronisch zugeschalteten Aktionäre, gegen einen Beschluss der Hauptversammlung im Wege elektronischer Kommunikation zu widersprechen. Die Mitglieder des Vorstands sollen am Ort der Hauptversammlung teilnehmen,[27] ebenso wie der Versammlungsleiter und unter bestimmten Bedingungen der Abschlussprüfer.[28]

B. Vorarbeiten

Das neue deutsche Gesetz geht auf Vorarbeiten aus Wissenschaft und Praxis mit verschiedenen Vorschlägen zurück.[29] Unter vielen Vorarbeiten und Stellungnahmen zu den Entwürfen seien hier nur kurz die der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR) zur Reform der Hauptversammlung börsennotierter Unternehmen vom 26. April 2021 erwähnt.[30] In diesen Vorschlägen werden die folgenden Ziele einer Reform genannt:[31] 1) Die Rechte der Aktionäre in der Hauptversammlung sollen vollständig in das Vorfeld der Hauptversammlung verlagert werden. 2) Beschlüsse können in der Hauptversammlung nur über Anträge gefasst werden, die rechtzeitig vor der Hauptversammlung angekündigt worden sind. 3) Die Verlagerung der Aktionärsrechte in das Vorfeld der Hauptversammlung hat zur Folge, dass diese Rechte (d.h. das Rede-, Auskunfts- und Antragsrecht) in der nachfolgenden Hauptversammlung nicht mehr ausgeübt werden

[26] § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 8 AktG (neu).

[27] Dies gilt auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats, es sei denn, sie dürfen per Bild- und Tonübertragung teilnehmen, § 118a Abs. 2 S. 2 AktG (neu).

[28] § 118a Abs. 2 S. 3 AktG (neu).

[29] Siehe unter der Vielzahl von Beiträgen vor 2021 (zu solchen nach dem Erlass oben Fn. 2) z.B. *Bungert/Strothotte,* DB 2021, 830; *Dubovitskaya,* NZG 2020, 647 (650 ff.); *Franzmann/Brouwer,* AG 2020, 921; *Lieder,* ZIP 2021, 161; *derselbe,* Virtuelle Versammlungen, Festschrift für E. Vetter 2019, 419; *Noack/Zetzsche,* AG 2020, 721 (725 ff.); *Redeke,* AG 2022, 98; *Redenius-Hövermann/Bannier,* ZIP 2020, 1885 (1892 ff.); *Roth,* Neujustierung der deutschen Unternehmensverfassung nach der COVID-19-Pandemie, Festschrift für Windbichler 2020,963; *Scholz,* NJW 2020, 2209; *Seibt/Danwerth,* NZG 2020, 1241 (1248 ff.); *Teichmann/Krapp,* DB 2020, 2169; *Teichmann/Wicke,* ZGR 2021, 173. Vgl. auch *Cyglakow,* Die virtuelle Hauptversammlung, 2021.

[30] *VGR,* Die Aktiengesellschaft 2021, 380.

[31] *VGR,* AG 2021, 380 (389).

können. Reden und Debatten in der Hauptversammlung können dann auf die für die Aktionäre wesentlichen Themen beschränkt werden. Besonders interessant ist, dass sich die Gesellschaftsrechtliche Vereinigung bei ihren Vorschlägen an der Fragestundenregelung des Deutschen Bundestages orientiert hat, die auch bei der Verabschiedung des COVID-Gesetzes herangezogen wurde.[32]

C. Die Rechte der Aktionäre in einer virtuellen Hauptversammlung

Das Kernproblem der virtuellen Hauptversammlung besteht darin, möglichst sicherzustellen, dass neben dem Stimmrecht auch die Rechte der Aktionäre zur Stellungnahme, zur Wortmeldung, zum Stellen von Erst- und Zusatzfragen und zum Widerspruch erhalten bleiben, auch wenn sie nur im Wege der elektronischen Kommunikation ausgeübt werden können. Bemerkenswert ist, dass der Regierungsentwurf und das neue Gesetz in dieser Hinsicht weiter gehen als der Referentenentwurf, was die Aktionärsrechte angeht; insbesondere sind das Rede-, das Nachfrage- und das Fragerecht zu Sachverhalten, die sich nach der zulässigen Fragegelegenheit vor der Versammlung ergeben haben, nun auch in der virtuellen Hauptversammlung möglich, allerdings mit der möglichen Beschränkung auf Videokommunikation. Es verwundert nicht, dass dies von Aktionärsverbänden begrüßt wird, während Wirtschafts- und Gesellschaftsrechtler kritisieren, dass der Gesetzgeber die Chance verpasst hat, die Hauptversammlung entsprechend den Bedürfnissen der Praxis zu deregulieren.[33]

Die Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre muss, wie bereits als eine der acht Voraussetzungen erwähnt, sowohl im Wege der elektronischen Kommunikation[34] (namentlich elektronische Teilnahme oder elektronische Briefwahl, im Folgenden unter dem Oberbegriff: elektronische Kommunikation zusammengefasst) als auch durch Bevollmächtigte möglich sein. Zusätzlich kann, wie in der Praxis häufig praktiziert, eine schriftliche Briefwahl angeboten werden. Die Ausübung des Stimmrechts muss bis zum Zeitpunkt der Schließung der Abstimmung durch den Versammlungsleiter möglich sein.[35]

Die Gesellschaft muss Stellungnahmen zu den Gegenständen der Tagesordnung[36] bis spätestens fünf Tage vor der Versammlung im Wege elektronischer Kommunikation zulassen. Dies ermöglicht die Abgabe von Stellungnahmen in Kenntnis des Berichts des Vorstands oder dessen wesentlichen Inhalts, da dieser spätestens sieben Tage vor der Versammlung zugänglich gemacht werden muss[37]. Der Umfang der Stellungnahmen kann in der Einberufung angemessen begrenzt werden, z. B. durch eine bestimm-

[32] Siehe die Nachweise in *VGR*, AG 2021, 380 (382).

[33] Vgl. Aktionäre dürfen künftig zweimal fragen, Frankfurter Allgemeine Zeitung 26.4.2022, Nr. 96, 25. Näher unten III E, IV.

[34] Die Gesellschaft kann, muss aber nicht, die elektronische Teilnahme vorsehen. Die elektronische Teilnahme eignet sich vor allem für nicht börsennotierte Gesellschaften mit einer überschaubaren Zahl von Aktionären.

[35] Regierungsentwurf (Fn. 14), 26. Vgl. ähnlich *VGR*, AG 2021, 380 (385, 390), in jedem Fall für börsennotierte Gesellschaften.

[36] § 130a Abs. 1-4 AktG (neu) und Regierungsentwurf (Fn. 14), 34 ff.

[37] § 118a Abs. 1 2 Nr. 5 AktG (neu).

te Anzahl von Zeichen oder, im Falle von Videobeiträgen, durch eine bestimmte Anzahl von Minuten.[38] Die eingereichten Stellungnahmen müssen allen Aktionären zugänglich gemacht werden. Das Recht zur Stellungnahme kann auf Aktionäre beschränkt werden, die ordnungsgemäß zu der Versammlung angemeldet sind.[39] Die Gesellschaft ist nicht verpflichtet, fremdsprachige Stellungnahmen zu übersetzen.[40]

Aktionäre, die elektronisch zu der Versammlung zugeschaltet sind, müssen ein Recht haben, im Wege der Videokommunikation zu reden[41].[42] Anträge und Wahlvorschläge, das Auskunftsverlangen, Nachfragen sowie weitere Fragen dürfen Bestandteil des Redebeitrags sein. Dies ermöglicht es den Aktionären, sich wie in der Präsenzversammlung direkt an den Vorstand zu wenden und auf Reden anderer Aktionäre zu reagieren. Auf diese Weise sind auch in der virtuellen Hauptversammlung echte Debatten möglich. Gleichzeitig bedeutet dies, dass dem Versammlungsleiter eine wichtige Rolle zukommt. Wie in der Präsenzversammlung kann er Grundregeln aufstellen und den Ablauf steuern. So kann er beispielsweise entscheiden, in welcher Reihenfolge die Reden gehalten werden, eine bestimmte Anzahl von Rednern für ein bestimmtes Thema vorsehen, die Redezeit begrenzen und die Rednerliste schließen.[43]

Was die Fragen der Aktionäre[44] betrifft, so kann der Vorstand beschließen, dass Fragen für die virtuelle Hauptversammlung nur bis spätestens drei Tage vor der Versammlung elektronisch eingereicht werden können. Sie können in ihrem Umfang angemessen begrenzt[45] werden und müssen allen Aktionären rechtzeitig vor der Versammlung zugänglich gemacht werden. Das Fragerecht kann auf Aktionäre beschränkt werden, die ordnungsgemäß zur elektronischen Versammlung zugelassen sind. Der Vorstand muss die Fragen spätestens einen Tag vor der Versammlung beantworten. Sind die Antworten einen Tag vor Beginn und in der Versammlung durchgängig zugänglich, darf der

[38] § 130a Abs. 1, 3 AktG (neu) und Regierungsentwurf (Fn. 14), 34/35.

[39] § 130a Abs. 1 Satz 2 AktG (neu).

[40] Regierungsentwurf (Fn. 14), 35.

[41] § 130a Abs. 5 AktG (neu). Die Rede des Aktionärs kann Anträge und Wahlvorschläge enthalten. Zu möglichen Beschränkungen der Rede durch die Satzung oder die Ordnungen siehe § 131 Abs. 2 AktG.

[42] So ist nur für das Rederecht eine zweiseitige Direktverbindung erforderlich, Gesetzesentwurf (Nr. 6), 17, 36. Die Gesellschaft kann sich in der Einberufung vorbehalten, die Funktionsfähigkeit der Videokommunikation in der Versammlung und vor dem Redebeitrag zu überprüfen und diesen zurückzuweisen, sofern die Funktionsfähigkeit nicht sichergestellt ist, § 130a Abs. 6 des AktG (neu). Während dieser Kontrolle kann der Aktionär in einen virtuellen Warteraum eingelassen werden, siehe Begründung des Rechtsausschusses (Fn. 14), 35 zu § 130a Abs. 6.

[43] Regierungsentwurf (Fn. 14), 36.

[44] § 131 Abs. 1a-1c AktG (neu).

[45] Zum Beispiel durch eine Höchstzahl von Fragen pro Aktionär oder die Festlegung der Anzahl der zulässigen elektronischen Zeichen. Begründung zum Regierungsentwurf (Fn. 14), § 131 Abs. 1b des Aktiengesetzes, 36. Auch die maximale Gesamtzahl der zulässigen Fragen kann in der Einberufung der Hauptversammlung angegeben werden, Begründung des Rechtsausschusses (Fn. 14), 35 zu § 131 AktG (neu). Für die Angemessenheit der Begrenzung kann die Zahl der in den vergangenen virtuellen Hauptversammlungen mit ähnlicher Tagesordnung gestellten Fragen maßgeblich sein, ebenda, 35. Die Einreichung von Fragen kann auf ordnungsgemäß eingetragene Aktionäre beschränkt werden, § 131 Abs. 1b AktG (neu). Dabei kann nur der Umfang, nicht aber die Zahl der vorab gestellten Fragen beschränkt werden.

Vorstand in der Versammlung die Auskunft zu diesen Fragen verweigern.[46] Dies ist eine wichtige Bestimmung für die Beschleunigung der Hauptversammlung.

Jedem der elektronisch zugeschalteten Aktionäre wird ein Recht auf Nachfragen zu allen vom Vorstand vor und in der Versammlung gegebenen Antworten eingeräumt.[47] Das gilt auch für Fragen zu Sachverhalten, die sich erst nach Ablauf der vom Vorstand gestellten Einreichungsfrist für Fragen ergeben haben.[48] Diese weitreichenden Rechte werden scharf kritisiert, da dadurch der dysfunktionale Status der deutschen Hauptversammlung auch bei virtuellen Versammlungen mit einer Vielzahl von Fragen auch für die virtuelle Versammlung erhalten bleiben. Der Regierungsentwurf hatte dem Versammlungsleiter noch das Recht eingeräumt, drei Tage vor der Versammlung nicht gestellte Fragen zuzulassen, allerdings nur, wenn während der Versammlung eine angemessene Zeit dafür zur Verfügung steht, was im endgültigen Gesetz jedoch als unnötig gestrichen wurde.[49] Alle diese Rechte können in der Sitzung ausschließlich im Wege der Videokommunikation ausgeübt werden, wenn der Versammlungsleiter dies festlegt.[50]

Zum Fragerecht der Aktionäre hatte die Gesellschaftsrechtliche Vereinigung zwei recht weitreichende Reformvorschläge gemacht, die weiterhin diskussionswürdig sind. Es geht darum, die eigentliche Hauptversammlung von der erdrückenden Zahl der Fragen zu entlasten und den Aktionären das Recht einzuräumen, vor der Hauptversammlung Fragen zu stellen und beantworten zu lassen. Sowohl die Fragen als auch die Antworten müssen natürlich für alle Aktionäre zugänglich sein. Hier setzen die beiden Reformvorschläge an: Der erste Vorschlag sieht vor, das Recht zu Fragen – die in der Hauptversammlung und nicht vor der Hauptversammlung gestellt werden – auf Aktionäre zu beschränken, die über ein Mindeststammkapital von 100.000 Euro oder 1 % des Stammkapitals verfügen.[51] Mit dem zweiten Vorschlag soll klargestellt werden, dass der Vorstand bei der Auswahl der zu beantwortenden Fragen „Aktionärsvereinigungen und institutionelle Anleger mit erheblichen Stimmrechtsanteilen bevorzugen" kann.[52] Wie erwartet, ist der deutsche Gesetzgeber nicht so weit gegangen, hat aber einige dieser Ideen aufgegriffen.

Was das Antragsrecht betrifft, so sieht das neue Gesetz vor, dass alle Anträge, die den Aktionären zugänglich gemacht werden müssen und zugänglich gemacht sind, als zu dem Zeitpunkt gestellt gelten, zu dem sie den Aktionären tatsächlich zugänglich waren. Danach ist es Aufgabe der Gesellschaft, es zu ermöglichen, dass das Stimmrecht zu diesen Anträgen ausgeübt werden kann, sobald die Aktionäre die gesetzlichen

[46] § 131 Abs. 1c S. 4 AktG (neu).
[47] § 131 Abs. 1d AktG (neu). Dieser Umstand wird scharf kritisiert vom Deutschen Anwaltsverein (Fn. 18), NZG 2022, 797 (798 ff., 800 ff.).
[48] § 131 Abs. 1e S. 1 AktG (neu).
[49] Regierungsentwurf (Fn. 14), § 131 Abs. 1e S. 2 Entwurf and Begründung des Rechtsausschusses (Fn. 14), 36.
[50] § 131 Abs. 1f AktG (neu).
[51] *VGR*, AG 2021, 380 (383, 390).
[52] *VGR*, AG 2021, 380 (384), dies gilt auch für Wortbeiträge, *VGR*, AG 2021, 380 (385).

und satzungsmäßigen Voraussetzungen für die Ausübung des Stimmrechts nachweisen können.[53] In der virtuellen Hauptversammlung selbst sind die elektronisch zugeschalteten Aktionäre antragsberechtigt, denen die verlangte Auskunft nicht gegeben worden ist, und diejenigen, die auf elektronischem Wege ihren Widerspruch erklärt haben.[54]

D. Die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen in der Hauptversammlung nach dem neuen Gesetz

Das neue Recht beschränkt sich – abgesehen von der Nichtigkeit von Beschlüssen unter anderem bei Einberufungsfehlern[55] – auf den Ausschluss von Anfechtungsgründen, die sich speziell auf die virtuelle Hauptversammlung beziehen, und greift insoweit auf die Regelungen in den eingangs erwähnten COVID-19-Pandemie-Sondergesetzen zurück. Danach sind technische Störungen, die die Ausübung von Rechten in der virtuellen Hauptversammlung verletzen, wie z.B. Übermittlungs- und Zustellungsfehler, nur dann ein Anfechtungsgrund, wenn dem Unternehmen Vorsatz[56] nachgewiesen werden kann. Damit sollte verhindert werden, dass Unternehmen während der Pandemie von der Durchführung virtueller Hauptversammlungen absehen, weil sie zu hohe Anfechtungsrisiken aufgrund technischer Störungen befürchten. Das neue Gesetz übernimmt diesen Ansatz, allerdings mit der Maßgabe, dass nicht nur Vorsatz, sondern auch grobe Fahrlässigkeit einen Klagegrund darstellt.[57] Allerdings können die Unternehmen in ihren Satzungen einen strengeren Verschuldensmaßstab festlegen.[58] Dies ist eine überzeugende Position, denn es muss sichergestellt sein, dass die vom Gesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen für virtuelle Hauptversammlungen in vollem Umfang eingehalten werden, widrigenfalls Beschlüsse anfechtbar sind.[59] Im Falle der virtuellen Hauptversammlung gelten alle zu der Versammlung elektronisch zugeschalteten Aktionäre als erschienen, denn nur solche Aktionäre kennen alle Informationen, die während der Hauptversammlung gegeben und ausgetauscht wurden.[60]

E. Die Wahl zwischen zwei Modellen der Hauptversammlung

Das neue Gesetz verzichtet darauf, die eine oder andere Form der Hauptversammlung vorzuschreiben,[61] sondern sieht zwei Modelle vor: die „klassische“ Präsenzversammlung, die durch elektronische Teilnahme ergänzt werden kann, und die virtuelle Haupt-

[53] § 126 Abs. 4 S. 2 AktG (neu).
[54] § 132 Abs. 2 S. 2 AktG (neu).
[55] Vgl. § 241 AktG.
[56] § 1 Abs. 7 des oben Fn. 8 genannten COVID-19-Pandemie-Gesetzes: nur Vorsatz.
[57] § 243 Abs. 3 S. 2 AktG (neu).
[58] § 243 Abs. 3 S. 2 AktG (neu).
[59] Regierungsentwurf (Fn. 14), 42 zu § 243 Abs. 3 AktG.
[60] § 245 S. 2 AktG (neu).
[61] Regierungsentwurf (Fn. 14), 16. Insbesondere enthält das neue Gesetz Regeln für eine gemischte Versammlung, bei der einige Aktionäre physisch anwesend sind, während andere nur elektronisch anwesend sind; solche Versammlungen sind kompliziert und teuer, aber sie sind bereits nach § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG möglich.

versammlung. Sie überlässt die Entscheidung hierüber der Satzungsautonomie, ein Schritt in die richtige Richtung zu mehr Satzungsautonomie. Denn Deutschland hat im internationalen Vergleich deutlich zu enge Grenzen der Satzungsautonomie.[62] Dafür, es den Unternehmen zu überlassen, ob sie sich für eine (hybride) Präsenz-Hauptversammlung oder eine rein virtuelle Hauptversammlung entscheiden wollen, hatte sich im Vorfeld auch die Gesellschaftsrechtliche Vereinigung ausgesprochen. Für die Beibehaltung der Option von Präsenzversammlungen sprechen u.a. die Möglichkeit der Kritik an der Geschäftsführung, die bessere Kommunikation unter den Aktionären und die Möglichkeit, dass auch andere Stakeholder, wie Arbeitnehmerverbände und NGOs, teilnehmen können.[63]

Die „Grundform" ist allerdings nach dem neuen Gesetz nach wie vor die persönliche Hauptversammlung. So kann die Satzung selbst vorsehen oder – und jedenfalls dies könnte, wenn überhaupt, in naher Zukunft in der Praxis durchaus zum Standard werden – den Vorstand ermächtigen, künftig virtuelle Hauptversammlungen abzuhalten.[64] Aber ungeachtet der zum Teil scharfen Kritik an dem Gesetz als „verpasste Chance", verbunden mit dem Zweifel, ob die virtuelle Hauptversammlung nach der Regelung des deutschen Gesetzes überhaupt eine ernsthafte Alternative zur bisherigen Präsenzversammlung ist,[65] gibt es doch Anzeichen, dass die virtuelle Hauptversammlung, für die sich die Satzung entscheiden kann, für die Praxis, jedenfalls von Teilen von ihr, attraktiv sein wird und vielleicht sogar einmal eher die Grundform der Praxis werden wird.[66] Eine Umfrage der FAZ bei großen Unternehmen[67] hat gezeigt, dass viele Unternehmen für die kommende Hauptversammlungssaison virtuelle Aktionärstreffen nach dem neuen Gesetz planen, allerdings noch unter der Übergangsfrist bis Ende August 2023 aufgrund eines bloßen Beschlusses des Vorstands mit Zustimmung des Aufsichtsrats[68], und eine Reihe von ihnen trotz Skepsis der großen Stimmrechtsberater wie ISS[69] an eine entsprechende Satzungsänderung denken. Eine hybride Hauptversammlung, also eine Kombination von Präsenz- und virtueller Hauptversammlung, scheint dagegen als zu aufwendig wenig zukunftsfähig.[70]

---

[62] *Hopt*, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa - Generalbericht - in: Lutter/Wiedemann (eds.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft 13, 1998, 123; *idem*, Directors' Duties and Shareholders' Rights in the European Union: Mandatory and/or Default Rules? Rivista delle Società 61 (2016) 13-32.

[63] Detaillierter und mit weiteren Gründen, *VGR*, AG 2021, 380 (386).

[64] § 118a Abs. 1 S. 1 AktG (neu).

[65] Zuletzt *Franzmann/Rothweiler*, AG 2022, 809 (820). Ebenso *Seibt/Danwerth*, Gastbeitrag: Corporate Governance, Börsen-Zeitung, 2.5.2022: Gefahr von Zufallsmehrheiten insbesondere unter Ausschluss internationaler Investoren.

[66] So schon der Regierungsentwurf (Fn. 14), 25.

[67] Näher *Neuscheler*, Online liegt vorne, FAZ 7.1.2023, Nr. 6 24.

[68] § 26n EGAktG neu.

[69] IIS hatte offenbar ursprünglich angekündigt, gegen solche Satzungsänderungen zu stimmen, hat das aber abgeschwächt, *Neuscheler* (Fn. 67).

[70] Tüngler, Vorsitzende der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. (DSW, oben Fn. 18), laut *Neuscheler* (Fn. 67).

F. Gestaltungsmöglichkeiten der Praxis für die neue virtuelle Hauptversammlung

Das deutsche Gesetz ist nunmehr erlassen und die eine oder andere Rechtsfrage wird noch geklärt werden müssen. Die Praxis muss sich aber auf die Möglichkeit der virtuellen Hauptversammlung einstellen und ist dabei, dafür sinnvolle Gestaltungsmöglichkeiten zu entwickeln.[71] Dazu sind jüngst unter anderem Vorschläge für die Ausgestaltung der Satzung, zur Beschränkung des Rechts zu Nachfragen und neuen Fragen, zur Vorbereitung der virtuellen Hauptversammlung mit (Vorab-)Stellungnahmen sowie Frageneinreichung im Vorfeld der Versammlung als Option und zur Durchführung der virtuellen Hauptversammlung gemacht worden.[72]

4. Auf dem Weg zu einer grundlegenderen Reform des deutschen Rechts der Hauptversammlung

Eine grundlegendere Reform des deutschen Rechts der Hauptversammlung verlangt zunächst eine eingehendere Reform des Beschlussmängelrechts. Das geltende deutsche Gesellschaftsrecht sieht nämlich ein sehr weitgehendes Anfechtungsrecht der Aktionäre gegen Hauptversammlungsbeschlüsse vor. Dies gilt insbesondere für unrichtige und unvollständige Angaben des Vorstands. Die Folgen sind bedauerlich: Einzelne professionelle Aktionäre haben sich darauf spezialisiert, Hauptversammlungsbeschlüsse aufgrund solcher Fehler anzufechten oder sich durch die Androhung einer Anfechtung besondere Vorteile zu verschaffen. Dieses Problem der räuberischen Aktionäre[73] wurde zwar durch die Verfahrensreform deutlich verringert, aber doch nicht vollständig beseitigt und könnte jetzt wieder aufflammen. Die Forderung nach einer grundlegenden Reform des Beschlussmängelrechts wird seit vielen Jahren erhoben, etwa vom 72. Deutschen Juristentag[74] und dem Arbeitskreis Beschlussmängelrecht[75].

5. Ergebnisse

1. Das neue deutsche Gesetz ist ein willkommener Schritt in die richtige Richtung, d.h. es erlaubt virtuelle Hauptversammlungen, wenn die Aktionäre – und nicht der Vorstand allein – dies beschließen oder den Vorstand ermächtigen, eine Ad-hoc-Bestimmung zu treffen. Dies muss jedoch durch eine Ergänzung oder Änderung der Satzung geschehen, die mit einer Mehrheit von 75 % beschlossen werden muss und den acht oben genannten Bedingungen unterliegt.

---

[71] Mit 80 Praxisfragen zu Grundlagen, Vorbereitung und Durchführung der neuen virtuellen Hauptversammlung *Mayer/Jenne/Miller,* BB 2022, 2946: praktisch beherrschbar.

[72] Näher unter anderen *Schilha/Gaßner,* ZIP 2022, 2357.

[73] Dieser Begriff wurde von Markus Lutter geprägt.

[74] 72. Deutscher Juristentag, 2018, *Koch,* Gutachten und Beschlüsse.

[75] *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht,* AG 2008, 617.

2. Die Abwägung des Gesetzgebers zwischen der Möglichkeit rein virtueller Hauptversammlungen und der Wahrung der Rechte der Aktionäre ist im Großen und Ganzen gelungen. Die Befürchtung, dass die virtuelle Hauptversammlung in der Praxis nicht angenommen wird, ist zwar nicht völlig von der Hand zu weisen, muss sich aber nach den bisherigen Erfahrungen mit Hauptversammlungen seit Erlass des Gesetzes nicht bestätigen.

3. Die Praxis ist dabei, sich auf die virtuelle Hauptversammlung zumindest als Möglichkeit einzustellen. Dazu gibt es mittlerweile zahlreiche Gestaltungsoptionen für die Praxis. Diese tragen vor allem dem Umstand Rechnung, dass das deutsche Beschlussmängelrecht entgegen der Forderung von Praxis und Literatur bisher nicht reformiert ist. Die Aktiengesellschaften müssen deshalb darauf achten, die Risiken der Anfechtung von Beschlüssen in virtuellen Hauptversammlungen zu minimieren.

4. Virtuelle Hauptversammlungen können in der Satzung für einen begrenzten Zeitraum von höchstens fünf Jahren nach Eintragung der Satzungsänderung vorgesehen werden.[76] Das gibt den Betroffenen – Aktionäre und Organe – Gelegenheit, die während dieser Zeit mit der virtuellen Hauptversammlung gemachten Erfahrungen zu sammeln und zu überdenken. Das ist wegen der möglichen Auswirkungen auf die Aktionäre wichtig. Die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz hat sich ja gegen die generelle Zulassung einer virtuellen Hauptversammlung ausgesprochen, da sie eine zu weitgehende Einschränkung der Aktionärsrechte im Vergleich zu einer Präsenzversammlung befürchtet. Eine Experimentierklausel nicht nur für die Aktionäre, sondern etwa in Form einer sunset-Regelung für den Gesetzgeber ist zwar vorgeschlagen worden, unter anderem von der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung,[77] ist aber nicht Gesetz geworden.

5. Das neue Gesetz geht vielen Praktikern und Wissenschaftlern nicht weit genug.[78] Das neue deutsche Gesetz ist keineswegs die von vielen Rechtswissenschaftlern und Praktikern geforderte grundlegendere Reform des Rechts der Hauptversammlung.[79] Diese müsste auch abgesehen von der Reform des Beschlussmängelrechts grundsätzlicher ansetzen und der modernen Realität der Hauptversammlung mit den institutionellen Anlegern und einer hinreichenden, zum Teil in das Vorfeld der Hauptversammlung verlagerten Information der Aktionäre Rechnung tragen.

[76] § 118a Abs. 3 AktG (neu).

[77] *VGR,* AG 2021, 380 (390 bei Fn. 10.)

[78] *VGR,* AG 2021, 380 (381) zu derzeitigen Missbräuchen deutscher Hauptversammlungen.

[79] Zusammengefasst bei *Redenius-Hövermann,* NZG 8/2022, Editorial; *Klein,* NZG 2022, 729; vergebene Chance, möglicherweise irrelevant; *DAV* (n. 14), NZG 2022, 797 (799). Siehe auch das 12. Wolfgang Schilling-Symposium in Heidelberg, Juli 1, 2022: Zukunftsperspektiven der Hauptversammlung. Es wird interessant sein, den Umgang der Gerichte mit virtuellen Hauptversammlungen zu beobachten, vgl. *Danwerth,* ZIP 2022, 723.

*ჰაინ ბიოღინგი**

სარეგისტრაციო ჩანაწერი, როგორც გამდიდრება, ჩანაწერის გასწორების კონდიქციური მოთხოვნა და მისი მატერიალურ სამართლებრივი და საპროცესო აღსრულება – შედარებითსამართლებრივი შეფასება**

შესავალი

ქართულ და გერმანულ მატერიალურ სამოქალაქო სამართალს ერთმანეთთან საგრძნობი მსგავსება გააჩნია. არაერთი ნორმა არსებითად იდენტურია. იგივე, თუმცა გაცილებით ნაკლები დოზით, შეიძლება საპროცესო კანონმდებლობაზეც ვთქვათ. იმავდროულად, არსებობს ფუნდამენტური განსხვავებებიც. მსგავსებათა თუ განსხვავებათა გათვალიწინებით, ხშირად სასარგებლოა იურისდიქციების შედარებითსამართლებრივი კუთხიდან შეფასება. მისი მიზანი არამარტო კონკრეტული ნორმის უკეთ გაგება შეიძლება იყოს, არამედ, ხშირად, მათი სისტემური გააზრებაც. გამოკვლევა გვერდს ვერ აუვლის უმთავრეს სისტემურ განსხვავებებს, მაგალითად, აბსტრაქციის პრინციპს გერმანულ სამართალში. იგი გავლენას ახდენს არა მარტო მატერიალურ სამართლებრივ მოთხოვნის საფუძვლის შინაარსზე, არამედ მის პროცესუალურ განხორციელებაზე სასამართლო თუ სააღსრულებო პროცესის ფარგლებში.

1. შესავალშივე ვახსენეთ ტერმინი, რომელიც სამოქალაქო სამართლის სპეციალისტების საქმიანობაში გადამწყვეტ როლს ასრულებს. კერძოდ, მოთხოვნის საფუძველი. ამ ტერმინით იწყება თითქმის ყველა სამოქალაქო სამართლებრივი კაზუსის დამუშავება. სამწუხაროდ, პრაქტიკაში ამ გარემოებას ყოველთვის სათანადო ყურადღება არ ეთმობა.

1.1. მოთხოვნის საფუძველი არის სამოქალაქო სამართლებრივი ნორმა, რომელიც, გარკვეული წინაპირობების არსებობისას, უფლებას აძლევს მხარეს, მეორე მხარისგან შესრულება მოითხოვოს ე.ი. მოქმედება ან მოქმედებისგან თავის შეკავება[1].

---

* სამართლის დოქტორი, ბრემენის უმაღლესი ჰანზეატური სასამართლოს ყოფილი თავმჯდომარე მოსამართლე.

** სტატია პროფ. დრ. *გიოჰგი ჯუღელთან* (თბილისის თავისუფალი უნივერსიტეტი) მჭიდრო თანამშრომლობის შედეგია. კერძოდ, აღსანიშნავია მისი ღირებული რჩევები ქართული სამართლებრივი პრაქტიკის, დოგმატიკისა და წყაროების თაობაზე, ასევე სტატიის ქართული თარგმანი.

[1] შდრ. *Bölling/Chanturia*, Die Arbeitsmethode des Richters im Zivilprozess, 50 (ქართული ვერსია, *ბიოღინგი/ჭანტურია*, სამოქალაქო საქმეებზე გადაწყვეტილების მიღების მეთოდიკა, მე-2 გამოც., 2004, 38*).*

ამ ცენტრალური ცნების სამაგალითო სამართლებრივ განსაზღვრებას შეიცავს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (სსკ) 316-ე მუხლის პირველი ნაწილი; თუმცა ნორმა თავად არ წარმოადგენს მოთხოვნის საფუძველს[2]: დანაწესის მიხედვით, ვალდებულების საფუძველზე, კრედიტორს შეუძლია მოსთხოვოს მოვალეს შესრულება, კერძოდ მოქმედება ან მოქმედებისგან თავის შეკავება. 317-ე მუხლის პირველი ნაწილი, დამატებით, ადგენს რომ ვალდებულება შეიძლება წარმოიშვას ხელშეკრულების ან კანონის საფუძველზე, მაგალითებად კი მოყვანილია დელიქტი (სსკ მუხ. 992-ედან) და უსაფუძვლო გამდიდრება (სსკ მუხ. 976-დან). 317-ე მუხლი უშვებს კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობის სხვა საფუძვლების არსებობასაც. აქ შესაძლოა ვიგულისხმოთ, სხვისი საქმეების შესრულება დავალების გარეშე და მხარეთა შესაბამისი უფლება-მოვალეობები (სსკ მუხ. 969-დან), და სხვა კანონისმიერი ურთიერთობები[3].

1.2 მნიშვნელოვანია ისიც რომ ხელშეკრულების მხარეებს უფლება აქვთ მათ სამართლებრივ ურთიერთობას, მათთვის სასურველი შინაარსი მისცენ. სსკ-ის 319-ე მუხლის პირველი ნაწილი განამტკიცებს ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპს, განსხვავებით სანივთო სამართლებრივი *numerus clausus*-გან[4]. სანივთო სამართალში დაშვებულია მხოლოდ კანონით დადგენილი სამართლებრივი ურთიერთობები (ე.წ. გარიგებათა ტიპების სანივთო სამართლებრივი შეზღუდვა)[5].

1.3 ბუნებრივია, ვალდებულებით სამართლებრივი მოთხოვნის საფუძვლები გაცილებით უფრო მრავალფეროვანია, ვიდრე სანივთო სამართლებრივი. თუმცა, სამოქალაქო სამართალისთვის არც სანივთო სამართლებრივი მოთხოვნის საფუძვლებია უჩვეულო. ამის კლასიკური მაგალითია ვინდიკაცია სსკ-ის 172 მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით.

2. სსკ-ის 317-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, ერთ-ერთ ცენტრალურ კანონისმიერ მოთხოვნის საფუძველს წარმოადგენს უსაფუძვლო გამდიდრება სსკ-ის 976-ე და მომდევნო მუხლების მიხედვით. მითითებული ნორმები ბევრ სხვადასხვა მოთხოვნის საფუძველს მოიცავს, რომელთა დეტალური განხილვა სტატიის მიზანს არ წარმოადგენს. ყურადღებას დავუთმობთ ე.წ. შესრულების კონდიქციას. შესრულების კონდიქციით მიმღებს მოეთხოვება ქონებრივი ღირებულების მქონე შესრულების დაბრუნება შესრულების განმხორციელებელი მხარისათვის, თუკი შესრულება სამართლებრივი საფუძვლის გარეშე მოხდა, მაგალითად, თუკი შესაბამისი ხელშეკრულება ბათილია (სსკ 976-ე მუხლის პირველი ნაწილი).

---

[2] *ბიოღინგი/ღუტჰინგჰაუსი*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ცალკეული მთხოვნის საფუძვლების სისტემური ანალიზი, 2009, 14; ჩაჩავა, მოთხოვნების და მოთხოვნის საფუძვლების კონკურენცია კერძო სამართალში, 2010, 19.

[3] მაგ. საზიარო უფლებები სსკ-ის 953-ე და მომდ. მუხლების მიხედვით ასევე მსგავსი უფლებები მემკვიდრეობით და საოჯახო სამართალში.

[4] *გეღაშვილი, ჭანტურია* (რედ.), სსკ-ის კომენტარი, წიგნი მე-3, მუხ. 319, ვნ. 4 მომდ.; *შოთაძე*, სანივთო სამართალი, 30, 364.

[5] *შოთაძე, supra*, 29; *ჭანტურია*, სანივთო სამართლის ძირითადი პრინციპები საქართველოს მომავალ სამოქალაქო კოდექსში, *ჯოხბენაძე/კნიპეი/ჭანტურია* (რედ.), სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, მასალების კრებული,1994., 226, 228-29.

2.1 მითითებული ნორმა, ერთი შეხედვით, გერმანული სამართლის შესაბამის მუხლს ჰგავს ე.ი. გერმანული სამოქალაქო კოდექსის (გსკ) 812-ე მუხლის პირველი აბზ. პირველი წინადადების პირველ ალტერნატივას, მაგრამ ორი საკანონმდებლო ნორმა ფუნდამენტურად განსხვავებულია მათი მეთოდურ-სისტემური კონტექსტის გამო. განსხვავებას განაპირობებს გერმანულ სამართალში მოქმედი გამიჯვნისა და აბსტრაქციის პრინციპი, რომელსაც ქართული სამართალი არ იცნობს[6]. პრინციპი გულისხმობს მკაცრ გამიჯვნას მხარეთა ვალდებულებით სამართლებრივ შეთანხმებასა და შესრულების სანივთო გარიგებას შორის. მაგალითად, ნასყიდობის ხელშეკრულება (გსკ-ის 433-ე მუხლი) და საკუთრების გადაცემა 929-ე მუხლის თანახმად.

საკუთრების გადაცემის ვალდებულებით სამართლებრივი მოთხოვნის შესასრულებლად აუცილებელია საგანგებო სანივთო გარიგება, მოძრავი ნივთებისთვის გსკ-ის 929-ე და მომდევნო მუხლებით და 873-ე და 925-ე მუხლებით – უძრავი ნივთებისთვის. მათი გამაერთიანებელი დასახელებაა ე.წ. განკარგვის გარიგება. მხოლოდ განკარგვის გარიგებით იცვლება უშუალოდ ნივთის ან უფლების სამართლებრივი მდგომარეობა[7].

მსგავსი პრინციპი ვრცელდება მოთხოვნებზეც: ვალდებულებით სამართლებრივი მოთხოვნის დათმობა საჭიროებს სანივთო გარიგებას – მოთხოვნის დათმობის ხელშეკრულებას[8].

გერმანულ სამართალში ვალდებულებითი და სანივთო გარიგება სრულად დამოუკიდებელია ერთმანეთისგან. ერთი ხელშეკრულების სამართლებრივი ბედი, განსაკუთრებით ბათილობა, გავლენას არ ახდენს მეორე ხელშეკრულებაზე. განსხვავებულია ქართული სამართლის მიდგომა: როგორც ვალდებულებითი ნაწილის, ასევე სანივთო სამართლებრივი ცვლილებისთვის საკმარისია ერთი ხელშეკრულება. დამატებით, ნივთზე საკუთრების გადაცემისთვის, საჭიროა ფაქტობრივი ან სამართლებრივი წინაპირობის შესრულება: ე.ი. ნამდვილი ვალდებულებით სამართლებრივი ხელშეკრულება და უძრავი ნივთის მესაკუთრის ცვლილების რეგისტრაცია საჯარო რეესტრში (183-ე მუხლის პირველი ნაწილი სსკ), ან ნამდვილი ვალდებულებით სამართლებრივი ხელშეკრულება და პირდაპირი ან არაპირდაპირი

---

[6] *Grüneberg-Ellenberger*, BGB, 82. Auflage, 2023, Überblick vor § 104, Rdn. 22.; *ჭანტურია*, უძრავი ნივთების საკუთრება, 2003, 183; იგივე, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, 2013, 137; *თოთღაძე, ჭანტურია* (რედ.), სსკ-ის კომენტარი, წიგნი მე-2, მუხ. 183, ვნ. 7 და მომდ.; თუმცა, შდრ. ასევე *ხუსიაშვილი,* გამიჯვნის პრინციპი ქართულ სანივთო სამართალში, შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი 1/2019, 20.

[7] შდრ. დაწვრილებით *Grüneberg-Ellenberger*, Überblick vor § 104, Rdn. 16.

[8] §§ 398 *et seq.*, გსკ (BGB); ქართულ სამართალში შდრ. სსკ 199-ე მუხ. მე-2 ნაწ.; სურვილის შემთხვევაში, შესაძლოა, აქ აბსტრაქციის პრინციპის ელემენტები ამოვიცნოთ. მაგალითად, როცა მხარე ვალდებულებას იღებს, მეორე მხარეს სამომავლო ან ჯერაც სხვისი კუთვნილი უფლება გადასცეს. ასეთი უფლება მხოლოდ მოგვიანებით გადაეცემა მხარეს. მოთხოვნის მსგავსი დათმობა სანივთო გარიგება იქნებოდა. თუმცა, უფრო ზუსტი და ქართული სამართლის სისტემასთან შესაბამისია, თავდაპირველი ხელშეკრულება წინარე ხელშეკრულებად შევაფასოთ (შდრ. წინარე ხელშეკრულების ინსტიტუტის შესახებ ბაღიშვილი, ჭანტურია (რედ.,), სსკ-ის კომენტარი, წიგნი მე-3, მუხ. 327, ვნ. 17 *et seq.*). მისი საგანია სამომავლო მოთხოვნის გადაცემა, ძირითადი ხელშეკრულება კი ერთიანი ვალდებულებითი გარიგებაა, რომელიც უფლების გადაცემის ვალდებულებასა და დათმობით (სსკ 199-ე მუხ. მე-2 აბზ.) ამ ვალდებულების შესრულებას მოიცავს.

მფლობელობის გადაცემა მოძრავი ნივთის შემძენისათვის (186-ე მუხლი სსკ)[9].

2.2 ეს გარემოებები მხოლოდ აკადემიურ სფეროს როდი განეკუთვნება. მათ დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობაც აქვთ და ცხადყოფენ მთავარ განსხვავებას ორ სამართალს შორის ბათილი ვალდებულებით სამართლებრივი გარიგების შემთხვევაში. მაგალითად, თუკი მოძრავი ნივთის ნასყიდობის ხელშეკრულება, ამა თუ იმ მიზეზით, ბათილია, ქართული სამართლით გამყიდველი მესაკუთრედ რჩება, მაშინაც კი, როცა მყიდველი უკვე ნივთის მფლობელია (სსკ 155-ე მუხლი). იგივე ვრცელდება უძრავ ნივთებზეც, როცა ვალდებულებით სამართლებრივი ხელშეკრულება ბათილია, მაგრამ მყიდველი მესაკუთრედ არის რეგისტრირებული. ეს შედეგი შესაძლოა დადგეს, თუკი ბათილობის საფუძველი თავდაპირველად შეუმჩნეველი დარჩა ან შეცილება მოგვიანებით განხორციელდა. გამსხვისებელი მესაკუთრე რჩება ან საკუთრება კვლავ მას უბრუნდება (59-ე მუხ. მე-2 ნაწილის პირველი წინადადება). რეესტრის ჩანაწერი არაფერს ცვლის. მას, ამ შემთხვევაში არ გააჩნია კონსტიტუციური ეფექტი, არამედ, უბრალოდ, მცდარია და უნდა გასწორდეს[10].

2.3 სრულიად განსხვავებული სურათია გერმანულ სამართალში: ბათილობა, მაგალითად, შეცდომის გამო შეცილების შედეგად (გსკ 119-ე მუხლი), ეხება მხოლოდ ვალდებულებით სამართლებრივ და არა აბსტრაქტულ განკარგვის სანივთო გარიგებას[11]. შემძენი ხდება მესაკუთრე, თუმცა, სამართლებრივი საფუძვლის გარეშე.

2.4 სწორედ ამ დროს არის შესრულების კონდიქციური მოთხოვნა მნიშვნელოვანი. ხსენებული განსხვავების გამო, გერმანულ სამართალში იგი გაცილებით დიდ როლს ასრულებს, ვიდრე ქართულში, სადაც ნამდვილი ვალდებულებით სამართლებრივი ხელშეკრულების გარეშე საკუთრების გადაცემა არ ხდება. ამიტომაც, ნივთი სამართლებრივად და ფაქტიურად რომ დაიბრუნოს, ქართველი გამყიდველი მხოლოდ შედარებით სუსტ კონდიქციურ მოთხოვნაზე არ არის დამოკიდებული.[12] მას, როგორც მესაკუთრეს, ნივთის სამართლებრივი და ფაქტიური დაბრუნების მიზნით, შეუძლია ვინდიკაციის უფრო ძლიერი მოთხოვნა მოიშველიოს (172-ე მუხლის პირველი ნაწილი სსკ)[13].

> გერმანულ სამართალში გამყიდველი კარგავს საკუთრებას ბათილი ვალდებულებითი ხელშეკრულების მიუხედავად. ნივთის დასაბრუნებლად მას არსებითად უსაფუძვლო გამდიდრების მოთხოვნა რჩება. მოთხოვნის მიზანი ნივთზე საკუთრებისა და მფლობელობის დაბრუნებაა.

---

[9] *Titulus* და *modus*, შდრ. ზოიძე, ქართული სანივთო სამართალი, მე-2 გამოც., 2003, 148; ზარანდია, სანივთო სამართლის საფუძვლები, 2007, 312-13, 328.

[10] დაწვრ. იხ. ქვემოთ 2.7.1 und 2.7.3.

[11] ხარვეზთა იდენტურობის იშვიათ შემთხვევებს (მაგ. ქმედუუნარობა ორივე ხელშეკრულების დადებისას ან უკანონო იძულება) თუ არ ჩავთვლით, შდრ. *Grüneberg-Ellenberger,* Überblick vor § 104, Rdn. 23.

[12] შდრ. მხ. სსკ-ის 979-ე მუხ. მე-3 ნაწ: ე.წ. განმდიდრების შესაგებელი.

[13] ძლიერი მოთხოვნაში ვგულისხმობთ მაგ. მის აბსოლუტურ ე.ი. ნებისმიერი მფლობელის წინააღმდეგ მიმართულ ბუნებას. შესაძლო მოპასუხეები ხელშემკვრელი მხარით და შესრულების მიმღებით არ ამოიწურება, შდრ., *Grüneberg-Ellenberger*, § 194, Rdn. 4.

2.5 ზემოთქმულის მიუხედავად, აღწერილ გარემოებებში, ქართული უსაფუძვლო გამდიდრების მოთხოვნა სრულიად უმნიშვნელო როდია. მოძრავ ნივთებში მისი გამოყენების საჭიროება არ არსებობს. როგორც აღვნიშნეთ, გამსხვისებლისთვის, სსკ-ის 172-ე მუხლიდან გამომდინარე, მოთხოვნაც საკმარისია, რათა, როგორც მესაკუთრემ, მფლობელობა დაიბრუნოს.

2.6 ხელშეკრულების ბათილობის გამო, ვინდიკაცია შეიძლება უძრავი ნივთის გამსხვისებელმაც მოიშველიოს. პრობლემურია შემძენის მცდარი რეგისტრაციის შემთხვევა, მაგალითად, ხელშეკრულების ნამდვილი შეცილებისას. შემძენი კვლავ მესაკუთრედ არის რეგისტრირებული, უსამართლოდ, მაგრამ გამსხვისებლის საზიანოდ. უძრავი ნივთის კეთილსინდისიერ შემძენზე გადაცემის შემთხვევაში კი ნამდვილი მესაკუთრე სამუდამოდ დაკარგავს საკუთრებას (185-ე მუხ. სსკ).

2.7 მსგავს შემთხვევებში, ნამდვილი მესაკუთრის ინტერესების და სამართლებრივი პოზიციის დაცვისთვის აუცილებელია ქმედითი ინსტრუმენტები:

2.7.1 ერთის მხრივ, საჯარო რეესტრის შესახებ კანონი გვთავაზობს არაზუსტი ჩანაწერის გასწორების გზას. კანონის 26-ე მუხლის მიხედვით, გარკვეული გარემოებების არსებობისას, შეიძლება მოხდეს რეგისტრაციის ჩანაწერის გასწორება ნამდვილი უფლების მქონის სასარგებლოდ. მაგ., ნასყიდობის ხელშეკრულების ნამდვილი შეცილების შემთხვევაში, (ნამდვილი უფლების მქონე) გამყიდველს დასჭირდება სასამართლო გადაწყვეტილება. გადაწყვეტილების საფუძველზე უფლების გადასვლის რეგისტრაცია ბათილად გამოცხადდება (26-ე მუხლის მე-3 პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტი), თუკი ვითომ მესაკუთრე რეგისტრაციის ჩანაწერის გასწორებაზე თანხმობას არ განაცხადებს.

ეს გზა, სრულიად სამართლიანად, საქართველოში ისედაც პოპულარულ აღიარებით სარჩელზე გადის (საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 180-ე მუხლი). მოსარჩელეს აქვს სამართლებრივი ინტერესი, უსამართლოდ რეგისტრირებულის წინააღმდეგ სარჩელით რეგისტრირებული უფლების არარსებობის აღიარებას მიაღწიოს[14].

2.7.2 უსაფუძვლო გამდიდრების სამართალიც გვთავაზობს შესაბამის მოთხოვნის საფუძველს[15]: თუკი პირმა სხვა პირს რაიმე გადასცა ვალდებულების შესრულების მიზნით, ვალდებულების შემსრულებელს შეუძლია გადაცემულის გამოთხოვა თუკი შესაბამისი გარიგება ბათილია (სსკ-ის 976-ე მუხლის პირველი ნაწილი, „ა“ ქვეპუნქტი სსკ). ეს წინაპი-

[14] როგორც წესი, მიკუთვნებით სარჩელს უპირატესობა ენიჭება აღიარებით სარჩელთან შედარებით. იგი მოსარჩელეს აღსრულების უკეთეს წინაპირობებს სთავაზობს. ამიტომ, აღიარებითი სარჩელი უმთავრესად, სუბსიდიურია (*Zöller-Greger*, ZPO, 34. Aufl., 2022, § 256, Rdn. 7a). ამ შემთხვევაში მდგომარება განსხვავებულია: მიკუთვნებითი სარჩელი შესაძლებელია, მაგრამ, სირთულეებს უკავშირდება, განსაკუთრებით აღსრულების თვალსაზრისით. ამიტომ, აღიარებითი სარჩელისთვის აუცილებელი სამართლებრივი ინტერესის არსებობა უნდა ვაღიაროთ.

[15] მისი პრაქტიკული მნიშვნელობა მცირეა. მიზნის მისაღწევად აღიარებით სარჩელსა და სარეგისტრაციო ჩანაწერის გასწორებას (საჯარო რეესტრის კანონის 26-ე მუხ.) უპირატესობა ენიჭება. თუმცა, ცალკეულ შემთხვევაში, ამგვარმა დამოუკიდებელმა მოთხოვნამ პრაქტიკული მნიშვნელობაც შეიძლება შეიძინოს იხ. ქვემოთ 2.7.9-დან.

რობები უძრავი ნივთის შემთხვევაში სრულდება, თუ გარიგების ბათილობის მიუხედავად, შემძენი საჯარო რეესტრში მესაკუთრედ აისახა. თუმცა, ქართული სამართლით, განსხვავებით გერმანული მიდგომისგან, საკუთრების გადასვლა არ მომხდარა. ამიტომ საკითხავია, განხორციელდა თუ არა რაიმე შესრულება?

2.7.3 რეგისტრაცია არაზუსტია, მას არ გააჩნია მატერიალური შინაარსი, თუმცა სამართლებრივად სულაც არ არის უმნიშვნელო. გერმანიაში „რაიმე“ გულისხმობს ქონებასთან დაკავშირებულ სამართლებრივ პოზიციას[16] ე.ი. საკუთრება, სხვა სანივთო უფლებები, მფლობელობა, ვალდებულებით-სამართლებრივ მოთხოვნები[17] – ასევე მოჩვენებით სამართლებრივ პოზიციებსაც მაგ. მოჩვენებით უფლებამოსილებას რეესტრში არასწორი რეგისტრაციის შემთხვევაში[18]. ამ მოსაზრების საფუძველი, გარეგნული პოზიციიდან გამოდინარე, ძალაუფლების, მოლაპარაკებისა და განკარგვის ეკონომიკურად მომგებიანი მდგომარეობაა. ამგვარ მდგომარეობას ჩანაწერიდან გამომდინარე უფლებამოსილებას[19] ან შემაფერხებელ პოზიციას უწოდებენ. მისი მეშვეობით ვითომ უფლებამოსილ პირს ნამდვილი უფლების მქონის დაბრკოლება შეუძლია. ნამდვილ მესაკუთრეს შესაძლოა ხანგრძლივად წაერთვას საშუალება, სარგებელი მიიღოს მისი საკუთრების უფლებისგან. მესაკუთრის მოჩვენებითი პოზიცია, კეთილსინდისიერ მესამე პირზე უძრავი ნივთის გასხვისებისთვისაც შეიძლება იქნას გამოყენებული (იხ. 185-ე მუხ. სსკ)[20]. ამგვარი შესაძლებლობა უდიდესი საფრთხეა ნამდვილი უფლებამოსილების მქონე პირისთვის. განსაკუთრებით, თუკი სამართლებრივი გაურკვევლობა დიდხანს გასტანს. ამ რისკებს შეიძლება დაინტერესებულ პირებს შორის სამართლებრივი საფუძვლის ნამდვილობაზე დავაც დაემატოს მაგ. ხელშეკრულების შეცილება მართლზომიერად და დროულად განხორციელდა თუ არა. ამგვარ შემხვევებში მოპასუხეს (მოჩვენებით მესაკუთრეს) შეუძლია საკუთარი შემაფერხებელი პოზიციით სარფიანად ისარგებლოს და იგი, სასამართლო ან სასამართლოს გარეშე მორიგების ფარგლებში, მხოლოდ თანხის სანაცვლოდ დათმოს. ეს გარემოება ცხადყოფს თუნდაც მოჩვენებითი სამართლებრივი მდგომარეობის ეკონომიკურ ღირებულებას.

2.7.4 თუკი მესაკუთრედ რეგისტრირებული პირი ნების გამოხატვაზე უარის იტყვის, რა გზა რჩება კრედიტორს? საჯარო რეესტრის შესახებ კანონის 26-ე მუხლის გარდა, მას მხოლოდ მიკუთვნებითი სარჩელის შეტანა შეუძლია უსაფუძვლო გამდიდრებიდან გამომდინარე სსკ-ის 976-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტის თანახმად. მიღებულის დაბრუნება სსკ-ის 979-ე მუხლის პირველი და მე-2 ნაწილების მიხედვით, უპირატესად ნატურით უნდა მოხდეს ე.ი. რეგისტრირებული პირის შესაბამისი განცხადების საფუძველზე არაზუსტი რეგისტრაციის გაუქმებით.

[16] *Grüneberg - Sprau*, § 812, Rdn. 9
[17] იქვე, Rdn. 9.
[18] იქვე., Rdn. 9 und Rdn. 92.
[19] იქვე., Rdn. 92.
[20] იქვე., Rdn. 9.

თუკი ნების გამოვლენაზე მოვალე კვლავ უარს აცხადებს, საკითხავია, როგორ უნდა აღსრულდეს სასამართლოს გადაწყვეტილება?

2.7.5 გერმანული სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობაში ნების გამოვლენის ვალდებულების იძულებით აღსრულებას ერთი თავისებურება ახასიათებს: ჯარიმის ან თავისუფლების შეზღუდვის სანაცვლოდ, გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსმა უფრო მოხდენილი გადაწყვეტა შეარჩია. კერძოდ, გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 894-ე მუხლით, მოვალის წინააღმდეგ მიღებული სასამართლო გადაწყვეტილების ძალაში შესვლით, ნების გამოვლენის ფიქცია ამოქმედდება[21].

2.7.6 სასამართლოს გადაწყვეტილებით, კონდიქციურ მოვალეს საქართველოშიც შეიძლება დაევალოს სარეგისტრაციო ჩანაწერის გასწორებაზე ნების გამოვლენა. თუმცა, პრობლემურია ამგვარი გადაწყვეტილების აღსრულება.

საქართველოს კანონმდებლობაში არ არსებობს ნების გამოვლენის ფიქციის თაობაზე გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 894-ე მუხლის მსგავსი ჩანაწერი. ერთგვარ გამოსავალს სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ კანონის 87-ე მუხლი გვთავაზობს. მოქმედებებს, რომელიც მხოლოდ მოვალეს შეუძლია განახორციელოს, მუხლი სისხლისსამართლებრივ სანქციებს (მაგ. სისხლის სამართლის კოდექსის 377[2]-ე მუხლი) უკავშირებს. ნების გამოვლენა, სწორედ, ამგვარ პირადად მავალდებულებელ მოქმედებებს განეკუთვნება. მას, მოვალის გარდა, ვერავინ შეასრულებს. სისხლის სამართლის კოდექსის 377[2]-ე მუხლით, მოქმედების შეუსრულებლობა, რომლის შესრულება მხოლოდ მოვალეს შეუძლია, მათ შორის, ფულადი ჯარიმით ან თავისუფლების აღკვეთით ისჯება. ამგვარი, ირიბი ზემოქმედებით, მოვალე შეიძლება ვაიძულოთ, შესრულოს ვალდებულება.

სადავო გამოსავალი იქნებოდა ქართული სასამართლოების მიერ გადაწყვეტილებით ნების გამოვლენის ფიქციის გზის არჩევა. ქართული სამოსამართლო სამართლის ამგვარი განვითარების შესაძლებლობა, ჯერ-ჯერობით, არ არსებობს. საკითხის ამომწურავ, თუნდაც არა ოპტიმალურ, საკანონმდებლო მოწესრიგებას უპირატესობა უნდა მიენიჭოს.[22]

[21] კანონიერ ძალაში შესული სასამართლო გადაწყვეტილებით ნების გამოვლენის ჩანაცვლება, ე.ი ნების გამოვლენის ფიქცია, მხოლოდ რეესტრის მცდარი ჩანაწერის გასწორებას როდი ეხება. მისი გამოყენება შესაძლებელია ყოველთვის, როცა ვალდებულების შესრულება ნების გამოხატვას გულისხმობს, მოვალე კი ამაზე უარს აცხადებს. მაგ.: წინარე ხელშეკრულებით მოვალე დათანხმდა მთავარი ხელშეკრულების დადებას, მაგრამ პირობას არ ასრულებს.
მხოლოდ შედარებითი ანალიზის სრულყოფილებისათვის მივუთითებთ გსკ-ის 894-ე მუხლზე. იგი უძრავი ქონების რეესტრის გასწორების მოთხოვნას აყალიბებს. თუმცა, ჩვენ მიერ განხილულ შემთხვევაში მოთხოვნა არ წარმოიშვება. აბსტრაქციის პრინციპის გამო, როგორც აღვნიშნეთ, რეესტრის ჩანაწერი უზუსტო არაა. იგი სამართლებრივი საფუძვლის გარეშეა განხორციელებული. ამიტომაც, კრედიტორს მხოლოდ საკუთრების დაბრუნების კონდიქციური მოთხოვნა აქვს.

[22] შესაბამისი საკანონმდებლო შემოთავაზება იხ. ქვემოთ, *შეჯამება*, პ. 4.

2.7.7 გამოთქმული მოსაზრებებიდან გამომდინარე, უსაფუძვლო გამდიდრების მოთხოვნა არსებობს. თუმცა მისი განხორციელება – მიკუთვნებითი სარჩელის აღსრულების მეშვეობით – გართულებულია. რეგისტრირებული უფლების არარსებობის შესახებ აღიარებითი სარჩელისა და უზუსტო რეგისტრაციის გასწორების (საჯარო რეესტრის კანონის 26-ე მუხლი) გზა გაცლებით პრაქტიკულია. ამის თქმა დაბეჯითებით შეიძლება მაშინ, როცა საქმე სარეგისტრაციო ჩანაწერის გასწორებას ეხება.

2.7.8 სარჩელზე გადაწყვეტილების მიღებამდე მოსარჩელეს, რისკებისგან თავის დასაცავად, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 191-ე მუხლით, შესაბამისი უზრუნველყოფის მოთხოვნაც შეუძლია. განსაკუთრებული საფრთხეა, უზუსტო რეგისტრაციის საფუძველზე, უძრავი ნივთის გასხვისება, რაც საკუთრების უფლების საბოლოო დაკარგვას გამოიწვევს (სსკ-ის 185-ე). უზრუნველყოფის სათანადო ღონისძიება იქნებოდა სასამართლოს განჩინება, მოპასუხისთვის შესაბამისი უძრავი ქონების ნებისმიერი განკარგვის აკრძალვის შესახებ. ამგვარი აკრძალვა შეიძლება დარეგისტრირდეს საჯარო რეესტრში[23], რითაც უფლებამოსილი პირი საკმარისად იქნება დაცული.

2.7.9 შესაბამისად, დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა არ აქვს მოთხოვნათა კონკურენციას: ერთის მხრივ უსაფუძვლო გამდიდრების მოთხოვნას რეესტრის ჩანაწერის გასწორების თაობაზე და მეორეს მხრივ საკუთრების უფლებიდან გამომდინარე აღიარებით სარჩელს ჩანაწერის უზუსტობის შესახებ. მიუხედავად ამისა, ცალკეულ შემთხვევებში უსაფუძვლო გამდიდრების მოთხოვნა, მისი საგანგებო წესების გათვალისწინებით, შესაძლოა სასარგებლო აღმოჩნდეს. მაგალითად, ღირებულების ან ზიანის ანაზღაურების მეორადი მოთხოვნების არსებობისას სსკ-ის 979-ე მუხლის მე-2 ნაწილიდან ან 982-ე მუხლიდან გამომდინარე. მეორადი მოთხოვნები შეიძლება წარმოიშვას, თუკი ვითომ-მესაკუთრემ განკარგა რეესტრში უზუსტო ჩანაწერით მიღებული მოჩვენებითი საკუთრების უფლება და განკარგვა ნამდვილია შემძენის კეთილსინდისიერების გამო (სსკ-ის 185-ე მუხლი). სარეგისტრაციო ჩანაწერის გასწორების მოთხოვნა ამის გამო ვეღარ განხორციელდება.

2.7.10 კრედიტორს, რომელმაც საკუთრება დაკარგა, შეუძლია დაეყრდნოს სსკ-ის 979-ე მუხლის მე-2 ნაწილს და 982-ე მუხლს და მათი ხანგძლივი ხანდაზმულობის ვადით ისარგებლოს (სსკ-ის 128-ე მუხლის მე-3 ნაწილი). შედარებისთვის, საკუთრებიდან გამომდინარე დელიქტური მოთხოვნები (სსკ-ის 992-ედან), სსკ-ის 1008-ე მუხლში მითითებულ, უფრო ხანმოკლე ხანდაზმულობას ექვემდებარება.

2.7.11 შედარებით ხანგძლივი ხანდაზმულობის მქონე, უძრავი ნივთებთან დაკავშირებული სახელშეკრულებო მოთხოვნები (სსკ-ის 129-ე მუხ.), როგორც წესი, არ წარმოიშვება ხელშეკრულების ბათილობის გამო. ამდენად, მოჩვენებით სამართლებრივი პოზიციის დაბრუნების ნაცვლად ანაზღაურების კონდიქციური მოთხოვნა ინარჩუნებს გარკვეულ მნიშვნელობას.

2.7.12 კიდევ ერთი რამ, რაც, სარეგისტრაციო ჩანაწერის გასწორებაზე მიმართულ, დამოუკიდებელ კონდიქციურ მოთხოვნაზე მეტყველებს: სსკ-ის 199-ე მუხლიდან გამომდინარე, ჩანაწერის გასწორებაზე თანხმობის განცხადე-

[23] საჯარო რეესტრის შესახებ კანონის მე-19 მუხლი.

ბის მოთხოვნა შეიძლება სხვას გადაეცეს ან დაგირავდეს. საკუთრებიდან ნაწარმოები აღიარებითი მოთხოვნა რეესტრის ჩანაწერის უზუსტობაზე საკუთრების უფლებისგან ვერ გაიმიჯნება და მისი დათმობა ან უფლებრივი დატვირთვა შეუძლებელია (სსკ-ის 199-ე მუხლის პირველი ნაწილი)[24].

შეჯამება

1. თუკი უძრავ ქონებასთან დაკავშირებული უფლებები არასწორად არის რეგისტრირებული საჯარო რეესტრში, ნამდვილი უფლების მფლობელს შეუძლია ჩანაწერის უზუსტობა აღიარებითი სარჩელით დაადგინოს. საჯარო რეესტრის შესახებ კანონის 26-ე მუხლის თანახმად, რეესტრის არაზუსტი ჩანაწერი უნდა გასწორდეს სასამართლოს კანონიერ ძალაში შესული გადაწყვეტილების საფუძველზე.
2. ვითომ მესაკუთრის თაობაზე რეესტრის მცდარ ჩანაწერს, ე.ი. ჩანაწერიდან გამომდინარე მის უფლებამოსილებას ქონებრივი ღირებულება აქვს. შესაბამისად, იგი არის „რაიმე“ სსკ-ის 976-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიზნებისთვის. ამიტომ გადამცემს, როგორც ნამდვილი უფლების მქონეს, დამოუკიდებელი კონდიქციური მოთხოვნა ეკუთვნის უსამართლოდ რეგისტრირებული პირის წინააღმდეგ. მოთხოვნა გულისხმობს თანხმობას სარეგისტრაციო ჩანაწერის გასწორებაზე. შესაბამისი მიკუთვნებითი გადაწყვეტილება აღსრულებადია სააღსრულებლო წარმოების შესახებ კანონის 87-ე მუხლის და სისხლის სამართლის კოდექსის 377[2] მუხლის შესაბამისად.
3. ხსენებულ კონდიქციურ მოთხოვნას, როგორც პირველად მოთხოვნას, მცირე პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს. მას არსებითად ანაცვლებს საჯარო რეესტრის შესახებ კანონის 26-ე მუხლით დადგენილი პროცედურა. თუმცა, მოთხოვნის როლი იზრდება, თუკი ვითომ მესაკუთრე მოჩვენებით უფლებას განკარგავს. ქონების დაბრუნება შეუძლებელი ხდება კეთილსინდისიერ მესამე პირზე ნივთის გასხვისებით. ამჯერად, წარმოიშვება სანაცვლო ანაზღაურების დამოუკიდებელი მოთხოვნები. მათ მიმართ კი საკუთარი ხანდაზმულობის და დათმობის წესები მოქმედებს.
4. ქართული სამოქალაქო პროცესი არ იცნობს ნების გამოვლენის ვალდებულების აღსრულებას ფიქციის მეშვეობით, განსხვავებით გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 894-ე მუხლისა. მიმაჩნია, ქართველი კანონმდებელი მსგავს დებულებაზე უნდა დაფიქრდეს არა მარტო სტატიაში განხილული შემთხვევების, არამედ, ზოგადად, ნების გამოვლენის ვალდებულების აღსრულების გაადვილებისთვის. მისი შინაარსი შესაძლოა ამგვარად ჩამოყალიბდეს: *„თუკი სასამართლო გადაწყვეტილებით პირს ევალება ნების გამოვლენა, გადაწყვეტილების კანონიერ ძალაში შესვლით ნება გამოვლენილად ითვლება“.*

[24] შდრ. ამ საკითხზე, რეესტრის გასწორების მოთხოვნიდან გამომდინარე (გსკ-ის 894-ე მუხ.), *Grüneberg-Herrler,* § 894, Rdn 5.

*Hein Bölling**

DIE SOGENANNTE BUCHBERECHTIGUNG, BEREICHERUNGSRECHTLICHE ANSPRUCHSGRUNDLAGEN ZUR REGISTERBERICHTIGUNG UND IHRE MATERIELL-RECHTLICHE UND PROZESSUALE DURCHSETZBARKEIT- EINE RECHTSVERGLEICHENDE BETRACHTUNG**

Vorbemerkung

Das georgische und das deutsche materielle Zivilrecht – bis zu einem gewissen Grade, aber deutlich weniger auch das Zivilprozessrecht- weisen erhebliche Übereinstimmungen auf, bis hin zu zahlreichen praktisch wortgleichen Bestimmungen. Jedoch gibt es auch gravierende Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen. In beiden Fällen – denen der Übereinstimmung sowie denen der Abweichungen- lohnt sich oft ein rechtsvergleichender Blick auf das jeweils andere Recht, um zu einem besseren Verständnis zu gelangen, nicht nur der einzelnen jeweils in Rede stehenden Norm, sondern auch und vor allem ihrer systematischen Einordnung. Dabei kommt man nicht aus ohne einen Blick auf fundamentale systematische Unterschiede wie die Geltung des Abstraktionsprinzips im deutschen Recht, das Auswirkungen hat nicht nur auf die materielle Anspruchsgrundlage und ihr Verständnis, sondern ebenso auf die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs im gerichtlichen Erkenntnisverfahren bis hin zu seiner Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung.

1. Damit ist bereits das maßgebliche Stichwort gefallen, das für die praktische Arbeit eines jeden Zivilrechtlers die entscheidende Rolle spielt: das der Anspruchsgrundlage. Mit ihr beginnt nahezu jede systematische zivilrechtliche Fallbearbeitung; nicht immer wird das in der Praxis hinreichend beachtet.

   1.1 Eine Anspruchsgrundlage ist eine zivilrechtliche Norm, die es einer Partei bei Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale gestattet, von einer anderen Partei eine Leistung, d.h. ein Tun oder Unterlassen zu verlangen[1].

   Geradezu idealtypisch beschreibt das Art. 316 Abs. 1 ZGB und bietet damit

* Vorsitzender Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht Bremen i.R.

** Der folgende Beitrag ist in enger Zusammenarbeit mit Prof. Dr. *Giorgi Jugeli,* Freie Universität Tbilissi, entstanden. Er hat wertvolle Hinweise zur georgischen Rechtspraxis und -dogmatik und insbesondere die georgischen Fundstellen beigesteuert sowie den deutschen Text in die georgische Sprache übersetzt.

[1] Vgl. *Bölling/ Chanturia*, Die Arbeitsmethode des Richters im Zivilprozess, 50; georgische Version, 2. Auflage, 2004, 38).

praktisch eine Legaldefinition dieses zentralen Institutes, ohne allerdings selbst eine eigene Anspruchsgrundlage darzustellen[2]: danach kann auf Grund eines Schuldverhältnisses der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung fordern, und zwar, wie gesagt, in Form eines Tuns oder Unterlassens. Ergänzend stellt Art. 317 Abs. 1 ZGB klar, dass ein Schuldverhältnis sowohl durch einen Vertrag als auch durch Gesetz begründet werden kann und nennt exemplarisch als gesetzliche Anspruchsgrundlagen die Bestimmungen über Delikt (Artt. 992 ff ZGB) und ungerechtfertigte Bereicherung (Artt. 976 ff ZGB), ohne dass diese Aufzählung abschließend wäre: Art. 317 Abs. 1 ZGB lässt in der letzten Alternative ausdrücklich weitere Gründe für die Entstehung gesetzlicher Schuldverhältnisse zu. Zu denken wäre dabei z.B. an die Geschäftsführung ohne Auftrag und die dort normierten Rechte und Pflichten der Parteien (Artt. 969 ff ZGB), aber auch an zahlreiche andere gesetzliche Rechtsbeziehungen, die Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten begründen[3].

1.2 Von Bedeutung ist im Übrigen, dass die Beteiligten im vertraglichen Schuldrecht grundsätzlich frei sind in der Gestaltung ihrer rechtlichen Beziehungen; insofern gilt hier gemäß Art. 319 Abs. 1 ZGB der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Gegensatz zum *numerus clausus* der Sachenrechte[4]. Dort sind nur bestimmte, gesetzlich genau beschriebene Rechtsinstitute zugelassen, sog. Typenzwang des Sachenrechts[5].

1.3 Ist daher die Vielfalt schuldrechtlicher Anspruchsgrundlagen prinzipiell unbegrenzt und schon von daher sicher in der Mehrzahl, so bedeutet das nicht, dass nicht auch das Sachenrecht eigene Anspruchsgrundlagen bereithält. Der Vindikationsanspruch des Art. 172 Abs. 1 ZGB ist ein klassisches Beispiel.

2. Eine zentrale schuldrechtliche gesetzliche Anspruchsgrundlage stellt demnach gemäß Art. 317 Abs. 1 ZGB der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß den Artt. 976 ff ZGB dar. Tatsächlich gewähren die genannten Bestimmungen eine Vielzahl verschiedener Anspruchsgrundlagen, die an dieser Stelle nicht alle im Einzelnen behandelt werden können. Im Vordergrund steht vielmehr die sogenannte Leistungskondiktion. Bei dieser schuldet der Empfänger einer vermögenswerten Leistung dem Leistenden die Rückgewähr des Erlangten, wenn die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgt ist, insbesondere das der Vermögensübertragung zugrundeliegende Vertragsverhältnis unwirksam ist (Art. 976 Abs. 1 ZGB).

2.1 So ähnlich diese Bestimmung auf den ersten Blick der Regelung der Leistungskondiktion im deutschen Recht gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, erste Alternative

---

[2] *Bölling/Lüttringhaus*, Systematische Darstellung einzelner Anspruchsgrundlagen des Georgischen Zivilgesetzbuches, 2009, 14; *Chachava*, Konkurrenz der Ansprüche und Anspruchsgrundlagen im Privatrecht, *2010*, 19.

[3] So z.B. die gemeinschaftliche Rechtsinhaberschaft gemäß den Art. 953 ff ZGB oder auch solche aus dem Erb- oder Familienrecht.

[4] *Gelashvili*, in: *Chanturia* (Hrsg.,) ZGB-Kommentar, III B., Art. 319, Rn. 4 ff; *Shotadze*, Sachenrecht, 2014. 30, 364.

[5] *Shotadze*, a.a.O., 29; *Chanturia*, Hauptprinzipien des Sachenrechts im künftigen ZGB Georgiens, in: *Jorbenadze/Knieper/Chanturia* (Hrsg.,), Rechtsreform in Georgien, Materialiensammlung, 1994, 226, 228-29.

BGB auch zu sein scheint, so fundamental verschieden sind die beiden gesetzlichen Vorschriften in ihrem methodisch – systematischen Kontext. Dieser Unterschied beruht auf dem für das deutsche Recht maßgeblichen Trennungs- und Abstraktionsprinzip, das dem georgischen Recht hingegen fremd ist[6]. Darunter versteht man die im deutschen Zivilrecht strikte Trennung zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft der Parteien, z.B. einem Kaufvertrag gemäß § 433 BGB, und dem dinglichen Erfüllungsgeschäft, nämlich die Übertragung des Eigentums z.B. gemäß § 929 BGB.

Um die schuldrechtliche Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung zu erfüllen, bedarf es eines gesonderten dinglichen Vertrages, gemäß den §§ 929 ff BGB bei beweglichen Sachen, gemäß den §§ 873, 925 BGB bei Immobilien. Es handelt sich dabei um das sogenannte Verfügungsgeschäft; erst durch dieses ändert sich die Rechtslage an einer Sache oder an einem Recht unmittelbar[7].

Was für bewegliche und unbewegliche Sachen gilt, ist für Forderungen ganz entsprechend geregelt: auch die Übertragung eines schuldrechtlichen Anspruchs macht ein dingliches Rechtsgeschäft, einen Abtretungsvertrag, erforderlich[8].

Im deutschen Recht sind beide Verträge jedenfalls völlig unabhängig voneinander, das Schicksal des einen Vertrages, insbesondere seine Unwirksamkeit, lässt in aller Regel das des anderen unberührt. Grundsätzlich ganz anders in Georgien: hier reicht für die schuldrechtliche Verpflichtung und die sachenrechtliche Rechtsänderung ein einheitlicher Vertrag aus, mag auch zur Übertragung beispielsweise des Eigentums an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache noch ein tatsächliches oder rechtliches Erfordernis hinzutreten: also ein wirksamer schuldrechtlicher Vertrag und die Eintragung der Rechtsänderung ins Register bei der Übertragung von Eigentum an Immobilien (Art. 183 Abs. 1 ZGB), ein wirksamer schuldrechtlicher Vertrag und die Übertragung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes an den Erwerber bei beweglichen Sachen (Art. 186 ZGB)[9].

[6] *Grüneberg-Ellenberger*, BGB, 82. Auflage, 2023, Überblick vor § 104, Rdn. 22.; *Chanturia*, Eigentum an unbeweglichen Sachen, 2003, 183; Kreditsicherungsrecht, 2013, 137; *Totladze*, in: *Chanturia* (Hrsg.,), ZGB-Kommentar, II B., Art. 183, Rn. 7 ff. Vgl. aber auch *Rusiashvili*, Trennungsprinzip im georgischen Sachenrecht, Deutsch-georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1/2019, 20.

[7] Vgl. im Einzelnen *Grüneberg- Ellenberger*, Überblick vor § 104, Rdn. 16.

[8] §§ 398 ff BGB. Vgl. dazu im georgischen Recht Art. 199 Abs.2 ZGB. Ansatzweise kann man, wenn man so will, hier Elemente des Trennungs- bzw. Abstraktionsprinzips erkennen, insbesondere, wenn sich eine Partei zur Übertragung einer erst noch zu erwerbenden oder künftigen Forderung verpflichtet, die dann auch erst später übertragen, d.h. abgetreten werden soll. Das wäre dann ein dingliches Rechtsgeschäft. Vgl. im einzelnen *Rusiashvili*, Die Notwendigkeit des dinglichen Vertrages im georgischen Recht, Deutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Sonderband 2021, 62 ff, 65. Eher im Einklang mit der georgischen Gesetzessystematik dürfte es in vielen Fällen allerdings stehen, in dem ursprünglichen Vertrag lediglich einen sogenannten Vorvertrag zu sehen (vgl. zum Institut des Vorvertrages *Baghishvili*, in: *Chanturia* (Hrsg.,), ZGB-Kommentar, III B., Art. 327, Rn. 17 ff.), gerichtet auf die Übertragung einer künftigen Forderung, und dann in dem nachfolgenden Hauptvertrag ein einheitliches schuldrechtliches Rechtsgeschäft mit der Verpflichtung zur Rechtsübertragung und dem gleichzeitigen Vollzug dieser Verpflichtung durch die Abtretung gemäß Art. 199 Abs. 2 ZGB.

[9] *Titulus* und *modus* vgl. *Zoidze*, Georgisches Sachenrecht, 2. Auf., 2003., 148, *Zarandia*, Grundlagen des Sachenrechts, 2007, 312-13, 328.

2.2 Diese Erwägungen sind keineswegs rein akademischer Natur, sondern von weitreichender praktischer Bedeutung. Hier wird nämlich bereits der elementare Unterschied beider Rechtsordnungen im Falle eines unwirksamen (schuldrechtlichen)

Rechtsgeschäftes deutlich: ist z.B. der Kaufvertrag über eine bewegliche Sache aus irgendeinem Grunde unwirksam, so bleibt in Georgien der Verkäufer Eigentümer der Sache, mag er auch den Besitz (Art. 155 ZGB) auf den Erwerber übertragen haben. Entsprechend verhält es sich bei Immobilien: ist der schuldrechtliche Vertrag unwirksam, der Erwerber aber gleichwohl in das Register eingetragen worden, etwa, weil der Unwirksamkeitsgrund zunächst unbemerkt blieb oder der Vertrag erst nachträglich angefochten und daher rückwirkend unwirksam wurde, so verbleibt das Eigentum bei dem Veräußerer bzw. fällt ihm rückwirkend wieder zu, Art. 59 Abs. 2 Satz 1 ZGB. Die Eintragung im Register ändert daran nichts, hat insbesondere keine konstitutive Kraft, sondern ist schlicht falsch und muss korrigiert werden[10].

2.3 Ganz anders im deutschen Recht: hier erfasst der Unwirksamkeitsgrund in aller Regel nur das schuldrechtliche Rechtsgeschäft, etwa die Anfechtung wegen Irrtums, § 119 BGB, und nicht das abstrakte dingliche Verfügungsgeschäft[11]. So ist zwar das obligatorische Rechtsgeschäft nichtig, nicht aber das dingliche: der Erwerber wird Eigentümer, allerdings fehlt seinem Eigentumserwerb der rechtliche Grund.

2.4 Hier kommt daher die bereicherungsrechtliche Leistungskondiktion ins Spiel. Es zeigt sich deutlich, dass sie im georgischen Recht eine weitaus geringere Rolle spielt als im deutschen Recht: Ohne wirksamen schuldrechtlichen Vertrag findet dort, wie ausgeführt, auch kein Eigentumsübergang statt. Der georgische Verkäufer ist daher auch nicht allein auf den eher schwächeren Bereicherungsanspruch angewiesen[12], um seine Sache rechtlich und tatsächlich zurückzuerlangen. Vielmehr kann er, da er Eigentümer geblieben ist, den deutlich stärkeren Vindikationsanspruch gemäß Art. 172 Abs. 1 ZGB geltend machen[13].

Im deutschen Recht hat der Verkäufer hingegen trotz des unwirksamen obligatorischen Vertrages sein Eigentum verloren. Hier bleibt ihm für die Wiedererlangung seiner Sache im Wesentlichen nur der Bereicherungsanspruch, gerichtet auf Rückübereignung und Rückübertragung des Besitzes.

2.5 Das bedeutet allerdings nicht, dass der Bereicherungsanspruch im georgischen Recht in Fällen der vorliegenden Art gänzlich ohne Bedeutung wäre.

Bei beweglichen Sachen spielt er allerdings keine große Rolle, hier hilft dem Veräußerer, wie erwähnt, bereits der Vindikationsanspruch aus Art. 172 Abs. 1 ZGB zur Wiedererlangung des Besitzes, da er ja, wie dargelegt, Eigentümer geblieben ist.

---

[10] Zu den Wegen hierzu vgl. 2.7.1 und 2.7.3.

[11] Die eher seltenen Fälle der sogenannten Fehleridentität (z.B. Geschäftsunfähigkeit beim Abschluss beider Verträge oder rechtswidrige Drohung) sollen hier vernachlässigt werden, vgl. dazu *Grüneberg-Ellenberger*, Überblick vor § 104, Rdn. 23.

[12] Vgl. nur Art. 979 Abs. 3 ZGB: sog. Einrede der Entreicherung.

[13] Dieser ist schon deshalb stärker, weil er sich als sogenannter absoluter Anspruch gegen jeden Besitzer richtet, nicht nur gegen den vermeintlichen Vertragspartner und Leistungsempfänger, vgl. *Grüneberg- Ellenberger*, § 194, Rdn. 4.

2.6 Auf diesen Vindikationsanspruch kann sich auch der Veräußerer einer Immobilie im Falle eines unwirksamen Vertrages stützen, soweit es ihm lediglich um die Rückerlangung des Besitzes geht. Problematisch bleibt dann allerdings immer noch die unzutreffende Eintragung des Erwerbers als Eigentümer im Register, die z.B. eben auch im Falle einer wirksamen Anfechtung des Vertrages den Erwerber als Berechtigten ausweist: zu Unrecht, für den wahren Berechtigten aber sehr gefährlich, da er im Falle einer Weiterveräußerung der Immobilie an einen gutgläubigen Dritten sein Eigentum endgültig verlieren kann (Art. 185 ZGB).

2.7 Hier erfordert ein wirksamer Interessenschutz des wahren Eigentümers eine effektive Möglichkeit für ihn, seine Rechtsposition geltend zu machen:

2.7.1 Zum einen bietet ihm das Registerrecht einen Weg zur Berichtigung unzutreffender Eintragungen. Gemäß Art. 26 des Gesetzes über das öffentliche Register kann unter genau bestimmten Voraussetzungen die Berichtigung des Registers zugunsten des wahren Berechtigten erfolgen. Im Falle einer wirksamen Anfechtung z.B. eines Kaufvertrages wird der wahre Berechtigte, hier der Verkäufer, eine gerichtliche Entscheidung erwirken müssen, durch die die Registrierung des Rechtsüberganges für nichtig erklärt wird (vgl. Art. 26 Abs. 3 b) des Gesetzes über das öffentliche Register), wenn der eingetragene scheinbare Eigentümer nicht freiwillig seine Zustimmung zur Berichtigung gibt. Der Weg für den wahren Berechtigten wird über die in Georgien ohnehin beliebte Feststellungsklage gemäß Art. 180 der georgischen ZPO führen: in diesem Fall zu Recht, denn hier hat der Kläger in der Tat ein rechtliches Interesse daran, dass das Nichtbestehen des eingetragenen Rechtes im Rahmen einer Klage gegen den zu Unrecht Eingetragenen gerichtlich festgestellt wird[14].

2.7.2 Aber auch das Bereicherungsrecht bietet ihm eine entsprechende Anspruchsgrundlage[15]: hat jemand einem anderen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit etwas zugewandt, so kann der Leistende die Rückgewähr des Geleisteten verlangen, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft unwirksam ist (Art. 976 Abs. 1 a ZGB). Diese Voraussetzungen sind z. B im Falle eines unwirksamen Kaufvertrages über eine Immobilie erfüllt, wenn es ungeachtet der Unwirksamkeit des Vertrages zur Eintragung des Erwerbers in das Register gekommen ist. Allein die Frage, ob irgendein Vermögenswert geleistet worden ist, könnte allerdings problematisch sein. Denn, wie soeben ausgeführt, ist trotz Eintragung des Erwerbers im Register im georgischen Recht ein Eigentumsübergang nicht erfolgt, anders als im deutschen Recht. Materiell-rechtlich hat mithin keine Vermögensverschiebung stattgefunden.

[14] In der Regel gebührt allerdings der Leistungsklage der Vorrang vor der Feststellungsklage, weil sie dem Kläger die besseren Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung gewährt; die Feststellungsklage ist demgegenüber meist subsidiär (*Zöller - Greger*, ZPO, 34. Aufl., 2022, § 256, Rdn. 7a). Hier ist es indessen anders: Eine Leistungsklage ist zwar in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich möglich, erweist sich jedoch, wie sogleich zu zeigen sein wird, insbesondere vollstreckungsrechtlich als komplizierter und umständlicher, so dass man der Feststellungsklage das Rechtsschutzbedürfnis nicht wird absprechen können.

[15] Sie wird in der Praxis gegenüber dem Weg über die Feststellungsklage und die Registerberichtigung gem. Art. 26 des Gesetzes über das öffentliche Register praktisch meist keine entscheidende Rolle spielen. Dennoch kann sie im Einzelfall als eigenständige Anspruchsgrundlage Bedeutung erlangen, siehe dazu unten 2.7.9 ff.

2.7.3 Die Eintragung ist also falsch, ohne materiellen Gehalt, gleichwohl aber nicht ohne rechtlichen Belang. Unter einem "etwas", einer Vermögensposition, die geleistet worden ist, versteht man in Deutschland jede vermögensrechtliche Rechtsposition[16], also Eigentum, sonstige dingliche Rechte, den Besitz, obligatorische Ansprüche[17] – aber auch nur scheinbare Rechtspositionen wie eben die scheinbare Berechtigung im Falle einer unzutreffenden Eintragung im Register[18]. Der Grund ist, dass auch eine solche nur scheinbare Rechtsposition ihrem Inhaber eine wirtschaftlich wertvolle Macht-, Verhandlungs- und Verwertungsoption gewährt, die sich gewinnbringend vermarkten lässt. Man spricht hier auch von einer sogenannten Buchberechtigung[19] oder auch einer Blockierstellung, mit der der nur scheinbar Berechtigte den anderen Teil, nämlich den wahren Berechtigten u.U. auf längere Zeit an der Verwertung seines Eigentums hindern kann. Außerdem kann er die scheinbare Eigentümerstellung, die im Register ausgewiesen ist, zur Weiterveräußerung der Immobilie an einen gutgläubigen Dritten nutzen, Art. 185 ZGB[20]. Dies ist eine enorme Gefahr für den wahren Berechtigten, die umso größer wird, je länger sich die unklare Rechtslage hinzieht. Hierzu kommt es insbesondere, wenn zwischen den Beteiligten Streit darüber besteht, ob die Leistung wirklich ohne Rechtsgrund erfolgt ist, ob z.B. die Anfechtung des Vertrages berechtigt war und rechtzeitig erfolgt ist oder nicht. In Fällen dieser Art kann und wird sich der Anspruchsgegner nicht selten seine Rechtsposition, eben die genannte Blockierstellung, gegen Zahlung einer bestimmten Summe abkaufen lassen. Das heißt, er wird im Rahmen eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs seine Zustimmung zur Berichtigung des Registers bzw. zur Löschung seiner Eintragung von einer entsprechenden Zahlung des Anspruchstellers abhängig machen. Hier zeigt sich in aller Deutlichkeit der wirtschaftliche Wert einer auch nur scheinbaren Rechtsposition.

2.7.4 Kommt es indessen nicht zu einer entsprechenden Erklärung des Eingetragenen, bleibt dem Gläubiger, von der oben erwähnten Registerberichtigung gemäß Art. 26 des Gesetzes über die öffentlichen Register abgesehen, nur der Weg der Leistungsklage aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß Art. 976 Abs. 1 a ZGB. Die Rückgewähr des Erlangten hat dabei entsprechend Art. 979 Abs. 1 und 2 ZGB vorzugsweise in natura zu erfolgen, d.h. durch Löschung der unzutreffenden Eintragung durch entsprechende Erklärung des Eingetragenen.

Gibt er diese nicht freiwillig ab, so stellt sich die Frage, wie eine entsprechende Verurteilung im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann.

2.7.5 Nach deutschem Zivilprozessrecht gibt es im Falles der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärungen für die Zwangsvollstreckung dabei eine Besonderheit: Anstatt den Schuldner zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärungen durch Zwangsmittel wie Zwangsgelder oder Zwangshaft anzuhalten,

[16] *Grüneberg- Sprau*, § 812, Rdn. 9.
[17] a.a.O, Rdn. 9.
[18] a.a.O., Rdn. 9 und Rdn. 92.
[19] a.a.O., Rdn. 92.
[20] a.a.O., Rdn. 9.

hat die deutsche ZPO eine elegantere Lösung gewählt und fingiert in § 894 ZPO die entsprechende Willenserklärung als abgegeben, sobald die Verurteilung des Schuldners zu ihrer Abgabe rechtskräftig geworden ist[21].

2.7.6 Auch in Georgien würde nach dem Gesagten der Bereicherungsschuldner zur Abgabe der erforderlichen Willenserklärungen zur Berichtigung des Registers verurteilt werden. Problematisch bleibt allerdings die Vollstreckung einer solchen Gerichtsentscheidung.

In Georgien fehlt eine Regelung wie der deutsche § 894 ZPO, wonach die Erklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben fingiert wird. Allerdings bietet Art. 87 des Vollstreckungsgesetzes hier womöglich Hilfe. Hierin werden bei Handlungen, die nur der Schuldner persönlich vornehmen kann, Sanktionen entsprechend dem Strafgesetzbuch verhängt, wenn er der Verurteilung nicht Folge leistet, so gemäß Art. 377.² Strafgesetzbuch. Die Abgabe einer Willenserklärung ist eine solche unvertretbare Handlung, die nur der Schuldner persönlich erbringen kann. Nach Art. 377.² Strafgesetzbuch wird u.a. mit Geld- oder Freiheitsstrafe bestraft, wer einer entsprechenden gerichtlichen Verurteilung nicht nachkommt. So könnte der Bereicherungsschuldner mittelbar zur geschuldeten Mitwirkung gezwungen werden.

Soweit von georgischen Gerichten darüber hinaus z.T. der Weg erwogen wird, ähnlich wie im deutschen Vollstreckungsrecht eine Willenserklärung als abgegeben zu fingieren, wenn eine entsprechende Verurteilung erfolgt ist, bestehen hiergegen Bedenken: für eine derartig weitreichende richterliche Rechtsfortbildung besteht kein Raum, solange der Gesetzgeber eine abschließende, wenn auch womöglich nicht ideale Regelung vorgesehen hat. Hier gebührt dem Gesetzgeber zunächst der Vorrang[22].

2.7.7 Es zeigt sich nach dem Gesagten, dass der -mögliche, aber komplizierte- Weg über eine bereicherungsrechtliche Leistungsklage gegenüber dem Weg einer Feststellungsklage auf Nichtbestehen des eingetragenen Rechtes in Verbindung mit der Korrekturmöglichkeit des Art. 26 des Gesetzes über die öffentlichen Register keine Vorteile bietet, soweit es lediglich um die Berichtigung der unzutreffenden Eintragung geht. Der in Georgien praktizierte Weg über die Feststellungsklage und die darauffolgende Registerberichtigung nach Rechtskraft des entsprechenden Urteils verdient insgesamt Zustimmung.

---

[21] Diese Möglichkeit, eine Willenserklärung durch rechtskräftiges Urteil zu ersetzen und als abgegeben zu fingieren, gibt es im Übrigen nicht nur, wenn es darum geht, Erklärungen für Eintragungen im Register zu erwirken. Sie besteht überall dort, wo der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet ist, dieser Pflicht aber nicht nachkommt. Zum Beispiel ist er auf Grund eines Vorvertrages zum Abschluss eines Hauptvertrages verpflichtet, weigert sich jedoch.

Nur der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle rechtsvergleichend der besondere Grundbuchberichtigungsanspruch des § 894 BGB im deutschen Recht erwähnt, der die Fälle unrichtiger Eintragungen in das Grundbuch regelt. In den Fällen der vorliegenden Art kommt er allerdings nicht in Betracht, weil auf Grund des deutschen Abstraktionsprinzips die Eintragung, wie dargelegt, nicht unzutreffend ist, allerdings ohne Rechtsgrund erfolgte und daher lediglich bereicherungsrechtlich ein Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums besteht.

[22] Zu einem Gesetzesvorschlag s.u., *Fazit*, Ziff. 4.

2.7.8 Bis zur Entscheidung über die Klage in der Hauptsache kann der Kläger zudem gemäß Art. 191 ZPO geeignete Sicherungsmaßnahmen beantragen, um die oben erwähnten Gefahren, insbesondere den endgültigen Verlust seines Eigentums durch Weiterveräußerung auf der Grundlage der falschen Eintragung (Art. 185 ZGB) zu verhindern. Zu denken ist z.B. an Anordnungen des Gerichtes, die dem Beklagten jegliche Verfügungen über die fragliche Immobilie untersagen. Dieses Verbot kann auch in das öffentliche Register eingetragen werden[23]. Dem berechtigten Schutzbedürfnis des wahren Berechtigten wird damit ausreichend Rechnung getragen.

2.7.9 Der Anspruchskonkurrenz zwischen dem Bereicherungsanspruch auf Berichtigung des Registers und dem auf das Eigentum gestützten Anspruch auf Feststellung der Unrichtigkeit des Registers kommt somit keine große praktische Bedeutung zu. Dennoch kann im Einzelfall dieser selbstständige Anspruch, für den eigene Regeln gelten, für den Berechtigten durchaus von Nutzen sein. Dann nämlich, wenn nicht die primäre Leistung, also der Anspruch auf Berichtigung des Registers geltend gemacht wird, sondern ein sekundärer Anspruch auf Wertersatz bzw. Schadensersatz aus Artt. 979 Abs. 2, 981 ZGB oder aus Art. 982 ZGB. Derartige Ansprüche kommen in Betracht, sofern der nur scheinbar Berechtigte wirksam über das fehlerhaft eingetragene Eigentum verfügt, und zwar deshalb wirksam, weil der empfangende Dritte gutgläubig ist (Art. 185 ZGB). Eine Berichtigung des Registers kann daher nicht mehr erfolgen.

2.7.10 Hier helfen dem um sein Eigentum gebrachten Bereicherungsgläubiger die genannten Anspruchsgrundlagen Artt. 797 Abs. 2, 981 ZGB und Art. 982 ZGB und ihre langen Verjährungsfristen (Art. 128 Abs. 3 ZGB), während die auf das Eigentum gestützten Ansprüche aus Delikt (Artt. 992 ff ZGB) herrühren und innerhalb der oft kürzeren Frist des Art. 1008 ZGB verjähren.

2.7.11 Vertragliche Ansprüche mit der möglicherweise längeren Verjährungsfrist gemäß Art. 129 ZGB bei Immobilien kommen in den Fällen der vorliegenden Art, bei denen sich der Bereicherungsanspruch ja gerade aus der Unwirksamkeit des Vertragsverhältnisses ergibt, regelmäßig ohnehin nicht in Betracht.

Hier entfaltet der auf die Herausgabe der nur scheinbaren Rechtsposition des Schuldners gerichtete Bereicherungsanspruch als Ersatzanspruch daher im Einzelfall durchaus Wirkung.

2.7.12 Ein weiterer Aspekt, der für die Eigenständigkeit des auf Bereicherungsrecht gestützten Berichtigungsanspruchs spricht, ergibt sich daraus, dass diese auf Zustimmung zur Berichtigung des Registers gerichtete Forderung ggf. gemäß Art. 199 ZGB abtretbar und pfändbar wäre. Dagegen dürfte sich das letztlich auf das Eigentum gestützte Feststellungsbegehren betreffend die Unrichtigkeit des Registers seinem Wesen nach (Art. 199 Abs. 1 ZGB) nicht vom Eigentum trennen lassen und daher weder abtretbar noch pfändbar sein[24].

[23] Art. 19 des Gesetzes über das öffentliche Register.

[24] So für den entsprechenden Grundbuchberichtigungsanspruch des deutschen § 894 BGB *Grüneberg-Herrler,* § 894, Rdn 5

.

Fazit

1. Sind die wahren Eigentumsverhältnisse im öffentlichen Register betreffend die Immobilien unzutreffend eingetragen, kann der wahre Berechtigte durch Feststellungsklage die Unrichtigkeit des Registers gerichtlich feststellen lassen. Die Eintragung ist dann gemäß Art. 26 des Gesetzes über das öffentliche Register auf der Grundlage eines entsprechenden rechtskräftigen Urteils entsprechend zu korrigieren.

2. Die fehlerhafte Eintragung im Register zugunsten des scheinbar Berechtigten, d.h. eine bloße Buchberechtigung stellt einen eigenen Vermögenswert, d.h. ein vermögenswertes „etwas" im Sinne von Art. 976 Abs. 1 ZGB dar. Daher steht dem Leistenden als dem wahren Berechtigten ein selbstständiger schuldrechtlicher Bereicherungsanspruch gegen den zu Unrecht Eingetragenen zu, gerichtet auf Zustimmung zur Berichtigung des Registers. Ein entsprechendes Leistungsurteil ist entsprechend Art. 87 Vollstreckungsgesetz in Verbindung mit Art. 377.² Strafgesetzbuch vollstreckbar.

3. Einem solchen Bereicherungsanspruch kommt in der Praxis als primärer Anspruch neben dem Verfahren gemäß Art. 26 des Gesetzes über das öffentliche Register zwar nur geringe Bedeutung zu. Wichtig kann er werden, wenn der zu Unrecht Eingetragene über das ihm nur scheinbar zustehende Recht wirksam verfügt und er sich die Herausgabe des Erlangten dadurch unmöglich macht, dass er es an einen gutgläubigen Dritten veräußert: dann entstehen selbstständige Ersatzansprüche, die eigenen Regeln hinsichtlich Verjährung und Abtretbarkeit unterliegen.

4. Eine Vollstreckungsmöglichkeit betreffend die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung durch eine Fiktion entsprechend dem deutschen § 894 ZPO fehlt im georgischen Recht. Eventuell sollte der georgische Gesetzgeber nicht nur für Fälle der vorliegenden Art, sondern generell für Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen an eine entsprechende Bestimmung denken, etwa folgenden Inhalts: *„Im Falle der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gilt diese mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben".*

*Angelika Nußberger**

RECHTSSTAATLICHKEIT UND SOFT LAW

Zum Streit über die einstweiligen Anordnungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Mit meinem lieben Freund und Kollegen Lado Chanturia, mit dem ich mehrere Jahre lange am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in der fünften Sektion gearbeitet habe, haben wir oft gemeinsam über das Rechtsstaatsprinzip nachgedacht. Gerade die Fragen eines effektiven und schnellen Rechtsschutzes haben uns angesichts der schweren Menschenrechtsverstöße, insbesondere auch im Krieg zwischen Georgien und Russland, sehr beschäftigt – damals wurden die einstweiligen Anordnungen zur Einstellung der Kampfhandlungen ignoriert. Deshalb freue ich mich, wenn mein Aufsatz zu diesem Thema in die Festschrift zu Ehren von Lados 60. Geburtstag Aufnahme findet.[1]

1. Das Rechtsstaatsprinzip – vom hehren Grundsatz zum Zankapfel

Das Rechtsstaatsprinzip ist vom hehren Grundsatz, dessen Einhaltung als Selbstverständlichkeit angesehen wurde, zum Zankapfel der Politik geworden. Dies gilt sowohl im nationalen wie auch im internationalen Kontext, insbesondere in der EU.[2] Die Kritik, das Rechtsstaatsprinzip werde nicht eingehalten, ist nahezu gleichbedeutend mit dem Willkürvorwurf.[3] Viel steht so auf dem Spiel – nicht zuletzt das Vertrauen in den Staat und seine Institutionen, insbesondere die Gerichte. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erstaunlich, dass der Streit über Rechtsstaatsstandards unerbittlich geführt wird.

* Professorin der Universität zu Köln, von 2017 bis 2019 Vizepräsidentin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

1 Der Aufsatz beruht auf einem bei der Societas Iuris Publici Europaei in Luxemburg im Jahr 2022 gehaltenen Vortrag, der in der Zeitschrift EuR Beiheft 1, 2023, 31 veröffentlicht wurde.

2 Vgl. *Angelika Nußberger*, Gefahr für das europäische Erbe, Internationale Politik Special 4/2022, 4 – 9; *Nußberger*, From High Hopes to Scepticism? Human Rights Protection and Rule of Law in Europe in an Ever More Hostile Environment, in: *Heike Krieger, Georg Nolte, Andreas Zimmermann* (ed.), The International Rule of Law. Rise or Decline?, Oxford 2019, 150-171; *Anna Leisner-Egensberger*, Rechtsstaatlichkeit: Verfassungsprinzip zwischen Rechtstechnik und Ethischer Dimension, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 2013, Vol. 21, 99 – 110; *Caroline von Gall*, Die EU muss sich stärker für Rechtsstaatlichkeit in Osteuropa engagieren, Verfassungsblog vom 19. März 2014, https://verfassungsblog.de/eu-muss-sich-staerker-fuer-rechtsstaatlichkeit-in-osteuropa-engagieren/ .

3 Vgl. *Angelika Nußberger*, Was ist Willkür? Auf der Suche nach europäischen Standards, JZ 2021, 965-974.

Umso häufiger die Vorwürfe werden, der Rechtsstaatsgrundsatz werde nicht eingehalten, umso deutlicher zeigt sich ein je unterschiedliches Verständnis nicht nur bei Feinheiten der Auslegung, sondern auch bei ganz grundlegenden Fragen bei der Bestimmung dessen, was rechtsstaatlichen Standards genügt und was dagegen verstößt. Dies soll einleitend am Beispiel der Auseinandersetzung zwischen dem Vereinigten Königreichs und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) über die Frage des Erlasses einer einstweiligen Anordnung gegen die Verbringung von Flüchtlingen nach Ruanda erläutert werden, da dabei unterschiedliche Auffassungen zum Thema Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte unversöhnlich aufeinanderprallen. Die dem Streit zugrundeliegenden Argumente sollen in einem zweiten Schritt analysiert werden. Dies dient als Grundlage, um in einem dritten Schritt zu untersuchen, inwieweit es im internationalen Bereich einen Konsens zu Rechtsstaatsstandards gibt und welche Rolle die Venedigkommission in diesem Zusammenhang spielt. Im letzten Teil des Beitrags gilt es schließlich zu zeigen, dass auch bei grundlegenden, den Rechtsstaat betreffenden Fragen noch Raum für eine Auseinandersetzung über die korrekte Lösung und damit Klärungsbedarf besteht, obwohl die Venedigkommission bei der Herausarbeitung gemeinsamer Standards sehr viel geleistet hat.

2. Auseinandersetzung über einstweilige Anordnungen des EGMR

a) Der „Ruandafall“

Hintergrund des Streits zwischen dem EGMR und der britischen Regierung war der noch von der Regierung unter Boris Johnson entworfene Plan, Flüchtlinge, die in großer Zahl über den Ärmelkanal nach Großbritannien kommen, für die Dauer der Asylverfahren nach Ruanda zu bringen. Zur Vorbereitung wurde zwischen der britischen Regierung und der Regierung von Ruanda im April 2022 ein Memorandum of Understanding geschlossen. [4] Der Plan war, die Flüchtlinge während der Dauer der Asylverfahren in mit britischem Geld aufgebauten Unterkünften in Ruanda zu beherbergen. Für den Fall eines erfolgreichen Abschlusses des Asylverfahrens war keine Rückführung ins Vereinigte Königreich, sondern ein Verbleib der anerkannten Asylbewerber und -bewerberinnen in Ruanda geplant.[5] Eine Flucht über den Ärmelkanal sollte so unattraktiv gemacht werden.

[4] Memorandum of Understanding between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda, 13. April 2022, https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-mou-between-the-uk-and-rwanda/memorandum-of-understanding-between-the-government-of-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-government-of-the-republic-of-r.

[5] Vgl. zur Kritik an diesem Memorandum of Understanding mit Blick+ auf die Menschenrechtsprobleme, die mit einem „Oursourcing“ der Flüchtlingspolitik verbunden sind Lena Riemer, “The Costs of Outsourcing”, 05.07.2022, https://verfassungsblog.de/the-costs-of-outsourcing/; UNHCR, Analysis of the Legality and Appropriateness of the Transfer of Asylum-Seekers under the UK-Rwanda arrangement, 8. Juni 2022, https://www.refworld.org/docid/62a31cc24.html; UN-Menschenrechtsrat, Human rights violations at international borders: trends, prevention and accountability, A/HRC/50/31, 26. April 2022, 30 f.

Als auf dieser Grundlage im Juni 2022 das erste Flugzeug mit Flüchtlingen nach Ruanda starten sollte, legte einer der Betroffenen Beschwerde beim EGMR ein[6] und stellte zugleich Antrag auf einstweilige Anordnung nach Rule 39 der Rules of the Court.[7] Danach darf der Gerichtshof zur Sicherstellung der Durchführung des Verfahrens in Straßburg vorübergehend geltende Anordnungen treffen.[8] Im konkreten Fall entschied der EGMR, die britische Regierung dürfe den Beschwerdeführer nicht vor Ablauf eines Zeitraums von drei Wochen nach dem endgültigen Urteil in dem noch vor den britischen Gerichten anhängigen Verfahren nach Ruanda verbringen.[9]

Vorausgegangen waren einstweilige Rechtsschutzverfahren im Vereinigten Königreich über drei Instanzen. Die britischen Gerichte hatten argumentiert, dass ein Schutz nicht nötig sei, da der Betroffene, wenn zu seinen Gunsten entschieden würde, von Ruanda ins Vereinigte Königreich zurückgeholt werden könne.

In der zwei Seiten umfassenden Presseerklärung bezieht sich der Gerichtshof auf Stellungnahmen des UN-Flüchtlingskommissars, dass Asylsuchende, die nach Ruanda gebracht werden, keinen Zugang zu einem fairen und effektiven Verfahren hätten, um ihren Flüchtlingsstatus feststellen zu lassen. Außerdem gäbe es ernsthafte, gerichtlich zu klärende Fragen, da der High Court die Einschätzung, Ruanda sei ein sicherer Drittstaat, für „irrational" oder „auf unzureichender Untersuchung beruhend" bezeichnet habe. Ruanda sei nicht an die Konvention gebunden und es fehle an einem Rechtsdurchsetzungsmechanismus, um den Beschwerdeführer wieder ins Vereinigte Königreich zurückzubringen, wenn er in der Hauptsache erfolgreich ist. Mit der einstweiligen Maßnahme gelte es die Abschiebung des Beschwerdeführers zu verhindern, um den nationalen Gerichten die Möglichkeit zu geben, alle Rechtsfragen zu klären.

Nun scheinen die Rechtsverstöße bei einem derartigen staatlichen Vorgehen so eklatant zu sein, dass der Fall keiner weiteren intensiven Diskussion bedarf. Allerdings war die einstweilige Anordnung des Gerichtshofs Anlass für einen Grundsatzstreit um Rechtsstaatlichkeit zwischen dem Vereinigten Königreich und dem EGMR, der wie im Brennspiegel die grundlegenden Dilemmata der Einhaltung strikter Rechtsstaatsstandards in einer auf unmittelbare Gefahren reagierenden Menschenrechtsrechtsprechung zeigt.

So wurde in den politischen Stellungnahmen von britischer Seite darauf hingewiesen, dass die einstweilige Anordnung des Gerichtshofs rechtsstaatlichen Mindeststandards nicht genüge, da sie anonym und nur rudimentär begründet sei und im Übrigen der Gerichtshof *ultra vires* gehandelt habe. Unmittelbar nach dem „Ruanda-Fall" – und mit

6 EGMR, N.S.K. v. Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 28774/22.

7 Pressemitteilung ECHR 197 (2022), 14. Juni 2022.

8 Vgl. Rule 39 para. 1: "The Chamber or, where appropriate, the President of the Section or a duty judge appointed pursuant to paragraph 4 of this Rule may, at the request of a party or of any other person concerned, or of their own motion, indicate to the parties any interim measure which they consider should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings."

9 Pressemitteilung ECHR 197 (2022), 14. Juni 2022.

großer Wahrscheinlichkeit als politische Reaktion darauf[10] – legte die britische Regierung den Entwurf einer „Bill of Rights Bill" vor,[11] in der sie in Art. 24 die Nicht-Befolgung der einstweiligen Anordnungen des EGMR anordnet:

1. For the purposes of determining the rights and obligations under domestic law of a public authority or any other person, no account is to be taken of any interim measure issued by the European Court of Human Rights.
2. Subsection (3) applies if a court is considering whether to grant any relief which, if granted, might affect the exercise of a Convention right.
3. The court may not have regard to any interim measure issued by the European Court of Human Rights.

In den Explanatory Notes heißt es dazu:

> "The purpose of this section is to ensure that the fact that an interim measure has been issued by the ECtHR does not influence domestic courts when deciding whether to grant relief that may affect the exercise of Convention rights."[12]

Nun ist der Entwurf noch kein Gesetz und wird als mit den internationalen Verpflichtungen des Königreichs unvereinbar vehement abgelehnt; der Menschenrechtsschutz werde damit in inakzeptabler Weise verkürzt.[13] Nicht um diese politische Diskussion soll es im Folgenden gehen, sondern vielmehr um die Frage nach den Rechtsstaatsmindeststandards, die sowohl für den Erlass einstweiliger Anordnungen durch den Gerichtshof als auch für die britische Reaktion darauf gelten.

b) Rechtsprobleme bei einstweiligen Anordnungen

Einstweiliger Rechtsschutz zeichnet sich dadurch aus, dass aufgrund der gebotenen Eile verfahrensrechtliche Regelungen nicht im selben Umfang wie im Hauptverfahren angewandt werden können. Deshalb sind die Entscheidungen auch nicht endgültig, sondern nur vorläufig. Fraglich aber ist, wie weit rechtsstaatliche Grundforderungen, insbesondere Garantien eines fairen Verfahrens, dennoch auch in Eilverfahren eingehalten werden müssen, um einer jedenfalls für eine bestimmte Zeit geltenden Regelung[14] Legitimität zu verschaffen.

---

[10] Die Gesetzesbegründung verweist allerdings nur allgemein auf den Grundsatz der Subsidiarität und die Tatsache, dass der EGMR kein Asylgericht sei; vgl. Consultation outcome, Human Rights Act Reform: A Modern Bill of Rights – consultation, https://www.gov.uk/government/consultations/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights-consultation : "recalling that the Court is not an immigration Appeals Tribunal or a Court of fourth instance, emphasises that the treatment of requests for interim measures must take place in full conformity with the principle of subsidiarity."

[11] Der Entwurf zur "Bill of Rights Bill - A Bill to reform the law relating to human rights" (Bill 117 2022-23) wurde am 22. Juni2022 dem britischen Unterhaus vorgelegt und befindet sich zurzeit in der zweiten Lesung.

[12] https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0117/en/220117en.pdf .

[13] The Law Society, Human Rights Act reforms and the Bill of Rights Bill, 08. November 2022, https://www.lawsociety.org.uk/topics/human-rights/human-rights-act-reforms; ***Mark Elliott***, The UK's (new) Bill of Rights, Public Law for Everyone, 22. Juli 2022.

[14] Auch wenn mit einstweiligen Anordnungen nur eine vorläufige Regelung intendiert ist, bedeutet das gerichtliche Eingreifen doch oftmals, dass ein Streit entschieden und über die Hauptsache nicht

Vor diesem Hintergrund ist die gegenwärtige Praxis des EGMR problematisch.

Anordnungen nach Rule 39 werden nicht im Wortlaut mit Tenor und Gründen veröffentlicht; vielmehr wird nur in Pressemitteilungen darüber informiert, was der Gerichtshof entschieden hat.[15] So heißt es in der Pressemitteilung zu dem "Ruandafall":

> "The European Court of Human Rights has today decided to grant an urgent interim measure in the case of N.S.K. v. the United Kingdom (application no. 28774/22, formerly K.N. v. the United Kingdom), an asylum-seeker facing imminent removal to Rwanda."

Der Sachverhalt wird in der Pressemitteilung in groben Zügen zusammengefasst, ebenso werden die Verfahren vor den nationalen Gerichten kurz vorgestellt und Erwägungen angeführt, die den Gerichtshof zu seiner Entscheidung bewogen haben. Unbekannt ist, welcher Richter oder welche Richterin über die einstweilige Anordnung entschieden hat.

Anhaltspunkte zur Aufklärung liefert Rule 39, in der es heißt, die Kammer, der Präsident oder ein „duty judge"[16] könne die Entscheidung treffen, auf Antrag oder *ex officio*. Wer konkret hinter der Anordnung steht, bleibt geheim.

Die Begründung ist in der Tat rudimentär. Auf Gegenargumente, die die britischen Gerichte bewogen haben, ihrerseits keine einstweiligen Maßnahmen anzuordnen, wird nicht eingegangen. Insbesondere ist auch nicht erkennbar, inwieweit sich der Gerichtshof im Rahmen seiner langjährigen Entscheidungspraxis hält, einstweilige Anordnungen nur bei Gefahr für Leib und Leben oder sonstigen Art. 2 und 3 EMRK betreffenden Fällen anzuordnen,[17] nicht aber, wie andere Gerichte, auch bei anderen potenziell unmittelbar bevorstehenden Rechtsverletzungen einzuschreiten.[18] Eng mit der insoweit fehlenden Begründung ist die *ultra-vires*-Thematik verbunden. Es ist unbestritten, dass der Wortlaut der Konvention dem Gerichtshof – im Gegensatz zu anderen internationalen Gerichten wie insbesondere dem Interamerikanischen Gerichtshof

mehr prozessiert wird, da mit der Eilentscheidung bereits nicht mehr änderbare Fakten geschaffen werden.

[15] Außerdem wird darüber in den vom Gerichtshof veröffentlichen Statistiken informiert; vgl. *Andrea Saccucci*, „Interim Measures at the European Court of Human Rights: Current Practice and Future Challenges", in: *Palombino/Virzo/Zarra* (Hrsg.), "Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals", Den Haag: T.M.C. Asser Press 2021, 215-252 (248); vgl. letzte Statistik: EGMR, "Rule 39 requests listed by respondent state, granted and refused by the Court in 2020, 2021 and 2022", https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_01_ENG.pdf .

[16] „Duty judge" ist ein mit dieser Aufgabe befasster Richter/Richterin. In der Regel übernehmen die Aufgabe drei der fünf Sektionsvizepräsidenten/Sektionsvizepräsidentinnen.

[17] In der Grundsatzentscheidung EGMR, *Mamatkulov und Askarov v. Türkei,* 4. Februar 2005, Nr. 46827/99,46951/99, Rn. 104 heißt es, der Gerichtshof würde einstweilige Anordnungen nur bei unmittelbar bevorstehendem irreparablen Schaden („imminent risk of irreparable damage") anwenden. Ein entsprechender irreparabler Schaden wurde in der Rechtsprechung nur bei der Möglichkeit einer Verletzung von Art. 2 und 3 EMRK bejaht; vgl. Keller/Marti, Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, ZaöRV, Band 73, Nr. 3, 2013, 325, 340.

[18] Vgl. z.B. die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dessen Entscheidungsmacht bei Entscheidungen im Eilrechtsschutz nicht inhaltlich begrenzt ist.

für Menschenrechte und dem Internationalen Gerichtshof[19] – nicht die Kompetenz einräumt, einstweilige Anordnungen zu erlassen, dass einstweilige Anordnungen aber – in sehr engem Rahmen – zur Gewährleistung eines effektiven Menschenrechtsschutzes für unabdingbar gehalten und nach Erlass des Urteils der Großen Kammer im Fall *Mamatkulov und Askarov v. Türkei*[20] allgemein akzeptiert wurden. Auf der Grundlage von Art. 31 Abs. 2 a, b WVK[21] können einstweilige Anordnungen, deren Nicht-Einhaltung als Verstoß gegen Art. 34 EMRK sanktioniert werden kann, als Teil des „Acquis" des Konventionsrechts gelten.[22] Allerdings bezieht sich der Konsens der Vertragsstaaten insoweit erkennbar nur auf potentielle Verletzungen von Art. 2 und 3 EMRK;[23] die meisten einstweiligen Anordnungen betreffen daher Ausweisungen, Auslieferungen oder medizinische Behandlung in Haft.[24] Vor dem Jahr 2020 wurde nur sehr selten bei anderen, nicht Art. 2 oder 3 EMRK betreffenden Fällen, war ein nicht wiedergutzumachendem Schaden zu befürchten, eine einstweilige Anordnung erlassen.[25]

Allerdings ist gegenwärtig eine Tendenz zur Neuausrichtung der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs zu beobachten. Schon 2017 hatte eine einstweilige Anordnung des Gerichtshofs im Medienbereich große Aufmerksamkeit hervorgerufen.[26] Daneben scheint sich eine besondere Praxis bei den das polnische Justizsystem betreffenden Fällen herausgebildet zu haben.[27] Die einstweilige Anordnung im „Ruanda-Fall" ordnet sich in

[19] Vgl. Art. 63 Abs. 2 American Convention on Human Rights, Article 41 of the ICJ Statute.

[20] EGMR, *Mamatkulov und Askarov v. Türkei*, 4. Februar 2005, Nr. 46827/99,46951/99.

[21] Geregelt wird darin die spätere Übung zwischen den Vertragsparteien.

[22] Vgl. *William A. Schabas*, The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford: Oxford University Press 2015, 749 f; *Schäfer*, in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK, München: 3. Aufl. 2022, Art. 34 Rdnr. 106.

[23] Bei potentiellen Verletzungen anderer Konventionsbestimmungen ist die Praxis, die entsprechenden Anträge nicht zurückzuweisen, sondern für außerhalb des Anwendungsbereichs von Rule 39 zu erklären; eine Zurückweisungsentscheidung wird von einem Richter oder einer Richterin getroffen, Out-of-scope-Entscheidungen hat die Kanzlei zu verantworten. Dies schlägt sich auch in den Statistiken nieder. So wurden dem Antrag etwa im Jahr 2017 bei 1669 Fällen in 117 Fällen stattgegeben, in 533 Fällen wurde der Antrag abgelehnt. Die Mehrzahl der Fälle wurde so administrativ erledigt (EGMR, Analysis of Statistics 2017, (https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_ENG.pdf); vgl. zur Praxis EGMR, Factsheet, Interim Measures, Stand: Dezember 2022, https://www.echr.coe.int/documents/fs_interim_measures_eng.pdf; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, München: Beck, 7. Aufl. 2021, § 12 Rdnr. 2.

[24] Vgl. den Überblick BT-Drucksache, Sachstand WD 2 – 3000 – 023/21 vom 9. April 2021, 6 sowie die Auswertung der Statistiken, 9, 10; ebenfalls auf Art. 3 EMRK beruhend, aber andere Verletzungen betreffend: EGMR, A.M.B. u.a. v. Spanien, 28. Januar 2014, Nr. 77842/12 (Ausweisung einer Mutter mit zwei minderjährigen Kindern aus einer Wohnung); EGMR, *Yordanova u.a. v. Bulgarien*, 24. April 2012, Nr. 25446/06 (Vertreibung von Roma aus ihrem Wohnhaus).

[25] Eine Ausnahme bildeten etwa ein besonders gelagerter Kindsentführungsfall (EGMR, *Neulinger Shuruk v. Schweiz*, 6. Juli 2010, Nr. 41615/07) oder ein Fall, in dem es um besonders grundsätzliche Fragen des fairen Verfahrens ging (EGMR, Othman (abu Qatada) v. Vereinigtes Königreich, 17. Januar 2012, Nr. 8139/09).

[26] EGMR, *Rustavi 2 Broadcasting Company Ltd u.a. v. Georgien*, 19. Juli 2019, Nr. 16812/17. In der Hauptsache wurde die Beschwerde abgewiesen.

[27] Einstweilige Anordnungen des EGMR, R.A. und andere v. Polen vom 28. September 2021, Nr. 42120/21; *Wróbel v. Polen*, 8. Februar 2022, Nr. 6904/22; (im folgenden alle dem 24. März zuzuordnen) *Synakiewicz v. Polen*,Nr. 46453/21; *Niklas-Bibik v. Polen*,Nr. 8687/22), *Piekarska-Drążek v. Polen*, Nr. 8076/22, *Hetnarowicz-Sikora v. Polen*, Nr. 9988/22 vom 24. März 2022.

diese Entwicklungstendenz ein. Denn es ist nicht ersichtlich, dass vorgetragen worden wäre, Leib und Leben des Beschwerdeführers seien bei einer Verbringung nach Ruanda konkret gefährdet.

Mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip stellen sich vor diesem Hintergrund folgende Fragen: Ist es ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, wenn ein Staat eine sich aus einem internationalen Vertrag ergebende Verpflichtung nicht einhält und eine entsprechende Gesetzesänderung auf den Weg bringt? Ist es ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, wenn bei einer Gerichtsentscheidung nicht angegeben wird, wer entschieden hat? Ist es ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, wenn ein Gericht *ultra vires* entscheidet und wie ist zu bestimmen, wo die Grenze zwischen zulässiger Rechtsfortbildung und ultra-vires-Entscheidung liegt?

3. Konsensfindung zu rechtsstaatlichen Mindestanforderungen

Nun gibt es, um derartige Fragen zur Rechtsstaatlichkeit zu klären, anders als bei den Grund- und Menschenrechten, keinen völkerrechtlichen Vertrag und auch keine der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vergleichbare Festlegung, die im Einzelnen einen weltweiten[28] Konsens zu den Grundregeln normieren würde,[29] obwohl es sehr viele unterschiedliche nationale Traditionen gibt.[30] Der Rechtsstaatsgrundsatz ist in der Regel ein Element von Präambeln[31] oder allgemeinen Wertvorgaben[32] und erfährt allenfalls in den Bestimmungen zum „fair trial" eine nähere Ausgestaltung.

Diese Lücke lässt sich in der Gegenwart allenfalls mit soft law füllen, wobei die wohl umfassendste und staatenübergreifend am besten angenommene Normierung die von der

[28] Das Rechtsstaatsprinzip ist nicht als europäischer, sondern als universeller Standard zu verstehen; vgl. Rule of Law Checklist, para. 10.

[29] Vgl. den Überblick über die verschiedenen relevanten internationalen Verträge und sonstige Regelungen, Rule of Law Checklist, 56 ff Hier ist die Angabe als Seite korrekt, da ab diesem Abschnitt eine Auflistung interntionaler Standards folgt.

[30] Die britische Tradition hat in der Zusammenfassung von acht Prinzipien durch Lord Bingham in seiner wegweisenden Schrift „Rule of Law" (Penguin Books, 2011) Karriere gemacht. Zur deutschen Tradition vgl. *Nußberger*, Das Tafelsilber des Verfassungsstaats – Rechtsstaatlichkeit als europäischer Grundwert, 191-206, *Huber*, Der Rechtstaat nach 70 Jahren Grundgesetz – Ein gefährdetes Erfolgsmodell, 207-228 in: *Heinig/Schorkopf* (Hrsg.), 70 Jahre Grundgesetz – In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?, *Vandenhoeck & Ruprecht, Göttigen*, 2019. Zur französischen Tradition (État de droit): *Heuschling*, État de droit, in: Auby (Hrsg.), L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public, Dalloz, Paris, 2010, 541-522; für einen Überblick über die Aufnahme des Rechtsstaatsprinzips in nationale Verfassungen, s. Venedig-Komission, Report on the Rule of law, CDL-AD(2011)003rev, 2011, §§ 30 ff.

[31] Vgl. die Aufnahme eines Verweises auf „Rule of law" in der Präambel der EMRK, die mit der Entscheidung *Golder v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 31. Februar 1975, Nr. 4451/70, zum Referenzpunkt und mittlerweile zum roten Faden für die Rechtsprechung des EGMR geworden ist; vgl. dazu *Nußberger*, Rule of Law Checklist; para. 9 nimmt Bezug auf 2005 Outcome Document of the World Summit, para. 134.

[32] Vgl. Präambel und Art. 2 EUV.

Venedigkommission ausgearbeiteten Standards sind.[33] Säulen sind einerseits der rechtsvergleichende Rechtsstaatsbericht[34] und andererseits die „Rule of Law Checklist".[35] Letztere folgt einem „thin concept" und bezieht nicht, wie bei einem „thick concept" nötig,[36] auch die Menschenrechte in ihrer Gesamtheit mit ein, sondern beschränkt sich auf die im engeren Sinn das Rechtsstaatsprinzip prägenden Grundsätze.[37] *Strictu sensu* handelt es sich bei der Rule of Law Checklist nicht um „Recht", sondern vielmehr um Erklärungen, die ermöglichen sollen, im Einzelfall zu bestimmen, was europäischen Rechtsstaatstraditionen entspricht und was nicht. Autorität hat die Rule of Law Checklist insofern, als sie auf einer zwischen Vertretern aus 64 Staaten geführten Diskussion beruht, Expertenwissen mit praktischer Erfahrung verbunden wird und der Konsens zu den einzelnen Elementen der Rechtsstaatlichkeit auf einer bereits mehr als 30-jährigen Tradition beruht.[38] Die Rule of Law Checklist ist auf das Engste mit der Arbeit der Venedigkommission verbunden, da zwischen der Erstellung von Einzelgutachten zu den verschiedensten verfassungs- und völkerrechtlichen Fragen und der Zusammenstellung der Grundpostulate der Rechtsstaatlichkeit in der Checklist eine unmittelbare Wechselwirkung besteht. Dass die Checklist allgemein anerkannte europäische Standards spiegelt, dürfte unbestritten sein. Anerkannt dürfte aber auch sein, dass es sich nur um Orientierungspunkte handelt und auch nicht notwendigerweise alle in der Checklist enthaltenen Elemente für alle europäischen Länder in gleicher Weise bedeutungsvoll sind.[39]

Wie bedeutsam die von der Venedigkommission entwickelten Standards geworden sind, zeigt sich nicht zuletzt daran, wie intensiv sie in der Rechtsprechung sowohl des Straßburger[40] als auch des Luxemburger Gerichtshofs rezipiert werden.

Fraglich ist aber, und dies ist das Thema des vorliegenden Aufsatzes, inwieweit sich aus der Rule of Law Checklist und den übrigen von der Venedigkommission ausgearbeiteten Standards konkrete Antworten auf konkrete Fragen ergeben, so wie sie sich in der Auseinandersetzung zwischen dem EGMR und dem Vereinigten Königreich im „Ruanda-Fall" stellten.

---

[33] Hervorzuheben ist, dass das Vereinigte Königreich zur Ausarbeitung dieser Standards einen wesentlichen Beitrag geleistet hat. Die Initiative wurde während 2012 während des britischen Vorsitzes im Europarat getroffen und vom Bingham Center for the Rule of Law wesentlich unterstützt; vgl. Rule of Law Checklist, paras.2, 4.

[34] Venedig-Komission, Report on the Rule of law, CDL-AD(2011)003rev, 2011.

[35] https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf.

[36] *Simon Kirchin*, Introduction: Thick and Thin Concepts, 1-19, in: *Kirchin* (Hrsg.), Thick Concepts, OUP, 2013.

[37] Vgl. Rule of Law Checklist, para. 31.

[38] *Thomas Markert*, Die Venedig-Kommission des Europarats – Vom Beratungsgremium zum Akteur der Verteidigung von Rechtsstaat und Demokratie, EuGRZ 2022, 608 – 636; *Christoph Grabenwarter,* Der europäische Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen, ÖJZ 2022, 1186 – 1192.

[39] Dies gilt etwa für die Ausführungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, die zwar in einer Vielzahl von Staaten als „Krönung des Rechtsstaats" angesehen wird, in anderen Staaten, etwa den nordeuropäischen Staaten, aber keine institutionelle Verfestigung gefunden hat.

[40] Vgl. z.B. Einzelentscheidung mit Zitaten *Banković u.a. v. Belgien*, Nr. 52297/99, 12. Dezember 2001, para. 60; *Hirst v. Großbritannien*, 30. März 2004; exemplarisch: *Mariya Alekhina u.a. v. Russland*, 3. Dezember 2018, Nr. 38004/12, para. 101; *Berlusconi v. Italien*, 27. November 2018, Nr. 58428/13, para. 54.

4. Rechtsstaatliche Mindestanforderungen für den Erlass einstweiliger Anordnungen

a) Einhaltung bindender Entscheidungen internationaler Gerichte

Zweifellos ist eines der wichtigsten Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit der von alters her überlieferte und als „allgemeines Prinzip des Völkerrechts" anerkannte Satz „pacta sunt servanda".[41] In der Rule of Law Checklist findet er sich unter dem Obertitel „Relationship between National Law and International Law" und damit als Teil der „Rechtmäßigkeit" („legality"). Die Befolgung von Menschenrechtsverträgen und insbesondere auch von bindenden Entscheidungen internationaler Gerichte wird als *conditio sine qua non* für den Rechtsstaat angesehen.

Nun gibt es allerdings, wie bereits erwähnt, keine Bestimmung in der Konvention, die die bindende Wirkung von einstweiligen Anordnungen des Gerichtshofs vorschriebe. Allerdings hat der Gerichtshof dies im Urteil Mamatkulov und Askarov gegen Türkei gefordert; diese Weiterentwicklung der Konvention, die bereits im Jahr 2005 stattgefunden hat, ist grundsätzlich unwidersprochen geblieben. Fraglich ist allerdings, ob sie sich tatsächlich auf der Grundlage von Art. 31 Abs. 2 a, b WVK verfestigt hat. Problematisch könnte insofern die vielfache Nicht-Befolgung der Mamatkulov-Rechtsprechung in der Praxis sein. Dies gilt beispielsweise in eklatanten Fällen wie den Fällen militärischer Auseinandersetzungen, in denen die einstweiligen Anordnungen erkennbar keinerlei Beachtung fanden,[42] aber auch in sonstigen Einzelfällen, die zum Teil von großer politischer Bedeutung waren.[43] Auch Polen hat jüngst explizit erklärt, die im Rahmen der Rechtsstaatsreform erlassenen einstweiligen Anordnungen nicht zu befolgen.[44] Die Verurteilungen auf der Grundlage von Art. 34 EMRK zeigen die Defizite bei der Umsetzung deutlich.[45] Eine umfassende Statistik und Analyse ist allerdings nicht öffentlich zugänglich.[46] Die Tatsache, dass aber noch immer die Befolgung die Regel und die Nicht-Befolgung die Ausnahme darstellt, lässt die Schlussfolgerung zu, dass sich nach fast zwei Jahrzehnten die Rechtsprechung so verfestigt hat, dass die Akzeptanz der Bindungswirkung einstweiliger Anordnungen Teil der sich aus der Konvention ergebenden Vertragsverpflichtungen ist. Würde das in dem Entwurf der Bill on Human Rights Bill enthaltene Verbot, einstweilige Anordnungen zu befolgen, in Kraft treten, wäre so ein Verstoß sowohl gegen die Konvention als auch gegen europäische Rechtsstaatsstandards zu bejahen.

[41] Article 26 WVKof the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

[42] Einstweilige Anordnungen in Bezug auf den Georgienkrieg (abgedruckt in EuGRZ 2008, 556) und in Bezug auf den Ukraine-Russland-Krieg (Pressemitteilung. ECHR 073(2014), 13. März 2014; Pressemitteilung ECHR 068 (2022), 1. März 2022.

[43] Vgl. z.B. EGMR, Pressemitteilung Nr. 063,17. Februar 2021. Danach verpflichtete der Gerichtshof die russische Regierung den russischen Oppositionsführer Alexander Nawalny unverzüglich aus der Haft freizulassen, eine Aufforderung, die die russische Regierung allerdings ignorierte.

[44] Vgl. die Pressemitteilung ECHR 053 (2023), 16. Februar 2023; Bezug genommen wird auf die einstweiligen Anordnungen in den Fällen *Leszczyńska-Furtak v. Polen* (Nr. 39471/22), *Gregajtys v. Polen* (Nr.39477/22) und *Piekarska-Drążek v. Polen* (Nr. 44068/22).

[45] Vgl. den Überblick über Verletzungen von Art. 34 EMRK in diesem Zusammenhang BT-Drucksache, 15 ff.

[46] Vgl. BT-Drucksache, Sachstand WD 2 – 3000 – 023/21 vom 9. April 2021, 4.

b) Grenzen vertraglicher Pflichten und ultra-vires-Rechtsprechung

Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, ob eine entsprechende Bindung auch bei vermeintlichen oder tatsächlichen *ultra-vires*-Entscheidungen besteht. Dieser Punkt rührt an einen Grundkonflikt zwischen nationaler und internationaler Gerichtsbarkeit. Auch wenn allgemein anerkannt ist, dass menschenrechtliche Verträge durch Auslegung als „living instruments" fortentwickelt werden müssen, um nicht die Standards der Vergangenheit zu zementieren, so wird doch über die Grenzziehung zwischen notwendiger und legitimer Fortentwicklung und illegitimen *ultra-vires*-Entscheidungen heftig gestritten. Klar ist, dass sich keine abstrakte Formel entwickeln lässt, nach der sich die Grenzziehung im Einzelfall bestimmen ließe. Sogar eine Auslegung *contra legem* kann unter bestimmten Umständen notwendig und geboten sein, etwa, wenn die Weiterentwicklung einer Regelung die Anpassung einer anderen Regelung – entgegen dem Wortlaut – erforderlich macht.[47] Nichtsdestotrotz lässt sich nicht abstreiten, dass die Autorität internationaler Gerichte auf der Zustimmung der Vertragsstaaten zu bestimmten klar definierten Regeln beruht und die zur Auslegung ermächtigten Gerichte davon nicht beliebig abweichen und die zuerkannten Kompetenzen nicht beliebig erweitern können

Gerade darum aber geht es, werden nicht in der Konvention vorgesehene einstweilige Anordnungen auch dann angewandt, wenn keine Gefahr für Leib und Leben besteht. Hier ist in der Tat ein echtes Dilemma zu sehen. Effektiver Menschenrechtsschutz kann – wie der „Ruanda-Fall" zeigt – ein Eingreifen des Gerichtshofs erforderlich machen.

Allerdings würde eine weitergehende Anwendung von einstweiligen Anordnungen auch auf andere Arten von Menschenrechtsverletzungen das System grundlegend verändern. Da Menschenrechtsverletzungen ihrer Natur nach in der Regel eine Abhilfe mit großer Dringlichkeit verlangen, könnte, wie etwa in manchen Gebieten des nationalen Rechts wie dem Schul- oder Medienrecht, eine Verlagerung des Menschenrechtsschutzes auf die vorläufige Prüfung zu gewärtigen sein, so dass endgültige Entscheidungen nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme wären. Dies würde mit Blick auf die lange Dauer der gerichtlichen Verfahren am EGMR das System neu ausrichten. Dies wäre kaum vom Konsens der Vertragsstaaten getragen.

Zudem lässt sich die Eilbedürftigkeit bei Fällen, in denen es um grundsätzlich wiedergutmachbare Menschenrechtsverletzungen geht, kaum auf der Grundlage klar definierter Kriterien begründen. Zudem ist mit der Möglichkeit, mit einstweiligen Anordnungen in aktuelle Geschehnisse einzugreifen, die oftmals von großer politischer Bedeutung sind, ein beträchtlicher Machtzuwachs verbunden.

[47] Ein Beispiel wäre die Pflicht, den Heimatstaat der Beschwerdeführer über anhängige Beschwerden zu informieren (Art. 36 EMRK). Bei Asylfällen, bei denen im Heimatstaat Verfolgung droht, kann ein derartiger Hinweis nicht nur kontraproduktiv mit Blick auf effektiven Menschenrechtsschutz, sondern sogar lebensgefährdend sein. Dies hat der Gerichtshof etwa in Fällen der Verfolgung von Tschetschenen in der Russischen Föderation herausgearbeitet, vgl. *EGMR, I v. Schweden*, 5. September 2013, Nr. 1204/09, paras. 40 ff.

Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, eine derartige Grundsatzfrage wie den Umfang der Kompetenz zum Erlass einstweiliger Anordnungen mit einer Vertragsänderung zu klären. Allerdings ist es offensichtlich, dass ein derartiges Desiderat in der Realität nicht eingelöst würde; ein Konsens aller 46 Vertragsstaaten zu einer Neuregelung wird sich nicht finden lassen. Der Verweis auf eine Vertragsänderung würde damit bedeuten, entsprechende einstweilige Anordnungen nicht zuzulassen.

Fraglich ist so, spitzt man die Frage zu, ob Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in derartigen Konstellationen wie dem „Ruanda-Fall" einer Effektivierung des Menschenrechtsschutzes entgegenstünden.

Aus rechtsstaatlicher Perspektive ginge es um Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Stabilität vertraglicher Regelungen. Diese Grundsätze gelten in erster Linie für die dem Gesetz unterworfenen Bürger, aber auch im internationalen Bereich für den Umfang vertraglicher Bindungen von Staaten.

Allerdings verbietet Rechtssicherheit und Subsidiarität nicht, in einer Konstellation wie dem „Ruanda-Fall" die Rechte der Betroffenen im Eilverfahren zu schützen. Aufgrund der die Rechte von Asylsuchenden schützenden Rechtsprechung des EGMR lässt sich kaum argumentieren, für das Vereinigte Königreich wäre nicht erkennbar gewesen, dass eine Verbringung von Flüchtenden in einen Drittstaat wie Ruanda unter der Konvention nicht geduldet würde. Auch ein unmittelbares Eingreifen des Gerichtshofs war aufgrund der Schwere und Folgen einer entsprechenden Verletzung vorhersehbar. Dies aber bedeutet, dass sich – anders als die britische Regierung argumentiert -, aus dem Rechtsstaatsprinzip keine Argumente gegen die Befolgung einer derartigen einstweiligen Anordnung ableiten lassen.

Nichtdestotrotz bleibt das Vorgehen des Gerichtshofs, misst man es an den von ihm selbst entwickelten Maßstäben, problematisch. Zum einen ist es ständige Rechtsprechung, dass nicht oder nicht ausreichend begründete Entscheidungen als „willkürlich" einzustufen sind und damit das Recht auf ein faires Verfahren verletzen.[48] Dies gilt in erhöhtem Maße, wenn eine Rechtsprechung geändert wird. Um dem Vorwurf inkonsistenter und willkürlicher Rechtsanwendung zuvorzukommen ist es gerade in diesen Fällen besonders wichtig, nicht nur die Motivation der Entscheidung umfassend zu erläutern, sondern sich auch im Detail mit allen Gegenargumenten auseinanderzusetzen. Dies aber kann im Rahmen von Pressemitteilungen, die nur über die Entscheidung des Gerichtshofs informieren, diese aber nicht im Wortlaut kommunizieren, nicht ge-

[48] Vgl. dazu allgemein *EGMR H. v. Belgien*, 30. November 1987, app. no. 8950/80, para. 53; *Zayidov v. Aserbaidschan* (no. 2), 24. März 2022, Nr. 5386/10, para. 91; speziell in Bezug auf den Zweck, den Parteien zu zeigen, dass ihr Fall angehört wurde und so zu größerer Akzeptanz beizutragen Magnin v. Frankreich, Nr. 26219/08, 10. Mai 2012, para. 29; bzgl. des Ermessensspielraums bei Auswahl der einschlägigen Argumente unter Beachtung der Pflicht zur Begründung *Suominen v. Finnland*, 01. Juli 2003, Nr. 37801/97, para. 3; *Carmel Saliba v. Malta* 2016, 29. November 2016, Nr. 2422/13, para. 73 – 79; kritisch zur fehlenden Begründung auch *Andrea Saccucci*, „Interim Measures at the European Court of Human Rights: Current Practice and Future Challenges", in: *Palombino/Virzo/Zarra* (Hrsg.), "Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals", Den Haag: T.M.C. Asser Press 2021, 215-252 (248 f.).

schehen. Rechtsfortbildung in diesem Rahmen genügt so in keiner Weise den vom Gerichtshof selbst aufgestellten Voraussetzungen.[49] Dies bedarf, wie einst in dem Urteil Mamulatkov mit Blick auf die Anwendbarkeit von Art. 34 EMRK auf Fälle der Nicht-Befolgung von einstweiligen Anordnungen geschehen, einer dringenden Korrektur. So gilt es in einer Entscheidung der Großen Kammer im Detail darzulegen, wieweit von dem Grundsatz, Eilentscheidungen seien nur bei Gefahr für Leib und Leben aufgrund von Verletzungen von Art. 2 und 3 EMRK möglich, abgewichen werden darf. Andernfalls würde der Gerichtshof sich dem Vorwurf aussetzen, sich nicht an die eigenen Maßstäbe zu halten, ein Vorwurf, der etwa mit Blick auf die Rechtsprechung zur überlangen Verfahrensdauer die Autorität der Entscheidungen des Gerichtshofs bereits zu unterminieren geeignet ist.[50] Ganz abgesehen davon ist es aber auch notwendig, bei der Anwendung von Rule 39 mit Blick auf die neueren Tendenzen zur Ausweitung der Anwendung auf Fälle, bei denen es – zumindest vordergründig – nur um materielle Nachteile geht,[51] klare Kriterien aufzustellen, die die Praxis der Anordnung von einstweiligen Anordnungen für Beschwerdeführer und Staaten erwartbar machen.

Schließlich ist auch der Kritik Recht zu geben, dass es mit Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit nicht vereinbar ist, dass die Richter und Richterinnen, die die entsprechenden Anordnungen erlassen, geheim bleiben. Zwar findet sich in der Rule of Law Checkliste keine Regel zum „anonymen Richter". Allerdings ergibt sich aus den Grundsätzen zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, dass man wissen muss, wer entschieden hat; andernfalls würden sie leerlaufen. Auch hier ist eine Reform der gegenwärtigen Praxis anzumahnen.

5. Weiterentwicklung des Soft Law zur Rechtsstaatlichkeit

Mit der Ausarbeitung der Rule of Law Checklist hat die Venedigkommisson hilfreiche und wichtige Orientierungspunkte für die Konsensfindung gegeben und erläutert, was unter „Rechtsstaatlichkeit" staatenübergreifend zu verstehen ist. Derartige Standards müssen für nationale und internationale Gerichte gleichermaßen gelten, auch wenn die Bedingungen, unter denen sie arbeiten, teilweise sehr verschieden sind.[52]

Bei einstweiligen Anordnungen zeigt sich, dass Spannungen zwischen aus dem Rechtsstaatsgebot ableitbaren Forderungen nach Rechtssicherheit und Konsistenz einerseits und der Effektivierung des Menschenrechtsschutzes andererseits entstehen können.

[49] Vgl. *Breuer*, Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Zeitschrift für öffentliches Recht 68(2013),. 729 – 766.

[50] *Nußberger*, From High Hopes to Scepticism? Human Rights Protection and Rule of Law in Europe in an Ever More Hostile Environment, in: Heike Krieger, Georg Nolte, Andreas Zimmermann (ed.), The International Rule of Law. Rise or Decline?, Oxford 2019, 150 - 171, 167.

[51] Vgl. Fn. 25.

[52] Dies gilt etwa mit Blick auf die Dauer des Verfahrens, da der Straßburger Gerichtshof auf die Geldzahlungen der Mitgliedsstaaten und ihre Kooperation angewiesen ist; fehlt beides, häufen sich die Verfahren an, ohne dass der Gerichtshof selbst Abhilfe schaffen könnte. Dies gilt im nationalen Bereich nicht in gleicher Weise.

Dass derartige Spannungen zu negativen Folgen führen können, macht der Entwurf der „Bill of Human Rights Bill mit seinem Verbot der Befolgung einstweiliger Anordnungen deutlich.

Es bleibt zu hoffen, dass der Entwurf nicht in der Form, wie gegenwärtig geplant, verabschiedet wird. Es ist aber auch wichtig, dass der EGMR Punkte, an denen er sich angreifbar gemacht hat, korrigiert. Die Rule of Law Checklist der Venedigkommission mag dazu Orientierungspunkte geben.

Die konkreten offenen Fragen zeigen, dass es wünschenswert wäre, die Checklist weiterzuentwickeln und zu verfeinern, um den Konsens zu den grundlegenden Standards weiter zu vertiefen.[53]

Für Lado Chanturia verbleiben noch ein paar Jahre, die er am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte arbeiten kann. Ich bin sicher, dass er mit seiner umsichtigen, nachdenklichen und diplomatischen Art dazu beitragen wird, dass der Gerichtshof auch unter schwierigen Bedingungen die richtigen Lösungen findet und die Rechtsstaatlichkeit und die Menschenrechte in einer Zeit aufrechterhält, in der sie von vielen Seiten angegriffen werden. Dafür, wie auch für seinen weiteren beruflichen und privaten Weg wünsche ich ihm alles Gute und freue mich, über jede Möglichkeit des Austauschs und über jedes weitere Treffen. Ad multos annos!

[53] In der Rule of Law Checklist wird explizit betont, dass es das Konzept weiterzuentwickeln und unter Umständen auch an neue Entwicklungen anzupassen gilt; Rule of Law Checklist, para. 30.

M. K. Suleimenov*

LADO CHANTURIA – CITIZEN OF THE WORLD

I thought hard how to entitle the article about Lado Chanturia. Though, I did not find a more suitable one. And although I have previously called this an article dedicated to my friend, Rolf Knieper (Rolf Knieper is a cosmopolite), I still decided to leave this title as it is, since it most accurately, in my opinion, reflects the essence of Lado Chanturia. The fact that Lado and Rolf were close friends and they were very similar to each other in their international thinking was also important for the choice of such title.

Lado Chanturia feels free in any country of the world.

In his native Georgia, he touched the heights of legal practice while acting as the Minister of Justice and President of the Supreme Court of Georgia.

He was fluent in German and worked in Germany as a Professor at the University of Bremen and Chief of the project titled *Civil and Economic Legislation of Caucasus and Central Asia*. Later he became the Ambassador of Georgia to Germany. I know that he refused all offices that Saakashvili offered, in particular, the President of the Supreme Court. And only when the new government came, he did agree to the appointment of ambassador. And finally, I believe, the pinnacle of his career was the position of judge of the European Court of Human Rights (ECHR) in Strasbourg (France).

Lado Chanturia well-traveled and felt free and confident everywhere due to his knowledge, charisma and sterling foreign language skills. He is truly a citizen oft the world.

On October 10, 2017, Lado Chanturia was elected a member of the European Court of Human Rights for a 10-year term. It turned out that the election of an ECHR judge is an incredibly difficult procedure. In particular, as for the election of a judge from Georgia, the selection was first carried out in Georgia. 68 candidates applied for that position. Only 24 of the above persons were able to pass the foreign language exam. The candidates were selected by a special state board headed by the Minister of Justice. The Board selected three persons including Lado Chanturia, the Georgian Ambassador to Germany. Moreover, it was a second competition announced by the Government of Georgia on February 20, after the Council of Europe in January, 2017 rejected the submitted list of candidates of three persons, which included Aleksandr Baramidze, Deputy Minister of Justice, Georgi Badashvili, ECHR officer, and Eva Gotsiridze, Member of the Supreme Council of Justice of Georgia.

When voting in the Council of Europe, Lado Chanturia beat the competition, as Lali Papiashvili (54 votes) and Otar Sichinava (5 votes) ran for the office with him. Lado Chanturia won 120 votes.

* Director of Research Institute of Private Law of Caspian University, Academician of National Academy of Sciences of the Republic of Kazakhstan, LL.D., Professor.

According to the European Convention on Human Rights, "judges must have high moral standards and have the qualifications required for appointment to the highest judicial position or to be legal counsel of a recognized qualification."

Lado Chanturia undoubtedly fully met those requirements. He held the highest judicial position – the President of the Supreme Court of Georgia. Nobody doubted his qualification, which he proved with an impeccable work as a Judge of the ECHR for 6 years already.

But most of all, he has high moral principles. He is a straight shooter with high moral principles; he loves his motherland and his family with his whole heart, he is a stout heart and a principled scientist.

I met Lado a long time ago, approximately in 1992-93-ies. I forgot where exactly we met: either in Bremen, or in Leiden, where we worked on the Model Civil Code of the CIS countries, or in Tbilisi during one of the numerous scientific conferences in which I participated at that time without refuse and received enormous satisfaction.

That was the time of the fall of the Iron Curtain; the discovery of a new and so different world; gaining new skills and meeting new friends.

Lado became one of such friends for me. When we first met, we were filled with mutual and everlasting attraction.

Immediately after our first meeting, I invited Lado to Almaty to participate in civilistic readings which the Research Institute of Private Law has been conducting since 1999, in cooperation with the German Society for International Cooperation (GIZ) and with Rolf Knieper. This year, the twenty-third conference will be held on the topic: Succession in Civil Law.

Lado came to the conference and he charmed everybody (especially the girls) with his charisma, charm, constant benevolence and brilliant knowledge of scientific content. He visited my house for several times, where I invited my closest friends including Lado, Rolf, and Natalya Kuznetsova from Ukraine at all times. So, Zulfiya, our homeworker, who has been with us for 25 years, is still reminiscing Lado and calling him "a beautiful Georgian."

Lado treated everyone kindly. But he treated his friends with sincere affection and understanding. I was very pleased to watch the relationship between Lado and Rolf Knieper – it was a real male bonding supported by common affairs and the unity of scientific views.

Lado treated me with great respect, too. Although I am 20 years older than him, our relationship was quite friendly.

When I flew in Tbilisi, Lado always met me personally and explained the program of staying, wherever he worked and whatever office he held. Once, when we had a meeting-free day, Lado offered me either a full tour of Tbilisi, or a trip to Kakhetia. Of course, I chose Kakhetia, and Lado personally drove us in his car along the beautiful Kakheti Valley with wonderful views and no wonderful Georgian wine.

Lado always performed his work honestly and in good faith, wherever he was and whatever he did, be it the office of the President of the Supreme Court, or Professor at the University of Bremen.

Great work was done by Lado Chanturia when he worked at the University of Bremen as the Director of the project titled *Civil and Economic Law of Caucasus and Central Asia*.

I know it since I wrote multi-page studies on various aspects of civil law in Kazakhstan by the order of Lado Chanturia. I remember that the questionnaire which Lado himself compiled and sent to all countries, consisted of more than one dozen pages.

It is easy to imagine what enormous and laborious work Lado performed in order to analyze, edit and bring together multi-page studies of all countries of the Caucasus and Central Asia.

Lado Chanturia has a few scientific works due to his busyness in senior positions. He wrote them mainly in Georgian.

His most significant work in Russian was the book published in Statute publishing house in 2006: Introduction to the General Part of Civil Law (comparative legal studies taking into account some features of post-Soviet law). The book was small, it had 347 pages. However, Lado proved himself to be a brilliant civilist in that book. He explained the basic institutions of the civil law at the touch of a button. At that time, many of the provisions of that book were completely new revealing the essence of the civil law in a different way. This is undoubtedly a great contribution to the science of civil law of the post-Soviet countries.

I also remember the small book titled *Freedom and Responsibility* which Professor Chanturia published in Tbilisi in 1998 and which he kindly presented to me. The ideas expressed back in 1998 were further developed and eventually took shape in various concepts of the rule of law and human rights. Lado Chanturia actually implements these ideas in the ECHR.

In recent years, Professor Chanturia writes scientific works not so often for natural reasons – he is very busy with his office of a judge in the ECHR. But sometimes he finds time to write, and it turns out great!

I remember how happy I was while reading Lado's excellent article on the topic: Continental Law and the Codification of Civil Law, which he published in the book titled *Civil Law: Modern Problems of Science, Law, Practice*, published by Statute publishing house in 2018 and dedicated to the anniversary of E.A. Sukhanov.

But the pinnacle of the activity of Lado Chanturia as a scientist is the formation of the Civil Code of Georgia. His friend, Rolf Knieper, took an active part in preparation of the above Code, who took a lot from BGB.

The Georgian Civil Code differs markedly from the Civil Code of other post-Soviet countries, which nevertheless adopted the model of the Civil Code of the former USSR. In

the post-Soviet space (except for the Baltic republics), only two Codes differ from all other Codes: Codes of Moldova and Georgia.

But if the Moldavian CC took a lot from the French CC, then the Georgian CC is saturated with the ideas of the German BGB.

I am not going to compare whose Code is better. I'd rather focus on one issue only: about legal entities of public law and the state as a legal entity.

Lado came to our annual civilistic readings many times being both the President of the Supreme Court, a Professor at the University of Bremen, and the Georgian Ambassador to Germany. Only when he became a judge of the ECHR, it was no longer possible for him to find time and come, although he tried for the first years.

And in almost every speech he mentioned public law entities and the state as a legal entity.

I will not dig too much into the problem. I will give for example the title of only one report made by Lado Chanturia at a conference in 2007: Civil Law and Legal Entities of Public Law: Special Aspects of Legal Regulation.

To my shame and regret, at that time we did not really understand that idea and were not eager to introduce this institution in our country. I even wrote an article in which I justified the uselessness of introducing that institute into our civil law.

However, three years ago, the Research Institute of Private Law received an order to study that problem and as a result of the study we were convinced of the expediency and even the need to introduce the institution of legal entities of public law.

And last year we went to Georgia on a professional business trip. We visited all the largest legal entities of public law and were convinced how they work perfectly thanks to the kind assistance of Tamar Zarandia, the Dean of the Faculty of Law of Tbilisi University. The Chiefs of these entities said that at first they did not understand what it was, but then they figured it out and said thanks to those people who came up with it. So, they said thanks to Professor Chanturia!

Lado Ludvikovich Chanturia is at the peak of his career. And I wish him to use it as well as knowledge and skills for the benefit of beautiful Georgia, for the benefit of Germany, his second homeland, which is beautiful, too, and for the benefit of the whole world, of which he is a citizen!

*მეიაბ ტუხავა**

ძირითადი უფლებების ფუნქციები და მათი მნიშვნელობა მატერიალურ სისხლის სამართალში

შესავალი

ძირითადმა უფლებებმა, როგორც უზენაესმა ღირებულებებმა, თანამედროვე დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფოების კონსტიტუციების საფუძველზე ნორმატიული ხასიათი შეიძინა. ადამიანის ძირითადი უფლებები გავლენას ახდენს ფაქტობრივად სამართლის ყველა სფეროზე. ამ მხრივ გამონაკლისი არც სისხლის სამართალია. პირიქით, სწორედ სისხლის სამართალში ვლინდება ყველაზემეტად ძირითადი უფლებების პრაქტიკული მნიშვნელობა. აღნიშნულს განაპირობებს ის, რომ მხოლოდ სახელმწიფოს გააჩნია დასჯის უფლება *(iuspuniendi)* და ამ თვალსაზრისით საუბარია სახელმწიფოს მხრიდან დასჯის უფლების გამოყენების მონოპოლიურ ბუნებაზე. ცხადია, სახელმწიფოს აღნიშნული ლეგიტიმაცია ეჭვქვეშ არ დგას, თუმცა სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია, რომ ეს უფლებამოსილება განხორციელდეს კონსტიტუციით დადგენილი წესრიგის ფარგლებში, ისევე როგორც მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული ადამიანის კონსტიტუციური უფლებების, როგორც უზენაესი ღირებულებების პრაქტიკული გავლენა ამ პროცესზე. აუცილებელია, გათვალისწინებული იყოს ძირითადი უფლებების ფუნქციური დატვირთვა, რომელიც გარკვეულ სუბიექტურ და ობიექტურ (სამართლებრივ) მასშტაბებს უწესებს სახელმწიფოს.

წინამდებარე პუბლიკაცია განიხილავს ძირითადი უფლებების ფუნქციებს და მათ მნიშვნელობას მატერიალურ სისხლის სამართალში. განხილულია ძირითადი უფლებების დოგმატიკა, უპირატესად, გერმანული სამართლის ჭრილში. ძირითადი უფლებების ტიპების, ამავე უფლებების თავდაცვითი და მფარველობითი ფუნქციების მოკლე მიმოხილვის, მათი სისხლის სამართალში პრაქტიკული მნიშვნელობის გაანალიზების შემდეგ, ვრცელი ნაწილი ეთმობა ძირითადი უფლებების შედარებით ახალ და კონსტიტუციურსამართლებრივ დოგმატიკაში საკამათო ფუნქციას, როგორიცაა დაცვითი ფუნქცია. წარმოჩენილია დაცვითი ფუნქციის დოქტრინალური და პრაქტიკული განვითარების ტენდენციები (გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით) და მისი მნიშვნელობა სისხლის სამართალში, როგორც

* სამართლის დოქტორი, პროფესორი, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე.

სავარაუდო დამნაშავის, ასევე მსხვერპლის პერსპექტივიდან გამომდინარე. დასკვნით ნაწილში გაკეთებულია შეჯამებადა ჩამოყალიბებულიახედვა ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის ქართულ სამართლებრივ პერსპექტივაში გამოყენების მნიშვნელობასთან დაკავშირებით.

1. ძირითადი უფლებების მნიშვნელობა

დემოკრატიულ და სამართლებრივ სახელმწიფოებში ძირითადმა უფლებებმა კონსტიტუციის მოქმედების ფარგლებში განუზომელი მნიშვნელობა შეიძინა მთლიანად მართლწესრიგისათვის. ძირითადი უფლებების სისტემურმა ადგილმა კონსტიტუციაში და მათმა ინტერპრეტაციამ კონსტიტუციურსამართლებრივ მართლმსაჯულებაში სათავე დაუდო სახელმწიფოს ახლებურ გაგებას, რომლის თანახმადაც, სწორედ სახელმწიფოა ინდივიდების, მოქალაქეების დაცვის გარანტი და არა პირიქით.[1] განსაკუთრებით ადამიანის ღირსება, რომელიც გაბატონებული დოქტრინალური მოსაზრებით, ისევე როგორც სასამართლო პრაქტიკით მიიჩნევა ძირითად უფლებად, ამის ნათელ დადასტურებას წარმოადგენს. შესაბამისად, ნებისმიერი სახელმწიფოებრივი მოქმედება, რომელიც ადამიანის თავისუფლების სფეროს ზღუდავს,საფუძველშივე უნდა იყოს რელევანტური მიზეზებით გამართლებული. ამდენად, ძირითადი უფლებები – ეს არის კონსტიტუციურ დონეზე არსებული ინდივიდუალური უფლებები, რომლებიც სახელმწიფოს ავალდებულებს და საქმიანობას მკაცრ კონსტიტუციურსამართლებრივ ჩარჩოებში აქცევს.[2] ეს პრინციპი შეთანხმებულ მოცემულობას წარმოადგენს კონსტიტუციურ სამართალში და იგი მოქმედებს ყველა ტიპის ძირითადი უფლებების მიმართ.

2. ძირითადი უფლებების ტიპები

2.1. თავისუფლებისა და თანასწორობის უფლებები

ძირითადი უფლებების უმეტესი ნაწილი თავისუფლების უფლებებია, რომლებიც იცავს ადამიანის თავისუფლების სფეროს სახელმწიფოს თვითნებური ჩარევისაგან. კონსტიტუციურსამართლებრივ დოქტრინაში ერთმანეთისგან განასხვავებენ სპეციალური და ზოგადი თავისუფლების უფლებებს. აზრისა და ინფორმაციის თავისუფლად გავრცელება, პროფესიული საქმიანობის თავისუფლად განხორციელება სპეციალური სახის თავისუფლების უფლებებს წარმოადგენს, მაშინ როდესაც პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება (გერმანული სამართლის მიხედვით მოქმედების ზოგადი თავისუფლება - Allgemeine Handlungsfreiheit) ზოგადი თავისუფლების უფლებას მიეკუთვნება და მას ე.წ. შემავსებელი ფუნქცია გააჩნია. კერძოდ, ის მოიცავს ადამიანის ყველა იმ თავისუფლების სფეროს, რომელიც სპეციალური კონსტიტუციური დებუ-

[1] იხ. *Hefendehl, R.,* Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, 59.

[2] იხ. *Pieroth, B./Schlink, B./Kingreen, T./Poscher, R.,* Staatsrecht II, Die Grundrechte, 29-ე გამ., 2013, §2, Rn. 45.

ლებებით არ არის დაცული.[3] როდესაც თავისუფლების უფლებებზეა საუბარი, ხშირად უთითებენ, რომ საქმე ეხება *prima facie* უფლებებს, რომლებშიც სახელმწიფოს შეუძლია ჩაერიოს მხოლოდ გარკვეული სამართლებრივი ფორმის დაცვითა და გამამართლებელი გარემოებების საფუძველზე.კონსტიტუციის არქიტექტურაში, თავისუფლების უფლებების გარდა, არსებობს ასევე თანასწორობის უფლებები. განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია სამართლის წინაშე თანასწორობის უფლება, რომელიც, თავის მხრივ, ასევე იყოფა ზოგად და სპეციალურ თანასწორობის უფლებებად. სისხლისსამართლებრივი დასჯადობის დამაფუძნებელი ნორმა ან სანქცია, რომელიც თანასწორობის უნივერსალურ პრინციპს ეწინააღმდეგება, არაკონსტიტუციურია და უნდა ამოირიცხოს კონსტიტუციურსამართლებრივი წესრიგის კატალოგიდან.

2.2 ძირითადი უფლებების „მსგავსი უფლებები“

გერმანულ კონსტიტუციურ სამართალში ცალკე გამოყოფენ ძირითადი უფლებების თანაბარმნიშვნელოვან უფლებებს. მართალია, ეს უფლებები სისტემურად არ არის მოწესრიგებული გერმანიის კონსტიტუციის პირველ თავში, რომელიც ადამიანის კონსტიტუციურ უფლებებს ეძღვნება, თუმცა მჭიდროდ არის მათთან დაკავშირებული. ამ უფლებების დარღვევა ინდივიდუალური საკონსტიტუციო სარჩელის საფუძველია ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ კანონის 93-ე პარაგრაფის საფუძველზე. ზემოხსენებული ტიპის უფლებებს განეკუთვნება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონის მე-20 მუხლის მე-4 პუნქტი, კერძოდ, წინააღმდეგობის გაწევის უფლება, 38-ე მუხლით გარანტირებული აქტიური და პასიური საარჩევნო უფლება, ისევე როგორც 103-ე და 104-ე მუხლებით დადგენილი საპროცესო უფლებები. ამ უფლებებიდანაც სავსებით შესაძლებელია, რომ წარმოიშვას მატერიალურ სისხლის სამართალთან კოლიზია. განსაკუთრებით რელევანტური ამ კონტექსტში არის კანონიერების კონსტიტუციური პრინციპის პრაქტიკული გავლენა სისხლის სამართლის მოქმედების ფარგლებზე.

3. ძირითადი უფლებების ფუნქციების პრაქტიკული გამოცლინება სისხლის სამართალში

ძირითადი უფლებების ფუნქციების კლასიკური დაყოფა დაკავშირებულია იელინეკის სახელთან, რომელიც ერთმანეთისგან განასხვავებდა კონსტიტუციურ უფლებებს status positivus და status negativus გაგებით.[4] ამ კლასიკური დაყოფის მიღმა, თანდათანობით განვითარდა ძირითადი უფლებების სხვა განზომილებებიც, რაშიც კონტინენტალურევროპულ სამართალში გადამწყვეტი როლი ითამაშა გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკამ. ამ თვალსაზრისით, განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია ძირითადი უფლებების ობიექტური და დაცვითი განზომილებები.

[3] იხ. *Manssen, G.*, Staatsrecht II. Grundrechte, მე-8 გამ., 2012, Rn. 33.

[4] იხ. *Jellinek G.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, მე-2 გამ., 1905, 87.

3.1. ძირითადი უფლებების კლასიკური ფუნქციები

3.1.1. თავდაცვითი ფუნქცია (status negativus)

ის, რასაც იელინეკი ძირითადი უფლებების ნეგატიური ფუნქციის ქოლგის ქვეშ მოიაზრებდა, თანამედროვე ადამიანის უფლებათა სამართალში გაგებულია როგორც კონსტიტუციური უფლებების თავდაცვითი ფუნქცია. მოქალაქეებს აქვთ უფლება და იმავდროულად ლეგიტიმური მოთხოვნა, რომ სახელისუფლებო და მმართველობითი ღონისძიებების განხორციელებისას არ დაირღვეს ადამიანის კონსტიტუციით გარანტირებული უფლებები და თავისუფლებები. სახელმწიფომ ასეთი მოქმედებისგან თავი უნდა შეიკავოს, ან უკვე დაწყებული მოქმედება შეწყვიტოს და მის შედეგად წარმოშობილი ნეგატიური შედეგები აღმოფხვრას.[5]ძირითადი უფლებების ამგვარად გაგებული ფუნქცია არის ლიბერალური სახელმწიფოსა და ლიბერალური ძირითადი უფლებების პრაქტიკული გაგების გამოხატულება.[6] ძირითადი უფლებების ასეთი აღქმა მატერიალურ სისხლის სამართალს ლიბერალურსამართლებრივი პერსპექტივიდან აფასებს და სახელმწიფო ძალაუფლებას დასჯადობის დაწესებასთან დაკავშირებით უწესებს მკაცრ მოთხოვნებს.[7]

როდესაც საუბარია ძირითადი უფლებების თავდაცვით ფუნქციაზე,უწინარეს ყოვლისა, იგულისხმება მისი კლასიკური ფუნქცია. ზოგიერთ შემთხვევაში იგი უშუალოდ გამომდინარეობს ძირითადი უფლების დამდგენი ნორმის ტექსტიდან. კონსტიტუციური უფლება თავად მიუთითებს ხოლმე მის ხელშეუხებლობაზე, ჩარევის ზღვარსა და მასშტაბებზე.[8] თავდაცვითი ფუნქცია ძირითადი უფლებების უდავოდ უპირველესი და უმნიშვნელოვანესი ფუნქციაა, ხოლო სხვა ფუნქციებს, მართალია, ასევე რელევანტური, მაგრამ შემავსებელი ფუნქცია გააჩნიათ. ხსენებული მიდგომა ასევე დადასტურებულია გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით.[9] აშკარაა, რომ სისხლისსამართლებრივი ღონისძიებების კონსტიტუციურობის შემოწმებისას ძირითადი უფლებების თავდაცვითი ფუნქციის სწორად გააზრებას ცენტრალური როლი ენიჭება. კონკრეტული ქცევის სისხლისსამართლებრივად სანქციონირებული აკრძალვა ახდენს ადამიანის თავისუფლების სფეროში ჩარევას. კონსტიტუციურსამართლებრივად იგი განსაზღვრული წინაპირობების არსებობისას არის გამართლებული, თანაზომიერების პრინციპის განუხრელი დაცვით.

3.1.2. ძირითადი უფლებების მფარველობითი ფუნქცია

თავდაცვითი ფუნქციის მიღმა, იელინეკი მიიჩნევდა, რომ ძირითად უფლებებს გააჩნიათ თანამონაწილეობითი, მფარველობითი ფუნქციები, საიდანაც ასე-

[5] იხ. *Pieroth, B./Schlink, B./Kingreen, T./Poscher, R.*,იქვე, §4, Rn. 76.
[6] იხ. *Böckenförde, E-W.*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW, Vol. 27, 1974, 1538.
[7] იხ. *Deckert, A.*,Strafwürdigkeit und Strafgesetzgebung, 2008, 123.
[8] იხ. *Schlink, B.*, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ, Heft 20,1984,457.
[9] იხ. BVerfGE 7, 198; BVerfGE 61, 82.

ვე გამომდინარეობდა რელევანტური საპროცესო უფლებები. იგი მას მოიხსენიებდა როგორც *status positivus*.[10] საკუთრივ ცნება – პოზიტიური უფლებები – თვალნათლივ ხდის იმ ფაქტს, რომ განსხვავებით თავდაცვითი ფუნქციისგან, საუბარია არა სახელმწიფოს ჩარევისაგან თავისუფალი ზონის არსებობაზე, არამედ მოთხოვნაზე, სახელმწიფომ იმოქმედოს და შეასრულოს პოზიტიური ვალდებულებები. გერმანულ კონსტიტუციურსამართლებრივ დოქტრინაში ხსენებულის საილუსტრაციოდ მოჰყავთ ძირითადი კანონის მე-19 მუხლის მე-4 პუნქტი (ეფექტიანი დაცვის უფლება), რომლის შესაბამისადაც უნდა შეიქმნას შესაბამისი ინსტიტუტები და ასევე სამართალწარმოების პროცედურა, რაც პრაქტიკულ დონეზე უზრუნველყოფს ეფექტიან სამართლებრივ დაცვას. ძირითადი უფლებების მფარველობითი/თანამონაწილეობითი ფუნქცია და მათი გააზრება ნაკლებად რელევანტურ როლს თამაშობს მატერიალურ სისხლის სამართალთან კავშირში. მნიშვნელოვანი შეიძლება იყოს მოქალაქეების მოთხოვნა სამართლებრივ დაცვაზე, რომელიც, როგორც აღინიშნა, სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებას წარმოადგენს.

3.1.3. ძირითადი უფლებების ობიექტურ-სამართლებრივი ფუნქცია

ჯერ კიდევ ადრეულ პერიოდში გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით დამკვიდრდა ძირითადი უფლებების ობიექტურ-ღირებულებითი ფუნქცია. ამ ფუნქციის მთავარი არსი ისაა, რომ, მიუხედავად ინდივიდის სუბიექტური ინტერესისა, ძირითადი უფლებები ამკვიდრებენ ღირებულებათა ობიექტურ წესრიგს და ამ წესრიგის ფარგლებშივე გააჩნიათ მოქმედების პრეტენზია. ლიუთის გადაწყვეტილებაში[11] სასამართლომ აღნიშნა, რომ სახელმწიფომ ძირითადი უფლებების ობიექტურსამართლებრივი ფუნქცია მხედველობაში უნდა მიიღოს ნებისმიერი სახელისუფლებო საქმიანობის განხორციელებისას. ძირითადი უფლებების ასეთი ფართო და ყოვლისმომცველი გაგება ეფუძნება ლიბერალური და, ნაწილობრივ, სოციალური და სამართლებრივი სახელმწიფოს თანამედროვე განვითარებას.[12] მისგან გამომდინარეობს კანონმდებლობის (განსაკუთრებით ზოგადი დათქმების) კონსტიტუციასთან ჰარმონიულ დამოკიდებულებაში მყოფი ინტერპრეტაციის ვალდებულება, რომელსაც, რასაკვირველია, დიდი მნიშვნელობა ენიჭება სისხლისსამართლებრივ ნორმებთან მიმართებითაც. მართლმსაჯულებისა და ადმინისტრაციული მმართველობის განმახორციელებელი ორგანოების ვალდებულებას წარმოადგენს, რომ კანონის სხვადასხვაგვარი განმარტების შესაძლებლობის არსებობისას, ყოველთვის დაეყრდნომათ კონსტიტუციასთან შესაბამის ინტერპრეტაციას *(Pflicht der verfassungs konformen Auslegung)*.[13] გერმანული მართლმსაჯულების პრაქტიკის ანალიზი ცხადყოფს, რომ სასამართლოები სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დამაფუძნებელ ნორმებს ხშირად ვიწროდ გან-

[10] იხ. *Pieroth, B./Schlink, B./Kingreen, T./Poscher, R.*, იქვე, §4, Rn. 78.

[11] იხ. BVerfGE 7, 198.

[12] იხ. *Grimm, D.*,Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV, Neue Folge, Vol. 1 No. 1/2,1986,38.

[13] იხ. *Kudlich H.*, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ, 58. Jahrgang, Nr. 3, 2003, 127.

მარტავენ. სწორედ აქ ვლინდება კონსტიტუციასთან შესაბამისი განმარტების გზით სისხლის სამართლის მოქმედების ფარგლების შემოსაზღვრა ღირებულებათა იმ ობიექტური წესრიგით, რომელსაც კონსტიტუციური უფლებები ადგენს. ძირითადი უფლებების ობიექტურ-სამართლებრივი ფუნქციის ფარგლებში სამართალგამომყენებელმა სისხლისსამართლებრივი ნორმის საჭირო კონსტიტუციური განმარტება უნდა გაითვალისწინოს, მიუხედავად იმ სამართლებრივი პოზიციისა, რაც შეიძლება გააჩნდეს ძირითადი უფლების სუბიექტს. ასეთ დროს „კონფლიქტი" სისხლის სამართალსა და კონსტიტუციურ სამართალს შორის აუცდენელია, თუმცა იგი უნდა გადაიჭრას გამოსაყენებელი ნორმის კონსტიტუციის შესაბამისი განმარტების გზით. გარდა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დამდგენი ნორმის რესტრიქციული განმარტებისა, სავსებით შესაძლებელია არსებობდეს თეორიული შემთხვევა, როდესაც დასჯადობის გაფართოება ხდება სისხლისსამართლებრივი ნორმის კონსტიტუციასთან შესაბამისი განმარტების საფუძველზე. იქამდე, სანამ დაცული იქნება დაუშვებელი ანალოგიის აკრძალვის კონსტიტუციური მოთხოვნა, ეს კონსტიტუციურსამართლებრივად აკრძალული არ არის. იგი მნიშვნელოვანია განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც არსებული დასჯადობის ხარვეზი უარყოფითად მოქმედებს აქტუალურ თუ პოტენციურ მსხვერპლთა კონსტიტუციურსამართლებრივად დაცულ პოზიციებზე და, ფაქტობრივად, არყევს მათ ნდობას სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებების მიმართ.

3.1.4. ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქცია

ის, რომ ძირითად უფლებებს ასევე გააჩნიათ სახელმწიფოებრივი დაცვის ფუნქცია პოტენციური (მესამე პირთა) ხელყოფისაგან, არ არის ახალი მოსაზრება კონსტიტუციურსამართლებრივ დოქტრინაში. თავის დროზე, იელინეკი აღნიშნულს *status positivus* ცნების ქვეშ მოიაზრებდა. ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქცია შესაძლებელია გაგებული იქნეს, როგორც ამავე უფლებების ობიექტური განზომილება, თუმცა იგი ცალკე დოგმატურ კატეგორიად ჩამოყალიბდა ადამიანის ძირითად უფლებათა სამართალში.[14] ზოგიერთი ავტორის მიერ ძირითადი უფლებებისდაცვითი ფუნქცია განიხილება ამავე უფლებების ობიექტურსამართლებრივი განზომილების ფარგლებში.[15] ძირითადი უფლებების დაცვითმა ფუნქციამ განსაკუთრებული დატვირთვა შეიძინა მატერიალურ სისხლის სამართალში. აღნიშნულის ფარგლებში საქმე ეხება ინდივიდების ინტერესებისთვის შექმნილ საფრთხეს, რომელიც უშუალოდ არ გამომდინარეობს სახელისუფლებო საქმიანობიდან, არამედ ვლინდება კერძო პირთა საქმიანობის შედეგად. თუ ძირითადი უფლებების მოქმედების ფარგლებში დანახული იქნება სახელმწიფოს ვალდებულება, რომ დაიცვას მოქალაქეები სხვა პირთა დანაშაულებრივი საქმიანობისგან, ეს თვალნათლივს ხდის სახელმწიფოს მიერ სისხლისსამართლებრივი აკრძალვების დაწესების აუცილებლობას, რომლის დარღვევასაც უნდა მოჰყვეს შესაბამისი პასუხისმგებლობა. თუმცა,

[14] იხ. *Gostomzyk, T.,* Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee, JuS, Heft. 12, 2004, 952.
[15] იხ. *Klein, H.,* Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl, 109. Jahrgang, 1994, 491.

ვიდრე ეს საკითხი იქნება განხილული, თავდაპირველად სტატიის ფარგლებში ყურადღება გამახვილდება ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის მოძღვრების განვითარების დოქტრინალურ და პრაქტიკულ ასპექტებზე.

4. დაცვითი ფუნქციის დოგმატური საფუძველი

გერმანულ კონსტიტუციურსამართლებრივ დოქტრინაში აღნიშნავენ, რომ ძირითადი კანონის ძალაში შესვლის შემდეგ სულ უფრო მზარდი იყო აკადემიური დისკუსიები იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენად გააჩნდა კონსტიტუციაში სახელდებით მითითებულ უფლებებს, მათ შორის, დაცვითი ფუნქცია. ამ თვალსაზრისით, სამართლიანად აღნიშნავდნენ, რომ ძირითადი უფლებების ფორმულირება, ისევე როგორც მათი შინაარსი *e contrario* აღნიშნულს არ გამორიცხავდა. პირიქით,დაცვითი ფუნქცია, როგორც ისტორიული ფაქტი, საფუძვლად ედო საკუთრივ კონსტიტუციის შექმნასაც. საკუთრივ სამართლებრივი სახელმწიფოს იდეაც, რომელიც გულისხმობსგაუმართლებელი სახელისუფლებო ჩარევისაგან თავისუფალ სამოქმედო ასპარეზს,სახელმწიფოს აკისრებს ვალდებულებას, რომიზრუნოს უსაფრთხო გარემოს შექმნაზე. აღნიშნული კი წარმოადგენს აუცილებელ წინაპირობას პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლების პრაქტიკული რეალიზაციისათვის.[16]

იმავდროულად აღსანიშნავია, რომ დემოკრატიულ სახელმწიფოებში მოქმედი კონსტიტუციების ფარგლებში დღემდე სადავოა ძირითადი უფლებების ზემოხსენებული ფუნქციის დოგმატური ადგილი. მეცნიერთა ნაწილის შეხედულებით, იგი ეფუძნება ელემენტარულ კონსტიტუციურ პრინციპებს. მაგალითად, ზაქსის შეხედულებით, სახელმწიფოს მიერ სოციალურად საზიანო ქცევის დანაშაულად გაუთვალისწინებლობა ფუნდამენტურ დონეზე ეწინააღმდეგება კონსტიტუციითვე დადგენილ ღირებულებათა ობიექტურ წესრიგს, ისევე, როგორც ადამიანის ღირსებას. ასევე გავრცელებულია მოსაზრება, რომ ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის ბაზისი სამართლებრივი და სოციალური სახელმწიფოს პრინციპებში ვლინდება.[17]

შედარებით ახალ კონსტიტუციურსამართლებრივ დოქტრინაში დაცვითი ფუნქციის საფუძველს ძირითადი უფლებების ფარგლებში განიხილავენ. ამ მხრივ განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია სიცოცხლისა და ფიზიკური ხელშეუხებლობის უფლებები.[18] გერმანულ იურიდიულ წრეებში წარსულში ასევე საუბარი იყო უსაფრთხოების კონსტიტუციური უფლების შემოღების აუცილებლობაზეც. ამ მხრივ განხილული იყო ურთიერთობათა ე.წ. სამკუთხედი – მსხვერპლი, დამნაშავე და სახელმწიფო. თავის მხრივ, ზემოხსენებული უსაფრთხოების ძირითადი უფლებით, სახელმწიფო ვალდებული იყო, რომ გარკვეული წინაპირობების გათვალისწინებით, შეეჩერებინა პირი, რომელიც სოციალურად საზიანო ქმედებით ზიანს აყენებდა მესამე პირის (მსხვერპლის) ინტერე-

[16] იხ. *Möstl, M.*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 9.
[17] იხ. *Appel, I.*, Verfassung und Strafe, 1998, 31.
[18] იხ. *Robbers, G.*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, 187.

სებს.[19]საბოლოოდ უნდა ითქვას, რომ გაბატონებული შეხედულება დაცვითი ფუნქციის საფუძველს ძირითადი უფლებებით დადგენილ ღირებულებათა ობიექტური წესრიგის ფარგლებში ხედავს.

5. სასამართლო პრაქტიკა გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მაგალითზე

გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს უდიდესი მნიშვნელობა ჰქონდა ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის განვითარებისათვის. ამ მხრივ მნიშვნელოვანი იყო პირველი გადაწყვეტილება აბორტის შესახებ, სადაც სასამართლომ სახელმწიფოსგან, ძირითადი კანონის მე-2 მუხლით (სიცოცხლის უფლება) დადგენილი ღირებულებათა ობიექტური წესრიგის საფუძველზე, ჯერ კიდევ დაუბადებელი სიცოცხლის დაცვა მოითხოვა.[20] ამას მალევე მოჰყვა აბორტის შესახებ მეორე გადაწყვეტილება, სადაც უკვე ძირითადი უფლების დამცავი ფუნქცია დაუბადებელი სიცოცხლის ღირსების უფლებას დაეფუძნა.[21]გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო თავის შემდგომ გადაწყვეტილებებში დაცვით მოვალეობას მხოლოდ თითოეულ შემთხვევაში შესაბამისი ფუნდამენტური უფლების ობიექტური განზომილების ფარგლებში ასაბუთებს. ლებახის ცნობილ გადაწყვეტილებაში კი სასამართლო ყურადღებას ამახვილებს ადამიანის პიროვნულობის კონსტიტუციურსამართლებრივი დაცვის ვალდებულებაზე.[22] ჯერ კიდევ საკონსტიტუციო სასამართლოს 1972 წლის გადაწყვეტილებაში დადგენილია სტანდარტი, რომლის მიხედვითაც სახელმწიფომ უნდა გაატაროს ეფექტიანი და მხარდამჭერი ზომები აკადემიური თავისუფლების ძირითადი უფლების დასაცავად.[23] ამ და ასევე სხვა გადაწყვეტილებებში აშკარაა, რომ დაცვითი ფუნქციის იდეა არ შემოიფარგლება ისეთი ძირითადი უფლებებით, როგორიცაა სიცოცხლის უფლება და ფიზიკური ხელშეუხებლობა.[24] მაგალითად, გერმანული კონსტიტუციური მართლმსაჯულების პრაქტიკის თანახმად, ძირითადი კანონის მე-12 მუხლის მიხედვით, პროფესიის არჩევის თავისუფლება აღიარებულ იქნა დაცვის მოვალეობის შესაძლო ობიექტად.[25]

ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს სტანდარტების მიხედვით, დაცვის მოვალეობა უნდა დადასტურდეს, უპირველეს ყოვლისა, თუ მესამე პირის ქმედებით ძირითადი უფლების მოსალოდნელი დარღვევა გამოუსწორებელ ხასიათს შეიძენს (როგორც ეს არის სიცოცხლის უფლების დარღვევის შემთხვევაში). ამასთან მნიშვნელოვანია, რომ კონსტიტუციური უფლებისთვის შექმნილი საფრთხე უკონტროლოა და ცალკეული ქმედებების ურთიერთქმედება,

[19] იხ. *Hain, K.-E.,* Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? DVBl, Jahrgang 108, 1993, 982.
[20] იხ. BVerfGE 39, 1.
[21] იხ. BVerfGE 88, 203.
[22] იხ. BVerfGE 35, 202.
[23] იხ. BVerfGE 35, 79.
[24] იხ. *Klein, H.,* იქვე, 491.
[25] იხ. BVerfGE 92, 26.

რომლებიც საფრთხეს უქმნის ფუნდამენტურ უფლებას, არ შეიძლება პოტენციურ დაზარალებულთა მიერ დამოუკიდებლად იქნეს დაცული.[26] საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით, დაცვის მოვალეობის შემოსაზღვრა კონკრეტული ძირითადი უფლებებით არ არის დადგენილი და ამგვარი ინტერპრეტაციის საშუალებას არც არსებული პრაქტიკა იძლევა. ეს ლოგიკურიცაა, განსაკუთრებით იმის ფონზე, როდესაც საუბარია დაცვითი მოვალეობის საფუძველზე, ძირითადი უფლებების საშუალებით თავისუფლების უზრუნველმყოფი ფუნქციის შესრულებაზე. თუ საკითხს ამ პერსპექტივიდან შევხედავთ, დაცვითი ფუნქცია რელევანტურია ყველა თავისუფლების კონსტიტუციურ უფლებასთან მიმართებით.[27] მეორე მხრივ, ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის პრაქტიკული რელევანტურობა თავს იჩენს განსაკუთრებით მნიშვნელოვან და მკაფიოდ კონსტრუირებულ ძირითად უფლებებთან მიმართებით (ღირსება, სიცოცხლე, სხეულებრივი მთლიანობა, ფიზიკური თავისუფლება), რომლებიც ადამიანის ყოფიერებისთვის საბაზისო საფუძველს წარმოადგენს.[28]

რაც შეეხება საფრთხის საჭირო ინტენსივობას, ზოგჯერ ვარაუდობენ, რომ სახელმწიფოს დაცვის ვალდებულება წარმოიქმნება მხოლოდ გარკვეული ქვედა ზღვრის მიღწევის შემდეგ. ეს ზღვარი გადალახულია, როდესაც ზიანის დადგომისა და საფრთხის რეალიზაციის ალბათობა საკმარის დონეს მიაღწევს. აღნიშნულ ზღვარს ქვემოთ კი არის ცხოვრებისეული რისკები, რომლებიც, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს თანახმად, ყველა მოქალაქეს ეკისრება, როგორც „სოციალურად ადეკვატური ტვირთი“.[29] ზოგიერთ შემთხვევაში მითითებულია, რომ დაცვის მოვალეობა შეიძლება გამოწვეული იყოს მხოლოდ ფუნდამენტური უფლებების „მართლსაწინააღმდეგო“ დარღვევით.[30] თუმცა აქ დიფერენცირებული განხილვაა საჭირო: კონსტიტუციური დაცვის განზომილების ფარგლები, ცხადია, არ შეიძლება განისაზღვროს ორდინალური კანონით, ასე რომ, მასშტაბები შეიძლება მხოლოდ კონსტიტუციიდან გამომდინარეობდეს. ჩვეულებრივ, როდის არის ინტერვენცია „მართლსაწინააღმდეგო“, შეიძლება განისაზღვროს მხოლოდ დარღვეული უფლების ხელყოფის შეფასებით და სახელმწიფო დაცვის მოვალეობის შესრულების შემოწმებით.[31]

მატერიალური სისხლის სამართლისთვის პრობლემური და იმავდროულად დიდი მნიშვნელობის მქონეა კითხვაზე პასუხი, თუ როგორ უნდა მოიქცეს სახელმწიფო ჯერ კიდევ დაუზუსტებელი სამეცნიერო მიღწევების შეფასების და ანალიზის დროს. შეუძლია თუ არა სახელმწიფოს დააწესოს აკრძალვები, მიუხედავად იმისა, რომ ბოლომდე გაურკვეველია განსაზღვრული ქცევის საზიანო ბუნება (განსაკუთრებით ახალი ტექნოლოგიების განვითარების კვალდაკვალ)? სამართლიანად უთითებენ დოქტრინაში, რომ შესაბამისი ცოდნისა და გამოცდილების ნაკლებობა კონკრეტულ სფეროში ნეგატიურად არ უნდა

[26] იხ. *Pieroth, B./Schlink, B./Kingreen, T./Poscher, R.*, იქვე, §4 Rn.114.
[27] იხ. *Isensee, J./Kirchhof, P., Handbuch des Staatsrechts,* 2011, §191, Rn. 218.
[28] იხ. *Dietlein, J.*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 76.
[29] იხ. BVerfGE 49, 89.
[30] იხ. BVerfGE 39, 1.
[31] იხ. *Möstl, M.*, იქვე, 97.

აისახოს დაცვის ვალდებულებაზე, რომელიც ძირითადი უფლების ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ფუნქციიდან გამომდინარე, აკისრია სახელმწიფოს. თუ მოთხოვნილი იქნებოდა, რომ ჯერ დამტკიცდეს კონკრეტული მოვლენის საზიანო ეფექტი, ეს ვერ უზრუნველყოფდა ეფექტიან დაცვას. ასეთი მიდგომა კიდევ უფრო მეტად გამართლებულია, რაც უფრო მნიშვნელოვანია საფრთხეს დაქვემდებარებული სამართლებრივი ინტერესები. თუმცა, ეს ამოსავალი წერტილი არ წყვეტს მტკიცების ტვირთის განაწილების პრობლემას, თუ დამცავი ზომები იმავდროულად გამოიყენება მესამე პირთა უფლებებში ჩარევისთვის.[32] ნებისმიერ შემთხვევაში, ცხადია, რომ დაცვის მოვალეობის დასაბუთება არ შეიძლება იყოს რაიმე სახით სავარაუდო საფრთხეებზე დაფუძნებული, უფრო სწორად, საჭიროა ეჭვი შესაბამისი საფრთხის შესახებ, რომელიც დაფუძნებულია ფაქტებსა და ინფორმაციაზე, რაც შეიძლება რაციონალურად დასაბუთდეს.[33] ამიტომაც უნდა იყოს დაცული სახელმწიფოს მოქმედების ზოგადი რაციონალურობის კრიტერიუმი, რომელიც შეიძლება გამომდინარეობდეს პროპორციულობის კონსტიტუციური პრინციპიდან. ეს ასევე მოიცავს კანონმდებლის ვალდებულებას,უახლესი სამეცნიერო დასკვნების საფუძველზე განსაზღვროს თავისი სამომავლო ზომები.[34]

თავის მხრივ, კანონმდებელს, დაცვის მოვალეობის შესრულების თვალსაზრისით, უნდა გააჩნდეს მიხედულების ფართო არეალი.[35] ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო დაცვის ვალდებულების მყისიერად განხორციელების კუთხით მიუთითებს შემდეგ ფაქტორებზე, როგორიცაა: მოსალოდნელი საფრთხის ბუნება, სიახლოვე და მასშტაბი, საზოგადოებრივ ურთიერთობაში ჩართული სახელმწიფო და კერძო ინტერესების ბუნება, არსებული რეგულაციებისა და მიღებული ზომების საკითხი.[36] დაცვის მოვალეობის დარღვევა უნდა ვივარაუდოთ იმ შემთხვევაში, თუ სახელმწიფომარ მიიღო დამცავი ზომები, ან მიღებული ზომები სრულიად შეუფერებელი ან არაადეკვატურია.[37]

თუ სახელმწიფოს დაცვის ვალდებულება ძირითადად დადასტურებულია, როგორც წესი, არსებობს რამდენიმე ვარიანტი, რომ სახელმწიფომ მიიღოს ზომები მის შესასრულებლად. საკონსტიტუციო სასამართლოს შეუძლია განსაზღვროს მხოლოდ ის, არსებობს თუ არა დაცვის ვალდებულება და არა ის, თუ როგორ და რა პირობებში შეასრულებს მას სახელმწიფო. უდავო მოსაზრების თანახმად, განსაკუთრებით გამონაკლის შემთხვევებში, კანონმდებლის მოქმედების ფარგლები შეიძლება შემცირდეს განსახორციელებელ კონკრეტულ დამცავ ღონისძიებამდე, რომელიც შედარებულია „დისკრეციის ნულამდე შემცირებასთან“.[38] იმავდროულად, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული

[32] იხ. *Möstl, M.*,იქვე, 100.
[33] იხ. *Möstl, M.*,იქვე, 98.
[34] იხ. BVerfGE 56, 54.
[35] იხ. BVerfGE 115, 118.
[36] იხ. BVerfGE 49, 89.
[37] იხ.BVerfGE 56, 54.
[38] იხ. *Dreier, H.,* Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte, Jura, Band 45, 1994, 513.

მოქალაქეთა შესაძლო თვითდახმარების შესაძლებლობა (სუბსიდიურობის პრინციპი),[39] ასევე დათქმა იმისა, რაც ფაქტობრივად და იურიდიულად არის შესაძლებელი[40].

თუ დაცვის მოვალეობის შესრულებისას, რაც ყოველთვის ხდება სისხლის-სამართლებრივი ნორმების დაწესებისას, მესამე პირთა უფლებებში ჩარევა ხორციელდება, კანონმდებელმა თავად უნდა მოაწესრიგოს ყველა არსებითი საკითხი.[41] საკითხისადმი ასეთი მიდგომა შეესაბამება არსებითობის დოქტრინას, რაც სისხლის სამართალში კანონიერების პრინციპითაც არის განმტკიცებული. საკამათო კითხვაზე, სპეციალური საფრთხეების შემთხვევაში, (მაგ., ახალი ტექნოლოგიებიდან მომდინარე რისკები, რომლებიც ჯერ არ არის სათანადოდ გამოკვლეული), მესამე პირთა უფლებებში ჩარევის შესაძლებლობა პირდაპირ უნდა გამომდინარეობდეს თუ არა დაცვის ფუნდამენტური უფლებიდან, სისხლის სამართლის მიზნებისთვის, უარყოფითი პასუხი უნდა იქნეს გაცემული: სასჯელისა და სანქციების საშუალებით დაცვა აუცილებლად მოითხოვს სამართლებრივ საფუძველს, რაც ასევე არ შეიძლება შეიცვალოს კონსტიტუციაზე დაფუძნებული „ღირებულების დაცვის ხარვეზის შევსების“ იდეით.[42]

დაცვის მოვალეობის შესრულების ადრესატად მხოლოდ საკანონმდებლო ორგანო არ წარმოგვიდგება. სამართლიანად მიიჩნევა, რომ ასევე აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლებაც არის ძირითადი უფლებებით შებოჭილი და, შესაბამისად, მათაც ეკისრებათ დაცვის ვალდებულება, რაც ძირითადი უფლებების უმნიშვნელოვანესი ფუნქციური დატვირთვიდან გამომდინარეობს.[43] თუმცა, საკანონმდებლო ბოჭვის პირობებში, დაცვის მოვალეობით განპირობებული ჩარევა მესამე პირთა უფლებებში არ უნდა გასცდეს შესაბამის საკანონმდებლო ჩარჩოს. გერმანულ იურიდიულ დოქტრინაში ხსენებულის საილუსტრაციოდ მოჰყავთ შემდეგი მაგალითი: მაშინაც კი, თუ მოსამართლე მიიჩნევს, რომ მნიშვნელოვანი კონსტიტუციურსამართლებრივი მიზეზებიდან გამომდინარე, საჭიროა სანქციის დაწესებულისგან განსხვავებული ზომის გამოყენება, მას არ შეუძლია გასცდეს საკანონმდებლო ნორმის სიტყვასიტყვით ფორმულირებას. ასეთ დროს, ერთადერთი გამოსავალი არის კონსტიტუციური წარდგინების ინსტიტუტი საკონსტიტუციო სასამართლოში.

6. კონსტიტუციური სახის სუბიექტური უფლება დაცვაზე

დაცვის სახელმწიფო მოვალეობის დადასტურების შემთხვევაშიც კი, ჯერ არ არის გადაწყვეტილი, რომ მისი შესრულება ასევე შეიძლება სასამართლოში განიხილებოდეს დაინტერესებული მოქალაქის მიერ (კონსტიტუციური სარჩელის გზით). ერთი შეხედვით, ასეთ სუბიექტურ სამართლებრივ პოზიციას ეწინააღმდეგება ის ფაქტი, რომ დამცავი ფუნქცია უპირატესად გამომდინარეობს

[39] იხ. *Hermes G.*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, 245.
[40] იხ. *Isensee, J./Kirchhof, P.*, იქვე, § 191, Rn. 274.
[41] იხ. *Unruh, P.*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, 24.
[42] იხ. *Böckenförde, E-W.*, იქვე, 11.
[43] იხ. *Dietlein, J.*, იქვე, 70.

ძირითადი უფლებების ობიექტური სამართლებრივი განზომილებიდან. შესაბამისად, „სუბიექტურ სამართალზე“ გადასვლას ნამდვილად სჭირდება დასაბუთება. გარდა ამისა, საკანონმდებლო უმოქმედობის კონსტიტუციური საჩივრის საგნად აღიარება აშკარად აისახება ხელისუფლების დანაწილების საკითხზე. სუბიექტური უფლების თვალსაჩინოება უწინარესად იკვეთება იქ, სადაც კონსტიტუცია საკანონმდებლო ორგანოს მოქმედების მკაფიო ვალდებულებას უწესებს, რომელსაც კონსტიტუციური საჩივრის ფარგლებში შეიძლება დაეყრდნოს მომჩივანი.[44] თუმცა ეს ვიწრო კონტექსტი უარყოფილ იქნა გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით. სასამართლოს პოზიციით, დაცვის მოვალეობის დარღვევის დროს, ინდივიდს უნდა ჰქონდეს სუბიექტური უფლება გაასაჩივროს საკანონმდებლო უმოქმედობა და მისგან მომდინარე ძირითადი უფლების შესაძლო დარღვევა.[45]

გაბატონებული დოქტრინა გერმანულ კონსტიტუციურ სამართალში ეთანხმება ხსენებული საკითხისადმი სასამართლოს მიდგომას.ისენსე ეს შეხედულებით, ეს არის ერთადერთი გზა „ძირითადი უფლებების ინდივიდუალისტური ხასიათის“ დასაკმაყოფილებლად.[46] ნაწილობრივ ამტკიცებენ, რომ ფუნდამენტური უფლების კონკრეტული ობიექტური შინაარსის აღიარებასთან ერთად, სუბიექტური მოთხოვნის სასარგებლოდ პრეზუმფცია უნდა იქნეს მიღებული. გარდა ამისა, აღნიშნულია, რომ სხვაგვარად ვერ იქნება გარანტირებული კანონიერი დაცვის ინტერესების ეფექტიანი რეალიზება ან ობიექტური კონსტიტუციური ვალდებულებების კონტროლი – აზრი, რომელიც მოგვაგონებს ევროპულ სამართალში გაბატონებულ დოქტრინას – *„effet utile“*. გერმანულ იურიდიულ დოქტრინაში აღნიშნავენ, რომ კონსტიტუციური სარჩელების მოახლოებული ნაკადის შესაძლო პრაქტიკული კონტრარგუმენტი, რომლის წონაც საეჭვო ჩანს დოგმატური განხილვის კონტექსტში, ნებისმიერ შემთხვევაში რეტროსპექტივაში არც თუ ისე მართებულია. მოვლენების ასეთი განვითარება ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ახალი პრაქტიკის თანახმად ჯერ არ დადასტურებულა.[47] ეს გამოწვეულია არა მხოლოდ დაცვის მოვალეობისმატერიალური გაგებით დარღვევით, არამედ პროცედურული სიტუაციითაც: კონსტიტუციური სარჩელი მოითხოვს, რომ განმცხადებელს შეეძლოს იმის მტკიცება, რომ მას პირდაპირ და უშუალოდ ეხება სახელისუფლებო ქმედება (მოცემულ შემთხვევაში უმოქმედობა). ამისათვის შესაძლებელი უნდა იყოს იმის მტკიცება, რომ განმცხადებელს აქვს დაცვის საკმარისად სპეციფიკური საჭიროება.[48] მხოლოდ ვარაუდი იმისა, რომ საფრთხე მომავალში შესაძლოა რეალიზდეს, არ არის საკმარისი.

დაცვაზე სუბიექტური უფლების აღიარების პარალელურად კონსტიტუციურსამართლებრივ დოქტრინაში ისმის კითხვა, რომ ძირითადი უფლების ობიექტურსამართლებრივი განზომილება ასეთ პირობებში ხომ არ არის გაუგებარი

[44] იხ. BVerfGE 23, 242.
[45] იხ. BVerfGE 77, 170.
[46] იხ. *Isensee, J./Kirchhof, P.*, იქვე, §191, Rn. 322.
[47] იხ. *Unruh, P.*, იქვე, 65.
[48] იხ. *Hermes, G.*, იქვე, 213.

და ზედმეტი კატეგორია, განსაკუთრებით მაშინ, თუ მას შევხედავთ როგორც თავდაცვითი ფუნქციის „საპირისპირო პოლუსს“.[49] ერთი რამ ცხადია, ამ ორ მოცემულობას შორის მკაფიო მიჯნის გავლება რთულია. ერთი მხრივ, სუბიექტური თავდაცვითი ფუნქცია ემყარება ძირითადი უფლებებით დადგენილ ობიექტურ წესრიგს,[50] მეორე მხრივ, როგორც აღინიშნა, დამცავი მოვალეობების სფეროში მოქალაქის სუბიექტური სამართლებრივი მდგომარეობა დიდწილად არის აღიარებული და ის წმინდა ობიექტურ განზომილებად არ წარმოგვიდგება. ფაქტობრივად, თავდაცვითი და დამცავი ფუნქციები ამ კუთხით არ განსხვავდება ერთმანეთისგან და შეიძლება ერთგვაროვან თვალსაზრისამდეც მივიდეთ: ორივე შემთხვევაში საუბარია სახელმწიფოს მხრიდან ფუნდამენტური უფლებების დარღვევის ბრალდებაზე, ასევე ამ დარღვევის გამოსწორებაზე, რომელიც შეიძლება განხილულ იქნეს სასამართლოში.

ამის მიუხედავად, რჩება ობიექტური ფუნქციის გამოყენების სფერო, რაც აუცილებელს ხდის ორივე კატეგორიის შენარჩუნებას. შესაძლებელია არსებობდეს ისეთი შემთხვევა, რომლის ფარგლებშიც დაცვის მოვალეობის დარღვევის წინაპირობები ობიექტურად შესრულებულია, მაგრამ ცალკეულ პირებზე საკმარისად კონკრეტული ზემოქმედება არ ხდება (უშუალო და პირდაპირი ზიანის ფაქტის კონსტატაცია). მაგალითად, გარემოს დაბინძურება, ან ისეთი კონსტელაციები, სადაც ზოგად კრიმინალთან დაკავშირებულ საფრთხეებზეა მითითება.

7. ძირითადი უფლებიდან მომდინარე დაცვითი ფუნქციის კრიტიკა

მიუხედავად დაცვითი ფუნქციის დოგმატური კონტურების ბოლომდე გაურკვევლობისა, იგი ძირითადად აღიარებულია კონსტიტუციურსამართლებრივ დოქტრინაში. იმავდროულად, ეს ინსტიტუტი არცთუ იშვიათად ექცევა კრიტიკის ქვეშ. ამ თვალსაზრისით ხაზგასმულია ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის გადაჭარბებულ ხასიათზე და იმაზე, რომ მისით მოცული საკითხები ექცევა ძირითადი უფლებიდან მომდინარე თავდაცვითი ფუნქციის ფარგლებში. მეორე მხრივ, ცალკეული ავტორები ყურადღებას ამახვილებენ იმ ნაკლოვანებაზე, რომ დაცვითი ფუნქცია სასამართლო პრაქტიკაში ძირითადი უფლებებით დადგენილი ობიექტური წესრიგის ფარგლებში იქნა ამოკითხული. აღნიშნული ხელოვნურად იწვევს თავდაცვითი ფუნქციის შესუსტებას, რაც არ არის გასაზიარებელი. ასევე ყურადღება არის გამახვილებული კომპეტენციათა აღრევის საშიშროებაზე საკანონმდებლო და სასამართლო ხელისუფლებას შორის, განსაკუთრებით იმის ფონზე, რომ სახელმწიფოს დაცვის ვალდებულება, როგორც ინდივიდის სუბიექტური უფლება, შესაძლებელია სასამართლო განხილვის საგანი გახდეს.

[49] იხ. *Unruh, P.*, იქვე, 549.

[50] იხ. *Alexy, R.*, Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Normen, Der Staat, Vol. 29, No.1, 1990, 53.

7.1. დაცვითი ფუნქციის გადაჭარბებული ხასიათი

როგორც უკვე აღინიშნა, გერმანულ კონსტიტუციურ დოქტრინაში მეცნიერების ნაწილიმიიჩნევს, რომ ძირითადი უფლების დაცვითი ფუნქცია არის არასაჭირო კატეგორია.[51]კერძო საქმიანობა, რომელიც იწვევს მესამე პირების ძირითად უფლებებში ჩარევას და ეს არ არის აკრძალული, იმავდროულად წარმოშობს სახელმწიფოს თანაპასუხისმგებლობას. ასეთ დროს სახელმწიფოს უმოქმედობა შესაძლებელია კლასიფიცირდეს, როგორც ჩარევა და ის დაექვემდებაროს კონსტიტუციურსამართლებრივ შემოწმებას ძირითადი უფლებების თავდაცვითი ფუნქციის ფარგლებში. აღნიშნულს საფუძვლად უდევს ის მოსაზრება, რომ გარკვეული ქმედების აკრძალვის გარეშე დატოვება ინდივიდს ანიჭებს მოქმედების თავისუფლებას, იმავდროულად, ამავე მოქმედებით შემხებლობაში მყოფ მესამე პირს უდგენს თმენის ვალდებულებას. თუმცა ეს ბოლო პუნქტი უნდა დავიწროვდეს. იურიდიულ დოქტრინაში სამართლიანად აღნიშნავენ, რომ აკრძალვის არარსებობასადა თმენის ვალდებულებას შორის იმთავითვე ტოლობის ნიშნის დასმა არ არის გამართლებული.[52] პირს, რომელიც თავს დაზარალებულად მიიჩნევს, შეუძლია საკანონმდებლო მოწესრიგების ფარგლებში, თავდაცვით უფლებებს მიმართოს, რომელიც სამართლის უზენაესი პრინციპებიდან გამომდინარეობს და მოქმედების მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს განსაზღვრავს. იმავდროულად, აღნიშნულია, რომ ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის ფარგლებში აღრეულია სახელმწიფოსა და კერძო პირთა მოქმედებები. კონსტიტუციური უფლებების გადმოსახედიდან, არ არის თანაბარმნიშვნელოვანი, საუბარია სახელმწიფოს მხრიდან კლასიკურ ჩარევაზე თუ სახელმწიფოებრივ უმოქმედობაზე მესამე პირის საზიანო ქცევასთან მიმართებით. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში რელევანტურია კითხვა, რატომ უნდა შეერაცხოს მესამე პირის ქმედება სახელმწიფოს და რა პირობებში უნდა იყოს მოთხოვნილი სახელმწიფოს მხრიდან პოზიტიური ჩარევა. უმოქმედობა მხოლოდ მაშინ შეიძლება ჩაითვალოს ძირითად უფლებაში ჩარევად, როდესაც მოქმედების ვალდებულება არსებობს. ეს კი ყველა კერძო საქმიანობის განხორციელების დროს არ არის სახეზე, არამედ საჭიროა შესრულდეს განსაზღვრული კრიტერიუმები. ამისთვის კი აუცილებელია ამ კრიტერიუმების იდენტიფიცირება. კერძოდ, როდის წარმოეშობა სახელმწიფოს მოქმედების ვალდებულება და როდის იქმნება საფრთხე კერძო პირთა საქმიანობის შედეგად, რომელიც საზიანოა მესამე პირთა ძირითადი უფლებებით დაცული ინტერესებისთვის.[53]

განსხვავებულად უნდა შეფასდეს საკითხი, როდესაც სახელმწიფო უბრალოდ უმოქმედობას კი არ იჩენს, არამედ აქტიური მოქმედებით, (მაგ., მმართველობითი საქმიანობის ფარგლებში ნებართვის გაცემა), ქმნის განჭვრეტად წი-

[51] იხ. *Schwabe, J.*, Probleme der Grundrechtsdogmatik,1977, 213; *Murswieck, D.*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik 1985,63.

[52] იხ. *Hermess, G.*, იქვე, 93.

[53] იხ. *Dietlein, J.*, იქვე, 44.

ნაპირობებს კერძო საქმიანობისთვის. ასეთ დროს საუბარია სახელმწიფოს თანაპასუხისმგებლობაზე, რომელიც დადასტურებულია გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკითაც.[54] მაშინ როდესაც კერძო პირთა სოციალურად საზიანო ქცევა არის სახელმწიფოებრივი ქმედების განჭვრეტადი შედეგი და იკვეთება მჭიდრო კავშირი სახელისუფლებო და კერძო საქმიანობას შორის, იგი ძირითადი უფლებების თავდაცვითი ფუნქციის ფარგლებში ექვემდებარება კონსტიტუციურ კონტროლს.[55]

7.2. ღირებულებათა წესრიგის უკონტურო ფარგლები

ცნობილი გერმანელი კონსტიტუციონალისტი შლინკი ეწინააღმდეგება დაცვითი ფუნქციის ძირითადი უფლებით დადგენილი ღირებულებათა წესრიგის ფარგლებში განხილვას. იგი მოცემულ შემთხვევაში ხედავს დროის სვლასთან დაკავშირებულ ღირებულებათა სუბიექტივიზაციის საფრთხეს, ნაცვლად იურიდიული ანალიზისა.[56] მისი შეხედულებით, ეს გამოიწვევს კონსტიტუციის ტექსტის მიღმა, ძირითადი უფლებების სფეროს უსაზღვრო გაფართოებას თვითნებური შეფასების საფუძველზე. თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ მოცემულ შემთხვევაში საქმე ეხება კონსტიტუციის ინტერპრეტაციას, რომელიც თანაბრად რელევანტურია როგორც დაცვითი ფუნქციის ფარგლებში, ისე გენერალურადაც.[57] ღირებულებათა ობიექტური წესრიგის მხედველობაში მიღების გარეშე კი ზოგადად წარმოუდგენელია სამართლებრივი სისტემის არსებობა. ძირითად უფლებებში ინკორპორირებული ღირებულებების ძიება არის ლეგიტიმური და არა *per se* თვითნებური.[58] პირიქით, გაბატონებული შეხედულების თანახმად, იგი გამომდინარეობს ძირითადი უფლებების იდეიდან.

7.3. ძირითადი უფლების თავდაცვითი ფუნქციის შესუსტება

ცალკეულ ავტორთა მოსაზრებით, დაცვითი ფუნქციის ყოვლისმომცველი აღიარება გამოიწვევს ძირითადი უფლებების თავდაცვითი ფუნქციის შესუსტებას, რომელსაც უპირატესი დანიშნულება გააჩნია და ისტორიულადაც საფუძვლად ედო ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების კონსტიტუციურ დონეზე აღიარებას.[59] საპირისპიროდ უნდა აღინიშნოს, რომ დაცვითი ფუნქცია და მისი მოქმედების ფარგლები იმთავითვე არ იწვევს ძირითადი უფლებების თავდაცვითი ფუნქციის რელატივიზაციას. გარდა ამისა, ცალკეულ შემთხვევებში სრულიად ზედმეტია საუბარი ძირითადი უფლებების ამ ორი ფუნქციის შინაარსობრივ აღრევაზე, რაც აშკარას გახდიდა მათი დოგმატური ხასიათის წინააღმდეგობრივ ბუნებას. კერძოდ, დაცვითი ფუნქცია ვერასდროს გავრცელდება სახელმწიფოს ისეთ ღონისძიებაზე, რომელიც ძირითადი უფლებების თავდაცვითი ფუნქციის გადმოსახედიდან არასდროს იქნებოდა დასაშვები.

---

[54] BVerfGE 53, 30.

[55] იხ. *Jarass, H.D.,*Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR, Vol. 120, No. 3, 1995, 364.

[56] იხ. *Schlink, B.,* იქვე, 463.

[57] იხ. *Jescheck, H.-H./*Lüttger, *H. (Hrsg.),* Festschrift für Dreher 1977, 106.

[58] იხ. *Dietlein, J.,* იქვე, 61.

[59] იხ. *Jescheck, H.-H./Lüttger, H.(Hrsg.),* იქვე, 104.

7.4. შესაძლო საფრთხე ხელისუფლების დანაწილების კონსტიტუციური პრინციპისთვის

იურიდიულ დოქტრინაში ასევე წარმოდგენილია თვალსაზრისი, რომლის მიხედვითაც, ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის აღიარება იწვევს ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის დარღვევას. ეს ხდება განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც არამარტო საკანონმდებლო უმოქმედობა შეიძლება გახდეს კონსტიტუციური საჩივრის საგანი, არამედ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით შესაძლებელია კანონმდებელს წაეყენოს ლეგისლატორული მოქმედების მოთხოვნა. ეს კი სამართლებრივ სახელმწიფოში გამოიწვევს დემოკრატიულად ლეგიტიმირებული საკანონმდებლო ორგანოს კომპეტენციის დასუსტებას, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც, დაცვის მოვალეობის დარღვევა შესაძლებელია კონსტიტუციურ კონტროლს დაექვემდებაროს.[60] სწორედ ამიტომაც, გერმანელი მეცნიერი იპსენი მიიჩნევს, რომ დაცვითი ფუნქცია აღიარებული უნდა იყოს მხოლოდ იმ შემთხვევებისთვის, როდესაც ამის მოთხოვნა უშუალოდ კონსტიტუციის ტექსტიდან გამომდინარეობს.[61]

რაც შეეხება დაცვითი ფუნქციის მოვალეობის დარღვევის შესაძლო კონსტიტუციური კონტროლის არგუმენტს, უნდა აღინიშნოს, რომ ამგვარი კონტროლის მასშტაბი გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით ვიწროდ არის დადგენილი. კერძოდ, დაცვითი ფუნქციის შესრულების მოვალეობა მაშინ მიიჩნევა დარღვეულად, როდესაც საკანონმდებლო ორგანოს საქმიანობა სრულიად შეუსაბამოა და მაღალი ღირებულების სამართლებრივ სიკეთეებს ექმნებათ საფრთხე, იმავდროულად ხელყოფის საფრთხე აშკარა ხასიათის უნდა იყოს.[62] მაშინაც კი, როდესაც დადგინდება მოქმედების ვალდებულება, სახელმწიფოს გააჩნია მიხედულების ფართო არეალი. ასეთ დროს მოქალაქეს აქვს მხოლოდ იმის უფლება, რომ მოითხოვოს ამ თავისუფალი სამოქმედო ასპარეზის უშეცდომოდ გამოყენება და არა კონკრეტული ღონისძიების გატარება. ამ თვალსაზრისით, სახელმწიფოს ევალება, შექმნას დაცვითი ფუნქციის შესრულების მინიმალური გარანტიები, რაც, თავის მხრივ, სრულ შესაბამისობაშია ხელისუფლების დანაწილების კონსტიტუციური პრინციპის მოთხოვნებთან.[63] შესაბამისად, ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის აღიარება, როგორც დოგმატურად, ასევე პრაქტიკული თვალსაზრისითაც გასაზიარებელია. ამ მხრივ განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია დაცვითი ფუნქციის პრაქტიკული საჭიროება. განსაკუთრებით ბოლო წლებში ნათელი ხდება, რომ პოლიტიკური და ეკონომიკური ძალაუფლების აკუმულირება კერძო საქმიანობის ფარგლებში ხდება. დამატებით ხაზგასასმელია, სახელისუფლებო ამოცანების პრივატიზების საკითხი კერძო სექტორში. ასეთ დროს არსებული საფრთხეების განეიტრალებისთვის ძირითადი უფლებების კლასიკური ფუნ-

[60] იხ. *Böckenförde, E.-W.*, იქვე, 24.
[61] იხ. *Ipsen, J.*, Staatsrecht II, Grundrechte, მე-16 გამ., 2013, Rn. 109.
[62] იხ. BVerfGE 56, 54.
[63] იხ. *Badura, P.*, Staatsrecht, მე-2 გამ., 1996, 98.

ქციები ვერ იქნება საკმარისი. შესაბამისად, დაცვითი ფუნქცია ერთგვარად ავსებს ძირითადი უფლებების თავდაცვით ფუნქციას და წარმოგვიდგება მისი როგორც პოლიტიკურ-საზოგადოებრივად საჭირო შემავსებელი კატეგორია.

8. დაცვის კონსტიტუციური ვალდებულების შესრულება სისხლისსამართლებრივი ღონისძიების გამოყენებით

8.1. დასჯადობის დაწესების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ვალდებულება

დანაშაულებრივი ქმედებიდან მომდინარე, საფრთხეები სამართლებრივი სიკეთეებისთვის შეიძლება ძალიან მაღალი იყოს და, ფაქტობრივად, ინდივიდების თავისუფლების სფერო ძირფესვიანად შეარყიოს. სწორედ ამ მიზეზით, აუცილებელია, რომ სახელმწიფომ შექმნას სოციალური თანაცხოვრებისთვის დამცავი მექანიზმები სისხლისსამართლებრივი აკრძალვების სახით. თუმცა, ქმედების კრიმინალიზებას უნდა დაუწესდეს ვიწრო საზღვრები. ამ თვალსაზრისით, მესამე პირებისგან მომდინარე საფრთხე უნდა იყოს საკმარისად განჭვრეტადი და მნიშვნელოვანი, კონსტიტუციურსამართლებრივ დაცვას დაქვემდებარებული ინტერესების ხელყოფის პოტენციალი გააჩნდეს. საკანონმდებლო ორგანოს ასეთ დროს სამართლიანად ენიჭება შეფასებისა და პროგნოზირების თავისუფალი არეალი, იმისათვის, რომ შეარჩიოს დაცვის ყველაზე ადეკვატური ღონისძიება. მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაში, როდესაც ყველა სხვა არასისხლისსამართლებრივი მექანიზმი სრულიად უვარგისია, შეიძლება ვისაუბროთ დასჯადობის დაწესების კონსტიტუციურ ვალდებულებაზე.[64] დაცვითი ფუნქციის ფარგლებში დასჯადობის დაწესებისას უნდა მოხდეს, ერთი მხრივ, სოციალურად საზიანო ქმედებიდან მომდინარე ინდივიდების ინტერესების შელახვისა და, მეორე მხრივ,იმ შედეგების ურთიერთშეწონვა, რასაც იწვევს სისხლისსამართლებრივი ღონისძიების გამოყენება მისი ადრესატების მიმართ. დამატებით აუცილებელია გაანალიზდეს სისხლისსამართლებრივი მექანიზმის ეფექტიანობა და მისი შესაძლო ჩანაცვლების საკითხი სხვა სამართლებრივი ღონისძიების ფარგლებში (ამ თვალსაზრისით, კონსტიტუციური სამართლის დოქტრინაში საუბარია დაცვითი ფუნქციიდან გამომდინარე დასჯადობის დაწესების ვალდებულების შეზღუდულ ბუნებაზე). იმავდროულად, ისიც მხედველობაშია მისაღები, რომ შეფასების ამ მასშტაბს ნაკლებად მკაცრი მოთხოვნები წაეყენება, თუ საკითხი ეხება განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი სიკეთეების დაცვას. სისხლის სამართალში, დაცვის ვალდებულების შეფასებისას ყურადღება უნდა მიექცეს შემდეგ ასპექტს, რომელიც შეიძლება რელევანტური იყოს: გათვალისწინებული უნდა იქნეს ფაქტობრივი და სამართლებრივი შესაძლებლობა, რასაც, როგორც გამოწვევას, ნებისმიერი სახელმწიფო აწყდება დანაშაულთან ბრძოლის პროცესში. ინდივიდების

[64] იხ. BVerfGE 39, 1.

აბსოლუტური დაცვა კრიმინალისგან, ფაქტობრივად, შეუძლებელია. იმავდროულად, ასეთ დროს, მოქალაქეების თვითდაცვის შესაძლებლობაც მნიშვნელოვან როლს თამაშობს.

სოციალურად განსაკუთრებით საზიანო ქმედებების აკრძალვის დაუწესებლობით დაცვის ვალდებულების დარღვევა თანამედროვე დემოკრატიულ და სამართლებრივ სახელმწიფოებში რთულად წარმოსადგენია. პირობითად, თუ კანონმდებელი გადაწყვეტდა, რომ გაეუქმებინა სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების შემადგენლობები (მაგ., განზრახ მკვლელობა, ჯანმრთელობის დაზიანება) და ასეთი შემთხვევებისთვის გაეთვალისწინებინა მხოლოდ სამოქალაქო წესით ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობა (მაგ., ზიანის ანაზღაურება მარჩენალის გარდაცვალების გამო), აღნიშნული დაარღვევდა დაცვის ვალდებულებას, რომელიც ძირითადი უფლების (მოცემულ შემთხვევაში სიცოცხლისა და ფიზიკური ხელშეუხებლობის უფლების) დაცვითი ფუნქციიდან გამომდინარეობს. ნაწილობრივ მიჩნეულია, რომ ინდივიდებს არა აქვთ უფლება, სიცოცხლისა და ფიზიკური ხელშეუხებლობის ძირითადი უფლების დაცვითი ფუნქციიდან გამომდინარე, აბსტრაქტულად იდავონ საკონსტიტუციო სასამართლოში.

დაცვითი ფუნქციის ვალდებულების დარღვევა შესაძლოა სახეზე იყოს, როდესაც, მართალია, სოციალურად საზიანო ქმედების დასჯადობა დაწესებულია, თუმცა არსებობს სისხლისსამართლებრივი დევნის დეფიციტი. აღნიშნულის საილუსტრაციოდ გამოდგება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული გადაწყვეტილება: ნიდერლანდებში, სექსუალური ხასიათის დანაშაულის ჩადენის შემდეგ ფსიქიკურად შეურაცხადი დაზარალებულის, ისევე როგორც მისი კანონიერი წარმომადგენლის მიერ შეუძლებელი იყო აუცილებელი სახის საჩივრის შეტანა, რაც საბოლოო ჯამში იწვევდა სისხლისსამართლებრივი დევნის განუხორციელებლობას. მოცემულ საქმეში სასამართლომ დაადგინა დაცვის ვალდებულების დარღვევა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლის საფუძველზე. სასამართლომ მიუთითა, რომ, მართალია, დაცვის ვალდებულების შესრულების კონტექსტში სახელმწიფოს მიხედულების თავისუფლება გააჩნია, მაგრამ მოცემულ შემთხვევაში მხოლოდ სამოქალაქოსამართლებრივი დაცვა ვერ უზრუნველყოფდა კონვენციის მოთხოვნების დაკმაყოფილებას.[65] სისხლისსამართლებრივი დევნის არარსებობა სასჯელით აკრძალულ ქმედებას უკარგავს პრევენციულ ეფექტს. ისენსეეს მოსაზრებითაც, დაცვითი ფუნქცია მაშინ არის ეფექტიანი, თუ იგი პრაქტიკაში აღსრულებადია.[66] ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით, სასჯელის აღსრულება სახელმწიფოს ვალდებულების გამოხატულებაა, რომ დაიცვას საზოგადოება.[67] მომდევნო გადაწყვეტილებით სასამართლომ აღნიშნა, რომ სახელ-

[65] იხ. Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)1985, 297. აღსანიშნავია, რომ ამ გადაწყვეტილებით სასამართლოს არ უპასუხია კითხვაზე, გააჩნია, თუ არა მსხვერპლს სუბიექტური უფლება „დამნაშავის“ სისხლისსამართლებრივ დევნაზე.

[66] იხ. *Isensee, J.*, იქვე, §191 Rn. 307.

[67] იხ. BVerfGE 64, 261.

მწიფო დაცვის ვალდებულება არ ვლინდება მხოლოდ შესაბამისი სისხლის-სამართლებრივი ნორმების დაწესებით, არამედ აუცილებელია ლეგალურობის პრინციპით შებოჭილი სისხლისსამართლებრივი დევნის ორგანოს ეფექტიანი ფუნქციონირებაც.[68] იმავდროულად, სულ უფრო აქტუალური ხდება საკითხი, თუ რამდენად აქვს დანაშაულის შედეგად დაზარალებულ პირს სუბიექტური ხასიათის უფლება, მოითხოვოს სისხლისსამართლებრივი დევნა. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით, ამ კითხვაზე უარყოფითი პასუხია გაცემული. კერძოდ, სასამართლო უთითებს, რომ სისხლისსამართლებრივი დევნისა და სასჯელის მოთხოვნის ექსკლუზიური უფლებამოსილება გააჩნია სახელმწიფოს.[69]

ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის ფარგლებში ასევე საგულისხმოა, რომ შესაძლებელია, სახელმწიფოს მკაცრი სასჯელის დაწესებისა და ცალკეულ შემთხვევებში მისი შეფარდების კონსტიტუციური ვალდებულება გააჩნდეს. თუმცა, ეს მოსაზრებაც გარკვეულ პრობლემას აწყდება. ამისათვის აუცილებელია, დასაბუთდეს, რომ სახელმწიფო დაცვა არსებული სისხლისსამართლებრივი აკრძალვისა და მისი დარღვევისთვის დაწესებული სანქციის თვალსაზრისით აშკარად უვარგისია დასახული მიზნის მისაღწევად. თუ დავეყრდნობით კრიმინოლოგიურ კვლევებს, სასჯელის გამკაცრება, როგორც სპეციალური, ასევე გენერალური პრევენციის კუთხით, ნაკლებად ეფექტიანი სტრატეგიაა. დაცვის ვალდებულება დარღვეულია მხოლოდ მაშინ, როდესაც დაწესებული სასჯელით გენერალური პრევენციის მინიმუმიც კი არ არის მიღწევადი. ამდენად, სახელმწიფო არ ასრულებს დაცვის ვალდებულებას, თუ დაწესებულ სისხლისსამართლებრივ სანქციას ე.წ. დამაშინებელი ეფექტი საერთოდ არ გააჩნია, რაც შეაკავებდა დანაშაულად გამოცხადებული ქმედების ჩადენას. მაშინაც კი, თუ თეორიულად დასაბუთებადია სახელმწიფოს მიერ დაცვის მოვალეობის შეუსრულებლობა, გაურკვეველია, თუ როგორ უნდა გახდეს იგი კონსტიტუციური კონტროლის საგანი. მოსარჩელემ ასეთი სუბიექტური სახის სამართლებრივი პოზიცია რომ ჩამოაყალიბოს, აუცილებელია, სახეზე იყოს პირდაპირი და უშუალო ზიანის ფაქტი. საკმარისი არ არის არგუმენტაციის წარმოდგენა, რომ პირი აბსტრაქტულად მომავალში გახდება დანაშაულის მსხვერპლი და „დამაშინებელი ეფექტის“ არმქონე სანქციის პირობებში მის მიმართ დაირღვევა დაცვის ვალდებულება.

8.2. დაზარალებულის კონსტიტუციური უფლება დამნაშავის დასჯადობაზე

სამართლიან სასჯელს რომ დაზარალებულისთვის ძალიან დიდი მნიშვნელობა გააჩნია, ეს ახალი საკითხი არ არის თანამედროვე სისხლის სამართლისა და კრიმინოლოგიის მეცნიერებაში. ამ თვალსაზრისით, დისკუსიის საგანია, თუ რამდენად გააჩნია, ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციიდან გამომდინა-

[68] იხ. BVerfG NStZ 2002, 606.
[69] იხ. BVerfGE 51, 176.

რე, დაზარალებულს კონსტიტუციური უფლება დამნაშავის დასჯადობაზე. ამ კითხვას, მართალია, ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ უარყოფითი პასუხი გასცა, თუმცა მიზანშეწონილია მისი დოგმატურ ჭრილშიც განხილვა.

აღსანიშნავია, რომ დაცვითი ფუნქციის შესრულების ვალდებულება, შესაბამისი სისხლისსამართლებრივი სანქციის დაწესებით,*ex ante*არსებობს ყველა მოქალაქის მიმართ და მისი დავიწროება კონკრეტულ დაზარალებულამდე არ არის გამართლებული. ის, რომ დანაშაულებრივი ქმედება შესაძლებელიამომავალში განხორციელდეს, შეუძლებელია დაცვის ვალდებულების დარღვევად იქნეს მიჩნეული, ვინაიდან სახელმწიფოს აბსოლუტური დაცვის გარანტირება არც სამართლებრივად და არც ფაქტობრივად არ შეუძლია. გარდა ამისა, ასეთი სამომავლო დანაშაულებრივი ქმედებისგან აქტუალურ დროში მყოფი მსხვერპლი იმაზე მეტად არ დგას საფრთხის ქვეშ, ვიდრე საზოგადოების სხვა წევრები. შესაბამისად, სამართლიანად უთითებენ დოქტრინაში, რომ გენერალური პრევენცია, მკაცრი სასჯელის გამოყენებით არ შეიძლება კონსტიტუციურსამართლებრივად მოთხოვნილ იქნეს მსხვერპლის მიერ. განსხვავებული მოცემულობა იკვეთება მხოლოდ მაშინ, როდესაც ჩანს კონკრეტული საფრთხე, რომ პირი განმეორებით გახდება დანაშაულის მსხვერპლი. ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ მხოლოდ ამ შემთხვევაში შეიძლება ვისაუბროთ დაზარალებულისთვის კონსტიტუციურსამართლებრივად დაცვითი ფუნქციის მინიჭების მოთხოვნაზე დამნაშავის დასჯის გზით.[70] შესაბამისად, ნაკლებად დამაჯერებელია ადრეულ გერმანულ კონსტიტუციურ სამართალში ცალკეული ავტორების მიერ გამოთქმული მოსაზრება, რომ დაზარალებულს გააჩნია კონსტიტუციური უფლება დამნაშავის დასჯაზე.[71] დამნაშავის დასჯის მონოპოლია ეკუთვნის სახელმწიფოს. თანამედროვე შეხედულებით, სასჯელის არსებობა ლეგიტიმირებულია არა დაზარალებულის უფლებით, რომ დასჯილ იქნეს დამნაშავე, არამედ დანახულია სამართლებრივი სიკეთის დაცვის ლეგიტიმურ მიზანთან კავშირში.[72] დამატებით, გერმანულ იურიდიულ დოქტრინაში გაბატონებული შეხედულებით, მათ შორის, ძირითადი კანონის მე-19 მუხლის მე-4 პუნქტიდანაც (ეფექტიანი დაცვის უფლება) არ გამომდინარეობს დაზარალებული უფლება, მოითხოვოს დანაშაულებრივი ქმედების ჩამდენი პირის დასჯადობა.[73]

8.3. „დანაშაულის შიშთან“ ბრძოლა

ბოლო დროს კრიმინოლოგიაში ხშირად განხილვადი საკითხი – „დანაშაულის შიში“ შეიძლება ასევე რელევანტური იყოს ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციის კონტექსტში. თუმცა, რამდენად არსებობს სახელმწიფოს ვალდებულება, დაიცვას ინდივიდები „დანაშაულის შიშისგან“, საეჭვოა. ამისათვის, პირ-

[70] იხ. *Weigend, T.,* „Die Strafe für das Opfer“? Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft, Jahrgang 1, Heft 1, 2010, 49; ანალოგიური მოსაზრება ასევე, იხ. *Holz, W.,* Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, 2007, 105.

[71] აღნიშნული მოსაზრების თაობაზე იხ. *Walther, S.,*Interessen und Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, JR, Volume 2008 Issue 10, 2008, 409.

[72] იხ. *Weigend, T.,* იქვე, 53.

[73] იხ. *Weigend, T.,* იქვე, 53.

ველ რიგში, უნდა არსებობდეს კონსტიტუციურად დაცული სიკეთე. ამ მხრივ მხედველობაშია მისაღები მოქმედების ზოგადი თავისუფლება, როდესაც შიში მიაღწევს იმ დონეს, რომ ინდივიდი მკაცრად შეზღუდულია, პირადი პასუხისმგებლობით წარმართოს საკუთარი ცხოვრება.[74] მაშინაც კი, თუ ამის შესაძლებლობა არ გამოირიცხება, დანაშაულის შიშისგან ინდივიდების დაცვას მაინც არ გააჩნია დამოუკიდებელი მნიშვნელობა.ეს ლოგიკურიცაა, ვინაიდან შიში იმისა, რომ ადამიანები გახდებიან დანაშაულის მსხვერპლი, ობიექტურად არ არის დასაბუთებადი. ასეთ დროს უნდა არსებობდეს ფაქტობრივი საფრთხე სხვა სამართლებრივი სიკეთეებისთვის, (მაგ., სიცოცხლე, ჯანმრთელობა, თავისუფლება), შესაბამისად, აპელირება „დანაშაულის მსხვერპლად გახდომის შიშისგან თავისუფლებაზე“ არ არის საჭირო, რომ მოთხოვნილი იყოს სახელმწიფოს მოქმედების ვალდებულება. სწორად მიუთითებს ჰერმესი, რომ „დანაშაულებრივი შიშისგან“ დაცვა ასევე ვერ იქნება მოთხოვნილი ადამიანის ღირსების უფლებიდან გამომდინარე.[75] იმ შემთხვევაში, როდესაც ასეთი შიში ობიექტურად დაუსაბუთებელია, შესაძლებელია ვისაუბროთ დაცვის ვალდებულებაზე მოქალაქეთა ინფორმირების თვალსაზრისით, რომელიც ძირითადი უფლებების თავდაცვითი ფუნქციიდან გამომდინარე, არ არის პრობლემატური, ყოველ შემთხვევაში, იქამდე, სანამ ასეთი ინფორმაციის გაცემა მესამე პირთა უფლებებში ჩარევის საფუძველს არ შექმნის. საპირისპირო შემთხვევაში აუცილებელია ასეთი ინფორმირების კონსტიტუციურსამართლებრივი ლეგიტიმაცია. თუმცა საეჭვოა, რამდენად შესაძლებელია გამართლდეს მესამე პირთა უფლებებში ჩარევა, როდესაც მისი მიზანია ირაციონალური შიშის წინააღმდეგ ბრძოლა. მით უმეტეს, როდესაც ფაქტობრივი და რეალური საფრთხე ასეთ დროს არ არსებობს.

8.4. დაზარალებულის დაცვა და კომპენსაციის საკითხი

დაზარალებულის მიმართ სახელმწიფოს მიერ დაცვითი ფუნქციის განხორციელება სისხლის სამართლის ერთ-ერთი საკვანძო საკითხია. ძირითადი უფლებებიდან მომდინარე დაცვითი ფუნქციის შესრულების ვალდებულების კონტექსტში უნდა აღინიშნოს, რომ დაზარალებულის დაცვის ინტერესი არ მიიღწევა მხოლოდ დანაშაულებრივი ქმედებისათვის სასჯელის დაწესებით და მისი პრაქტიკული აღსრულებით. დაზარალებულის დაცვა უნდა განხორციელდეს, მათ შორის, საპროცესო ნორმების სრულყოფით. დაზარალებულს გააჩნია კონსტიტუციური მოთხოვნა სახელმწიფოს მხრიდან ადეკვატურ დაცვაზე. დაზარალებულს პროცესუალურად ეკისრება ჩვენების მიცემის ვალდებულება, რითაც იგი ფაქტობრივად საფრთხის მდგომარეობაშია. ასეთ სიტუაციაში სახელმწიფო პასუხისმგებელია მის კეთილდღეობასა და უსაფრთხოებაზე.[76] ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციიდან გამომდინარე, რამდენად არის

[74] შდრ., მაგ., *Michael, L./Morlok, M.,* Grundrechte, მე-3 გამოც., 2012 §9 Rn.167.

[75] იხ. *Hermes, G.,* იქვე.143.

[76] ამ შეხედულების თაობაზე იხ. *Rieß, P.,* Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Gutachten zum 55. DJT in München, 1984, 47.

სახელმწიფო ვალდებული,რომ დანაშაულის შედეგად დაზარალებულ პირს დახმარება გაუწიოს და მიყენებული ზიანის კომპენსაცია მოახდინოს, პრობლემური საკითხია. თუმცა იგი განსახილველია არა ძირითადი უფლებების ნაწილში, არამედ სოციალური სახელმწიფოს პრინციპის შუქზე. იმავდროულად, ისიც აღსანიშნავია, რომ ასეთი ვალდებულების დაწესება სახელმწიფოსთვის, თუნდაც სოციალური სახელმწიფოს პრინციპიდან გამომდინარე, დაუსაბუთებელია.მაშასადამე, სახელმწიფოსთვის თანაპასუხისმგებლობის დაკისრება მესამე პირთა მიერ ჩადენილი დანაშაულის გამო უარყოფილი უნდა იქნეს, ვინაიდან დანაშაულისგან აბსოლუტური დაცვა ფაქტობრივად შეუძლებელია.

დასკვნა

სისხლის სამართლის სფეროში სახელმწიფო ზომების შეფასებისას განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება ძირითადი უფლებების თავდაცვით ფუნქციას. სისხლის სამართლის აკრძალვები და სანქციები არის სახელმწიფოს ჩარევა მოქალაქეთა ფუნდამენტურ უფლებებსა და თავისუფლებებში. თავის მხრივ, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკითაც მიჩნეულია, რომ მატერიალურ სისხლის სამართალში ძირითადი უფლებების თავდაცვით ფუნქციას აქვს უპირატესი მნიშვნელობა.[77] იმავდროულად პუბლიკაციის ფარგლებში გამოიკვეთა, რომ ცალკეულ შემთხვევებში შესაძლებელია რელევანტური იყოს ძირითადი უფლებების დაცვითი ფუნქციაც, რომელიც ქართულ სინამდვილეში ჯერ კიდევ არ არის დოგმატურ და პრაქტიკულ დონეზე სათანადოდ გამოკვლეული. ამ მხრივ, საჭიროა, აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით ქართულ იურიდიულ დოქტრინაში გაიმართოს შესაბამისი აკადემიური დისკუსია და შეიქმნას სათანადო საფუძველი მისი სამართლებრივ პრაქტიკაში იმპლემენტაციისათვის, რაც ხელს შეუწყობს განხილული საკითხებისსიღრმისეულ კვლევას და ამით ძირითადი უფლებების დოგმატიკისა და პრაქტიკის განვითარებას საქართველოში.

[77] იხ. BVerfGE 120, 160.

Natalia S. Kuznetsova*

CIVIL LAW. CIVIL SOCIETY. CIVIL RESPONSIBILITY

I met Lado Chanturia in the mid-1990s in Holland, where we worked together on the drafting of the Model Civil Code of the CIS countries.

We were young and full of enthusiasm to work as a team to create a new civil law for our states.

It was the time when we learned the basics of private law. We were assisted by our foreign colleagues – from Holland, Germany, the USA, who answered our questions in depth and in detail, raised their own questions, and had discussions with us, without imposing their opinion. This is how the new civil legislation of independent states that grew out of the former Soviet republics was formed.

The created civil codes initially received „catchy" names – the Second or Economic, the Constitution, the Code of Civil Society. My colleague, Prof. A. S. Dovgert, called the Civil Code „the human Bible".

When I give the first lecture on civil law to second-year students, I start with the fact that civil law holds a special place in the system of law – it meets the newborn at the cradle by endowing civil legal capacity, then it gives the possibility to choose a name and place of residence, to become the owner of property, dispose of it at own discretion by means of conclusion of various agreements, realize creative abilities, acquiring copyrights, create a family, choose the type of activity, engage in entrepreneurship, and, finally, after the death of a person – it resolves issues related to the fate of his property ... Thus, civil law is with a person all his life, accompanying him and creating a legal foundation for him.

In order to carry out this mission in full, civil law must be based on relevant legislation. The new civil code was supposed to become such a legal foundation.

When analyzing the development of civil legislation at the turn of the millennium, the outstanding legal scholar of our time S.S. Alexeyev noted that the codes adopted in recent decades (the Civil Code of the Netherlands, the Civil Code of Quebec, and the Civil Codes of the former Soviet Union republics) are the civil codes of a new generation, expressing two fundamental lines of modern legal development, including: "**the first is the revival of values of „pure" private law**, aimed to realize and ensure the real freedom of the subjects of modern civil society. At the same time, it is noteworthy that the social elements contained in these codes and laws issued on their basis (including

restrictions on the right of private property, public contracts, social components of inheritance law) are not something "mixed", as if uniting legally heterogeneous material, but represents strictly demarcated – if not in legislative texts, then in the structure of legal relations – independent private law and public law elements subordinated to their own regimes of legal regulation and placed „together" in the name of deep social principles, the principles of solidarity; **the second** dominant line, characteristic of the civil codes of recent times. This is about a direct expression of the most significant phenomenon in the law of the modern era in the civil laws – the acquisition of direct legal effect by human rights as phenomena of natural law, their penetration into the very fabric of legal matter[1].

The conceptual characteristic of the new civil code is that it is a Private law code. It is through the institutions, structures and mechanisms of civil law as a private law that the principles, ideas and fundamentals that make this society civil are implemented in society. As a certain state of society, civil society is characterized by the interaction of three principles:

1) widely accepted egalitarian law, which provides for a certain minimum of freedoms for each person, legally enshrined equality of rights and duties, and responsibility of citizens (legal sphere);
2) private property (economic sphere);
3) socially recognized internal freedom of a person (the sphere of personal, spiritual).

It is the institutions of civil society, such as the family, church, school, other communities, various kinds of voluntary organizations and unions, that have the means of influencing an individual to comply with generally accepted moral norms.

Civil society is a free, democratic, civilized society, where there is no place for the regime of personal power, voluntaristic methods of government, class hatred, totalitarianism, violence against people, where law and morality, principles of humanism and justice are respected. This is a market multi-structural competitive society with a mixed economy, a society of initiative entrepreneurship, a reasonable balance of interests of various social strata.

One of the most critical and problematic issues is the relationship between civil society and the state, the dialectics of this relationship is complex and contradictory.

Civil society, being a self-developing system, is constantly under pressure from the government. At the same time, the state is interested in the free development of civil society as a prerequisite for its own development. The maturity of civil society is one of the main conditions for the stability of a democratic regime. Civil society is called upon to control the action of political power. The weakness of civil society pushes the state to usurp its rights which leads to inversion of the functions of the state and civil society.

In this case, the state arrogates to itself the functions of civil society, forcing it to execute exclusively state decisions.

[1] *Alexeyev S.S.* Civil Law in the Modern Era. M., "Yurayt", 1999, 14.

In general, the relationship between the state and society can be described as a relationship of constant contradictory interaction and mutual influence, the nature and direction of the latter ones largely depend on the degree of development of civil society and its institutions.

Civil society harmoniously coexists with the state under a democratic regime, is in opposition to it under totalitarianism and in constructive confrontation under authoritarianism[2]. As already mentioned, civil society as a social formation is characterized by a fairly high level of development, including the degree of its institutionalization, interaction and the active position of its institutions.

During the years of independence, civil society in Ukraine has not only been formed, but has also "matured" significantly. The maturity of civil society is particularly evident at critical moments in history. Thus, in 2004-2005 (this period of modern Ukrainian history was called the «Orange Revolution»), civil society demonstrated solidarity and defended the right of the Ukrainian people to exercise free choice during the presidential election campaign.

In 2013-2014, the Ukrainian civil society rose up again and the reason for this was the brutal beating of students who publicly spoke out in support of the European choice of Ukraine.

The unprecedented cruelty shown by representatives of law enforcement agencies in the suppression of virtually defenseless students stirred up the whole of Ukraine, significantly expanding the «protest zone». Ultimately, the mass unrest that erupted not only in Kyiv, but almost in the entire country, led to the fall of the regime of President Yanukovych. This period in modern Ukrainian history is called the Revolution of Dignity.

The events related to the two Ukrainian revolutions clearly demonstrate that civil society in modern conditions is formed and developed not only as a community of free individuals, but as a society built on the principles of justice and freedom.

The basic element of this society is its independent and self-governing institutions.

It is they who are called upon to interact with state structures, creating a certain balance in the regulation of social relations. In a certain sense, the institutions of civil society act as a guarantor of the inviolability of the personal rights and freedoms of citizens, endowing the latter with a sense of self-confidence, serve as a support for citizens and the state to protect themselves from a possible attack of enemies.

The role and importance of the cohesion of civil society in Ukraine manifested itself especially strongly during the period of repulsing the armed Russian aggression that began in February 2022.

The full-scale war launched by the Russian Federation accumulated mechanisms for the formation and development of a powerful and coordinated interaction between public authorities and civil society institutions.

Under the new conditions, the role of these institutions is significantly increased. Despite the fact that at this stage of interaction between the state and civil society, a

[2] *Pushkin A.* et al. The Concept of a New Civil Code of Ukraine // Ukrainian law. - 1997. - No. 1, 8.

fairly consolidated and established balance of interests contributes to the solidarity of society, for lawyers the issue of proper legislative consolidation of the legal foundations for interaction between civil society and public authorities remains not fully resolved.

Many legal problems emerged in connection with the unprovoked full-scale Russian military invasion of Ukraine. These include: expanding the legal status and activities of foreign public organizations, regulating the participation of foreign citizens in protecting the territorial integrity of Ukraine, providing greater opportunities for public organizations to engage in military and humanitarian assistance for the Armed Forces of Ukraine and the territorial defense forces, the possibility of creating professional unions by foreigners, etc[3].

According to information posted on social networks, the war united 98% of civil society institutions operating in Kyiv to work together in the new conditions. Moreover, 89% of Ukrainians are ready to continue armed resistance to Russian aggression even after nuclear strikes on Ukraine.

According to the Department of Public Communications of the Kyiv City State Administration, based on the results of a sociological survey conducted in June-July 2022, in which 182 representatives of civil society institutions took part, it can be confidently stated that the activity of its institutions, despite the difficult conditions caused by the war, has not stopped, and in some areas, on the contrary, increased.

A third of public structures focused on helping the military and war victims.

Thus, the main sectors of activity of civil society institutions during this period were assistance to the military (33.3%), the provision of social services (31.7%), the protection of the rights of persons with disabilities (25.4%), assistance to displaced persons (25.4%).

It is also noted that donations from citizens have become the main source of funding for civil society institutions – 42.9%. Compared to 2020, this figure has doubled (at that time, funding from citizens' donations was only 21.3% of the total)[4].

Although civil society in Ukraine has always been active, however, in the conditions of unprovoked armed aggression of the Russian Federation against Ukraine, its role has significantly expanded in scope and increased in terms of the power of influence on social processes.

Accordingly, the multi-vector activity of civil society institutions, the activation of their interaction during the war with law enforcement agencies, especially with the Armed Forces of Ukraine, the formation of a mass volunteer movement allow to conclude that civil society has become an integral part of the mechanism that ensures the functioning of democratic institutions and stability of political and socio-economic

[3] See *Kovalchuk S., Pivovar M.* Directions of Reforming Civil Society and Public Authorities in the context of the war in Ukraine (in Ukrainian). Electronic scientific journal "Analytical Comparative Law". UDK 340.12.DOI https://doi.org/10.24144/2788-6018.2022.01.32 174

[4] *Kataeva M.* War United: 98% of Civil Society Institutions Began to Cooperate. https://vechirniy.kyiv.ua/news/73744

system of Ukraine, even in such an acute and difficult period as the large-scale war unleashed by the Russian Federation against Ukraine.

As correctly stated in the literature, civil society makes a significant contribution to the development of a sound and balanced public policy. Successful cooperation between authorities and public organizations is an important component in creating favorable conditions for the development of civil society. Numerous public organizations in various fields, by uniting active members of society, become an integral part of the public sector[5].

In connection with the above, quite natural (at least logical) question arises: Does a civil society exist in Russia? And if it exists, what is its role in the ongoing events?

Somehow, by little and little, with a helping hand from infamous Vladislav Surkov, a new term appeared that quickly took root in Russian society – the "deep people".

In his major policy article "Putin's Long State," he gave the following definition of this subject of social relations: "The deep people always have their own agenda, inaccessible to sociological surveys, agitation, threats and other methods of direct study and influence. Understanding who they are, what they think and what they want, often comes suddenly and late, and not to those who can do something"[6].

Without dwelling on the characteristic of this definition since it requires independent analysis by philosophical and political scholars, however, for me it sounds like a verdict of modern civil society in Russia, which, unlike the «deep people» in the proposed context, is a structured, mature public consciousness that orients its position on the interests of both individuals and their groups, united by common goals and needs.

And if you try to establish the relationship between civil society and the deep people, for me they are more like antipodes than identical concepts.

Civil society and the deep people are opposite concepts, they are distinguished, first of all, by the civilizational choice: for civil society, this is freedom, democracy, equality, the primacy of human rights, and for the "deep people" – political apathy, servility and inner fear on the genetic level, patience and indifference. (Someone cleverly noted that these are subjects without an inner core and without any clearly expressed morality: they can first disassemble the church into bricks, because they were told that there is no God, and then they similarly begin to go to the already restored church because the authorities allowed it!).

Such a "silent majority" that has been grown up over a long period forms the main basis of the authoritarian regime. This majority does not go to rallies, does not read party programs, receives information exclusively from official television programs of the state format, does not have firm convictions, and seems to be satisfied with everything.

[5] See *Kravchenko L. O.* et al. Interaction of the Armed Forces of Ukraine with Civil Society. K. 2021, 5. (in Ukrainian).

[6] *Vladislav Surkov*: Putin's Long State https://www.ng.ru/ideas/2019-02-11/5_7503_surkov.html

Such thoughts are invited by "gloomy" Russian statistics that determine the attitude of Russian society towards the SMO (a shameful fig leaf covering up the unbridled, unprovoked Russian war unleashed against Ukraine).

According to data voiced by Radio Liberty, 71% of Russians between late February to mid-March 2022 supported the war with Ukraine, experiencing such positive emotions as pride, joy, respect, trust, and hope.

As the authors of this sociological study note, this point of view differed depending on age.

Russians over 35 were more likely to express feelings of pride, respect, and hope. Respondents under the age of 18 were more likely to hurt and disappointment. Young people in the age group from 18 to 24 more often expressed indifference to what is happening in Ukraine.

I'm citing these figures, which to a certain extent illustrate reflections on the "deep Russian people", who have been contemplating events in the neighboring state from their marshy life for a year already and asking an almost rhetorical question: why did the whole world take up arms against them, ordinary Russian citizens?!

For us, Ukrainians, who have been living under constant rocket attacks by "Russian brothers" for a year now, choking us with their love literally to death, another question is very important: – who should be the subject of responsibility for everything that has been done?

Are they only high-ranking government officials who made the decision and gave orders to kill, rob, rape?

The society that has transferred (entrusted) power to a certain political force, an individual leader, quite obviously bears joint responsibility (and at least risks!) for everything that this government or an individual leader has done.

In the literature (including, not surprisingly, in the Russian one!) it is rightly noted that the social basis of responsibility is the connection between the individual and society, the social determination of the actions of subjects, that is, the corresponding social relations[7].

In the modern theory of legal responsibility, the term "positive legal responsibility", which is a kind of positive social responsibility, has long been introduced into scientific terminology[8].

Back in 1973, the Russian civil law scholar V. A. Tarkhov, in his monograph "Responsibility in Soviet Civil Law", noted that "legal responsibility is a legally regulated obligation to give an account of one's actions ... The demand for an account is the main characteristic and essence of responsibility ..."[9].

It seems that this thesis should be considered in a wider context.

Representative democracy, which provides for the implementation of state functions, including the adoption of appropriate decisions by bodies elected in

[7] See *Khachaturov R. L., Lipinsky D. A.* General Theory of Legal Responsibility. St. Petersburg, 2007, 29.
[8] Ibid.
[9] *Tarkhov V. A.* quoted work. Saratov, 1973, 4 etc.

accordance with the law, determines the transfer of the most important powers to these bodies by society and indicates the level of trust in these bodies.

Therefore, the members of society who elected these bodies indirectly bear all the risks for the results of activities, justified or unjustified decisions, including negative consequences. The interconnection and mutual influence of society, the state and the individual are implemented through this mechanism.

The above data on the support of the SMO by the majority of Russian society confirm that, on the whole, it should jointly and severally assume all the consequences associated with the Russian aggression unleashed against Ukraine in February 2022.

In this regard, the question of why the entire Russian community is subject to the negative impact of international sanctions of an economic and other nature can be regarded as rhetorical.

It is quite obvious that many citizens of Ukraine, as well as legal entities that have suffered losses as a result of the armed invasion of Russian troops in Ukraine, will file lawsuits in various international jurisdictional bodies seeking fair compensation for the caused damage from the aggressor state, since such fundamentals of civil society as the basic rights and freedoms of man and citizen, and the right of ownership were grossly violated precisely because of actions of the Russian state.

*ჯონი ხეცუხიანი**

თანამედროვე ქართული სახელმწიფოებრიობის სათავეებთან

ქართული სახელმწიფოებრიობის სამიათასწლოვან ისტორიაში თანამედროვე ქართული სახელმწიფოებრიობა 1918-1921 და 1990-1991 წლებიდან იღებს სათავეს.

1918-1921 წლების საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის სახელმწიფო-სამართლებრივი მემკვიდრეობა საფუძვლად დაედო გასული საუკუნის 90-იანი წლების დასაწყისში საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენას, რომელიც მე-19 საუკუნიდან დაწყებული ორჯერ იქნა გაუქმებული (1801, 1921 წწ.) რუსეთის მიერ საქართველოს მიმართ განხორციელებული აგრესიის, ოკუპაციისა და ანექსიის შედეგად.

1990 წლის 28 ოქტომბერს, საბჭოთა სივრცეში პირველად, ეროვნული მოძრაობის ზეგავლენით, კომუნისტური ხელისუფლების მიერ დანიშნულ ქვეყნის უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანოს – უზენაესი საბჭოს მრავალპარტიულ არჩევნებში დამაჯერებელი გამარჯვება მოიპოვა პოლიტიკურმა გაერთიანებამ „მრგვალი მაგიდა – თავისუფალი საქართველო“. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს თავმჯდომარედ ზვიად გამსახურდია აირჩიეს. ქართველმა ხალხმა ამ არჩევნებში მხარი დაუჭირა იმ პოლიტიკურ ძალებს, რომელთა საპროგრამო ამოცანა იყო საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენა. კომუნისტები, რომლებიც საქართველოს გასაბჭოების (1921 წ.) შემდეგ, ერთადერთი ლეგალური პოლიტიკური პარტია იყო ქვეყანაში, საქართველოს ახალარჩეულ საკანონმდებლო ორგანოში უმცირესობაში აღმოჩნდნენ.

1990 წლის 28 ოქტომბრის არჩევნების შედეგები ნათლად მიანიშნებდა, რომ საქართველოში დაიწყო სამოცდაათწლიანი საბჭოური ეპოქის დასასრული. ახალარჩეული საქართველოს უზენაესი საბჭო იყო მეორე მოწვევის მრავალპარტიული უმაღლესი საკანონმდებლო ორგანო საქართველოს 1919 წლის დამფუძნებელი კრების შემდეგ.

ახალარჩეული ხელისუფლება ერთდროულად ორი უმნიშვნელოვანესი ამოცანის წინაშე დადგა, სახელდობრ, ქვეყანას თავი უნდა დაეღწია საბჭოური იმპერიისაგან, რაც საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენით იყო შესაძლებელი, და, სოციალისტური სახელმწიფოს ნაცვლად, უნდა ჩამოყალიბებულიყო თანამედროვე სამართლებრივი, დემოკრატიული სახელმწიფო.

* იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი, საქართველოს მეცნიერებათა ეროვნული აკადემიის ნამდვილი წევრი, აკადემიკოსი.

რადგანაც არსებული საზოგადოებრივ-პოლიტიკური და სოციალურ-ეკონომიკური რეალობის შეცვლა მყისიერად შეუძლებელი იყო და, შესაბამისად, ამ ამოცანების გადაწყვეტა სათანადო დროსა და ძალისხმევას მოითხოვდა, საქართველოს უზენაესმა საბჭომ პირველივე სხდომაზე, 1990 წლის 14 ნოემბერს მიიღო კანონი „საქართველოს რესპუბლიკაში გარდამავალი პერიოდის გამოცხადების შესახებ“.[1] ამ კანონით გარდამავალი პერიოდი განიხილებოდა როგორც ეროვნულ-განმათავისუფლებელი მოძრაობის უმნიშვნელოვანესი ეტაპი, რომლის განმავლობაში უნდა მომზადებულიყო საქართველოს სრული სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის რეალური საფუძვლები. რაც შეეხება საქართველოს 1978 წლის კონსტიტუციას, რომელიც მაშინ მოქმედებდა, მისი იურიდიული ძალის შესახებ კანონი ადგენდა, რომ ახალი კონსტიტუციის შემუშავებამდე, საქართველოს არსებული კონსტიტუცია სათანადო ცვლილებებითა და დამატებებით იმოქმედებდა გარდამავალი პერიოდის მოთხოვნათა შესაბამისად, როგორც საქართველოს დროებითი ძირითადი კანონი.

გარდამავალი პერიოდის შესახებ კანონით მნიშვნელოვანი ცვლილებები შევიდა საქართველოს იმჟამად მოქმედ კონსტიტუციაში. „საქართველოს საბჭოთა სოციალისტურ რესპუბლიკას“ ეწოდა „საქართველოს რესპუბლიკა“, აღდგენილ იქნა საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის სახელმწიფო სიმბოლოები: გერბი, დროშა, ჰიმნი. კონსტიტუცია გათავისუფლდა კომუნისტური და საბჭოური ტერმინებისა და ცნებებისაგან.[2] საქართველოს რესპუბლიკა გამოცხადდა სუვერენულ, საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის მემკვიდრე სახელმწიფოდ, რომელიც ძალადობით იყო შეყვანილი საბჭოთა კავშირის შემადგენლობაში. გამომდინარე ამ რეალობიდან, საქართველოს რესპუბლიკა მხოლოდ გარდამავალ პერიოდში უზრუნველყოფდა საკავშირო ხელისუფლების უმაღლეს ორგანოთა ზოგიერთ უფლებამოსილებებს. მის ფარგლებს გარეთ, საქართველოს რესპუბლიკა დამოუკიდებლად ახორციელებდა სახელმწიფო ხელისუფლებას თავის ტერიტორიაზე. გაირკვა ასევე საქართველოს ტერიტორიაზე სსრ კავშირის კანონების მოქმედების საკითხი. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაეს საბჭოს უფლებამოსილება ენიჭებოდა შეეჩერებინა სსრ კავშირის კანონებისა და კანონქვემდებარე აქტების მოქმედება საქართველოს ტერიტორიაზე, თუ ისინი ეწინააღმდეგებოდნენ საქართველოს რესპუბლიკის კანონებსა და ინტერესებს. სსრ კავშირისა და საქართველოს რესპუბლიკის კანონებს შორის კოლიზიის შემთხვევაში, საქართველოს რესპუბლიკის ტერიტო-

[1] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1990 წ. N 11, მუხ. 293.

[2] აღსანიშნავია, რომ ოდნავ მოგვიანებით, 1990 წლის 22 ნოემბერს უზენაესმა საბჭომ მიიღო სპეციალური კანონი „არსებული უქმე დღეების გაუქმებისა და ტრადიციულთა აღდგენის შესახებ“, რომლითაც საქართველოს რესპუბლიკის ტერიტორიაზე გაუქმდა კომუნისტური და საბჭოური დღესასწაულები და მასთან დაკავშირებული უქმე დღეები. მათ ნაცვლად 26 მაისი გამოცხადდა დღესასწაულად და უქმე დღედ, როგორც საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის დღე, აგრეთვე აღდგენილ იქნა საეკლესიო დღესასწაულებთან დაკავშირებული უქმე დღეები. საგულისხმოა, რომ ამ კანონის ძირითადი დებულებები დღემდე არ შეცვლილა (იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1990 წ. N 11, მუხ. 341).

რიაზე მოქმედებდა საქართველოს რესპუბლიკის კანონი. საგულისხმოა, რომ უზენაესმა საბჭომ თავის მეორე სხდომაზევე გამოიყენა ეს უფლებამოსილება და 1990 წლის 15 ნოემბრის კანონით საქართველოს რესპუბლიკის ტერიტორიაზე შეაჩერა „სავალდებულო სამხედრო სამსახურის შესახებ“ სსრ კავშირის კანონის მოქმედება, რათა საქართველოში მცხოვრები ახალგაზრდები აღარ გაეწვიათ საბჭოთა არმიის რიგებში.[3] აღსანიშნავია, რომ მალევე იქნა მიღებული კანონი „საქართველოს რესპუბლიკის შინაგანი ჯარების – ეროვნული გვარდიის შექმნის შესახებ“[4], რითაც საფუძველი ჩაეყარა ეროვნული შეიარაღებული ძალების შექმნას საქართველოში და ახალგაზრდებს მიეცათ შესაძლებლობა, საქართველოში გაევლოთ სავალდებულო სამხედრო სამსახური.

საქართველოს ახალი კონსტიტუციის შესამუშავებლად უზენაესმა საბჭომ 1990 წლის 15 ნოემბერს მიიღო დადგენილება „საქართველოს რესპუბლიკის ახალი კონსტიტუციის პროექტის მოსამზადებელი კომისიის შექმნის შესახებ“[5]. დადგენილების თანახმად, საკონსტიტუციო კომისია უნდა დაკომპლექტებულიყო უზენაეს საბჭოში წარმოდგენილი პარტიების წინადადებების გათვალისწინებით დეპუტატებისა და მოწვეული სპეციალისტებისაგან. უზენაესი საბჭოს 1990 წლის 22 ნოემბრის დადგენილებით დაკომპლექტდა კიდეც საკონსტიტუციო კომისია 42 წევრის შემადგენლობით. კომისიის წევრთა თითქმის მესამედს შეადგენდნენ უმაღლესი სკოლებისა და მეცნიერებათა აკადემიის სწავლული იურისტები. კომისიის თავმჯდომარედ აირჩიეს ზვიად გამსახურდია.[6]

საქართველოში გამართულმა არჩევნების შედეგებმა სსრ კავშირის ხელმძღვანელობა სერიოზულად დააფიქრა. მან რეალური საფრთხე იგრძნო და სასწრაფოდ აამოქმედა საქართველოზე ზემოქმედების ბერკეტები. აქცენტი ავტონომიებზე გაკეთდა. საქართველოს მიერ სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის მცდელობის შემთხვევაში, ცენტრის მხარდაჭერით წაქეზებული ავტონომიებიც იგივე გზას დაადგებოდნენ – გამოაცხადებდნენ დამოუკიდებლობას და საქართველოს შემადგენლობიდან გასვლას, რითაც დაირღვეოდა საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობა. ამ მხრივ განსაკუთრებული აქტიურობა გამოიჩინეს სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის სეპარატისტულმა ძალებმა. მათ მოახდინეს ადგილობრივი ხელისუფლების უზურპაცია, გამოაცხადეს ე.წ. სამხრეთ ოსეთის „საბჭოთა რესპუბლიკა“ და 1990 წლის 2 დეკემბრისათვის დანიშნეს ამ ე.წ. „საბჭოთა რესპუბლიკის“ უზენაესი საბჭოსა და ადგილობრივი საბჭოების არჩევნები. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესმა საბჭომ 1990 წლის 22 ნოემბერს მიიღო დადგენილება „სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის სახალხო დეპუტატთა საბჭოს მიერ ოლქის სტატუსის შეცვლის თაობაზე მიღებულ გადაწყვეტილებათა შესახებ“.[7] ამ დადგენილებით გაუქმდა სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის სახალხო დეპუტატთა

[3] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1990 წ. N 11, მუხ. 307.

[4] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1990 წ. N 12, მუხ. 375.

[5] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1990 წ. N 11, მუხ. 306.

[6] იქვე, მუხ. 342. ამ კომისიის შემადგენლობაში მეც ვიყავი მიწვეული როგორც იუსტიციის მინისტრი (ჯ.ხ.).

[7] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1990 წ. N 11, მუხ. 336.

საბჭოს გადაწყვეტილება ავტონომიური ოლქის „სამხრეთ ოსეთის საბჭოთა დემოკრატიულ რესპუბლიკად“ გარდაქმნის შესახებ, აგრეთვე მის მიერ მიღებული ყველა გადაწყვეტილება, მათ შორის, 1990 წლის 2 დეკემბრისათვის არჩევნების დანიშვნისა და ჩატარების შესახებ, რადგანაც ისინი ეწინააღმდეგებოდნენ როგორც საქართველოს რესპუბლიკის მოქმედ კონსტიტუციას, ისე თვით სსრ კავშირის კონსტიტუციის დებულებებს. მიუხედავად ამისა, ავტონომიური ოლქის თვითმარქვია ხელისუფლებამ არჩევნები მაინც ჩაატარა, რითაც საქართველოს რესპუბლიკის ტერიტორიულ მთლიანობას რეალური საფრთხე შეექმნა. ასეთ პირობებში საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესმა საბჭომ 1990 წლის 11 დეკემბერს მიიღო კანონი სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის გაუქმების შესახებ. ბოლშევიკების მიერ 1922 წელს ამ რეგიონში მცხოვრები მკვიდრი ქართველი მოსახლეობის ნების უგულებელყოფით, ხელოვნურად შექმნილი ამ ავტონომიური წარმონაქმნის გაუქმება ისტორიული სამართლიანობის აღდგენას ნიშნავდა. საქმე ისაა, რომ ეროვნულ უმცირესობებს, რომლებიც ამა თუ იმ სახელმწიფოში კომპაქტურად ცხოვრობენ, მხოლოდ მაშინ შეიძლება მიეცეთ პოლიტიკური ავტონომიის შექმნის შესაძლებლობა, თუ მათ სხვაგან არანაირი ფორმით არ გააჩნიათ ისტორიული სახელმწიფოებრიობა. ამ პრინციპის ვერც ერთ მოთხოვნას სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის არსებობა ვერ აკმაყოფილებდა. ოს ერს თავის ისტორიულ მიწა-წყალზე, რომელიც იმჟამად (და ამჟამადაც) რუსეთის ფედერაციაში შედიოდა, გააჩნდა პოლიტიკური, სახელმწიფოებრივი ავტონომია ავტონომიური რესპუბლიკის სახით, ამასთანავე, საქართველოს სხვადასხვა კუთხეში უფრო მეტი ოსი ეროვნების მოქალაქე ცხოვრობდა, ვიდრე ავტონომიური ოლქის ფარგლებში და, რაც არანაკლებ მნიშვნელოვანია, მათ შეიარაღებული გზით ხელყვეს საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობა.

უზენაესი საბჭოს ამ გადაწყვეტილებით, მართალია, ისტორიული სამართლიანობა აღსდგა, მაგრამ ცხინვალის რეგიონში გაჩნდა კონფლიქტის კერა, რომელმაც მნიშვნელოვანი პრობლემები შეუქმნა ახალ რესპუბლიკას. მიუხედავად ამ სიძნელეებისა, ხელისუფლება განაგრძობდა სახელმწიფოებრივ აღმშენებლობას და ძირითადი სახელისუფლებო ინსტიტუტების რეფორმირებას.

1990 წლის მიწურულსა და 1991 წლის დასაწყისში, უზენაესმა საბჭომ იუსტიციის სამინისტროს ინიციატივით მიიღო საკანონმდებლო აქტების მთელი პაკეტი,[8] რომელიც სრულიად ახლებურად განსაზღვრავდა საქართველოში სასამართლო წყობილებას, მოსამართლეთა სტატუსისა და სასამართლო ხელისუფლების სხვა საკითხებს. ახალი კანონმდებლობით, საბჭოთა სივრცეში პირველად, მოსამართლეები თანამდებობაზე უნდა განწესებულიყვნენ 10 წლის ვადით, რაც იმას ნიშნავდა, რომ მოსამართლეები არ იქნებოდნენ დამოკიდებული ხელისუფლების მონაცვლეობაზე და, ამდენად, მათ დამოუკიდებლობას მყარი გარანტია ექნებოდა. ასევე, მოსამართლის გადაყვანა სხვა სამუშაოზე არ შეიძლებოდა მისი თანხმობის გარეშე. კანონი ზუსტად და ამომწურავად

[8] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1990 წ. N 12, მუხ. 388-393; საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 3, მუხ. 242-251.

ჩამოთვლიდა მოსამართლის უფლებამოსილების შეწყვეტის საფუძვლებს. სასამართლო ხელისუფლების საკითხებს განიხილავდა მოსამართლეთა კონფერენცია, რომელიც მოსამართლეებისაგან ირჩევდა საკვალიფიკაციო კოლეგიას. სწორედ ამ კოლეგიას აბარებდა გამოცდას მოსამართლეობის კანდიდატი. მოსამართლის მიმართ დისციპლინური სასჯელის გამოყენების საკითხსაც ეს კოლეგია წყვეტდა. მოსამართლე თანამდებობაზე განწესებისას დებდა ფიცს. მისი თანამდებობრივი სარგო გაცილებით მეტი იყო, ვიდრე მინისტრისა და დეპუტატისა.

უმთავრესი კი მაინც ის იყო, რომ ზემოაღნიშნული საკანონმდებლო აქტები ადგენდნენ საქართველოს სრულ სუვერენიტეტს მართლმსაჯულების განხორციელებაში. ახალი კანონმდებლობით, მართლმსაჯულება კონკრეტულ სისხლის სამართლის თუ სამოქალაქო საქმეებზე საქართველოში მთავრდებოდა და არ შეიძლებოდა საქართველოს სასამართლოების გადაწყვეტილებათა გადასინჯვა სსრ კავშირის უმაღლესი სასამართლოს მიერ. ამრიგად, სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენამდე საქართველომ სუვერენიტეტი მოიპოვა მართლმსაჯულების სფეროში.

1991 წლის დასაწყისში „გარდამავალ პერიოდში ადგილობრივი მმართველობის შესახებ“ საქართველოს რესპუბლიკის კანონით გაუქმდა საბჭოთა ხელისუფლების ერთ-ერთი სიმბოლური ინსტიტუცია – სახალხო დეპუტატთა საბჭოების ერთიანი სისტემა და მის ნაცვლად შეიქმნა სახელმწიფო ხელისუფლებისა და მმართველობის ადგილობრივი ორგანოები (საკრებულო, გამგეობა, გამგებელი, პრეფექტი), რომლებსაც უნდა უზრუნველეყოთ ადმინისტრაციულ-ტერიტორიულ ერთეულებში გარდამავალი პერიოდის ამოცანების გადაწყვეტა.[9] მიღებულ იქნა აგრეთვე კანონი „საქართველოს რესპუბლიკის ხელისუფლების ადგილობრივი ორგანოების – საკრებულოთა არჩევნების შესახებ“[10] და მის საფუძველზე 1991 წლის 31 მარტს ჩატარდა არჩევნები. ამასთან, უზენაესმა საბჭომ დაამტკიცა საქართველოს რესპუბლიკის ადმინისტრაციულ-ტერიტორიული მოწყობის საკითხების გადაწყვეტის წესი“.[11]

საქართველოს რესპუბლიკის იუსტიციის სამინისტროს წინადადებით საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს პრეზიდიუმის დადგენილებით 1991 წლის 18 მარტს შეიქმნა კანონმდებლობის დარგებში ახალი კოდექსების პროექტების შემმუშავებელი სამთავრობო კომისია მოწვეულ მეცნიერ და პრაქტიკოს იურისტთა შემადგენლობით.[12] კომისიას 1994 წლის 1 იანვრისათვის უნდა დაესრულებინა მუშაობა და უზენაესი საბჭოსათვის უნდა წარედგინა ახალი კოდექსების პროექტები. სამთავრობო კომისია დიდი ენთუზიაზმით შეუდგა მუშაობას. მართალია, მან, ობიექტური მიზეზების გამო, დათქმულ ვადაში ვერ დაასრულა სამუშაო, მაგრამ მისი მონდომებითა და ძალისხმევით საქართველოს გასული საუკუნის 90-იანი წლების ბოლოსათვის უკვე გააჩნდა ახალი კოდექსები კანონმდებლობის ძირითად დარგებში.

[9] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 1, მუხ. 13.
[10] იქვე, მუხ. 16.
[11] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 5, მუხ. 388.
[12] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 3, მუხ. 228.

1991 წლის 29 იანვარს უზენაესმა საბჭომ მიიღო უშუალო დემოკრატიის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტის – რეფერენდუმის შესახებ კანონი. სწორედ ამ პერიოდში რეფერენდუმის საკითხი უაღრესად აქტუალური გახდა როგორც მთელ საბჭოეთში, ისე ეროვნული ხელისუფლებისათვის საქართველოში. საბჭოთა კავშირის იმჟამინდელმა ხელმძღვანელობამ, სსრ კავშირის ისტორიაში პირველად (და ეს უკანასკნელიც გამოდგა), გადაწყვიტა რეფერენდუმის ჩატარება 1991 წლის 17 მარტს „საბჭოთა კავშირის როგორც განახლებული ფედერაციის“ შენარჩუნების საკითხზე. ხალხის ნების აპელირებით ხელისუფლება ცდილობდა, შეეჩერებინა საბჭოთა იმპერიის რღვევის პროცესი.

შექმნილ სიტუაციაში საქართველოს მაშინდელმა ხელმძღვანელობამ, ზვიად გამსახურდიას მეთაურობით, მიიღო ერთადერთი სწორი გადაწყვეტილება, სახელდობრ, საქართველოს არ უნდა მიეღო მონაწილეობა საკავშირო რეფერენდუმში და, ამასთანავე, 1991 წლის 31 მარტს საქართველოში ჩატარებულიყო რეფერენდუმი საქართველოს სახელმწიფოებრიოვი დამოუკიდებლობის აღდგენის საკითხზე. ერთი სიტყვით, რეფერენდუმს რეფერენდუმი უნდა დაპირისპირებოდა. ეს სამართლებრივი ბრძოლის იშვიათი მაგალითი იყო.

საქართველომ საკავშირო რეფერენდუმში მონაწილეობა არ მიიღო, სამაგიეროდ, 1991 წლის 31 მარტს საქართველოში ჩატარებული რეფერენდუმით, საარჩევნო უფლების მქონე მოსახლეობის აბსოლუტურმა უმრავლესობამ, 1918 წლის 26 მაისის საქართველოს დამოუკიდებლობის აქტის საფუძველზე, ხმა მისცა საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენას.

რეფერენდუმის შედეგებში გამოვლენილი ხალხის ნება სათანადო სამართლებრივ ფორმაში უნდა გამოხატულიყო. ამიტომ დაიწყო მუშაობა საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის აქტის პროექტის მოსამზადებლად.[13] რა თქმა უნდა, როგორც პოლიტიკურად, ისე სამართლებრივად, ამ პროექტის შედგენისას ძირითად ორიენტირს წარმოადგენდა საქართველოს 1918 წლის 26 მაისის დამოუკიდებლობის აქტი, თუმცა მისი მიღებიდან უკვე საკმაო დრო იყო გასული, რეალობებიც შეცვლილი იყო მსოფლიოში და ამასთან, ზვიად გამსახურდიასაც ჰქონდა გარკვეული შენიშვნები მის მიმართ. კერძოდ, იგი სრულიად სამართლიანად გამოთქვამდა გულისწყრომას დამოუკიდებლობის აქტის იმ ნაწილის მიმართ, რომელშიც პირდაპირ ნათქვამია, რომ „მეთვრამეტე საუკუნის დასასრულს ყოველ მხრით მტრისაგან შევიწროვებული საქართველო თავის ნებით შეუერთდა რუსეთს...“. ასევე არ მოსწონდა ისიც, რომ დამოუკიდებლობის აქტის გაცნობისას იქმნებოდა შთაბეჭდილება, თითქოს საქართველო იმ დროს არსებული საერთაშორისო მდგომარეობის გამო, იძულებული იყო, გამოეცხადებინა სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობა. რასაკვირველია, ეს გარემოებები სრულებითაც არ აკნინებდა ამ აქტის უდიდეს პოლიტიკურ და სამართლებრივ მნიშვნელობას და მისი გათვალისწინება სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის აქტის შემუშავებისას აუცილებელი იყო.

[13] საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის აქტის პროექტის მომზადებაზე უშუალოდ მუშაობდნენ ამ სტრიქონების ავტორი, *ლევან აღექსიძე* და *თედო ნინიძე* (ჯ. ხ.).

ჩვენ მიერ შემუშავებულ საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის აქტის პროექტში ზვიად გამსახურდიამ რამდენიმე არსებითი ცვლილება და დამატება შეიტანა. მაგალითად, პროექტში ეწერა, რომ მე-19 საუკუნის დასაწყისში საქართველოს სახელმწიფოებრიობა დაკარგულ იქნა გარეშე ძალის ჩარევით. ზვიად გამსახურდიამ ამის ნაცვლად ჩაწერა: საქართველოს სახელმწიფოებრიობა ქართველმა ერმა მე-19 საუკუნის დასაწყისში დაკარგა რუსეთის იმპერიის მიერ საქართველოს ანექსიისა და სახელმწიფოებრიობის გაუქმების შედეგად. პროექტში მითითებული იყო, რომ „საბჭოთა კავშირის შემადგენლობაში საქართველოს იძულებითი ყოფნის მთელი პერიოდი აღინიშნა სისხლიანი ტერორითა და რეპრესიებით...“. ზვიად გამსახურდიამ ამ აბზაცს ასეთი დამატება წაუმძღვარა: „საქართველო საბჭოთა კავშირის შემადგენლობაში ნებაყოფლობით არ შესულა, ხოლო მისი სახელმწიფოებრიობა დღესაც არსებობს, დამოუკიდებლობის აქტი და კონსტიტუცია დღესაც იურიდიული ძალის მქონეა, ვინაიდან დემოკრატიულ მთავრობას კაპიტულაციაზე ხელი არ მოუწერია.“

ზვიად გამსახურდიამ კიდევ ორი მნიშვნელოვანი დამატება შეიტანა პროექტში. ერთი ეხებოდა ავტონომიებს, ხოლო მეორე – საქართველოს საგარეო პოლიტიკას. პირველი დამატება ასეთი შინაარსის იყო: „საქართველოს რესპუბლიკა ავტონომიის მტკიცე კონსტიტუციურ გარანტიას აძლევს აფხაზ ხალხს, ხოლო აჭარის ავტონომიის საკითხი გადაწყდება რეფერენდუმით“. მეორე დამატების თანახმად, სახელმწიფოთა შორის ყოველგვარ სამხედრო კონფლიქტებში საქართველო ნეიტრალურ სახელმწიფოდ უნდა დარჩენილიყო. აზრთა გაზიარების შედეგად, საბოლოოდ, სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის აქტის პროექტი ამ ორი დამატების გარეშე მომზადდა, ხოლო მისი მიღების დღედ 1991 წლის 9 აპრილი განისაზღვრა. 1991 წლის 9 აპრილს მრავალპარტიული, დემოკრატიული გზით არჩეულმა საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესმა საბჭომ, რომელიც ეყრდნობოდა 1991 წლის 31 მარტის რეფერენდუმით გამოხატულ საქართველოს მოსახლეობის ერთსულოვან ნებას, უზენაესი საბჭოს თავმჯდომარის – ზვიად გამსახურდიას წინადადებით, საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის აქტი მიიღო.[14]

ამრიგად, ყოფილ საბჭოეთში საქართველო აღმოჩნდა ის ქვეყანა, რომელმაც ერთ-ერთმა პირველმა მიიღო დარტყმა საბჭოთა იმპერიული მანქანისაგან, მსხვერპლი გაიღო ეროვნული დამოუკიდებლობის მოთხოვნისათვის (1989 წლის 9 აპრილი) და ერთ-ერთმა პირველმა მოიპოვა დამოუკიდებლობა, რითაც დაჩქარდა საბჭოთა კავშირის, როგორც საერთაშორისო სამართლის სუბიექტისა და გეოპოლიტიკური რეალობის რღვევის პროცესი.

საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდეგ აუცილებელი გახდა სახელმწიფო ხელისუფლების სისტემის რეფორმირება. 1978 წლის საქართველოს კონსტიტუციის მოდერნიზებით ქვეყნის მმართველობა საპარლამენტო რესპუბლიკის ფორმით ჩამოყალიბდა, ოღონდ პრეზიდენტის ინსტიტუტის გარეშე, ანუ, დაახლოებით ისეთი სახით, როგორც ეს

[14] ჩემთვის განსაკუთრებული პატივია, რომ ამ აქტზე ჩემი ხელმოწერაცაა (ჯ. ხ.).

საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციით იყო განსაზღვრული. ამ მოდელის უდავოდ ნაკლოვანი მხარე მდგომარეობდა იმაში, რომ სახელმწიფოს არ ჰყავდა მეთაური. საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუცია ამ ხარვეზს მთავრობის თავმჯდომარის, ხოლო 1978 წლის კონსტიტუციის ახალი რედაქცია უზენაესი საბჭოს თავმჯდომარის გაზრდილი უფლებამოსილებებით ავსებდა. მაგრამ საბოლოო ანგარიშში, ეს ინსტიტუტები სახელმწიფოს მეთაურის მხოლოდ სუროგატს წარმოადგენდნენ, რომ აღარაფერი ვთქვათ ასეთ შემთხვევებში ხელისუფლების დანაწილების, ხელისუფლების შტოთა ურთიერთკონტროლისა და გაწონასწორების ეფექტიანი სისტემის არარსებობაზე.

მმართველობის სისტემის სრულყოფისათვის საჭირო იყო პრეზიდენტის, როგორც სახელმწიფოს მეთაურის ინსტიტუტის შემოღება, რაც აისახა კიდევაც უზენაესი საბჭოს 1991 წლის 9 აპრილის დადგენილებაში.[15] ამ დადგებილებით, საქართველოს რესპუბლიკის სახელმწიფო წყობილების სრულყოფის, ქვეყნის სუვერენიტეტის, მოქალაქეთა უფლებების, თავისუფლებისა და უშიშროების განმტკიცების მიზნით მიზანშეწონილად ჩაითვალა საქართველოს რესპუბლიკის პრეზიდენტის თანამდებობის შემოღება და უზენაესი საბჭოს შესაბამის კომისიას დაევალა საკანონმდებლო ცვლილებების თაობაზე წინადადებების წარმოდგენა. საფრანგეთის მეხუთე რესპუბლიკის კონსტიტუციური გამოცდილების გათვალისწინებით არჩევანი მმართველობის ნახევრად საპრეზიდენტო რესპუბლიკის მოდელზე შეჩერდა. მმართველობის ეს სისტემა საპარლამენტო და საპრეზიდენტო რესპუბლიკისათვის დამახასიათებელი მექანიზმების ერთგვარ სიმბიოზს წარმოადგენს, ამიტომ ქვეყანას არ მოუწევდა წმინდა საპარლამენტო რესპუბლიკიდან წმინდა საპრეზიდენტო რესპუბლიკაზე გადასვლა. ნახევრად საპრეზიდენტო რესპუბლიკის დროს, მართალია, პრეზიდენტის ინსტიტუტი საკმაოდ ძლიერია, მაგრამ, ამასთანავე, არსებობს ძლიერი მთავრობის მეთაურიც. მთლიანად მთავრობა უნდა სარგებლობდეს პარლამენტის ნდობით. პრეზიდენტის მიერ პარლამენტისა და მთავრობის დათხოვნის შესაძლებლობა უაღრესად მოქნილს ხდის ამ მოდელს. ამის გათვალისწინებით, 1991 წლის 14 აპრილს უზენაესმა საბჭომ მიიღო კანონი „საქართველოს რესპუბლიკის პრეზიდენტის თანამდებობის დაწესებისა და ამასთან დაკავშირებით საქართველოს რესპუბლიკის კონსტიტუციაში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის შესახებ“.[16] კონსტიტუციური ცვლილებების შედეგად, საქართველოს რესპუბლიკის პრეზიდენტი სახელმწიფოს მეთაური გახდა, რომელსაც უშუალოდ ირჩევდა საქართველოს მოქალაქეები საყოველთაო, თანასწორი და პირდაპირი საარჩევნო უფლების საფუძველზე ფარული კენჭისყრით (121[2] მუხლი). მაგრამ საქართველოს პრეზიდენტის ამ წესით არჩევამდე, კონსტიტუციური ცვლილებების თანახმად, საქართველოს რესპუბლიკის პირველ პრეზიდენტს ირჩევდა საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭო (მე-III მუხლი). 1991 წლის 14 აპრილს საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესმა საბჭომ საქართველოს რესპუბლიკის პრეზიდენტად აირჩია ზვიად გამსახურდია.[17]

[15] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 4, მუხ. 293.
[16] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 4, მუხ. 294.
[17] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 4, მუხ. 295.

1991 წლის 18 აპრილს მიღებულ იქნა კანონი საყოველთაო, თანასწორი, პირდაპირი და ფარული საარჩევნო სისტემით საქართველოს რესპუბლიკის პრეზიდენტის არჩევნების შესახებ. ამ კანონის საფუძველზე არჩევნები გაიმართა 1991 წლის 26 მაისს, რომელშიც დიდი უპირატესობით გაიმარჯვა ზვიად გამსახურდიამ. 1991 წლის 7 ივნისს უზენაესმა საბჭომ ცენტრალური საარჩევნო კომისიის წარდგინებით სცნო პრეზიდენტის უფლებამოსილება. ახალარჩეულმა პრეზიდენტმა დადო ფიცი და შეუდგა პრეზიდენტის მოვალეობების შესრულებას.[18]

სამართლებრივი, დემოკრატიული სახელმწიფოს მშენებლობა შეუძლებელია სოციალისტური ეკონომიკის პირობებში, რომელიც გამორიცხავს კერძო საკუთრებასა და თავისუფალ მეწარმეობას. ამიტომ შესაცვლელი იყო სახელმწიფოს არა მხოლოდ პოლიტიკური, არამედ ეკონომიკური სისტემის საფუძვლებიც. ამ მიზნით, 1991 წლის 14 ივნისს უზენაესმა საბჭომ მიიღო კანონი „საქართველოს რესპუბლიკის ეკონომიკური სისტემის საფუძვლების შესახებ“.[19] მანამდე კი, სათანადო ცვლილებები შეიტანა კონსტიტუციის მე-2 თავში, რომელიც განსაზღვრავდა ქვეყნის ეკონომიკურ სისტემას. ამ საკანონმდებლო აქტებით, საქართველოს რესპუბლიკის ეკონომიკური სისტემის საფუძვლად აღიარებულია საბაზრო მეურნეობა, რომლის ძირითადი პრინციპებია რესპუბლიკის სუვერენობა, საკუთრების ფორმების (მათ შორის, კერძო საკუთრების) მრავალსახეობა და მათი თანასწორუფლებიანობა, თავისუფალი მეწარმეობა და კონკურენცია. კანონი ითვალისწინებდა საქართველოს ეკონომიკური საზღვრებისა და საბაჟო სამსახურის შექმნას, ადგენდა მინიმალური სოციალური გარანტიების სახელმწიფო უზრუნველყოფის სისტემას, კერძოდ, შრომის ანაზღაურებისა და პენსიის მინიმალური განაკვეთები არ უნდა ყოფილიყო საარსებო მინიმუმზე ნაკლები, ხელმისაწვდომი უნდა ყოფილიყო სახელმწიფო სოციალური დაზღვევა და სამედიცინო დახმარება, ასევე უმუშევრობის შემთხვევაში მატერიალური დახმარება და პროფესიული გადამზადება და სხვ. კანონის თანახმად, საქართველოში იქმნებოდა საკუთარი საბანკო-საკრედიტო (ქართული ფულის შემოღებით), საბიუჯეტო და საგადასახადო სისტემები და სხვ. ზემოაღნიშნული ჩარჩო კანონიდან გამომდინარე, უზენაესმა საბჭომ სულ მალე მიიღო ახალი ეკონომიკური ურთიერთობების მომწესრიგებელი სპეციალური კანონების მთელიი წყება, კერძოდ, კანონები სამეწარმეო საქმიანობის, ბანკებისა და საბანკო საქმიანობის, დასაქმების, საგადასახადო სისტემის, უცხოური ინვესტიციების, საბაჟოს, სახელმწიფო ქონების პრივატიზების, ფასიანი სასწავლებლების შემოღების შესახებ და სხვ.[20] უზენაესი საბჭო სისტემატურად იხილავდა ეკონომიკური რეფორმის მიმდინარეობის საკითხს და მინისტრთა კაბინეტისაგან მოითხოვდა გადამჭრელი ზომების მიღებას მის დასაჩქარებლად.

[18] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 6, მუხ. 418.

[19] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 6, მუხ. 442, 444.

[20] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 6, მუხ. 440-441; N 7, მუხ. 483-491.

უზენაესმა საბჭომ მნიშვნელოვანი ნაბიჯები გადადგა ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების საკანონმდებლო საფუძვლების სრულყოფისათვის. კანონშემოქმედებითი საქმიანობა რამდენიმე მიმართულებით წარიმართა. რადგანაც ადამიანის უფლებათა შესახებ კონსტიტუციის შესაბამისი თავის დამუშავება და ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა სრულყოფილი კატალოგის შექმნა მოკლე ვადაში ვერ მოხერხდებოდა, ამიტომ, უწინარეს ყოვლისა, საჭირო იყო ადამიანის უფლებათა შესახებ საერთაშორისო აქტებთან საქართველოს მიერთება, მათი რატიფიცირება. ამით ეს აქტები საქართველოს რესპუბლიკის სამართლის შემადგენელი ნაწილი გახდებოდა და ისინი შეავსებდნენ კანონმდებლობაში არსებულ ხარვეზებს. ამ პროცესის მოსაწესრიგებლად 1991 წლის 25 ივლისს უზენაესმა საბჭომ მიიღო კანონი „საქართველოს რესპუბლიკის საერთაშორისო ხელშეკრულებების დადების, რატიფიკაციის, შესრულებისა და დენონსაციის შესახებ“.[21] ამ კანონის საფუძველზე უზენაესი საბჭოს 1991 წლის 15 სექტემბრის დადგენილებით საქართველოს რესპუბლიკა შეუერთდა „ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციას“, ჰელსინკის „ევროპის უშიშროებისა და თანამშრომლობის თათბირის დასკვნით აქტს“ და ვენის „ევროპის უშიშროებისა და თანამშრომლობის თათბირის შემაჯამებელ დოკუმენტებს“.[22] ამასთანავე, კანონმდებლობაში არსებული ხარვეზების სრულად შესავსებად, უზენაესმა საბჭომ 1991 წლის 11 ოქტომბერს კონსტიტუციაში შეიტანა დამატება (37' მუხლი), რომლის თანახმად, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა შესახებ საერთაშორისო სამართლის ნორმები საქართველოს ნაციონალური სამართლის შემადგენელ ნაწილად გამოცხადდა, მათ ენიჭებოდათ უპირატესი იურიდიული ძალა შიდასახელმწიფოებრივ სამართლებრივ აქტებთან მიმართებით და უშუალოდ მოქმედებდნენ საქართველოს ტერიტორიაზე. ამავე დროს, ადამიანის უფლებები და ძირითადი თავისუფლებები უზრუნველყოფილი იქნებოდა სასამართლო დაცვით.[23] გარდა ამისა, ადამიანის უფლებათა განხორციელების გარანტიების თუ მათი დაცვის საკითხებს აწესრიგებდა უზენაესი საბჭოს მიერ მიღებული სპეციალური კანონები. სამაგალითოდ შეიძლება მოვიყვანოთ კანონები: „არასამხედრო, ალტერნატიული შრომითი სამსახურის შესახებ“, „მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანების შესახებ“, „პრესისა და მასობრივი ინფორმაციის სხვა საშუალებების შესახებ“ და სხვ.[24] საგულისხმოა, რომ ამ კანონების დიდმა ნაწილმა დროის მოთხოვნებს გაუძლო. ამის თვალსაჩინო მაგალითია, თუნდაც, 1991 წელს მიღებული კანონი „პრესისა და მასობრივი ინფორმაციის სხვა საშუალებების შესახებ“, რომელიც 13 წელიწადი მოქმედებდა და სწორედ მის საფუძველზე ჩამოყალიბდა საქართველოში დამოუკიდებელი და თავისუფალი მასმედია.

ასევე აღსანიშნავია სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკის ჰუმანიზაციის მიზნით განხორციელებული საკანონმდებლო ცვლილებები. კანონმდებელმა

[21] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 7, მუხ. 492.
[22] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 9, მუხ. 655, 656.
[23] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 10, მუხ. 739.
[24] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 6, მუხ. 436; N 8, მუხ. 591, 595.

მოახდინა მთელი რიგი ქმედებების დეკრიმინალიზაცია, რომლებიც მხოლოდ ტოტალიტარულ და კომუნისტური რეჟიმის ქვეყნებში გვხვდება (მაგალითად, უმუშევრობა, უხარისხო პროდუქციის გამოშვება და სხვ.). უზენაესმა საბჭომ 1991 წლის 20 მარტს მიიღო კანონი, რომლითაც, საბჭოთა სივრცეში პირველად, სიკვდილით დასჯა გაუქმდა ქონებრივი ხასიათის დანაშაულებზე, კერძოდ, ყალბი ფულის დამზადებაზე ან გასაღებაზე, სავალუტო ოპერაციის წესების დარღვევაზე, სახელმწიფო ქონების განსაკუთრებით დიდი ოდენობით გატაცებასა და ქრთამის აღებაზე.[25] ეს იყო პირველი მნიშვნელოვანი ნაბიჯი სიკვდილით დასჯის სრულად გაუქმების გზაზე.

სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდეგ მწვავედ დადგა საქართველოს ტერიტორიაზე სსრ კავშირის შეიარაღებული ძალების ყოფნის საკითხი. იმის გათვალისწინებით, რომ 1921 წლის თებერვალ-მარტში საქართველოს ოკუპაცია და ანექსია განხორციელდა წითელი არმიის – მთავარი სამხედრო ძალის მეოხებით, რომელიც განაგრძობდა უკვე დამოუკიდებელი საქართველოს ტერიტორიაზე ყოფნას, უზენაესმა საბჭომ 1991 წლის 15 სექტემბერს მიიღო დადგენილება, რომლის თანახმად, საქართველოს ტერიტორიაზე განლაგებული სსრ კავშირის შეიარაღებული ძალები გამოცხადდა საოკუპაციო სამხედრო ძალად. საქართველოს რესპუბლიკის მთავრობას დაევალა მოლაპარაკების დაწყება სსრ კავშირთან საქართველოს ტერიტორიიდან სსრ კავშირის შეიარაღებული ძალების გაყვანის თაობაზე.[26] ამასთანავე, იმის გათვალისწინებით, რომ სსრ კავშირის შეიარაღებული ძალების შექმნა-ფორმირება გარკვეულწილად მოხდა საქართველოს რესპუბლიკის მშრომელთა ხარჯზე და საქართველოს სასიცოცხლოდ სჭირდებოდა საკუთარი შეიარაღებული ძალების შექმნა, უზენაესმა საბჭომ 1991 წლის 25 ნოემბრის დადგენილებით საქართველოს რესპუბლიკის საკუთრებად გამოაცხადა საქართველოს ტერიტორიაზე დისლოცირებული საბჭოთა კავშირის სამხედრო ძალების კუთვნილი იარაღი, საბრძოლო მასალა, სამხედრო ტექნიკა, სამხედრო ბაზები და სხვა სამხედრო ქონება. საქართველოს რესპუბლიკის მინისტრთა კაბინეტს დაევალა საბჭოთა კავშირის ხელისუფლების შესაბამის ორგანოებთან მოლაპარაკების დაწყება ზემოაღნიშნული ქონების საქართველოს რესპუბლიკის საკუთრებაში გადმოსაცემად და სამხედრო ძალების პირადი შემადგენლობის საქართველოს ტერიტორიიდან გასაყვანად.[27]

სამწუხაროდ, 1991 წლის შემოდგომიდან საქართველოში სახელმწიფოებრივი აღმშენებლობის პროცესი მნიშვნელოვნად შეფერხდა. თავი იჩინა შიდაპოლიტიკურმა დაპირისპირებამ და აშლილობამ. თუმცა გარეშე ძალასაც არ დაუკლია თავისი ხელი. 1991 წლის მიწურულს ქვეყანაში შექმნილი მწვავე პოლიტიკური კრიზისი შეიარაღებულ შეტაკებაში გადაიზარდა, რასაც მოჰყვა კანონიერად არჩეული ხელისუფლების ძალით დამხობა და სახელმწიფო გადატრიალება. თავიდანვე იყო მცდელობა, რომ 1991-1992 წლების მიჯნაზე მომ-

[25] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 3, მუხ. 253.
[26] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 9, მუხ. 657.
[27] იხ. საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს უწყებები, 1991 წ. N 11, მუხ. 818, 819.

ხდარი მოვლენები შეფასებულიყო როგორც „სახალხო-დემოკრატიული რევოლუცია“. მე მაშინაც ვთქვი და ახლაც ვიმეორებ, რომ ეს იყო შეიარაღებული აჯანყების გზით სახელმწიფო გადატრიალება. ხელისუფლებას არალეგიტიმური სამხედრო საბჭო დაეუფლა, რომელმაც შეაჩერა კონსტიტუციის მოქმედება, დაითხოვა უზენაესი საბჭო და სახელმწიფო მართვის სტრუქტურები დაიქვემდებარა. საზოგადოება მოიცვა ქაოსმა და ანარქიამ, განუკითხაობამ. სახელმწიფო გადატრიალებამ ბიძგი მისცა სამოქალაქო ომს. საქართველოში დაიწყო ქვეყნის ეკონომიკის გაჩანაგების, მოსახლეობის ცხოვრების დონის კატასტროფული დაცემის, კრიმინალური დაჯგუფებების თარეშის, ძმათამკვლელობის პერიოდი.

საჭიროდ მიმაჩნია, 1991-1992 წლების მიჯნაზე საქართველოში განვითარებულ მოვლენებს ოფიციალურ დონეზე მიეცეს პოლიტიკური და სამართლებრივი შეფასება, საფუძვლიანად იქნეს გამოკვლეული ქვეყნის როგორც შიგა, ისე გარე ფაქტორები, რომელთა მოქმედების შედეგად, ძალის გამოყენებით, დამხობილ იქნა კანონიერად არჩეული ხელისუფლება. ამის გაკეთება აუცილებელია არა მხოლოდ სამართლიანობის აღდგენის მიზნით, არამედ იმისთვისაც, რომ მომავალში არავის გაუჩნდეს სურვილი, უკანონოდ მიითვისოს და დაეუფლოს ხელისუფლებას. ამას, უწინარეს ყოვლისა, მოითხოვს ქართული სახელმწიფოებრიობის დემოკრატიული განვითარების ინტერესები.

Hans-Joachim Schramm*

DER WEG GEORGIENS IN DIE EUROPÄISCHE UNION[1]

Die Leidenschaft, mit der sich der Jubilar für eine Anbindung seiner Heimat an Europa einsetzt, bedarf keiner weiteren Betonung. Dieses Ziel wird von einer Mehrheit seiner Landsleute geteilt[2] und die Entwicklung Georgiens nach der Erlangung der staatlichen Unabhängigkeit am 9.April 1991 weist in vieler Hinsicht in diese Richtung. Seit 1999 ist Georgien Mitglied des Europarates und 2017 wurde das Ziel der Aufnahme in der EU und der NATO in der Georgischen Verfassung verankert.[3] Vor dem Hintergrund des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine hat Georgien am 3.März 2023 einen offiziellen Antrag auf Aufnahme in die Europäische Union gestellt. Auf diesen Antrag hat die Europäischen Kommission am 17.6.2023 zurückhaltend reagiert und dem Rat empfohlen, Georgien lediglich eine Beitrittsperspektive zu eröffnen.[4] In seinem Beschluss vom 23.6.2023 hat der Europäische Rat diese Empfehlung übernommen und Georgien, anders als der Ukraine und der Republik Moldau, den Status als Beitrittskandidat verweigert.[5] Gleichzeitig wird die europäische Perspektive Georgiens betont und die Bereitschaft erklärt, Georgien den Status eines Beitrittskandidaten zuzuerkennen, wenn die in der Stellungnahem der Kommission benannten Punkte, adressiert' werden.

In diesem Beitrag soll näher untersucht werden, wie das Verfahren eines Beitritts zu Europäischen Union im Einzelnen ausgestaltet ist und welche Hürden von Georgien

* Prof. Dr. Hans-Joachim Schramm, Hochschule Wismar, Studiengangsleitung Wirtschaftsrecht

1 Dieser Beitrag wurde aus Anlass des 60 Geburtstags von Prof. Dr. Lado Chanturia verfasst. Dem Autor ist es eine Ehre und Freude, hieran mitwirken zu dürfen. Er hatte das Glück, zusammen mit dem Jubilar und seiner wunderbaren Familie einige Jahre gemeinsam an der Universität Bremen in einer von Rolf Knieper geleiteten Gruppe von Wissenschaftlern forschen und arbeiten zu dürfen. Der Autor schaut dankbar auf dieser Zeit zurück, in der ihm der Jubilar nicht nur einzigartige Einblicke in die Fragen der Transformation der Rechtsordnungen der Staaten des postsowjetischen Raums vermittelt hat, sondern auch in Kontakt gebracht hat mit der außergewöhnlichen und liebenswürdigen Kultur seiner Heimat. Rechtswissenschaftliche Forschung, höchstrichterliche Praxis und internationale Politik sind in der Person des Jubilars eine einzigartige Verbindung eingegangen. Möge der Jubilar noch viele Jahrzehnte die Möglichkeit haben, seine herausragenden Fähigkeiten zum Wohle der Menschen einzusetzen.

2 International Centre for migration policy development (August 2022), https://www.icmpd.org/blog/2022/ukraine-moldova-and-georgia-have-their-european-prospects-confirmed.-what-does-it-mean-for-migration-policies

3 Art. 78 Verfassung der Republik Georgien vom 24.8.1995 i.d.F. vom 23.3.2018.

4 Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council Commission opinion on Georgia's application for membership of the European Union, COM (2022) 405 final.

5 European Council conclusions on Ukraine, the membership applications of Ukraine, the Republic of Moldova and Georgia, Western Balkans and external relations, 23 June 2022, Pkt. 11 ff, https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/23/european-council-conclusions-on-ukraine-the-membership-applications-of-ukraine-the-republic-of-moldova-and-georgia-western-balkans-and-external-relations-23-june-2022/

auf seinem Weg zur Erlangung des Kandidatenstatus und weiter der Mitgliedschaft überwunden werden müssen. Dabei stehen, wie vom Europäischen Rat betont, die Wahrung der sogenannten Kopenhagener Kriterien und die Fähigkeit der EU zur Aufnahme neuer Mitglieder an erster Stelle. Dieser Brüsseler Beschluss sollte wiederum vor dem Hintergrund des Umstands gesehen werden, dass die Europäische Union aufgrund des russischen Angriffs ihre bis dahin vertretene Position, dass der Aufnahme neuer Mitglieder in die Union deren Konsolidierung vorangehen müsse, aufgegeben und den Weg zum Beitritt für diese Länder und weitere Staaten auf dem Balkan geebnet hat.[6]

Das Verständnis eines Beitrittsverfahrens wird durch einen Rückblick auf die bisherige Osterweiterung der Europäischen Union erleichtert. Die Erfahrungen, die in Verbindung mit den bisherigen Erweiterungsrunden gesammelt wurden, vermitteln einen Eindruck von den Aufgaben, die zu bewältigen sind, sowohl auf Seiten des Beitrittskandidaten als auch der EU, und sind die Grundalge für eine realistische Einschätzung des Weges und der Hindernisse, die es zu überwinden gilt.

1. Der Beitritt der mittelosteuropäischen Staaten

Die Frage der Aufnahme osteuropäischer Nachbarn in die Europäische Union ergab sich aus der Auflösung des Warschauer Paktes und dem Zerfall der Sowjetunion im Juli bzw. Dezember 1991. Mit den mittelosteuropäischen Staaten schloss die EU ab dem Dezember des Jahres 1991 zunächst Assoziierungsabkommen, die allerdings einen Beitritt zur EU ausdrücklich nicht präjudizieren sollten.[7] Erst auf der Sitzung des Europäischen Rates, der im Juni 1993 in Kopenhagen stattfand, einigten sich die Staats- und Regierungschefs darauf, den Ländern Ostmitteluropas eine Beitrittsperspektive zu eröffnen. Zur Voraussetzung wurden dabei, neben der Bedingung der Aufnahmefähigkeit der bestehenden Union, die Erfüllung der sogenannten 'Kopenhagener Kriterien' gemacht,[8]

- eine stabile demokratische und rechtstaatliche Ordnung,
- eine funktionierende Marktwirtschaft,
- wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit und
- die Bereitschaft zur Übernahme des acquis communautaire.

Zur Umsetzung dieses Ziels entwickelte die EU eine Strategie zur schrittweisen Heranführung der Beitrittskandidaten, die auf dem Gipfel der Staats- und Regierungschefs der EU in Essen im Dezember 1994 verabschiedet[9] und auf dem Gipfel in Madrid im Dezember 1995 bestätigt wurde.[10] Kern dieser Strategie war neben der Umsetzung der Assoziierungsabkommen die Aufnahme eines strukturierten Dialogs in Sektoren

[6] *Lippert T*he EU's Next Eastward Enlargement Will Be Complicated and Expensive, SWP Comment No. 46, August 2022.

[7] *Loth,* Europas Einigung (2014), S. 348 m.w.N.

[8] Pt. 7. A. iii) European Council in Copenhagen – Conclusions, https://www.consilium.europa.eu/media/21225/72921.pdf

[9] *Steppacher,* Osterweiterung der EU, in: *Bergmann,* Handlexikon der EU, 6. Aufl. 2022

[10] https://www.europarl.europa.eu/summits/mad1_en.htm#enlarge

mit transeuropäischer Dimension und dem Angebot technischer Unterstützung im Rahmen des PHARE Programms auch die Verabschiedung eines von der Kommission erarbeiteten Weißbuches.[11] Gegenstand dieses Weißbuches war es, den Beitrittskandidaten einen Leitfaden an die Hand zu geben, der es ihnen die ermöglichen sollte, die Aufgabe der Rechtsangleichung zu bewältigen. Gleichzeitig wurde im Juli 1997 die Agenda 2000 – for a stronger and wider Union verabschiedet.[12] Sie enthielt die Empfehlung, mit den Beitrittskandidaten, auf der Grundlage eines detaillierten Programms Beitrittsverhandlungen zu eröffnen. Da man den Beitrittskandidaten eine unterschiedliche Beitrittsreife attestierte, andererseits aus politischen Gründen aber alle Kandidatenstaaten parallel an die EU heranführen wollte, wurden im Dezember 1997 mit allen Ländern individuelle Beitrittspartnerschaften abgeschlossen, in denen konkrete Maßnahmen bestimmt wurden, die von den Kandidaten umzusetzen waren. Gleichzeitig wurde mit sechs Kandidatenländern Beitrittsverhandlungen aufgenommen, ein Jahr später folgte die Aufnahme von Verhandlungen mit weiteren sechs Staaten. Diese Verhandlungen wurden nach der Durchführung von Referenden in den Beitrittsländern mit dem Beitritt von zehn neuen Mitgliedsstaaten zum 1.Mai 2004 abgeschlossen. Rumänien und Bulgarien folgten zum 1.Januar 2007. Für die Staaten des westlichen Balkans wurde im Februar 2020 eine überarbeitete Erweiterungsstrategie vorgelegt, nach der der EU Acquis in sechs thematische Cluster gegliedert wird.[13] Dies soll es den Beitrittskandidaten ermöglichen, innerhalb der verschiedenen Rechtsgebiete eine bestimmte Priorisierung vorzunehmen.

Ungeachtet dessen, dass die EU-Osterweiterung ein Prozess war, der 2012 mit der Verleihung des Friedensnobelpreises an die EU gewürdigt wurde, ist auf der anderen Seite festzustellen, dass bereits zu diesem Zeitpunkt verschiedene Defizite festgestellt wurden. Auch bei bestem Willen wurde den Beitrittsländern die Übernahme einer solchen Menge von Vorschriften abverlangt, dass dem Prozess die transformative Kraft abhanden gekommen ist.[14] Unter ungünstigen Umständen ist hinzugekommen u.a. eine Einflussnahme auf die Politik durch Interessengruppen (‚Oligarchen'), eine verbreitete Korruption, eingeschränkte Pressefreiheit und eine ineffektive Justiz.[15] Diese Tendenz verstärkte sich in den folgenden Jahren, was die EU wiederum veranlasst hat, ab 2019 Berichte zur Lage des Rechtsstaats in der EU zu veröffentlichen.[16] Im Dezember 2020 wurde dann der sog. Rechtsstaatsmechanismus eingeführt,[17] der dem Mangel

[11] Vorbereitung der assoziierten Staaten Mittel- und Osteuropas auf die Integration in den Binnenmarkt der Union, COM (95) 163.

[12] Agenda 2000 for a stronger and wider Union COM 97 (2000).

[13] Enhancing the accession process – a credible EU perspective for the Western Balkans, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0057

[14] *Trappe* , Europäischen Integration, in *Kötter u.a.* Rechtsstaatsförderung, Teil 3 § 6 F.

[15] *Vodycka/ Heidemann,* Postkommunistischer EU-Raum: Konsolidierungsstand und Perspektiven, in *Vodycka/ Heidemann* Vom Ostblock zur EU (2013), S. 319 (377).

[16] https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism_en

[17] VO 2020/2092 vom 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union. Die von Ungarn und Polen gegen diese Verordnung gerichteten Klagen hat der EuGH

abhelfen sollte, dass nach einem Beitritt es an Instrumenten fehlte, einer Abkehr von den gemeinsamen Werten der EU entgegen zu wirken. Gegen Ungarn wurde dieser Mechanismus unlängst erstmalig eingesetzt, weil es nach Ansicht des Rates Mängel im Bereich der Korruptionsbekämpfung, u.a. auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge, der Unabhängigkeit der Justiz und der Transparenz in der Verwendung öffentlicher Mittel festzustellen sind.[18] Polen wurde aufgrund der Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt.[19] Hier steht die Auslösung des Rechtsstaatsmechanismus ebenfalls im Raum.[20]Diese Erfahrungen lassen verständlicher werden, warum die EU stärker als zuvor im Rahmen des Beitrittsprozesses prüft, ob es zu einer dauerhaften Umsetzung der Werte der Europäischen Union gekommen ist. Dieser Gedanke wird mit dem Begriff der Konditionalität beschrieben, die Bindung des Beitrittsprozesses an die dauerhafte Wahrung der Kriterien der Mitgliedschaft. Er hat seinen Ausdruck gefunden in einer Überarbeitung der Führung der Beitrittsverhandlungen.[21] Danach soll ein Fokus vor allem auf die grundlegenden Reformen gelegt werden und es wird ein stärkeres Engagement auf politischer Ebene erwartet. An die Stelle von separaten Verhandlungen zu den 33 Kapiteln des Acquis Communautaire sollen diese zusammengefasst werden in sechs Clustern, die als Einheit betrachtet werden. Dem Cluster ‚Grundlagen', das die Themen Rechtsstaat, demokratische Institutionen, öffentliche Verwaltung umfasst, soll dabei eine zentrale Rolle zukommen. Allerdings werden auch darüber hinausgehende Änderungen des Beitrittsverfahrens diskutiert.[22] Sie zielen darauf ab, abzugehen von der starren Alternative Nicht- oder Vollmitgliedschaft und eine phasenweise Integration auf einzelnen Gebieten zu ermöglichen.

2. Der Weg Georgiens nach Westen

Wie der Jubilar in verschiedenen Aufsätzen beschrieben hat., gehörte die Ausrichtung der georgischen Rechtsordnung an westlichen Modellen, und hier in erster Linie an kontinentaleuropäischen Vorbildern, zu den bewussten Entscheidungen nach der Erlangung der Unabhängigkeit.[23] Vorrangig zu nennen ist die Verabschiedung der georgi-

mit Urteil vom 16.3.3022 abgewiesen, EuGH C-156/21 und C-157/21 EuZW 2022, 467.

[18] Annexes to the Explanatory Memorandum of the Commission proposal for a Council implementing decision on measures for the protection of the Union budget against breaches of the principles of the rule of law in Hungary, COM (2022) 485 final.

[19] Vgl. EuGMR Urteil vom 7.5.2021 (Xero Flor/Polen), NJW 2022, S. 1229.

[20] EU budget: Commission proposes measures to the Council under the conditionality regulation, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_5623

[21] Revised enlargement methodology, see *Bargiacchi* The revised enlargement methodology for the Western Balkans, DOI: https://doi.org/10.18485/iup_rlr.2020.ch4

[22] *Emerson/Blockmans* Next steps for EU Enlargement – forward or backwards (2022), https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2022/11/next-steps-for-eu-enlargement-forwards-or-backwards.pdf

[23] *Chanturia* Rückblick auf Georgiens Transformation im Privatrecht, in *Kötter u.a.* Rechtsstaatsförderung, Teil 2 § 5 A. (2022), Zur Entwicklung des Verwaltungsrechts: *Winter/Kalichava* Rechtstransfer und Eigendynamik in Transformationsländern: Das Beispiel der Verwaltungsrechtsentwicklung in Georgien, ZaoRV 2019, 27.

schen Verfassung im August 1995, in der die Grundsätze der Gewaltenteilung und einer eigenständigen Verfassungsgerichtsbarkeit verankert sind.[24] Auf der politischen Ebene ist festzuhalten, dass die ersten Wechsel von Gamsachurdia zu Schewardnadse (1992) sowie von Schewardnadse zu Saakaschwili (2003) auf undemokratischem Wege erfolgten. Beginnend mit der Präsidentenwahl 2004 kam es dann aber zu friedlichen Wechseln im Präsidentenamt und Parlamentswahlen, denen internationale Organisationen bescheinigten, demokratischen Grundsätzen zu entsprechen.[25] Gleichzeitig wurde das Machtgefüge, das anfänglich eine herausgehobene Position des Präsidenten vorsah, zugunsten einer parlamentarischen Demokratie verschoben.[26] Dies hat dazu geführt, dass Georgien in den Rankings des World Justice Projects relativ zu vierzehn anderen Staaten des Kaukasus und Zentralasiens immer am besten abschneidet.[27]

Die EU und auch die Bundesrepublik haben die Rechtsentwicklung von Beginn an unterstützt, die Bundesrepublik im Rahmen eines bilateralen Programmes, die EU im Rahmen des TACIS-Programms,[28] das 2007 ersetzt wurde durch das European Neighbourhood and Partnership Instrument (ENPI).[29] Grundlage für die Zusammenarbeit mit der EU war zunächst das im Jahr 1996 abgeschlossene Partnership and Cooperation Agreement. Ziel dieses Abkommens war die allmähliche Angleichung der Gesetzgebung und Georgien verpflichtete sich, alle gesetzgeberischen Maßnahmen in Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorschriften zu bringen.[30]

Als Reaktion auf den russischen Einmarsch in Südossetien im Jahr 2008 verabschiedete die EU im Jahr 2009 das Eastern Partnership.[31] Ziel der Eastern Partnership ist es, die teilnehmenden Länder, neben Georgien auch die Ukraine, Weißrussland und die anderen Staaten des Kaukasus, weiter an sich zu binden. Der nächste sich hieraus ergebende Schritt war der Abschluss des Assoziierungsabkommen im Jahr 2014, das zum 1.Juli 2016 in Kraft getreten ist, und das Deep and Comprehensive free Trade Area (DCFTA) Agreement umfasst.[32] Dieses Abkommen verschaffte Georgien einen erleichterten Zugang zum europäischen Markt durch Senkung der Zölle, Abschaffung nicht -tarifärer Handelshemmnisse und die schrittweise Übernahme der vier Marktfreiheiten und von Sektorregulierungen. Gleichzeitig wurde in Gestalt des Assoziationsrates ein institutioneller Rahmen geschaffen, um die Zusammenarbeit zu systematisieren.[33]

[24] *Erkvania* Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in Georgien (2017).
[25] OSZE/ ODIHR https://www.osce.org/odihr/elections/georgia
[26] *Nodia* The uncertain state of Georgia's democracy, in *Emerson* (a.o.) The struggling for good Governance in eastern Europe, 2nd ed. (2021), 21 ff.
[27] https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Georgia/
[28] *Frenz* The European Commission's Tacis Programme 1991 – 2006 a success story, https://www.osce.org/files/f/documents/2/1/34459.pdf
[29] https://south.euneighbours.eu/the-european-neighbourhood-instrument-eni/
[30] https://smr.gov.ge/uploads/prev/2_Partner_cce01fcf.pdf
[31] Deutscher Bundestag Georgien in der östlichen Partnerschaft https://www.bundestag.de/resource/blob/655146/fd0409592388a2776e90f34cdec2b899/PE-6-061-19-pdf-data.pdf
[32] Assoziierungsabkommen EU-Georgien, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830(02)&from=EN
[33] *Chanturia* Rückblick auf Georgiens Transformation im Privatrecht, in Kötter u.a. Rechtsstaatsförderung, Teil 2 § 5 A. (2022), *Chanturia* Die Ausdehnung des Europäischen Privatrechts auf Drittstaaten am Beispiel Georgiens, ZEuP 2018, 916.

Dieser Assoziationsrat ist befugt, Empfehlungen auszusprechen[34], deren Umsetzung durch regelmäßige Berichte überprüft wird.[35] In diesem Rahmen wurden 2014,[36] 2017[37] und 2021[38] Agenden formuliert. In diesen Agenden werden zahlreiche Reformvorgaben formuliert in den für die Zusammenarbeit mit der EU prioritären Bereichen, darunter Demokratie, Menschenrechte und gute Regierungsführung. Grundsätzlich wird diesen Vorgaben bescheinigt, einen maßgeblichen Einfluss auf die Rechtsentwicklung in Georgien ausgeübt zu haben.[39]

Allerdings hat sich die Entwicklung Georgiens seit 2015 zumindest nach dem Rule of Law Index des World Justice Projects kontinuierlich verschlechtert.[40] Dabei bezieht sich die Kritik vor allem auf die Funktionsfähigkeit der demokratischen Institutionen und der Justiz. Zur Begründung wird auf eine starke Personalisierung des georgischen politischen Systems verwiesen, das eine notwenige Kompromissbildung erschwere und zu einer Einflussnahme auf Justiz und Medien von Seiten der Politik führe.[41] Demgemäß kam die EU in ihrem Bericht im Jahr 2021 zu einem gemischten Ergebnis. Darin werden Georgien zwar Erfolge bescheinigt, aber weitere Reformbemühungen mit dem Ziel einer Konsolidierung der Demokratie und einer Reform der Justiz als wesentlich für den weiteren Weg nach Europa angemahnt.[42]

3. Der Antrag Georgiens auf Aufnahme in die Europäische Union

Am 3.3.2022 hat Georgien einen Antrag auf Mitgliedschaft in der Europäischen Union eingereicht. Daraufhin hat der Rat der Europäischen Union die Kommission um eine Stellungahme gebeten. Diese hat wiederum im April 2022 der georgischen Regierung Fragebögen übermittelt zu den politischen und wirtschaftlichen Kriterien sowie zur Übernahme des Acquis Communautaire. Auf diese Fragebögen hat die georgische Re-

[34] Art. 406 Assoziierungsabkommen.

[35] Association Implementation Report on Georgia 2019 https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/1_en_document_travail_service_conjoint_part1_v4.pdf

[36] EU-Georgia Asscociation Agenda, https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/associationagenda_2014_en.pdf

[37] Recommendation No. 1/2017 of the EU-Georgia Association Council of 20 November 2017 on the EU-Georgia Association Agenda [2017/2445] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017D2445&rid=10

[38] Empfehlung Nr. 1/2022 des Assoziationsrates EU-Georgien vom 16. August 2022 zur Assoziierungsagenda EU-Georgien für den Zeitraum 2021-2027 [2022/1422] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:22022D1422&from=EN

[39] *Gabrichidze* National and bilateral national framework for legislative impact of EU law of the Georgian legal system, in: *Lorenzmeier (Hrsg.) EU* External Relations Law (2021), umfassend: *Emerson* a.o. Deepening EU-Georgian relations, 3rd ed. (20021) https://3dcftas.eu/publications/deepening-eu-georgian-relations-updating-and-upgrading-in-the-shadow-of-covid-19.-third-edition

[40] https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Georgia

[41] *Nodia* The uncertain state of Georgia's democracy, in *Emerson* (a.o.) The struggling for good Governance in eastern Europe, 2nd ed. (2021), S. 21 ff

[42] Association Implementation Report on Georgia 2021 https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/2021_association_implementation_report_in_georgia.pdf

gierung im Mai 2022 geantwortet und die Kommission hat auf der Grundlage dieser und weiterer Dokumente ihre Empfehlung vom 17.6.2022 formuliert. In dieser Empfehlung prüft die Kommission die politischen und wirtschaftlichen Kriterien eines Beitritts sowie die Fähigkeit, die aus einer Mitgliedschaft erwachsenden Verpflichtungen zu übernehmen.[43] Sie kommt zu dem Ergebnis, dass im Hinblick auf das politische Kriterium Georgien die Grundlagen geschaffen habe, um die Stabilität der demokratischen Institutionen, des Rechtsstaats, des Schutzes der Menschenrecht und von Minderheiten zu gewährleisten. Jedoch hätten Entwicklungen der jüngeren Zeit den Fortschritt des Landes unterminiert. Hierauf aufbauend empfiehlt die Kommission, Georgien den Kandidatenstatus zu gewähren, wenn die 12 vorrangige Fragen in Angriff genommen werden (‚priorities have been addressed'):

1. Die politische Spaltung des Landes müsse überwunden werden.
2. Die Empfehlungen der Venedig-Kommission und der OSZE/ODIHR hinsichtlich der Funktionsweise der demokratischen Institutionen und des Wahlrechts müssen umgesetzt werden.
3. Eine Justizreform muss ins Werk gesetzt werden.
4. Die Unabhängigkeit der Anti-Korruptionsagentur müsse gestärkt werden.
5. Eine 'De-Oligarchisierung' müsse stattfinden.
6. Der Kampf gegen die organisierte Kriminalität müsse intensiviert werden.
7. Bemühungen zur Gewährleistung freier und unabhängiger Medien müssen intensiviert werden.
8. Die Menschenrechte vulnerabler Gruppen sollten stärker geschützt werden.
9. Die Bemühungen zur Sicherstellung der Gleichberichtigung sollten konsolidiert werden.
10. Vertreter der Zivilgesellschaft seien stärker in den Entscheidungsprozess mit einzubinden.
11. Die Umsetzung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschrechte sollte intensiviert werden.
12. Die Ombudsperson sollte durch Ernennung einer unabhängigen Person und die Gewährleistung seiner institutionellen Unabhängigkeit gestärkt werden.

Am 23.Juni 2022 hat der Rat der Europäische Rat die Empfehlung der Kommission bestätig.[44] Im August 2022 folgte ein weiterer Bericht zur Umsetzung des Assoziierungsabkommens.[45] In diesem Bericht werden noch einmal die verschiedenen Ereignisse der jüngeren Zeit zusammengefasst, die Anlass für die zurückhaltende Reaktion der Kommission auf das Beitrittsgesuch Georgiens waren. Aufgeführt werden insbesondere

- Die Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Parlamentswahl 2020, die zu einem Boykott der Oppositionsparteien führten. Zwar wurde im April 2021 ein parteiüber-

[43] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council Commission opinion on Georgia's application for membership of the European Union, COM (2022) 405 final.

[44] https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/23/european-council-conclusions-on-ukraine-the-membership-applications-of-ukraine-the-republic-of-moldova-and-georgia-western-balkans-and-external-relations-23-june-2022/

[45] https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11784-2022-INIT/en/pdf?fbclid=IwAR0Rvoq7lQj8YL3-PMfjjOdai5oz2unGKvAOT89IH9gsbL2qq-lslAq-HRo

greifendes Abkommen ausgehandelt, das aber bislang nicht zu einer Befriedung der Situation geführt hat.

- Zweifel an der Rechtstaatlichkeit wurden genährt durch eine Umstrukturierung der für die Korruptionsbekämpfung zuständigen Behörde.
- Verschiedene Gerichtsentscheidungen begründeten den Verdacht politischer Motivation.
- Bewertungen zur Freiheit der Presse hätten sich verschlechtert.[46]

4. Die Bedingungen für die Aufnahme von Beitrittsverhandlungen

Zu Beginn des Jahre 2023 wurden verschiedene Berichte zur Umsetzung der Kriterien veröffentlicht, sowohl von unabhängigen Institutionen[47] als auch von der EU selber im Hinblick auf den Stand der Umsetzung der 33 Kapitel des Acquis Communautaire mit Blick auf die Bereiche, die in den vorangegangen Berichten nicht expliziert evaluiert worden waren.[48] Die Bewertungen schwanken hier zwischen ‚early stage of preparation', ‚some level of preparation' and 'moderately prepared'. Im Rahmen einer Skala mit fünf Schritten werden mit diesen Begriffen die niedrigsten drei umschrieben.[49]

Auf der Grundlage dieser und weiterer Stellungnahmen sollen einige der von der EU vorgebrachten Kritikpunkte weiter erläutert werden

1. Polarisierung des politischen Systems

   Wie bereits angedeutet beruht findet das Problem der Polarisierung staatlicher Macht eine Ursache in dem Umstand, dass sich in Georgien Parteien weniger um ein Programm herum gebildet haben, als vielmehr um konkrete Personen.[50] Im Falle Georgiens kommt dabei noch hinzu, dass es sich bei dem früheren Premierminister Ivanishwili um einen sehr wohlhabenden Unternehmer handelt. Diese personalistische Struktur der Macht habe zu einer Konzentration geführt und zu Versuchen, Oppositionelle zu behindern. Eindeutige Empfehlungen, wie dieses Problem zu überwinden sei, sind derzeit nicht erkennbar, da sich Hoffnungen, die mit einer Stärkung des Parlaments gegenüber dem Präsidenten und einem Übergang zu einem Verhältniswahlrecht, verbunden wurden, nicht erfüllt haben. Aktuelle Gedanken gehen in die Richtung, von dem Prinzip ‚the winner takes all' abzugehen und bestimmte Ämter und Rechte der parlamentarischen Minderheit vorzubehalten.

[46] https://rsf.org/en/country/georgia

[47] *Emerson, Akhvlediani a.o.* EU Accession Prospects of Ukraine, Moldova and Georgia — First Responses to the Conditions set by the European Commission https://3dcftas.eu/publications/eu-accession-prospects-of-ukraine-moldova-and-georgia-—-first-responses-to-the-conditions-set-by-the-european-commission

[48] Commission Staff working Document analytical report on following the Communication on Georgia's application for membership of the European Union SWD 2023 31 final

[49] Die Skala lautet: ‚early stage of preparation' - ‚some level of preparation' - 'moderately prepared' – 'good level of preparation '- 'well advanced', https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_15_6040

[50] *Nodia* The uncertain state of Georgia's democracy, in *Emerson* (a.o.) The struggling for good Governance in eastern Europe, 2nd ed. (2021), S. 21 ff

Weitere Vorschläge zielen auf eine Stärkung der Untersuchungsrechte des Parlaments und größere Transparenz.

2. Wahlrecht

   Die Entwürfe zu einer Reform des Wahlgesetzes wurden der Venedig-Kommission zur Begutachtung vorgelegt.[51] Diese hat verschiedene positive Ansätze festgestellt, so im Hinblick auf Erleichterungen bei der Wahlabgabe in elektronscher Form, Begrenzung der Parteienfinanzierung und weiterer Garantien zur Sicherung der Neutralität der Wahlkommission. Kritisiert wird aber weiterhin, dass Missbräuchen, etwa in Form des Stimmenkaufs oder des Einsatzes ‚administrativer Ressourcen' zur Beeinflussung der Wahl, keine wirksamen Instrumente entgegengesetzt werden. [52]

3. Justizrefom

   Bemängelt wird hier in erster Linie, dass es an einem Konzept zur Reform der Justiz fehle. Ein solches habe es von 2014 bis 2017 gegeben, sei danach aber nicht fortgeführt worden. Zwar wurde Ende 2022 ein erster Entwurf erarbeitet, er habe aber im Parlament keine Mehrheit gefunden. [53] Die ODIHR hatte hinsichtlich des Verfahrens der Ernennung der Richter des Obersten Gerichts vorgeschlagen, unabhängige Mitglieder in die Richter Wahlkommission aufzunehmen.[54] Auch dieser Vorschlag wurde bislang nicht umgesetzt.

4. Korruptionsbekämpfung

   Im Hinblick auf die Korruptionsbekämpfung kommt dem Report der Group of States against Corruption (Greco) im Rahmen des Europarates besondere Bedeutung zu. Dieser wurde im Juni 2022 veröffentlicht und bescheinigt Georgien, dass von16 Empfehlungen acht in befriedigender Weise behandelt wurden, sechs teilweise und zwei gar nicht.[55] Zwar seien auf der Ebene der Gesetzgebung Fortschritte zu verzeichnen, aber es fehle an einer materiellen Umsetzung in Gestalt der Einrichtung und Ausstattung der vorgesehenen Behörde.

5. ‚De-Oligarchisierung'

   Der Entwurf eines Gesetzes über De-Olgarchisierung wurde der Venedig-Kommission zur Begutachtung vorgelegt.[56] Die Kommission unterstützt dabei die Zielrich-

[51] https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)047-e

[52] *Emerson, Akhvlediani a.o.* EU Accession Prospects of Ukraine, Moldova and Georgia — First Responses to the Conditions set by the European Commission https://3dcftas.eu/publications/eu-accession-prospects-of-ukraine-moldova-and-georgia-—-first-responses-to-the-conditions-set-by-the-european-commission

[53] *Emerson, Akhvlediani a.o.* EU Accession Prospects of Ukraine, Moldova and Georgia — First Responses to the Conditions set by the European Commission https://3dcftas.eu/publications/eu-accession-prospects-of-ukraine-moldova-and-georgia-—-first-responses-to-the-conditions-set-by-the-european-commission

[54] https://www.osce.org/files/f/documents/4/b/496261.pdf

[55] *Greco* Fourth Evaluation Round on Corruption prevent in request of members of Parliament, judges and prosecutors, https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680a7398c

[56] https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2023)009-e

tung des Entwurfs, ist aber sowohl hinsichtlich des gewählten 'personalistischen' Ansatzes als auch im Hinblick auf zahlreiche unbestimmte Formulierungen und das Fehlen von geeigneten Schutzmechanismen insgesamt zurückhaltend.

6. Medienfreiheit

   Auch die Entwürfe zu Novellen des Telekommunikationsgesetzes und des Rundfunkgesetzes wurden der Venedig-Kommission zur Begutachtung vorgelegt.[57] Die Kommission hat hier zu einer weitgehenden Überarbeitung der Entwürfe aufgerufen angesichts zu weitgehender Eingriffsmöglichkeiten in die Grundfreiheiten der Bürger.

5. Notwendigkeit einer Reform der EU

Unabhängig von den Anforderungen, die Beitrittskandidaten gestellt werden, gehört auch die Aufnahmefähigkeit der Europäischen Union zu den Kriterien, die im Rahmen des Beitrittsprozesses zu beachten sind. Denn mit wachsender Zahl der Mitgliedsstaaten erhöhen sich die Anforderungen an die Funktionsweise der Institutionen der Europäischen Union. In dieser Hinsicht gibt es zwar bereits Vorschläge, die unter anderem auf einer Konferenz zur Zukunft Europas formuliert wurden und zu denen die Abkehr vom Prinzip der Einstimmigkeit gehört.[58] Allerdings bleibt zu berücksichtigen, dass Voraussetzung hierfür eine Änderung der Europäischen Verträge ist, die wiederum nur einstimmig erfolgen kann.[59] Auf welchem Wege hier Fortschritte erzählt werden können, ist derzeit noch nicht absehbar.

Damit bleibt abschließend festzuhalten, dass sich Georgien mit seinem Antrag auf Mitgliedschaft gemacht hat, der gemeinsam mit den Anträgen weiterer Länder das nicht nur Georgien, sondern auch die EU verändern wird. Wie genau dies geschehen wird und in welchen zeitlichen Dimensionen, ist derzeit kaum absehbar. Zu dem Ziel aber, eine gestärkte Europäische Union mit Georgien als vollwertiges Mitglied, gibt es aber angesichts der weltpolitischen Lage keine wünschenswerte Alternative. Um diesen Weg zu beschreiten bedarf es auf allen Seiten Persönlichkeiten mit Energie und Gestaltungswillen. Der Jubilar möge hier noch lange mit gutem Beispiel vorangehen.

[57] https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)011-e

[58] https://www.consilium.europa.eu/de/policies/conference-on-the-future-of-europe/

[59] *Schwarze* Der politische Wille bei der europäischen Krisenbewältigung, EuR 2023, 30 (36 f).

Farkhad Karagussov*

LADO CHANTURIA – THE PERSON WHO DISCOVERED THE CONCEPT OF LEGAL ENTITIES OF PUBLIC LAW FOR KAZAKHSTAN

This article is dedicated to my dear friend, a wonderful person and a great lawyer of our time, Doctor of Law, Professor, member of the International Academy of Comparative Law Lado Chanturia on the occasion of his 60th birthday!

I. Professor L.L. Chanturia is the person who opened the category of a legal entity of public law (hereinafter – "*LEPL*") for the Kazakh scientific community.

Within the framework of the International scientific-practical conference dedicated to the 10th anniversary of the independence of the Republic of Kazakhstan on June 18-19, 2001, he made a very interesting presentation on the classification and system of person of law provided for in the Civil Code of Georgia.[1] Lado's report caused a genuine interest of the conference's participants and a very lively discussion on the concept of LEPL. But for a long time, the idea of recognizing LEPL in Kazakhstani law was treated with distrust and skepticism.

At the same time, we understood from the presentation that the structure of a legal entity of public law allows the State to effectively participate in civil-law relations on an equal footing with all other participants of the sphere of economic turnover. As L. Chanturia formulated later in his other publication, the division of legal entities into legal entities of private law and legal entities of public law in the Civil Code of Georgia "was a revolutionary novelty in the whole post-Soviet area ... By introducing the concept of legal persons of public law, the code determined the state's legal framework, within which the State is entitled to establish legal persons. All legal persons of public law, and primarily the State, are equal participants in civil relationships".[2]

II. More than thirty years have passed since the moment when the formation of the current civil legislation began in sovereign Kazakhstan. And only a few years ago, for the first time in Kazakh law, a fairly comprehensive study was carried out, which

* Senior scientific fellow of the Institute of Private Law of Caspian University (Almaty, Kazakhstan), associate member of the International Academy of Comparative Law, doctor of law, professor

1 See, *Чантурия Л.* Юридические лица – правовая конструкция современного права. В: *Чантурия Л.* Свобода и ответственность: право и правосудие постсоветской эпохи. Тбилиси: Издательство «САНИ», 2004. – 170 с. С. 39 – 60 [*Chanturia L.* Legal entities - the legal structure of modern law. In: *Chanturia L.* Freedom and responsibility: law and justice of the post-Soviet era. Tbilisi: SANI Publishing House, 2004. - 170 p. Pp. 39 – 60].

2 See, *Chanturia L.* The Development of Civil Law in Georgia. In: Georgia in Transition: Experience and Perspectives, *King L.* and *Khubua G.* (eds.). Peter Lang, 2009. Pp. 9 – 10.

remains the only one so far, on the question of what is it – a legal entity / person of public law. Within the framework of the research we analyzed the following aspects: why and how national legislations of economically developed States regulate the legal institution of legal persons of public law, if it is necessary or expedient that such legal institution would exist in the law of Kazakhstan and, if yes, how the functioning of legal entities of public law shall be organized within the framework of the domestic political and socio-economic system, as well as how a perception of this legal concept should be carried out practically.

Today we understand that: (1) a legal entity of public law is a way of participation of the State and / or other public-law persons in civil / property relations, (2) each such legal entity of public law shall be established and operate in order to serve or implement a specific common or public interest on a countrywide or separate territory/ local community basis, (3) certain organizational and legal forms provided by law for legal entities of private law can be used for setting up and operations of LEPL, (4) regardless of whether the entity is a legal entity of public law or private law, this entity has a completely equal status with all other participants in the sphere of civil-law relations, and (5) establishment, operation and termination of legal entities of public law (regardless, each of them separately or a certain category of such entities) shall be regulated by special provisions of the law.

It is also clear to us that in each national system where existence of legal entities of public law is recognized, a legal framework for LEPLs differs. And the national system of LEPLs itself may have noticeable features (including those due to tradition, specifics of the state structure and territorial division, the role of the church or other public organizations of nationwide importance, degree of independence of local communities or territories, and other factors). However, the above criteria for LEPLs are inherent in almost all respective jurisdictions.

III. The need for regulating the legal status of legal entities of public law by Kazakhstani legislation, as well as the proper perception of the experience of developed jurisdictions in the formation of a necessary legislative and organizational conditions for the effective functioning of legal entities of public law, is beyond doubt. We strongly believe that an introduction of the concept of LEPLs in our national system will contribute to the progressive development of our State and society. Besides, we are also of the opinion that there no comparable alternative to the legal regulation of legal entities of public law exists for a country striving for the sustainability of its development as an economically and politically independent State with the rule of law and an active civil society responsible for the future of its people. Existence of the relevant framework will contribute to such State's fuller and more comprehensive participation in international political, humanitarian, economic and other public relations, integration into the system of socio-economic relations as its equal participant.

Over the decades since the adoption of the Kazakh Civil Code, we see that the transition from the use of purely Soviet forms of state participation in civil relations (which were created for the purposes of the command planned economy that existed in the USSR) towards a system and forms normal for a market economy has clearly dragged on. When deciding on the introduction of the concept of LEPL into the national legal system, the argument about the need to take into account the complexity of the transition period, which sounded convincing at a certain stage in the historical development of our states, loses its significance after 30 years.[3] Moreover, the experience of Georgia, Moldova, Azerbaijan and the Baltic countries shows that the rejection of the soviet-time system of the State's participation in civil relations and the use of LEPL structures instead can be successful (although the scale of the economy may matter, but, as it seems, only in relation to the timing of the transition to use of new legal forms).

And most importantly: such a longstanding commitment to the Soviet principles of managing the national economy (even when using corporate forms of economic activity) objectively led to the fact that the existing legal framework for the State's involvement in entrepreneurial activity in Kazakhstan clearly showed its inefficiency and groundlessness.

IV. It is noteworthy that back in 2002, referring to the problem of legal forms for the State's participation in economic turnover, professor Yu. G. Basin analyzed in detail the so-called national companies that had appeared by that time, quite definitely identifying them as an instrumentality of direct control of the most important economic and production processes by the state, as well as satisfying and protecting the state's interests. At the same time, he unequivocally understood the national company as a special organizational and legal form of a legal entity or "an essentially new type of legal entity", the emergence and wide development of which he assessed as "one of the most serious measures of modern public administration of a free market." In addition, Yu. G. Basin emphasized that the activities of national companies are carried out with disregard for the "axiom of civil law" which provides for "a possibility for state bodies representing the state to enter into both public and private legal relations", while "national companies [being commercial organizations – *F.K.*] have both authoritative and interdependent (civil) rights and obligations within the framework of a single legal relationship, on the same subject of rights and obligations".

Separately, Yu. G. Basin emphasized that "no generalizing legislative acts defining the specifics of the legal status of national companies: the procedure for their formation and liquidation, their management – have been adopted". As a solution of the problem, he unambiguously pointed out that "a separate legislative act is needed, since the na-

[3] See, *Маковский А.Л.* Новые гражданские кодексы государств-участников СНГ: стабильность и переходный характер регулирования. В: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922 – 2006). М.: Статут, 2010. - 736 с. С. 690 – 691. [*Makovsky A.L.* New Civil Codes of the CIS Member States: Stability and Transitional Nature of Regulation. In: *Makovsky A.L.* On the codification of civil law (1922 - 2006). M.: Statute, 2010. - 736 p. Pp. 690 – 691].

tional company, being a joint-stock company, in addition to its public functions enters into civil law relations, including investment contracts" and expressed his firm view that such an act should be "essentially of the civil-law [nature – *F.K.*]". At the same time, he outlined the specific structures to be established in such a law and also warned that "the creation of a new type of legal entity in essence and its active introduction into the most important sectors of the economy requires careful analysis and captious critical assessments of the possible consequences for the further development of the market (including investment) turnover in the country while ensuring proper protection of the public and social interests of the Kazakhstani society".[4]

V. Unfortunately, Kazakhstani legislation continued to develop in its own way without serious consideration of international experience in regulating the ways and forms of participation of public-law entities in civil relations. The respective legislative framework has developed as the legal environment for the functioning of such a monster as the "quasi-public sector". At the same time, along with corporate organizations (JSC and LLP) with direct or indirect participation of the state in their capital, this phenomenon also combines state enterprises ("*gosudarsvennoye predpriyatiye*") as well as any other legal entities affiliated with them, while not prohibiting them from creation of subsidiaries with also unlimited right of their multi-level subsidiaries to create the own subsidiaries. [5]

This monster (quasi-public sector) has developed to incredible proportions, and not only did it not contribute to the prosperity of our society and the well-being of our people, but it also caused the emergence of certain significant prerequisites for the bloody events in January 2022 in Kazakhstan. After the acting president of Kazakhstan took the situation under his control, he demanded a radical reform of the mentioned "quasi-public sector", including to reduce the harmful effect of its existence. Unfortunately, the instructions of the head of the State were taken quite literally, and instead of liquidating the quasi-public sector, some interested people at the state-power level are trying to preserve it, albeit with some (moreover, unreasonable and poorly thought out) changes in legislative regulation. [6]

Of course, we fully support the idea of abolishing such an organizational and legal form of legal entities as the state enterprise, reflected in the proposed documents on

[4] See, *Басин Ю.Г.* Национальная компания. В: *Басин Ю.Г*. Избранные труды по гражданскому праву. Предисловие *Сулейменов М.К., Ихсанов Е.У*. Сост. *Сулейменов М.К.* – Алматы: АЮ – ВШП «Әділет», НИИ частного права КазГЮУ, 2003. – 734 с. С. 199 – 211 [*Basin Yu.G.* national company. In: *Basin Yu.G.* Selected works on civil law. Preface *Suleimenov M.K., Ikhsanov E.U*. Comp. *Suleimenov M.K.* - Almaty: AJ - HSL «Adilet», Research Institute of Private Law of KazGUU, 2003. - 734 p. Pp. 199 – 211].

[5] See, paragraph 31) of Article 3 of the Budget Code of the Republic of Kazakhstan dated December 4, 2008 # 95-IV [Бюджетного кодекса Республики Казахстан от 4 декабря 2008 года № 95-IV].

[6] See, Концепция проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам развития квазигосударственного сектора» (январь 2023 года). [The Concept of the draft Law of the Republic of Kazakhstan "On amendments and additions to certain legislative acts of the Republic of Kazakhstan on the development of the quasi-public sector" (January 2023)]. Internet resource https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33808420].

the reform of the quasi-public sector. However, it seems that the only justified reform of the quasi-public sector (if aimed at a progressive development of Kazakhstan, ensuring sustainability of the national economy and well-being of citizens) is to be liquidation of the quasi-public sector and formation, initially, of a proper legal framework and, subsequently, a reasonable system of legal entities of public law.

VI. For the first time we addressed this issue in 2017 by conducting a comparative legal study to analyze the meaning of the legal concept of a legal entity of public law and experience of certain foreign states on creation of legal framework for legal entities of public law. Based on the results of that study, we came to the conclusion that Kazakhstani law is ready for acceptance of the concept of LEPL, as well as that proper perception of this concept by Kazakhstani law is expedient and necessary for the development of the rule of law, civil society and free market. Based on the results of that research, we have published two large analytical reports, which include a review of the experience of foreign countries and a conceptual approach to perception of the institution of legal entities of public law by Kazakhstani law.

Like professor Yu. G. Basin, we also believe that the legal basis for LEPL should be predominantly of the civil-law nature, and this institution should be introduced into the national system of law thoughtfully and responsibly.

We developed the mentioned concept paper on perception of the notion of LEPL in 2018, and today it remains fully relevant. At the same time, its implementation should be carried out taking into account the following two aspects.

Firstly, the legal institution LEPL should be implemented in the way commonly acknowledged in the vast majority of member states of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), albeit taking into account national specifics. And in no case should this lead to a weakening of the statehood of the Republic of Kazakhstan, unreasonable interference of law enforcement agencies in the activities of the LEPL and unfair / illegal redistribution of national wealth.

Secondly, today we are convinced supporters of the position that the institution of LEPL should be introduced into our legal system in such a way that the quasi-public sector irrevocably disappears from Kazakhstani law and the Kazakhstani economic system. There is no need to reform this sector, it must be liquidated.

At the same time, we emphasize that our analysis of foreign legislation allows us to conclude that the LEPL structure is applicable not only to forms of the State's participation in property / civil relations. It is also effective in organizing any activity that promotes or aims at implementation of a recognized public or other common interest. For example, in foreign jurisdictions, local communities and local governments perform as LEPLs, as well as LEPL's legal status is used to organize economic activities of other public organizations and / or social mission-driven entities (for example, the national church, national forums and associations and similar organizations).

VII. Thus, we have been addressing the question of the expediency (even necessity) of the perception by Kazakhstani law of the legal concept of a legal entity of public law for more than five years.

At the same time, existence in Kazakhstan of a consensus (whichever it can be, social, intrastate, both in relations between the branches of the state and within the governmental apparatus, or at least at the level of theoretical developments in legal science) cannot be seen.

At the level of the state power, importance of introducing the legal institution of legal entities of public law into the national legal system has not been recognized until now. Also, in the theory of civil law of Kazakhstan, interest in this topic has not yet become at least somehow widespread. The Kazakhstan's Legal Policy Concept, approved in November 2021, only emphasizes the need to "continue the work on the issue of implementing international legal experience in introducing the institution of legal entities of public law into the national legal system."[7]

At the same time, at the stage of discussion of the draft of this Concept of the Legal Policy of Kazakhstan, we invariably proposed the perception of the institution of LEPL within the framework of modernization of civil legislation, in particular, in such a way that the Civil Code should provide for the classification of legal entities into legal entities of public law and legal entities of private law, as well as we have suggested to develop, approve and implement in the legislation a concept of introducing the institution of legal entities of public law.[8] The basis for such proposed approach is that, as mentioned earlier, LEPL represent a form of the State's participation in civil relations or a way / instrumentality for the State to carry out economic activities.

If Kazakhstan is moving towards greater integration into the system of international humanitarian and social ties and economic relations with the developed economies of the World, any prominent participation in international trade, then the question of the perception by national law of the institution of LEPL (as it is recognized in almost all of the OECD member states, and also receiving greater development in other countries in the territory of the former USSR) should not even be doubted. Such a perception, taking into account the best practices of legislative regulation in developed jurisdictions, seems necessary.

VIII. As for our scientific Conceptual approach to the perception of the legal institution of legal entities of public law by the legislation of the Republic of Kazakhstan

[7] See, Концепция правовой политики Республики Казахстан до 2030 года, утвержденная указом Президента Республики Казахстан от 15 октября 2021 года № 674. П. 4.3. [*The concept of the legal policy of the Republic of Kazakhstan until 2030, approved by Decree of the President of the Republic of Kazakhstan dated October 15, 2021 No. 674. Clause 4.3*]. Internet site https://adilet.zan.kz/rus/docs/U2100000674

[8] See, Proposals of the Research Institute of Private Law of the Caspian University on the main directions of development of the civil legislation of the Republic of Kazakhstan. Internet site https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37068414

(hereinafter referred to as the "*Concept*"), results of the research of the theory of a legal entity and legislative practice of a number of foreign countries (including some OECD member states) on regulating the legal status of legal entities of public law which we undertook at the end of 2017,[9] as well as the study and analysis of Kazakhstani legislation for the purpose of improving the national legislation about participation in private-law relations of public-law entities and introducing the concept of "legal entity of public law" conducted in 2018, served as the basis for the development of the Concept. Results of both stages of the research were reported and discussed[10] at the international conference held on May 17-18, 2018 in Almaty, and the Concept was published in the Internet.[11]

The following legal definition of LEPL is proposed as a key element of the Concept:

"*A legal entity of public law is an organization established on the basis of a law or, if provided for in a law, a regulatory legal act of an authorized state body for provision of public services, implementation of the function of logistical support for the activities of state bodies, or for the implementation of other activities provided for or permitted by law in the benefit of the whole society or in the national interest, interests of a local community of an administrative-territorial unit. Any organization with direct or indirect participation of the State in it authorized capital, authorized fund or property equal or exceeding twenty-five percent of its amount shall be recognized as a legal entity of public law.*"

Since, in accordance with the Kazakh Civil Code, the State (i.e. the Republic of Kazakhstan) and its administrative-territorial units have already been recognized as subjects of civil rights (along with individuals and legal entities), and the rules concerning legal entities apply to them unless otherwise provided by laws, we do not consider it

[9] See, Отчет по результатам изучения опыта законодательного регулирования статуса юридических лиц публичного права в некоторых развитых иностранных государствах и бывших советских республиках [2018]. - 332 с. [*Report on the results of studying the experience of legislative regulation of the status of legal entities of public law in some developed foreign states and former Soviet republics [2018]. - 332 p.*] Internet site https://atameken.kz/uploads/content/files/ОТЧЕТ%20по%20результатам%20изучения%20опыта.pdf

[10] See, *Сулейменов М.К., Карагусов Ф.С., Кот А.А., Дуйсенова А.Е., Скрябин С.В.* О юридических лицах публичного права (по результатам коллективного исследования). – Гражданское право в современном мире: влияние на развитие национального права. Материалы юбилейной междунар. науч.-практ. конф. (в рамках ежегодных цивилистических чтений), посвященной 20-летию цивилистических чтений (Алматы, 17 – 18 мая 2018 г.) / Отв. ред. *М.К. Сулейменов*. Алматы, 2019. – 528 с. С. 263 – 296 [*Suleimenov M.K., Karagussov F.S., Kot A.A., Duisenova A.E., Skryabin S.V.* On legal entities of public law (results of a collective study). – Civil law in the modern world: influence on the development of national law. Materials of the anniversary international scientific-practical conference dedicated to the 20th anniversary of the civil law readings (Almaty, May 17-18, 2018) / Ed. ed. *M.K. Suleimenov.* Almaty, 2019. - 528 p. Pp. 263 – 296].

[11] *See*, Аналитический отчет: Концепция восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан [2018]. – 112 с. [Analytical report: The Concept of perception of the legal institution of legal entities of public law by the legislation of the Republic of Kazakhstan [2018]. - 112 p.]. Internet site https://atameken.kz/uploads/content/files/АНАЛИТИЧЕСКИЙ%20ОТЧЕТ%20Концепция%20восприятия.pdf

groundless to call them as legal entities of public law (though they are certainly persons of public law).

In order for LEPLs to be able to participate in the sphere of property relations, it will be necessary to include in the Civil Code a provision stating that its rules governing participation of legal entities in relations regulated by civil law shall apply to LEPLs, unless otherwise follows from legislative acts. All other aspects of the legal status of LEPL should be regulated by a special law.

Thus, we consider it expedient to adopt a separate law which shall be focused (and limited) to fixing a legal definition of the concept of LEPL, as well as the general provisions on the legal status of LEPLs and grounds for their establishment. It will also be necessary to introduce relevant and expedient changes and other amendments to existing legislative acts based on legislatively established qualification features common to all LEPLs.

We believe that such approach will allow a consistent and more thoughtful introduction of the concept of LEPL into Kazakhstani law and implementation of appropriate legislative changes.

*თამაზ ზახანდია**
*ნანა მჭედლიძე***

საკუთრების უფლების დაცვა საქართველოს კანონმდებლობითა და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით

შესავალი

წინამდებარე სტატია მიზნად ისახავს, ქართული სამართლისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის მნიშვნელოვანი ასპექტების მიმოხილვით წარმოაჩინოს საკუთრების უფლების კონსტიტუციურსამართლებრივი, სამოქალაქოსამართლებრივი და საერთაშორისოსამართლებრივი შინაარსი და მოცულობა, საკუთრების უფლების შიდასახელმწიფოებრივი და საერთაშორისოსამართლებრივი დაცვის საშუალებების სპეციფიკა.

სტატიაში განხილულია საკუთრების უფლების განვითარების გზა ქართული სამართლის დოქტრინაში და საკუთრების უფლების დაცვის საშუალებები, კერძოდ, საკუთრების უფლების სავინდიკაციო დაცვა და საკუთრების უფლების დაცვა ნეგატორული სარჩელით, აგრეთვე საკუთრების უფლების საკონსტიტუციო დაცვა. საკუთრების უფლების დაცვის შიდასახელმწიფოებრივი საშუალებების დეტალური განხილვის შემდეგ, სტატიაში მიმოხილულია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველ ოქმში საკუთრების დაცვის გათვალისწინების ისტორია და უფლების განმარტება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში.

სტატიის მნიშვნელოვანი ასპექტია, ის, რომ მასში განხილულია ევროპული სასამართლოს მიდგომა ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციასა და შიდასახელმწიფოებრივ სამართალს (კონსტიტუციის ჩათვლით) შორის იერარქიულ ურთიერთმიმართებაზე. ამ იერარქიულ ურთიერთმიმართებას, ცხადია, საკუთრების უფლების საერთაშორისოსამართლებრივი და შიდასახელმწიფოებრივი დაცვის კონტექსტშიც აქვს მნიშვნელობა.

---

* სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი, დეკანი.
** ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტი, ალტე უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი.

1. საკუთრების უფლება საქართველოს სამართლის სისტემაში

1.1. საკუთრების უფლების ცნება და შინაარსი ქართულ სამართალში – მოკლე მიმოხილვა

საკუთრების უფლების ცნებამ განვითარების გრძელი გზა განვლო. საკუთრებასთან დაკავშირებული დავა ჯერ კიდევ ანტიკურ ხანაში იღებს სათავეს. პლატონიდან დაწყებული, იგი კაცობრიობის აზრის განვითარების ისტორიაში ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი პრობლემა იყო. საკუთრების უფლების საყოველთაოდ ცნობილი უნივერსალური ხასიათის მიუხედავად,[1] საკუთრების ცნების დეფინიციაში საკუთრების კანონისმიერ და სხვაგვარ, კერძოდ სახელშეკრულებო ბოჭვაზეა საუბარი. ძალიან რომ არ დავშორდეთ ხსენებული ნორმის შინაარსს, შეიძლება ვთქვათ, რომ კანონმდებლობა ძალიან ზომიერად განსაზღვრავს საკუთრებას, როგორც უფლებას, რომელიც მის მფლობელს ანიჭებს მაქსიმუმ პრეროგატივას, რისი ქონაც კი შესაძლებელია ნივთზე (ქონებაზე).[2]

ამდენად, საკუთრების უფლება ქართულ დოქტრინაში განიხილება, როგორც ნივთზე სრული ბატონობა.[3] **რაც ნიშნავს, რომ სამართალი მესაკუთრეს კონკრეტულ ნივთს მთლიანად მიაკუთვნებს და ამ ნივთის გამოყენებასა და განკარგვას, ზოგადად, მის სურვილს უქვემდებარებს.** ამით სამართალი უზრუნველყოფს მესაკუთრეს გარკვეული თავისუფლების ფარგლებით, რომელშიც, როგორც წესი, მხოლოდ მისი გადაწყვეტილება მოქმედებს. თუმცა, შეუძლებელია ასეთი თავისუფლება იყოს შეუზღუდავი. მეტიც, თითოეული პირი თავისი საკუთრების გამოყენებისას ვალდებულია ანგარიში გაუწიოს გარე სამყაროს – სხვა პირთა უფლებებს. თავის მხრივ, სახელმწიფო იცავს საკუთრების უფლებას. საქართველოს კონსტიტუციით საკუთრების უფლების დაცვა, ერთი მხრივ, კერძო საკუთრების, როგორც ინსტიტუტის, გარანტიაა და, მეორე მხრივ, საკუთრების, როგორც პიროვნების უფლების გარანტია.[4] ამასთან, არ არსებობს სუბსტანციური, შეუზღუდავი საკუთრება.[5] განსაკუთრებული წინაპირობების შემთხვევაში, საკუთრების შეზღუდვა შესაძლოა ფაქტობრივად საკუთრების ჩამორთმევას გაუტოლდეს, თუმცა, საბოლოოდ ასეთი შეზღუდვის კონსტიტუციურობა თანაზომიერების პრინციპით ფასდება.[6]

---

[1] შდრ. საკუთრების უფლება ყველას ავალდებულებს, პატივი სცეს მას, Gregory, Eduardo, An introduction to Property Theory, Cambridge, 2012, 2 და შემდგ.

[2] შდრ. *ბ. ზოიძე*, ქართული სანივთო სამართალი, თბ., 2003, 86 და შემდგ.

[3] შდრ. *ე. ჭანტურია*, უძრავი ნივთების საკუთრება, თბ., 2001, 53; *ბ. ზოიძე*, ქართული სანივთო სამართალი, თბ., 2003, 57; აგრეთვე, *ჭეჭელაშვილი*, სანივთო სამართალი, თბ., 2006, 99.

[4] შდრ. *ე. იზორია*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები, *იზორია, კორკელია, კუბლაშვილი, ხუბუა*, თბ, 2005, 145.

[5] შდრ. *ბ. ზოიძე*, ქართული სანივთო სამართალი, თბ., 2003, 83 და შემდგ.

[6] შდრ. *ე. იზორია*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები, *იზორია, კორკელია, კუბლაშვილი, ხუბუა*, თბ, 2005, 147.

1.2. საკუთრების უფლების სავინდიკაციო დაცვა

საკუთრების უფლების დაცვის კერძოსამართლებრივი საშუალებებიდან ყველაზე გავრცელებული სავინდიკაციო დაცვაა. სამოქალაქო კოდექსის 172-ე მუხლის პირველი ნაწილი შეიცავს მოთხოვნას მფლობელობის გადაცემაზე, თუმცა იურიდიულ ლიტერატურაში გვხვდება ასევე ტერმინი საკუთრების გამოთხოვის უფლება, რადგან მესაკუთრის მოთხოვნის უფლება მისი საკუთრების უფლებიდან გამომდინარეობს. საკუთრების გამოთხოვის უფლება რომაულ სამართალში *rei vindicatio*-ს ინსტიტუტით რეგულირდებოდა,[7] სწორედ ამიტომ ტერმინი „ვინდიკაცია“ დღემდე შემორჩა იურიდიულ სამეცნიერო ბრუნვას. **სავინდიკაციო სარჩელი ეფუძნება იმ მოცემულობას, რომ მესაკუთრეს, რომელსაც ჩამოერთვა მფლობელობა, შეუძლია გამოითხოვოს ნივთი მფლობელისაგან, რომელიც არაკეთილსინდისიერად აკავებს ნივთს.**[8] საკუთრების უფლებამ ნივთზე სრული ბატონობა უნდა უზრუნველყოს, მათ შორის ფაქტობრივი ბატონობა – მფლობელობის სახით. ცხადია მესაკუთრეს სხვა უფლებამოსილებებთან ერთად აქვს მფლობელობის უფლებაც და თუკი მოხდება მესაკუთრისათვის მფლობელობის ჩამორთმევა, მას შეუძლია არაუფლებამოსილ მფლობელს 172-ე მუხლის შესაბამისად მოსთხოვოს ნივთის უკან დაბრუნება. **ამდენად, სავინდიკაციო სარჩელის წინაპირობები შემდეგია**: მოსარჩელე უნდა იყოს მესაკუთრე; მოპასუხე უნდა იყოს ნივთის მფლობელი; მოპასუხეს არ უნდა ჰქონდეს ამ ნივთის ფლობის უფლება.[9] საყურადღებოა, რომ აღნიშნული წინაპირობები უნდა არსებობდეს კუმულატიურად, ანუ სახეზე უნდა იყოს სამივე წინაპირობა.[10] ამდენად, მოთხოვნის დამყენებელი უნდა იყოს მესაკუთრე, რაც შეეხება გამოსათხოვ, დასაბრუნებელ ნივთს, 172-ე მუხლიდან გამომდინარე მოთხოვნა ეხება როგორც მოძრავი, ასევე, უძრავი ნივთების უკან დაბრუნებას. იგი მოიცავს ყოველთვის მხოლოდ კონკრეტულ ნივთს, და არა სხვა ნივთებს, რომლებიც თავდაპირველი ნივთის ადგილზე არსებობს.[11]

სავინდიკაციო მოთხოვნაზე უფლებამოსილია მხოლოდ მესკუთრე. ამდენად, პირველ რიგში, მოწმდება არის თუ არა მოსარჩელე მართლაც მესაკუთრეს. ნორმა ანალოგიით გამოიყენება ასევე პირობადებული საკუთრების მფლობელის სასარგებლოდ, რომელიც არ ფლობს სრული საკუთრების უფლებას, მაგრამ პირობადებული საკუთრება მიიჩნევა საკუთრების უფლების წინარე საფეხურად და სამოქალაქო კოდექსიც მას სანივთო უფლებად განამტკიცებს.[12]

---

[7] შდრ. რომის სამართალში ვინდიცირების წესთან დაკავშირებით, რომის სამართლის ძეგლები, გაიუსის ინსტიტუციები, ლათინურიდან თარგმნა, წინასიტყვაობა და ლექსიკონი დაურთო *ნუგზარ სუხიტაშვილმა*, თბ., 2011, IV, 5, 184; IV, 16-17, 186-188, ასევე, *გახიშვილი, ხოფერია*, რომის სამართალი, მერიდიანი, თბ., 2013, 313.

[8] შდრ. *Terré, Simler*, Droit civil, Les biens, 8-e édition, Paris, 2010, 409.

[9] შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლო, №ას-774-735-2013, 11.11.2012.

[10] შდრ. *გ. მახიანიძე*, კაზუსები და მათი ამოხსნის მეთოდები სანივთო სამართალში, წიგნი I, თბ., 2014, 27.

[11] შდრ. *Wolf, Wellenhofer*, Sachenrecht, München, 2016, §21, 16.

[12] შდრ. *ე. თოთლაძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, თბ., 2018, მუხლი 172, 80 და შემდგ.

ვინდიკაციის მოთხოვნა აქვს აგრეთვე თანამესაკუთრეს, რამდენადაც საქმე ეხება მისი წილის შესაბამის თანამფლობელობას. მას შეუძლია მისი თანამფლობელობის აღიარება მოითხოვოს (სსკ, მუხლი 155 IV). ამიტომ მას აგრეთვე შეუძლია მთლიანი ნივთის გადაცემის მოთხოვნა დააყენოს; ამასთან, მას არ აქვს უფლება, შესრულება მხოლოდ თავისთვის მოითხოვოს, არამედ მან უნდა მოითხოვოს შესრულება ყველა თანამესაკუთრის მიმართ ერთობლივად.[13] აღსანიშნავია, საკუთრების უფლების გარდა, სხვა უფლებებიც, მაგალითად, აღნაგობა, უზუფრუქტი, გირავნობის უფლება იძლევა უფლებამოსილებას მფლობელობაზე. ამ სანივთო უფლებების მფლობელებს ნივთის მფლობელობა გარანტირებული (უზრუნველყოფილი რომ ჰქონდეთ), 172-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაწესი ამ შემთხვევებსაც მოიცავს.

შესაძლოა, პირი არ იყოს მესაკუთრე, მაგრამ ასეთად ივარაუდებოდეს. საჯაროობის პრინციპის გამოვლინება სანივთო სამართალში გარკვეული სახით არის მესაკუთრედ ყოფნის პრეზუმფცია. თავისი საკუთრების უფლების დასადასტურებლად მესაკუთრეს შეუძლია დაეყრდნოს სამოქალაქო კოდექსით განმტკიცებული პრეზუმფციებით უძრავი ნივთების შემთხვევაში 312-ე მუხლის პირველ ნაწილს, რომლის მიხედვითაც, რეესტრის მონაცემთა მიმართ მოქმედებს უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია, ე.ი. რეესტრის ჩანაწერები ითვლება სწორად, ვიდრე არ დამტკიცდება მათი უზუსტობა. მოძრავი ნივთების შემთხვევაში კი მოქმედებს 158-ე მუხლით გათვალისწინებული პრეზუმფცია – ნივთის მფლობელი ივარაუდება მის მესაკუთრედ.[14] სამართალი იყენებს ამ ფაქტობრივ პრეზუმფციას, მაგრამ საბოლოო ჯამში ეს მხოლოდ მფლობელობაა, რომელიც არის საკუთრების მტკიცების საუკეთესო საშუალება.[15] თუმცა, პრეზუმფცია მოქმედებს მანამ, სანამ ის უარყოფილი არ იქნება.[16]

ამასთან, მოთხოვნის უფლების საგანი შეიძლება იყოს ინდივიდუალურად განსაზღვრული ნივთი. ნივთების ერთობლიობის შემთხვევაში, მოთხოვნის უფლება ვრცელდება თითოეულ ნივთზე ცალ – ცალკე.[17] ამასთან, 172-ე მუხლიდან გამომდინარე, მოთხოვნა ეხება როგორც მოძრავ, ასევე უძრავ ნივთებს. იგი მოიცავს ყოველთვის მხოლოდ კონკრეტულ ნივთს, და არა სხვა ნივთებს, რომლებიც თავდაპირველი ნივთის ადგილზე არსებობს.

საყურადღებოა, რომ მესაკუთრის მოთხოვნა მფლობელობის აღდგენაზე მიმართულია არამართლზომიერი მფლობელის მიმართ, შესაბამისად, მოთხოვნის ადრესატს უნდა ჰქონდეს მიმდინარე, არსებული მფლობელობა. ამასთან, მოთხოვნის ადრესატის მართლზომიერი მფლობელობა გამორიცხავს სავინდიკაციო სარჩელის შესაძლებლობას.[18] საყურადღებოა, რომ სხვა პირის

[13] შდრ. *Wolf, Wellenhofer,* Sachenrecht, München, 2016, § 21, 10.

[14] ამასთან დაკავშირებით შდრ. *თ. ზახანდია*, ნივთის მფლობელი ივარაუდება მის მესაკუთრედ - პრეზუმფციის გამოყენების წინაპირობები და გამონაკლისები, აკაკი ლაბარტყავას საიუბილეო კრებული, თბ., 2012, 200-208.

[15] შდრ. *Terré, Simler*, Droit civil, Les biens, 8-e édition, Paris, 2010, 421.

[16] შდრ. *ჰ. ფუტკარაძე,* პრეზუმფციის პრობლება თანამედროვე სამოქალაქო სამართალში, სამართალი, N7, 2001, 25 და შემდგ.

[17] შდრ. *ე. თოთლაძე,* სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, თბ., 2018, მუხლი 172, 82.

[18] *შდრ. ე. თოთლაძე,* სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, თბ., 2018, მუხლი 172, 79 და შემდგ.

სასარგებლოდ ნივთის ფაქტობრივი მფლობელი არ წარმოადგენს მფლობელს უფლებრივი გაგებით და, აქედან გამომდინარე, არ წარმოადგენს მოთხოვნის სათანადო ადრესატს. კარგავს რა მფლობელი მფლობელობას ან გადასცემს იგი მას სხვა პირს, ამგვარად, მოთხოვნა, 172-ე მუხლიდან გამომდინარე, მის მიმართ აღარ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს, არამედ იგი მიმართული უნდა იყოს ახალი მფლობელის მიმართ. მოთხოვნა 172-ე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად არ არსებობს, თუკი მფლობელს მესაკუთრის მიმართ გააჩნია მფლობელობის ნამდვილი უფლება, რადგან 162-ე მუხლი ითვალისწინებს მართლზომიერი მფლობელის დამცავ დანაწესს, რომ დაუშვებელია მართლზომიერ მფლობელს ჩამოერთვას მფლობელობა.

საკუთრების გამოთხოვის უფლება არსებობს არამხოლოდ პირდაპირი, არამედ, აგრეთვე არაპირდაპირი მფლობელის მიმართაც. არაპირდაპირი მფლობელისაგან, გაბატონებული შეხედულების თანახმად, მესაკუთრეს შეუძლია არჩევისამებრ მოითხოვოს მოთხოვნის დათმობის გზით არაპირდაპირი მფლობელობის მოთხოვნის უფლება ან პირდაპირი მფლობელობის გადაცემა. ამგვარად მესაკუთრეს შეუძლია განსაკუთრებით იმ შემთხვევაზე მოახდინოს რეაგირება, როდესაც პირდაპირი მფლობელი ნივთს ამასობაში არაპირდაპირ მფლობელს უკან გადასცემს.[19]

საერთო ჯამში, ვინდიკაციას მაშინ მიმართავენ, როდესაც მესაკუთრეს წართმეული აქვს ნივთის მფლობელობა.[20] ამდენად, 172-ე მუხლიდან გამომდინარე, მოთხოვნა მიმართულია ნივთის მესაკუთრისათვის დასაბრუნებლად. ნივთის უკან გამოთხოვნის უფლების საფუძველზე, წარმოიქმნება კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობა მესაკუთრესა და მფლობელს შორის. ვალდებულების შესრულების ადგილისათვის გამოიყენება 362-ე მუხლის ზოგადი რეგულაცია. როგორც წესი, ნივთი იქ უნდა დაბრუნდეს, სადაც იგი იმ მომენტისათვის იმყოფება. შესაბამისად სხვა გარემოებების არარსებობისას კეთილსინდისიერი მფლობელის მიმართ მოქმედებს ე.წ. წაღების ვალდებულება.[21]

1.3. საკუთრების უფლების დაცვა ნეგატორული სარჩელით

Actio negatoria ჯერ კიდევ რომის სამართალში იყო ცნობილი.[22] ნეგატორული სარჩელი მიეკუთვნება საკუთრების დაცვის სანივთო – სამართლებრივ საშუალებებს. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 172-ე მუხლის მეორე ნაწილის

[19] შდრ. *Wolf, Wellenhofer,* Sachenrecht, München, 2016, § 21,18.

[20] შდრ. *ბ. ზოიძე,* ქართული სანივთო სამართალი, თბ., 2003, 97.

[21] წაღების ვალდებულებისას მოვალემ შესრულება თავის საცხოვრებელ ადგილზე უნდა განახორციელოს და შესრულების შედეგიც ამ ადგილას უნდა დადგეს. წაღების ვალდებულებისას კრედიტორმა შესრულება მოვალისგან უნდა წაიღოს, შდრ. *Wolf, Wellenhofer,* Sachenrecht, München, 2016, §21, 32, ვალდებულების შესრულების ადგილთან დაკავშირებით შდრ. ასევე, *თ. ზახანდია,* სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების ადგილი და ვადები, თბ., 10 და შემდგ; ასევე, *ზ. ძლიერიშვილი,* სახელშეკრულებო სამართალი, *ძლიერიშვილი, ცერცვაძე, ხობაქიძე, სვანაძე, ცერცვაძე, ჯანაშია,* თბ., 2014, 469.

[22] თუმცა, თანამედროვე ნეგატორულ სარჩელს, რომელიც უფრო არის „უწესრიგობისაგან დაცვის“ „კვაზიქირურგიული“ ჩარევა, ცოტა რამ თუ აქვს საერთო რომის სამართლის actio negatoria-სთან, თუმცა ამ ფსევდოისტორიული ტერმინის შენარჩუნება არ არის საზიანო, შდრ. *MüKo, Baldus*, Sachenrecht, 7. Aufl., München, 2017, § 1004, 1410.

თანახმად, თუ საკუთრების ხელყოფა ან სხვაგვარი ხელშეშლა ხდება ნივთის ამოღების ან მისი ჩამორთმევის გარეშე, მაშინ მესაკუთრეს შეუძლია ხელის შემშლელს მოსთხოვოს ამ მოქმედების აღკვეთა. თუ ამგვარი ხელშეშლა კვლავ გაგრძელდება, მესაკუთრეს შეუძლია მოითხოვოს მოქმედების აღკვეთა სასამართლოში სარჩელის შეტანის გზით.

ამდენად, თუკი 172-ე მუხლის პირველი ნაწილი მესაკუთრეს აძლევს უფლებას გამოითხოვოს ნივთი სხვისი უკანონო მფლობელობიდან, 172-ე მუხლის მეორე ნაწილი ყველა იმ შემთხვევას მოიცავს, როდესაც საკუთრების უფლების ჩამორთმევა სახეზე არ არის, მაგრამ საკუთრების უფლების ხელყოფა ხდება სხვა გზით (ე.წ. *actio negatoria*). ამდენად, მესაკუთრის უფლებამოსილებანი დაცული უნდა იყოს საკუთრების ისეთი ხელყოფისაგან, რომელიც არ უკავშირდება მფლობელობის დაკარგვას, არამედ უკავშირდება საკუთრების უფლების მიმართ ისეთი დე ფაქტო მოქმედებების განხორციელებას, რომლითაც ხდება საკუთრების გამოყენების ხელშეშლა[23] ან ხელყოფა.

172-ე მუხლის მეორე ნაწილიდან გამომდინარე მოთხოვნის უფლება ეკუთვნის მესაკუთრეს. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, ნეგატორული სარჩელი სანივთო-სამართლებრივი სარჩელის ის სპეციალური სახეა, რომლის სამართლებრივი შედეგი არა ნივთზე უფლების მოპოვებაზე, არამედ ამ ნივთით სარგებლობის წესის განსაზღვრაზეა ორიენტირებული. ნეგატორული სარჩელი დაკმაყოფილდება ისეთ შემთხვევაში, როდესაც არსებობს ნივთის მესაკუთრე, რომელსაც სხვისი უკანონო მოქმედების გამო ხელი ეშლება თავისი საკუთრების გამოყენებაში.[24] თუმცა, ერთპიროვნულად მესაკუთრის გარდა, მოთხოვნის წარდგენა შეუძლია თანამესაკუთრესაც, ასევე ანალოგიის გზით შესაძლებელი უნდა იყოს ნორმის გამოყენება სხვა აბსოლუტური უფლებების მფლობელთა მიერ, რომელიც ასევე დაცულია ყველა სახის დაუშვებელი ხელყოფისაგან და პირობადებული საკუთრების შემთხვევებში.[25] ნეგატორული სარჩელი მიზნად ისახავს მესაკუთრისათვის საკუთრებით სრულფასოვანი სარგებლობის შესაძლებლობის აღდგენას, ხელშეშლის აღკვეთას, პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენას და გარანტიების შექმნას შემდგომში შესაძლო ხელყოფის აღსაკვეთად. ნეგატორული სარჩელით სარგებლობს როგორც მესაკუთრე, ისე ნებისმიერი მართლზომიერი მფლობელი,[26] რომელიც მოკლებულია ნივთით სარგებლობის შესაძლებლობებს. მოპასუხე ამ შემთხვევაში იქნება პირი, რომელიც თავისი უკანონო მოქმედებით ქმნის დაბრკოლებას საკუთრების უფლების გამოყენებისათვის.

172-ე მუხლის მეორე ნაწილით გათვალისწინებული დარღვევა მოიცავს ნებისმიერი სახის ხელყოფას, გარდა ნივთის მფლობელობის ჩამორთმევასთან დაკავშირებული ხელყოფისა, რაც 172-ე მუხლის პირველი ნაწილის წესრიგდება. 172-ე მუხლი თანაბრად ეხება როგორც მოძრავ, ასევე უძრავ ნივთებს.

---

[23] შდრ. ღ. *თოთღაძე*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, თბ., 2018, მუხლი 172, 84.

[24] შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლო, გადაწყვეტილება, №ას-103-96-2017, 31.03.2017.

[25] შდრ. *Ring, Grziwotz, Keukenschrijver*, BGB, Sachenrecht, Band 3, 4. Aufl., Deutschland, 2016, 944.

[26] შდრ. *ქ. ქოჩაშვიღი*, მფლობელობა და საკუთრება – ფაქტი და უფლება სამოქალაქო სამართალში, თბ., 2013, 175-176.

ნეგატორული სარჩელი წარედგინება მესაკუთრის მიერ, მაგალითად, იმ შემთხვევაში, როდესაც მესამე პირი თვითნებურად გადის მისი მიწის ნაკვეთის გავლით, ფეხით ან ავტომობილით, ასევე იმ შემთხვევაში, როდესაც დამრღვევი ხელს უშლის მესაკუთრეს საკუთრებით სარგებლობაში გარკვეული კონსტრუქციების აგებით (მაგალითად, ღობე, გალავანი).

თუ რა მიიჩნევა საკუთრების უფლების დარღვევად ან სხვაგვარ ხელშეშლად, ყოველთვის შეფასების საგანია. პოზიტიურ დარღვევებს მიაკუთვნებენ ნივთის დაზიანებას, მასზე მესაკუთრის თანხმობის გარეშე გარკვეული საგნების განთავსება/დასაწყობებას, საყოფაცხოვრებო, ინდუსტრიალური და კომერციული ხმაური, გასართობი და სხვა ამ ტიპის დაწესებულებებიდან მომდინარე ხმაური, ავტომობილების ხმაური, ცხოველების ხმაური (მაგალითად, ძაღლების ყეფა), ორთქლი, სული, ჭვარტლი, რყევები და ა.შ. ასეთი დარღვევის დროს ნივთის სუბსტანცია არ ზიანდება, ხელი ეშლება ნივთზე ფაქტობრივი ბატონობის განხორციელებას. ამდენად, ნეგატორული სარჩელი მიმართულია უფლების ისეთი დარღვევის წინააღმდეგ, რაც ხელშემშლელია ნივთის სარგებლობისა და განკარგვისათვის, ე.ი. პირი მოკლებულია ამ უფლებამოსილებათა განხორციელების შესაძლებლობას, რადგან სხვა პირი თავისი მოქმედებით ხელს უშლის მათ რეალიზებას. მოსარჩელეს არ ევალება, ამტკიცოს მოპასუხის მოქმედების ან უმოქმედობის არამართლზომიერება, ის ივარაუდება, სანამ მოპასუხე არ დაამტკიცებს მის მართლზომიერებას.[27]

1.4. საკუთრების უფლების საკონსტიტუციო დაცვა

საკუთრების უფლებასთან მიმართებით საკუთრების კონსტიტუციურ სამართლებრივი კონცეფცია გაცილებით ახალია. კონცეპტუალურად, უპირველეს ყოვლისა, ეს არის ურთიერთობა კერძო პირსა და სახელმწიფოს შორის. იგი შეიცავს სახელმწიფოს ჩარევას საკუთრების უფლებაში როგორც ქონების ჩამორთმევის (ექპროპრიაციის) კუთხით, ასევე კერძო საკუთრებაზე რეგულაციების ან კონტროლის დაწესებით. [28]

ქართული კანონმდებლობა საკუთრების უფლებას განამტკიცებს როგორც საკონსტიტუციო ღირებულების მქონე ფუნდამენტურ უფლებას და ამ უფლების კონსტიტუციასთან მიმართების საკითხი, ერთ-ერთი ცენტრალური საკითხია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში.[29] რატომ ხდება საკუთრების უფლების კონსტიტუციური აღიარება და არის თუ არა კონსტიტუციაში უფლების ფიქსირება საკუთრების ნამდვილი უზრუნველყოფის გარანტია? პირველ კითხვაზე პასუხი მარტივია: საკუთრების გადანაწილების საკითხები არ შეიძლება მუდმივად იყოს დაუსრულებელი გადასინჯვის საგანი, რადგან ეს სცდება გონივრულობის ფარგლებს. ამიტომაც **კონსტიტუციებში საკუთრების**

[27] შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლო, გადაწყვეტილება, №ას-843-809-2016, 26.10.2016.

[28] შდრ. *Akkermans,* A Comparative Overview of European, US and South African Constitutional Property Law, EPLJ, 2018, Vol.7, Issue 1, 108.

[29] შდრ. *ბ. ზოიძე,* კონსტიტუციური კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბ., 2007, 91 და შემდგ.

უფლების ფიქსირებით საკუთრებითი რეჟიმი მისი ხშირი ცვალებადობისაგან უკეთ არის დაცული.

საქართველოს ახალი კონსტიტუციის მე-19 მუხლით გარანტირებულია საკუთრებისა და მემკვიდრეობის საყოველთაო უფლება.[30] მიუხედავად იმისა, რომ ამ მუხლში მემკვიდრეობის უფლებაზეცაა მითითება, დასახელებული ნორმა რეალურად აღიარებულია, როგორც საკუთრების უფლების გარანტი.[31] საკუთრება და თავისუფლება თანამედროვე სამართლებრივი სახელმწიფოსა და საბაზრო ეკონომიკის ფუძემდებლური პრინციპებია.[32] ერთ-ერთ საქმეზე საკონსტიტუციო სასამართლომ განმარტა, რომ მემკვიდრეობის უფლების გარანტია ავსებს საკუთრების გარანტიას, როგორც ასეთს, და ამ უკანასკნელთან ერთად ქმნის კონსტიტუციით გათვალისწინებული კერძო საკუთრებითი წესრიგის საფუძველს. საკუთრება და მემკვიდრეობის უფლება ერთად ქმნიან იმ საზოგადოებრივი წყობილების არსებით, ძირითად ელემენტებს, რომლებიც ადამიანის კერძო ავტონომიის პრინციპს ემყარება.[33]

საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა არაერთხელ აღნიშნა საკუთრების უფლების მნიშვნელობისა და დანიშნულების შესახებ. ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს გადაწყვეტილებაში, რომლითაც ქონების კონფისკაცია, როგორც დამატებითი სასჯელის სახე არაკონსტიტუციურად იქნა ცნობილი, სასამართლომ განმარტა, რომ საქართველოს კონსტიტუციისა და საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული პრინციპებიდან და ნორმებიდან გამომდინარე, საკუთრების უფლება წარუვალი და უზენაესი ადამიანური ღირებულებაა, საყოველთაოდ აღიარებული ძირითადი უფლება, დემოკრატიული საზოგადოების, სოციალური და სამართლებრივი სახელმწიფოს ქვაკუთხედია. საკუთრება ადამიანის ყოფიერების არსებითი საფუძველია.[34]

საკონსტიტუციო სასამართლო საკუთრების უფლებას ბუნებით უფლებად მიიჩნევს. საკუთრების უფლების ბუნებითი ხასიათი მნიშვნელოვანი გარანტიაა სახელმწიფოს დაუსაბუთებელი ჩარევისაგან.[35] „საკუთრების უფლება ბუნები-

[30] საქართველოს 2017 წლის 13 ოქტომბრის კონსტიტუციის მე-19 მუხლის პირველი პუნქტი.

[31] შდრ. *ტუღუში, ბუხჯანაძე, მშვენიერაძე, გოცირიძე, მენაბდე,* ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 222, ასევე, *T. Зарандия,* Основы гражданского права в судебной практике Грузии, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, 161-162; *T. Zarandia,* Grundlagen des Zivilrechts in der georgischen Rechtsprechung, Grundlagen der Zivilrechtsordnung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens in Theorie und Praxis, Materialien einer Konferenz an der Universitht Bremen von 29. und 30. März 2007, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, 143-144.

[32] შდრ. *გ. ხუბუა,* სამართლის თეორია, თბ., 2004, 110.

[33] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, გადაწყვეტილება, 2012 წლის 26 ივნისი, N3/1/512, საქმე დანიის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, II.პ.74.

[34] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, 1997 წლის 21 ივლისი, N1/51, საქმე თბილისის ჩუღურეთის რაიონის სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება, აღნიშნულ საქმესთან დაკავშირებით, იხ. *გ. ამირანაშვილი,* კანონიერ მფლობელობაში არსებული დანაშაულის საგნის კონფისკაცია - კონსტიტუციური და საერთაშორისო სტანდარტები, ადამიანის უფლებათა დაცვა: მიღწევები და გამოწვევები, კონსტანტინე კორკელიას რედაქტორობით, თბ., 2012, 7 და შემდგ.

[35] შდრ. *ბ. ზოიძე,* ქართული სანივთო სამართალი, თბ., 2003, 85 და შემდგ.

თი უფლებაა, რომლის გარეშე შეუძლებელია დემოკრატიული საზოგადოების არსებობა. საკუთრების უფლება ადამიანის არა მარტო არსებობის ელემენტარული საფუძველია, არამედ უზრუნველყოფს მის თავისუფლებას, მისი უნარისა და შესაძლებლობების ადეკვატურ რეალიზაციას, ცხოვრების საკუთარი პასუხისმგებლობით წარმართვას".[36] „საკუთრება წარმოადგენს ადამიანის პირადი დამოუკიდებლობის, პიროვნული განვითარების ერთ-ერთ წყაროს. საკუთარი დამოუკიდებლობისა და კეთილდღეობის მიზნით ადამიანის მისწრაფება, შექმნას საკუთარი ქონება, უდავოდ იმსახურებს სახელმწიფოს პატივისცემას, რაც საკუთრების შეძენის ისეთ საკანონმდებლო რეგლამენტაციაში უნდა გამოიხატოს, რომელიც უზრუნველყოფს, ერთი მხრივ, ცალკეული ინდივიდის საკუთრების უფლებით შეუფერხებელ სარგებლობას, ხოლო, მერე მხრივ, ეფექტურ სამოქალაქო ბრუნვას".[37]

ამასთან, საკონსტიტუციო სასამართლო საკუთრების უფლებას განსაზღვრავს როგორც სოციალური ფუნქციის მატარებელ უფლებას: „საკუთრების უფლება არ არის აბსოლუტური და შეუზღუდავი უფლება. საკუთრებას დიდი სოციალური დატვირთვა აქვს. მესაკუთრე საზოგადოების ნაწილია და არა მხოლოდ უფლებამოსილია მიიღოს გარკვეული სიკეთეები საზოგადოებისაგან, არამედ თავისი საკუთრება საზოგადოებრივი კეთილდღეობის მიზნებისათვის უნდა გამოიყენოს. მესაკუთრემ უნდა გაითავისოს, რომ არა მხოლოდ მას აქვს ინტერესები, არამედ, ის იმყოფება სხვა ინტერესთა გარემოცვაში, რომელთაგანაც ის იზოლირებული არ არის და, სადაც აუცილებელია ინტერესთა გონივრული ბალანსის დაცვა. ამ ფონზე კანონმდებელი უფლებამოსილია, კონსტიტუციურსამართლებრივი ნორმებისა და პრინციპების დაცვით, დაადგინოს ნორმები, რომლებიც განსაზღვრავენ საკუთრების შინაარსსა და ფარგლებს. საკუთრება არის კანონმდებლის მიერ დეფინირებადი უფლება. ამას მით უფრო მეტი მნიშვნელობა აქვს, რაც უფრო დიდია საკუთრების ობიექტის სოციალური დატვირთვა, მისი ბუნებიდან და თავისებურებებიდან გამომდინარე".[38]

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ საკუთრების უფლება საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ განიხილება როგორც უმნიშვნელოვანესი უფლება, ხოლო სახელმწიფოს, საქართველოს კონსტიტუციის 21–ე მუხლიდან გამომდინარე, აქვს ვალდებულება, შექმნას საკუთრების უფლების ისეთი შინაარსი, რომელიც კონსტიტუციურ სამართლებრივ მოთხოვნებს შეესაბამება. ამასთან, საქართველოს კონსტიტუციის 21–ე მუხლის პირველი პუნქტი შესაძლებლობას იძლევა, საზოგადოებრივი ინტერესებიდან გამომდინარე, საკუთრებაზე დაწესდეს კონტროლი, მეორე პუნქტი ნებას რთავს სახელმწიფოს, კანონის შესაბამისად შეზღუდოს საკუთრების უფლება აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭი-

[36] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, 2007 წლის 2 ივლისი, N1/2/384.

[37] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლს, გადაწყვეტილება, 2012 წლის 26 ივნისი, N3/1/512.

[38] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, გადაწყვეტილება, 2007 წლის 18 მაისი, N2/1-370, 382, 390, 402, 405.

როებიდან გამომდინარე და ამ მიზნით შესაძლებელია კონკრეტული უფლების ჩამორთმევა მესამე პუნქტის შესაბამისად.[39]

2. შიდასახელმწიფოებრივ და ევროპულ სამართალს შორის ურთიერთმიმართება

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია არის ევროპული საჯარო წესრიგის კონსტიტუციური მექანიზმი და მისი ხელშემკვრელი მხარეები ვალდებულნი არიან, უზრუნველყონ შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის კონვენციასთან შესაბამისობა, რათა, მინიმუმ, შენარჩუნებული იყოს ამ საჯარო წესრიგის საფუძვლები. ეს ვალდებულება ვრცელდება ხელშემკვრელი მხარეების საკონსტიტუციო სამართალზეც. კონვენციის პირველი მუხლი არ განასხვავებს არც სამართლის ნორმებს და არც ღონისძიებებს, რომლებზე უნდა გავრცელდეს კონვენციის მოქმედება და ხელშემკვრელი მხარის იურისდიქციის არც ერთი ნაწილი კონვენციის მოქმედების სფეროდან არ არის გამორიცხული, მათ შორის და მით უმეტეს, არც საკონსტიტუციო კონტროლი.[40]

სახელმწიფოს მიერ კონვენციის შესრულების ვალდებულება გულისხმობს კონვენციის უპირატესობას თვით ქვეყნის კონსტიტუციის მიმართაც. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო იშველიებს „სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ“ ვენის კონვენციას, რომლის თანახმადაც „ხელშეკრულების მხარემ არ შეიძლება მიუთითოს თავის შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის დებულებებზე, მის მიერ ხელშეკრულების შეუსრულებლობის გასამართლებლად“.[41]

საქართველოს კონსტიტუციით უფლების შეზღუდვა კონვენციის დარღვევად შეფასდა საქართველოს საქმეზე – რამიშვილი საქართველოს წინააღმდეგ.[42] ოღონდ ამ შემთხვევაში, სამი მოსამართლისგან შემდგარმა კომიტეტმა მესამე ხარისხის მნიშვნელობის გადაწყვეტილებაში ვენის კონვენციაზე დაყრდნობის და ვრცელი მსჯელობის გარეშე დაადგინა კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლით გარანტირებული თავისუფალი არჩევნების უფლების დარღვევა. ევროპულმა სასამართლომ არც კი ჩათვალა საჭიროდ, განეხილა 2008 წლის რედაქციის საქართველოს კონსტიტუციის მე-6 მუხლი, რომლის მე-2 პუნქტის თანახმადაც, „საქართველოს კანონმდებლობა შეესაბამება საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებულ პრინციპებსა და ნორმებს. საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებას ან შეთანხმებას, თუ იგი არ ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციას, კონსტიტუციურ შეთანხმებას,

[39] შდრ. *ტუღუში, ბუხჯანაძე, მშვენიერაძე, გოცირიძე, მენაბდე,* ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბ., 2013, 249-250.

[40] თურქეთის გაერთიანებული კომუნისტური პარტია და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ (*United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*), განაცხადები nos. 1828/06, 34163/07 და 19029/11, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 1998 წლის 30 იანვრის გადაწყვეტილების პუნქტები 27 და *შემდგ.*

[41] „სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ“ ვენის კონვენციის მუხლი 27.

[42] რამიშვილი საქართველოს წინააღმდეგ (*Ramishvili v. Georgia*), განაცხადი no. 48099/08, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2018 წლის 31 მაისის გადაწყვეტილება.

აქვს უპირატესი იურიდიული ძალა შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების მიმართ.“

შესაბამისად, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, მათ შორის, კონვენციის პირველი ოქმის პირველი მუხლით გარანტირებული საკუთრების დაცვაც, განმარტებული ევროპული სასამართლოს მიერ, არის ის სტანდარტი, რომლის მიხედვითაც უნდა მოხდეს კონსტიტუციური უფლებების, მათ შორის, საკუთრების უფლების უზენაესობის უზრუნველყოფაც. სხვაგვარი მიდგომა დაარღვევდა სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ ვენის კონვენციის 27-ე მუხლის მოთხოვნას, რომლის თანახმადაც, სახელმწიფოს არ შეუძლია თავის შიდასახელმწიფოებრივ სამართალზე დაყრდნობა, რათა გაამართლოს ხელშეკრულების შეუსრულებლობა.

3. საკუთრების უფლება ევროპულ სამართალში

3.1. საკუთრების უფლების ცნება და შინაარსი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით – მოკლე მიმოხილვა

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი ოქმის პირველი მუხლით უზრუნველყოფილი „საკუთრების დაცვა“ მრავალი ასპექტით განსხვავდება საკუთრების უფლების ზემოთ განხილული შიდასახელმწიფოებრივი მოწესრიგებისგან. კონვენციით გარანტირებული და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკით განმარტებული საკუთრების დაცვა ეროვნულ სამართალში უზრუნველყოფილ საკუთრების უფლებასთან შედარებით საკმაოდ შეზღუდულია. ამის მიზეზი, უწინარეს ყოვლისა, არის სახელმწიფოების მხრიდან ენთუზიაზმის ნაკლებობა ყოველთვის, როცა საქმე ეხება საკუთრების უფლების საერთაშორისო სამართლით გარანტირებას, იქნება ეს უნივერსალურ, თუ რეგიონულ დონეზე მიღებულ საერთაშორისოსამართლებრივ აქტებში საკუთრების უფლების, როგორც ადამიანის უფლების გათვალისწინება და გათვალისწინების შემთხვევაში, უფლების შინაარსის და მოცულობის განსაზღვრა.

ასე, მაგალითად, საკუთრების უფლებამ ასახვა ვერ ჰპოვა ვერც სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ პაქტში და ვერც ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ პაქტში. გაეროს გენერალური ასამბლეის მიერ ორივე პაქტის მიღება 1966 წლის 16 დეკემბერს, მიზნად ისახავდა საყოველთაო დეკლარაციით გათვალისწინებული უფლებების გარანტირებას საერთაშორისო ხელშეკრულებებით, რადგან თავად დეკლარაციას, როგორც გენერალური ასამბლეის რეზოლუციით დამტკიცებულ დოკუმენტს პოზიტიური საერთაშორისო სამართლის ეს სტატუსი არ გააჩნდა.[43] და მაინც, მიუხედავად იმისა, რომ ორივე პაქტი, საყოველთაო დეკლარაციის შესაბამისად, ემსახურება „ისეთი პირობების შექმნას, სადაც ყველას შეეძლება თავისი სამოქა-

[43] *Rhona K.M. Smith, Christien van den Anker*, The Essentials of Human Rights, Hodder Arnold Publishing, London, 2005.

ლაქო და პოლიტიკური უფლებებით, ისევე როგორც ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებებით სარგებლობა,“[44] საყოველთაო დეკლარაციის მე-17 მუხლით დეკლარირებულ საკუთრების უფლებას არც ერთი მათგანი არ განამტკიცებს.

რაც შეეხება ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციას, ვინაიდან სახელმწიფოებს უკიდურესად გაუჭირდათ საკუთრების უფლების ფორმულირებაზე შეთანხმება, ეს ერთ-ერთი უფლება იყო, რომელმაც კონვენციის ტექსტში ასახვა ვერ პოვა და მხოლოდ პირველ ოქმში იქნა გათვალისწინებული, ისიც ძალზე შეზღუდული სახით და სახელმწიფოსთვის საკუთრებაში ჩარევის ფართო უფლებამოსილებების მინიჭებით.[45] კონვენციის მოსამზადებელი სამუშაოების (*travaux préparatoires*) მიხედვით, ზოგი ქვეყნის წარმომადგენელი მიიჩნევდა, რომ საკუთრების უფლება „უცილობლად“ ეკონომიკური უფლება იყო და სხვა ეკონომიკური და სოციალური უფლებების გათვალისწინების გარეშე მხოლოდ ერთი ასეთი კატეგორიის უფლების შემოტანა რთული იყო.[46]

3.2. ლეგიტიმური მოლოდინი

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო თავის ბოლოდროინდელ გადაწყვეტილებებშიც განამტკიცებს მიდგომას, რომ პირველი ოქმის პირველი მუხლი ვრცელდება არსებულ საკუთრებაზე და არ უზრუნველყოფს პირის უფლებას, მიიღოს ქონება.[47] მოთხოვნა ვერ ჩაითვლება „არსებულ საკუთრებად“. ამიტომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ამოწმებს, რამდენად არის მოთხოვნა „ქონება“, კონვენციის მნიშვნელობით, ანუ რამდენად დასაბუთებულია ეს მოთხოვნა. ამ კონტექსტში მნიშვნელობა ენიჭება ლეგიტიმურ მოლოდინს. ლეგიტიმური მოლოდინია გონივრულად გამართლებული/დასაბუთებული მოლოდინი კანონის ნორმაზე ან სამართლებრივ აქტზე დაყრდნობით, ან იქიდან გამომდინარე, თუ როგორ განიხილება მოთხოვნა ეროვნულ სამართალში.[48] სასამართლო ლეგიტიმური მოლოდინისგან ქონების მოპოვების უბრალო იმედს განასხვავებს.[49] იმ შემთხვევებშიც, როცა მოთხოვნა კონკრეტულ საკანონმდებლო ნორმას არ ეფუძნება, მას მაინც შეიძლება ჰქონდეს საკმარისი სამართლებრივი საფუძველი და განიხილებოდეს ქონებად. თუ ასეთი საფუძველი არ არსებობს, მოთხოვნა პირობითია და ქონებად ვერ ჩაითვლება.

ლეგიტიმური მოლოდინი არ წარმოიშვება, როცა არსებობს დავა შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობის მართებული განმარტებისა და შეფარ-

[44] იხ. ორივე პაქტის პრეამბულა.

[45] *Harris D.J., O'Boyle M., Bates E.P. and Buckley C.M.*, Law of the European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford, 2018, 862.

[46] ბელგიის წარმომადგენლის, *ჯე ღა ვაღე-პუსანის* მოსაზრება, იხ, მოსამზადებელი სამუშაოები https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P1-1-CDH(76)36-EN1190643.pdf, 11.

[47] როლა სლოვენიის წინააღმდეგ (*Rola v. Slovenia*), განაცხადები nos. 12096/14 და 39335/16, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2019 წლის 4 ივნისის გადაწყვეტილების პუნქტი 71.

[48] გრბაჩი ხორვატიის წინააღმდეგ (*Grbac v. Croatia*), განაცხადი №64795/19, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2021 წლის 16 დეკემბრის გადაწყვეტილების პუნქტი 86.

[49] კოპეცკი სლოვაკეთის წინააღმდეგ (*Kopecký v. Slovakia*), განაცხადი №44912/98, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დიდი პალატის 2004 წლის 28 სექტემბრის გადაწყვეტილების პუნქტები 49-50.

დების თაობაზე და როდესაც განმცხადებლის არგუმენტები ეროვნული სასამართლოების მიერ არ არის გაზიარებული.[50] როდესაც არსებობს დავა პირის ქონებრივ ინტერესზე, რომელიც სარგებლობს პირველი მუხლის დაცვით, ევროპული სასამართლო პირის სამართლებრივ სტატუსზე მსჯელობს.

3.2.1. საქართველოს წინააღმდეგ მიღებული განჩინებები ლეგიტიმური მოლოდინის თვალსაზრისით

მნიშვნელოვანია ევროპული სასამართლოს განჩინებები, რომლებითაც საქართველოს წინააღმდეგ განაცხადები არსებითად განსახილველად არ იქნა მიღებული.

საქმეზე მელაძე საქართველოს წინააღმდეგ,[51] ნაკვეთი თვითნებურად იყო დაკავებული ვერეს ხეობაში და ამ ნაკვეთზე, 80-იან წლებში, ორსართულიანი შენობა აშენდა. განმცხადებელი გადასახადებს არ იხდიდა და უძრავი ქონება არ დაუკანონებია. 2006 წელს, თბილისის მერიამ განმცხადებელთან უშედეგოდ აწარმოა მოლაპარაკებები, რის შემდეგაც ხელისუფლებამ განმცხადებლის სახლი დაანგრია. სახლის დანგრევის შემდეგ, განმცხადებელმა შეწყვიტა ნაკვეთის ფლობა. 2008 წლის იანვარში, მერიამ მიწა კერძო ინვესტორზე გაასხვისა. განმცხადებელს მერიის წინააღმდეგ სასამართლოსთვის არ მიუმართავს. 2008 წლის მარტში, „ფიზიკური და კერძო სამართლის იურიდიული პირების მფლობელობაში (სარგებლობაში) არსებულ მიწის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების აღიარების შესახებ“ საქართველოს კანონის საფუძველზე, განმცხადებელმა კანონით შექმნილ სახელმწიფო კომისიას მიმართა.

კომისიის მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილების დასაბუთება უცნობია, რადგან, განმცხადებელს მისი ასლი ევროპულ სასამართლოში არ წარუდგენია. თავის დროზე, ეს გადაწყვეტილება არ გასაჩივრებულა საერთო სასამართლოში. განმცხადებელმა მოითხოვა თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიაში პრივატიზაციის შეთანხმების, მერიის, პრეზიდენტის, მთავრობის კანონქვემდებარე აქტების არარად ცნობა ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-60 მუხლის და ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 25-ე მუხლის თანახმად. თბილისის საქალაქო სასამართლომ არსებითი განხილვის გარეშე შეწყვიტა სამართალწარმოება და მიუთითა, რომ განმცხადებელს უნდა ეჩივლა ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 22-ე მუხლით. ეს გადაწყვეტილება განმცხადებელმა თბილისის სააპელაციო სასამართლოში წარუმატებლად გაასაჩივრა.

ევროპული სასამართლოს აზრით, განაცხადის ძირითადი საკითხი იყო კომისიის უარი მიწის საკუთრებაში გადაცემაზე. ვინაიდან განმცხადებელს ეს გადაწყვეტილება არ ჰქონდა გასაჩივრებული, ხოლო მის მიერ არჩეული გზა სამართლებრივი აქტების არარად ცნობის შესახებ ხარვეზიანი აღმოჩნდა, შე-

[50] ჩაკარევიჩი ხორვატიის წინააღმდეგ (*Čakarević v. Croatia*), განაცხადი №48921/13, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2018 წლის 26 აპრილის გადაწყვეტილების პუნქტი 52.

[51] მელაძე საქართველოს წინააღმდეგ (*Meladze v. Georgia*), განაცხადი №30635/09, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2018 წლის 2 ოქტომბრის განჩინება.

საბამისად, ევროპული სასამართლოს დასკვნა იყო, რომ განმცხადებელმა შიდასახელმწიფოებრივი ღონისძიებები არ ამოწურა.

მიუხედავად იმისა, რომ უკვე არსებობდა განაცხადის დაუშვებლად გამოცხადების საფუძველი, ევროპულმა სასამართლომ მაინც ახსნა, თუ რატომ იყო განაცხადი დაუშვებელი შინაარსობრივი თვალსაზრისითაც.

ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ პირველი მუხლი იცავს არსებულ საკუთრებას და მოთხოვნას, რომელიც შეიძლება ქონებად ჩაითვალოს. მოცემულ შემთხვევაში, განმცხადებელს არ ჰქონდა ნაკვეთზე საკუთრების უფლება. ნაკვეთი იყო სახელმწიფოს საკუთრებაში, ხოლო 2008 წლის 29 იანვრიდან – მესამე კერძო პირის საკუთრებაში. ამდენად, ნაკვეთი განმცხადებლის „არსებული საკუთრება" არ იყო. ის ითხოვდა ქონებრივი ინტერესის დაცვას. შესაბამისად, ევროპულმა სასამართლოს აზრით, შესამოწმებელი იყო, რამდენად ჰქონდა განმცხადებელს ლეგიტიმური მოლოდინი, მოეპოვებინა საკუთრების უფლება ნაკვეთზე.

ამ კონტექსტში ერთადერთი კითხვა, რასაც უნდა გაცემოდა პასუხი, იყო თუ არა განმცხადებლის მოლოდინი გონივრულად დასაბუთებული „ფიზიკური და კერძო სამართლის იურიდიული პირების მფლობელობაში (სარგებლობაში) არსებულ მიწის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების აღიარების შესახებ" საქართველოს კანონის შესაბამისად.

განმცხადებელი ამ კანონით გათვალისწინებულ კრიტერიუმებს არ აკმაყოფილებდა. კანონის თანახმად, თვითნებურად დაკავებულ მიწად ითვლებოდა კანონის ამოქმედებამდე ფიზიკური პირის მიერ თვითნებურად დაკავებული სახელმწიფო საკუთრების სასოფლო ან არასასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის ნაკვეთი, რომელზედაც განთავსებული იყო საცხოვრებელი სახლი (აშენებული ან დანგრეული) ან არასაცხოვრებელი დანიშნულების შენობა (აშენებული).

როდესაც განმცხადებელმა მიმართა კომისიას, ქონება უკვე კერძო პირის საკუთრებაში იყო გადაცემული. ამასთან, მან კომისიის გადაწყვეტილება არ გაასაჩივრა. არაპირდაპირ ეროვნულმა სასამართლომ მაინც დაადასტურა, რომ განმცხადებელი კანონის მნიშვნელობით დაინტერესებული პირი აღარ იყო. კანონის თანახმად, დაინტერესებული პირი იყო ფიზიკური პირი, ასევე მისი სავარაუდო მემკვიდრე ან უფლებამონაცვლე, რომელიც მართლზომიერად ფლობდა (სარგებლობდა) ან რომელმაც თვითნებურად დაიკავა სახელმწიფო საკუთრების სასოფლო ან არასასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის ნაკვეთი, რომელზედაც განთავსებული იყო საცხოვრებელი სახლი (აშენებული ან დანგრეული) ან არასაცხოვრებელი დანიშნულების შენობა (აშენებული).

ევროპულმა სასამართლომ არ მიიჩნია, რომ ადგილი ჰქონდა თვითნებობას ან ეროვნული სასამართლოს გადაწყვეტილება დაუსაბუთებელი იყო. შესაბამისად, განმცხადებელს კანონის საფუძველზე საკმარისად დასაბუთებული ქონებრივი ინტერესი არ ჰქონდა, რომელიც ლეგიტიმურ მოლოდინს დაეფუძნებოდა. განმცხადებლის მოთხოვნას საკმარისი საფუძველი არ ჰქონდა ერო-

ვნულ სამართალში. ფაქტობრივად, განმცხადებელს ჰქონდა მხოლოდ იმედი, რომ მოპოვებდა საკუთრების უფლებას კანონის საფუძველზე. ევროპული სასამართლოს განმარტებით, მხოლოდ იმედი, რომ ეროვნული ხელისუფლება პირის სასარგებლოდ იმოქმედებს, ლეგიტიმური მოლოდინის ფორმად ვერ ჩაითვლება. შესაბამისად, განაცხადი დაუშვებელი იყო არა მხოლოდ იმის გამო, რომ შიდასახელმწიფოებრივი ღონისძიებების ამოწურული არ იყო, განმცხადებელს არ ჰქონდა ლეგიტიმური მოლოდინი კონვენციის პირველი ოქმის პირველი მუხლის მნიშვნელობით.

სხვა საქმეზე – ფეიქრიშვილი და ბასილაშვილი საქართველოს წინააღმდეგ,[52] ევროპულმა სასამართლომ ლეგიტიმური მოლოდინის არსებობაზე მენაშენეთა ამხანაგობის წევრთა შორის დავის კონტექსტში იმსჯელა.

ამხანაგობას უფლება მიეცა, აეშენებინათ კორპუსი ქალაქის ქუჩის 2, 5, 7 ნომრებზე არსებულ მიწის ნაკვეთებზე. პირველმა განმცხადებელმა უჩივლა მეორე განმცხადებელს. დავა დამთავრდა მორიგებით. მორიგების პირობების თანახმად, ფეიქრიშვილს უნდა გაეტანა სარჩელი, ხოლო მე-5 და მე-7 ნომრების ნაკვეთები უნდა დარეგისტრირებულიყო, როგორც ფეიქრიშვილის და ბასილაძის საკუთრება. ფეიქრიშვილი უნდა დარეგისტრირებულიყო, როგორც 7 ნომერში განთავსებული ბინის მესაკუთრე, რომელიც მოცემულ მომენტში ეკუთვნოდა დ.ს-ს. ფეიქრიშვილს უნდა ეყიდა ორი ბინა დ.ს-სთვის. 2003 წლის 16 სექტემბრის გადაწყვეტილება აღსრულდა 7 ნომერში განთავსებული ბინის ნაწილში. 2008 წლის 3 აპრილს, რეესტრმა დაარეგისტრირა 11 ნომერში განთავსებული მიწის ნაკვეთი კერძო პირის საკუთრებაში.

რეესტრმა განმცხადებლებს მოსთხოვა საკადასტრო რუკა, სასამართლოს გადაწყვეტილების ჩასწორებული ვარიანტი, დაზუსტებული ფარგლებით. საკადასტრო რუკის თანახმად, მიწა შედიოდა მე-11 ნომერში არსებული მიწის ნაკვეთის ფარგლებში. შესაბამისად, რეესტრმა უარი განაცხადა რეგისტრაციაზე. განმცხადებლებმა იჩივლეს რომ ეს იყო სინამდვილეში ბინა 5-ის მიწა და შეცდომით იყო რეგისტრირებული მე-11 ნომრად.

ეროვნული სასამართლოს არგუმენტაციით, განმცხადებლებმა ვერ დაადასტურეს საკუთრების უფლება და ვერ წარუდგინეს რეგისტრაციის ორგანოს საკმარისი მტკიცებულება. სასამართლოს გადაწყვეტილება, რაც იქნა წარდგენილი, კერძო მხარეთა შორის მორიგებას ადასტურებდა. ამ გადაწყვეტილებით არ იყო დაკონკრეტებული მიწის ნაკვეთების ფარგლები. კერძო პირთა შორის დადებულ მორიგებაში ადმინისტრაციული უწყება არ მონაწილეობდა. ნომერი 5 ბინისგან განსხვავებით, ნომერი 7 ბინა და მისი მიწის ნაკვეთი კერძო საკუთრებაში არ ყოფილა.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს შეფასებით, ის, რომ რეესტრმა ახალი გადაწყვეტილების წარმოდგენის ვალდებულება დააკისრა განმცხადებლებს, შეიძლება ჩაითვალოს, როგორც სასამართლოს სასამართლოს გადაწყვეტილების აღსრულების პროცესის დარღვევა. ამით გადამეტებული

[52] ფეიქრიშვილი და ბასილაძე საქართველოს წინააღმდეგ (*Peikrishvili and Basiladze v. Georgia*), განაცხადი no. 53191/10, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2019 წლის 5 თებერვლის განჩინება.

ვალდებულება იქნა მხარეებზე დაკისრებული. ევროპულმა სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა პროცესის სამართლიანობაზე.

ევროპულმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ 2003 წლის გადაწყვეტილება არ აღსრულდა, რადგან მხოლოდ მორიგების ფაქტს ადასტურებდა და მხოლოდ ამ მორიგებით განმცხადებლებს საკუთრების უფლება არ წარმოეშვებოდათ. ვინაიდან განმცხადებლებს საკუთრების უფლება ეროვნული სასამართლოს გადაწყვეტილებით არ წარმოშვიათ და არც ლეგიტიმური მოლოდინი არ ჰქონდათ კონვენციის პირველი ოქმის პირველი მუხლის მნიშვნელობით. შესაბამისად, განაცხადი არსებითად განსახილველად არ იქნა მიღებული.

ლეგიტიმური მოლოდინის კონტექსტში და რეესტრთან დაკავშირებით, კიდევ ერთი განჩინებაა მნიშვნელოვანი.

საქმეზე შპს ტურექსი საქართველოს წინააღმდეგ,[53] თბილისის მუნიციპალიტეტის კაბინეტმა 1998 წლის დადგენილებით, შპს ტურექსს მისცა უფლება მიწის ნაკვეთი იჯარით აეღო მიწის მართვის დეპარტამენტისგან 59 წლით, კომერციული ობიექტების მშენებლობის განსახორციელებლად.

აღნიშნულის შემდეგ ყალბი დოკუმენტების საფუძველზე მოხდა აღნიშნული ნაკვეთის პრივატიზაცია და მესამე მხარეზე გასხვისება. 2001 წელს, ეროვნულმა სასამართლომ პრივატიზაცია და გასხვისება ბათილად გამოაცხადა და მიწის ნაკვეთი კანონიერ მფლობელს დაუბრუნა. 2001 წელს, საჯარო რეესტრმა კომპანია მესაკუთრედ დაარეგისტრირა. ამის საფუძველი იყო ზემოაღნიშნული სასამართლო გადაწყვეტილება.

პარალელურად, თბილისის მერიამ მისი კანონიერი წინამორბედის 1998 წლის დადგენილება ბათილად ცნო ab initio და განმარტა, რომ დადგენილება გაცემული იყო არაუფლებამოსილი საჯარო უწყების მიერ. ეს გადაწყვეტილება კომპანიამ გაასაჩივრა ეროვნულ სასამართლოში, თუმცა, წარუმატებლად.

2008 წელს შიდასახელმწიფოებრივმა სასამართლოებმა დაადგინეს, რომ თავდაპირველი იჯარა, რომელსაც ეყრდნობოდა შემდგომი პრივატიზაცია, გაცემული იყო არაუფლებამოსილ იუწყების მიერ.

თბილისის მუნიციპალიტეტის არ იყო, ემართა მიწის ფონდი. საჯარო უწყებას უნდა ჩაესწორებინა ქონებაზე არასწორად მინიჭებული უფლება. ხანდაზმულობა არ ვრცელდება არასწორად გამოცემულ კანონქვემდებარე აქტებზე, რომლებიც არარად არის ცნობილი. სააპელაციო სასამართლომ გადაწყვეტილება სრულად ძალაში დატოვა. უზენაესმა სასამართლომ საკასაციო საჩივარი განსახილველად არ მიიღო.

ამის შემდეგ კომპანიამ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს მიმართა. განმცხადებელი კომპანია ევროპულ სასამართლოში ჩიოდა, რომ საკუთრების უფლება დარეგისტრირებული ჰქონდა და რომ ამ რეგისტრაციის ბათილად გამოცხადება და კომპენსაციის არმიცემა საკუთრების უფლების დარღვევას შეადგენდა.

ევროპული სასამართლოს განმარტებით, ეროვნულ სასამართლოს არ მიუნიჭებია საკუთრების უფლება. პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილება გაუქმდა

[53] შპს ტურექსი საქართველოს წინააღმდეგ (*Turex LTD v. Georgia*), განაცხადი no. 22398/10, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2019 წლის 26 თებერვლის განჩინება.

სააპელაციო სასამართლოს მიერ და ის არ გაუსაჩივრებია განმცხადებელს. იმის გათვალისწინებით, რომ არსებობდა მხოლოდ რეესტრში რეგისტრაცია 2001 წლიდან 2008-მდე, განმცხადებელმა ქონება ხანდაზმულობით ვერ შეიძინა, რადგან საკუთრების მინიმუმ 15 წლის განმავლობაში ფლობა იყო საჭირო. სასამართლოს განმარტებით, ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მუხლი 60 არ ეწინააღმდეგება კოდექსის პირველ მუხლს, რადგან ამ მუხლის მიზანია საჯარო უწყების მიერ დაშვებული შეცდომის გამოსწორება.

სახელმწიფოს არგუმენტი გათვალისწინებული იყო იმ თვალსაზრისით, რომ დადგენილების არარად გამოცხადება საჯარო ინტერესებში იყო, რათა მწირი სახელმწიფო რესურსების განიავება აეცილებინა. რაც შეეხება თანაზომიერებას და იყო თუ არა საზოგადოებრივ ინტერესებსა და ინდივიდის მოთხოვნებს შორის სამართლიანი წონასწორობის დამყარებული, ეს წონასწორობა არ არის დაცული, როდესაც პირს გადამეტებული ტვირთი ეკისრება. განმცხადებელი მიწას ფაქტობრივად არ იყენებდა და არც რაიმე ფინანსურ ზიანზე არ მიუთითებია. განმცხადებელმა მხოლოდ მოითხოვა საკუთრების უფლების ჩანაწერის აღდგენა და მიწის დაბრუნება. შესაბამისად, ევროპული სასამართლო ვერ შეაფასებდა ზიანს დაკისრებული ტვირთის კონტექსტში.

ქონება პრივატიზებული იყო ყალბი დოკუმენტების საფუძველზე მესამე პირის მიერ. მხოლოდ საკუთრების უფლების რეგისტრაცია არ წარმოშობდა ისეთ ინტერესს განმცადებლისთვის, რომ მისთვის მიწის დაბრუნების ვალდებულება წარმოშობილიყო. თუნდაც ევროპულ სასამართლოს მიეჩნია, რომ კომპანიას საკმარისი საფუძველი ჰქონდა ეროვნულ სამართალში ქონებრივი ინტერესის დასასაუთებლად, ქონების არდაბრუნების გადაწყვეტილება არ იყო არათანაზომიერი, შესაბამისად, ევროპულმა სასამართლომ განაცხადი დაუშვებლად მიიჩნია.

3.3. კერძო პირთა შორის დავა და სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებები

საქმეზე ალი საქართველოს წინააღმდეგ,[54] განმცხადებელი დაობდა, რომ კომპანიაში მის 90%-იან წილს მოტყუებით დაუფლება სხვა პირი. კერძოდ, ნოტარიუსის ყალბი მინდობილობით, ვითომ ჰუსეინ ალიმ თ.მ.ს მიანიჭა სასამართლოში ინტერესების წარმოდგენის უფლებამოსილება. ჰუსეინ ალის წინააღმდეგ შეტანილი იქნა სასარჩელო განცხადება და მას 8 მილიონი დოლარი დაეკისრა. თ.მ.-მ ვალი აღიარა და მორიგების აქტს ხელი მოაწერა. თ.მ.-მ ა.იუ.-ს საკუთრებაში გადასცა ჰუსეინ ალის კუთვნილი 90%-იანი წილი. ამის შემდეგ ა.იუ.-მ კომპანიის საწესდებო კაპიტალის 90% საკუთრებაში გადასცა კომპანიის მინორიტარ აქციონერს ა.წ.-ს.

გადაწყვეტილება განმცხადებლის დაუსწრებლად გამოტანილი იქნა 2004 წლის 16 სექტემბერს. 2004 წლის 6 ოქტომბერს, განმცხადებელმა კერძო საჩი-

[54] ალი საქართველოს წინააღმდეგ (*Ali v. Georgia*), განაცხადი №41710/05, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2018 წლის 12 ივნისის განჩინება.

ვარი შეიტანა დაუსწრებლად საქმის განხილვაზე. მისი საჩივარი არ დაკმაყოფილდა. განმცხადებელმა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება კანონით გათვალისწინებულ ვადაში არ გაასაჩივრა და გასაჩივრების ვადა გაუშვა. განმცხადებელმა 2005 წლის 5 იანვარს გაასაჩივრა გადაწყვეტილება. საჩივარი არ იქნა მიღებული, რადგან გასაჩივრების ვადა გაშვებული იყო. ამასთან დაკავშირებით, განმცხადებელმა 2005 წლის 10 იანვარს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიმართა და დისციპლინური სამართალწარმოების დაწყება მოითხოვა.

ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში განმცხადებელი საკუთრების უფლების დარღვევაზე დავობდა, რადგან სასამართლო სხდომა მის დაუსწრებლად ჩატარდა და საგამოძიებო და სასამართლო ორგანოებმა ვერ შეძლეს კერძო პირების მიერ მისი ქონების მოტყუებით დაუფლების გამოსწორება.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განაცხადი არსებითად განსახილველად არ მიიღო, რადგან განმცხადებელმა შიდასახელმწიფოებრივი ღონისძიებები არ ამოწურა. კერძოდ, განმცხადებელმა არ გადაიხადა სასამართლო ბაჟი, როდესაც გაასაჩივრა დასწრების უზრუნველყოფაზე შეტანილ კერძო საჩივარზე გადაწყვეტილება, არ უჩივლა ადვოკატს, რომელმაც ბაჟის თანხა არ გადაიხადა, არ წარადგინა მტკიცებულებები იმის დასამტკიცებლად, რომ თანხა მისცა ადვოკატს. აგრეთვე განმცხადებელმა გაუშვა 2004 წლის 16 სექტემბრის გადაწყვეტილების გასაჩივრების ვადა. ევროპული სასამართლოს შეფასებით, თუ განმცხადებელს ოქტომბერში კერძო საჩივარი ჰქონდა შეტანილი, გადაწყვეტილების თაობაზე უნდა სცოდნოდა და შესაბამისად, ვადის გაშვება განმცხადებელს არ ჰქონდა ახსნილი.

რაც შეეხება იუსტიციის უმაღლესი საბჭოსთვის მიმართვას, განმცხადებელს ამ სამართალწარმოებაში მონაწილეობის უფლება არ ჰქონდა და შედეგებიც არ ეცნობა. ეს არ იყო ქმედითი ღონისძიება. შესაბამისად, შიდა ღონისძიებები ამოწურული არ იყო. მიუხედავად იმისა, რომ უკვე არსებობდა საფუძველი, რომ განაცხადი არსებითად განსახილველად არ ყოფილიყო მიღებული, ევროპულმა სასამართლომ დამატებითი განმარტება გააკეთა სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებებზე.

განმცხადებელმა ვერ დაადასტურა სახელმწიფოს მონაწილეობა კერძო მხარეებს შორის მოლაპარაკებებში. თუმცა, სახელმწიფოს ვალდებულება აქვს, არა მარტო არ ჩაერიოს საკუთრების უფლებაში, არამედ დაიცვას საკუთრების უფლება. განსაკუთრებით, როცა პირი ლეგიტიმურად მოელის, სახელმწიფოსგან ჩარევას საკუთრების უფლების დაცვის თვალსაზრისით. ვალდებულებების ხარისხი და ბუნება ფაქტებზეა დამოკიდებული.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს განმარტებით, როდესაც ქონების დაკარგვა სახელმწიფოს ბრალით ხდება, ვალდებულებები უფრო მკაცრია. როდესაც კერძო პირებს შორის დავას აქვს ადგილი, სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებები გულისხმობს საკუთრების კანონით დაცვას და სასამართლო განხილვისას გარანტიების ხელმისაწვდომობას, რათა ქმედითად და სამართლიანად იქნეს დავები განხილული

გამოძიება განახლდა განმცხადებლის მოთხოვნით, დაიდო საპროცესო შეთანხმება, მაგრამ განმცხადებელი არ დაეთანხმა საბოლოო შედეგს. ევროპული საამართლოს შეფასებით, სახელმწიფომ თავისი ვალდებულებები შეასრულა და განაცხადი აშკარად დაუსაბუთებელი იყო. შესაბამისად, განაცხადი არ იქნა არსებითად განსახილველად მიღებული.

3.3.1. გამოძიება საკუთრების უფლების დასაცავად

ზემოთ აღნიშნული იქნა, რომ როცა პირი ლეგიტიმურად მოელის, სახელმწიფოსგან ჩარევას საკუთრების უფლების დაცვის თვალსაზრისით, ვალდებულებების ხარისხი და ბუნება ფაქტებზეა დამოკიდებული. საქმეზე ნოვოსელეცკი უკრაინის წინააღმდეგ,[55] ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი ოქმის პირველი მუხლის სავარაუდო დარღვევაზე იმსჯელა. ეს მსჯელობა წარიმართა გამოძიების კონტექსტში, რომელიც სახელმწიფოს უნდა ეწარმოებინა სახელმწიფო ინსტიტუტის, როგორც დამსაქმებლის, განმცხადებლისთვის დროებით მფლობელობა-სარგებლობაში გადაცემული ბინიდან პირადი ნივთების დაკარგვის ფაქტზე განმცხადებლის საჩივრის საპასუხოდ.[56]

ამ ფაქტთან დაკავშირებით ეროვნულ დონეზე გამოძიება დაიწყო და რამდენჯერმე შეწყდა. თუმცა, ევროპული სასამართლო ვერ დარწმუნდა, რომ სამართალდამცავ ორგანოებს შვიდ წელზე მეტი დრო სჭირდებოდათ გამოძიებისთვის. მით უმეტეს, სამართალდამცავი ორგანოებისთვის ცნობილი იყო იმ პირების ვინაობა, რომლებიც განმცხადებლისთვის დამსაქმებლის მიერ დროებით მფლობელობასა და სარგებლობაში გადაცემულ ბინაში შევიდნენ, როცა განმცხადებლის ოჯახმა ქალაქი დროებით დატოვა. პროკურატურამ ყურადღება არ მიაქცია იმ გარემოებას, რამდენად კანონიერი იყო განმცხადებლის ბინაში სხვა პირების შესახლება და უნდა ეგოთ თუ არა პასუხი შესაბამის პირებს. სამართალდამცავი ორგანოების მთელი ძალისხმევა იქითკენ იყო მიმართული, რომ დაედგინათ, სინამდვილეში ჰქონდა თუ არა განმცხადებელს ქონება, რომელიც, სავარაუდოდ, დაიკარგა სხვა პირების მის ბინაში შესახლების შედეგად.

ევროპული სასამართლოსთვის გაუგებარი იყო ის გარემოება, თუ რატომ იყო ასე დაჟინებით უარყოფილი შიდასახელმწიფოებრივ დონეზე, რომ განმცხადებელს ბინაში პირადი ნივთები არ ჰქონდა დატოვებული. მით უმეტეს, არსებობდა მოწმის ჩვენება, რომლის თანახმადაც, ის განმცხადებელს ბინაში პირადი ნივთების გადატანაში მიეხმარა. პროკურატურამ ყურადღება არ მიაქცია განმცხადებლის მოთხოვნას, რომ პასუხისგებაში მიცემულიყვნენ თანამდებობის პირები, რომლებმაც სხვა პირების ბინაში შესახლების ნებართვა გასცეს,

[55] ნოვოსელეცკი უკრაინის წინააღმდეგ (*Novoseletskiy v. Ukraine*), განაცხადი no. 47148/99, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2005 წლის 22 თებერვლის გადაწყვეტილება.

[56] საქმის დეტალები იხ. *ნ. მჭედლიძე*, „საცხოვრისის უფლება: საერთაშორისო სტანდარტების და პრაქტიკის მიმოხილვა," 2019, ადამიანის უფლებების სწავლებისა და მონიტორინგის ცენტრი (EMC), 69, ხელმისაწვდომია: https://socialjustice.org.ge.

თუმცა, იმავდროულად ძალზე დეტალურად გამოიკვლია, ჰქონდა თუ არა განმცხადებელს პირადი ნივთები ბინაში დატოვებული.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ კონვენციის პირველი ოქმის პირველი მუხლის პირველი პუნქტის პირველი წინადადების დარღვევა დაადგინა, ვინაიდან მოპასუხე სახელმწიფომ ვერ შეძლო, სამართლიანი წონასწორობა დაემყარებინა კონფლიქტურ ინტერესებს შორის. სამართალდამცავმა ორგანოებმა არ ჩაატარეს ქმედითი და მიუკერძოებელი გამოძება განმცხადებლის პირადი ნივთების დაკარგვის ფაქტზე.

მოგვიანებით, ევროპულმა სასამართლომ საქმეში ბლუმბერგა ლატვიის წინააღმდეგ[57] საქმეში, განმარტა მოთხოვნები, რაც არსებობს საკუთრების დაცვის კონტექსტში წარმოებული გამოძიების მიმართ.

ინდივიდებზე სიცოცხლისათვის საშიში თავდასხმების შემთხვევაში, სახელმწიფო ხელისუფლებას აკისრია ვალდებულება, იმოქმედონ საკუთარი ინიციატივით, როცა მათთვის ცნობილი გახდება შემთხვევა. თუმცა კონვენციის პირველი ოქმის პირველი მუხლის კონტექსტში წარმოებული გამოძიებისას, როცა ასეთ გარემოებას ადგილი არ აქვს, სასამართლოს მიერ საკითხის განხილვა შემოიფარგლება იმის დადგენით, ხომ არ იყო სისხლის სამართლის გამოძიება უხეში და მძიმე დარღვევებით წარმოებული.[58] ბლუმბერგას საქმეზე დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებების მიხედვით, განმცხადებლის ორი სახლი გაქურდეს, როცა ის რამდენიმე თვის განმავლობაში პატიმრობაში იმყოფებოდა.[59]

2020 წელს, ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს კვლავ მოუწია დაეკონკრეტებინა საკუთრების დაცვის კონტექსტში წარმოებული გამოძიების ფარგლები საქმეზე აბუკაუსკაი ლიეტუვას წინააღმდეგ.[60]

აბუკაუსკაის საქმეზე დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებების მიხედვით, განმცხადებლის სახლს განზრახ წაუკიდეს ცეცხლი, როცა ის თავის მეუღლესთან ერთად შინ იმყოფებოდა. ცოლ-ქმარმა ცეცხლწაკიდებულ სახლს ფანჯრიდან დააღწია თავი.

წინასწარი გამოძიება დაიწყო და დაახლოებით შვიდი თვე გაგრძელდა, რის შემდეგაც სისხლის სამართალწარმოება შეწყდა. საქმეზე ეჭვმიტანილი იყო მეზობელი, მაგრამ მტკიცებულებები არ არსებობდა. მოგვიანებით, პროკურორმა დისციპლინურ სამართალწარმოებაში აღიარა, რომ გარკვეული საგამოძიებო ღონისძიებები სათანადოდ არ ჩატარდა. სახელმწიფოს წინააღმდეგ განმცხადებლების სამოქალაქო სარჩელის უარყოფისას, ეროვნულმა სასამართლოებმა დაადგინეს, რომ არ არსებობდა პირდაპირი მიზეზობრივი კავშირი სავარაუდო ხარვეზებსა და გამოძიების მიერ დამნაშავის იდენტიფიცირებას შორის. მართლაც, ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი, რის გამოც საქმეზე ობიექტუ-

[57] ბლუმბერგა ლატვიის წინააღმდეგ (*Blumberga v. Latvia*), განაცხადი no. 70930/01, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2008 წლის 14 ოქტომბრის გადაწყვეტილება.

[58] *Ibid.*, პუნქტი 67.

[59] *Idem.*

[60] აბუკაუსკაი ლიეტუვას წინააღმდეგ (*Abukauskai v. Lithuania*), განაცხადი no. 72065/17, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2020 წლის 25 თებერვლის გადაწყვეტილება.

რი ჭეშმარიტების დადგენა ვერ მოხერხდა, იყო სახლიდან ამოღებულ ხანძარსაწინააღმდეგო ნამსხვრევებზე აალებადი სითხის კვალი, რომლის იდენტიფიცირება შეუძლებელი იყო. აალებადი მასალის იდენტიფიცირების გარეშე, რომელიც გამოყენებული იქნა სახლის დასაწვავად, სხვა საგამოძიებო ღონისძიებები – თუნდაც სათანადოდ განხორციელებულიყო – არ უზრუნველყოფდა რაიმე ინფორმაციის მოპოვებას, რომელიც ხელს შეუწყობდა დამნაშავის იდენტიფიცირებას.

მოცემულ საქმეზე, ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ ბლუმბერგას საქმეზე ჩამოყალიბებული პრინციპები არ შეიძლებოდა ავტომატურად გავრცელებულიყო იმ საქმეებზე, სადაც საკუთრების უფლებაში ჩარევა განხორციელებული იყო ისეთი სახით, რომელიც პოტენციურად საშიში იყო განმცხადებლების სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის. შიდასახელმწიფოებრივმა ხელისუფლებამ მიიჩნია, რომ განმცხადებლების საკუთრებისთვის ზიანი მიყენებული იყო „საშიში გზით“. ამით აბუკაუსკაის საქმე განსხვავდებოდა ბლუმბერგას საქმისგან, სადაც განმცხადებლის ქონებრივ უფლებებში ჩარევა არ განხორციელებულა ისე, რომ საფრთხე შეექმნა მისი სიცოცხლისა თუ ჯანმრთელობისთვის. თუმცა, მოცემულ საქმეშიც, განმცხადებლები არ ამტკიცებდნენ, ეროვნულ დონეზე სასამართლო განხილვის განმავლობაში, რომ მათ მიიღეს რაიმე დაზიანებები, ან რომ მათ სიცოცხლეს ან ჯანმრთელობას საფრთხე ემუქრებოდა ხანძრის თავდასხმის საშიში ხასიათის გამო. ასევე არ არსებობდა რაიმე მტკიცებულება, რომ მათ დასჭირდათ სამედიცინო დახმარება ხანძრის გამო. განმცხადებლებს არ უჩივლიათ ევროპული კონვენციის მე-2 ან მე-3 მუხლების დარღვევაზე. ამ ვითარებაში სასამართლოს მიერ განხილვა შემოიფარგლებოდა მხოლოდ იმის დადგენით, იყო თუ არა აშკარა და სერიოზული ხარვეზები სისხლის სამართლის გამოძიებაში.

3.4. საკუთრების დაცვის სამი წესი

როდესაც ევროპული სასამართლო დაადგენს, რომ პირველი ოქმის პირველი მუხლი საქმის ფაქტობრივ გარემოებებზე ვრცელდება, სასამართლო ამ გარემოებების შინაარსობრივ ანალიზს იწყებს.

საკუთრების დაცვის უფლება პირველი ოქმის პირველ მუხლში მოცემული სამი წესის სახით არის წარმოდგენილი: 1) ზოგადი წესი, 2) საკუთრების ჩამორთმევა და 3) საკუთრებით სარგებლობის კონტროლი

პირველი წესი არის ზოგადი ხასიათისა, ეხება საკუთრების შეუფერხებელ მოხმარებას და ასახულია პირველი ოქმის პირველი მუხლის პირველი პუნქტის პირველ წინადადებაში – ყოველ ფიზიკურ ან იურიდიულ პირს აქვს თავისი საკუთრების შეუფერხებელი მოხმარების უფლება. **მეორე წესი** მხოლოდ ეხება საკუთრების ჩამორთმევას, რისთვისაც გარკვეული წინაპირობების დაკმაყოფილებას მოითხოვს. ეს წესი მოცემულია პირველი ოქმის პირველი მუხლის პირველი პუნქტის მეორე წინადადებაში – ფიზიკურ ან იურიდიულ პირს მხოლოდ საზოგადოებრივი საჭიროებისათვის შეიძლება ჩამოერთვას საკუთრება, კანონითა და საერთაშორისო სამართლის ზოგადი პრინციპებით გათვა-

ლისწინებულ პირობებში. **მესამე წესი** ცნობს სახელმწიფოს უფლებას, აკონტროლოს საკუთრებით სარგებლობა და მოცემულია პირველი ოქმის პირველი მუხლის მეორე პუნქტით – წინარე დებულებანი ვერ ხელყოფს სახელმწიფოს უფლებას, გამოიყენოს ისეთი კანონი, რომელსაც ის აუცილებლად მიიჩნევს საერთო ინტერესების შესაბამისად საკუთრებით სარგებლობის კონტროლისათვის, ან გადასახადებისა თუ სხვა მოსაკრებლის ანდა ჯარიმების გადახდის უზრუნველსაყოფად.

ეს წესები ურთიერთდაკავშირებულია. მეორე და მესამე წესი ეხება საკუთრების შეუფერხებელი მოხმარების უფლებაში ჩარევის სპეციფიკურ შემთხვევებს და ამიტომ უნდა განიმარტოს პირველ წესში მოცემული ზოგადი პრინციპების ჭრილში.[61]

ევროპული სასამართლოს დიდმა პალატამ შემდეგნაირად შეაჯამა პირველი ოქმის პირველი მუხლით უზრუნველყოფილ საკუთრების დაცვის უფლებაში ჩარევის მართლზომიერების შეფასების კრიტერიუმები. ჩარევა უნდა იყოს კანონის შესაბამისად და ისახავდეს ლეგიტიმურ მიზანს, იმ საშუალებებით, რომლებიც დასახული მიზნის მისაღწევად გონივრულად თანაზომიერია.[62]

კანონიერების მოთხოვნა გულისხმობს ხელმისაწვდომი, ნათელი, წინასწარგანჭვრეტადი საკანონმდებლო საფუძვლის არსებობას, რომელიც ითვალისწინებს საპროცესო გარანტიებს და შესაბამისობაშია სამართლის უზენაესობის პრინციპთან.[63] ევროპული სასამართლო უფლებაში ჩარევის კანონიერ საფუძველს ანალოგიურად განმარტავს თავისუფლების უფლების შეზღუდვის კონტექსტში[64] და კვალიფიციურ უფლებებში ჩარევის კონტექსტშიც.[65]

საკუთრების დაცვის, ისევე როგორც კონვენციით გარანტირებული ყველა სხვა უფლებასა და თავისუფლებაში ჩარევა უნდა ემსახურებოდეს ლეგიტიმური მიზანს.[66] „სამართლიანი წონასწორობის“ პრინციპი, რომელიც ორგანულადაა ინკორპორირებული პირველი ოქმის პირველ მუხლში, თავისთავად

---

[61] ფონდი კარიბუ ნორვეგიის წინააღმდეგ (*The Karibu Foundation v. Norway*), განაცხადი №. 2317/20, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2022 წლის 10 ნოემბრის გადაწყვეტილების პუნქტი 72.

[62] ბეიელერი იტალიის წინააღმდეგ (*Beyeler v. Italy*), განაცხადი no. 33202/96, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დიდი პალატის 2000 წლის 5 იანვრის გადაწყვეტილების პუნქტები 108-114.

[63] პალკა და სხვები ჩეხეთის რესპუბლიკის წინააღმდეგ (*Pálka and Others v. the Czech Republic*), განაცხადი № 30262/13, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2022 წლის 24 მარტის გადაწყვეტილების პუნქტი 54.

[64] გილანოვი მოლდოვას წინააღმდეგ (*Gilanov v. Moldova*), განაცხადი №. 44719/10, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2022 წლის 13 სექტემბრის გადაწყვეტილების პუნქტი 49.

[65] იუშჩიშინი პოლონეთის წინააღმდეგ (*Juszczyszyn v. Poland*), განაცხადი no. 35599/20, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2022 წლის 6 ოქტომბრის გადაწყვეტილების პუნქტი 262.

[66] შპს კონივ-ტარი უნგრეთის წინააღმდეგ (Könyv-TárKft and Others v. Hungary), განაცხადი №21623/13, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2018 წლის 16 ოქტომბრის გადაწყვეტილების პუნქტი 45.

გულისხმობს საზოგადოების საერთო ინტერესის არსებობას.[67] მეორე წესის თანახმად, ლეგიტიმური მიზანი უნდა იყოს საზოგადოებრივ ინტერესში. მესამე წესის თანახმად, საკუთრების კონტროლი უნდა მოხდეს საერთო ინტერესების შესაბამისად.

3.4.1. ზოგადი წესი

საკუთრების უფლების დაცვის წესის თვალსაზრისით, აღსანიშნავია საქმე პაპასტავრუ და სხვები საბერძნეთის წინააღმდეგ.[68] 1934 წლის მინისტრის ბრძანების საფუძველზე, მიწის ნაკვეთზე, რომელზეც განმცხადებლებსა და სახელმწიფოს შორის დავა იყო, ხელახლა ტყის გაშენება დაიწყო. ეს გადაწყვეტილება გასაჩივრებას არ ექვემდებარებოდა. 1994 წელს, ათენის პრეფექტის გადაწყვეტილებით, მიწის ნაკვეთზე ტყის გაშენება კვლავ გაგრძელდა. განმცხადებლებმა წარუმატებლად გაასაჩივრეს ეს გადაწყვეტილება ეროვნულ დონეზე. ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში მათ მიწის ნაკვეთების *de facto* ჩამორთმევაზე იდავეს.

ევროპულმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ შეიძლებოდა განმცხადებლების განხილვა სამართალწარმოების მიზნებისთვის, მიწის ნაკვეთის მესაკუთრეებად. ევროპულმა სასამართლომ მხედველობაში მიიღო განმცხადებლების მიერ ეროვნულ დონეზე წარდგენილი დოკუმენტაცია და დაადგინა, რომ განმცხადებლების საკუთრების უფლება სადავო ზონაში შემავალ მიწის ნაკვეთებზე დადასტურებული იყო.

აგრეთვე განმცხადებლებმა ევროპულ სასამართლოს წარუდგინეს ეროვნული სასამართლოს გადაწყვეტილებები, რომ სადავო ზონაში შემავალი მთელი რიგი ნაკვეთები არასოდეს ყოფილა ტყე. ამასთან დაკავშირებით, სახელმწიფო დავობდა, რომ ზონაში შემავალ ნაკვეთებს ტყის აღნაგობა ჰქონდა. სახელმწიფოს არგუმენტი იყო აგრეთვე ის, რომ ნაკვეთებით ყველანაირი სარგებლობა არ იკრძალებოდა. მხოლოდ იკრძალებოდა ნაკვეთებით იმდაგვარი სარგებლობა, რომელიც ტყის ხელახალ გაშენებასთან იქნებოდა შეუსაბამო და თავად ნაკვეთების ნიადაგის სტრუქტურასთან. განმცხადებლების არგუმენტით, ტყის ხელახალი გაშენება გადამეტებულ ტვირთს აკისრებდა მესაკუთრეებს.

შესაბამისად, ევროპულ სასამართლოში მიწის ნაკვეთების ნიადაგის სტრუქტურასთან დაკავშირებით წინააღმდეგობრივი მტკიცებულებები იყო წარდგენილი. თუმცა, ევროპული სასამართლოს გადასაწყვეტი ეს ტექნიკური საკითხი არ იყო. ევროპული სასამართლოსთვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა ჰქონდა იმ გარემოებს, რომ 1934 წლის შემდეგ ტყის ხელახალი გაშენების საკითხი არ გადასინჯულა. ამით მრავალი კეთილსინდისიერი მესაკუთრის უფლება ირღვეოდა. ამასთან, ეროვნულ დონეზე კომპენსაცია არ იყო ხელმისაწვდომი.

[67] ბელა ნემეთი უნგრეთის წინააღმდეგ (***Béla Németh v. Hungary***), განაცხადი №73303/14, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2020 წლის 17 დეკემბრის გადაწყვეტილების პუნქტი 32.

[68] პაპასტავრუ და სხვები საბერძნეთის წინააღმდეგ (***Papastavrou and Others v. Greece***), განაცხადი №46372/99, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2003 წლის 10 აპრილის გადაწყვეტილება.

ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში განმცხადებლები ითხოვდნენ 2,522,410 ევროს მატერიალური ზიანის ნაწილში. ეს თანხა სამოქალაქო ინჟინრის მიერ მომიჯნავე მიწის ნაკვეთების საბაზრო ღირებულების მიხედვით ჩატარებულ შეფასებას ეფუძნებოდა. ევროპულმა სასამართლომ ერთი წლის შემდეგ გადაწყვიტა სამართლიანი დაკმაყოფილების საკითხი და განმცხადებლებმა მიიღეს 250 000 ევრო. სასამართლოს არგუმენტი კომპენსაციის თანხის შემცირებაზე იყო შემდეგი. რეალურად, განმცხადებლებს არ ჩამორთმევიათ მიწის ნაკვეთები, მათ შეეზღუდათ მიწის ნაკვეთებით გარკვეულწილად სარგებლობა. თუმცა ხელისუფლებას სათანადოდ არ ჰქონდა განხილული ეროვნულ დონეზე მათი მტკიცება, რომ მიწის ნაკვეთები ტყედ ვერ განიხილებოდა, რომ მიწის ნაკვეთები არასოდეს ყოფილა ტყე და ნიადაგის სტრუქტურასთან დაკავშირებული მტკიცებულებები ეროვნულ სასამართლოს არ ჰქონდა შეფასებული, რის გამოც განმცხადებლებს არ შეეძლოთ ეროვნულ დონეზე მიეღოთ კომპენსაცია. იმავდროულად 2004 წლის ოლიმპიადისთვის ჩამორთმეული მიწის ნაკვეთებისთვის კომპენსაციები სახელმწიფოს მიერ გადახდილი იყო.

3.4.2. საკუთრების ჩამორთმევა

საქმე სვიტლანა ილჩენკო უკრაინის წინააღმდეგ[69] სახელმწიფო საკუთრებაში არსებულ მიწაზე მდებარე კერძო ავტოფარეხის დანგრევას შეეხება.

განმცხადებელი 1980 წლიდან იყენებდა ავტოფარეხს, რომელიც მისი სახლის ეზოში მდებარეობდა. 1995 წელს, ავტოფარეხი დარეგისტრირდა მის კერძო საკუთრებად. 2003 წელს მუნიციპალიტეტმა მიიღო გადაწყვეტილება, რომ მიწაზე, სადაც ავტოფარეხი იყო განთავსებული, კერძო დეველოპერი ახალი საბინაო კომპლექსს ააშენებდა. მუნიციპალიტეტმა განმცხადებელს შესთავაზა ფულადი კომპენსაცია. თუმცა, მან ვერ შეძლო შემოთავაზების შესახებ მოლაპარაკებებში მონაწილეობის მიღება. ავტოფარეხი დაანგრიეს მას შემდეგ, რაც ეროვნულმა სასამართლოებმა დაადგინეს, რომ განმცხადებელს არ ჰქონდა მოპოვებული მიწის ნაკვეთით სარგებლობის უფლება, რომელზეც ავტოფარეხი მდებარეობდა.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განმცხადებლის შემთხვევა, რომელიც საკუთრების ჩამორთმევად დააკვალიფიცირა, შემდეგი სიტუაციებისგან განასხვავა:

- საქმეები, რომლებიც შეეხება უკანონოდ აშენებული შენობა-ნაგებობის დანგრევას. მოცემულ საქმეზე, განმცხადებელს ჰქონდა ავტოფარეხზე საკუთრების უფლება რეგისტრირებული და ეს უფლება არ ყოფილა ბათილად ცნობილი და არც ეჭვქვეშ არასოდეს დაყენებულა ოცი წლის განმავლობაში;
- საქმეები, სადაც ყოველი გადაწყვეტილება, რომელიც ნებას რთავდა უფლებების ქონას სახლზე, ითვალისწინებდა, რომ ეს იყო დროები-

[69] სვიტლანა ილჩენკო უკრაინის წინააღმდეგ (*Svitlana Ilchenko v. Ukraine*), განაცხადი №47166/09, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2019 წლის 4 ივლისის გადაწყვეტილება.

თი მდგომარეობა, რომელიც ექვემდებარებოდა გაუქმებას ნებისმიერ დროს, კომპენსაციის გარეშე (*Depalle v. France* [GC], 34044/02, 29 მარტი, 2010).

ის, რომ მოპასუხე სახელმწიფო ამტკიცებდა, რომ განმცხადებლის მიერ მიწით სარგებლობა ნებართვის გარეშე ხდებოდა, განმცხადებლის მიერ კანონის დარღვევის კი არა, უკრაინული სამართლის განვითარების შედეგი იყო. უკრაინის სამართალი საბჭოთა სამართლიდან, რომელიც კერძო საკუთრებას არ აღიარებდა, გადავიდა სისტემაზე, რომელიც საკუთრების სამართალს ეფუძნებოდა. მოცემულ შემთხვევაში, „საჯარო ინტერესის“ საკითხი განუყოფლად იყო დაკავშირებული თანაზომიერების საკითხთან; ამიტომ ორივე საკითხი ევროპულმა სასამართლომ ერთად შეამოწმა.

მართალია, სახელმწიფოს მიხედულების ფარგლები ქალაქის დაგეგმარების სფეროში მაღალია, მოცემულ საქმეზე მოპასუხე სახელმწიფოს არ მიუთითებია, კონკრეტულად რომელი პოლიტიკის მოსაზრებებით იყო მხარდაჭერილი საბინაო პროექტი მუნიციპალიტეტის მიერ.

ამ კონტექსტში, მიუხედავად იმისა, შეიძლება ჩაითვალოს თუ არა, რომ ჩარევა საჯარო ინტერესებს ემსახურებოდა, ნებისმიერი ასეთი საჯარო ინტერესი არ იყო საკმარისად მნიშვნელოვანი, რომ გაამართლოს ქონების კომპენსაციის გარეშე ჩამორთმევა. კერძოდ, არაფერი მიუთითებდა, რომ ხელისუფლების გადაწყვეტილებებს განაპირობებდა ისეთი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი ინტერესები, როგორიცაა გარემოს დაცვა, უკანონო მშენებლობის ასაკრძალად სამართლის უზენაესობის დაცვის აუცილებლობა ანდა სოციალური სამართლიანობის ინტერესები.

იმის გამო, რომ განმცხადებელი განიხილებოდა, როგორც პირი, რომელმაც თვითნებურად დაიკავა შენობა, მას არა მხოლოდ არ ჰქონდა რაიმე კომპენსაციის მიღების უფლება, არამედ, პირიქით, იყო ვალდებული აენაზღაურებინა მუნიციპალიტეტისთვის ავტოფარეხის დანგრევის დროს გაწეული ხარჯები. მისი მდგომარეობის სპეციფიკა არ იყო გათვალისწინებული.

მნიშვნელობა არ ჰქონდა იმ გარემოებას, რომ განმცხადებელმა ვერ შეასრულა მუნიციპალიტეტის შეთავაზება კომპენსაციის შესახებ მოლაპარაკების შესახებ. მართლაც, იმის გათვალისწინებით, თუ როგორ განმარტეს და გამოიყენეს შიდა სასამართლოებმა შიდა კანონმდებლობა, კომპენსაციის ნებისმიერი შეთავაზება შეიძლებოდა ყოფილიყო მხოლოდ ex gratia. ერთადერთი გზა, რომ განმცხადებელს მიეღო რაიმე კანონიერად გარანტირებული კომპენსაცია, იქნებოდა იმის დადგენა, რომ მას ჰქონდა უფლება მიწაზე, რის მიღწევასაც ის ცდილობდა შიდა სასამართლოების მეშვეობით.

მით უმეტეს, არ არსებობდა არანაირი საპროცესო ბაზა, რომელიც დაარეგულირებდა ასეთი მოლაპარაკებების წარმოებას და რომლის მეშვეობითაც განმცხადებელი შეძლებდა ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღებას. შესაბამისად, განმცხადებლის უარი, რომ მონაწილეობა მიეღო მუნიციპალიტეტის მიერ შეთავაზებულ მოლაპარაკებებში, არ უნდა მიჩნეულიყო, როგორც საკუთარ უფლებებზე უარის თქმა. მართლაც, კომპენსაცია არ იყო გათვალისწი-

ნებული არც კანონით და არც არანაირი სამართალწარმოება არ არსებობდა, რომლითაც პირი გარანტიებით ისარგებლებდა. ასეთ პირობებში, განმცხადებლის უარი, მონაწილეობა მიეღო მუნიციპალიტეტის მოლაპარაკებებში არ იყო საკმარისი განმცხადებლის უფლებების დარღვევის დასადგენად. განმცხადებელს უარი ეთქვა კომპენსაციაზე.

ფაქტობრივად, მოცემულ შემთხვევაში საბინაო პროექტი კომერციული მოგების მიღებას ისახავდა მიზნად. ამაზე გავლენას არ ახდენდა ის ფაქტი, რომ ხელისუფლების შეფასებით, პროექტი ასევე მიზნად ისახავდა საჯარო ინტერესებს, რადგან მან ხელი შეუწყო არსებული საბინაო მარაგის გაზრდას და განახლებას. შესაბამისად, მხოლოდ კომპენსაციას შეეძლო დაეკმაყოფილებინა კონვენციის პირველი ოქმის პირველი მუხლის მოთხოვნები. ეს კომპენსაცია უნდა ყოფილიყო განსაზღვრული სამართალწარმოების შედეგად, რომელიც ქონების ჩამორთმევის შედეგების საერთო შეფასებას უზრუნველყოფდა ისე, რომ ამ დროს მხედველობაში იქნებოდა მიღებული ქონების საბაზრო ღირებულება.

ასეთი კომპენსაცია და შესაბამისი გარანტიები განმცხადებლისთვის შეთავაზებული არ იქნა. შესაბამისად, ერთხმად დადგინდა პირველი ოქმის პირველი მუხლის დარღვევა და სახელმწიფოს დაეკისრა ვალდებულება, განმცხადებლისთვის აენაზღაურებინა მორალური და მატერიალური ზიანი 8 000 ევროს ოდენობით.

3.4.3. საკუთრების კონტროლი

საქმეზე ზელენჩუკი და ციციურა უკრაინის წინააღმდეგ,[70] ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ მიწის გასხვისებაზე ბლანკეტური აკრძალვის კონვენციასთან შესაბამისობაზე იმსჯელა.

1990-იან წლებში, მიწის რეფორმის პროცესში, ყოფილი საბჭოთა კოლექტიური და სახელმწიფო მეურნეობები დაიშალა და მეურნეობების წევრებმა მოიპოვეს მიწაზე უფლება კონკრეტული მეურნეობის მთლიანი მიწის მასის წილების სახით. ეს წილები გამოხატული იყო მიწის ნაკვეთის ჰექტარის რაოდენობით ისე, რომ განსაზღვრული არ იყო მიწის ნაკვეთის ფიზიკური მდებარეობა თუ მისი საზღვრები.

მოგვიანებით, 2000 წლებიდან მოყოლებული, წილები კონვერტირებული იქნა მიწის ნაკვეთებად და კონკრეტულ მიწის ნაკვეთზე საკუთრების დამადასტურებელი მოწმობა გაიცემოდა. 2001 წელს, შემოღებული იქნა აკრძალვა, ცნობილი „მიწის მორატორიუმის“ სახელწოდებით. კერძოდ, იკრძალებოდა სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის გასხვისება ნებისმიერი ფორმით, გარდა მემკვიდრეობით გადაცემისა, გაცვლისა და სახელმწიფო მოხმარებისთვის ექსპრორიაციისა. ეს აკრძალვა შემოღებული იქნა კანონმდებლობის მიღების პროცესში, რომლითაც მიწის ბაზარი უნდა შექმნილიყო. თავიდან

[70] ზელენჩუკი და ციციურა უკრაინის წინააღმდეგ (*Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*), განაცხადები nos. 846/16 და 1075/16, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2018 წლის 22 მაისის გადაწყვეტილება.

აკრძალვა ძალაში იყო 2005 წლამდე, მაგრამ მისი ვადა რამდენჯერმე გაგრძელდა ვადა და ევროპული სასამართლოს მიერ საქმის განხილვის დროისთვის კვლავაც ძალაში იყო. სასოფლო-სამეურნეო მიწის დანიშნულების შეცვლა ასევე იკრძალებოდა.

განმცხადებლებმა მემკვიდრეობით მიიღეს სასოფლო-სამეურნეო მიწის წილები 2000 და 2004 წლებში, ხოლო საკუთრების მოწმობები კონკრეტულ ნაკვეთებზე 2007 და 2008 წლებში გადაეცათ. ორივე ნაკვეთი, ზემოაღნიშნული აკრძალვის პირობებში, გაქირავებული ჰქონდათ კომპანიებზე.

ევროპული სასამართლოს შეფასებით, სადავო საკანონმდებლო რეგლამენტაცია განმცხადებლების საკუთრებაში ჩარევას შეადგენდა და ქონებით სარგებლობის კონტროლს უტოლდებოდა. მორატორიუმს და მისი მოქმედების ვადის გაგრძელებას საფუძველი ჰქონდა შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობაში და მიზნად ისახავდა სოფლის მოსახლეობის გაღატაკების თავიდან აცილებას, მიწის გადაჭარბებულ კონცენტრაციას მდიდარი პირების ან მტრული ძალების ხელში და აგრეთვე იმის უზრუნველყოფას, რომ სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწა დამუშავებული ყოფილიყო. ხელისუფლების გადაწყვეტილება, რომ მიწის გასხვისებაზე მორატორიუმის შენარჩუნება ამ მიზნებს ემსახურებოდა, „აშკარად გონივრული საფუძველს“ არ იყო მოკლებული.

სასამართლოს ფუნქცია არ არის იმის პრინციპული შეფასება, სახელმწიფომ, რომელმაც გადაწყვიტა მანამდე სახელმწიფო საკუთრებაში არსებული მიწის კერძო საკუთრებაში გადაცემა, უნდა დართოს თუ არა ახალ მესაკუთრეებს მისი გასხვისება და რა პირობებით. სუბსიდიარობის პრინციპის გათვალისწინებით, ასეთ შემთხვევაში, ევროპულ სასამართლოს შეუძლია, შეაფასოს მდგომარეობა, რომელიც გავლენას ახდენს განმცხადებლებზე მიწის ბაზრის შექმნის მიზნის გათვალისწინებით, რომელსაც მოპასუხე სახელმწიფო ყოველთვის ასახელებდა, როგორც შეზღუდვის მიზანს. ევროპულმა სასამართლომ შეფასებისთვის შემდეგი ფაქტორები მიიჩნია რელევანტურად.

(ა) საკანონმდებლო ბუნდოვანება. მორატორიუმის შემოღებისა და შენარჩუნების მიზნები, მორატორიუმის ფარგლები და საბოლოო ვადა, დროთა განმავლობაში იცვლებოდა. მორატორიუმთან დაკავშირებული თითქმის ყველა ცვლილება, მისი თავდაპირველი შემოღების შემდეგ, ფაქტობრივად, მიზნად ისახავდა შეზღუდვების გამკაცრებას და არა თანდათანობით შემსუბუქებას. მორატორიუმი *de facto* გახდა განუსაზღვრელი, ხოლო მისი გაუქმების პირობები – ბუნდოვანი. ამ ცვლილების მიზეზი არ იყო გაცხადებული ხელისუფლების მიერ და წინააღმდეგობაში მოდიოდა მიწის ბაზრის ეტაპობრივად შემოღების შესახებ მიზანთან, რაც თავდაპირველად იყო ხელისუფლების მიერ გაცხადებული.

(ბ) მორატორიუმის შემოღებისა და შენარჩუნების მიზეზები. არ იყო დასახელებული კონკრეტული მიზეზები იმის შესახებ, თუ რატომ მიიჩნია ხელისუფლებამ მიწის გასხვისების დროებითი აკრძალვა დასახული სოციალური და ეკონომიკური მიზნების მიღწევის ერთადერთ შესაფერის ღონისძიებად. ევროპული სასამართლო ვერ დარწმუნდა, რომ უკრანის ხელისუფლებამ სიღრმისე-

ულად განიხილა ამ მიზნების მიღწევის სხვა საშუალებები ან შეაფასა სრული აკრძალვის თანაზომიერება. უფრო მეტიც, მორატორიუმის გახანგრძლივების შემდეგ, არ იყო მოყვანილი რაიმე მიზეზი, თუ რატომ არ იყო მიღებული კანონმდებლობა და რატომ არ იყო განხილული ნაკლებად შემზღუდავი ალტერნატივების შემოღება. ის, რომ ასეთი ალტერნატივები არსებობდა, არაერთხელ აღინიშნა მოპასუხე სახელმწიფოს მიერ.

სოფლის მოსახლეობისა და ფერმერების გაღატაკების თავიდან აცილების მიზანი არ იყო რელევანტური განმცხადებლების მსგავსი მესაკუთრეებისთვის, რომლებიც ცხოვრობდნენ ქალაქში და არ იყვნენ დაკავაბულნი სოფლის მეურნეობით. კანონმდებელმა აღიარა, რომ გასხვისების აბსოლუტური აკრძალვა ამ მიზნის მისაღწევად აუცილებელი არ იყო. ბლანკეტური აკრძალვა ემსახურებოდა დროის მოგებას კანონმდებლობის შემუშავებისთვის, რომელიც აუცილებელი იყო სათანადოდ რეგულირებული მიწის ბაზრის შესაქმნელად. რაც შეეხება საკუთრებაში მიწის გადაჭარბებული კონცენტრაციის თავიდან აცილებას და აგრეთვე იმის პრევენციას, რომ სასოფლო-სამეურნეო მიწა დაუმუშავებელი დარჩებოდა, შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა უკვე შეიცავდა დებულებებს, რომლებიც მიზნად ისახავდა ამ შედეგის მიღწევას.

ევროპული სასამართლოსთვის მნიშვნელოვანი გარემოება იყო ისიც, რომ ევროპის საბჭოს არცერთი სხვა წევრი სახელმწიფო, მათ შორის არც ის სახელმწიფოები, რომლებმაც სახელმწიფოს მიერ კონტროლირებადი საკუთრებიდან საბაზრო ეკონომიკაზე გადასვლის გარდამავალი პერიოდი გაიარა და მიწის რეფორმა განახორციელა, სასოფლო-სამეურნეო მიწის გასხვისებაზე აბსოლუტურ შეზღუდვებს არ ითვალისწინებდა.

(გ) განმცხადებლებზე დაკისრებული ტვირთი. ორივე განმცხადებელმა მიწაზე უფლება მოიპოვა მიწის რეფორმის შედეგად, რომელიც არ იყო დასრულებული იმ დროისთვის, როცა ისინი მიწის მესაკუთრეები გახდნენ. მიწა იყო მემკვიდრეობით მიღებული და არა კომერციული გარიგებით შეძენილი. იმის გათვალისწინებით, თუ რა იყო რეფორმის გაცხადებული მიზანი – სასოფლო-სამეურნეო მიწების ბაზრის შემოღება – განმცხადებლები ვერ განჭვრეტდნენ, რომ აბსოლუტური აკრძალვა განუსაზღვრელი ვადით გაგრძელდებოდა. აქედან გამომდინარე, ევროპულმა სასამართლომ დაასკვნა, რომ განმცხადებლები ვერ განჭვრეტდნენ, რომ მიიღეს ვალდებულებით დატვირთული ქონება, რომელიც დარჩებოდა ასე დატვირთული, თუ საბოლოო ჯამში, ცვლილებები არ განხორციელდებოდა.

რაც შეეხება განმცხადებლებზე დაკისრებული ტვირთის ფინანსურ ასპექტს, განმცხადებლებს თავისუფლად შეეძლოთ გაექირავებინათ მიწა საბაზრო ფასად და მოპასუხე სახელმწიფო მფლობელებისთვის სარგებლის უზრუნველყოფას მინიმალური ქირის დაწესებით ცდილობდა. იმავდროულად, განმცხადებლების მიწა იყო გაქირავებული კომერციულ საწარმოებზე და ხელისუფლებამ ვერ დაადასტურა, რომ მორატორიუმი მოსახლეობის დაუცველი კატეგორიების დაცვას ემსახურებოდა. გარდა ამისა, განმცხადებლებ-

მა მიწა შეიძინეს მემკვიდრეობის გზით და ეს არ ყოფილა მათი უსაფუძვლო გამდიდრება.

სასამართლომ ასევე განიხილა შეზღუდვების მოქმედების ხანგრძლივობა, მათი მოქმედების ფართო სპექტრი და აბსოლუტური და მოუქნელი ხასიათი. შეზღუდვები გავლენას ახდენდა განმცხადებლებზე თორმეტ და ათ წელზე მეტი ხნის განმავლობაში, შესაბამისად, განმცხადებლებს არ შეეძლოთ მიწის გასხვისება თითქმის არც ერთი შესაძლო ფორმით და მისი გამოყენება სხვა მიზნებისთვის, გარდა სოფლის მეურნეობისა. არც შეზღუდვები არ ექვემდებარებოდა რაიმე ინდივიდუალურ განხილვას ან გამონაკლისს, რის შედეგადაც ღონისძიების თანაზომიერება არსებითად განიხილებოდა საკანონმდებლო თუ ინდივიდუალურ დონეზე.

დაბოლოს, მორატორიუმის განმეორებით გახანგრძლივებამ და შექმნილმა გაურკვევლობამ განმცხადებლებზე დაკისრებული ტვირთი კიდევ უფრო დაამძიმა. მათ მიერ საკუთრების უფლების ერთ-ერთი ძირითადი ელემენტის, საკუთრების განკარგვის უფლების რეალიზაცია დამოკიდებული გახდა ბუნდოვანი შინაარსის კანონმდებლობაზე, რომელიც არ იყო განჭვრეტადი, თუ როდის იქნებოდა მიღებული და არ იყო საკმარისად დასაბუთებული, თუ რატომ გაჭიანურდა მისი მიღება.

განმცხადებლების საკუთრების უფლება, პრაქტიკულად არასტაბილური და გაუქმებული იყო. მთლიანობაში, განმცხადებლებს ხელისუფლების მიერ საკუთარი ვალდებულების და ვადების დარღვევით გამოწვეული ტვირთი დაეკისრათ. ეს ტვირთი გადამეტებული იყო იქიდან გამომდინარე, რომ ხელისუფლებას სუსტი არგუმენტები ჰქონდა, თუ რატომ არჩია ნაკლებად შემზღუდავ ჩარევას ყველაზე მკაცრი ალტერნატივა. სამართლიანი წონასწორობა საზოგადოების საერთო ინტერესებსა და განმცხადებლების საკუთრების უფლებას შორის არ იყო მიღწეული. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ერთხმად დაასკვნა საკუთრების უფლების დარღვევა.

დასკვნა

წინამდებარე სტატიაში განხილული იქნა სამოქალაქო, საკონსტიტუციო და საერთაშორისო სამართალწარმოების ფარგლებში საკუთრების დაცვა.

საკუთრების უფლებას შიდასახელმწიფოებრივ და საერთაშორისოსამართლებრივ დონეზე განვითარების განსხვავებული ისტორია აქვს, რაც ამ უფლების შესაბამისი სამართალწარმოების ფარგლებში დაცვის განსხვავებულ სპეციფიკას განაპირობებს. სტატიაში განხილული თეორიული სტანდარტები და ეროვნული და საერთაშორისო სასამართლოების მიერ განვითარებული პრაქტიკის მიმოხილვა შეიძლება საინტერესო იყოს თეორეტიკოსი იურისტებისთვის და სასარგებლო პრაქტიკოსი იურისტებისთვის, ეროვნულ თუ საერთაშორისო დონეზე საკუთრების დასაცავად სამართლებრივი არგუმენტების შემუშავებისა და წარდგენის თვალსაზრისით.

Alexander Trunk*

RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE ZU FRAGEN DES INSOLVENZRECHTS**

Insolvenzverfahren berühren in vielfacher Hinsicht die Grund- und Menschenrechte der Insolvenzbeteiligten[1]. Durch die Einleitung (oder Eröffnung[2]) eines Insolvenzverfahrens werden typischerweise Rechte der Gläubiger zur Durchsetzung ihrer Forderungen gegen den Insolvenzschuldner beschränkt. Dem Insolvenzschuldner wird meist die Befugnis zur freien Verfügung über sein Vermögen entzogen und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen wird in der Regel einem gerichtlich bestellten Verwalter übertragen. Auch die Rechtsstellung anderer Personen, z.B. von Drittschuldnern oder von Gesellschaftern einer insolventen Gesellschaft, kann durch Insolvenzverfahren betroffen werden. Als Verfahren unter gerichtlicher Aufsicht müssen Insolvenzverfahren auch den allgemeinen rechtsstaatlichen Standards von Gerichtsverfahren entsprechen, die ihrerseits mit den Grund- und Menschenrechten der Insolvenzbeteiligten verknüpft sind.

Es ist daher nicht überrraschend, dass sich auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) bereits vielfach mit Insolvenzverfahren und deren Wirkungen zu befassen hatte[3]. Ziel dieses Beitrages ist es, die Rechtsprechung des

* Prof. Prof. h.c. Dr. Dr. h.c., Dr. h.c. der Ivane Javakhishvili Staatlichen Universität Tbilisi, Direktor des Instituts für Osteuropäisches Recht der Christian-Albrecht Universität zu Kiel.

** Mit dem Beitrag möchte ich meinem Freund Lado Chanturia herzlichst zu seinem Geburtstag gratulieren. Der Beitrag nimmt Bezug auf die aktuelle Tätigkeit von Lado Chanturia, schließt aber auch eine akademisch-rechtsvergleichende Dimension ein, die sein Werk generell kennzeichnet.

1 S. dazu beispielsweise *Stefan Werres*, Grundrechtsschutz in der Insolvenz (2007). Auch in Entscheidungen des EGMR wird hierauf verschiedentlich hingewiesen, s. etwa im Urteil *Katona* u. *Závarský* (2023) Rz.50 (Stellungnahme einer Regierung) und 59.

2 Als „Eröffnung" (eines Insolvenzverfahrens) wird in der deutschen Konzeptualisierung des Insolvenzrechts (und ihr folgend auch im EU-Recht) die Herbeiführung der „vollen" (prozessualen und materiellen) Rechtswirkungen eines Insolvenzverfahrens bezeichnet, nach einer vorausgehenden Eingangsprüfung („Eröffnungsverfahren") und durch idR gerichtliche Entscheidung, s. etwa Art.2 Ziff.1, Art.3 Abs.1 und Art.19 Europäische Insolvenzverordnung 2015, zugänglich unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32015R0848 (abgefragt am 22.5.2023).

3 Die Datenbank des EGMR „HUDOC" weist beispielsweise bei dem Suchstichwort „bankruptcy" über 400 Entscheidungen nach. Auch wenn man Doppelnennungen (z.B. für Übersetzungen einzelner Entscheidungen in zusätzliche Sprachen) abzieht, blieben immer noch über 300 Entscheidungen übrig. Eine Suche unter den Stichworten „insolvency" oder „faillite" oder „Konkurs" liefert weitere Ergebnisse, die z.T. in den anderen Suchergebnislisten nicht enthalten sind. Eine vollständige Auswertung aller dokumentierten Entscheidungen würde die Grenzen dieses Beitrags überschreiten. Der Beitrag fokussiert sich in erster Linie auf Entscheidungen, die bei der Recherche nach Relevanz an vorderer Stelle angezeigt werden, ergänzt durch weitere speziellere Recherchen.

EGMR zu Fragen des Insolvenzrechts aus insolvenzrechtlicher Perspektive zu systematisieren und einige Kernaspekte der Rechtsprechung des EGMR zu diesem Themenkreis genauer zu betrachten. Es fällt auf, dass die Mehrzahl der Entscheidungen in Verfahren gegen Staaten des osteuropäischen Raums ergangen sind. Dies dürfte zum einen darauf zurückzuführen sein, dass in Osteuropa mit dem politisch-wirtschaftlichen Systemwechsel der 1990er Jahre auch das Insolvenzrecht neu erstanden ist und diverse Anwendungsfragen aufwirft. Zum anderen spiegeln sich in den Entscheidungen zum Insolvenzrecht häufig auch allgemeine Probleme der Justizsysteme im Transformationsprozess. Daher läßt sich dieser Beitrag auch als vergleichende Untersuchung über osteuropäisches Recht lesen, ein Thema, dem Lado Chanturia wissenschaftlich besonders verbunden ist[4].

A. Zur Systematik des Insolvenzrechts im Kontext der Rechtsprechung des EGMR

Üblicherweise wird die Rechtsprechung des EGMR insbesondere nach jeweils betroffenen Menschenrechtsgewährleistungen klassifiziert. Der Gerichtshof hat darüber hinaus eine Reihe von Themenbereichen als erleichtert nachsuchbar definiert[5]. Das Insolvenzrecht als solches ist dort nicht aufgeführt, muss also durch eigenständige Recherche erschlossen werden. Die nachfolgend aufgeführten bzw. zitierten Entscheidungen des EGMR wurden über HUDOC, die Datenbank des Gerichtshofs[6], ermittelt und sind dort nach den Parteinamen auffindbar. Auf eine Angabe der Hyperlinks zu den jeweiligen Entscheidungen wurde aus Gründen der Übersichtlichkeit in diesem Beitrag verzichtet.

Im internationalen Vergleich werden häufig Unternehmens- und Verbraucherinsolvenzen sowie, der englischen Rechtstradition und Gesetzgebung folgend, Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen („bankruptcy") und von Gesellschaften oder gleichgestellten Einheiten unterschieden. Eine Suche nach diesen Stichworten ergibt in HUDOC aber keine eindeutigen Ergebnisse, da der Ausdruck „insolvency (proceeding)" nicht allgemein Verwendung findet und der Begriff „bankruptcy" auch auf Rechtsordnungen angewandt wird, die terminologisch nicht zwischen Insolvenzverfahren über Individualpersonen und Gesellschafte unterscheiden.

Zur systematischen Ordnung der Rechtsprechung des EGMR in Fragen des Insolvenzrechts erscheint es daher sinnvoller, Unternehmens- und Privatinsolvenzen gemeinsam zu erfassen, aber nach verschiedenen Verfahrensstufen und wichtigen inhaltlichen Teilaspekten zu unterscheiden. Einige dieser Aspekte wirken sich auf das gesamte Insolvenzverfahren aus, z.B. die Frage einer zügigen Durchführung des Insolvenzverfahren und die Aufgabenwahrnehmung durch unabhängige Richter. Andere Teilaspek-

[4] S. etwa die große, von *Lado Chanturia* gemeinsam mit *Rolf Knieper* und *Hans-Joachim Schramm* verfasste vergleichende Publikation über „Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien" (2010).

[5] S. https://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC_Keywords_ENG.pdf (abgefragt am 22.5.2023).

[6] https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c= (abgefragt am 28.05.2023).

te sind thematisch begrenzt, behandeln als Gesamtheit aber das gesamte Spektrum des Insolvenzrechts, z.B. das Verbot von Einzelrechtsverfolgung durch Gläubiger gegen den Insolvenzschuldner, den Übergang der Verwaltungsbefugnis über die Insolvenzmasse auf einen Insolvenzverwalter, angemessene Informationen der Gläubiger über den Ablauf des Insolvenzverfahrens, Schutz des Insolvenzschuldners im Verfahren, Aspekte der Unternehmenssanierung in der Insolvenz, die Stellung dinglich gesicherter Gläubiger und generell die Befriedigungsrangordnung, schließlich die Thematik einer Restschuldbefreiung. Einige im Insolvenzrecht viel diskutierte Themen waren, soweit ersichtlich, noch nicht Gegenstand vertiefender Rechtsprechung des EGMR, z.B. die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf schwebende Verträge des Insolvenzschuldners oder Besonderheiten von Verbraucherinsolvenzen.

Je nach Kontext können die betreffenden Fragen aus der Perspektive von Gläubigern, des Insolvenzschuldners oder Dritter betrachtet werden. Im Kontext der Entscheidungen des EGMR ging es jeweils um die Perspektive einzelner Insolvenzbeteiligter, nicht um Gesamtbetrachtungen. Internationale Aspekte von Insolvenzverfahren wurden vom EGMR in einzelnen Entscheidungen berührt, aber die Fallgestaltungen waren eher randgelagert. Auch Besonderheiten von Insolvenzverfahren in speziellen Wirtschaftsbereichen, z.B. im Bankensektor, wurden in der Rechtsprechung des EGMR einige Male angesprochen. Sie sollen auch in der nachfolgenden Darstellung kurz Erwähnung finden.

Gerügt wurde in den insolvenzbezogenen Verfahren vor dem EGMR meist eine Verletzung von Art.1 1. Zusatzprotokoll (Eigentumsverletzung)[7] oder von Art.6 EMRK (fair trial-Gebot in zivilrechtlichen Verfahren)[8]. Einige Entscheidungen befassen sich auch mit Art.8 EMRK (Privatsphäre) im insolvenzrechtlichen Kontext oder mit dem Diskriminierungsverbot nach Art.14 EMRK. Eine Vielzahl von Entscheidungen betrifft strafrechtliche Verfahren mit insolvenzrechtlichen Bezügen (z.B. strafrechtliche Verfolgung von Konkursdelikten). Einzelheiten des Insolvenzrechts wurden in diesen Entscheidungen aber, soweit ersichtlich, nicht erörtert, so dass diese Entscheidungen hier außer Betracht gelassen werden können.

B. Allgemeine Aspekte des Insolvenzverfahrens

Regelungen des Insolvenzrechts sind meist auf spezielle Phasen des Insolvenzverfahrens bezogen oder unterscheiden sich in Liquidations- und Sanierungsverfahren. Einige Regelungen oder Aspekte haben hingegen übergreifenden Charakter, auch wenn sie für unterschiedliche Phasen des Insolvenzverfahrens im Detail unterschiedlich ausgestaltet sein können. Ein allgemeines rechtsstaatliches Gebot, das für alle Phasen des Insolvenzverfahrens gilt, ist insbesondere der Grundsatz des fairen Verfahrens

[7] Zu autonomen Auslegung des in Art.1 1.Zusatzprotokolls verwendeten Begriff der „possessions" (nicht nur Eigentum im rechtstechnischen Sinn), s. Urteil *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH* (1995).

[8] S. dazu etwa (allgemein) die Zusammenstellung bei. https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf.

(Art.6 EMRK) mit seinen verschiedenen, gerade auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelten Ausprägungen wie z.B. der Unabhängigkeit der Gerichte, dem Gebot eines zügigen Verfahrens, dem Gebot des fair ausgestalteten Zugangs zu Gericht u.a.[9] Auch bestimmte weitere Grundrechte, außer dem nahezu immmer betroffenen Grund- und Menschenrecht auf Schutz des Eigentums, können in allen Phasen des Insolvenzverfahren betroffen werden. Diese Grundsätze bzw. Rechtsgarantien können bereits durch bestimmte Ausgestaltungen der Gesetzgebung beeinträchtigt sein, sie können aber auch von Insolvenzorganen oder Gerichten in der Anwendungspraxis außer Betracht gelassen werden[10]. Die Mehrzahl der Entscheidungen des EGMR zu Fragen des Insolvenzrechts befasst sich mit einer – möglicherweise konventionswidrigen – Rechtsanwendungspraxis, verschiedentlich wurden aber auch insolvenzrechtliche Regelungen als solche beanstandet[11]

In zahlreichen Entscheidungen, auch im Kontext von Insolvenzverfahren, hat der Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt von Art.6 EMRK (häufig verbunden mit anderen Menschenrechtsgarantien) die Bedeutung zügiger und effizienter Insolvenzverfahren hervorgehoben[12]. Der Gesichtspunkt der Abwägung verschiedener Gewährleistungen, die gerade im Insolvenzrecht häufig Beteiligten mit unterschiedlichen Interessen zustehen, wird vom Gerichtshof regelmäßig als wesentlich hervorgehoben[13]. In mehreren Entscheidungen wurden, auch in Insolvenzverfahren bzw. damit verbundenen anderen Verfahren, Verstöße gegen die richterliche Unabhängigkeit beanstandet[14]. Mit dem Zugang zu Gericht im insolvenzrechtlichen Kontext hatte sich der Gerichtshof einige Male unter Kostengesichtspunkten zu befassen[15], sah in den bisherigen Fällen aber keinen Grund für eine Beanstandung.

Auch in Insolvenzverfahren können, in verschiedenen Verfahrensstadien, Persönlichkeitsrechte von Beteiligten betroffen werden. In einigen Entscheidungen befasste sich der Gerichtshof mit den Grenzen einer insolvenzrechtlichen Postsperre (Art. 8 EMRK)[16] und einer im Insolvenzrecht vorgesehenen Residenzpflicht des Insolvenzschuldners[17]. Die in Insolvenzverfahren vorgesehenen Publikationen (z.B. amtliche Bekanntmachun-

[9] S. hierzu https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf. (abgefragt am 28.5.2023).

[10] Beispiele hierfür sind etwa die Urteile *Kotov* (2010 und 2012), *Trykhlib* (2015) und viele andere.

[11] Beispiele sind die Urteile *Bäck* (2004), *Boyadzhieva* (2008) und *Katona* (2023).

[12] Z.B. in den Urteilen *Sukobljević* (2006), *Sychev* (2006), *Pop-Ilić* (2014) und *Trykhlib* (2015).

[13] S. z.B. die Urteile *Bäck* (2004) Rz.59 f. und *Katona* (2023) Rz.59 f.

[14] S. z.B. das Urteil *Gajewski* (2010) - Tätigkeit des gleichen Richters im Insolvenzverfahren und späteren Rechtsbehelfsverfahren; Verletzung bejaht); anders dagegen *Morel* (2000) (gleicher Richter in verschiedenen Stadien des Insolvenzverfahrens; keine Verletzung); zu einer Verletzung der justiziellen Unabhängigkeit durch institutionelle Korruption s. das Urteil *Cosmos Maritime* Trading and Shipping Agency v. Ukraine (2019) Rz.77-82.

[15] Z.B. Urteil *Granos Organicos* (2012) – (keine) Prozesskostenhilfe für den Insolvenzverwalter in insolvenzbezogenen Rechtsstreitigkeiten; keine Verletzung); Urteil *Urbanek* (2010) – hohe Kostenfestsetzung in insolvenzrechtlicher Feststellungsklage; keine Verletzung). S.a. das Urteil *Zavodnik* (2015) Rz.71 (Benachrichtigungen über Entscheidungen sind Teil der Gewährleistung des Zugangs zu Gericht).

[16] S. die Urteile *Foxley* (2000) und und *Narinen* (2004): Grenzen einer insolvenzrechtlichen Postsperre bzw. Einsichtnahme in Korrespondenzen des Insolvenzschuldners durch den Insolvenzverwalter.

[17] Urteil *Luordo* (2003).

gen im Internet oder daran anknüpfende private Datenbanken) waren zwar noch nicht unmittelbar Gegenstand von Entscheidungen des Gerichtshof[18], dieser hatte sich aber bereits mit funktionsähnlichen Veröffentlichungen durch Steuerbehörden oder Massenmedien zu befassen und entwickelte Abwägungsgrundsätze im Schnittbereich von Art.8 und 10 EMRK[19].

Der Prüfungsaufbau durch den EGMR in insolvenzrechtlichen Angelegenheiten richtet sich nach den jeweils einschlägigen Gewährleistungen. Im Rahmen von Art.1 1.Zusatzprotokoll prüft der Gerichtshof beispielsweise, ob überhaupt „possessions"[20] des Beschwerdeführers betroffen sind, ob diese durch gesetzliche Vorschriften oder deren Anwendung beeinträchtigt wurden und ob eine Rechtfertigung für solche Beeinträchtigungen vorliegt. In diesem Rahmen nimmt der Gerichtshof dann eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (proportionality) vor, die eine eingehende Würdigung z.B. der betreffenden insolvenzrechtlichen Vorschriften bzw. der Anwendungspraxis umfasst und eine Abwägung mit anderen konventionsrechtlichen Gewährleistungen einschließt[21].

Ein Sonderthema der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs, auch in insolvenzbezogenen Fällen, ist die Frage einer Haftung des beklagten Staates auf Schadensersatz. In einigen Fällen (z.B. bei Insolvenz von Staatsunternehmen unter qualifizierenden Umständen) bejahte der Gerichtshof eine Haftung des Staates[22], in Einzelfällen sogar für Fehlverhalten von Insolvenzverwaltern[23]. Im Regelfall tendiert der Gerichtshof aber zur Ablehnung einer konventionsrechtlichen Staatshaftung (z.B. mangels nachgewiesener Kausalität zwischen der Konventionsverletzung und dem Schaden) oder bemisst den Ersatzanspruch eher symbolisch.

C. Insolvenzeröffnungsverfahren

Insolvenzverfahren, gleichgültig ob sie vorrangig auf die Liquidation des Schuldnervermögens und Befriedigung der Gläubigerforderungen aus der Insolvenzmasse oder auf eine wirtschaftliche Sanierung des Insolvenzschuldners, insbesondere bei Unter-

[18] Allerdings wurden im Urteil Zavodnik (2015) insolvenzrechtliche Publikationen angesprochen (und grundsätzlich als im Interesse der Insolvenzbeteiligten liegend charakterisiert). In diesem Verfahren ging es aber nicht um Datenschutz des Insolvenzschuldners, sondern darum, ob einzelne Gläubiger über die allgemeinen Publikationen hinaus unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf individuelle Benachrichtigungen haben.

[19] S. die Urteile *L.B. v. Hungary* (2023) - Publikation von Angaben über die „größten Steuerschuldner" durch ungarische Steuerbehörden) –, sowie *Satakunnan Markkinapörssi* OY (2017) – Veröffentlichung von Angaben über Schuldner durch Massenmedien. Im insolvenzrechtlichen Kontext wäre insbesonder auch Art.1 1. Zusatzprotokoll mit einzubeziehen.

[20] Zur konventionsrechtlich autonomen Auslegung des Begriffs „possessions" (nicht nur Eigentum) s. etwa das Urteil *Gasus* (1995).

[21] Besonders klar z.B. jüngst das Urteil *Katona* (2023).

[22] So etwa in den Urteilen *Liseytsva* (2010) und *Kuzhelev* (2020).

[23] So das Urteil der 1. Sektion des EGMR im Verfahren *Kotov* (2010) aufgrund von Besonderheiten der Stellung des Insolvenzverwalters im anzuwendenden Insolvenzrecht (ohne Spezifik von Staatsuntenehmen), anders aber insoweit die Große Kammer in diesem Verfahren (2012).

nehmensinsolvenzen, gerichtet sind, führen typischerweise zu erheblichen Beschränkungen für die Rechtsstellung aller Insolvenzbeteiligten, des Insolvenzschuldners ebenso wie der Insolvenzgläubiger oder möglicherweise auch anderer Personen. Die vollen Wirkungen eines Insolvenzverfahrens treten nach dem Insolvenzrecht daher durchweg erst nach einer vorausgehenden Prüfung durch eine öffentliche Stelle, ein Insolvenzgericht oder gegebenenfalls auch eine Verwaltungsbehörde, ein. Damit ist bereits das sog. Eröffnungsverfahren, in dem das Insolvenzgericht prüft, ob ein Insolvenzverfahren mit vollen Wirkungen eingeleitet werden soll, grund- und menschenrechtsrelevant. Hinzu kommt, dass häufig auch schon in dieser Eröffnungsphase von Gesetzes wegen oder durch Anordnung des Insolvenzgerichts oder der Insolvenzbehörde bestimmte rechtsbeschränkende Wirkungen des Insolvenzverfahren eintreten können.

Mit Fragen des Eröffnungsverfahrens hatte sich der EGMR bislang nur selten zu befassen. In der Yukos-Entscheidung (2011) führte der Gerichtshof aus, dass eine rücksichtslose Beitreibung von Steuerforderungen, die zur Insolvenz des Schuldners führte, gegen die Eigentumsgarantie (des Insolvenzschuldners) nach Art.1 des 1. Zusatzprotokolls verstieß. In bankrechtlichen Insolvenzverfahren (Capital Bank AD, 2005 und Korporativna Targovska Banka, 2022) entschied der Gerichtshof, dass die Bindung des Insolvenzgerichts bei seiner Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den Entzug der bankrechtlichen Lizenz durch die Bankenaufsichtsbehörde, verbunden mit Beschränkungen der Bank bei der Geltendmachung ihrer Rechte im bankaufsichtlichen Verfahren, eine Verletzung sowohl von Art.1 des 1. Zusatzprotokolls als auch von Art.6 EMRK bedeute.

Im Verfahren Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB (2003) ging es um einen Sachverhalt im Überschneidungsbereich von Eröffnungsverfahren und Hauptverfahren – konkret, ob die Vergütung eines Insolvenzverwalters auch dann aus der Insolvenzmasse zu erstatten sei, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit Erfolg angefochten wurde. Der Gerichtshof sah darin unter den Umständen des Falls eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts des Insolvenzschuldners gem. Art.1 des 1. Zusatzprotokolls.

Über den Themenkreis angemessener Eröffnungsgründe (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder andere Eröffnungsgründe) hatte der Gerichtshof, soweit ersichtlich, außerhalb der Capital Bank-Entscheidung noch nicht zu befinden. Denkbar ist z.B., dass eine sehr restriktive Ausgestaltung der Eröffnungsgründe dem Eigentumsschutz der Gläubiger nicht entspräche, oder dass eine „zu leichte" Eröffnung sowohl dem Eigentumsschutz der Gläubiger als auch des Schuldners widersprechen könnte.

D. Wirkungen des eröffneten Insolvenzverfahrens

Die Wirkungen eines Insolvenzverfahren können sich, je nach ihrem Inhalt und der Perspektive der Insolvenzbeteiligten, als Beschränkungen der Rechte von Gläubigern, des

Insolvenzschuldners oder von Dritten darstellung. Insolvenzwirkungen, die im Schwerpunkt die Rechte von Gläubigern beschränken, sind Vollstreckungsbeschränkungen oder andere Beschränkungen individueller Rechtsverfolgung. Insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen bzw. Anfechtungsbefugnisse greifen in die Rechtsstellung von Anfechtungsgegnern ein, die im Einzelfall Insolvenzgläubiger oder andere Drittpersonen sein können. Umgekehrt könnten schwach ausgestattete Anfechtungsbefugnisse als Beeinträchtigung der Gläubigergesamtheit (vertreten durch den Insolvenzverwalter) betrachtet werden. „Materielle" Insolvenzwirkungen, z.B. eine Begründung besonderer Auflösungsrechte für schwebende Verträge des Insolvenzschuldners, Modifikationen dinglicher Rechte an Massegegenständen, Aufrechnungsbeschränkungen, Modifikationen der Verjährung u.ä. können ebenfalls unter Grund- und Menschenrechtsgesichtspunkten thematisiert werden und bedürfen ggf. einer Abwägung gegenläufiger Grundrechtspositionen[24].

I. Einzelrechtsverfolgung durch Gläubiger

Der Gerichtshof hatte sich mehrfach mit insolvenzbedingten Beschränkungen der Einzelrechtsverfolgung durch Gläubiger zu befassen. In den Verfahren Sychev (2006), Trykhlib (2015) und einer Reihe weiterer Verfahren (hauptsächlich gegen die Ukraine) ging es um langjährige Zwangsvollstreckungsbemühungen von Gläubigern gegen Schuldner, über deren Vermögen zu einem bestimmten Zeitpunkt Insolvenzverfahren mit Vollstreckungsstop eröffnet wurden. Der Gerichtshof ging davon aus, dass insolvenzrechtliche Vollstreckungssperren grundsätzlich mit der Eigentumsgarantie der Gläubiger nach Art.1 1.Zusatzprotokoll vereinbar sind, beanstandete aber Verfahrensmängel im Rahmen der Insolvenzverfahren bzw. in Vollstreckungsverfahren, die zu einer aus Sicht des Gerichtshofs unangemessenen Verzögerung der Vollstreckung geführt hatten. Das Vorliegen eines Insolvenzverfahrens mit grundsätzlich zulässigem Vollstreckungsstop schließt nach der Rechtsprechung des Gerichts eine Verletzung der Gläubigerrechte (neben Art.1 1.Zusatzprotokoll auch Art.6 EMRK) nicht aus, wenn das Insolvenzverfahren selbst nicht sachgerecht durchgeführt wird oder der Staat nicht angemessene Maßnahmen trifft, um eine zeitnahe Vollstreckung zu gewährleisten.

Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass der Gerichtshof auch insolvenzrechtliche Regeln über die Unzulässigkeit von Klagen einzelner Gläubiger gegen den Insolvenzschuldner während des Insolvenzverfahrens (dazu Sukobljevic, 2006) und Regeln über eine Unterbrechung schwebender Zivilprozesse des Insolvenzschuldners durch das Insolvenzverfahren im Prinzip akzeptiert, aber die Auswirkungen dieser Regeln einer Angemessenheitskontrolle unterzieht. Die Angemessenheitskontrolle schließt beispielweise ein, dass Insolvenzverwalter oder Insolvenzgerichte Gläubiger u.U. individuell auf die Möglichkeit der Anmeldung von Forderungen im Insolvenzverfahren oder andere für den Gläubiger wesentliche Verfahrensschritte hinzuweisen haben (Ismeta Basic, 2008 und Zavodnik, 2015).

[24] S. z.B. das Urteil Gasus „fair balance" und „proportionality"), ähnlich z.B. *Kotov* (2010 und 2012: fair balance zwischen Zielen des Insolvenzverfahrens und Rechtsschutz der Beteiligten).

II. Schwebende Verträge

Die Auswirkungen von Insolvenzverfahren auf schwebende (noch nicht vollständig erfüllte) Verträge des Insolvenzschuldners wurden in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, soweit ersichtlich, noch nicht thematisiert. Einige Entscheidungen ergingen zu Arbeitsverträgen oder Mietverträgen im insolvenzrechtlichen Kontext, befassten sich aber nur mit verfahrensrechtlichen oder allgemeinen vertragsrechtlichen Fragen, jedoch nicht mit insolvenzrechtlichen Regelungen z.B. über Kündigungsrechte bei Insolvenz[25]. Die nationalen Insolvenzrechte bieten hierfür ein weites Spektrum von Lösungen an – von der unveränderten Durchführung solcher Verträge über diverse Modifikationen bis zu Sonderkündigungsrechten oder der automatischen Beendigung bestimmter Verträge. In der Konsequenz der Rechtsprechung zur Einzelrechtsverfolgung läge es, wenn der Gerichtshof solche Regelungen als grundsätzlich akzeptabel ansehen würde, aber eine Angemessenheitskontrolle bei ihrer Ausgestaltung oder Anwendung vornähme.

III. Insolvenzanfechtung

Ein in der Insolvenzpraxis – nicht zuletzt für die zu erwartende Befriedigungsquote der Gläubiger – wichtiges Thema ist eine mögliche Anfechtung gläubigerschädigender Handlungen des Schuldners im Vorfeld des Insolvenzverfahrens. Die meisten Insolvenzrechte sehen bestimmte insolvenzspezifisch ausgestaltete Anfechtungsmöglichkeiten vor. Die nationalen Regelungen divergieren aber erheblich. Einige Entscheidungen des Gerichts, denen möglicherweise Anfechtungsklagen zugrundelagen, ergingen aufgrund allgemeiner prozessrechtlicher Überlegungen. Speziell mit Fragen der Insolvenzanfechtung befasste sich das Urteil Boyadzhieva (2018). In diesem Fall sah der Gerichtshof in Entscheidungen bulgarischer Gerichte, die aufgrund des damaligen bulgarischen (Insolvenzanfechtungs-)Rechts Vertragspartner des Insolvenzschuldners zur Rückzahlung von Tilgungsleistungen des Schuldners verurteilten, obwohl kein Hinweis auf Kenntnis oder Kennenmüssen der Vertragspartner von der Insolvenz vorlag und auch keine Gläubigerschädigung nachgewiesen war, eine Verletzung der konventionsrechtlichen Eigentumsgarantie. Erleichtert wurde dem Gerichtshof diese Entscheidung offenbar dadurch, dass in Bulgarien selbst das damalige Recht mit der Begründung reformiert wurde, der alte Rechtszustand entspreche nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Rechtsstaatlichkeit und Eigentumsschutz. Interesse verdient diese Entscheidung auch aus dem Grund, weil hier – anders als in vielen Entscheidungen zu insolvenzrechtlichen Vorgängen – nicht lediglich eine unangemessene Gerichts- oder Verwaltungspraxis gerügt wurde, sondern unmittelbar die von den Gerichten zugrundegelegten Gesetzesbestimmungen als unvereinbar mit der Konvention angesehen wurden.

[25] S. etwa zu arbeitsrechtlichen Klagen *Solovyev v Ukraine* (2008), *Menshakova v. Ukraine* (2010), *Kuzhelev v. Russia* (2020), *Sholokhov v. Armenia and Moldova* (2012); zu Mietverträgen *Magherini v. Italy* (2006) und *Preložník v. Slovakia* (2006).

IV. Aussonderung und Absonderung

Ein insolvenzrechtliches Thema im Schnittpunkt von Gläubigerbefriedigung und Bestimmung der objektbezogenen Grenzen der Insolvenzmasse ist die Rechtsstellung dinglich gesicherter Gläubiger im Insolvenzverfahren. Im Kern geht es um zwei Fallgestaltungen: um Gläubiger mit beschränkten dinglichen Rechten (z.B. Pfandrechten) an Vermögensgegenständen der Insolvenzmasse, und um Gläubiger, denen der Schuldner zur Sicherung ihrer Forderungen Gegenstände seines Vermögens übertragen hat. In den meisten Insolvenzrechten haben solche Gläubiger eine stärkere Rechtsstellung als andere Gläubiger, wobei sich die Regelungen für die beiden oben genannten Fallgruppen häufig unterscheiden.

Der Gerichtshof hatte sich mit diesem Themenkreis in einer vollstreckungsrechtlichen Entscheidung zu befassen, die aber leicht auf einen insolvenzrechtlichen Sachverhalt übertragbar ist[26]. Es ging – im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens in den Niederlanden – um die Konkurrenz zwischen einem (ausländischen) Verkäufer mit Eigentumvorbehalt und dem niederländischen Fiskus, der wegen Steuerschulden des Schuldners Gegenstände gepfändet hatte, die dem Eigentumsvorbehalt eines Verkäufers unterlagen. Der Gerichtshof sah in dieser Fallgestaltung „nicht per se“ eine Verletzung der Eigentumsgarantie des ausländischen Verkäufers gem. Art.1 1.Zusatzprotokoll. Insbesondere sei es aus Konventionssicht nicht ausgeschlossen, einem Fiskuspfandrecht den Vorrang vor einem durch Eigentumsvorbehalt gesicherten Dritteigentümer einzuräumen[27]. Der Auslandsbezug des Eigentumvorbehalts (bzw. die Staatsangehörigkeit des Verkäufers) sei in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

V. Befriedigung der Forderungen

Das zentrale Ziel klassischer, auf Liquidation des Schuldnervermögens ausgerichteter Insolvenzverfahren ist die Verteilung der Insolvenzmassse unter den Gläubigern nach einer bestimmten Verteilungsordnung. Auch in Sanierungsverfahren ist die Verteilungsordnung aber von Bedeutung. Das insolvenzrechtliche Grundprinzip der par condicio wird dabei überall durch mehr oder weniger weitgehende Ausnahmen durchbrochen. Abgesehen von der bereits angesprochenen Sonderstellung dinglich gesicherter Gläubiger werden z.B. häufig besonders schutzbedürftigen Gläubigern (z.B. Arbeitnehmern des Insolvenzschuldners), aber auch öffentlichen Gläubigern (Fiskus, Sozialversicherungsträgern u.ä.) oder Gläubigergruppen, deren Schutz für die Funktionsfähigkeit des Insolvenzverfahrens vordringlich erscheint, Befriedigungsvorrechte unterschiedlicher Rangstufen eingeräumt. Das Vorrecht des einen führt dabei notwendig zu einer geringeren Befriedigungschance des anderen, rangniedrigeren Gläubigers.

[26] Urteil *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Niederlande* (1995).

[27] Die Entscheidung erging in einem Stimmenverhältnis von 6:3. Die drei überstimmten Richter verfassten ein Minderheitsvotum, in dem sie eine Verletzung des Eigentumsrechts des Verkäufers bejahten, da es aus ihrer Sicht konventionsrechtlich unangemessen sei, die Rechtstellung des Fiskus einem Gläubiger überzuordnen, der im Rahmen eines allgemein üblichen Sicherungsgeschäfts (Eigentumsvorbehalt) gehandelt hatte und nicht wissen konnte, ob sein Schuldner möglicherweise Steuerschulden hatte oder später haben würde.

Häufig fallen letztrangige Gläubiger mit ihren Forderungen völlig aus. Die Zuerkennung des Vorrangs für bestimmte Forderungen beeinträchtigt damit denknotwendig den wirtschaftlichen Wert der nachrangigen Forderungen und ist rechtlich potentiell ein Eingriff in das (weit verstandene) Eigentum der nachrangigen Gläubiger an ihren Forderungen. Ein solcher Eingriff bedarf daher konventionsrechtlich einer besonderen Rechtfertigung, im Rahmen einer Abwägung verschiedener Rechtspositionen unter den Gesichtspunkten von „fair balance" und Proportionalität.

Soweit ersichtlich, hatte der Gerichtshof noch nicht über die Berechtigung bestimmter Vorrechtskategorien oder die Stimmigkeit einer Rangordnung insgesamt zu entscheiden.

Im Verfahren Kotov (Urteile der Ersten Sektion und der Großen Kammer, 2010 und 2012) entschied der Gerichtshof jedoch über die Anwendung von Befriedigungsregeln durch Insolvenzorgane. Zugrunde lag ein Fall, in dem ein Insolvenzverwalter im Rahmen eines bankrechtlichen Insolvenzverfahrens in Absprache mit dem Gläubigerausschuss bestimmte, aus seiner Sicht bzw. der Sicht des Ausschusses besonders schutzbedürftige Gläubigerkategorien (behinderte Personen, Kriegsveteranen etc.) vor den im Gesetz bestimmten Gläubigergruppen befriedigt hatte, sogar vor den laut Gesetz an erster Stelle stehenden Inhabern von Sparguthaben. Diese waren deshalb mit ihren Forderungen im Insolvenzverfahren weitgehend ausgefallen. Der Gerichtshof bejahte hier eine Verletzung des Eigentumsrechts der zurückgestellten Gläubiger (im konkreten Fall: Inhaber von Sparguthaben). Anders als die Erste Sektion verneinte jedoch die Große Kammer unter den besonderen Umständen des Falls (Ausgestaltung der Rechtsstellung des Liquidators nach damaligem russischem Recht) eine Verpflichtung des beklagten Staates zur Leistung von Schadensersatz für den Forderungsausfall.

VI. Insolvenzplan (Vergleich, Schuldensanierungsplan)

Als Alternative zur Verteilung der Insolvenzmasse sahen bereits viele klassische Insolvenzgesetze verfahrensabschließende Vereinbarungen zwischen dem Insolvenzschuldner und seinen Gläubigern vor, häufig auf der Grundlage einer Mehrheitsentscheidung und mit gerichtlicher Genehmigung („insolvenzrechtlicher Vergleich"). Unter dem Eindruck insbesondere von Chapter 11 des U.S. Bankruptcy Code hat sich dieses Instrument in den letzten Jahrzehnten weltweit verbreitet (Insolvenzplan o.ä.). Auch Insolvenzpläne sind in verschiedenen Hinsichten grund- bzw. menschenrechtsrelevant, z.B. im Hinblick auf Abstimmungsmodi (Mehrheitsentscheidungen, Abstimmungsgruppen etc.), aber auch im Hinblick auf ihre Inhalte und Wirkungen.

Gegenstand des Verfahrens Bäck v. Finnland (2004) war ein finnischer Schuldenbereinigungsplan für einen (unternehmerisch tätigen) Insolvenzschuldner. Der Gerichtshof sah darin, dass der Schuldenbereinigungsplan nach dem Gesetz auch zu Lasten von Bürgen (Garanten) des Insolvenzschuldners wirkte, keine Verletzung von Art.1 1. Zusatzprotokoll. Vertiefende Entscheidungen des Gerichtshofs zu anderen Aspekten von Insolvenzplänen sind nicht ersichtlich[28]

[28] Im Urteil *Katona* (2023) wurden Schuldenbereinigungspläne (instalment plans) im Vorübergehen er-

VII. Restschuldbefreiung

Viele moderne Insolvenzrechte sehen vor, dass Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen zu einer Schuldbefreiung des Insolvenzschuldners führen können. Damit soll dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden, nach dem Abschluss des Insolvenzverfahrens einen wirtschaftlichen Neubeginn („fresh start“) unternehmen zu können. Die Voraussetzungen einer solchen Restschuldbefreiung und auch ihre Reichweite sind aber international unterschiedlich gestaltet.

In einem aktuellen, derzeit noch der Großen Kammer vorgelegten Verfahren (Katona u. Závarský v. Slowakei, 2023), hatte der Gerichtshof erstmals über eine Restschuldbefreiung zu entscheiden. Gegenstand des Verfahrens war nicht eine möglicherweise unangemessene Anwendung von Restschuldbefreiungsregeln, sonder die Vereinbarkeit der zugrundeliegenden Regeln als solcher mit der Konvention (Art.1 1. Zusatzprotokoll, nachgelagert Art.6 EMRK). In einer sehr ausführlichen, Spezifika der insolvenzrechtlichen Restschuldbefreiung im Detail untersuchenden Entscheidung bejahte die Erste Sektion des Gerichtshofs die grundsätzliche Vereinbarkeit einer insolvenzrechtlichen Restschuldbefreiung mit der Konvention. Im konkreten Fall erkannte der Gerichtshof jedoch eine Verletzung von Art.1 1.Zusatzprotokoll darin, dass das slowakische Recht im Rahmen einer Reform des Insolvenzrechts Forderungen aus Wechseln generell von der Befriedigung im Insolvenzverfahren ausgeschlossen hatte. Der Gerichtshof überprüfte diesen Ausschluss anhand der Maßstäbe des Art.1 1. Zusatzprotokoll und sah im generellen Ausschluss von Wechselforderungen, unabhängig von der gesetzlichen Motivation eines Schutzes von Verbrauchern, von Risiken einer Doppelbefriedigung von Gläubigern und ohne Differenzierung nach titulierten und nichttitulierten Forderungen sowie ohne Begründung von Abwägungsbefugnissen durch die Gerichte in dieser Frage, eine Verletzung des konventionsrechtlichen Eigentumsschutzes. Im Ergebnis kann man der Entscheidung sicher gut folgen. Da der Ausschluss von Wechselforderungen von der Befriedigung im Insolvenzverfahren nicht von der Erteilung einer Restschuldbefreiung abhing, sind die Ausführungen des Gerichtshofs zur Restschuldbefreiung der Sache nach obiter dicta, verursacht wohl durch die Ausführungen der Parteien im Verfahren und und den gesetzgeberischen Kontext der Reform. Gleichwohl sind die Ausführungen des Gerichtshofs zur Restschuldbefreiung für die Beurteilung dieses Instituts aus konventionsrechtlicher Sicht bedeutsam, selbst wenn die Große Kammer in ihrer Entscheidung einen anderen Schwerpunkt setzen würde.

E. Sonderaspekte

I. Verbraucherinsolvenzen

Auf innerstaatliche Ebene werfen Insolvenzen von Verbrauchern[29] wegen der damit

wähnt.

[29] U.U. stellen sich ähnliche Fragen auch bei Insolvenzverfahren über andere natürliche Personen.

verbundenen sozialen Schutzüberlegungen und der typischerweise geringen Insolvenzmassen besondere Fragen auf. Im Urteil Katona (2023) wurde der Verbraucherbezug des anwendbaren Insolvenzrechts – konkret ging es um Regelungen zur Restschuldbefreiung – als vernünftiger Gestaltungsgesichtspunkt des Insolvenzrechts gewürdigt. Einzelheiten angemessener Ausgestaltung von Verbraucherinsolvenzverfahren waren aber noch nicht Gegenstand von Urteilen des EGMR.

II. Unternehmenssanierungen

Aus einigen Entscheidungen des Gerichtshofs ist ersichtlich, dass es bei den dort erwähnten Insolvenzverfahren um Sanierungsverfahren handelte, z.B. in den Urteilen Santilli v. Italy (1991: amministrazione controllata), Kuzhelev v. Russia (2020: externe Verwaltung im Rahmen des Insolvenzgesetzes) und Morel v. France (2000). Die dort aufgeworfenen Fragen waren aber allgemeiner Natur, der Gerichtshof stellte nicht auf Sanierungsbesonderheiten ab[30].

III. Besondere Wirtschaftssektoren (Banken, Versicherungen u.ä.)

Für einzelne Wirtschaftssektoren, insbesondere solchen von großer wirtschaftlicher Bedeutung und besonderen staatlichen Aufsichtsstrukturen (z.B. Banken- und Versicherungsbereich) bestehen auf staatlicher Ebene häufig insolvenzrechtliche Sonderregeln[31]. Der Gerichtshof hatte bereits mehrere Male über Insolvenzverfahren im Bankensektor zu entscheiden. Ein wiederkehrendes Thema war dabei das Verhältnis zwischen dem Bankaufsichtsrecht und dem Insolvenzrecht. Im Urteil Capital Bank v. Bulgarien (2005) sah der Gerichtshof eine Verletzung der Rechte der betroffenen Bank aus Art.1 1. Zusatzprotokoll darin, dass die staatlichen Gerichte nicht befugt waren, die bankaufsichtsrechtliche Entscheidung über den Entzug der Banklizenz, die die Liquidation der Bank zur Folge hatte, zu überprüfen. Im Verfahren Korporativna Targovska Banka v. Bulgarien (2022) bejahte der Gerichtshof eine Verletzung der Rechte der betroffenenen Bank aus Art.6 EMRK durch den Entzug der Banklizenz, die zum Insolvenzverfahren über die Bank führte.

IV. Internationale Insolvenz

Einige der vom Gerichtshof entschiedenen Fälle zu insolvenzrechtlichen Sachverhalten weisen grenzüberschreitende Bezüge auf. Im Verfahren Gasus Dosier- und För-

[30] Sanierungsaspekte können allerdings auch in allgemeinen Insolvenzverfahren auftreten, s. etwa das Urteil *Gasus v. Niederlande* (1995).

[31] Insolvenzrechtliche Besonderheiten können z.B. auch im Zusammenhang von Privatisierungen bestehen. Einige Verfahren vor dem Gerichtshof betreffen solche Sachverhalte, z.B. *Livik v. Estonia* (2009) und *Agrokompleks v. Ukraine* (2011). Diese Entscheidungen lassen aber in insolvenzrechtlicher Hinsicht keine spezifisch auf die Privatisierungsumstände bezogenen Argumente des Gerichtshofs erkennen.

dertechnik GmbH v. Niederlande (1995) machte ein deutscher Eigentumsvorbehaltsgläubiger die konventionsrechtliche Rechtswidrigkeit der Pfändung von Vermögen des Schuldners durch den niederländischen Fiskus geltend. Die Klage blieb ohne Erfolg, der Gerichtshof erklärte ausdrücklich, die Staatsangehörigkeit des Klägers sei hierfür ohne Bedeutung. Das Urteil Regent Engineering International Limited (Seychellen) v. Ukraine (2008) betraf die Nichtvollstreckung eines Schiedsspruchs des Ukrainischen Internationalen Handelsschiedsgerichts gegen eine insolvente Gesellschaft im Staatseigentum. Der Gerichtshof bejahte in diesem Fall einen Schadensersatzanspruch gegen die Ukraine. Im Verfahren Granos Organicos Nacionales v. Deutschland (2011) hatte eine peruanische Insolvenzschuldnerin in Deutschland erfolglos Prozesskostenhilfe für einen insolvenzbezogenen Rechtsstreit beantragt; eine Verletzung von Art.6 EMRK wurde vom Gerichtshof verneint. Im Urteil Sholokhov v. Armenien und Moldau (2012) ging es u.a. um die (nicht erfolgte) Vollstreckung eines moldauischen Urteils gegen eine insolvente Gesellschaft in Armenien und daraus abgeleitete Schadensersatzansprüche des Klägers gegen Armenien. Einer der Kläger im Verfahren Katona u. Závarský v. Slowakei (2023) – Ausschluss von Wechselforderungen aus dem Insolvenzverfahren (Konventionsverletzung bejaht) – war ein ungarischer Staatsbürger.

Keiner dieser Fälle betraf die klassischen Fragen des Internationalen Insolvenzrechts: internationale Zuständigkeit zur Durchführung von Insolvenzverfahren, Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren[32], Internationales Privatrecht in Insolvenzverfahren, Zusammenarbeit zwischen Parallelverfahren. Die bisherigen Fallgestaltungen ware für das Internationale Insolvenzrecht eher randgelagert. Am ehesten in den Kernbereich des Internationalen Insolvenzrechts führt das Urteil Gasus (1995); eine Auseinandersetzung mit der Thematik grenzüberschreitender Eigentumsvorbehalte findet sich in dem Urteil jedoch nicht.

F. Schluss

In der Gesamtbetrachtung ist festzuhalten, dass sich der EGMR bereits mit einer beträchtlichen Zahl insolvenzrechtlicher Fallkonstellationen befaßt hat. Tendenziell nehmen die Urteile an Differenziertheit der Ausführungen zum Insolvenzrecht zu. Maßstab für die Prüfung sind in der Regel Art.1 1. Zusatzprotokoll (Eigentumsschutz) und Art.6

[32] Die vom Gerichtshof in anderen Zusammenhängen, außerhalb des Insolvenzrechts, bejahte Frage einer Anerkennungspflicht ausländischer Gerichtsentscheidungen (s. https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf Pkt.240-242 m.w.Nw.) stellt sich auch für das Insolvenzrecht. S. hierzu auch s.a. *Hans Joachim Schramm*, https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Schramm_Die_Anerkennung_und_Vollstreckung_von_Entscheidungen_staatlicher_Gerichte_im_deutsch_russischen_Rechtsverkehr_vor_dem_Hintergrund_des_Art_6_EMRK_OL_3_2016.pdf) (abgefragt am 28.5.2023). Das Urteil *Sholochov* (2012) geht von einer Pflicht zur Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen in Einzelrechtsstreitigkeiten auch in der Insolvenz aus. Sieht man von den Besonderheiten dieses Falles ab (Verzögerungen der Vollstreckung, Schadensersatzanspruch gegen den Staat) stellt sich jedoch die Frage, wie z.B. das Verhältnis zwischen Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen und einem insolvenzrechtlichen Vollstreckungsstop zu bestimmen ist. Dies gilt auch für das Verhältnis zwischen dem Internationalen Schiedsverfahrensrecht, z.B. dem New Yorker Übereinkommen von 1958, und dem Internationalen Insolvenzrecht.

EMRK (faires Verfahren), daneben finden sich auch Fälle mit anderem Schwerpunkt (z.B. Art.8 EMRK – Privatsphäre). Die Mehrheit der Entscheidungen betrifft die Anwendung insolvenzrechtlicher Regelungen durch Gerichte, häufig im Zusammenspiel mit anderen Rechtsschutzverfahren. Eine zunehmende Zahl von Entscheidungen befasst sich aber unmittelbar mit der Prüfung der Vereinbarkeit insolvenzrechtlicher Vorschriften mit den Rechtsgarantien der EMRK. Das von vielen Klägern verfolgte Ziel, von den beklagten Staaten Schadensersatz für Rechtsverletzungen zu erhalten, wird in Insolvenzrechtsfällen eher selten erreicht und die zuerkannten Summen liegen erkennbar unter den tatsächlich entstandenen Schäden. Inhaltlich sind die Entscheidungen des Gerichtshofs von dem Grundansatz geprägt, den Mitgliedstaaten des Europarates ein weites gesetzgeberisches Ermessen bei der Gestaltung des Insolvenzrechts zuzubilligen. Insolvenzrechtliche Regelungen, die einen vertretbaren Interessenausgleich erkennen lassen, werden vom Gerichtshof in der Regel nicht beanstandet. Allerdings verdichtet der Gerichtshof zunehmend seine Prüfung, ob gesetzliche Regeln unter bestimmten Voraussetzungen „überschießend" bzw. zu wenig differenziert sein könnten. Dies hat in einigen Fällen dazu geführt, dass bestimmte insolvenzrechtliche Vorschriften als konventionsrechtlich rechtsverletzend für einzelne Insolvenzbeteiligte bewertet wurden. Tendenziell liegt der Schwerpunkt der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Fragen des Insolvenzrechts aber auf der Ebene allgemeiner prozessrechtlicher Garantien, insbesondere des nach Art.6 EMRK (fair trial-Grundsatz) gebotenen zügigen und effektiven Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Fragen des Insolvenzrechts verdient, auch im Hinblick auf zu erwartende künftige Entwicklungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur EU-Grundrechte-Charta, eine aufmerksame Beobachtung. Die vom EGMR entwickelten – einerseits flexiblen, andererseits auf effektiven Rechtsschutz ausgerichteten – Maßstäbe im Themenfeld des Insolvenzrechts sollten auch in die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union Eingang finden.

*ვაღეხი ხხუსტაღი**

გადაწყვეტილების შემოწმების ფარგლები სააპელაციო სასამართლოში

შესავალი

სააპელაციო სასამართლო შებოჭილია სააპელაციო საჩივრის ანუ ამ საჩივარში ჩამოყალიბებული აპელანტის მოთხოვნის ფარგლებით. ეს იმას ნიშნავს, რომ გადაწყვეტილების ფაქტობრივი და იურიდიული დასაბუთებულობა სააპელაციო სასამართლოს შეუძლია შეამოწმოს სააპელაციო საჩივრის მოთხოვნასთან მიმართებაში.

გასაჩივრებული გადაწყვეტილების ფაქტობრივი დასაბუთებულობის შემოწმების დროს სასამართლომ ყურადღება უნდა მიაქციოს ორ გარემოებას: ა) რომელ ფაქტობრივ გარემოებას თვლის სასამართლო დადგენილად და ამყარებს თავის გადაწყვეტილებას გასაჩივრებულ ნაწილში და ბ) დასტურდება თუ არა ეს გარემოებები საქმეში არსებული ან ახლად წარმოდგენილი მტკიცებულებებით.

გადაწყვეტილების სამართლებრივი დასაბუთებულობის შემოწმებისას სააპელაციო სასამართლომ უნდა განსაზღვროს, სწორად გამოიყენა თუ არა გასაჩივრებული გადაწყვეტილების გამომტანმა სასამართლომ კანონი, ე.ი. იურიდიულად სწორად შეაფასა თუ არა სასამართლომ ის ფაქტობრივი გარემოებები, რომლებიც მან დადგენილად მიიჩნია.

სამართლებრივი თვალსაზრისით შეფასებისას სასამართლოსათვის მთავარი ორიენტირია სსსკ-ის 393-ე მუხლი, რომელიც განსაზღვრავს, თუ რა შემთხვევაში ჩაითვლება კანონი დარღვეულად და სსსკ-ის 394-ე მუხლი, რომელიც შეიცავს საკასაციო საჩივრის აბსოლუტურ საფუძვლებს, ანუ გადაწყვეტილების გაუქმების უდავო საფუძვლების ჩამონათვალს, რომლებიც მთლიანად ვრცელდება სააპელაციო სასამართლოზეც.

გადაწყვეტილების როგორც ფაქტობრივი, ისე იურიდიული დასაბუთებულობის შემოწმების დროს სააპელაციო სასამართლოს შეუძლია გასცდეს სააპელაციო საჩივრის ფარგლებს, ე.ი. შეუძლია შეამოწმოს დარღვევები, დაშვებული მტკიცებულებების შეფასებისა და ფაქტიური გარემოებების დადგენის დროს, აგრეთვე კანონის ისეთი დარღვევები, რომლებზეც არ იყო მითითებული სააპელაციო საჩივარში.[1]

* სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის პროფესორი.

[1] *ღიღუაშვიღი თ., ხხუსტაღი ვ.*, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, გამომცემლობა „სამართალი“, 2007, 645-647.

მოცემულ ნაშრომში წარმოდგენილია გადაწყვეტილების შემოწმების ფარგლების ანალიზი აპელაციაში. განხილულია საკითხი იმის შესახებ, თუ რას ნიშნავს კანონის დარღვევა და როდის შეიძლება კანონი დარღვეულად ჩაითვალოს.

I. მატერიალურ-სამართლებრივი ნორმების შემოწმება სააპელაციო სასამართლოს მიერ

სსსკ-ის 377-ე მუხლის მეორე ნაწილის დანაწესით, გადაწყვეტილების სამართლებრივი თვალსაზრისით შემოწმებისას, სააპელაციო სასამართლო ხელმძღვანელობს 393-ე და 394-ე მუხლების მოთხოვნებით. განვიხილოთ საკითხი იმის შესახებ, თუ რას ნიშნავს კანონის დარღვევა და როდის შეიძლება კანონი დარღვეულად ჩაითვალოს. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 393-ე მუხლის მე-2-ე ნაწილის თანახმად, სამართლის ნორმები დარღვეულად ითვლება, თუ სასამართლომ:

ა) არ გამოიყენა კანონი, რომელიც უნდა გამოეყენებინა;

ბ) გამოიყენა კანონი, (მათ შორის, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია და მისი დამატებითი ოქმები და მსგავს სამართლებრივ საკითხზე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტები), რომელიც არ უნდა გამოეყენებინა;

გ) არასწორად განმარტა კანონი (მათ შორის, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია და მისი დამატებითი ოქმები), რაც ამ განმარტებების მსგავს სამართლებრივ საკითხზე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალთან შეუსაბამობით გამოიხატება.

ამრიგად, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 393-ე მუხლის მე-2-ე ნაწილი შეიცავს იმ დარღვევების ჩამონათვალს, რომლებშიც შეიძლება გამოვლინდეს კანონის კონკრეტული დარღვევა.

1. კანონის დარღვევის ერთ-ერთ შემთხვევასთან (სახესთან) გვაქვს საქმე, როდესაც სასამართლომ **არ გამოიყენა კანონი, რომელიც უნდა გამოეყენებინა.**

კანონის ასეთი სახის დარღვევას აქვს ადგილი მაშინ, როდესაც გასაჩივრებულ გადაწყვეტილებაში საერთოდ არ არის მითითებული კანონზე, რომელსაც ეს გადაწყვეტილება ემყარება. პრაქტიკული თვალსაზრისით მეტად მნიშვნელოვანია საკითხი იმის შესახებ, უნდა გაუქმდეს თუ არა გადაწყვეტილება, რომლითაც მხარეთა შორის დავა განხილულია და გადაწყვეტილია კანონის შესაბამისად, მაგრამ არ არის მითითებული კანონზე, რომელსაც იგი ემყარება. ეს საკითხი სადავოა. არსებობს მოსაზრება, რომ გადაწყვეტილება არსებითად სწორი რომ იყოს, ის მაინც უნდა გაუქმდეს, თუ მასში არაა მითითებული კანონზე, რომლითაც იხელმძღვანელა სასამართლომ. ამ მოსაზრების ავტორებს მიაჩნიათ, რომ გადაწყვეტილება უწინარეს ყოვლისა განკუთვნილია მხარეებისათვის. ამიტომ ის უნდა იყოს ყოველმხრივ დასაბუთებული და დამაჯერებე-

ლი. გადაწყვეტილება, რომელშიც არ არის კანონზე მითითებული, ნაკლებად დამაჯერებელია.

ვეთანხმები ამ მოსაზრებას, მაგრამ კანონის შესაბამისად გამოტანილი გადაწყვეტილება, თუ მასში არაა მითითებული კანონზე, რომლითაც სასამართლომ იხელმძღვანელა, კი არ უნდა გაუქმდეს, არამედ ზემდგომმა სასამართლომ უნდა შეავსოს ხარვეზი, დატოვოს უცვლელად და თავის განჩინებაში მიუთითოს კანონზე, რომელსაც ეს გადაწყვეტილება ემყარება.

2. ნორმის ძველი რედაქციით, კანონის დარღვევის მეორე სახესხვაობას აქვს ადგილი, როდესაც სასამართლომ **გამოიყენა კანონი, რომელიც არ უნდა გამოეყენებინა.**

ასეთი შემთხვევა საკმაოდ გავრცელებულია და ნიშნავს იმას, რომ სასამართლომ დაუშვა შეცდომა მხარეთა შორის არსებული ფაქტობრივი ურთიერთობის სამართლებრივი შეფასებისას. სხვანაირად რომ ვთქვათ, სასამართლოს მიერ დადგენილად ცნობილ ფაქტობრივ გარემოებებს მიეცა არასწორი იურიდიული კვალიფიკაცია, რადგან გამოიყენა კანონი, რომელიც არ უნდა გამოეყენებინა.[2]

„საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“ საქართველოს 2022 წლის 18 ოქტომბრის კანონით 393-ე მუხლის მეორე ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტი ჩამოყალიბდა შემდეგი რედაქციით:

ბ) გამოიყენა კანონი (მათ შორის, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია და მისი დამატებითი ოქმები და მსგავს სამართლებრივ საკითხზე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტები), რომელიც არ უნდა გამოეყენებინა;

3. ნორმის ძველი რედაქციით კანონის დარღვევის მესამე დამოუკიდებელი სახესხვაობაა კანონის არასწორი განმარტება. **კანონის არასწორი განმარტების დროს სასამართლო მართალია იყენებს კანონს, რომელიც უნდა გამოეყენებინა, მაგრამ არასწორად ესმის ამ კანონის აზრი და შინაარსი.**

ზემოხსენებული კანონით 393-ე მუხლის მეორე ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტი ჩამოყალიბდა შემდეგი რედაქციით:

გ) არასწორად განმარტა კანონი (მათ შორის, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია და მისი დამატებითი ოქმები), რაც ამ განმარტებების მსგავს სამართლებრივ საკითხზე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალთან შეუსაბამობით გამოიხატება.“

კანონის არასწორი განმარტების საილუსტრაციოდ შეიძლება მოვიყვანოთ კონკრეტული შემთხვევა სასამართლო პრაქტიკიდან.

ერთ-ერთ საქმეზე საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატამ გააუქმა ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება და სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 411-ე მუხლის თანახმად თვითონ მიიღო გადაწყვეტილება.

[2] *ხჰუსტაღი ვ.*, გადაწყვეტილების კანონიერების შემოწმება საკასაციო სასამართლოს მიერ. ჟურნალი „სამართალი“, 2001, 24-25.

საკასაციო პალატამ გადაწყვეტილებაში განმარტა:

სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 393-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, საკასაციო საჩივარი შეიძლება ეფუძნებოდეს მხოლოდ იმას, რომ გადაწყვეტილება კანონის დარღვევითაა გამოტანილი. ამავე ნორმის მე-2 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტის თანახმად კი, სამართლის ნორმები დარღვეულად ითვლება, თუ სასამართლომ არასწორად განმარტა კანონი.

მოცემულ შემთხვევაში საკასაციო პრეტენზიების შესწავლით დასტურდება, რომ მხარე **არ ეთანხმება გასაჩივრებულ გადაწყვეტილებაში ასახულ სამოქალაქო კოდექსის 130-ე მუხლის განმარტებას** სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადის დაწყების თაობაზე და თვლის, რომ სასამართლომ არასწორად განმარტა კანონი, რადგან მოთხოვნის ვადის დასაწყისს წარმოადგენს მოთხოვნის დადგომის ობიექტური ფაქტორი, რომელიც განსახილველ შემთხვევაში ნასყიდობის ხელშეკრულების ბათილად ცნობის შესახებ სასამართლოს კანონიერ ძალაში შესვლის მომენტიდან უნდა იქნას ათვლილი და არა მოპასუხის მიერ საბანკო კრედიტის აღების დღიდან.

საკასაციო სასამართლო საკვანძო საკითხის სწორად შეფასების მიზნით მიუთითებს სამოქალაქო კოდექსის 128-ე მუხლის პირველ ნაწილზე და განმარტავს შემდეგს: სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადაში მოიაზრება დრო, რომლის განმავლობაშიც უფლებამოსილ პირს შეუძლია თავისი უფლების რეალიზაცია და დაცვა. ხანდაზმულობის ინსტიტუტის სპეციფიკურობა იმაში მდგომარეობს, რომ დადგენილი ვადის გასვლის შემდეგ მოთხოვნის უფლება ობიექტურად არსებობს, თუმცა იგი განუხორციელებელია, ანუ ამ უფლების რეალიზება სრული მოცულობით დამოკიდებულია მოთხოვნის ადრესატის ნება-სურვილზე. სამოქალაქო კოდექსის 130-ე მუხლი ხანდაზმულობის დაწყებას მოთხოვნის წარმოშობის მომენტს უკავშირებს, ხოლო მოთხოვნის წარმოშობის მომენტად მიიჩნევა დრო, როდესაც პირმა შეიტყო ან უნდა შეეტყო უფლების დარღვევის შესახებ, ე.ი თუ ხანდაზმულობის წარმოშობის მომენტის დადგენა ობიექტურად შეუძლებელია, ყურადღება უნდა მიექცეს სუბიექტურ მომენტს. ამასთან, იგულისხმება, რომ ხანდაზმულობის წარმოშობის ობიექტური და სუბიექტური მომენტები თანმხვედრია, ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ მოსარჩელე არ ეთანხმება ხანდაზმულობის წარმოშობის ობიექტური და სუბიექტური მომენტების თანხვედრას, მაშინ მტკიცების ტვირთი ეკისრება მას იმის გასარკვევად, თუ როდიდან უნდა დაიწყოს ხანდაზმულობის ვადის ათვლა. ამასთან, მხოლოდ სუბიექტურ ფაქტორზე – უნდა შეეტყო, მხოლოდ მაშინ შეიძლება დაყრდნობა, თუ სამართლებრივი ურთიერთობის თავისებურებებიდან გამომდინარე, პრაქტიკულად შეუძლებელია ობიექტური ფაქტორის განსაზღვრა.[3]

ცხადია, რომ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 393-ე მუხლის მეორე ნაწილში მითითებული კანონის დარღვევის შემთხვევები განეკუთვნება არა მარტო მატერიალურ-სამართლებრივ, არამედ საპროცესო სამართლებრივ ნორ-

[3] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 10 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას 158-154, 2016, სუსგ 2019, №8, 136-152. ნახეთ, ასევე უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-539-539-2018, 21.12.2018 წელი, სუსგ 2021, №4, 108-119.

მებსაც, ოღონდ ერთი აუცილებელი პირობის გათვალისწინებით: საპროცესო ნორმების დარღვევა მხოლოდ მაშინ შეიძლება გახდეს გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძველი, თუ ამ დარღვევის შედეგად საქმეზე არასწორი გადაწყვეტილებაა გამოტანილი.

II. საპროცესო – სამართლებრივი ნორმების შემოწმება სააპელაციო სასამართლოს მიერ

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტური საფუძვლების გარდა, საპროცესო სამართლის ნორმების დარღვევა მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეიძლება გახდეს გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძველი, თუ სააპელაციო სასამართლო ჩათვლის, რომ ამ დარღვევის შედეგად საქმეზე არასწორი გადაწყვეტილება იქნა გამოტანილი.

საკასაციო სასამართლოს პრაქტიკის ანალიზი გვიჩვენებს, რომ ზოგჯერ ძნელია დარწმუნებით თქმა იმისა, ნამდვილად მოყვა თუ არა საპროცესო სამართლის ნორმის დარღვევას არასწორი გადაწყვეტილების გამოტანა. ამიტომ, თუ არსებობს საფუძვლიანი ეჭვი, რომ ასეთ დარღვევას შეეძლო გამოეწვია არასწორი გადაწყვეტილების გამოტანა, საკასაციო სასამართლო აუქმებს გადაწყვეტილებას. ეს პრაქტიკა სწორია და ამ მოსაზრებით ხელმძღვანელობს კანონმდებელიც, როდესაც მიუთითებს გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტურ საფუძვლებზე. მაგალითად, ხომ არ შეიძლება დარწმუნებით თქმა იმისა, რომ თუ საქმე განიხილა სასამართლოს არაკანონიერმა შემადგენლობამ, ან განიხილა მხარის დაუსწრებლად, რომელსაც არ მიუღია შეტყობინება ან კიდევ, თუ საქმე განიხილა იმ მოსამართლემ, რომელიც ამ საქმის განხილვაში ადრე სხვა ინსტანციაში მონაწილეობდა, გადაწყვეტილება აუცილებლად არასწორი იქნება?[4]

სწორია აგრეთვე საკასაციო სასამართლოს პრაქტიკა, როდესაც იგი აღიარებს თავისი განჩინებით, რომ საკასაციო საჩივარში მითითებულ საპროცესო სამართლის ნორმის დარღვევას მართლაც ჰქონდა ადგილი, თუმცა მას არ შეეძლო გამოეწვია არასწორი გადაწყვეტილების გამოტანა. სხვანაირად ეს იმას ნიშნავს, რომ საპროცესო სამართლის ნორმის დარღვევას არამარტო მაშინ აქვს ადგილი, როცა ამ დარღვევამ გამოიწვია არასწორი გადაწყვეტილების გამოტანა, არამედ მაშინაც, როდესაც ამ დარღვევას ასეთი ნეგატიური შედეგი არ მოჰყოლია, ანუ, მას გადაწყვეტილებით გამოტანილი შედეგის დადგომაზე გავლენა არ მოუხდენია. ამის მითითებას საკასაციო სასამართლოს განჩინებაში აქვს მნიშვნელობა იმ თვალსაზრისით, რომ სააპელაციო სასამართლომ მომავალში აღარ დაუშვას მსგავსი დარღვევა.[5]

[4] *ხჰუსტაღი ვ.*, საკასაციო საჩივრის საფუძვლები, თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები. რევაზ გოგშელიძის 65-ე წლისთავთან დაკავშირებით გამოცემული საიუბილეო კრებული. 2022, 398-411.

[5] *ხჰუსტაღი ვ.*, კასაცია სამოქალაქო სამართალწარმოებაში. სადისერტაციო ნაშრომის ავტორეფერატი. 2004, 25-26.

III. გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტური საფუძვლები

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 394-ე მუხლი შეიცავს კანონის დარღვევების ჩამონათვალს, რომლებიც შეფასებულია თვითონ კანონმდებლის მიერ, როგორც ისეთი დარღვევები, რომლებიც აუცილებლად იწვევენ გადაწყვეტილების გაუქმებას. სხვანაირად ამ საფუძვლებს შეიძლება ვუწოდოთ გადაწყვეტილების გაუქმების კანონისმიერი საფუძვლები. აქ სასამართლო მიხედულებისათვის ადგილი არ რჩება. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 393-ე მუხლის მესამე ნაწილის დანაწესი ამ შემთხვევაში არ მოქმედებს. მაგალითად, თუ აღმოჩნდება, რომ საქმეში არ არის პირველი ინსტანციის სასამართლოს სხდომის ოქმი, სააპელაციო სასამართლომ უნდა გააუქმოს გასაჩივრებული გადაწყვეტილება და საქმე დააბრუნოს ხელახალი განხილვისათვის, თუმცა შესაძლებელია ეს გადაწყვეტილება სწორი იყოს, როგორც ფაქტობრივი, ისე სამართლებრივი თვალსაზრისით. უფრო ზუსტად რომ ვთქვათ, თუ დადასტურდება, რომ ადგილი აქვს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 394-ე მუხლში მითითებულ ერთ-ერთ დარღვევას, სასამართლო აღარ აგრძელებს გამოკვლევას. ამ დარღვევის დადასტურება წარმოადგენს გასაჩივრებული გადაწყვეტილების გაუქმების უდავო საფუძველს.

მოკლედ განვიხილოთ გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტური საფუძვლების აზრი და შინაარსი ცალ-ცალკე.

1. საქმის განხილვა სასამართლოს არაკანონიერი შემადგენლობის მიერ

სასამართლოს არაკანონიერი შემადგენლობა შესაძლებელია სხვადასხვანაირად გამოვლინდეს. მაგალითად, საქმე განიხილა მოსამართლემ, ან სასამართლოს კოლეგიურ შემადგენლობაში არის მოსამართლემ, რომელიც განთავისუფლებულია ან დროებით გადაყენებულია თანამდებობიდან, ან კიდევ რომელსაც ჯერ კიდევ არ დაუდია ფიცი. როგორც ცნობილია, „საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 38-ე მუხლის თანახმად, სააპელაციო და რაიონული (საქალაქო) სასამართლოების მოსამართლეები, რომლებსაც პირველად ნიშნავენ თანამდებობაზე, ამ თანამდებობის დაკავებამდე, საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წინაშე, საზეიმო ვითარებაში დებენ ფიცს. ფიცის დადებამდე მოსამართლეს უფლება არა აქვს, განიხილოს საქმე. ამავე კანონის 45-ე მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, მოსამართლის სისხლის სამართლის პასუხისგებაში მიცემის ან თანამდებობიდან გათავისუფლების შესახებ საქართველოს საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა სადისციპლინო კოლეგიის მიერ გადაწყვეტილების მიღების მომენტიდან საკითხის საბოლოო გადაწყვეტამდე მოსამართლე ჩამოცილებულ უნდა იქნეს საქმეთა განხილვისაგან და სხვა თანამდებობრივ უფლებამოსილებათა განხორციელებისაგან. თუ, მიუხედავად ამისა, ასეთი მოსამართლე

განიხილავს საქმე და მიიღებს გადაწყვეტილებას, ეს იქნება ამ გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტური საფუძველი.[6]

სასამართლო პრაქტიკაში არის შემთხვევები, როდესაც ადმინისტრაციულ დავას, რომლის გადაწყვეტა უნდა მოხდეს ადმინისტრაციული საქმეების განხილვისა და გადაწყვეტის საპროცესო წესების თანახმად, განიხილავს სამოქალაქო საქმეთა პალატა და პირიქით. შეიძლება თუ არა არაკანონიერ შემადგენლობად გამოვაცხადოთ სასამართლო მხოლოდ იმიტომ, რომ მან ნებით თუ უნებლიეთ განიხილა არასაქვეუწყებო ან არაგანსჯადი საქმე?

სასამართლოს არაკანონიერი შემადგენლობა ეს არის ამ შემადგენლობის შინაგანი მახასიათებელი. იგი ასეთად დარჩება ნებისმიერ შემთხვევაში, მიუხედავად იმისა განიხილავს საქმეებს განსჯადობისა და საქვეუწყებობის წესების დაცვით თუ არა. მხედველობიდან არ შეიძლება გაუშვათ ის, რომ სამოქალაქო საპროცესო სამართლის ცალკეულ ინსტიტუტს უკავშირდება მისთვის დამახასიათებელი შედეგები. ამ შედეგების სხვა ინსტიტუტებიდან დასესხებას შეიძლება მოჰყვეს სერიოზული შეცდომები. მაგალითად, სსსკ-ის 21-ე მუხლით გათვალისწინებული პირობების არსებობისას არაგანსჯადი სასამართლო შეიძლება განსჯადი გახდეს, როცა მოპასუხე არაა წინააღმდეგი, რომ საქმე განიხილოს არაგანსჯადმა სასამართლომ და თანახმაა მონაწილეობა მიიღოს საქმის განხილვაში, ამასთან, თუ მოპასუხე წარმოდგენილი იქნება ადვოკატით და ა.შ. მაგრამ სასამართლოს არაკანონიერი შემადგენლობა ვერასდროს ვერ გარდაიქმნება კანონიერ შემადგენლობად, თუ არ აღმოიფხვრა მიზეზები, რომლებმაც განაპირობეს ამ შემადგენლობის არაკანონიერება. ამით მხოლოდ იმის თქმა გვინდა, რომ სასამართლოს უწყებრივი ქვემდებარეობისა და სასამართლო განსჯადობის დარღვევას, აგრეთვე საქმის განხილვას სასამართლოს არაკანონიერი შემადგენლობის მიერ, უკავშირდება თავისი შედეგები, რომლებიც გათვალისწინებულია სსსკ-ის 394-ე მუხლის „ა" ქვეპუნქტით.[7]

2. საქმის განხილვა მხარის დასწრების გარეშე

მხარეს ან მის წარმომადგენელს სასამართლო უწყებით ეცნობება სასამართლო სხდომის ან ცალკეული საპროცესო მოქმედების შესრულების დრო და ადგილი. ამასთან, სასამართლო უწყება უნდა ჩაჰბარდეთ იმ ვარაუდით, რომ მათ ჰქონდეთ სასამართლოში დროულად გამოცხადებისა და საქმის მომზადებისათვის გონივრული ვადა. მხარეს შეუძლია არ გამოცხადდეს პროცესზე და არ მიიღოს მონაწილეობა საქმის განხილვაში. ეს მისი უფლებაა, მაგრამ სასამართლოს უფლება არა აქვს განიხილოს საქმე მხარისათვის შეტყობინების გარეშე. ეს სასამართლოს მოვალეობაა, რაც კონკრეტულად იმაში გამოიხატება, რომ სასამართლო ვერ განიხილავს საქმეს და ვერ გამოიტანს გადაწყვეტილებას (ვერც ჩვეულებრივსა და ვერც დაუსწრებელს), თუ დაცული არ არის

[6] საქართველოს ორგანული კანონი „საერთო სასამართლოების შესახებ". ცვლილებებითა და დამატებებით 2022 წლის დეკემბრის მდგომარეობით.

[7] *ღიღუაშვიღი თ.*, ადმინისტრაციული საქმეების სასამართლო საქვეუწყებობა (უწყებრივი ქვემდებარეობა) და განსჯადობა. ჟურნალი „მართლმსაჯულება". 2007. №1.

სსსკ-ის 70-ე-78-ე მუხლებით (სასამართლო შეტყობინება და დაბარება) დადგენილი წესი. როდესაც საუბარია მხარის შეტყობინებაზე, იგულისხმება აგრეთვე კანონიერი წარმომადგენლებიც. სსსკ-ის 101-ე მუხლის თანახმად, ქმედუუნარო მოქალაქის, აგრეთვე, შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონე მოქალაქის უფლებებსა და კანონით დაცულ ინტერესებს სასამართლოში იცავენ მათი კანონიერი წარმომადგენლები. ამიტომ, ის რაც ითქვა მხარეების მიმართ მთლიანად ეხება აგრეთვე კანონიერ წარმომადგენლებს, რომელთა შეტყობინების გარეშე საქმის განხილვა და გადაწყვეტილების გამოტანა დაუშვებელია.

ერთ-ერთ საქმეზე საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატამ გააუქმა ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის განჩინება და საქმე დაუბრუნა იმავე სასამართლოს ხელახლა განსახილველად. საკასაციო პალატამ თავის განჩინებაში მიუთითა, რომ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 394-ე მუხლის „ბ" ქვეპუნქტის თანახმად, გადაწყვეტილება ყოველთვის ჩაითვლება კანონის დარღვევით მიღებულად, თუ სასამართლომ საქმე განიხილა ერთ-ერთი მხარის დაუსწრებლად, რომელსაც არ მიუღია შეტყობინება კანონით დადგენილი წესით, ან მისი კანონიერი წარმომადგენლის გარეშე, თუ ასეთი წარმომადგენლობა კანონით იყო გათვალისწინებული, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ასეთი კანონიერი წარმომადგენელი ცნობს სასამართლო პროცესის წარმართვის მართლზომიერებას.[8]

3. გადაწყვეტილების გამოტანა საქმეზე, რომელიც სასამართლოს უწყებრივად არ ექვემდებარება

ცნობილია, რომ ნებისმიერი ორგანო, რომელიც შეიქმნა და არსებობს ამა თუ იმ სახელმწიფოში, ვალდებულია იმოქმედოს თავისი უფლებამოსილების (კომპეტენციის) ფარგლებში და არ გასცდეს ამ ფარგლებს. როგორც კი რომელიმე ორგანო გასცდება თავისი უფლებამოსილების ფარგლებს, იგი იჭრება სხვა ორგანოს კომპეტენციაში, ე.ი. თავის თავზე იღებს ისეთი საკითხის გადაჭრის უფლებამოსილებას, რომელიც მას კი არა, სხვა ორგანოს აქვს მიკუთვნებული. აქედან გამომდინარე, უწყებრივ ქვემდებარეობას განმარტავენ, როგორც იმ უფლებამოსილებათა ერთობლიობას და ფარგლებს, რომელიც ამა თუ იმ ორგანოს აქვს განსაზღვრული. სასამართლოს უწყებრივი ქვემდებარეობა კანონით განსაზღვრულ იმ უფლებათა ერთობლიობაა, რომელთა ფარგლებში სასამართლოს შეუძლია მიიღოს და განიხილოს საქმეები. [9]

სსსკ-ის მე-11 მუხლი შეიცავს მხოლოდ სანიმუშო ჩამონათვალს (ზოგად კრიტერიუმს) იმ ურთიერთობებისას, რომლებიდანაც წარმოშობილ დავებსაც განიხილავს სასამართლო. ეს ჩამონათვალი, მართალია განუსაზღვრელად ფართოა, მაგრამ არაა ამომწურავი. გარდა ამისა, კანონით სასამართლოს შე-

[8] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სამოქალაქო საქმეებზე. 2010. №9., 121-127.

[9] *ღიღუაშვიღი თ.*, სამოქალაქო საქმეთა წარმოება სასამართლოში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო, მეორე გამოცემა, გამომცემლობა „ჯისიაი". 2001, 112-113.

იძლება სხვა კატეგორიის საქმეთა განხილვაც დაექვემდებაროს. უწყებრივი ქვემდებარეობის განსაზღვრისას სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს არამარტო სსკ-ის მე-11 მუხლით, არამედ სხვა ორგანოების შესახებ მიღებული კანონებითაც, მაგალითად, საქართველოს ორგანული კანონით „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ", აგრეთვე, საქართველოს კანონით „საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შესახებ". [10]

სსსკ-ის 272-ე მუხლის „ა" ქვეპუნქტის თანახმად სასამართლო, მხარეთა განცხადებით ან თავისი ინიციატივით შეწყვეტს საქმის წარმოებას, თუ საქმე არ უნდა იქნეს განხილული სასამართლოში იმის გამო, რომ კანონის თანახმად მისი განხილვა სხვა უწყების კომპეტენციაში შედის. კანონს აქ მხედველობაში აქვს უწყებრივი ქვემდებარეობა ანუ სასამართლო საქვეუწყებობა (სსსკ-ის მე-11 მუხლი) და არა განსჯადობა (სსსკ – ის მე- 13-24-ე მუხლები). როგორც ზემოთ აღინიშნა, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით სასამართლოს უწყებრივი ქვემდებარეობა ფართოა: ყველა დავა, რომელიც სამართლით მოწესრიგებული ურთიერთობიდან გამომდინარეობს, ექვემდებარება სასამართლოს. ამასთან ერთად, არსებობს დავები, რომლებიც თუმცა სამართლით მოწესრიგებული ურთიერთობებიდან გამომდინარეობენ, მაგრამ მათი განხილვის კომპეტენცია მიკუთვნებული აქვს საკონსტიტუციო სასამართლოს.

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-12 მუხლის თანახმად, პირთა თანასწორობაზე დამყარებული კერძო ხასიათის ქონებრივი დავა, რომლის მოწესრიგებაც მხარეებს შეუძლიათ ერთმანეთს შორის, მხარეთა შეთანხმებით, შეიძლება განსახილველად გადაეცეს არბიტრაჟს.

საარბიტრაჟო შეთანხმება არის შეთანხმება, რომლითაც მხარეები თანხმდებიან, განსახილველად გადასცენ არბიტრაჟს ყველა ან ზოგიერთი დავა, რომელიც წარმოიშვა, ან შეიძლება წარმოიშვას მათ შორის ამა თუ იმ სახელშეკრულებო ან სხვა სამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე. საარბიტრაჟო შეთანხმება შეიძლება დაიდოს ხელშეკრულებაში საარბიტრაჟო დათქმის, ან ცალკე შეთანხმების ფორმით.[11]

სასამართლო, რომელშიც შეტანილია სარჩელი იმ დავის არსებით საკითხზე, რომელიც საარბიტრაჟო შეთანხმების საგანია, მაშინ სასამართლო ვალდებულია ამ საკითხზე საარბიტრაჟო განხილვის დაწყების შესახებ შეტყობინების მიღებისთანავე უარი თქვას სარჩელის მიღებაზე ან შეწყვიტოს წარმოება, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ აღმოაჩენს, რომ საარბიტრაჟო შეთანხმება ბათილია, ძალადაკარგულია ან მისი შესრულება შეუძლებელია.[12]

სსსკ-ის 272 პრიმა მუხლის თანახმად, თუ მხარეებს დადებული აქვთ ხელშეკრულება, ან არსებობს მხარეთა შეთანხმება, რომ მათ შორის დავა გადაწყვეტად არბიტრაჟს გადაეცეს, სასამართლო შეწყვეტს საქმის წარმოებას

[10] საქართველოს კანონი „საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შესახებ", 1996 წლის 21 მარტი. ცვლილებებითა და დამატებებით 2022 წლის დეკემბრის მდგომარეობით.

[11] საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ".

[12] *ხ*ჯუ*ტ*აძი ვ., სასამართლოს უწყებრივი ქვემდებარეობისა და განსჯადობის აქტუალური საკითხები სამოქალაქო პროცესში. კერძო სამართლის პრობლემატიკა. საგამომცემლო სახლი „ტექნიკური უნივერსიტეტი". 2013, 3-29.

ერთ-ერთი მხარის განცხადების საფუძველზე. აღნიშნული განცხადება შესაგებლის წარდგენის ვადის გასვლამდე უნდა გაკეთდეს.

4. გადაწყვეტილება მიღებულია საქმის ზეპირი განხილვის საფუძველზე, რომლის დროსაც დარღვეულია პროცესის საჯაროობის წესები

საქართველოს კონსტიტუციის 62-ე მუხლისა[13] და „საერთო სასამართლოების შესახებ" საქართველოს ორგანული კანონის მე-13 მუხლის შესაბამისად სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-9 მუხლით დამკვიდრებულია საქმის განხილვის საქვეყნოობის პრინციპი. საქვეყნოობის პრინციპი ნიშნავს კონკრეტული სამოქალაქო საქმის განხილვას სასამართლოს ღია სხდომებზე მხარეებისა და სასამართლო სხდომის დარბაზში მყოფ პირთა თანდასწრებით. საჯაროობის პრინციპის დარღვევასთან გვექნება საქმე, როდესაც სასამართლოს არ დაუდგენია საქმის დახურულ სხდომაზე განხილვა, მაგრამ მოქალაქეებს, რომლებსაც სურდათ დასწრებოდნენ ამ საქმის განხილვას, არ უშვებდნენ სასამართლოს სხდომის დარბაზში.[14]

ბოლოს საქვეყნოობის პრინციპს აქვს გარკვეული მნიშვნელობა საზოგადოების მართლშეგნების ამაღლების, მათი კანონისადმი პატივისცემის სულისკვეთებით აღზრდის თვალსაზრისითაც. აქ საზოგადოება იგებს არა მარტო იმის შესახებ, თუ როგორია კანონის მოთხოვნები, არამედ იმასაც, რომ ამ მოთხოვნების დარღვევას არ შეიძლება არ მოყვეს სერიოზული არახელსაყრელი შედეგები მისი დამრღვევისათვის. საქვეყნოობის (საჯაროობის) პრინციპის დარღვევა წარმოადგენს გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტურ საფუძველს. სსსკ-ის 394-ე მუხლის „დ" ქვეპუნქტის თანახმად გადაწყვეტილება ყოველთვის ჩაითვლება კანონის დარღვევით მიღებულად და უნდა გაუქმდეს, თუ გადაწყვეტილება მიღებულია საქმის ზეპირი განხილვის საფუძველზე, რომლის დროსაც დარღვეულია პროცესის საჯაროობის წესები.[15]

5. სასამართლოს გადაწყვეტილება იურიდიულად არ არის საკმარისად დასაბუთებული

გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტურ საფუძვლებს შორის ყველაზე გავრცელებული შემთხვევაა ამ გადაწყვეტილების არასრული იურიდიული დასაბუთებულობა, რის გამოც შეუძლებელია მისი ამ თვალსაზრისით შემოწმება.

ერთადერთი საპროცესო დოკუმენტი, რომელშიც თავისი ასახვა უნდა ჰპოვოს სასამართლოს მიხედულებამ იმის შესახებ, თუ საქმის სწორად გადაწყვეტისათვის მნიშვნელობის მქონე რომელი გარემოებები და რომელი მტკიცე-

---

[13] საქართველოს კონსტიტუცია. 1995 წლის 24 აგვისტო. ცვლილებებითა და დამატებებით 2018 წლის მარტის მდგომარეობით.

[14] *ღიღუაშვიღი თ., ხხუსტაღი ვ.,* საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, გამომცემლობა „სამართალი", 2007, 17-19.

[15] *ღიღუაშვიღი თ., ღიღუაშვიღი გ., ხხუსტაღი ვ., ძღიეხიშვიღი* ზ., სამოქალაქო საპროცესო სამართალი. I ნაწილი. გამომცემლობა „სამართალი", 2014, 109.

ბულებების საფუძველზე ჩათვალა მან დადგენილად და რომელი ფაქტები ითვლება უდავოდ – ესაა სასამართლოს გადაწყვეტილება. ამის შესახებ პირდაპირაა მითითებული სსკ-ის 249-ე მუხლის მესამე ნაწილში, რომლის თანახმად გადაწყვეტილების აღწერილობით ნაწილში უნდა მიეთითოს სასამართლოს მიერ დადგენილი გარემოებები, მტკიცებულებანი, რომლებსაც ემყარება სასამართლოს დასკვნები და მოსაზრებანი, რომლებითაც სასამართლო უარყოფს ამა თუ იმ მტკიცებულებას.

ეჭვს არ იწვევს, რომ პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ კანონის ამ მოთხოვნის დაცვით შედგენილი და ჩამოყალიბებული გადაწყვეტილება გაუადვილებს სააპელაციო სასამართლოს ამ გადაწყვეტილების შემოწმებას ფაქტობრივი და სამართლებრივი თვალსაზრისით.

სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 394-ე მუხლის „ე" ქვეპუნქტის დანაწესით, გადაწყვეტილება ყოველთვის ჩაითვლება კანონის დარღვევით მიღებულად, თუ გადაწყვეტილება იურიდიულად არ არის საკმარისად დასაბუთებული. მართალია, ამ დროს გადაწყვეტილება აუცილებლად უნდა გაუქმდეს, ვინაიდან სახეზეა გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტური საფუძველი, მაგრამ საქმე არ უნდა დაბრუნდეს ხელახალი განხილვისათვის. მოცემულ შემთხვევაშიც პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ საპროცესო ნორმების დარღვევის გარეშეა დადგენილი საქმის სწორად გადაწყვეტისათვის მნიშვნელობის მქონე ფაქტობრივი გარემოებები, მაგრამ საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილება შედეგის მიხედვით არსებითად სწორი არ არის. ასეთ ვითარებაში სააპელაციო სასამართლო ამ კოდექსის 386-ე და 389-ე მუხლების საფუძველზე თვითონ მიიღებს გადაწყვეტილებას საქმეზე, ვინაიდან არ არსებობს 385-ე მუხლით გათვალისწინებული გადაწყვეტილების გაუქმებისა და საქმის პირველი ინსტანციის სასამართლოში ხელახლა განსახილველად დაბრუნების საფუძვლები.

6. სასამართლოს გადაწყვეტილების დასაბუთება იმდენად არასრულია, რომ მისი სამართლებრივი საფუძვლიანობის შემოწმება შეუძლებელია

სააპელაციო სასამართლომ უნდა შეამოწმოს გასაჩივრებულ გადაწყვეტილებაში (განჩინებაში) ჩამოყალიბებული სამართლებრივი შეფასების სისწორე, მისი შესაბამისობა სამართლის ნორმის შემადგენლობის აბსტრაქტულ ნიშნებთან, ნორმის აზრთან და შინაარსთან. მაგრამ ეს შეუძლებელი იქნება, თუ გადაწყვეტილებიდან არ ჩანს, რომელი ფაქტები ჩათვალა პირველი ინსტანციის სასამართლომ დადგენილად და, მაშასადამე, რომელი ფაქტები შეაფასა მან სამართლებრივად, რომელ ფაქტებს მიანიჭა ან არ მიანიჭა იურიდიული მნიშვნელობა ამ გადაწყვეტილებისათვის და ა.შ. ცხადია, რომ გადაწყვეტილების შემოწმება საერთოდ შეუძლებელია, თუ არ ჩანს რომელ ფაქტობრივ და სამართლებრივ საფუძვლებს ემყარება იგი.

ერთ-ერთ საქმეზე უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატამ დააკმაყოფილა საკასაციო საჩივრის მოთხოვნა, გააუქმა თბილისის სააპელაციო სასამართლოს განჩინება და საქმე ხელახალი განხილვისათვის დაუბ-

რუნა იმავე სასამართლოს. გადაწყვეტილების გაუქმებას საფუძვლად დაედო სსსკ-ის 394-ე მუხლის „ე პრიმა" ქვეპუნქტი, რომლის თანახმად გადაწყვეტილება ყოველთვის ჩაითვლება კანონის დარღვევით მიღებულად, თუ გადაწყვეტილების დასაბუთება იმდენად არასრულია, რომ მისი სამართლებრივი საფუძვლიანობის შემოწმება შეუძლებელია. საკასაციო პალატამ მიიჩნია, რომ გასაჩივრებული განჩინება დასაბუთებული არ არის, რაც გამოიხატება იმაში, რომ სასამართლოს დავის საგანზე საერთოდ არ უმსჯელია, არ დაუდგენია და არც სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 390-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად მიუთითებია იმ ფაქტობრივ ან/და სამართლებრივ საკითხებზე, რომელსაც დაეთანხმა სასამართლო. იმ შემთხვევაში კი, თუ სააპელაციო სასამართლო არ მიუთითებს დადგენილ ფაქტობრივ გარემოებებზე, შეუძლებელია საკასაციო სასამართლომ შეამოწმოს გასაჩივრებული გადაწყვეტილება. საკასაციო სასამართლო სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 407-ე მუხლის მეორე ნაწილის თანახმად ხელმძღვანელობს სააპელაციო სასამართლოს მიერ დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებებით, ხოლო ამ გარემოებათა დადგენის გარეშე შეუძლებელია სასამართლომ იმსჯელოს გადაწყვეტილების (განჩინების) კანონიერებაზე. სააპელაციო სასამართლო მთლიანად დაეთანხმა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილებას ისე, რომ არ იმსჯელა, რამდენად წარმოადგენდა 2007 წლის 4 მაისის წერილი ვალდებულების აღიარებას და შესაძლო იყო თუ არა აღნიშნულ დოკუმენტზე დაყრდნობით ხანდაზმულობის ვადის შეწყვეტა.

სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 377-ე მუხლის თანახმად სააპელაციო სასამართლო ამოწმებს გადაწყვეტილებას სააპელაციო საჩივრის ფარგლებში ფაქტობრივი და სამართლებრივი თვალსაზრისით, ხოლო შემოწმების შედეგები აისახება სასამართლოს მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებაში. აღნიშნულიდან გამომდინარე სასამართლო ვალდებული იყო ემსჯელა სააპელაციო საჩივარში მითითებულ არგუმენტებზე და გაეზიარებინა ან უარეყო პირველი ინსტანციის სასამართლოს დასკვნები.[16]

7. სასამართლოს გადაწყვეტილებას ხელს არ აწერენ ის მოსამართლეები, რომლებიც გადაწყვეტილებაში არიან აღნიშნულნი

სსსკ-ის 249-ე მუხლის მეორე ნაწილის თანახმად გადაწყვეტილების შესავალ ნაწილში უნდა აღინიშნოს ამ გადაწყვეტილების გამომტანი სასამართლოს შემადგენლობა. ცხადია, რომ გადაწყვეტილებას ხელს უნდა აწერდეს ის მოსამართლე (მოსამართლეები), რომელიც აღნიშნულია გადაწყვეტილებაში, კერძოდ, მის შესავალ ნაწილში. თუ კანონის ეს დანაწესი დარღვეულია, ე.ი. გადაწყვეტილებას ხელს აწერს არა ის მოსამართლე, რომელიც აღნიშნულია გადაწყვეტილებაში, არამედ სხვა მოსამართლე ან სხვა მოსამართლეები, მაშინ

[16] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სამოქალაქო საქმეებზე. 2010 №13, 130-132.

გადაწყვეტილება უდავოდ უნდა გაუქმდეს.

გადაწყვეტილება უნდა გაუქმდეს იმ შემთხვევაშიც, როდესაც საქმის მასალებით უტყუარად დასტურდება, რომ საქმის განხილვაში მონაწილეობდა სხვა მოსამართლე, ხოლო გადაწყვეტილებაში მითითებულია და ამ გადაწყვეტილებას ხელს აწერს სხვა მოსამართლე.[17]

8. გადაწყვეტილება გამოტანილია იმ მოსამართლეების მიერ, რომლებიც ამ საქმის განხილვაში ადრე მონაწილეობდნენ

სსსკ-ის 29-ე მუხლის (საქმის განხილვაში მოსამართლის განმეორებით მონაწილეობის დაუშვებლობა) იმპერატიული დანაწესი ემყარება ერთ მეტად გონივრულ პრინციპს: გადაწყვეტილების კანონიერების თუ დასაბუთებულობის შემოწმება არ შეიძლება მიენდოს, იმ მოსამართლეს, რომელმაც ეს გადაწყვეტილება გამოიტანა.

ამ მუხლის ანალიზის, მისი აზრისა და შინაარსის საფუძველზე შეიძლება ჩამოვაყალიბოთ შემდეგი შინაარსის პრაქტიკული წესი: ერთი და იგივე მოსამართლე ვერ მიიღებს მონაწილეობას ერთი და იმავე საქმის სხვადასხვა ინსტანციის სასამართლოში განხილვისას.[18]

9. საქმეში არ არის პირველი ინსტანციის სასამართლოს სხდომის ოქმი

სხდომის ოქმი არის უაღრესად მნიშვნელოვანი საპროცესო დოკუმენტი, რომელშიც აისახება პროცესის მსვლელობა (საპროცესო მოქმედებანი) მთლიანად, მხარეთა და მესამე პირთა ახსნა-განმარტებანი, მოწმეთა ჩვენებები, ექსპერტთა და სპეციალისტთა მოსაზრებები, მტკიცებულებათა გამოკვლევის შედეგები და ა.შ.

ცხადია, რომ სხდომის ოქმის გარეშე შეუძლებელია გადაწყვეტილების შემოწმება, როგორც სააპელაციო, ისე საკასაციო საჩივრის საფუძვლიანობის გარკვევა.[19]

მოქმედი სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობა ითვალისწინებს სასამართლოს სხდომების და მხარეთა მონაწილეობით მიმდინარე საპროცესო მოქმედებების შესრულებისას სასამართლოს სხდომის ოქმის შედგენის აუცილებლობას, მის წესსა და პირობებს. სასამართლო სხდომის ოქმი ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი საპროცესო დოკუმენტია, რომელიც სრულად ასახავს საქმის წარმოების მომდინარეობას, მხარეთა, მოწმეთა და პროცესის სხვა მონაწილეთა განმარტებებსა და რიგ საპროცესო მოქმედებებს. ამდენად, სასამართლოს სხდომის ოქმი არის მტკიცებულება იმის დასადასტურებლად, თუ

[17] *ღიღუაშვიღი თ., ხჩუსტაღი ვ.,* საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, გამომცემლობა „სამართალი“, 2007, 697.

[18] *ღიღუაშვიღი თ. ხჩუსტაღი ვ.,* საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, გამომცემლობა „სამართალი“, 2007, 56.

[19] *ღიღუაშვიღი თ., ხჩუსტაღი ვ.,* საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, გამომცემლობა „სამართალი“, 2007, 697-698.

რა საპროცესო მოქმედება შეასრულა სასამართლომ და რა შედეგები მოჰყვა ამ მოქმედებებს. სასამართლო სხდომის ოქმის არსებითი მტკიცებულებითი მნიშვნელობიდან გამომდინარე, ოქმის საქმეში არ არსებობა გადაწყვეტილების გაუქმების აბსოლუტური საფუძველია.[20]

დასკვნა

„საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“ საქართველოს 2022 წლის 18 ოქტომბრის კანონით განისაზღვრა, რომ სარჩელში, მოპასუხის წერილობით პასუხში (შესაგებელში), სააპელაციო საჩივარში, სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილებაში შეიძლება მიეთითოს აგრეთვე ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციისა და მისი დამატებითი ოქმების ნორმები და მსგავს სამართლებრივ საკითხზე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტები.

ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტების გამოყენება საქართველოს სასამართლოების პრაქტიკაში განსაკუთრებული მნიშვნელობისაა. ასეთი სტანდარტების გამოყენება უდავოდ ხელს შეუწყობს, რომ ქართული სასამართლო პრაქტიკა მაქსიმალურად შესაბამისობაში მოვიდეს ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპულ სტანდარტებთან.

[20] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სამოქალაქო საქმეებზე. 2010. №9, 128-134.

*ზვიად გაბისონია**

ინტერნეტის სამართლებრივი რეგულირების ზოგიერთი დოქტრინული ასპექტი

1. ინტერნეტი და ციფრული პლატფორმების სამართლებრივი რეგულირების არსი

„კიბერსივრცე – ეს არის შესანიშნავი ახალი მოედანი ძველი თამაშებისთვის“ – შენიშნავს ცნობილი ამერიკელი მეცნიერი ჯ. სომერი[1]. შესაძლებელია თუ არა იცოდე სამართალი, მხოლოდ სამართლის შესწავლით – ესაა კითხვა, რომელიც პასუხს მოითხოვს. კანონმდებლობის განვითარება დიდწილად დამოკიდებულია ეკონომიკის განვითარებასთან, თანამედროვე დროში – გლობალური ეკონომიკის განვითარებასთან[2]. გლობალურ ეკონომიკას, როგორც ისტორიულად ახალ რეალობას, უნარი შესწევს იმუშაოს, როგორც ერთიანი სისტემა რეალურ დროში მთელი პლანეტის მასშტაბით[3]. ეკონომიკის გლობალიზაციას მივყავართ სამართლის გლობალიზაციისკენ[4].

როგორც ჩანს, სამართალი კვლევის პროცესში რაც უფრო მიუახლოვდება ეკონომიკას, მით უფრო საიმედო იქნება დასკვნები და პროგნოზები, რადგან სწორედ ეკონომიკური და სოციალური ცვლილებები განაპირობებს სამყაროს მოწყობის ახალი სურათის ფორმირებას. გერმანიის ბამბერგის ოტო ფრიდრიხის უნივერსიტეტის პროფესორს, მ. ეკარდტს, შემოაქვს ცნება – „ევოლუციური ეკონომიკა“. იგი სამართალში მიმდინარე კანონმდებლობის თანამედროვე ცვლილელებს ხსნის საკანონმდებლო და სააღსრულებო დონეზე მიმდინარე ცვლილებებით, როგორც მექანიზმებს, რომლებიც აფართოებენ სამართლის და ეკონომიკის თანაგანვითარების პერსპექტივას[5]. მსოფლიოს ახალი ეკონო-

* ბიზნესისა და ტექნოლოგიების უნივერსიტეტის პროფესორი, კვლევების ცენტრის დირექტორი.

1 Sommer J. H., Against Cyberlaw // Berkeley Technology Law Journal. 2000. Vol. 15. 1231 (ბოლო ნახვის თარიღი 09.05.2020).

2 *Мажорина М.В.,* Цифровые платформы и международное частное право, или есть ли будущее у киберправа?, №2 (147) 02.2019, 108. იხ. https://cyberleninka.ru/article/n/tsifrovye-platformy-i-mezhdunarodnoe-chastnoe-pravo-ili-est-li-buduschee-u-kiberprava (ბოლო ნახვის თარიღი 09.05.2020).

3 *Кастельс М.* Информационная эпоха: экономика, общество и культура // URL: http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Polit/kastel/02.php (ბოლო ნახვის თარიღი 09.05.2020).

4 ეკონომიკის გლობალიზაციის გავლენის შესახებ სამართალზე იხ.: *Snyder F.* Economic globalisation and the law in the 21st century // *Sarat Austin* (ed.) The Blackwell Companion to Law and Society. Blackwell Companions to Sociology. Blackwell Publishing. 2004. 624-640 (ბოლო ნახვის თარიღი 09.05.2020).

5 *Calliess G.P., Zumbansen* P., Law, the State, and Evolutionary Theory: Introduction // URL: https://works.bepress.com/peer_zumbansen/89/ (ბოლო ნახვის თარიღი 09.05.2020).

მიკური მოწყობა აღარ კმაყოფილდება მანამდე მიღებული სამართლებრივი რეგულირების მექანიზმებით. როდესაც იცვლება „სამყაროს სახე“, აუცილებელია კანონმდებლობის შეცვლაც.[6]

გლობალიზაცია ჯერ კიდევ არასაკმარისად არის შესწავლილი მისი კანონმდებლობაზე ზემოქმედების თვალსაზრისით და უკვე განიცდის რეკონფიგურაციას ე.წ. ღრუბლოვანი არქიტექტურის და პლატფორმების გამოჩენასთან ერთად. პლატფორმა მისი უმარტივესი ფორმით განისაზღვრება, როგორც ციფრული ონლაინმექანიზმების ერთობლიობა, რომელთა ალგორითმები ემსახურება ეკონომიკური და სოციალური საქმიანობის ორგანიზებას და სტრუქტურას[7]. ასე რომ, თანამედროვე ეკონომიკაში ერთ-ერთმა რევოლუციურმა ცვლილებამ –ახალი ბიზნესისა და პლატფორმის ტიპის საკომუნიკაციო სტრუქტურების გაჩენამ – საფუძველი ჩაუყარა ახალ ტერმინოლოგიას აქტუალური ფენომენების ასახსნელად.

დღეს აქტუალური კვლევის ობიექტია „მოთხოვნითი ეკონომიკა“ (the on-demand economy)[8], „ერთობლივი მოხმარების ეკონომიკა“ (the sharing economy)[9], „ერთობლივი ეკონომიკა“ (the peer-to-peer economy (P-2-P)[10], „სამომხმარებლო ეკონომიკა“, (the human-to-human economy (H-2-H)[11], consumer-to-consumer economy (C2C), განაცხადის ეკონომიკა, (the App economy)[12], „საყოველთაო უბერიზაცია“ (the Uberization of everything)[13] და სხვ.

ყველა ეს ტერმინი აღნიშნავს რევოლუციური ციფრული პლატფორმის ამა თუ იმ ასპექტს, დემონსტრირებას უკეთებს პარადიგმულ ძვრებს ჩვენს მიერ წარმოების, მოხმარების, მუშაობის, დაფინანსების და სწავლის წესში[14]. ასეთი გლობალური პლატფორმების მაგალითებია Uber, eBay, Alibaba, Airbnb, Google, Amazon და ა.შ. ყველაზე ცნობილი თანამედროვე პლატფორმები მოვიდნენ B2C-კონტრაქტების და მომსახურების სფეროებიდან.

---

[6] Mak V., Globalization, Private Law and New Legal Pluralism // New York University School of Law. New York, 2015. 3 (ბოლო ნახვის თარიღი 09.05.2020).

[7] *Kenney M.*, Zysman J. The Rise of the Platform Economy // Issues in Science and Technology. 2016. Vol. 32. No. 3. 61, 65. (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

[8] *Hill K.*, Meet the Lawyer Taking on Uber and the Rest of the On-Demand Economy // URL: http://www.fusion.net/story/118401/meet-the-lawyer-taking-on-uber-and-the-on-demand-economy (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

[9] იხ. *Шваб К.*, Четвертая промышленная революция М. Эксмо, 2018. 39: თარგმნილია ინგლისური ტექსტიდან: The Rise of the Sharing Economy // Economist. May 9. 2013. URL: http://www.economist.com/node/21573104 (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

[10] The Rise of the Sharing Economy.

[11] *Lowery T.*, Human to Human (H2H) – Collaboration Is the New Competition // URL: http://www.huffingtonpost. com/tom-lowery/human-to-humancollaborati_b_4696790.html (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

[12] *Meyer R.*, The App Economy Is Now 'Bigger Than Hollywood' // URL: http://www.theatlantic.com/technology/archive/2015/01/the-app-economy-is-now-bigger-than-hollywood/384842 (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

[13] Freeman S., ციტირებული სტატია (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

[14] *Lobel O.*, The Law of the Platform // Minnesota Law Review. 2016. Vol. 101. 89 (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

2. ინტერნეტსამართალი და „პლატფორმის სამართალი"

ინტერნეტსამართალს, ისევე როგორც ყველა ინოვაციურ დარგსა თუ სფეროს, თავისი წილი ოპონენტები და სკეპტიკოსები ჰყავს. ერთ-ერთი გამოკვეთილი მოწინააღმდეგე ამერიკელი მოსამართლე ფრენკ გ. ისტერბრუკია. მისი თქმით, „იურისტების რწმუნება კომპიუტერების შესახებ, მათი პროგნოზები ახალ ტექნოლოგიებზე დიდი ალბათობით ყალბი აღმოჩნდა. მან უნდა შეარყიოს ჩვენი სურვილი კიბერსივრცის სამართლებრივი კონსტრუქციების შექმნისათვის. უსინათლოები – არ არიან საუკეთესო გამტარები"[15].

ფრენკ გ. ისტერბრუკი, თავის ალეგორიულად მდიდარ სტატიაში, ინტერნეტსამართალს ე.წ. „ცხენების სამართალს" (Law of the horse) მიიჩნევს, რომ ყველა სამართლებრივი ურთიერთობისათვის ახალი დარგის გაჩენა არაპრაქტიკულია. იგი აღწერს, თუ რა შეუძლიათ მოიმოქმედონ იურისტებმა ინტერნეტსივრცის რეგულირების დროს, თუ ეს საერთოდ შესაძლებელია. მისი აზრით, ჩვენ ვიმყოფებით მულტიდისციპლინარული დილეტანტიზმის ან იდეების სტერილიზაციის გადაჯვარედინების რისკის ქვეშ. კანონმდებლობაში შეცდომების უმეტესობა წარმოიქმნება მაშინ, როდესაც ტექნოლოგიის განვითარება მიიწევს წინ. რა უნდა გაკეთდეს ამისათვის? ისტერბრუკის თქმით, იურისტებს საშუალება უნდა მიეცეთ, არ შეეცადონ არასრულყოფილ იურიდიული სისტემა მოარგონ განვითარებულ სამყაროს, რომელსაც ჩვენი ცუდად ესმის. ამის ნაცვლად, განვითარებადი სამყაროს მობინადრეებს საშუალება უნდა მიეცეთ, მიიღონ საკუთარი გადაწყვეტილებები[16]. უდავო პოზიცია ჩამოყალიბებულია სამართლის „post-factum" ლოგიკაში. ნუთუ ასეთი დიდი უფსკრულია ინტერნეტსივრცესა და კანონს შორის, ასეთი მიუწვდომელია „კიბერმასონობა" და საჭიროა თუ არა საყოფაცხოვრებო ტექნიკაში გარკვევა, რათა დარეგულირდეს მაგალითად, ნასყიდობის გარიგებები?

პოზიტივისტურ-სამართლებრივი პარადიგმის თანახმად, კანონი სახელმწიფოს მხარესაა და აქვს ტერიტორიული ხასიათი, რომელიც ლოკალიზებულია სახელმწიფოების საზღვრებში. ტექნოლოგიების საინფორმაციო-საკომუნიკაციო განვითარების პირობებში ფორმულირდება და ვითარდება ახალი სივრცე – კიბერსივრცე. ინტერნეტი, მისი ტრანსსასაზღვრო ხასიათის გამო, მეცნიერებში აღვიძებს სურვილს, რომ გადააკვალიფიცირონ ის, როგორც sui generis იურისდიქცია, თვითმმართველობისა და იძულების საკუთარი მექანიზმებით.[17]

ვფიქრობთ, რომ მოსამართლე ისტერბრუკის აზრი საკმაოდ კონსერვატიულია და არ ასახავს თანამედროვე, იურიდიული მეცნიერების ტენდენციებს. მაგალითად, ისტერბრუკი უარყოფს ენერგეტიკის, სპორტის, განათლების სამართლის არსებობას, რაც თანამედროვე სამართლისთვის სრულიად მისაღებია. უფრო მეტიც, გადაუჭარბებლად უნდა ითქვას, რომ ბევრი სამართლის დარგი,

[15] *Easterbrook F. H.*, Cyberspace and the Law of the Horse // University of Chicago Legal Forum. 1996. Vol. 1996. 207 (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

[16] *Easterbrook F. H.*, მითითებული სტატია, 207, 215-216 (ბოლო ნახვის თარიღი 15.05.2020).

[17] *Radin M. J., Wagner R. P.*, The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace // Chicago-Kent Law Review. 1998. Vol. 73. 1307 (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

სწორედ გარკვეულ ფორმაციაში გაჩენილი ერთგვაროვანი სამართლებრივი ურთიერთობებისათვის რეგულირების აუცილებლობის წარმოშობის შედეგად შეიქმნა. ამის საუკეთესო მაგალითია საბანკო სამართალი, სადაზღვევო სამართალი ან თუნდაც საინვესტიციო სამართალი. სადაზღვევო საქმიანობის წარმოშობამდე სადაზღვევო სამართლის საჭიროება დღის წესრიგში არც კი დამდგარა. ინვესტიციები, როგორც კაპიტალის დაბანდების ფორმა ერთი სუბიექტის მხრიდან მეორე სუბიექტის საქმიანობაში გვიანი შუა საუკუნეებიდან არსებობდა, მაგრამ სამართლის დარგის გაჩენა გამოიწვია მე-20 საუკუნის 60-იან წლებში დაწყებულმა ინვესტირების ბუმმა და მისგან გამომდინარე სამართლებრივი რეგულირების აუცილებლობამ, რამაც, თავის მხრივ, ახალი სამართლის დარგი – საინვესტიციო სამართალი წარმოშვა.

იგივე შეიძლება ითქვას ინტერნეტსამართალზე. დღეისათვის ინტერნეტის გავლენა ადამიანთა ცხოვრების პრაქტიკულად ყველა სფეროზე იმდენად მძლავრია, რომ ინტერნეტსამართლის და მისი ქვედარგების, როგორც სამართლის დამოუკიდებელი დარგებისა და ინსტიტუტებისა, არა მარტო სასურველი, არამედ აუცილებელიცაა.

როგორც შვეიცარიელი პროფესორი ტ. შულცი აღნიშნავს, სოციალური ნორმატივიდან სამართლებრივ სისტემამდე ევოლუცია მიმდინარეობს თანდათანობით. არის მრავალრიცხოვანი შუალედური ეტაპი ჩვეულებრივ სოციალურ წესრიგსა და სრულფასოვან სამართლებრივ სისტემას შორის. ამასთან, ავტორს შემოაქვს გარკვეული ტესტი, რომელიც საშუალებას აძლევს ამა თუ იმ ნორმატიულ სისტემას კვალიფიცირდეს, როგორც სამართლებრივი: თუ მოცემულ მარეგულირებელ სისტემას აქვს ავტონომიური იურისდიქცია, მიიღოს წესები და უზრუნველყოს მათი აღსრულება, ის ქმნის იურიდიულ სისტემას. ეს კი ნიშნავს, რომ ასეთ მარეგულირებელ სისტემას აქვს საკანონმდებლო, სასამართლო და აღმასრულებელი იურისდიქცია, რაც საშუალებას აძლევს მას იყოს ავტონომიური სხვა სისტემებისგან.[18]

ინტერნეტმომხმარებელთა თავისუფლება პროვაიდერების, ვებგვერდების არჩევის საკითხთან დაკავშირებით შეიძლება გამოიხატოს შესაბამისი ინტერნეტრესურსის არჩევაში, მისი წესების სავარაუდო დაცვით. ონლაინ-პლატფორმები არსებობენ ჩართვა-გამორთვა ან წვდომა-არწვდომის ლოგიკით, რომელიც განსაზღვრულია გარკვეული წესებით, რომელთაც მომხმარებელი იღებს ან არ იღებს. სააღსრულებო ორგანოებსაც შეუძლიათ იმუშაონ ონლაინრეჟიმში – ე.წ. სისტემური ოპერატორები, „სისოპები“ (sysop – system operator), რომელთაც აქვთ უფლება გამოიყენონ ინტერნეტჯგუფიდან „გაძევების“ მექანიზმი, ან „აკრძალვა“ (banishment)[19]. ამასთან, კანონშემოქმედად ამ გარემოში გამოდის თვით ონლაინგანათლება, რომელზეც მომხმარებლები ფაქტობრივად დელეგირებას უკეთებენ წესების შემუშავებას, რომლებიც ახდენენ ონლაინკომუნიკაციას. ასე წარმოიქმნება „ინტერნეტსამართალი“ (law

[18] *Schultz T.,* Private legal systems: what cyberspace might teach legal theorists // Yale Journal of Law and Technology. 2008. Vol. 10. 168, 173-176. (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[19] *Radin M. J., Wagner R. P.* Op. cit. 1310. (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

of the Internet) – არა იმიტომ, რომ ეს გადაწყვიტა უმაღლესმა ხელისუფლებამ, არამედ როგორც გარკვეული პრიორიტეტების ერთობლიობა, რომელიც შერჩეულია გარკვეული ოპერატორების მიერ. ისინი არიან პოლიტიკის შემქმნელები და ინდივიდუალური მომხმარებლები, რომლებიც განსაზღვრავენ, თუ რომელ ონლაინსაზოგადოებას მიუერთდნენ.[20]

ინტერნეტთანამეგობრობის მმართველობა ტრანსსასაზღვრო ოპერაციებთან ერთად არის ის სფერო, სადაც დომინირებს კერძო მმართველობა.[21] გლობალური ციფრული პლატფორმები წარმოადგენს ტრანსსასაზღვრო კერძო სამართლის ურთიერთობების წარმოშობის, შეცვლისა და შეწყვეტის სცენას, რომლის რეგულირებისთვის გამოიყენება მრავალრიცხოვანი სამართლებრივი ინსტრუმენტები, რომელთაგან ერთ-ერთი არის ტრანსსასაზღვრო ხელშეკრულება, როგორც საერთაშორისო კერძო სამართლის ცენტრალური ინსტიტუტი, ყიდვა-გაყიდვის ან მომსახურების ოპერაციებისათვის, ან ელექტრონული სისტემის მეშვეობით, როგორიცაა ინტერნეტი და სხვა კომპიუტერული ქსელები, გამოჩნდა ტერმინი m-commerce (მობილური კომერცია), რაც გულისხმობს გარიგებას, დაკავშირებულს საკუთრების ან საქონლისა და მომსახურების გამოყენების უფლების გადაცემასთან და რომელიც ინიცირებულია ელექტრონული მოწყობილობების მობილური წვდომით კომპიუტერულ ქსელებზე.[22]

სამართლისა და ინფორმაციული ტექნოლოგიების დაპირისპირებისას წარმოიქმნება სხვადასხვა ტიპის სამართლებრივ ურთიერთობათა ერთობლიობა, რომელიც სპეციალურ ლიტერატურაში გვხვდება სხვადასხვა ტერმინით: კომპიუტერული სამართალი (Computer law),[23] კიბერსამართალი ან კიბერსივრცის სამართლი (Cyber or cyberspace law),[24] ელექტრონული კომერციული სამართალი (electronic commerce law),[25] ელექტრონული Lex Mercatoria (e-merchant law),[26] ინტერნეტსამართალი (internet law),[27] საინფორმაციო ტექნოლოგიების

[20] *Post D.,* Governing Cyberspace // Wayne Law Review. 1992. Vol. 43. (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[21] *Schiek D.* Private rule-making and European governance – issues of legitimacy // European Law Review. 2007.20 (1), 3 (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[22] *Wild Ch., Weinstein S., MacEwan N., Geach N.,* Electronic and Mobile Commerce Law: An analysis of trade, finance, media and cybercrime in the digital age. Hatfield Hertfordshire: University Of Hertfordshire Press, 2011. VIII (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[23] *Reed C., Angel J.* (eds). Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology. Oxford University Press, 2011; *Bainbridge D.* Introduction to Computer Law. 5th edn. Pearson Education Limited, 2004; *Raysman R.* Computer Law: Drafting and Negotiating Forms and Agreements // Law Journal Press. 1984. (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[24] *Bird R. and Others.* Cyber Law: Text and Cases. Cengage, 2011; *Rosenoer J.* Cyber Law: The Law of the Internet. Springer, 1997; *Ku R. S. R., Lipton J.* (eds). Cyberspace Law: Cases and Materials. 3rd edn. Aspen Publisher, 2010; *Travis H.* (ed). Cyberspace Law: Censorship and Regulation of the Internet. Routledge, 2013. (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[25] *Wild Ch., Weinstein S., MacEwan N., Geach N.,* ციტირებული სტატია (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[26] *Trakman L. E.* From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law // The University of Toronto Law Journal. 2003. Vol. 53. No. 3. 265-304.

[27] იხ. *Рассолов И. М.* Право и Интернет. Теоретические проблемы. 2-е изд., доп. М. : Норма, 2009; *Smith G. J. H.* (ed). Internet Law and Regulation. Sweet & Maxwell, 2007; *Reed C.* Internet Law: Text and Materials. Cambridge University Press, 2004 ; *Savin A.* EU Internet Law. Edward Elgar Publishing, 2013.

სამართალი (information technology law (ITlaw)),[28] საინფორმაციო სამართალი,[29] ციფრული სამართალი (Digital law),[30] ქსელური სამართალი[31] და ა.შ.

ვინაიდან ინტერნეტკომუნიკაციის მთავარი მიმწოდებელია ციფრული პლატფორმები, რომლებიც ქმნიან მოხმარების და ქცევის წესების ერთობლიობას პლატფორმებზე, სპეციალურ ლიტერატურაში საუბრობენ ე.წ. „პლატფორმის სამართლის“ (the Law of Platform / Platform Law)[32] არსებობაზეც, რომლის ქვესახეობებია ე.წ. „ი-ბეის სამართალი“ (eBay-law),[33] „ვოლ-მარტის სამართალი“ (Wal-Mart law)[34] და ა.შ.

ზემოხსენებული დეფინიციები დეტერმინებულია იმით, თუ რას გულისხმობენ მისი ავტორები და მომხრეები ტერმინში „ქსელი“. თუ ქსელი აღიქმება, როგორც ტექნიკური ფენომენი, მაშინ ქსელის რეგულირების წყაროა „ტექნიკური ქსელის სტანდარტები“ (technical network standards), პროგრამა, კოდები, ოქმები, ვებდიზაინი და სხვა ტექნიკური ნორმები და წესები.[35] ასეთ შემთხვევაში, საუბარი არ არის სამართლებრივი მოდელების გადაცემაზე ქსელურ სფეროზე, ვინაიდან სამართალი არის სოციალური ურთიერთობების მარეგულირებელი.

კიბერსამართლის (Cyber Law) ფორმირების ერთ-ერთი მოწინააღმდეგეა ამერიკელი მეცნიერი და პრაქტიკოსი ჯოზეფ ჰ. სომერი, რომელიც თვლის, რომ კიბერსამართალი არ არსებობს და არ შეიძლება არსებობდეს. მისი შეხედულებები კიბერსამართალზე საკმაოდ ღრმაა და საჭიროებს ყურადღების მიქცევას. ავტორი მიდის დასკვნამდე, რომ სამართლებრივი საკითხების უმეტესი ნაწილი, რომელიც წარმოიქმნა ტექნოლოგიების განვითარებასთან დაკავშირებით, ახალი სულაც არ არის (მაგალითად, ბანკირები კიბერსივრცეში მუშაობენ უკვე 150 წელია, ტელეგრაფის გამოჩენის მომენტიდან) და მოქმედი კანონმდებლობა საკმარისად მოქნილია, რათა გაუმკლავდეს შესაბამის გამოწვევებს. ამრიგად, ჯ. სომერი აღნიშნავს, რომ „დელიკატური“ სამართალი სუ-

[28] *Murray A.*, Information Technology Law: The Law and Society. Oxford University Press, 2010; *Lloyd I.* Information Technology Law. 6th edn. Oxford University Press, 2011; *Rowland D., Kohl U.*, Charlesworth A. Information Technology Law. 4th edn. Routledge, 2012; Mooney Cotter A.-M., Babe C. (eds). Information Technology Law. Cavendish, 2004.

[29] იხ. *Рассолов И. М.*, Информационное право : учебник для магистров. 2-е изд., испр. и доп. М.: Юрайт, 2013; *Бачило И. Л.*, Актуальные проблемы информационного права // НТИ (теоретические проблемы информационного права). 2001. № 9.

[30] *Радченко М. Ю., Горбунов В. П.*, Цифровое право будущего // Третья Всероссийская конференция «Право и Интернет: теория и практика», 28-29 ноября 2000. 47-53. URL: http://www.hostcentre.ru/hosting/ files/5_2/pr_int.pdf. (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[31] *Голоскоков Л. В.*, Теория сетевого права / под ред. *А. В. Малько.* СПб., 2006. 32.

[32] *Katyal S. K., Grinvald L. C.* Platform Law and the Brand Enterprise // Berkeley Technology Law Journal. 2017. Vol. 32. 1135-1182.

[33] *González A. G.*, eBay Law: The legal implications of the C2C electronic commerce model // Computer Law & Security Review. 2003. Vol. 19. Iss. 6 December. 468-473; *Katsh E., Rifkin J., Gaitenby A.*, E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law» // Ohio State Journal on Dispute Resolution. 2000. Vol. 15. No. 3. 705-734.

[34] *Backer L. C.*, Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator // Connecticut Law Review. 2007. Vol. 39. No 4. May. 3-46.

[35] *Vesting T.*, The Autonomy of Law and the Formation of Network Standards // German Law Journal. 2004. Vol. 5. No. 6. 644-645.

ლაც არ არის „საავტომობილო სამართალი“, მიუხედავად იმისა, რომ ავტოავარია ზიანის მიყენების ქრესტომატიული მაგალითია.

სომერის აზრით, თანამედროვე ინფორმაციული ტექნოლოგიები არ წარმოადგენს გამონაკლისს. შესაძლოა, რომ ინტერნეტი და სხვა საინფორმაციო ტექნოლოგიები გარდაქმნიან საზოგადოებას, მაგრამ ავტომობილმა, ორთქლის ძრავამ, ინდუსტრიულმა რევოლუციებმა შეცვალეს ამერიკული სამართალი, მაგრამ „ორთქლის ძრავის სამართალი“ არასდროს არსებულა. არსებობს რაიმე საფუძველი, რომ სხვაგვარად ვიფიქროთ „ინტერნეტსამართალთან“ დაკავშირებით? სხვა სიტყვებით, ავტორის აზრით, „კიბერსამართლის“ და „ინტერნეტსამართლის“ კონცეფციები უსარგებლოა.[36]

„სულ ცოტა ხნის წინ ჩვენ დავივიწყეთ „კოსმოსური სამართალი“ და „ატომური ენერგიის სამართალი“, შესაძლოა, ჩვენ კი დავივიწყებთ კიბერსამართალსაც, როგორც კი ინტერნეტი აღარ იქნება აქტუალური და მთავარი ტექნოლოგია. მაგრამ, ჩვენი სამართალი ძველებურად გააგრძელებს რკინიგზის, ელექტროსადგურების და თუნდაც ინტერნეტის წესების დადგენას. ამასთან, ნაკლებად სავარაუდოა, რომ ჩვენ დავაკავშირებთ სამართალს კონკრეტულ ტექნოლოგიასთან“.[37] ჯ. სომერსი ამბობდა, რომ ტექნოლოგიას, კანონის მსგავსად იშვიათად მივყავართ სამართალში არსებით ცვლილებამდე. კიბერსივრცე დღეს არის კიდევ ერთი საბრძოლო მოედანი რამდენიმე ძველი ბრძოლისთვის,[38] ვინაიდან ის აქტუალიზაციას უწევს ბევრ ისეთ პრობლემას, რომელთა გადაჭრა აქამდე ვერ მოხერხდა აქტუალური სამართლებრივი პარადიგმის კონტექსტში. კიბერსივრცე უზრუნველყოფს ძველი დაპირისპირებების (პოლემიკების) რენოვაციას (განახლებას) და იძლევა გარკვეულ იმედებს მათი მოგვარების ახალი მოდელების პოვნისა. ასე მაგალითად, სახელმწიფო სუვერენიტეტის პრობლემა, რომელიც რამოდენიმე ასეული წლის განმავლობაში მოუგვარებელი იყო, განახლებულია ინტერნეტსივრცის ფორმირების პროცესში წარმოქმნილი ინფორმაციის სუვერენიტეტის პრობლემების მეშვეობით. იგივე შეიძლება ითქვას ბევრ სამართლებრივ ინსტიტუტზეც, რომელიც შესაძლოა უფრო ფრთხილად განვიხილოთ „კიბერლუპის“ მეშვეობით.

არსებობს სხვა შეხედულებები ინტერნეტსამართლის, კიბერსამართლის და სხვა კონცეფციების შესახებ, რომლებიც მათ დამოუკიდებელ სამართლის დარგად მიიჩნევენ.

ტ. შულცი, სვავდა რა კითხვას – თუ რა შეიძლება ასწავლოს ინტერნეტსივრცემ სამართლის თეორეტიკოსებს, გამოყოფს ორ ავტონომიურ კერძო სამართლებრივ სისტემას. ავტორი ერთ სისტემას უკავშირებს კორპორაციის მოღვაწეობას დომენური სახელებისა და IP-მისამართების მართვის საკითხებში (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN), მოქმედი სამართლით, რომლისთვისაც უპირატესად ვრცელდება დომენებური სახელე-

[36] *Sommer J. H.*, Against Cyberlaw // Berkeley Technology Law Journal. 2000. Vol. 15. 1147, 1228-1229.
[37] *Sommer J. H.*, ციტირებული სტატია, 1151.
[38] *Sommer J. H.*, ციტირებული სტატია. 1149.

ბის დავების გადაწყვეტის ერთიანი პოლიტიკა (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, ე.წ. UDRP).

UDRP პრეცედენტული სამართალი (UDRP Case Law) ხასიათდება მკაფიო მატერიალური ავტონომიით ეროვნული სასაქონლო ნიშნის კანონებისგან განსხვავებით, რომელიც იზრდება მონაცემთა ბაზის გადაწყვეტილებების/პრეცედენტების ხარჯზე, რომელიც მიღებული იქნა UDRP-ს ჩარჩოებში და ანიჭებს სავაჭრო ნიშნის მფლობელებს გაცილებით მეტ დაცვას, ვიდრე ეროვნული კანონები[39].

როგორც პროფ. შულცი მიუთითებს, მეორე სისტემა მოდელირებულია ცნობილი ამერიკული კომპანიის eBay-ს მიერ. ეს კომპანია აწარმოებს სერვისებს ონლაინ-აუქციონების და ინტერნეტმაღაზიების სფეროში და დაფუძნებულია eBay-ს პოლიტიკაზე. ის ემყარება იმ პრაქტიკას, რომლებიც ვლინდება e-Bay-ს საზოგადოებაში და სინამდვილეში ტრანსნაციონალური ხასიათისაა. e-Bay-ს სისტემის ავტონომია შეიძლება დაიგეგმოს იმ შემთხვევაში, როდესაც ერთი და იგივე სამომხმარებლო დავა წყდება ეროვნულ სასამართლოში ან იყენებს e-Bay-ს დავის მოგვარების მექანიზმებს: პირველ შემთხვევაში გამოიყენება კანონმდებლობის იმპერატიული ნორმები მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ, მეორე შემთხვევაში – e-Bay-ს პოლიტიკა.[40] უცხოურ ლიტერატურაში შეიძლება შევხვდეთ შეხედულებას ე.წ. „e-Bay სამართლის“ კონცეფციის შესახებ (Law of eBay, ანუ eBay law),[41] რომელიც ფაქტობრივად წარმართავს დებატებს კიბერსამართლის ექპერტებს შორის, თუ რამდენად შესაძლებელია კიბერსივრცის ავტონომიური იურისდიქცია ან შესაძლებელია თუ არა ცალკეული სახელმწიფოების კანონების ადაპტირება გლობალური ინფორმაციული ინფრასტრუქტურის რეგულირების უზრუნველსაყოფად[42].

აშშ-ის პენსილვანიის უნივერსიტეტის სამართლის პროფესორი ლ. ბეიკერი ამტკიცებს, რომ ამერიკული კომპანია „ვოლმარტი“ (Walmart), რომელიც მართავს მსოფლიოს უდიდეს საბითუმო და საცალო ქსელს, გახდა მნიშვნელოვანი ფიგურა/მონაწილე კანონშემოქმედების ტრანსფორმაციის პროცესის საქმეში. ეს ტრანსფორმაცია გამოწვევას უკეთებს სახელმწიფოს მარეგულირებელ მონოპოლიას და უნარი შესწევს დაეხმაროს გლობალური ჩვეულებითი სამართლის სისტემის შექმნას. ესმის რა, კანონშემოქმედების შედეგები, როგორც ერთგვარი პროდუქტი, ავტორი მიიჩნევს, რომ ამა თუ იმ სფეროში სამართლებრივი რეგულირების არ არსებობის ან არაეფექტურობის პირობებში (განსაკუთრებით ინტერნეტურთიერთობის რეგულირების სფეროში), სახელმწიფოს კონკურენტებს კანონშემოქმედების სფეროში, რომელთაც ავტორი მი-

[39] *Schultz T.*, ციტირებული სტატია, 178. (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[40] *Schultz T.*, ციტირებული სტატია, 179 (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[41] *González A. G.*, eBay Law: The legal implications of the C2C electronic commerce model // Computer Law & Security Report. 2003. Vol. 19. No. 6. 469-470. (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[42] *Goldsmith J.* L., Against Cyberanarchy // University of Chicago Law Occasional Paper. 1999. No. 40; Goldsmith J. L., Regulation of the Internet: Three Persistent Fallacies // Chicago-Kent Law Review. 1998b. No. 73; Johnson D. R., Post D. Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace // Stanford Law Review. 1996. Vol. 48. 1366-1402.

აკუთვნებს „ვოლმარტსაც“, შეუძლიათ შესთავაზონ კარგი პროდუქტი – პროგნოზირებადი სტანდარტები/ნორმები, რომლებიც აკმაყოფილებს მოლოდინს.[43]

რუსი პროფესორი ი. რასოლოვი, განიხილავს ინტერნეტსამართალს, როგორც სამართლის ინსტიტუტს და მიიჩნევს, რომ ეს არის ნორმებისა და წესების ერთგვარი სისტემური გაერთიანება, რომელიც მიზნად ისახავს სოციალურ ურთიერთობებზე ზემოქმედებას და ის ყალიბდება კომპიუტერული ქსელების და საინფორმაციო რესურსების ერთობლივად გამოყენებისას, რომელიც ეკუთვნის ბევრ სხვადასხვა ორგანიზაციას და მოქალაქეს. გამოკვლეული სამართლის ნორმები არეგულირებს სუბიექტების კავშირს კიბერსივრცეში და მოიცავს რეგულაციებს, ნებართვებს, აკრძალვებსა და რეკომენდაციებს, რომლებიც ეხება ინტერნეტში საინფორმაციო საქმიანობას ზოგადად[44]. ავტორი მიიჩნევს, რომ ქსელური სამართალი არის უფრო გლობალური მოვლენა ინტერნეტსამართალთან შედარებით, რადგანაც ის არა მარტო დაკავშირებულია სუბიექტების მოღვაწეობასთან ინტერნეტის ქსელში, არამედ სხვა ინფორმაციულ და სატელეკომუნიკაციო ქსელებში მათ ურთიერთქმედებასთან.[45]

ვფიქრობთ, ინტერნეტსივრცის სამართლებრივი რეგულირების წარმოდგენილი დოქტრინული ასპექტები ნათლად აჩენს იმ გამოწვევებს, რაც თანამედროვე ინტერნეტსამართლის მიმართ დგას. თუ იმასაც დავამატებთ, რომ თანამედროვე ინტერნეტი ტექნოლოგიების უსწრაფესად განვითარებასთან ერთად იმდენად დინამიურია, რომ შესაძლებელია უახლოეს წლებში სრულიად ახალი განზომილების შესაძლებლობები წარმოიშვას, ნათელია, რომ ინტერნეტის სამართლებრივი რეგულირების აუცილებლობა უფრო მწვავედ დადგება. ამის ერთ-ერთი საუკეთესო მაგალითია მობილური ინტერნეტის განვითარების მასშტაბები.

დღეისათვის 5G ტექნოლოგიების შემოსვლა უდავოდ გამოიწვევს ტექნოლოგიური პროცესის უფრო დიდი სისწრაფით ზრდას, რაც, თავის მხრივ, ხელს შეუწყობს ახალი თაობის კომპიუტერების, ტექნიკის, დანადგარების, რობოტებისა და ხელოვნური ინტელექტის ფუნქციების ზრდას. როგორც ზემოთაც აღვნიშნეთ, 5G ტექნოლოგიების განვითარება დღეს უკვე გახდა ადამიანთა ნაწილის შეშფოთების საგანი. ვფიქრობთ, რომ შიშის საფუძველი არა მხოლოდ ე.წ. ჯანმრთელობისათვის ზიანის მიყენების ვარაუდია, არამედ უფრო ახალი ტექნოლოგიებისადმი ადამიანთა ნაწილის თანდაყოლილი შიში. თუმცა, გადაუჭარბებლად უნდა ითქვას, რომ ამ სფეროს სამართლებრივი რეგულირების გარეთ დარჩენა დიდი რისკების შემცველი ნამდვილად არის.

უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს 2021 წლის 14 იანვარს აშშ-სთან გაფორმებული „5G ქსელების უსაფრთხოების შესახებ მემორანდუმით“ შეუერთდა აშშ სახელმწიფო დეპარტამენტის „სუფთა ქსელის“ ინიციატივას და ამითი გახ-

[43] *Backer L. C.,* Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator //Connecticut Law Review. 2007. Vol. 39. No 4. 3-46.

[44] *Рассолов И. М.*, Право и Интернет, 2009, 19. https://www.twirpx.com/file/150373/ (ბოლო ნახვის თარიღი 18.05.2020).

[45] იქვე, 15.

და 53-ე წევრი სახელწიფო. მემორანდუმის მიხედვით, „მხარეები აღიარებენ, რომ 5G მომწოდებლებმა უნდა უზრუნველყონ ისეთი პროდუქტები და მომსახურება, რაც საშუალებას მისცემს ინოვაციების განვითარებას და ხელს შეუწყობს ეფექტურობას. ამ პროდუქტებმა და მომსახურებებმა უნდა უზრუნველყოს სამართლიანი კონკურენცია და ხელი შეუწყონ შემდგომ განვითარებას ბაზარზე მაქსიმალური მონაწილეების ჩართულობით.

მემორანდუმის შესაბამისად, მომავალი თაობის სატელეკომუნიკაციო ინფრასტრუქტურის უსაფრთხო მიწოდების ჯაჭვის შექმნის ხელშესაწყობად, აშშ და საქართველო როგორც ორმხრივ, ასევე მრავალმხრივ ფორმატში ითანამშრომლებენ ინოვაციებზე, რათა უზრუნველყონ მრავალფეროვანი და ძლიერი მიწოდების ჯაჭვი უსაფრთხო და სანდო მომავალი თაობის უსადენო ტექნოლოგიების ქსელისთვის.

მემორანდუმის საფუძველზე აშშ-ის მთავრობასთან საქართველოს თანამშრომლობა ხელს შეუწყობს 5G ქსელების უსაფრთხოების უზრუნველყოფას, სატელეკომუნიკაციო ინფრასტრუქტურის დაცვას, მონაცემთა დაცვას და ადამიანის კონფიდენციალურობის უზრუნველყოფას, რაც მნიშვნელოვანი ნაბიჯი იქნება მომავალი თაობის სანდო ინტერნეტეკოსისტემის, ციფრული სერვისების და მთლიანად ციფრული ეკონომიკის განვითარებაში.

5G ინტერნეტინფრასტრუქტურის განვითარება ახალი შესაძლებლობაა საქართველოსთვის. ეს არის ახალი თაობის ტექნოლოგია, რომელიც წარმოუდგენელი სიჩქარის კომუნიკაციას და კავშირს უზრუნველყოფს. 5G ტექნოლოგიის დანერგვა ასევე გარდაქმნის და სრულიად ახალ საფეხურზე აიყვანს ისეთ უმნიშვნელოვანეს სექტორებს, როგორიცაა ჯანდაცვა, განათლება, ბიზნესი, სოფლის მეურნეობა და სხვ.

5G ტექნოლოგია ადამიანებს აძლევს უნიკალურ შესაძლებლობას, გაიმარტივონ ცხოვრება და მიიღონ ისეთი მომსახურებები, რომლის რესურსი და შესაძლებლობაც აქამდე არ ჰქონდათ. ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი მიმართულება, რომელსაც ახალი თაობის ინტერნეტი განავითარებს, ჯანდაცვას ეხება. 5G ინტერნეტის მიერ შექმნილი ინფრასტრუქტურა საშუალებას იძლევა, დაინერგოს ახალი ტიპის სამედიცინო პროცედურები. 5G მნიშვნელოვანია განათლების სისტემისთვის, რომელიც პანდემიის შედეგად დიდი გამოწვევის წინაშე დადგა. ინოვაციური ტექნოლოგია განათლების სისტემას აძლევს საშუალებას, უფრო ეფექტურად შეძლონ დისტანციური სწავლება როგორც მოსწავლეებისთვის, ისე სტუდენტებისთვის.

ამიტომ, ინტერნეტის სამართლებრივი რეგულირების საკითხი, როგორც საერთაშორისო საჯარო სამართლის, ასევე შიდასახელმწიფოებრივი რეგულირების დონეზე აუცილებელია. შესაბამისად, ვფიქრობთ, რომ ინტერნეტინფრასტრუქტურის შემდგომი განვითარება და მის ქსელში ახალი მიმართულებების გაჩენა სულ უფრო დიდი გამოწვევების წინაშე დააყენებს ქვეყნებს და აიძულებს მათ, იფიქრონ მის მეტ სამართლებრივ რეგულირებაზე. თუმცა, აქვე უნდა ითქვას, რომ ინტერნეტის სამართლებრივი რეგულირება არ უნდა გულისხმობ-

დეს განუწყვეტელი აკრძალვების და შეზღუდვების დაწესებას. ეს, ერთი მხრივ, გაზრდის ინტერნეტქსელის მონაწილეთა უნდობლობას სახელმწიფო რეგულაციებისადმი და ბევრ პროცესს „ჩრდილში“ გადაიყვანს, მეორე მხრივ, კი სწორი რეგულირება ხელს შეუწყობს სხვადასხვა უნიკალური პროდუქტის თუ მიმართულების განვითარებას.

შესაბამისად, გადაუჭარბებლად უნდა ითვას, რომ ინტერნეტსამართალი მომავლის სამართლის დარგია და მისი განვითარება წარმოუდგენელ ახალ შესაძლებლობებს იძლევა მომავალში, მათ შორის, იურიდიულ მეცნიერებაშიც.

*ნონა თოდუა**

თანამონაწილეობის საკითხი სპეციალურ დელიქტში და დანაშაულის მომზადების სტადიაზე**

სტატიაში განხილულია დანაშაულში თანამონაწილეობასთან დაკავშირებული ორი პრობლემური საკითხი:

ა) რა სპეციფიკით ხასიათდება თანამონაწილეობა სპეციალურ დელიქტში[1] და

ბ) შესაძლებელია თუ არა დაისვას თანამონაწილეობის საკითხი (როგორც მისი ფართო, ისე ვიწრო გაგებით)[2] დანაშაულის მომზადების სტადიაზე.

დავიწყოთ პირველი საკითხის განხილვით:

I. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის (შემდეგში სსკ) 25-ე მუხლის მე-6 ნაწილი აწესრიგებს სპეციალურ დელიქტში თანამონაწილეობის საკითხს. კერძოდ, იქ ნათქვამია: „ისეთ დანაშაულში თანამონაწილეობისათვის, რომლის ამსრულებელი შეიძლება იყოს ამ კოდექსით გათვალისწინებული შესაბამისი დანაშაულის სპეციალური სუბიექტი, პირს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დაეკისრება როგორც ორგანიზატორს, წამქეზებელს ან დამხმარეს“.

ისმის კითხვა: რა სახის დანაშაული იგულისხმება ისეთ დანაშაულში, რომლის ამსრულებელი შეიძლება იყოს სპეციალური სუბიექტი?

მასში იგულისხმება სპეციალური დელიქტი, რომლის ამსრულებელია მხოლოდ სპეციალური სუბიექტი და არა ყველა სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკს მიღწეული, ბრალუნარიანი პირი.

სწორედ ამ შემთხვევაში ისმის კითხვა: როგორ წყდება თანამონაწილეობის საკითხი ამგვარ სპეციალურ დელიქტში? ა) შესაძლებელია თუ არა მასში

---

* სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი.

** წინამდებარე სტატიას დიდი სიამაყით ვუძღვნი საქართველოში და მის ფარგლებს გარეთ ცნობილი იურისტისა და მეცნიერის, ღირსეული პიროვნების, ჩემი ოჯახის დიდი მეგობრის, ბატონ ლადო ჭანტურიას იუბილეს. ვულოცავ ბატონ ლადოს, მის მშვენიერ მეუღლეს - ქალბატონ დალის და მათ საყვარელ ქალ-ვაჟს ბატონი ლადოს 60 წლის იუბილეს!

[1] სპეციალური დელიქტის არსზე იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 156-157.

[2] თანამონაწილეობის ფართო და ვიწრო გაგების საკითხზე, იხ. *გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღ. თბ. 2019, 413-416; *ო. გამყრელიძე*, სისხლის სამართლის პრობლემები, თბ. 2013, 397-ე და შემდგომი გვერდები; *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 138-140.

თანამონაწილეობა მისი ვიწრო გაგებით (ანუ თუ არის შესაძლებელი ამგვარ საქმეში ფიგურირებდეს ორგანიზატორი, წამქეზებელი ან დამხმარე)? ბ) შესაძლებელია თუ არა თანაამსრულებლობაც (ანუ საქმეში ფიგურირებდეს ორი ან მეტი ამსრულებელი, რომლებიც მეტ-ნაკლები ინტენსივობით, უშუალოდ ასრულებენ დანაშაულის ობიექტურ შემადგენლობას)?[3] გ) შესაძლებელია თუ არა პარალელური ამსრულებლობა?[4] დ) შესაძლებელია თუ არა შუალობითი ამსრულებლობა?[5]

დასმულ კითხვაზე პასუხის გაცემა გაადვილდება, თუ სამსახურებრივი საქმიანობის სფეროში ჩადენილ დანაშაულებს დავყოფთ ორ ჯგუფად:

(1) ისეთი დელიქტები, რომლის ჩადენა შეუძლია მხოლოდ სპეციალურ სუბიექტს, ანუ პირს, რომელსაც უკავია განსაკუთრებული სამსახურებრივი მდგომარეობა. ამდენად, საერთო სუბიექტს მისი ჩადენა არ შეუძლია;

(2) ისეთი დელიქტები, რომლის ჩადენა შეუძლია როგორც სპეციალურ სუბიექტს (მაგ., თანამდებობის პირს), ისე სისხლის სამართლის საერთო სუბიექტს (პასუხისმგებლობის ასაკს მიღწეულ, შერაცხად პირს).

პირველ ჯგუფს მიეკუთვნება შემდეგი დანაშაულები: ქრთამის აღება (338-ე მ.) და პასიური კომერციული მოსყიდვა (221-ე მ-ის მე-3 ნაწ.); სამსახურებრივი გულგრილობა (342 მ.) და გულგრილობა (220 1 მ.); უდანაშაულო პირის მიცემა სისხლისსამართლებრივ პასუხისგებაში (146-ე მ.); გადასახადისათვის თავის არიდება (218-ე მ.); შრომის დაცვის წესის დარღვევა (170-ე მ.) და სხვა.

კერძოდ, **იმისათვის,** რომ მოითხოვო, ან რომ გადმოგცენ მოსყიდვის საგანი შენს სამსახურებრივ საქმიანობასთან დაკავშირებული ქმედების განსახორციელებლად, უნდა გეკავოს შესაბამისი სამსახურებრივი პოზიცია;[6] **იმისათვის,** რომ არ შეასრულო, ან არაჯეროვნად შეასრულო დაკისრებული მოვალეობა (ანუ გამოავლონო დასჯადი გულგრილობა), უნდა გეკავოს შესაბამისი სამსახურებრივი პოზიცია საჯარო ან კერძო სექტორში;[7] **იმისათვის**, რომ უდანაშაულო პირი განზრახ მისცე სს-ივ პასუხისგებაში, უნდა იყო მოხელე (კერძოდ, პროკურორი);[8] **იმისათვის**, რომ თავი აარიდო გადასახადის გადახდას, უნდა გევალე-

---

[3] თანაამსრულებლობის საკითხზე იხ. *გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღ. თბ. 2019, 413-416; *ო. გამყრელიძე*, სისხლის სამართლის პრობლემები, თბ. 2013, 262-265.

[4] პარალელური ამსრულებლობლობის საკითხზე, იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, 196-199.

[5] შუალობითი ამსრულებლობის საკითხზე, იხ. იხ. ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი მე-3, თბ. 2013, 266-272; *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 174-185; *მ. ტუსავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ. 2013, გვ. 326-330; *გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვ. თბ. 2019, 416-419.

[6] კომერციული მოსყიდვის ამსრულებლების საკითხზე იხ. სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი პირველი, ნაწილი მეორე, რედ. *ნ. თოდუა*, თბ. 2023, 252-256. სსკ 338-ე მუხლების ამსრულებლებზე იხ. სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი მეორე, რედ. *გ. მამულაშვილი, ნ. თოდუა*, თბ. 2020, 356-365; 390.

[7] იხ. სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი მე-2, თბ. 2020, 425.

[8] იხ. *ნ. თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი პირვ. ნაწ. პირვ. რედ. *ნ. თოდუა*, თბ. 2023, 418.

ბოდეს მისი დროული გადახდა (ვალდებულებითი დელიქტი);[9] **იმისათვის,** რომ დაარღვიო შრომის დაცვის წესი, სამსახურებრივად პასუხისმგებელი უნდა იყო ამ წესის დაცვაზე და ა.შ.

მეორე ჯგუფს მიეკუთვნება შემდეგი დანაშაულები: თაღლითობა (180-ე მ.), სამსახურებრივი სიყალბე (341-ე მ), სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება (332-ე მ.) და უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება (220-ე მ.), განზრახ უკანონო დაკავება ან დაპატიმრება (147-ე მ.) და სხვა.

კერძოდ, იმისათვის, რომ ჩაიდინო თაღლითობა, სრულებით არაა აუცილებელი, გეკავოს რაიმე სამსახურებრივი პოზიცია და იყენებდე მას – თაღლითობის ძირითადი შემადგენლობის ამსრულებელი საერთო სუბიექტია. რაც შეეხება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ჩადენილ თაღლითობას, იგი ამ დანაშაულის მხოლოდ მაკვალიფიცირებელი (დამამძიმებელი) გარემებაა; **იმისათვის,** რომ დაამზადო ყალბი დოკუმენტი, სრულებით არაა აუცილებელი, გეკავოს რაიმე სამსახურებრივი პოზიცია და იყენებდა მას. ყალბი დოკუმენტის დამზადება თავისუფლად შეუძლია საერთო სუბიექტსაც და ამგვარი შემთხვევისათვის სს კოდექსში არსებობს 362-ე მუხლი; **იმისათვის,** რომ კანონით მინიჭებული უფლებამოსილება გამოიყენო ბოროტად, არაა აუცილებელი, გეკავოს პასუხსაგები სამსახურებრივი პოზიცია საჯარო ან კერძო სექტორში. საერთო სუბიექტსაც შეუძლია ბოროტად (თვითნებურად) გამოიყენოს კანონიერი უფლებამოსილება და ამგვარი შემთხვევისათვის სს კოდექსში არსებობს 360-ე მუხლი (თვითნებობა); **იმისათვის**. რომ თავისუფლება უკანონოდ აღუკვეთო პირს, არაა აუცილებელი, იყენებდე სამსახურებრივ მდგომარეობას – საერთო სუბიექტსაც შეუძლია თავისუფლების უკანონო აღუკვეთის ჩადენა (სსკ 143-ე მ.) და ა.შ.

სპეციალური დელიქტების ამ ჯგუფებად დაყოფას დიდი მნიშვნელობა აქვს სამსახურებრივი საქმიანობის სფეროში ჩადენილ დანაშაულთან დაკავშირებით თანამონაწილეობის საკითხის გარკვევაში, რადგან სპეციალურ დელიქტთა ეს ცალკეული ჯგუფი განსხვავებულ სამართლებრივ შეფასებას უნდა დაექვემდებაროს.

(1) **განვიხილოთ ეს საკითხი სამსახურებრივი საქმიანობის სფეროში ჩადენილი პირველი ჯგუფის იმ სპეციალური დელიქტების მიმართ, როცა მისი ჩადენა შეუძლია მხოლოდ სპეციალურ სუბიექტს.**

ისმის კითხვა: ვის შეუძლია ამ დროს ამსრულებლობა, თანაამსრულებლობა ან შუალობითი ამსრულებლობა?

როგორც უკვე აღინიშნა, ერთ-ერთი ასეთი დანაშაულია ქრთამის აღება (338-ე მ.). მისი ამსრულებელი შეიძლება იყოს მხოლოდ მოხელე, მასთან გათანაბრებული პირი ან სახელმწიფო-პოლიტიკური თანამდებობის პირი. შესა-

[9] ვალდებულებით დელიქტზე იხ. *ო. გამყრელიძე,* საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, ზოგადი ნაწილი, წიგნი პირვ., თბ. 2005, 186; *Heinrich*, AT, II Rn. 1196 *(ჰაინრიხის* ნაშრომზე მითითება აღებულია ქ. *მჭედლიშვილი-ჰედრიხის* ნაშრომიდან: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 187, მე-2 სქოლიო); *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი,* სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 157.

ბამისად, დავას არ იწვევს ის, რომ თუ პირი არ აკმაყოფილებს ამ მოთხოვნას, იგი ვერ იქნება ქრთამის აღების ვერც ერთპიროვნული ამსრულებელი და ვერც თანაამსრულებელი.

მაგალითი:

ერთ-ერთ სახელმწიფო ორგანიზაციაში რიგით მუშაკ პეტრეს, 3 თვის ვადით დაეკისრა ამ ორგანიზაციის ერთ-ერთი მოხელის ფუნქციის შესრულება. იგი შეუდგა ამ ფუნქციის შესრულებას. შეთანხმებით დაწესებული ეს ვადა გავიდა 2020 წლის 3 ნოემბერს, რაც პეტრეს მხედველობიდან გამორჩა. შესაბამისად, მას თავი ისევ მოხელესთან გათანაბრებული პირი ეგონა და ვადის გასვლიდან მეორე დღეს, მოქალაქისგან აიღო თანხა, რათა როგორც მოხელესთან გათანაბრებულ პირს, ამ მოქალაქის სასარგებლოდ განეხორციელებინა გარკვეული ქმედება.

ვინაიდან პეტრე უკვე არაა სსკ 338-ე მუხლის სუბიექტი, მისი ქმედება ქრთამის აღებად ვერ დაკვალიფიცირდება.[10] ამდენად, იგი ვერ იქნება სსკ 338-ე მუხლის ამსრულებელი.

მაგალითი შევცვალოთ:

ზემოთხსენებული ვადის გასვლის შემდეგ (ანუ როცა პეტრე უკვე არ იყო მოხელესთან გათანაბრებული პირი, მაგრამ ეს ფაქტი მხედველობიდან ჰქონდა გამორჩენილი), პეტრემ ამ სახელმწიფო ორგანიზაციის ერთ-ერთ მოხელესთან ერთად, მოქალაქისგან აიღო თანხა, რათა მას და ამ მოხელეს, კოლეგიალურად მიეღო მოქალაქის სასარგებლო გადაწყვეტილება.

ვინაიდან პეტრე უკვე აღარაა სსკ 338-ე მუხლის სუბიექტი, იგი ვერ ჩაითვლება სხვა მოხელის მიერ ჩადენილი ქრთამის აღების თანაამსრულებლად. შესაბამისად, ქრთამის აღება არაა ჩადენილი წინასწარ შეთანხმებით ჯგუფის მიერ, არამედ ქრთამი აღებულია მხოლოდ ერთი ამსრულებლის მიერ, ვინც ნამდვილად წარმოადგენდა მოხელეს.

მაგალითი კვლავ შევცვალოთ:

პეტრემ შეიტყო, რომ ერთ-ერთი სახელმწიფო ორგანიზაციის ხელმძღვანელი (სახელმწიფო მოხელე), ფსიქიკურად დაავადდა, თუმცა ამის შესახებ ამ ორგანიზაციაში ჯერ არავინ იცოდა. მან შეაგულიანა ეს მოხელე, რათა მოქალაქისგან აეღო თანხა და სანაცვლოდ იგი ამ ორგანიზაციის მუშაკად დაენიშნა. ფსიქიკურად დაავადებულმა მოხელემ მართლაც აიღო ეს თანხა და მისცა მოქალაქეს შესაბამისი პირობა.

დადგინდა, რომ მისი ფსიქიკური დაავადება იმ ხარისხის იყო, რომ მას არ შეეძლო გაეცნობიერებინა მის მიერ ჩადენილი ქმედების მართლწინააღმდეგობა. ამის გამო, სსკ 34-ე მუხლის საფუძველზე, სახელმწიფო მოხელეს ბრალად არ შეერაცხება სსკ 338-ე მუხლით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო ქმედება (ქრთამის აღება).

---

[10] უვარგისი სუბიექტის მიერ ჩადენილი ქმედების კვალიფიკაციის შესახებ იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი,* სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 54-55.

ვინაიდან ჩადენილია არა დანაშაული, არამედ სისხლისსამართლებრივი უმართლობა, პეტრეს ქმედება ვერ დაკვალიფიცირდება ქრთამის აღებაში თანამონაწილეობად (წაქეზებად). საქმე ისაა, რომ საქართველოს სსკ 23-ე მუხლის თანახმად „დანაშაულში თანამონაწილეობა ნიშნავს ორი ან მეტი პირის განზრახ ერთობლივ მონაწილეობას განზრახ დანაშაულში“. ამდენად, კანონმდებელი ხაზგასმას აკეთებს განზრახ დანაშაულზე და არა განზრახ ჩადენილ მართლსაწინააღმდეგო ქმედებაზე (განზრახ უმართლობაზე). ამდენად, თანამონაწილეობისთვის არაა საკმარისი ორი ან მეტი პირის განზრახ ერთობლივი მონაწილეობა განზრახ უმართლობაში, არამედ აუცილებელია მათი ერთობლივი მონაწილეობა განზრახ დანაშაულში.

საინტერესოა პეტრე თუ ჩაითვლება ქრთამის აღების შუალობით ამსრულებლად იმ არგუმენტით, რომ მან ეს დანაშაული ჩაიდინა ისეთი პირის მეშვეობით, რომელსაც ამ კოდექსის მიხედვით შეურაცხაობის გამო არ დაეკისრება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა?

პეტრე, რომელიც წარმოადგენს სისხლის სამართლის საერთო სუბიექტს, არ ჩაითვლება ქრთამის აღების შუალობით ამსრულებლად. საერთო სუბიექტი არ შეიძლება იყოს სპეციალური დელიქტის შუალობითი ამსრულებელი, რადგან საერთოდ, სპეციალური დელიქტის როგორც ამსრულებელი, ისე თანაამსრულებელი, შეიძლება იყოს მხოლოდ ის პირი, რომელსაც სპეციალური თვისება აქვს და სპეციალურ მდგომარეობაში იმყოფება[11] (მაგ., არის მოხელე).[12]

ვინაიდან საერთო სუბიექტი – პეტრე თვითონ, საკუთარი გონებისა და ხელის გამოყენებით ვერ ჩაიდენს ქრთამის აღებას, იგი ვერ ჩაიდენს მას ვერც საკუთარი გონებისა და სხვისი ხელის გამოყენებით. ამდენად, გამორიცხულია შუალობითი ამსრულებლობა ქრთამის აღებაში.

რაც შეეხება თანამონაწილეობას (ორგანიზატორობას, წამქეზებლობას ან დახმარებას), სპეციალურ დელიქტებში, იგი არ წარმოადგენს პრობლემას და სავსებით შესაძლებელია.

(2) **ამჟამად განვიხილოთ ეს საკითხი სამსახურებრივი საქმიანობის სფეროში ჩადენილი მეორე ჯგუფის იმ დელიქტების მიმართ, რომელთა ჩადენა შეუძლია არა მხოლოდ სპეციალურ სუბიექტს, არამედ საერთო სუბიექტსაც.**

ამ შემთხვევაში **საერთო სუბიექტის მხრიდან გამორიცხულია** ამსრულებლობა, თანაამსრულებლობა და შუალობითი ამსრულებლობა სპეციალურ შემადგენლობაში (მაგალითად, თაღლითობაში, რაც ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით). თუმცა **არაა გამორიცხული** ამსრულებლობა და შუალობითი ამსრულებლობა არასპეციალურ დელიქტში (მაგალითად, თაღლითობის ძირითად შემადგენლობაში).

[11] *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 186.

[12] უფრო დაწვრილებით სპეციალურ დელიქტში შუალობითი ამსრულებლობის საკითხზე იხ. *თ. წეჰეთელი*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი მე-2, თბ. 2007, 131-133; *ო. გამყრელიძე*, დასახ. ნაშრ. 268-270; *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, დასახ. ნაშრ. 186-189; მ. ტურავა, დასახ. მიმოხილვა, 327.

მაგალითი: პეტრემ გადაწყვიტა, მესაკუთრისაგან დაფარულად, მოტყუებით გაყიდოს ბინა, რომელიც მას არ ეკუთვნის, მაგრამ ნაქირავები აქვს. მან მოატყუა მოქალაქე, თითქოს ის იყო ამ ბინის მესაკუთრე. ისინი ფასზეც შეთანხმდნენ. პეტრე წინასწარვე მოელაპარაკა სახელმწიფო ორგანიზაციაში მომუშავე მოხელეს, რომელსაც უნდა გაეფორმებინა ეს „ნასყიდობის ხელშეკრულება".

მართლაც, მოხელემ ისე წარმოაჩინა საქმის ვითარება, რომ თითქოს, აღნიშნული საცხოვრებელი ფართის მესაკუთრე იყო პეტრე. შესაბამისად, პეტრემ მოტყუებული მოქალაქისგან აიღო შეთანხმებული თანხა და მასთან დადო ფიქტიური ხელშეკრულება ამ სახელმწიფო ორგანიზაციის მოხელის ხელშეწყობით.

ამ შემთხვევაში თაღლითობის ამსრულებელია ორი პირი – პეტრე და ის მოხელე, რომელმაც ასევე მოატყუა მოქალაქე. ამასთან პეტრე არის თაღლითობის მარტივი შემადგენლობის – პირველი ნაწილის ამსრულებელი (თუ სახეზე არაა სსკ 180-ე მუხლით გათვალისწინებული სხვა დამამძიმებელი გარემოება, მაგ., ჩადენილი წინასწარ შეთანხმებით ჯგუფის მიერ). ხოლო მოხელეს ჩადენილი აქვს თაღლითობა, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით (სსკ 180-ე მ. მე-3 ნაწილის „ა" ქვ.).

ვითარება შეიცვლება, თუკი ამ მაგალითში პეტრემ შეცდომაში შეიყვანა მოხელეც, რომელმაც ამის გამო დაამტკიცა ხელშეკრულება, რომელიც ნამდვილი ეგონა. ამ შემთხვევაში, საქმეში გვეყოლება მხოლოდ ერთი ამსრულებელი, რომელსაც დაეკისრება პასუხისმგებლობა თაღლითობისათვის. ესაა პეტრე, რომელიც ვერ ჩაითვლება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ჩადენილი თაღლითობის შუალობით ამსრულებლად. პეტრე კვლავ დარჩება თაღლითობის მარტივი შემადგენლობის ამსრულებლად (თუ სახეზე არაა სსკ 180-ე მ-ით გათვალისწინებული სხვა დამამძიმებელი გარემოება). რაც შეეხება მოხელეს, საქმის ფაქტობრივი გარემოების გათვალისწინებით, მან, როგორც მოხელემ, ან მოხელესთან გათანაბრებულმა პირმა, შესაძლოა, პასუხი აგოს სამსახურებრივი გულგრილობისათვის (სსკ 342-ე მ.).

მეორე მაგალითი: პეტრემ მისატევებელ შეცდომაში[13] შეიყვანა სახელმწიფო ორგანიზაციის მოხელე და ოფიციალურ დოკუმენტში ყალბი მონაცემი შეატანინა. მოხელე არ აგებს პასუხს სსკ 341-ე მუხლით გათვალისწინებული სამსახურებრივი სიყალბისათვის, რადგან სამსახურებრივი სიყალბე განზრახი დანაშაულია, ხოლო მოხელე მოქმედებდა მისატევებელი სამართლებრივი შეცდომის ვითარებაში (სსკ 36-ე მ.), რაც გამორიცხავს არა მხოლოდ განზრახვას, არამედ საერთოდ ბრალს.

რაც შეეხება პეტრეს, იგი არაა სპეციალური დელიქტის – სამსახურებრივი სიყალბის (341-ე მ.) არც ამსრულებელი და არც შუალობითი ამსრულებელი.

[13] მისატევებელი შეცდომის საკითხზე, იხ. მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ. 2013, 220-227; *ნ. თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღ. თბ. 2019, 342-349.

იგი სსკ 362-ე მუხლის (ყალბი ოფიციალური დოკუმენტის დამზადება) შუალობითი ამსრულებელია, რომელმაც ამ საქმეში „ცოცხალ იარაღად" გამოიყენა მოხელე.

მოცემულ მაგალითში დაუშვებელია პეტრეს ქმედების კვალიფიკაცია სამსახურებრივ სიყალბეში თანამონაწილეობად (25, 341-ე მ.). საქმე ისაა, რომ საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობით აღიარებულია თანამონაწილეობის ე.წ. ლოგიკური (და არა ლიმიტირებული) აქცესორობის თეორია,[14] რომლის მიხედვითაც, თუ სახეზე არაა დანაშაული, არც თანამონაწილეობას აქვს ადგილი (სსკ 23-ე მ.). შესაბამისად, **თანამონაწილეობისათვის არაა საკმარისი,** ჩადენილი იყოს სისხლისსამართლებრივი უმართლობა, არამედ ჩადენილი უნდა იყოს დანაშაული (თანაც განზრახი დანაშაული), თავისი სამივე ნიშნით. მოცემულ შემთხვევაში კი მოხელე, მისატევებელი სამართლებრივი შეცდომის გამო, მოქმედებდა ბრალის გამომრიცხველ გარემოებაში (სსკ 36-ე მ.).[15]

2. თანამონაწილეობის საკითხი დანაშაულის მომზადების სტადიაზე

1. ისმის კითხვა: შესაძლებელია თუ არა ადგილი ჰქონდეს თანამონაწილეობას (როგორც ფართო, ისე ვიწრო გაგებით) დანაშაულის მომზადების სტადიაზე? კერძოდ, თუ შეიძლება ამ სტადიაზე გაიმიჯნოს ამსრულებელი და თანამონაწილე, ან დაისვას საკითხი თანაამსრულებლობაზე (ჯგუფურად ჩადენილ დანაშაულზე)?

ამ საკითხის განხილვას დოქტრინაში არა აქვს დათმობილი ყურადღება. ეს არცაა გასაკვირი იმ ქვეყნებთან მიმართებაში (მაგ., გერმანია), სადაც დანაშაულის მომზადება არაა მიჩნეული დასჯად სტადიად და სისხლის სამართლის კოდექსის მხოლოდ კერძო ნაწილშია გათვალისწინებული დანაშაულის მომზადების ცალკეული სპეციალური შემადგენლობები. ხოლო იმ ქვეყნებში, სადაც დანაშაულის მომზადებაც დასჯად სტადიადაა აღიარებული (მაგ., საქართველო), ამ საკითხის განხილვას პრინციპული მნიშვნელობა აქვს პრაქტიკული თვალსაზრისითაც.

როგორც იურიდიულ ლიტერატურაში, ისე სასამართლო პრაქტიკაში სადავო არაა, რომ თანამონაწილეობა შესაძლებელია დანაშაულის მცდელობისას, როცა უკვე დაწყებულია დანაშაულის ობიექტური შემადგენლობის განხორციელება. თუმცა ეს საკითხი სხვაგვარად დგას დანაშაულის მომზადების სტადიაზე.

კერძოდ, ისმის კითხვა: რამდენადაა შესაძლებელი დანაშაულის მომზადებაში მონაწილე პირების დაყოფა ამსრულებლებად და თანამონაწილეებად, ასევე თანაამსრულებლებად?

---

[14] თანამონაწილეობის ე.წ. ლოგიკური, ლიმიტირებული და სხვა სახის აქცესორობის თეორიებზე იხ. ქ. *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 136-137; 204-208.

[15] სსკ 36-ე მუხლის არსზე იხ. *ნ. თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღ. რედ. *გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა,* თბ. 2019, 342-349; *მ. ტუსაია,* სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, თბ. 2013, 220-223.

ვფიქრობთ, ასეთი დაყოფა დოგმატურად შეუძლებელია (სულ მცირე, სადავოა) და ამის მიზეზი არაერთია:

(1) განსხვავებით დანაშაულის მცდელობისაგან, ამ სტადიის ყველა ფიგურანტი მომზადებაში უშუალოდ მონაწილე პირია. მომზადებაში უშუალოდ მონაწილეა ის პირიც, რომელიც მხოლოდ თანხმობას აცხადებს დანაშაულის უშუალოდ ჩადენაზე, რადგან ასეთი თანხმობაც პირობებს ქმნის დანაშაულის ჩასადენად. შესაბამისად, შეუძლებელია, ერთი პირი უშუალოდ ამზადებდეს დანაშაულს, ხოლო მეორე სხვაგვარად უწყობდეს ხელს მის მომზადებას ისე, რომ უშუალო მონაწილეობას არ იღებდეს მომზადების პროცესში;

(2) მომზადება ისეთი ქმედების განხორციელებაა, **რაც არ შედის** დანაშაულის ობიექტურ შემადგენლობაში – იგი ამ შემადგენლობის გარეთ დგას და მხოლოდ პირობებს ქმნის სამომავლოდ (თუნდაც რამდენიმე წუთის შემდეგ) დანაშაულის შემადგენლობის უშუალოდ განხორციელებისათვის.

შესაბამისად, მომზადებისას **ადგილი არა აქვს** დანაშაულის უშუალოდ ჩადენას (მისი ობიექტური შემადგენლობის თუნდაც ნაწილის განხორციელებას), რაც აუცილებელია ამსრულებლისა და თანამონაწილის გამიჯვნისთვის;

(3) საერთოდ, ჯგუფურობა იმიტომაა დანაშაულის მაკვალიფიცირებელი გარემოება, რომ ამ დროს ადგილი აქვს ორი ან მეტი ამსრულებლის (**და არა** ამსრულებელთან ერთად თანამონაწილის) ძალების გაერთიანებას სს-ვი დაცვის ობიექტის წინააღმდეგ, რაც უშუალოდ ქმედების ჩადენისას (და არა მანამდე – დანაშაულის მომზადებისას) ამაღლებს უმართლობის ხარისხს (ანუ ამაღლებს ქმედების საზოგადოებრივ საშიშროებას).[16] შესაბამისად, ჯგუფურობა, როგორც მაკვალიფიცირებელი გარემოება, **სამართლებრივ მნიშვნელობას იძენს მხოლოდ მაშინ,** როცა უკვე დაწყებულია დანაშაულის ობიექტური შემადგენლობა და იმწუთიერი (და არა სამომავლო) საფრთხე ექმნება სამართლებრივ სიკეთეს;

(4) გამომდინარე აქედან, სამართლებრივად მიზანშეუწონელია, დანაშაულის მომზადება შეფასდეს, როგორც ჯგუფურად ჩადენილი დანაშაულის დაუმთავრებელი სტადია. უფრო სწორი იქნება, იგი შეფასდეს დანაშაულის მარტივი შემადგენლობის (მაგ., მკვლელობის ან ქურდობის) მომზადებად -(18, 108-ე მ. ან 18, 177-ე მ. პირვ. ნაწ.), თუ სახეზე არაა ამ დანაშაულის სხვა დამამძიმებელი გარემოება (მაგალითად, ანგარებით მკვლელობის, ან ბინაში უკანონოდ შეღწევით ქურდობის მომზადება);

(5) რაც არანაკლებ მნიშვნელოვანია, მომზადების სტადიაზე რთულია, მასში მონაწილე პირები დაიყოს ამსრულებლებად და თანამონაწილეებად, რადგან ჯერ არაა დაწყებული დანაშაულის ობიექტური შემადგენლობის განხორციელება.

მართალია, შესაძლებელია, პირებს შორის არსებობდეს შეთანხმება, თუ რომელი მათგანი იქნება ამსრულებელი, ხოლო რომელი – თანამონაწილე, მაგრამ ეს მხოლოდ შეთანხმებაა და არავინ უწყის, შესრულდება თუ არა იგი

[16] იხ. *ნ. თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, რედ. *გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა*, თბ. 2019, 477-478.

სინამდვილეში. არაა გამორიცხული, ამსრულებლის ფუნქცია რეალურად შეასრულოს მომზადებაში მონაწილე სხვა პირმა, ან საერთოდ სულ სხვა პირმა, რომელსაც სრულებით არ მიუღია მონაწილეობა ამ დანაშაულის მომზადებაში. ასევე არაა გამორიცხული, მომზადებაში მონაწილე პირები შეთანხმებულები იყვნენ დანაშაულის ჯგუფურად ჩადენაზე და საამისად პირებიც უკვე შერჩეული იყოს, მაგრამ ბოლო მომენტში მოხდეს ისე, რომ დანაშაული უშუალოდ ერთმა პირმა ჩაიდინოს.

განვიხილოთ შესაბამისი მაგალითები.

პირველი მაგალითი: პეტრემ და პავლემ ივანეს მოკვლა გადაწყვიტეს. ისინი შეუდგნენ მკვლელობის მომზადებას – შეიძინეს დანაშაულის იარაღი; შეისწავლეს ივანეს მოძრაობის მარშრუტი და დრო; გაარკვიეს, როდის მოძრაობს იგი მანქანით, ხოლო როდის – ფეხით; დანაშაულის ჩადენის დროზეც შეთანხმდნენ.

როგორც ვხედავთ, სახეზეა მკვლელობის მომზადების სტადია. ამ სტადიაში ორივე მათგანი უშუალოდ მონაწილეობს მკვლელობის მომზადების პროცესში, რომელიც იმგვარ ქმედებაში გამოიხატება, რაც არ გვაძლევს დანაშაულის ობიექტურ შემადგენლობას (ამიტომაა, რომ მომზადება სამართლებრივ სიკეთეს უქმნის არა იმწუთიერ, არამედ მხოლოდ სამომავლო საფრთხეს).[17] მომზადების პროცესში ორივე პირი უშუალოდ რომ არ მონაწილეობდეს, მაშინ თითოეულის ქმედება ვერ დაკვალიფიცირდებოდა მკვლელობის მომზადებად, ასეთად დაკვალიფიცირდებოდა მხოლოდ იმ პირის ქმედება, რომელმაც უშუალოდ მოამზადა იგი.

შესაბამისად, დოგმატურად დასაბუთებული იქნება, თითოეულის ქმედება დაკვალიფიცირდეს მარტივი მკვლელობის მომზადებად (18, 108-ე მ.) და არა ჯგუფური მკვლელობის მომზადებად – ამ ეტაპზე მკვლელობის ჯგუფურად ჩადენა მხოლოდ სავარაუდოა, იგი არაა რეალური, რადგან ჯერ არაა დაწყებული დანაშაულის ობიექტური შემადგენლობა.

კვალიფიკაცია არ შეიცვლება იმ შემთხვევაშიც, როცა პეტრე და პავლე შეთანხმებულები იყვნენ მკვლელობის უშუალო ჩადენაზე და ფუნქციებიც წინასწარვე ჰქონდათ განაწილებული – პეტრეს უნდა გაეკავებინა მსხვერპლი, ხოლო პავლე დანას ჩასცემდა მას.

როგორც ვხედავთ, ამ შემთხვევაშიც სახეზეა მხოლოდ შეთანხმება იმაზე, თუ დანაშაულის მცდელობის სტადიაზე ვინ რა უნდა გააკეთოს, მაგრამ არავინ იცის, დანაშაულის ჩადენისას ორივე მათგანი მართლაც მიიღებს თუ არა უშუალო მონაწილეობას მკვლელობის ობიექტური შემადგენლობის განხორციელებაში.

ამდენად, ამ შემთხვევაშიც ორივე პირის ქმედება მარტივი მკვლელობის მომზადებად უნდა კვალიფიცირდეს (18, 108-ე მ.).

---

[17] დანაშაულის მომზადების სამართლებრივი ბუნების საკითხზე იხ. *თ. წერეთელი,* სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი პირვ. თბ. 2007, 377-405; ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი მე-3, თბ. 2013, 236-242; *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი,* სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ. 2011, 21-34; *მ. ტუსავა,* დასახ. მიმოხილვა, 304-308.

მეორე მაგალითი: პეტრე და პავლე შეთანხმდნენ, ერთად მოეკლათ ივანე. კერძოდ, პეტრეს ხელი უნდა გაეკავებინა მისთვის, ხოლო პავლე დანას ჩასცემდა მას. მათ მსხვერპლის მოძრაობის მარშრუტიც შეისწავლეს. შემდეგ დახმარება სთხოვეს დავითს, რომელსაც გაანდეს ჩანაფიქრი. მათი თხოვნით, დავითმა დაამზადა ცივი იარაღი და გადასცა იგი პეტრესა და პავლეს.

მართალია, ამ საქმეში თითქოს აშკარად გამოკვეთილია ამსრულებლებიც (პეტრე და პავლე) და თანამონაწილეც (დავითი), მაგრამ დოგმატურად მაინც არ იქნება მართებული, ეს ქმედება შეფასდეს ჯგუფურად ჩადენილი მკვლელობის მომზადებად. **რატომ?**

საქმე ისაა, რომ ამ ეტაპზე **სამივე პირის ქმედება** დანაშაულის მომზადებას წარმოადგენს. კერძოდ, **პეტრე და პავლე** მკვლელობის ჩასადენად მოემზადნენ იმით, რომ არა მხოლოდ შეთანხმდნენ მის ჩადენაზე, არამედ ფუნქციებიც გაინაწილეს (ვის რა უნდა გაეკეთებინა უშუალოდ მკვლელობის ჩადენისას), შესწავლეს მსხვერპლის მოძრაობის მარშრუტი, ასევე დავითისგან მიიღეს დანაშაულის იარაღი (დანა).

რაც შეეხება დავითს, მანაც მოამზადა მკვლელობა იმით, რომ დაამზადა მკვლელობის იარაღი და შეგნებულად გადასცა იგი სავარაუდო ამსრულებლებს – პეტრესა და პავლეს.

გამომდინარე აქედან, გაუმართლებელი იქნება, პეტრე და პავლე ჩავთვალოთ ჯგუფური მკვლელობის მომზადების ამსრულებლებად, ანუ თანაამსრულებლებად (18, 109-ე მ „ი“ ქვ.), ხოლო დავითი – ჯგუფური მკვლელობის მომზადების თანამონაწილედ (25, 18, 109-ე მ. „ი“ ქვ.).

ვინაიდან მომზადების სტადიაზე ჯერ საბოლოოდ არაა გარკვეული, უშუალოდ ერთი პირი ჩაიდენს მკვლელობას, თუ ორივე (პეტრე და პავლე), ასევე ვინაიდან ამ ეტაპზე სამივე მათგანის ქმედება მხოლოდ პირობებს ქმნის მკვლელობის ჩასადენად, დოგმატურად დასაბუთებული და უფრო გამართლებული იქნება, თითოეულის ქმედება დაკვალიფიცირდეს მარტივი მკვლელობის მომზადებად (18, 108-ე მ.).

მესამე მაგალითი (ბოლო მომენტში მოხდა ისე, რომ დანაშაული უშუალოდ ერთმა პირმა ჩაიდინა):

პეტრე, პავლე და დავითი ბინის ქურდობაზე შეთანხმდნენ. მათ შეისწავლეს ბინის პატრონის მარშრუტი, მოიმარაგეს კარების გახსნისთვის საჭირო საშუალებები და შუა ღამით, როცა ბინაში არავინ იმყოფებოდა, გაემართნენ შემთხვევის ადგილისკენ. შეთანხმებისამებრ, პეტრე და პავლე უნდა შესულიყვნენ ბინაში და გამოეტანათ ნივთები, ხოლო დავითი ავტომანქანით დაელოდებოდა მათ კორპუსის გარეთ.

პეტრე და პავლე ავიდნენ სადარბაზოში, მაგრამ ბოლო წუთში, სანამ ბინაში შესვლას დაიწყებდნენ, პავლემ კატეგორიული უარი განაცხადა ბინაში შეღწევაზე, რაც იმით ახსნა, რომ ეშინოდა და ერჩია, დავითთან ერთად დამდგარიყო კორპუსის გარეთ სადარაჯოზე. პეტრემ მარტომ გახსნა ბინის კარი, შეაღწია ბინაში და რამდენიმე საათში ნაქურდალი ნივთებით დაბრუნდა უკან,

სადაც მას ელოდებოდნენ პავლე და დავითი. მათ სამივემ ავტომანქანით დატოვეს იქაურობა.

როგორც ვხედავთ, ქურდობის ობიექტური შემადგენლობის დაწყებამდე, რამდენიმე წუთით ადრე, ერთ-ერთმა სავარაუდო (და არა რეალურმა) ამსრულებელმა უარი თქვა ამსრულებლობაზე და თანამონაწილის ფუნქციის შესრულება ამჯობინა.

ამდენად, დანაშაულის მომზადებაში მონაწილე პირთაგან კერძოდ რამდენია ამსრულებელი, ეს საკითხი ზუსტად გაირკვევა მაშინ, როცა დაიწყება დანაშაულის მცდელობა, ანუ როცა დაწყებულია დანაშაულის ობიექტური შემადგენლობის განხორციელება. მანამდე იგი მხოლოდ სავარაუდოა.

აქედან გამომდინარე, როცა რამდენიმე პირი ამზადებს დანაშაულს, არ უნდა დავსვათ მომზადების პროცესში მონაწილე პირთაგან ამსრულებლისა და თანამონაწილის გამიჯვნისა და ამ ფაქტის ქმედების კვალიფიკაციაში ასახვის საკითხი, რადგან ამის გადაწყვეტა მხოლოდ მცდელობის სტადიაზეა შესაძლებელი, ხოლო მომზადების სტადიაზე იგი მხოლოდ სავარაუდოა.

შესაბამისად, არ უნდა დავსვათ თანაამსრულებლობის საკითხი და ქმედება არ უნდა დავაკვალიფიციროთ ჯგუფურად ჩადენილი დანაშაულის მომზადებად. როგორც წესი (თუ სახეზე არაა სხვა დამამძიმებელი გარემოება), ასეთი ქმედება უნდა დაკვალიფიცირდეს დანაშაულის მარტივი შემადგენლობის მომზადებად.

გასაზიარებელია იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული შემდეგი მოსაზრება: ამსრულებლის მიერ დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების ან მისი განხორციელების მცდელობის გარეშე დანაშაულში თანამონაწილეობა არ არსებობს.[18]

როგორც ვხედავთ, ამ მოსაზრებაში ხაზგასმა გაკეთებულია დანაშაულის შემადგენლობის ან მთლიანად, ან მის ნაწილობრივ განხორციელებაზე – დამთავრებულ დანაშაულზე, ან დანაშაულის მცდელობაზე (და არა დანაშაულის მომზადებაზე). ამით კი არაპირდაპირ ნათქვამია ის, რომ მომზადების სტადიას არ ახასიათებს თანამონაწილეობა (არც ფართო და არც ვიწრო გაგებით).

საბოლოოდ, უნდა ითქვას შემდეგი: მართალია, შესაძლებელია, დანაშაულს ამზადებდეს არა მხოლოდ ერთი პირი, არამედ პირთა ჯგუფი, მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ადგილი აქვს ჯგუფური დანაშაულის მომზადებას. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ერთია დანაშაულის მომზადება ჯგუფურად (ანუ ჯგუფის მიერ), რაც შესაძლებელია და უდავოა, ხოლო სულ სხვაა იმ დანაშაულის მომზადება, რაც ჩადენილი უნდა იქნეს ჯგუფურად (ანუ ორი ან მეტი ამსრულებლის მიერ).

შესაბამისად, **ის ფაქტი,** რომ პირთა ჯგუფი ამზადებს დანაშაულს, უდავოდ **არ ნიშნავს იმას,** რომ ისინი ამზადებენ ჯგუფურად ჩადენილ დანაშაულს.

---

[18] იხ. *გ. ნაჭყებია,* წიგნში; სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დასახ. სახელმძღვანელო, თბ. 2019, 408.

2. სასამართლო პრაქტიკა

საინტერესოა, როგორია სასამართლო პრაქტიკა დანაშაულის მომზადების სტადიისას თანამონაწილეობის საკითხზე?

მოვიყვანოთ შესაბამისი მაგალითი:

2016 წელს, რუსთავის საქალაქო სასამართლომ განიხილა სისხლის სამართლის საქმე ყაჩაღობის მომზადების ფაქტზე, რაც ჩადენილი უნდა ყოფილიყო ბინაში უკანონოდ შეღწევით, ჯგუფურად და რომლის მიზანი იყო დიდი ოდენობით სხვისი მოძრავი ნივთის დაუფლება (ბრალდებულს მოვიხსენიებთ შერქმეული სახელით).[19]

საქმის არსი მდგომარეობდა შემდეგში:

დამამძიმებელ გარემოებაში ჩადენილი მკვლელობისათვის ნასამართლევმა გიორგიმ გადაწყვიტა ერთ-ერთ სოფელში მცხოვრებ ოჯახზე ყაჩაღური თავდასხმის მოწყობა. ჩანაფიქრის რეალიზაციისათვის იგი ცდილობდა, მოეძებნა თანამზრახველები. ამ მიზნით დაუკავშირდა პირს (ვინმე დათოს), რომელთანაც ერთად იხდიდა სასჯელს პენიტენციურ დაწესებულებაში და გაანდო ჩანაფიქრი.

დათოს არ სურდა ამ საქმეში გარევა და ყველაფერი შეატყობინა პოლიციას. დაიგეგმა სპეც. ოპერაცია. კერძოდ, პოლიციის რამდენიმე თანამშრომელი, როგორც ვითომც ქურდული სამყაროს წევრები, დათომ შეახვედრა გიორგის, რომელსაც უკვე მოფიქრებული ჰქონდა ჯგუფური ყაჩაღობის გეგმა, რაც გააცნო „ამსრულებლებს“. მანვე თავისთავზე აიღო თავდასხმისათვის საჭირო იარაღებითა და საშუალებით (რეზინის ხელთათმანი, ე.წ. სკოჩი) მათი მომარაგება. სამჯერ შეხვდა „თავდამსხმელებს“, დაათვალიერებინა თავდასხმის ობიექტის ადგილმდებარეობა და გააცნო სახლის სქემა. ასევე გადასცა მათ ცეცხლსასროლი იარაღი (ე.წ. რკინა) რაც უნდა გამოეყენებინათ თავდასხმისას. იგი შეუთანხმდა „თავდამსხმელებს“ (პოლიციის თანამშრომლებს) თავდასხმის დროზე და დანიშნულ დროს ავტომობილით მართლაც მივიდნენ შესაბამის სახლთან, რა დროსაც დაკავებულ იქნენ პოლიციის თანამშრომლების მიერ.[20]

როგორც ვხედავთ, გიორგიმ ორგანიზება გაუკეთა ყაჩაღობას. კერძო, მან მოაწყო იგი – შეადგინა თავდასხმის გეგმა, გამოძებნა თავდასხმისათვის საჭირო იარაღი და საშუალება, გამოძებნა „ამსრულებლები“, დაგეგმა თავდასხმის ზუსტი დრო, მისი დეტალური გეგმა გააცნო „ამსრულებლებს“, გადასცა მათ დანაშაულის იარაღი და საშუალება, ავტომანქანით გაჰყვა მათ შემთხვევის ადგილამდე.

თუმცა როგორც შემდგომ გაირკვა, გიორგიმ მისგან დამოუკიდებელ გარემოებათა გამო ფაქტობრივად ვერ შეძლო ყაჩაღობის ორგანიზება, რადგანაც საქმეში არ არსებობს ყაჩაღობის ამსრულებელი (ისინი მხოლოდ გიორგის წარმოდგენაში არსებობენ).

[19] 2016 წლის მაისში გამოტანილი ამ განაჩენის ასლი მოგვეწოდა დაშიფრული სახით, რის გამოც საქმის ნომერს ვერ ვუთითებთ.

[20] იხ. განაჩენი, 1-4.

ეს საქმე საინტერესოა როგორც წარუმატებელი წაქეზებისას (ამ შემთხვევაში კი, წარუმატებელი ორგანიზაბისას) ქმედების კვალიფიკაციის (სსკ 25-ე მ. მე-7 ნაწ.),[21] ისე მომზადების სტადიაზე ქმედების ჯგუფურ დანაშაულად კვალიფიკაციის თვალსაზრისით.

ამჟამად კი ჩვენ მას განვიხილავთ დანაშაულის მომზადების სტადიაზე ქმედების ჯგუფურად კვალიფიკაციის შესაძლებლობის კუთხით.

ამ საქმეზე სასამართლოს მიერ გამოტანილი განაჩენი იმ ნაწილში, სადაც ქმედება დაკვალიფიცირდა როგორც ჯგუფურად ჩადენილი ყაჩაღობის მომზადება, დოგმატურად დაუსაბუთებელია. მართალია, გიორგისა და ორი სავაუდო ამსრულებლის (საქმეში ჩანერგილი პოლიციელების) შეთანხმების მიხედვით ყაჩაღობა უშუალოდ ამ ორ პირს უნდა ჩაედინა, მაგრამ ეს ჯერ-ჯერობით მხოლოდ შეთანხმება იყო – ყაჩაღობის ობიექტური შემადგენლობა – თავდასხმა, ჯერ არ იყო დაწყებული (რაც ყაჩაღობის შემთხვევაში დამთავრებულ დანაშაულს გვაძლევს). შესაბამისად, ჯერ მხოლოდ ვარაუდი არსებობდა დანაშაულის ჯგუფურად ჩადენის თაობაზე, რადგან არავინ იცის, რეალურად განხორციელდებოდა თუ არა იგი ჯგუფურად (სხვა საკითხია, რომ წარუმატებელი ორგანიზების გამო, მოცემულ მაგალითში მას საერთოდ არ ეწერა განხორციელება).[22] ამდენად, სასამართლოს გადაწყვეტილება დოგმატურად გამართული იქნებოდა იმ შემთხვევაში, თუ იგი ბრალდებიდან ამორიცხავდა მითითებას ჯგუფურობაზე, რაც არ გაკეთებულა.

[21] სსკ 25-ე მუხლის მე-7 ნაწილის არსის განხილვა ამჯერად არაა ჩვენი კვლევის საგანი.

[22] წარუმატებელი (ანუ ხელმოცარული) წაქეზებისა და ორგანიზების საკითხზე იხ. *გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღ. თბ. 2019, 439-440.

*ირაკლი ბუხდუღი**
*დემეტრე ეგნატაშვილი***

ფაქტობრივი ხელმძღვანელის კონცეფცია და მისი იურიდიული ბუნება

აბსტრაქტი

ხელმძღვანელ პირთა პასუხისმგებლობის საკითხი ქართულ საკორპორაციო სამართალში მუდმივად აქტუალურია. საკორპორაციო-სამართლებრივი დავები საქართველოში არ გამოირჩევა მრავალფეროვნებით, თუმცა დირექტორთა პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებული სასამართლო პრაქტიკა, შეიძლება ითქვას, არ არის ცუდად განვითარებული.[1] მთელ რიგ საკითხებში კი არსებობს ერთიანი სასამართლო მიდგომაც. სუს-ოს გადაწყვეტილებები შეეხება 2022 წლამდე მოქმედ კანონმდებლობას. ამავე წლის 1 იანვარს ამოქმედებული „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის ახალი რედაქცია ხელმძღვანელ პირთა პასუხისმგებლობის განსხვავებულ საკანონმდებლო სისტემას გვთავაზობს, თუმცა პასუხისმგებლობის საერთო შინაარსი უცვლელად არის დატოვებული.

1. შესავალი

„მეწარმეთა შესახებ“ კანონი სამეწარმეო საზოგადოების ხელმძღვანელ პირს აკისრებს პასუხისმგებლობას მისი მხრიდან ფიდუციური მოვალეობის დარღვევის გამო და მას პასუხისმგებლობის სუბიექტად ხდის უპირველეს ყოვლისა საზოგადოების წინაშე, რაც პასუხისმგებლობას შიდაკორპორაციულ პასუხისმგებლობად აყალიბებს.[2] მსგავსი შინა ორგანიზაციული კონსტრუქცია ორიენტირებულია საზოგადოების მხრიდან ხელმძღვანელისათვის მოთხოვნის წაყენებაზე და სწორედ ამ უკანასკნელს მის წინაშე ხდის ზიანის ანაზღაურებაზე ვალდებულ პირად. ხელმძღვანელის დანიშვნა/გამწესებას, სამეწარმეო რეესტრში რეგისტრაციის ვალდებულებას, მისი ქმედების ფარგლებს, ხელმძღვა-

* სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი.
** ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტ-პროფესორი.

1 იხ. მაგ.: სუს-ს გად.: №ას-766-766-2018; №ას-1307-1245-2014; №ას-1081-2018; №ას-370-344-2017; №ას-370-344-2017 და ა.შ.

2 მიუხედავად იმისა, რომ ხელმძღვანელი პირის მიმართ შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს ასევე გარე პაუსიხმგებლობის კონსტრუქციაც.

ნელობის შინაარსსა და თავად ხელმძღვანელი პირის სტატუსს ფორმალური ნიშნის მიხედვით კანონი განსაზღვრავს. შესაბამისად, სწორედ ეს უკანაკნელი უნდა იყოს, ერთი შეხედვით, საწარმოს მართვის განმახორციელებელი ძირითადი სუბიექტი, მის პროფესიონალიზმზე, განსწავლულობასა და კეთილსინდისიერებაზე კი, როგორც წესი, საზოგადოების რენტაბელობის ბედი დამოკიდებული. თუმცა საერთაშორისო კორპორაციულ პრაქტიკაში არის შემთხვევები, როდესაც ფორმალურად დანიშნული და თანამდებობაზე გამწესებული ხელმძღვანელი პირი ან ცრუმაგიერი პირია ან მართებულად არის დანიშნული, თუმცა საწარმო არაფორმალურად იმართება და იგი მხოლოდ ამ არაფორმალურ მითითებათა შემსრულებელია ან არაფორმალურ მმართველთან ერთად არის ჩართული საწარმოს მსგავსი მმართელობის სისტემაში. ეს განსაკუთრებით იკვეთება პერსონალური პარტნიორული და ხელმძღვანელობითი სტრუქტურის მქონე კაპიტალური ტიპის საზოგადოებაში. არადა არსებობს რისკი, რომ მსგავსი კონსტრუქციის იგნორირების შემთხვევაში, საკორპორაციო სამართალი მიიღებდა ფორმალურ-სამართლებრივი ხელმძღვანელობითი ვექტორის მთლიანად ჩრდილქვეშ გადატანას, რაც გაართულებდა არაფორმალური ძალაუფლების გამოყენების მქონე პირის იდენტიფიცირებას და მის პასუხისმგელობის სუბიექტად გახდომას. სწორედ ამიტომ საკორპორაციო სამართლის მიერ შემუშავებულია ფაქტობრივი ხელმძღვანელის კონცეფცია, რომელიც აღნიშნულ პირზე პასუხისმგებლობის საკორპორაციოსამართლებრივი დოქტრინის მისადაგებასა და გადატანას ითვალისწინებს.

საქართველოს საერთო სასამართლოთა სისტემაში მსგავსი საკითხი ჯერ არ გამხდარა ჩამოყალიბებული პრაქტიკის საგანი, თუმცა უყურადღებოდ არ უნდა დარჩეს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ჯერ კიდევ 2006 წ. მიღებული გადაწყვეტილება „ვალერი გელაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმედ“.[3] მართალია, აღნიშნული გადაწყვეტილება, უპირატესად, სამეწარმეო საქმიანობის ფორმისა და შინაარსის ურთიერთმიმართებას, მეწარმის ცნების კერძოსამართლებრივი და საჯაროსამართლებრივ (მათ შორის მეწარმის ფატობრივ ცნებას) გაგებას ეხება, თუმცა მან შესაძლოა, საერთო სასამართლოსთვის ინსპირირების ძალზე მოკრძალებული როლი შეასრულოს ფაქტობრივი ხელმძღვანელის კონცეფციის ჩამოყალიებების საქმეში კერძო სამრთლებრივი საზრისით.

აღნიშნული სტატია იძლევა ინფორმაციას ფაქტობრივი ხელმძღვანელის იურიდიულ კონსტრუქციაზე, პირის ფაქტობრივ მმართველად მაკვალიფიცირებელ იურუდიულ-ფაქტობრივ შემადგენლობაზე, მისი ქმედების მასშტაბზე, მის როლზე სამეწარმეო საზოგადოების მმართველობით რგოლში. ეს ყველაფერი კი შპს-ის ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმის მაგალითზე წარმოჩინდება.

---

[3] საკონსტიტუციო სასამართლოს 2006 წ. 13 ივლისის №1/2/378 გად. იხ. ასევე, მასთან დაკავშირებული მიმოხილვა ზოიძესთან: *ზოიძე*, მეწარმის ცნება და მისი თეორიულ-პრაქტიკული მნიშვნელობა, წიგნში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, 2009, 65 და მომდ.

2. ხელმძღვანელობა და მისი ადგილი საკორპორაციო სამართალში

ბიზნესის წარმოების იურიდიული ფორმები ვარირებს იმისდა მიხედვით, თუ კერძოდ რა სახის, თვისების, მოცულობის, ხასიათის, სალიცენზიო ჩარჩოპირობების და ა.შ. შესაბამისად უნდა განხორციელდეს ესა თუ ის საქმიანობა. შესაბამისად, თავად ამ ბიზნესის ორგანიზაციული სტრუქტურის ჩამოყალიბებას მისი შემდგომი საქმიანობის რენტაბელობისთვისაც აქვს, როგორც წესი, დიდი მნიშვნელობა. ამიტომ თუ რომელი სამართლებრივი ფორმა უნდა იქნეს შერჩეული რეალურად ბიზნესისათვის ან უკვე შერჩეული, ბიზნესის ბუნებრივი განვითარების კვალობაზე, ფორმის გარდასახვის აუცილებლობა უნდა დადგეს დღის წესრიგში, ამას იმთავითვე საკმაოდ დიდი ყურადღება ექცევა. სამეწარმეო საქმიანობის განმახორციელებელი ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმების ტიპოლოგიური ბუნება უნდა იძლეოდეს იმის შესაძლებლობას, რომ დადგინდეს საწარმოს (მართვის) რეალური სტრუქტურა, რომელიც, თავის მხრივ, ორ ძირითად პარადიგმად დიფერენცირდება:[4] საწარმოს მართვის ორგანიზაციული სტრუქტურა და კორპორაციული მართვა,[5] ანუ საწარმოს კონტროლის კანონმდებლობით დადგენილი კონსოლიდირებული სისტემა. ის, თუ რომელთან აქვს სამოქალაქო ბრუნვას საქმე, აირეკლება, ერთი მხრივ, საზოგადოების დამფუძნებელ დოკუმენტებში და კანონმდებლობის შესაბამისად შერჩეულ, ფორმალურად ჩამოყალიბებულ სამართლებრივ ფორმაში, ხოლო, მეორე მხრივ, საწარმოს რეალურ ეკონომიკურ-სამართლებრივ სტრუქტურაში. საკორპორაციო სამართლის ძირითადი ამოცანა სწორედ ის არის, რომ შეძლებისდაგვარად სწორად (ბუნებრივი მოთხოვნილებებიდან გამომდინარე) და მკაფიოდ გამიჯნოს ერთმანეთისაგან ამხანაგური (პერსონალური) და კაპიტალური საზოგადოებები, რათა ამ უკანასკნელთ რეალურ ბიზნესში არ მისცეს შესაძლებლობა ეკონომიკურ ბაზარზე ოპერირებდნენ კომპანიის შინაგან და გარეგან/ფორმალურ სტრუქტურას შორის არსებული დიფუზიის ფარგლებში. თუმცა პრაქტიკულ რეალობაში[6] არის შემთხვევები, როდესაც ფორმალურ-სა-

[4] *მახახობღიშვიღი*, მეწარმე სუბიექტთა დოგმატურ-თეორიული გამიჯვნა კაპიტალურ საზოგადოებათა საწყისებზე, „სამართლის ჟურნალი“, №2, 2011, 99-133; *ქიხია*, საკორპორაციო სამართლის სისტემა საქართველოში, წიგნში: საკორპორაციო სამართლის კრებული, ტომი I, *ბუხდუღი* (რედ.), 2011, 15-69.

[5] *ბუხდუღი/მახახობღიშვიღი/თოხაძე/ზუბიტაშვიღი/აღაღაშვიღი/მაღხაძე/ეგნატაშვიღი,* საკორპორაციო სამართალი, მე-2 გამოც. 2022, 341 და მომდ.

[6] და მითუმეტეს მაშინ, როდესაც თავად კანონმდებლობაა ამ თვალსაზრისით მეტად ხარვეზიანი და იგი ვერ წარმოაჩენს საწარმოთა ქმედითი ტიპოლოგიური ბუნების დამკვიდრების შესაძლებლობას. იხ.: *Burduli,* Reception as a Milestone for Creation of Legal System (the Example of Corporate Law of Post-Soviet Georgia), Law & Social Bonds (Journal in Legal and Social Studies), Vol. 10 No. 2 (36) 2021, 112-141; *ბუხდუღი*, თანამედროვე ქართული სამეწარმეო სამართალი მუდმივი რეფორმირების წინაშე: მკვდრადშობილი პროცესი და საქართველო, კრებულში: სამართლისა და პოლიტიკური აზროვნების ისტორიის ნარკვევები, წიგნი IV, თინათინ წერეთლის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, 2019, 146–175; *Burduli*, Das georgische Gesellschaftsrecht: Quo Vadis?! Eine kurze Darstellung der Reformen und des Refrombedarfs im georgischen Unternehmensrecht, in: Chiusi/Burduli (Hrsg.), Rechtsvergleichung und Privatrecht im deutsch-georgischen Diskurs. Band 14, Jurisprudentia Saraviensis, 2019, 1-25; *Burduli,* Nekro-

მართლებრივი ორგანიზაციული სტრუქტურული ნიშნების მიუხედავად, საწარმო რეალურად სხვა მართვის მოდელზეა აგებული, რომელიც, თავის მხრივ, ხშირ შემთხვევაში არებით გავლენას ახდენს მთლიანად კორპორაციულ მოდელზე და შესაბამისად, იურიდიული სინამდვილე შეიძლება არ ასახავდეს ფაქტობრივს. საკორპორაციო სამართალს მსგავსი შემთხვევისათვის დროთა განმავლობაში შემუშავებული აქვს კონცეფციები, რომელიც მსგავსი „დამახინჯებული“ სისტემის არსებობის პირობებში ბაზრის მონაწილეთა თუ საწარმოს შიგნით მოქმედთა, "shareholder" თუ "stakeholder", უფლებათა დაცვის შესაძლებლობას ქმნის. საკორპორაციო სამართალმა კორპორაციის იმგავრი (იდეალტიპური) სტრუქტურა უნდა შემოგვთავაზოს, რომელშიც უმცირესობაში მყოფი პარტნიორის (აქციონერის)უფლებათა რეალიზება და დაცვა მოხდება. წინააღმდეგ შემთხვევაში საკანონმდებლო მოცემულობა ვერ უზრუნველყოფს რეალური ვითარების განმუხტვასა და უფლებათა დაცვას. ამიტომ მრავალი ქვეყნის სამართალი თავისუფალი სამოსამართლო შემოქმედებისა და გავითრების ფარგლებში ახდენს ახალ რეალობასთან მისადაგებული კონცეფციებისა და ინსტრუმენტების დამკვიდრებას, მეტად ფართოდ განმარტავს რა კანონს და ამით მას, სწორედ რომ პრაქტიკულ ყოფიერებას უსადაგებს. განა მსგავს შემთხვევასთან არ აქვს სამართალს საქმე, როდესაც კორპორაციული მოსასხამის გაჭოლვა აუცილებელი ინსტრუმენტი ხდება უფლების დაცვისთვის და მისი (შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრივილეგიის) უკუგდების წინაპირობა ბრუნვის სტაბილურობისა და სამართლებრივი უსაფრთხოების სადარაჯოზე დგება?![7] ამ ინსტიტუტის (სასამართლოს მიერ ჩამოყალიბებული სამართლებრივი მექანიზმის) შემოტანის გარეშე, კაპიტალურ საზოგადოებაში, პარტნიორი ყოველთვის ისარგებლებდა მისი შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპით, მისი საკუთრება გამიჯნული იქნებოდა კორპორაციის საკუთრებისაგან და განცალკევებული იქნებოდა მისი პირადი კრედიტორი საზოგადოების კრედიტორისაგან, ხოლო კომპანიის ვალდებულებისათვის მხოლოდ საზოგადოება იქნებოდა პასუხისმგებელი იმ პირობებში, როდესაც სწორედ პარტნიორის ავზრახული ქმედებით ამ უკანასკნელის (კომპანიის) მატერიალური მდგომარეობა იმდენად იქნებოდა გაუარესებული, რომ მას მოთხოვნის დაკმაყოფილების არანაირი ეკონომიკური შესაძლებლობა არ ექნებოდა. შესაბამისად, ეს ძირს უთხრის აფილირებული ქონების სუბსტრატის კონცეფციასაც, რამდენადაც, პრინციპში, დასაბამს დაუდებდა მსგავს საზოგადოებასთან გარიგების დადების სურვილის შეუძლებლობასაც კი. ეს კი წარმოუდგენელია ეკონომიკური პროგრესისა და ინვესტირების სტიმულირებისათვის.

თანამედროვე მოძღვრება კორპორაციების შესახებ, ის, რასაც ეფუძნება საკორპორაციო სამართლის სხვადასხვა მოდელი, განიხილავს არაერთ

rezeption in Transformationsgesellschaften (Am Beispiel des postsowjetischen georgischen Unternehmensrechts) in: Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag – Dogmatik im Dienste von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung, Carl Heymanns 2018, 3-15.

[7] გამჭოლი პასუხისმგებლობის თაობაზე სხვათა ნაცვლად: *ბუხდუღი,* საწესდებო კაპიტალი და მისი ფუნქციები, წიგნში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, 2009, 236 და მომდ.; *ბუხდუღი/მახახობღიშვიღი/თოხაძე/ზუბიტაშვიღი/აღადაშვიღი/მაღხაძე/ეგნატაშვიღი,* საკორპორაციო სამართალი, მე-2 გამოც. 2022, 341 და მომდ.

თეორიას იმის თაობაზე, თუ რას წარმოადგენს და რას ემსახურება კორპორაცია სინამდვილეში. ეს თეორიები მე-19 საუკუნიდან იღებს სათავეს და კვლავაც იწვევს აქტიურ დისკუსიას.[1] არცერთი მათგანი, მათ შორის უკანასკნელ ათწლეულებში ჩამოყალიბებული, მაგ., ე.წ. *კონტრაქტარიანული* (განსხვავებით *კონტრაქტუალური*ისგან) თეორია,[2] ე.წ. *"Team Production"* თეორია[3] ან ნეოკლასიკურ ეკონომიკურ შეხედულებებზე დაფუძნებული *ახალი ეკონომიკური*[4] თეორია, რომ აღარაფერი ითქვას შედარებით ძველ, მაგ., *ბუნებითი პირისა*[5] თუ *აგენტის*[6] თეორიებზე და ასევე, მიუხედავად იმისა, წილის მფლობელთა, ანუ პარტნიორთა ინტერესების უპირატესობაზე ამახვილებს ყურადღებას თუ იხრება კორპორაციის სოციალური პასუხისმგებლობის აუცილებლობისკენ, არ უარყოფს, თუ რა ურთიერთმიმართება არსებობს, ერთი მხრივ, სწორედ პარტნიორსა და მეორე მხრივ, ხელმძღვანელობას, მენეჯმენტს შორის. კერძოდ, ე.წ. *მენეჯერიალიზმის* აშკარა აპოლოგეტი ავტორებიც კი ადასტურებენ, რომ ხელმძღვანელი პირის, დირექტორის ფიდუციური ვალდებულებები წარუვალია. საკორპორაციო იურისპრუდენციაში ამ აღიარებული მოსაზრებიდან მხოლოდ ზოგიერთი გამონაკლისის პოვნაა შესაძლებელი.[7]

საკორპორაციო სამართალში, თითქმის, უდავოა დირექტორის არა მხოლოდ შესაძლებლობები საზოგადოების საქმიანობაში, მისი ძალმოსილება, როგორ გადაწყვეტს იგი ცალკეულ ამოცანას საკუთარი შეხედულებით და როგორ ამჯობინებს მეურნეობის გაძღოლას, არამედ ისიც, რაც მან აუცილებლად უნდა შეასრულოს და რაშიც ის თავისუფალი არაა. ეს ნიშნავს იმას, რომ მართალია, დირექტორობა, როგორც თანამდებობა, მოსაქმეობა, პრაქტიკული, სამუშაო თუ საწარმოო ყოფიერებიდან ნაკარნახები მოვლენაა, მაგრამ მისი რაობა სრულად აწყობილია იურიდიული მოსაზრებებითა და რაც მთავარია, ნორმატიული შინაარსით. ამრიგად, თუ რას უნდა ელოდნენ მესამე პირები ანდა, უპირველესად, საზოგადოება მისი ხელმძღვანელისგან, ეს, ძირითადად, კანონიდან გამომდინარეობს და დანარჩენი, ყველაფერი დოქტრინულ სამართალზეა დაფუძნებული.

მიუხედავად იმისა, რომ საკითხი სხვაგვარადაა დასმული და ის არ შეეხება *de jure*, ანუ უფლებით ხელმძღვანელ პირს, მისი ყოველმხრივი განხილვა ვერ გაიმართება სწორედ თვითონ დირექტორის კანონიერ მდგომარეობაზე დაკვირვების გარეშე, რადგან ამ უკანასკნელს პირველი უცვლელად იმეო-

[1] იხ. მაგ., *Millon, D.*, Theories of the Corporation, Duke Law Journal, Vol. 1990:201, 1990, 201; *Raz, A.*, A Purpose-Based Theory of Corporate Law, Villanova Law Review, Vol. 65, Iss. 3, 2020, 523; *Mäntysaari, P.*, Organising the Firm: Theories of Commercial Law, Corporate Governance and Corporate Law, 2012, 2; *ბუჰდუღი და სხვ.*, საკორპორაციო სამართალი, მე-2 გამ., 2022, 22 და მომდ.

[2] იხ. *Klausner, M.*, The Contractarian Theory of Corporate Law: A Generation Later, The Journal of Corporate Law, Spring, 2006, 779.

[3] იხ. *Blair, M. M./Stout, L. A.*, A Team Production Theory of Corporate Law, Virginia Law Review, Vol. 85, No. 2, 1999, 247.

[4] იხ. *Millon, D.*, იქვე, 229.

[5] იხ. *Millon, D.*, იქვე, 211.

[6] იხ. *Millon, D.*, იქვე, 220 და მომდ.

[7] შდრ. მაგ., *Huber, Wm. D.*, Corporate Law and the Theory of the Firm: Reconstructing Corporations, Shareholders, Directors, Owners, and Investors, 2020.

რებს როგორც საქმიანობის სფეროში, ისე ამ საქმიანობისა და სამართლებრივი ურთიერთობების იურიდიული შედეგების თვალსაზრისშიც. შესაბამისად, გამართლებული უნდა იყოს დებულება, რომ კანონიერი ხელმძღვანელის ვალდებულებები და მისი პრობლემატიკა სრულიად იგივეა, რაც ის ვითარება, რაშიც შეიძლება იმყოფებოდეს კორპორაციის *de facto*, „ჩრდილში მდგომი“ დირექტორი.

რაკი საკამათო არაა ის, რომ „ფარული“, ე.ი. „ჩრდილში მდგომი“ დირექტორი ფაქტობრივად სავსებით იზიარებს კანონიერი, ანუ უფლებით ხელმძღვანელის ორგანიზაციულ ტვირთსა თუ ხვედრს, ახლა მართებულია, დაისვას შეკითხვა, მართლზომიერია თუ არა არარჩეული ანდა არდანიშნული,[8] ფორმალური აზრით, ვითომ ფუნქციონერისგან, სინამდვილეში კი მართლაც გავლენიანი და გადამწყვეტი პირისგან ამგვარი მიბაძვა კანონითა და წესდებით თანამდებობაზე მომუშავე მმართველისა. შეკითხვა შეიძლება სხვანაირადაც ჩამოყალიბდეს, კერძოდ, იწვევს თუ არა რაიმე წინააღმდეგობას ასეთი პირის უშუალო და გავლენიანი ჩართულობა საწარმოს ამა თუ იმ, წვრილმან თუ მსხვილმან საქმეში გადაწყვეტილების მიღების პროცესში და შეიძლება თუ არა მსგავსი გადაწყვეტილებისა თუ ქმედების ფალსიფიკაცია იურიდიული შედეგის თვალსაზრისით საზოგადოების საშინაო ან საგარეო ურთიერთობაში.

საქმე ისაა, რომ ასეთი ქმედება, სამართალურთიერთობა, როგორც წესი, დადასტურებული, მხარდაჭერილი და შესაბამისად, ოფიციალურად ხელმოწერილიცაა ნამდვილი დირექტორის მიერ. რომ არა მისი მოწონება და აღიარება, ასევე, გაფორმება ფაქტობრივი ხელმძღვანელის გადაწყვეტილებისა, ეს უკანასკნელი ვერასდროს გამოიღებდა კანონთან შეთანხმებულ შედეგს. ამიტომ *de facto* დირექტორის ნაბიჯი ან შეჯერებულია ფორმალურ ხელმძღვანელთან და დამოწმებულია მის მიერ, ანდა იგი გაუმართავია, საერთოდ, ვერც წარმოიშობა და თუკი ფარულად, რაღაც მანქანებით მაინც მოდის მოქმედებაში, ვერ აღწევს დეკლარირებულ მიზანს ანდა აღწევს და შემდგომში ანულირდება. აქედან გამომდინარე, საინტერესოა მხოლოდ იმ ქმედების კონტექსტის განხილვა, რომელიც ჰარმონიაშია საწარმოს ფორმალურ ხელმძღვანელობით სტრუქტურასთან.

ასეთი მაგალითები ცხადყოფს, რამდენად ურთიერთჩანაცვლებული შეიძლება იყოს ცნებები და ფუნქციები მოქმედ პირებს შორის, მაგრამ, ერთი შეხედვით, ყველაფერი წესრიგში რჩებოდეს – გავლენიანი პირი კავშირს ამყარებდეს და გამოდიოდეს ურთიერთობაში მესამე პირთან, იღებდეს გადაწყვეტილებას, ხოლო საწარმოს მმართველი აფორმებდეს მის გარეშე უკვე მიღწეულ შეთანხმებას და აღასრულებდეს მას. რასაკვირველია, გადაწყვეტილებისა თუ შეთანხმების ფორმალიზაცია უვნებელყოფს მის იურიდიულ რისკს, თუმცა ის უზრუნველყოფს იმასაც, რომ „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მიხედვით, ფაქტობრივად მოქმედი სუბიექტი გაუთანაბრდეს უფლებით მოქმედ პირს და მთელი სისავსით გაიზიაროს მისი ვალდებულებანი. ისევე, როგორც ზო-

[8] ან (ფაქტობრივად) დანიშნული, თუმცა დანიშვნის აქტის ფორმალურ-სამართლებრივი ხარვეზის გამო ბათილად ჩათვლილი.

გადად, მსგავს შემთხვევებშიც იურიდიული შედეგი ფაქტების დამტკიცებაზე ჰკიდია, მაგრამ, თუკი საეჭვოობაც სრულად გაფანტულია, „ჩრდილში მდგომი“ დირექტორიც აღარაფრით განსხვავდება ფორმალურად ნამდვილი ხელმძღვანელისაგან. შესაბამისად, შეიძლება მივიდეთ რეალურ სიტუაციამდე, როდესაც სახეზეა ერთგვარი ცრუმაგიერი ხელმძღვანელი[9], ფორმალურად დანიშნული დირექტორი[10], რომელიც ფორმალურ-იურიდიული თვალსაზრისით დადგენილი და გამწესებულია დირექტორის თანამდებობაზე,[11] ასრულებს მოვალეობას, სწორედ მისი ხელმოწერით შედის მის მიერ წარმოდგენილი სამეწარმეო საზოგადოება მესამე პირთან გარიგებით-სამართალურთიერთობაში, თუმცა მის უკან საწარმოს მართვის არსებით ნებას სწორედ ჩრდილში მდგომი პირი (მაგ., პარტნიორი[12]) ახორციელებს.

შპს-ში კორპორაციის შინაგანი ნების ფორმირებას და მის აღსრულებას ორი დამოუკიდებელი ორგანო უზრუნველყოფს: პარტნიორთა კრება (შეიძლება ითქვას, როგორც კორპორაციის ზემდგომი ორგანო), სადაც საწარმოს ძირითადი პოლიტიკა და მისი განხორციელების ნაბიჯები ფორმირდება და საწარმოს ხელძმღვანელი. თავის მხრივ, ხელმძღვანელობა არსებობს ზოგადი/ფართო და ვიწრო გაგებით.[13] ვიწრო გაგებით ხელმძღვანელობაში შედის ფაქტობრივი და გარიგებითსამართლებრივი მოქმედებები საწარმოს სახელით და წარმომადგენლობითი კომპეტენცია. ხელმძღვანელობის ფართო საზრისი კი ყურადღებას ამახვილებს, ზოგადად, საწარმოს მართვაზე, რომლის რგოლად პარტნიორთა კრებაც მოიაზრება. ამდენად, პარტნიორიც საწარმოს მართვის პროცესში იღებს მონაწილეობს, თუმცა მისი ხელმძღვანელობითი (ვიწრო გაგებით) უფლებამოსილება კანონით არის შეზღუდული. მაგ., პარტნიორს აქვს უფლება, მიიღოს ორგანიზაციისთვის საჭირო გადაწყვეტილება, თუმცა ამ გადაწყვეტილების საზოგადოების სახელით აღსრულებისა და საზოგადოების მესამე პირთან წარმოდგენის კომპეტენცია მას უზრუნველყოფილი არ აქვს. საკორპორაციო პრაქტიკა, ასევე, იძლევა იმის შესაძლებლობას, რომ საზოგადოების ხელშეკრულებით მოხდეს შიდა და გარე ხელმძღვანელობითი უფლებამოსილების (ფუნქციების) დივერსიფიცირება, რაც შესაძლოა, კომპა-

[9] Strohman Geschäftsführer. ცრუმაგიერი ხელმძღვანელისა და ფაქტობრივი ხელმძღვანელის ურთიერთომიმართებასთან დაკავშირებით იხ. მაგ.: MünKommHGB/*Klinger*, (2020), §331 Rn. 24.

[10] მეწარმეთა შესახებ ახალმა კანონმა დირექტორი ტერმინის დონეზე გააუქმა, ამიტომ ტექსტში ძირითადად გამოყენებული იქნება ხელძმღვანელი პირი, თუმცა მათი ჩანაცვლება შინაარსის გმოსახატავად ასევე არ უნდა იყოს პრობლემა.

[11] დირექტორის თანამდებობაზე დანიშვნა/გამწესების თაობაზე იხ.: *ღაბახაშვიღი*, სასამსახურო ხელშეკრულება საწარმოს დირექტორთან, კრებულში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, 2009, 309 და მომდ.; *ბუხდუღი*, სს საფუძვლები, II ტომი, 2013, 378 და მომდ.

[12] შესაძლოა იგი სხვაც იყოს. მაგ., დეპოზიტარული ხმის უფლების დროს საბანკო დაწესებულება, რომელსაც ასევე არსებითი ზემოქმედების მოხდენა შეუძლია კორპორაციის შინაგან ნებაზე და გადაწყვეტილებების ფორმირების პროცესზე. იხ. მაგ., გერმანიის სააქციო კანონის 117-ე პარ. საზოგადოებაზე „ზეწოლის“/ზემოქმედების განხორციელებისა და პასუხისმგებლობის სუბიექტის თაობაზე იხ.: *Koch* in Koch, AktG Komm., (2022), §117Rn. 3 ff.

[13] ვრცლად ამის შესახებ: *ბუხდუღი/მახახობღიშვიღი/თოხაძე/ზუბიტაშვიღი/აღადაშვიღი/მაღხაძე/ეგნატაშვიღი*, საკორპორაციო სამართალი, მე-2 გამოც. 2022, 167 და მომდ.

ნიის შინაგან მოთხოვნილებაზე იყოს დამოკიდებული. თუმცა ამასაც თავისი ლოგიკურ-იურიდიული მოცემულობა ესაჭიროება, რომელიც აუცილებლად დაფიქსირებული უნდა იყოს წესდებაში (ან წესდების ნაწილად ქცეულ პარტნიორთა გადაწყვეტილებაში). ეს არ რეგისტრირდება სამეწარმეო რეესტრში და შესაბამისად, როგორც წესი, არ ხდება ბრუნვის უსაფრთხოების კონცეფციის შემადგენელი ნაწილი და მესამე პირის მხრიდან მასზე დაფუძნება გარკვეულ რისკს წარმოადგენს.

3. სამეწარმეო საზოგადოების ფაქტობრივი ხელმძღვანელის დოქტრინა და მისი მნიშვნელობა

1. მართვის ორგანოთა ფაქტობრივი ფუნქცია

როგორც აღინიშნა, მეწარმე სუბიექტი მისი ორგანოების მეშვეობით ოპერირებს. ეს აუცილებელია, უპირველეს ყოვლისა, თავად ორგანიზაციის შინაგანი ნების ფორმირებისთვის, რამდენადაც სწორედ სამეწარმეო საზოგადოების შინაგანი მოწყობის სტრუქტურასა და ამ სტრუქტურული ერთეულების საქმიანობის ხარისხზე ხდება ხოლმე, როგორც წესი, დამოკიდებული კომპანიის რენტაბელური/არარენტაბელური საქმიანობა, მოგების ოპტიმიზაცია და რაც მთავარია, საწარმოს მიერ დასახული მიზნის მიღწევა, ფუნქციებისა და ამოცანების განხორციელება. ამას, როგორც წესი, დასავლეთევროპული ქვყენების დემოკრატიული ეკონომიკის მქონე კორპორაციებში ფორმალურად შექმნილი და მოქმედი კორპორაციული მართვის ორგანოები ასრულებენ.[14] თუმცა, კორპორაციულ პრაქტიკაში არებობს შემთხვევები (და არც თუ ისე ცოტა), როდესაც საწარმოს რეალური შინაგანი სტრუქტურიდან, შიდა ნების ფორმირების პროცესიდან გამომდინარე, კანონმდებლობითა და საზოგადოების წესდებით შექმნილი მართვის სისტემა სხვაგვარად ფუნქციონირებს. აქ სხვადასხვა ფაქტორს უნდა მიექცეს ყურადღება, კერძოდ, თუ როგორი რეალური სტრუქტურის მატარებელია ესა თუ ის ბიზნესორგანიზაცია, სახეზეა თუ არა პერსონალური

[14] და განსაკუთრებით აირეკლება ეს დიდი ბიზნესის მწარმოებელ კორპორაციებში, სადაც საწარმო სხვადასხვა ერთმანეთთან დაკავშირებული ან სულაც დამოუკიდებელი სფეროების მიხედვით ფუნქციონირებს მმართველი ორგანოების მეშვეობით: დირექტორთა საბჭო, სამეთვალყურეო საბჭო, გამგეობა, შესაბამისობის (compliance) დამდგენი ოფიცერი, სხვადასხვა კომიტეტი ჩამოყალიბებული გამგეობასთან ან სამეთვალყურეო საბჭოსთან, დეპარტამენტების, სტრუქტურული ერთეულების, განყოფილებების ხელმძღვანელობები და ა.შ. სწორედ ამიტომ დასავლეთის კორპორაციულმა ეკონომიკებმა აუცილებელი გახადეს ცაკლე სამაგისტრო თუ საბაკალავრო პროგრამების შექმნა ბიზნესის ადინისტრირებაში. სერიოზულ, მრავალდონიან ბიზნეს საქნიანობას, მითუმეტეს, დარგის განვითარებისა და თანამედროვე ტექნოლოგიური პროგრესის პირობებში სპეციალურად ამისათვის განსწავლული პროფესიონალები - მენეჯერები (სხვადასხვა სფეროს მმართველნი) ესაჭიროებათ. შესაბამისად, ინვესტორი კორპორაციას გადასცემს საკუთრებაში ქონებას, ხოლო ამ უკანასკნელის მართვას სპეციალური ცოდნის მქონე პირს ანდობს. ამერიკაში განსაკუთრებით იყო მენეჯერეალიზმის თეორია გაბატონებული, რომელსაც, მიუხედავად სხვადასხვა თეორებისა და სკოლების ჩამოყალიბებისა, მაინც ერთ-ერთი გადამწყვეტი ადგილი უჭირავს დღესაც. მიმოხილვა იხ. *მეჩკტთან: Merkt, Hanno,* US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, (2006), 40 ff.

პარტნიორული სტრუქტურა და ასევე მართვის პერსონალისტური სისტემა, რაც, თავის მხრივ, პარტნიორის წინა პლანზე წამოწევას გულისხმობს არა მხოლოდ ფულის დაბანდების ან მატერიალური სახსრების შემდგომი მობილიზაციის თვალსაზრისით, არამედ თავად პარტნიორის უშუალო ჩართვით გადაწყვეტილებათა მიღების, საწარმოს მართვის პროცესში. ეს შეიძლება იმითაც იყოს განპირობებული, რომ პარტნიორს მისი ცხოვრების განმავლობაში უკვე განხორციელებული ჰქონდეს სამეწარმო საქმიანობა ინდივიდუალურად თუ სხვა საწარმოში მონაწილეობით ან ამა თუ იმ საწარმოში ადრე თავად ყოფილიყო სხვადასხვა მმართველ თანამდებობაზე წარმოდგენილი, ახლა კი თავად სურს კომპანიაში ინვესტიციის განხორციელება და რენდიტას ნახვა. მოკლედ, ვარიაციები სხვადასხვაა. ამას ემატება, ასევე, ის, რომ, როგორც წესი, პერსონალურად მოწყობილ საზოგადოებაში პარტნიორი არა მხოლოდ ფულის დამბანდებლად, არამედ, ეკონომიკური საზრისით, კომპანიის მფლობელად გვევლინება და რა თქმა უნდა, საწარმოს მართვისა და მასში გადაწყვეტილების მიღების პროცესში უშუალო მონაწილედ ყოფნის სურვილი აქვს, განსხვავებით უმცირესობაში მყოფი პარტნიორისაგან, რომელსაც მხოლოდ საკუთარი მერკანტილური ვიწრო ინტერესი ამოძრავებს კომპანიაში – მიიღოს დივიდენდი და რაც შეიძლება მეტად გაყიდოს მისი წილი ან აქცია მისთვის დროის სასურველ მომენტში.[15] საწარმოს მფლობელი პარტნიორის „ქცევის ეკონომიკა“[16] ხანდახან უბიძგებს მეწილეს, გამოიყენოს ცრუმაგიერი ხელმძღვანელის კონსტრუქცია, რათა ფორმალურად დააკმაყოფილოს კანონმდებლობის მოთხოვნა[17], ხოლო რეალურად საწარმო მის მიერ იმართებოდეს. ამის გაკეთების ასევე სხვადასხვა მიზეზი შეიძლება არსებობდეს: პარტნიორს არ სურდეს, ოფიციალურად იყოს წარმოდგენილი კომპანიის მმართველად, კანონმდებლობის შესაბამისად, მას აქვს ინტერესთა კონფლიქტის ან/და თანამდებობრივი შეუთავსებლობის შემთხვევა[18], ან მართალია, ხელმძღვანელად ოფიციალურად დანიშნული და გამწესებულია სხვა პირი, მაგრამ პარტნიორის ძველი კონტაქტები, მისი გამოცდილება ერთგვარად „აიძულებს“ მას, უშუალოდ იყოს ჩართული კომპანიისა და მისი კრედიტორების/მომწოდებლების საქმიან ურთიერთობაში, რამდენადაც

[15] საკონსტიტუციო სასამართლოთა გადაწყვეტილებებზე და უცხოურ ლიტერატურაზე შემდგომი მითითებებით იხ.: *ბუხდუი,* სავალდებულო სატენდერო შეთავაზება, აქციათა სავალდებულო გაყიდვა: აქციით მინიჭებული უფლების ბოროტად გამოყენება თუ კაპიტალის ბაზრის განვითარების სავალდებულო წინაპირობა?!, ჟურ. „მართლმსაჯულება“, №2, 2007, 10-39.

[16] *Lin, Tom,* A behavioral framework for securities risk, Seat. Un. Law. Rev. 325/2011, 98.

[17] როგორც ზემოთ ითქვა, ხელძღვანელი ორგანო (2022 წლის 1 იანვრამდე მოქმედი კანონით, დირექტორი კაპიტალური ტიპის საზოგადოებაში. 2022 წლის 1 იანვრიდან მოქმედი კანონით, იგი შესაძლო აღინიშნოს ნებისმიერი ტერმინით: მთავარი მენეჯერი, ოფიცერი, პრეზიდენტი, გამგეობის თავმჯდომარე/წევრი და ა.შ.) აუცილებელი სტრუქტურული ერთეული საწარმოს მოწყობის კონტექსტში, რომლის გრეშეც კომპანიის არსებობას ეგზისტენციალური პრობლემა ექნება. დირექტორად, ბუნებრივია, რეალურ ცხოვრებაში გამოდის ფიზიკური პირი. ამიტომ ვინმე მაინც უნდა იყოს ასეთ პირად გამწესებული. ხოლო თუ ვინ იქნება ეს პირი (მისი განსწავლულობის, გამოცდილების, საკვალიფიკაციო მოთხოვნის თვალსაზრისით), პერსონალური სტრუქტურის მქონე კაპიტალურ საზოგადოებაში, მნიშვნელობა მსგავს შემთხვევებში (ცრუმაგიერი ხელმძღვანელობის შემთხვევა იგულისხმება) არ აქვს.

[18] მაგ., საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტის მუხ. 6-7.

ამ უკანასკნელთ სწორედ პარტნიორი „ეიმედებათ“. მოკლედ, თუ სასამართლო საქმის განხილვისას მტკიცებულებათა გამოკვლევით და ფაქტების დადგენით მიდის იმ დასკვნამდე, რომ აღნიშნულ საწარმოში მართვის ფორმალიზებული-ურიდიული სისტემისაგან განსხვავებული რეალური სტრუქტურა არსებობს, მაშინ იგი სამოსამართლო სამართალგანვითრების ფარგლებში მეტად ფართოდ განმარტავს ხოლმე ნორმას[19] და ეძებს ისეთ კონსტრუქციას, რომელიც ობიექტურად სამართლიანი იქნება მსგავსი რეალური სიტუაციის გადაწყვეტისათვის და მიესადაგება მას. გამორიცხული არ არის, ასევე, რომ ასეთი რეალური სტატუსის მატარებელმა პარტნიორმა საკუთარი მერკანტილური ინტერესისათვის გამოიყენოს უკვე არსებული სამეწარმეო საზოგადოება, როგორც ერთგვარი „შირმა“, ინსტრუმენტი, თვალთმაქცური მოსასხამი, რათა არსებული კორპორაცია ყოველმხრივ გამოშიგნოს, ხოლო ძირითადი აქტივი და სამომავლო პერსპექტივა სხვა საწარმოში გადაიტანოს.[20] არადა ამ ახლად დაფუძნებულ კომპანიაში მას არა მხოლოდ გადამწყვეტი უმრავლესობა ექნება ხმებისა, არამედ შესაძლოა ერთპიროვნული მეწილეც აღმოჩნდეს. ვარიაციები აქაც მეტად დივერსიფიცირებული შეიძლება იყოს. მოკლედ, მსგავს შემთხვევებში სახეზეა საკორპორაციო სამართლის მიერ ჯერ კიდევ გასული საუკუნის შუა პერიოდიდან განვითარებული ფაქტობრივი ხელმძღვანელი პირის იურიდიული კონსტრუქცია, რომელსაც პრინციპში, საკანონმდებლო დონეზე არ იცნობს ქვეყნების აბსოლუტური უმრავლესობა,[21] თუმცა როგორც ზემოთ ითქვა, იქ, სადაც განმარტებულია ხელმძღვანელობა და დადგენილია მისი პასუხისმგებლობის საკითხი, მოაზრებულია ასევე ფაქტობრივი ხელმძღვანელის ცნებაც და მისი იურიდიული არსია გადმოცემული.[22]

ქართული სასამართლოების პრაქტიკაში, რამდენადაც ჩვენთვის ცნობილია, მსგავს საკითხთან დაკავშირებით სასამართლო პრაქტიკა არ არსებობს. შესაბამისად, მომავალში მართლმსაჯულების სისტემას აუცილებლად მოუწევს, თვისუფალი სამოსამართლო სამართალშემოქმედების ფარგლებში მე-

[19] მაგ., გერმანულ სამართალში ეს იქნებოდა შპს-ის შესახებ კანონი მე-6, 35-ე, 43-ე პარაგრაფები, რომლებიც ხელმძღვანელ ორგანოს, მის სტატუსს, პასუხისმგებლობას ეხება. მსგავსი ნორმების მოძიება არ არის პრობლემა ასევე ქართულ საკორპორაციოსამართლებრივ კანონმდებლობაში, რამდენადაც ეს უკანასკნელი, მიუხედავად მისი სისტემური ცვლილებისა (იხ.: *Burduli*, Gesellschaftsrecht in Georgien und seine Entwicklungstendenzen, Institut für Osteuropäisches Recht der Universität Kiel, Kieler Ostrechts-Notizen, 1/2013, 16. Jahrgang, 28-35; *Burduli* FS Prütting, 3-15), სწორედ გერმანული საზოგადოებათა და სავაჭრო სამართლის რეცეფციის შედეგად ჩამოყალიბდა. იხ. „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის მუხ. 50-55, ასევე, ამავე კანონის 2022 წლის 1 იანვრამდე მოქმედი რედაქცის მუხ. 9.

[20] გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს პრაქტიკით, კონკურენტ საწარმოში (მხოლოდ მონაწილოებაც კი წევრის სტატუსით) წილის გადატანა იმდენად მძიმე გადაცდომად ითვლება, რომ მას შესაძლოა ნაჩუქარი წილის უკან გამოხმობის, ანუ ჩუქების ხელშეკრულების გამოხმობის სამართლებრივი შედეგიც დაუკავშირდეს. BGH, Urteil v. 02-07-1990 - II ZR 243/89.

[21] ავსტრიამ 2013 წლის 1 იანვრიდან ამოქმედებული ცვლილებით საგადასახადო კოდექსში (Bundesabgabeordnung) საკანონმდებლო დონეზე გააჩინა ფაქტობრივი ხელმძღვანელის ცნება და მას საკანონმდებლო განმარტება და არსი მისცა. BGBl I 2012/112. იხ. §9a BAO.

[22] *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Löbbe* (Hrsg.), GrossKomm. zum mbHG, (2014), §35 Rn. 41-42.

წარმეთა შესახებ კანონის შესაბამისი ნორმების განმარტება და პრაქტიკის დადგენა მსგავს საკითხთან დაკავშირებით.[23]

2. პირის ფაქტობრივ ხელმძღვანელად აღქმის კრიტერიუმები

2.1. ხარვეზიანი ორგანო

ფაქტობრივი ხელძმღვანელის არსის გაგებისათვის რამდენიმე მნიშვნელოვან საკითხს უნდა მიექცეს ყურადღება: 1.) როდის და რა სტატუსითა და სახით მიიღება მხედველობაში ფაქტობრივი ხელმძღვანელი, როგორც სამეწარმეო საზოგადოებასთან იმგვარად დაკავშირებული პირი, რომელიც (არსებით) ზეგავლენას ახდენს კომპანიის შინაგანი ნების ფორმირების პროცესზე. ამ თვალსაზრისით, უპირველეს ყოვლისა, მხედველობაში უნდა მივიღოთ ის გარემოება, რომ შეცდომით დანიშნული, ხარვეზიანი ორგანოს მდგომარეობა არ გავათანაბროთ ფაქტობრივ დირექტორთან. როგორც მოგეხსენებათ, იმისათვის, რომ ხელმძღვანელი ორგანო ჩამოყალიბდეს და იგი საქმიანობას შეუდგეს, როგორც წესი, შესაბამისი იურიდიული ნაბიჯების გადადგმაა საჭირო. თავდაპირველად აუცილებელია დამფუძნებელი დოკუმენტებით ორგანოს შექმნა და ე.წ. ხელმძღვანელი პირის დანიშვნითი აქტის[24] ფორმალიზება, ანუ დირექტორის თანამდებობაზე დანიშვნის აქტის არსებობა. ეს, თავის მხრივ, გარკვეულ ფორმალობებს მოიაზრებს თავის თავში, თუმცა ამ ფორმალობების უკუგდება, მისი შინაარსის ბათილობა ან საცილოობა არ შეიძლება გახდეს ამგვარად მოქმედი პირის იგნორირებისა და უგულებელყოფის უპირობო საფუძველი. შესაბამისად, კომენტატორულ ლიტერატურაში, სასამართლო პრაქტიკაზე მითითებით, აღიარებენ, რომ მსგავს კონსტელაციაში, ანუ ხარვეზით დანიშნული გარეთ მოქმედი ხელძღვანელი პირი უხარვეზოდ მოქმედად განიხილება და მისი ქმედება სრულად შეერაცხება საზოგადოებას იმ მომენტამდე, სანამ ეს ხარვეზი გამოსწორდება/აღმოიფხვრება.[25] ამასთან, დღეს უკვე აღიარებულია, რომ მსგავსი ხარვეზის მქონე დირექტორი მის უფლებებსა და მოვალეობებში უთანაბრდება ნამდვილად (უხარვეზოდ) დანიშნულ ხელმძღვანელს[26] და მასზე სრულად ვრცელდება დირექტორისადმი წაყენებული საკანონმდებლო მოთხოვნები. ასე რომ, დანიშვნის აქტის ხარვეზი მსგავსი სტატუსის მქონე პირს ჩვეულებრივ დირექტორად განიხილავს და არა ფაქტობრივად.

---

[23] ინსპირაციის საფუძვლად შეიძლება გამოდგეს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ 2006 წელს გამოტანილი გადაწყვეტილება ვ. გელაშვილის საქმეზე, სადაც იყო მცდელობა ფაქტობრივი ხელმძღვანელი პირის ქმედების საჯაროსამართლებრივად შეფასებისა. საკონს. სას. 2006 წ. 13 ივლისის გადაწყვეტილება №1/2/378; განმარტებისთვის იხ.: *ზოიძე*, მეწარმის ცნება და მისი თეორიულ-პრაქტიკული მნიშვნელობა, წიგნში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, 2009, 65 და მომდ.

[24] Bestellungsakt.

[25] Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbhG Komm., (2017), §35 Rn. 8.

[26] Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbhG Komm., (2017), §35 Rn. 8.

2.2. დანიშვნის აქტის არარსებობა

ფაქტობრივი ხელმძღვანელის კონსტრუქციაში (ორგანულ თანამდებობაზე) დანიშვნის აქტი საერთოდ არ არსებობს და იგი, იყენებს რა მის ფაქტობრივ ძალაუფლებას საზოგადოებაში, პოზიციონირებს, როგორც საწარმოს ხელმძღვანელი პირი.[27] შეიძლება, მისი ძალაუფლების ერთგვარ რეკლამირებადაც მიიღებოდეს მხედველობაში სხვადასხვა სტატუსი, დაწყებული იმით, რომ იგი საწარმოს ერთადერთი პარტნიორია და დასრულებული იმით, რომ ის საწარმოსთვის მნიშვნელოვანი სესხის მიმცემია.[28] შესაბამისად, ორგანულსამართლებრივი ქმედება მხედველობაში არ მიიღება, რასაც, პრინციპში, საზოგადოების პასუხისმგებლობა უნდა გამოერიცხა, თუმცა ეს უკანასკნელი შესაძლებელია დაეფუძნოს პასუხისმგებლობას მოჩვენებითი წარმომადგენლობის შესახებ.[29] ხელმძღვანელის ფორმალური დანიშვნის აქტის არარსებობასთან ერთად სახეზე უნდა იყოს ის ფაქტი, რომ მსგავსი სტატუსის მატარებელი პირი – *de facto* ხელმძღვანელი – უნდა ასრულებდეს იმგვარ ქმედებას, რომელიც დაკავშირებულია საზოგადოებასთან. ეს ნიშნავს, რომ მაგალითად, პარტნიორი ფაქტობრივად ასრულებს ხელმძღვანელობით ფუნქციას/კომპეტენციას, თანაც არ აქვს მნიშვნელობა იგი ამას დამოუკიდებლად აკეთებს თუ სხვა დანიშვნის აქტის საფუძველზე გამწესებულ ფორმალურ ხელმძღვანელთან ერთად.[30] ამის დასაკვალიფიცირებლად მნიშვნელოვანია, პირის გარეგნული გამოხატვის ფორმა, ანუ „საზოგადოების გარეთა სფეროსაკენ მიმართული, ჩვეულებრივ ხელმძღვანელობისათვის მიკუთვნებული ქმედება“.[31] და მიუხედავად იმისა, რომ თავად გერმანულ პრაქტიკაში ძირითადი შემთხვევები სისხლისამართლებრივ საქმეებს უკავშირდება (როდესაც შინაგანი ნების ფორმირებისა და გარეთ მოქმედი პირის ქმედება სისხლისსამართლებრივ შემადგენლობას იწვევს),[32] ზიანის ანაზღაურება და მისთვის სამოქალაქოსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება ასევე არ არის უცხო.[33] ძირითადი საკითხი ამ (პასუხისმგებლობის) კონტექსტში მიმართულია იქითკენ, რომ დადგინდეს თუ რა წი-

[27] *Schmitt* in Bartl/Bartl/Beine/Koch/Schlarb/Schmitt, GmbH-Recht, (2019), §35 Rn. 21.

[28] *Schmitt* in Bartl, GmbH-Recht, (2019), §35 Rn. 21.

[29] Rechtsscheinhaftung. MünKommHGB/*K. Schmidt*/*Drescher*, (2022), §128 Rn. 5; MünKomm/*Merkt*, GmbHG, (2022), §13 Rn. 353.

[30] გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაზე მითითებით: Baumbach/Hueck/*Zöllner*/*Noack*, GmbhG Komm., (2017), §35 Rn. 9.

[31] Baumbach/Hueck/*Zöllner*/*Noack*, GmbhG Komm., (2017), §35 Rn. 9. სწორედ ეს იყო გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს ძირითადი არგუმენტი (რითაც კიდევ ერთხელ გამყარდა აღნიშნული პრაქტიკა) იმასთან დაკავშირებით, თუ ვინ უნდა განიხილებოდეს ფაქტობრივი ხელმძღვანელის სტატუსის მქონე სუბიექტად. პირი (პარტნიორი), რომელიც ფაქტობრივად ახორციელებს გარკვეულ საქმიანობას საზოგადოების შიგნით, ხელმძღვანელობს საწარმოო პროცესებს და ა.შ., მაგრამ მისი ეს ქმედებები არ იქნება აღქმული საკუთრივ კორპორაციისადმი გარეგანად მიკუთვნებულად, არ უნდა განიხილებოდეს *de facto* ხელმძღვანელად. BGHZ 104, 44, 45, 47. პარალელურად გამოქვეყნებულია ახალ გერმანულ იურიდიულ ყოველკვირეულში: NJW 2002, 1803 f.; BGH = ZIP 08, 1026 f.; OLG Branderburg = NZG 01, 807 f.

[32] *Altmeppen* in *Roth*/*Altmeppen*, GmbhG Komm., (2012), §82 Rn. 2.

[33] შემდგომი მითითებებით სასამართლო პრაქტიკაზე იხ.: *Lücke*/*Simon* in *Saenger*/*Inhester*, GmbhG Komm., (2011), §43 Rn. 5.

ნაპირობებისას შეიძლება დაეკისროს იმ პირს სამოქალაქოსამართლებრივი პასუხისმგებლობა, რომელიც ფორმალურ-სამართლებრივი დანიშვნის აქტის არარსებობის პირობებში ხელმძღვანელის თანამდებობას ითავსებს და ფუნქციას ასრულებს.[34] გერმანიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ არ მიიჩნია საჭიროდ, რომ მოქმედების განმხორციელებელი (*de facto* მმართველი) კანონმდებლობის შესაბამისად დანიშნულ და გამწესებულ პირად მოგვევლინოს[35] და კანონმდებლობით გათვალისწინებული ხელმძღვანელობა სრულად გამორიცხოს,[36] ანუ (ფორმალურად დანიშნული) დირექტორის საქმიანობა და ხელმძღვანელობითი კომპეტენციის განხორციელება სრულფასოვნად უკუაგდოს. სასამართლოს განმარტებით: „გადამწყვეტი შეიძლება იყოს, რომ საერთო სურათის წარმოჩენისას, ფაქტობრივი ხელმძღვანელი საზოგადოების ბედ-იღბალზე და მის ძირითად თუ კონკრეტულ მიმართულებაზე ზემოქმედების ბერკეტს ფლობდეს. ამიტომ ამისთვის საკმარისი არ იქნებოდა მხოლოდ წესდებისმიერი ხელმძღანელობითი ფუნქციების განხორციელება საწარმოს შიგნით (შიდა პროცესებზე ზემოქემდება. ჩამატება ი. ბ.), არამედ საჭიროა ასევე საკუთარი, საზოგადოების გარეთ მიმართული (ანუ მესამე პირებთან ურთიერთობის დამყარებისაკენ მიმართული. ჩამატება ი. ბ.) წარმომადგენლობითი ხელმძღვანელობითი ქმედება, რომელიც ხელმძღვანელობით ორგანოს საქმიანობას წარმოაჩენს“,[37] თუმცა არა მთლიანად ან ნაწილობრივ გამორიცხავს. ეს ბოლო სიტყვები მნიშვნელოვანია კვალიფიკაციის საქმეში, რამდენადაც ცრუმაგიერი ხელმძღვანელის დანიშვნისას იგი პარალელურად ასრულებს ხელმძღვანელობით საქმიანობას, დებს გარიგებებს საწარმოს სახელით, თუმცა ეს სრულად ან ნაწილობრივ ფორმალურ ხასიათს ატარებს. ყურადღების მიღმა კი დარჩებოდა ის ფაქტი, გამოთიშულია თუ არა ფორმალურ-სამართლებრივი ხელმძღვანელი ორგანო საქმიანობას. აქვე ხაზგასასმელია, რომ ის ცრუმაგიერი დირექტორი, რომელიც საერთოდ არ ასრულებს მოვალეობებს, „მინდობილი“ აქვს რა აღნიშნული საქმიანობა ფაქტობრივი ხელმძღვანელისათვის, არ თავისუფლდება პასუხისმგებლობისაგან, მაგ., გერმანიის შპს-ის კანონის 43-ე პარაგრაფის შესაბამისად. ქართულ სამართალში მისი ანალოგი იქნებოდა „მეწარმეთ შესახებ“ კანონის 50-ე მუხლი. სწორედ ამიტომ გერმანული, ავსტრიული სამართალი ფაქტობრივ ხელმძღვანელს დირექტორის პასუხისმგებლობის, ანუ მის მიერ დაკისრებული მოვალეობის დარღვევისათვის პასუხისმგებელ სუბიექტად მოიაზრებს. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, იგი „მოვალეობათა მატარებელი და პასუხისმგებლობის ადრესატია“.[38] ეს პასუხისმგებლობა, უპირველეს ყოვლისა, კონსტრუირებულია, როგორც შიდაორგანიზაციული პასუხის-

[34] *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff,* GmbHG, (2020), vor § 43 Rn. 11.
[35] ეს აცდებოდა ლოგიკურ-იურიდიულ მიზანს.
[36] *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff,* GmbHG, (2020), vor §43 Rn. 11.
[37] სასამართლო პრაქტიკის მითითებით: *Kleindiek* in Lutter/Hommelhof, GmbHG, (2020), vor §43 Rn. 11.
[38] *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff,* GmbHG, (2020), §43 Rn. 3.

მგებლობა,[39] თუმცა განხორციელების, ანუ პასუხისმგებლობის დაკისრებისაკენ მიმავალი სხვა გზებიც არსებობს[40].[41]

3. ფაქტობრივი ხელმძღვანელისა და მართლზომიერად დანიშნული და გამწესებული ხელმძღვანელის ურთიერთმიმართების საკითხი

გერმანიის სასამართლოების პრაქტიკა დიდ ყურადღებას ამახვილებს კვალიფიკაციის საკითხზე. ფედერალური მიწების უმაღლეს სასამართლოთა გადაწყვეტილებებით ჩამოყალიბებულია ერთიანი პრაქტიკა, რომ პირის ფაქტობრივ ხელმძღვანელად დაკვალიფიცირებისათვის სასამართლომ უნდა შეაფასოს ამ პირის მოქმედების მასშტაბი მთლიანი კორპორაციული სურათის წარმოჩენის კონტექსტში. აუცილებელი არ არის, რომ ფაქტობრივ ხელმძღვანელად პარტნიორი იყოს წარმოდგენილი (თუმცა, რა თქმა უნდა, აბსოლუტუ-

[39] *Beurskens*in *Noack/Servatius/Haas*, GmbH-Gesetz, (2022), §6 Rn. 77.

[40] *ბუხდუღი*, ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხისათვის (დოგმატური გააზრების მცდელობა), ჟურ. „ჩემი ადვოკატი“ №2, 2019, 46-62.

[41] მიუხედავად ამ ორი ძირითადი ჯგუფისა, ლიტერატურაში ფაქტობრივი ხელმძღვანელის კონფიგურაციის სხვა ინსტიტუტებთან განსხვავების სისტემასაც შეხვდებით. ასე, მაგ., *შიხმახეხი* განზოგადებული სახით გვთავაზობს განსხვავების შემდეგ ფორმულას: ფაქტობრივი ხელმძღვანელი განსხვავდება იმ პირისაგან, ვინც თავს მესამე პირის თვალში საზოგადოების ხელმძღვანელად წარმოაჩენს, ანუ „ხელმძღვანელი სამართლის მოჩვენების ძალით“. S*chirrmacher,* Die Haftung des faktischen Geschäftsführers. Eine dogmatische (Neu-)Ordnung, 2019, 11 ff. აღნიშნული მოჩვენებითი პირი არის ის, ვინც სამართალბრუნვაში სხვა პირს მცდარ წარმოდგენას უქმნის იმაზე, თითქოს იგი ნამდვილად არის დანიშნული სამეწარმეო საზოგადოების ხელმძღვანელად. მესამე პირის თვალში ეს ვითარება ისეა წარმოსახული, რომ იგი მხოლოდ სიცრუეა და იგი (მოჩვენებითი პირი) საზოგადოების საქმიანობას არანაირად არ წარმართავს. შემდეგ მოდის მოძღვრება ხარვეზიანი საზოგადოების შესახებ, ანუ როდესაც საზოგადოება არარაა. შესაბამისად, თავად ორგანოებიც არ წარმომდგარა და მასში ფაქტობრივი ხელმძღვანელობის ვინმესთვის მიკუთვნება გამორიცხულია. ფაქტობრივი ხელმძღვანელი განსხვავდება ასევე პირისაგან, რომელიც ბათილი/არანამდვილი გამწესების ხელშეკრულების საფუძველზე ახორციელებს საქმიანობას. S*chirrmacher,* Die Haftung des faktischen Geschäftsführers. Eine dogmatische (Neu-) Ordnung, 2019, 14. როგორც ცნობილია, საკორპორაციო სამართალში განასხვავებენ ხელმძღვანელის დანიშვნისა და გამწესების იურიდიულ საკითხებს (ვრცლად იხ.: *ბუხდუღი*, სს საფუძლები, II ტომი, 2013, 374 და მომდ.). დანიშვნა თავის თავში მოიაზრებს კორპორაციულსამართლებრივ აქტს, რომელიც ხელმძღვანელობითი ორგანოს სტატუსს, ადგილს აფუძნებს. რაც შეეხება გამწესებას, აქ იგულისხმება ვალდებულებითსამართლებრივი ხელშეკრულება, რითაც დირექტორად დანიშნულ პირსა და თავად საზოგადოებას შორის პერსონალური ხასიათის ურთიერთობა წესრიგდება (სოციალური გარანტიები, დაზღვევა, შვებულების დრო, ანაზღაურება და ა.შ.). მოკლედ, ჩვენ შემთხვევაში, ხელმძღვანელთან დადებული ხელშეკრულებაა ბათილი და არა პირის დირექტორად დანიშვნის გარიგება. შესაბამისად, მსგავსი პირიც ვერ გაუთანაბრდებოდა ფაქტობრივ დირექტორს. S*chirrmacher,* Die Haftung des faktischen Geschäftsführers. Eine dogmatische (Neu-) Ordnung, 2019, 14-15. განსხვავების შემდეგი კონფიგურაცია გახლავთ, როდესაც პირი ნამდვილად არის დანიშნული და გამწესებული ხელმძღვანელად, თუმცა სავაჭრო რეესტრში რეგისტრირებული არაა, ანუ არარეგისტრირებული დირექტორია. დაბოლოს, საუბარია ე.წ. სასწრაფო ხელმძღვანელზე (Notgeschäftsführer). აქ იგულისხმება ქვემდებარეობის მიხედვით შესაბამისი (პირველი ინსტანციის) სასამართლოს მიერ დანიშნული ხელმძღვანელი, პრინციპში, საგანგებო სიტუაციისთვის. S*chirrmacher,* Die Haftung des faktischen Geschäftsführers. Eine dogmatische (Neu-)Ordnung, 2019, 16. ეს ის შემთხვევაა, როდესაც ხელმძღვანელი არა შიდა კორპორაციული ნების (წესდების, წესდებაში ცვლილების ან პარტნიორთა გადაწყვეტილების), არამედ გარეთა ნების ფორმირების (სასამართლო აქტის) საფუძველზე ყალიბდება.

რად უმრავლეს შემთხვევაში ეს სწორედ ასეა[42]). ფაქტობრივ ხელმძღვანელ პირად შეიძლება იყოს ნებისმიერი მესამე პირი, რომელიც „მიუხედავად მისი დირექტორად ნამდვილი დანიშვნის აქტის არარსებობისა, საზოგადოებაში ხელმძღვანელი პირის ადგილსა და კომპეტენციას ფლობს ან ფლობდა. ამის წინაპირობას წარმოადგენს მისი ქმედება, როგორც ხელმძღვანელი ორგანოსი, რაც მასთან დაკავშირებული ყველა გარემოების შეფასების შედეგად უნდა დადგინდეს, განსაკუთრებით კი იმ კითხვას უნდა გაეცეს პასუხი, ეპყრა თუ არა ხელთ ფაქტობრივ ხელმძღვანელს საზოგადოების ბედის გადაწყვეტის ან მასზე ზემოქმედების ბერკეტი და ეს საქმიანობა გარეთა სფეროსთვის წარმომადგენლობითად აღქმადი იყო თუ არა“.[43] მანამდე გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლო კიდევ უფრო შორს მიდის და პასუხისმგებლობის საკითხს განმარტავს.[44] პასუხისმგებლობის სუბიექტად შესაძლოა განხილული იყოს ის პირიც, ვინც ფორმალურად არ არის დანიშნული ხელმძღვანელად, თუმცა ხელმძღვანელი პირის უფლებამოსილების განხორციელებას ფაქტობრივად შეუდგა. აქ მნიშნელოვანია ის გარემოება, რომ მსგავსი პირი შეიძლება ფაქტობრივად იყოს ერთადერთი ხელმძღვანელი ან თანახელმძღვანელი პირი. აღნიშნულ დავაში საკითხი ეხებოდა გადახდისუუნარობის განცხადების დაყენების მოვალეობას და მის დარღვევას, რასაც შესაძლოა ზიანი გამოეწვია. პასუხისგებლობა მსგავსი განცხადების დაყენებისთვის შესაძლოა დაეკისროს არა მხოლოდ ფორმალურ დირექტორს, არამედ „მასაც, ვინც ფაქტობრივად შეუდგა ხელმძღვანელის ან თანახელმძღვანელის საქმიანობითი უფლებამოსილების განხორციელებას“. ამასთან ნამდვილად დანიშნული/ფორმალური ხელმძღვანელის მთლიანი ჩამოცილება საქმიანობიდან სავალდებულო არ არის.[45] აღნიშნულ გადაწყვეტილებაში მეტად მნიშვნელოვანია ასევე ის განმარტება, რომელიც სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების *contra legem* გააკეთა საკასაციო ინსტანციამ, კერძოდ: იმ შემთხვევაში, როდესაც ფაქტობრივ ხელმძღვანელად განხილული უნდა იყოს საზოგადოების პარტნიორი, ყურადღება უნდა მიექცეს აუცილებლად ამ უკანასკნელის ქმედების ხასიათს და საზოგადოების ნების ფორმირების პროცესს. როდესაც, მაგ., უმრავლესობაში მყოფი პარტნიორი ბოროტად იყენებს მდგომარეობას და (არსებით) ზეგავლენას ახდენს ორგანულსამართლებრივ ხელმძღვანელობით ორგანოზე, მაშინ საკითხი მეტად ფაქიზ მიდგომას მოითხოვს იმ თვალსაზრისით, რომ არ გამოირიცხოს აქედან პარტნიორის პასუხისმგებლობა მისი მხრიდან არა ფაქტობრივი დირექტორის უფლებამოსილების განხორციელების გამო პასუხისმგებლობისა, არამედ მისი, როგორც მაჟორიტარი პარტნიორის პასუხისმგელობისა, რომელსაც იგი ბოროტად იყენებს, ანუ ის, ვინც ხელმძღვანელ ორგანოზე ზემოქმედებს და ამ უკანასკნელს აღებინებს გადაწყვეტილებას, შეიძლება არ ჩაითვა-

[42] *Altmeppen* in *Altmeppen* (Hrsg.), Komm. zum GmbHG, (2021), §6 Rn. 34.

[43] მაგ., იხ. ბრანდებურგის უმაღლესი ფედერალური სასამართლოს გადაწყვეტილება: Brandenburg OLG, Urteil vom 15. 11. 2000.

[44] BGH, Urteil vom 21. 3. 1988 - II ZR 194/87.პარალელურად გამოქვეყნებულია გერმანიის ნოტარიატის ჟურნალში: DNotZ 1988, 793-795.

[45] BGH, Urteil vom 21. 3. 1988 - II ZR 194/87.

ლოს ფაქტობრივ (თანა)ხელმძღვანელ პირად. მსგავს სიტუაციაში მას, როგორც პარტნიორს დაეკისრება პასუხისმგებლობა კორპორაციულ ორგანოზე მისი ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების საფუძველზე. ამ დროს სასამართლოს განმარტებით „აუცილებელია, რომ პარტნიორმა საზოგადოების საქმიანობა ისევე განახორციელოს, როგორც ხელმძღვანელმა პირმა“.[46] ამასთან სასამართლო კიდევ ერთ მნიშვნელოვან განმარტებას აკეთებს: „ფაქტობრივი ხელმძღვანელის პასუხისმგებლობის საფუძველი იმაშიც შეიძლება გამოიხატოს, რომ დანიშვნის აქტის მიუხედავად ეს პირი მოქმედებს/ოპერირებს, როგორც ხელმძღვანელი და შესაბამისად, უნდა იკისროს ის პასუხისმგებლობა, რაც გათვალისწინებულია ფორმალური/ნამდვილი დირექტორისათვის. ამისთვის აუცილებელი არ არის, რომ მან (*de facto* ხელმძღვანელმა) კანონისმიერი ხელმძღვანელობითი ორგანო საერთოდ ჩამოაშოროს საქმიანობას, ანუ განდევნოს ხელმძღვანელობა მთლიანად. უცხო ორგანოს კონცეფციაზე[47] დაფუძნებულ შპს-ში, რომელსაც შესაძლოა რამდენიმე ხელმძღვანელი პირი ჰყავდეს, საკმარისი იქნებოდა, პირს მნიშვნელოვანი/გადამწყვეტი დოზით მიეღო ხელმძღვანელობითი ფუნქცია ისე, როგორც ეს კანონისა და საზოგადოების ხელშეკრულებით არის დამახასიათებელი ხელმძღვანელის ან თანახელმძღვანელისათვის. სწორედ ამიტომ გადამწყვეტი შესაძლოა იყოს მხოლოდ მატერიალური შემხებლობა საკითხისა, სადაც წარმოდგენილი იქნება საერთო კორპორაციული სურათი იმასთან დაკავშირებით, ასეთ ფაქტობრივ მმართველს უპყრია თუ არა საზოგადოების ბედის სადავე ხელში, კერძოდ, წესდებისმიერ ხელმძღვანელზე არა მხოლოდ შიდასაზოგადოებრივი ზემოქმედება უნდა იყოს სახეზე, არამედ საკუთარი, კორპორაციის გარეთ წარმოდგენილი/წარმოჩენილი, ჩვეულებრივ ხელმძღვანელობისთვის მიკუთვნებული ქმედება“.[48]

4. ფაქტობრივი ხელმძღვანელის კვალიფიკაციის კრიტერიუმი

4.1 ხასისხობრივი ნიშანი

ფაქტობრივი ხელმძღვანელის დაკვალიფიცირებისთვის გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში ხარისხობრივ და რაოდენობრივ (კვალიტატურ და კვანტიტატურ) ნიშნებს გამოყოფენ, ერთგვარ სისტემაში მოჰყვათ ისინი და კონსოლიდირებულად სასამართლო პრაქტიკაზე მითითებით, არის ჩამოყალიბებული. ყურადღება გამახვილდებოდა ამ თვალსაზრისით *ნოაკისა და სეჰვაციუსის* კომენტარზე, სადაც შესაძლებელია ეს ყველაფერი ერთიან სისტემაში წარმოდგეს: „ფაქტობრივი ხელმძღვანელის კვლიფიკაციისათვის ხშირ შემთხვევაში კონკრეტული ქმედება (ან ქმედებათა ჯაჭვი. ჩამატება ი. ბ.) უნდა გაანალიზდეს.

[46] selbst die Geschäfte der Gesellschaft wie ein Geschäftsführer geführt hat. DNotZ 1988, 794.

[47] Fremdorganschaft ან იგივე Drittorganschaft. არსის გასაცნობად იხ.: *Schäfer* in *Bork/Schäfer,* GmbHG Komm., (2021), §6 Rn. 14; საკუთარ ორგანოსა (საზოგადოების წევრთა თვითმართვის პრინციპი) და უცხო ორგანოს შორის განსხვავების თაობაზე: *ბუხდუღი/ მახახობდიშვილი/ თოხაძე/ ზუბიტაშვილი/ აღაშვილი/ მაღხაძე/ეგნატაშვილი,* საკორპორაციო სამართალი, მე-2 გამოც. 2022, 102, 114 და მომდ., 298 და მომ.

[48] BGH, Urteil vom 21. 3. 1988 - II ZR 194/87.

ობიექტური დამკვირვებლის/შემფასებლის თვალით ეს ყველაფერი ხარისხობრივად უნდა მიესადაგებოდეს/მიემსგავსებოდეს ხელმძღვანელი პირის ტიპურ როლს საზოგადოებაში.“[49] უფლებები და მოვალეობები მისთვის იმგავარად უნდა იყოს ფაქტობრივად უზრუნველყოფილი, რა უფლება-მოვალეობაც კანონით დადგენილ ხელმძღვანელ ორგანოს აქვს. „ის, ვინც ფაქტობრივად იღებს გადაწყვეტილებებს, რაც კანონის საზრისით სწორედ ხელმძღვანელ ორგანოს აქვს მიკუთვნებული, შემხვედრი/დაკავშირებული ზრუნვის შეწონვისა და შეფასების შესაძლებლობაც უნდა ჰქონდეს. მხოლოდ საზოგადოების საბანკო ანგარიშზე წვდომა არ შეიძლება გახდეს მსგავსი კვალიფიკაციის საფუძველი. მეორე მხრივ, არც „მნიშვნელოვანი ზე-ძალაუფლება“ არის აუცილებელი კანონისმიერ ფორმალურ ხელმძღვანელობით ორგანოზე, რამდენადაც სავსებით საკმარისი იქნებოდა პარალელური იდენტური ხელმძღვანელობითი კომპეტენცია.“[50] აქ ის აზრია გატარებული, რომ პარტნიორი, როგორც ფაქტობრივი ხელმძღვანელი არ უნდა ფლობდეს დირექტორის უფლებამოსილებაზე გადაჭარბებულ ხარისხს/ძალმოსილებას.[51] საკმარისია სულ მცირე პარალელური უფლებამოსილების განხორციელების გამოვლენის ფაქტი. უფრო მეტიც, თავისი არსით არა მხოლოდ პარალელური, არამედ ნაკლები ხარისხის კომპეტენციური წვდომაც საკმარისი უნდა იყოს, თუკი ეს უკანასკნელი გადაწყვეტილების მიღების ტოლფასი იქნება. აქ ყურადღება უნდა გამახვილდეს იმ ფაქტზე, რომ ფაქტობრივი ხელმძღვანელის ქმედების მასშტაბი ხელშესახები/ხელჩასაჭიდი იყოს და მას სწორედ რომ საზოგადოების ბედის წარმართვაზე მიუწვდებოდეს ხელი. მაშასადამე, ყოველგვარი ქმედების განხორციელება – თუნდაც ეს უკანასკნელი რაიმე სახით წააგავდეს კანონისმიერი ორგანოს მოქმედებას – საკმარისი არ უნდა იყოს პირის ფაქტობრივ ხელმძღვანელად დაკავლიფიცირებისათვის. ბავარიის უმაღლესმა ფედერალურმა სასამართლომ[52] ერთგვარი ქულობრივი ტესტი დაადგინა კვალიფიკაციისათვის. შესაბამისად, თუ, პირობითად, 8 ქულიდან სასამართლო 6 დაადგენს, ეს საკმარისია პირის ფაქტობრივ ხელმძღვანელად კვალიფიცირებისათვის. კერძოდ, „ზემოქმედება საწარმოს პოლიტიკაზე, მის ორგანიზაციულ სტრუქტურაზე, საკადრო, საკრედიტო პო-

[49] *Prinz/Winkeljohan* in *Hoffman* (Hrsg.), Beck'sches Gndbuch der GmbH, (2021), §5 Rn. 222.

[50] *Beurskens* in *Noack/Servatius/Haas,* GmbH-Gesetz, (2022), §6 Rn. 80.

[51] მთავარია, რომ ეს მოჭარბებული ძალუფლება ზოგადად საწარმოში არსებობდეს სხვადასხვა მიზეზიდან გამომდინარე. სწორედ ასეთია, მაგ., გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს პრაქტიკა: BGH, 3 StR 287/82, 3 StR 101/00, 5 StR 407/12. თუმცა იმასაც უნდა გაეწიოს ანგარიში, რომ საზომად მსგავსი „ხარისხობრივი მაჩვენებლის“ აღება სამოქალაქო სასამართლოებისთვის გადაჭარბებული შეიძლება იყოს და საკმარისი უნდა იყოს ერთგვარი „შემსუბუქებული“ მიდგომის ჩამოყალიბება, ეს კი სამოქალაქო სასამართლოს საქმეა, მაგრამ ინსპირირების საფუძველი, როგორც ეს გერმანიაში ხდება, რასაკვირველია, შესაძლოა იქნეს სისხლისსამართლებრივი პრაქტიკა საკითხთან მიმართებით. ამიტომაცაა, რომ, მაგ., გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს სამოქალაქო პალატებმა სისხლის სამართლის პალატის პრაქტიკა სრულად არ გადაიღეს, არამედ საკუთარი „ნორმა-თეზისის“ ჩამოყალიბება-დადგენის მიმართულებით წავიდნენ, თუმცა ამ უკანასკნელის (სისხლის პალატა) მიერ შემუშავებული კრიტერიუმები მნიშვნელოვანი ორიენტირის ფუნქციის შესმრულებელია. https://360gradmanagerschutz.de/wissenswertes/faktische-geschaeftsfuehrerhaftung. [21.08.22]

[52] იხ. ბავარ. მიწის უმაღლესი სასამართლოს გად.: BayObLG, Urteil vom 20.02.1997 - 5 St RR 159/96, რომელიც პარალელურად გამოქვეყნებულია ახალ იურიდიულ ყოველკვირეულში: NJW 1997, 1936-1937.

ლიტიკაზე, საქმიან პარტნიორებზე, ბუღალტერიასა და ბალანსზე, ზეგავლენა კომპანიის საგადასახადო საქმიანობაზე, ხელმძღვანელობის მსგავსი (თანამდებობის) პირების ანაზღაურების ოდენობაზე".[53] ყველა ამ ელემენტის, უფრო სწორად, ქმედების ხარისხის შეფასების შემდეგ შესაძლებელია გარკვეული არითმეტიკული ფორმულის გამოყვანა სასამართლოსთვის და პირისთვის პასუხისმგებლობის დაკისრება, თუმცა სასამართლო პრაქტიკით შესაძლებელია გამონაკლის შემთხვევაში ფაქტობრივ ხელმძღვანელად განხილული პირი პრივილეგირებულ იქნეს პასუხისმგებლობის შემსუბუქების ნაწილში. კერძოდ, როდესაც საქმე, ძირითადად, ეხება ე.წ. Führungslosigkeit მდგომარეობას, ანუ ხელმძღვანელობის დაკარგვას და მსგავს სიტუაციაში საწარმოს კონსოლიდირებას, უფრო სწორად, მის გადარჩენას და არსებობის შენარჩუნებას.[54]

4.2 ჰაოდენობრივი ნიშანი

„კვანტიტატური ნიშნის მიხედვით, სამოქალაქო მართლმსაჯულება ითხოვს ხელმძღვანელობითი ფუნქციების/ამოცანების მიღებას მნიშვნელოვანი ოდენობით."[55] აქ გასათვალისწინებელია, რომ პარტნიორის კორპორაციულად უზრუნველყოფილი უფლებების რეალიზება და ამ უფლებათა განხორციელება არ იქნეს აღრეული ფაქტობრივი ხელმძღვანელის ქმედების მასშტაბში, რამდენადაც პარტნიორს ისედაც აქვს კანონის ფარგლებში ხელმძღვანელი პირისთვის (პირებისთვის), უფრო სწორად, ხელმძღვანელი ორგანოსთვის მთლიანობაში გარკვეული მითითებების მიცემის უფლებამოსილება.

სასამართლო საკითხის შეფასებისას და პასუხისმგებლობის დაყენებისას შესაძლოა, მივიდეს დასკვნამდე, რომ მსგავსი პირის ერთჯერადად განხორციელებული ქმედება იმდენად მნიშვნელოვნად იქნა წარმოჩენილი საზოგადოებისთვის, რომ სწორედ ეს ერთჯერადი აქტიც საკმარისი შეიძლება იყოს ფაქტობრივ ხელმძღვანელად პირის დაკვალიფიცირებისა და პასუხისმგებლობის დაკისრებისათვის. „წვრილ-წვრილი ჩარევებიც შესაძლოა იყოს საკმარისი პასუხისმგებლობის დაკისრებისათვის, იმისდა მიუხედავად, რომ სახეზე არ გვქონდეს შემაკავშირებელი ერთიანი ჩარჩო-აქტი (ანუ ეს ცალკეული ქმედებები არ იყოს ერთიანი პროცესის შემადგენელი ნაწილი, რომელიც ამა თუ იმ საბოლოო გადაწყვეტილებამდე (ე.წ. Endentscheidung) მიგვიყვანდა. ჩამატება – ი. ბ.)".[56]

[53] *Beurskens* in *Noack/Servatius/Haas*, GmbH-Gesetz, (2022), §6 Rn. 80.

[54] OLG MünchenBeckRS 2010, 23061.მით.: *Beurskens*in Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz, (2022), §6 Rn. 80.

[55] *Beurskens*in *Noack/Servatius/Haas*, GmbH-Gesetz, (2022), §6 Rn. 80.

[56] *Beurskens* in *Noack/Servatius/Haas*, GmbH-Gesetz, (2022), §6 Rn. 80. ეს საკითხი ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობას უკავშირდება გერმანიის შპს-ის კანონის 43-ე პარ. თანახმად. ამ თვალსაზრისით, საინტერესოა *ფღაიშერის* ნაწილი მიუნჰენის კომენტარისა, სადაც ავტორი ერთმანეთს აპირისპირებს (გადაწყვეტილებებზე/საწარმოო პროცესებზე) ხანგრძლივ ზემოქმედებას და ცალკეულ გადაწყვეტილებებზე ზეგავლენას. როგორც ავტორი იუწყება, გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლო, მისი სწორხაზოვნად ჩამოყალიბებული პრაქტიკით, არ იძლევა ზუსტ და კონკრეტულ განმარტებას, უფრო სწორად, აქვს თუ არა ზემოქმედების/ზეგავლენის განხორციელების ინტენსიურობას დროითი ელემენტი და გერმანული სამართალგანვითარების მომავლისთვის საზგადოებას სთავაზობს იმ სწორ გადაწყვეტას, რასაც ფრანგული და შვეიცარიული პრაქტიკა მისდევს. ეს უკანასკნელი უფრო ხანგრძლივი

5. დასკვნის მაგიერ

(პარალელურად, ქართული სასამართლო პრაქტიკის შესაძლო სამომავლო განვითარების თაობაზე)

რეგისტრირებულ, მართლზომიერ დანიშნულ და გამწესებულ, თუმცა ასევე ხარვეზიანი ორგანოს შემთხვევაშიც, პასუხისმგებლობის სუბიექტი შესაძლოა გახდეს ის პირი (შპს-ში ასეთად, მისი პერსონალური პარტნიორული და ხელმძღვანელობითი რეალური სტრუქტურიდან გამომდინარე, ძირითადად, გვევლინება პარტნიორი), ვინც მისი ქმედებით ფაქტობრივად ახორციელებს მმართველობით/ხელმძღვანელობით საქმიანობას და მის გადაწყვეტილებებს (ცალკეული თუ გადაწყვეტილებათა ჯგუფი) შეუძლიათ არსებითი გავლენა მოახდინონ შიდაკორპორაციული ნების ფორმირებისა და გადაწყვეტილების მიღების პროცესზე. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული პირი არ არის არც (ხარვეზიანად) დანიშნული და გამწესებული და არც რეგისტრირებული საწარმოს ხელმძღვანელად, შესაძლოა დაეკისროს პასუხისმგებლობა დირექტორის პასუხისმგებლობისათვის დადგენილი საერთო-სპეციალური კორპორაციულსამართლებრივი ნორმების საფუძველზე (მეწარმეთა შესახებ კანონის 50-ე და მომდ. მუხ.). მაშასადამე, სასურველია, ქართული სასამართლო პრაქტიკა განვითარდეს შემდეგი მიმართულებით, კერძოდ, ფაქტობრივი ხელმძღვანელის სტატუსის კონსტრუირებისთვის/კვალიფიცირებისთვის მოქმედი პირის (საწარმოში და მასთან მიმართებაში) ქმედების ხასიათი, ხარისხი და ინტენსივობა უნდა შეფასდეს. როგორც წესი, აუცილებელი უნდა იყოს საზოგადოების საქმეებში არსებითი ზეგავლენის მოხდენა და მას ინტენსიური ხასიათი უნდა ჰქონდეს, რომელიც დროის ელემენტით იქნება განპირობებული. ცალკეულ (მსუბუქ) ქმედებებს შესაძლოა ჰქონდეს ადგილი, თუ იგი საბოლოო გადაწყვეტლებაზე არსებით ზეგავლენას არ მოახდენს და მაშასადამე, არ იქნება განხილული, როგორც „ერთიანი ჩარჩო აქტი“. თუმცა ინტენსივობისა და ხანგრძლივი დროის განმავლობაში ზემოქმედების საპირწონედ შესაძლებელია, დადგეს ცალკეულ გადაწყვეტილებებზე იმგვარი გრავირებული ზეგავლენა, რომელიც შედეგობრივი თვალსაზრისით, ზემოქმედებას მოახდენს საბოლოო გადაწყვეტილებაზე. ამ უკანასკნელს კი საზოგადოებისათვის ზიანის მოტანა შეუძლია. შესაბამისად, ერთეული შემთხვევაც არ უნდა გამოირიცხოს, თუკი პირი მოქმედებს, როგორც კანონითა და საზოგადოების ხელშეკრულებით გათ-

ზემოქმედების კონცეფციიდან ამოდის. წერტილოვანი ზეგავლენები შპს-ის ორგანიზაციულ სტრუქტურას უტოვებს საკმარის არეალს საქმიანობისა და გადაწყვეტილებების მიღების თვალსაზრისით და არ აღვივებს ნომინალურ, ანუ ფორმალურად დანიშნულ ხელმძღვანელ პირში სამომავლო მოლოდინს, რომ ფაქტობრივმა მმართველმა „ხელისუფლება“ გადაიბარა და ხელმძღვანელობა საკუთარ თავს დაუქვემდებარა. თუმცაღა აქედან მთლიანად არც დროის ელემენტი უნდა გამოირიცხოს. კერძოდ, როდესაც ცალკეულ ქმედებებს (მიუხედავად იმისა, რომ ისინი ლოგიკურ დროის მონაკვეთში არ უკავშირდება ერთმანეთს) იწვევს შპს-ის გრავირებულ დაზარალებას, მაშინ საერთო სურათის შეფასებისას მისი გამორიცხვა მთლიანად არ ხდება. იხ.: MünchKomm/*Fleischer,* GmbHG, (2019), $43 Rn. 230.

ვალისწინებული კომპეტენციის მქონე ხელმძღვანელი და მისი ეს ქმედება მესამე პირისთვისაც შესაძლოა აღქმადი იყოს, როგორც საზოგადოების წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების მქონე პირის ქმედება. სწორედ ამიტომ კონკრეტული ფაქტების გამოკვლევას, მატერიალური შემადგენლობის განსაზღვრას და მის ერთიან კორპორაციულ სურათში წარმოდგენას გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება.

*Thomas Meyer**

DIE NUTZUNG DES NATIONALEN RECHTS FÜR DIE ERREICHUNG VON ENTWICKLUNGSZIELEN – DAS DEUTSCHE LIEFERKETTENSORGFALTSGESETZ

1. Würdigung des Wirkens von Prof. Dr. Chanturia

Prof. Drs. Lado Chanturia hat sein Leben dem Recht gewidmet. Dabei umfasst seine Tätigkeit das Recht in nahezu allen seinen Facetten. Zunächst national in seinem Heimatland in seiner Entstehung und Reform. Seiner akademischen und damit erklärenden Durchdringung. Seiner Anwendung und der Heranbildung von gesellschaftlichen und institutionellen Voraussetzungen, sei dies im Rahmen seiner Tätigkeit in der technischen Zusammenarbeit und als Justizminister in Georgien. Aber auch international im Rahmen der Zurverfügungstellung seiner Expertise bei den Reformen der nationalen Rechtsordnungen von anderen Staaten, die vor vergleichbaren Herausforderungen standen und stehen. Und schließlich in der Anwendung von internationalem Recht in seiner aktuellen Tätigkeit als Richter am Europäischen Menschengerichtshof. Daneben war und ist Lado Chanturia als Professor an der Staatlichen Universität Tiflis tätig.

Ich habe dabei die Ehre gehabt, in einem relativ frühen Stadium seiner Karriere mit Prof. Chanturia zusammen gearbeitet zu haben. Bereits seit 1992 hatte Prof. Drs. Rolf Knieper begonnen, im Auftrag der deutschen Bundesregierung und dort des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ), im Rahmen der durch die Deutsche Gesellschaft für International Zusammenarbeit (GIZ)[1] umgesetzten deutschen entwicklungspolitischen Zusammenarbeit viele Länder der ehemaligen Sowjetunion in ihren Bemühungen zu unterstützen, ihr Rechtssysteme an die Anforderungen der marktwirtschaftlichen Organisation privatwirtschaftlichen Handelns anzupassen. Die Zusammenarbeit mit Georgien stellte dabei zunächst einen Schwerpunkt dieser Zusammenarbeit dar. In diesem Zusammenhang wurde seit 1996 im damals noch jungen Internet das Rechtsinformationssystem „lexinfosys“ entwickelt, das bis zu seiner Einstellung im Jahre 2004 7.500 Rechtsakte der Fachöffentlichkeit zur Verfügung gestellt hatte[2]. Hier wurde in Kooperation mit nationalen Koordinatoren aus Armenien, Aserbaidschan, Georgien, Kasachstan, Kirgistan, Moldau, Tadschikistan

* Aktuell Clusterkoordinator für den Bereich Gute Regierungsführung der GIZ in der Ukraine (seit dem 20.02.2022 von Deutschland aus).

1 Bis zur Fusion mehrerer Implementierungsagenturen im Jahre 2011 Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ).

2 http://www.cis-legal-reform.org Leider heute nicht mehr zu erreichen.

und Turkmenistan, systematisch zunächst zivilrechtliche Rechtsakte in meist russischer Sprache gesammelt, in Tabellen indiziert und auf der angegebenen Webseite veröffentlicht.

Aufgrund meiner bereits zu diesem Zeitpunkt ausgeprägten Affinität für neue Technologien hatte ich die Aufgabe übernommen, Prof. Knieper bei der Entwicklung und Umsetzung des lexinfosys Systems zu unterstützen. Es ergab sich die, heute kaum noch vorstellbar, Herausforderung, in einem Webangebot die englische und die russische Sprache darzustellen. In diesem Zusammenhang traf ich Prof. Chanturia, der ebenfalls an den neuen Technologien interessiert war, erstmals in Hamburg, wo er oftmals zu Forschungsaufenthalten am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht anzutreffen war. Lado Chanturia war zu dieser Zeit einer der georgischen Rechtswissenschaftler, die die Rechtsreformen in Georgien vorantrieben. Nach dem Gesetz über unternehmerische Tätigkeiten, in dem die privatwirtschaftlichen Kapital- und Personengesellschaften geregelt wurden, stellte das Georgische Zivilgesetzbuch aus dem Jahre 1997 einen Meilenstein dieser neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen dar.

Im Jahre 2020 wurde das vom BMZ beauftragte und von der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) umgesetzte Vorhaben „Rechtliche Annäherung an europäische Standards im Südkaukasus" geschlossen. Das Vorhaben stellte die letzte Phase der 27 jährigen Zusammenarbeit Deutschlands mit den Staaten des Südkaukasus, Armenien, Aserbaidschan und Georgien dar. Aufgrund der Corona Pandemie konnte die Abschlusskonferenz nur virtuell durchgeführt werden[3]. Diese Zusammenarbeit, die neben den Staaten des Südkaukasus auch die Staaten Zentralasiens (Kasachstan, Kirgistan, Tadschikistan und Turkmenistan), die Mongolei und Moldau erfasste, wurde ebenfalls im Rahmen einer Konferenz im Jahre 1996 an der Universität Bremen in einen größeren Rahmen gestellt, bei der nationale und internationale Organisationen, die in der entwicklungspolitischen Zusammenarbeit tätig waren, akademische und politische Vertreter der Partnerländer zusammen brachte und die Herausforderungen der umfassenden Rechts- und Justizreformen in den Staaten der ehemaligen Sowjetunion behandelte[4].

In diesem Rahmen hatte ich Gelegenheit, zusammen mit Prof. Chanturia neben der Kooperation an georgischen gesetzlichen Grundlagen an der Gesetzgebungsberatung in anderen, vor allem zentralasiatischen Ländern mit den Rechtswissenschaftlern aus diesen Ländern zusammen zu arbeiten. Ein Beispiel wäre das, an das georgische Unternehmensgesetz angelehnte Unternehmensgesetz für Tadschikistan als einem frühen Vorhaben und zuletzt an der grundlegenden Überarbeitung des georgischen Unternehmensgesetzes, um dieses an die Anforderungen des Assoziierungsabkommens anzugleichen.

[3] Die Konferenz ist unter https://www.youtube.com/watch?v=zdA5TL_T1nU&t=42s als Video abrufbar.

[4] Siehe *Mark Boguslawskij / Rolf Knieper*: Wege zu neuem Recht, Berliner Wissenschaftsverlag, 1998 mit Beiträgen von *Lado Chanturia*: Perspektiven der Privatrechtsreform in Georgien, 35 ff.; Die Verhütung von Chaos in der Rechtsschöpfung – eine wichtige Aufgabe der Rechtsreform, 157 ff.

Das Wirken von Prof. Chanturia im Rahmen dieser Zusammenarbeit beschränkte sich nicht auf die Gesetzgebungsberatung. Das Vorhaben „Rechtsreform in den Transformationsstaaten", welches ebenfalls seit 1996 nicht zuletzt als Folge der oben erwähnten Konferenz im Rahmen einer Kooperation der Bremer Justiz, der Bremer Handelskammer und der Universität Bremen mit der GIZ eingerichtet wurde, war von vorneherein darauf ausgerichtet nicht nur die Erarbeitung der gesetzlichen Grundlagen zu unterstützen. Von vorneherein war klar, dass das neue Recht wissenschaftlich durchdrungen und von rechtswissenschaftlicher Literatur begleitet sein müsse, um den juristischen Gemeinschaften in den Partnerländern dessen Anwendung zu ermöglichen. Dies war Gegenstand internationaler[5] aber eben auch nationaler Publikationen, die die Grundlage für die juristische Ausbildung und Praxis darstellen, wie etwa der Kommentar des Zivilgesetzbuches der Republik Georgien[6]. Ein Gesetzeswerk mit großer Strahlkraft, das die entsprechenden Gesetzgebungsvorhaben im Kaukasus und Zentralasiens, aber auch der Mongolei und der Republik Moldau maßgeblich beeinflusst hat.

2. Rechtsreform in den Transformationsstaaten

Der Zusammenbruch der sozialistischen Rechts- und Wirtschaftsordnungen in den frühen Neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts stellte die, sich die über 70 Jahre an (real-) sozialistischen orientierten Wirtschaftsordnungen vor die gewaltige Herausforderung, ihre planwirtschaftlichen in marktwirtschaftliche Strukturen umzuwandeln[7]. Neben den Hemmnissen in vielen dieser Staaten durch den Zusammenbruch, die wenig planvolle Privatisierung von parallel niedergehenden Industriebetrieben und das infolge des eintretenden Machtvakuums sich erst konstituierende neue Staatsgefüge, muss-

[5] Siehe zB die Veröffentlichung eines Tagungsbandes einer Konferenz an der Universität Bremen im Rahmen eines Projektes zur Erforschung des Zivil- und Wirtschaftsrechts in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens: *Rolf Knieper, Lado Chanturia, Hans-Joachim Schramm* (Hrsg.), Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in de Staaten des Kaukasus und Zentralasiens, 2009, Berliner Wissenschaftsverlag, ebenfalls mit einem Beitrag von *Lado Chanturia*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Recht der Kreditsicherheiten in den Staaten Zentralasiens und des Kaukasus, 333 ff. und *Rolf Knieper, Lado Chanturia, Hans-Joachim Schramm*, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, 2010, Berliner Wissenschaftsverlag.

[6] Wie dem umfassenden Kommentar des Zivilgesetzbuches, dessen 7. Band zum Familienrecht im Jahre 2021 als eine der letzten Veröffentlichungen veröffentlicht wurde, und bei dem *Lado Chanturia* einer der Chefredakteure war. Siehe auch Band 1 (2017), Band 2 (2018) und Band 3 (2019). Auf mehr als 3000 Seiten wird Studenten, Richtern, Anwälten und anderen Rechtspraktikern auf hohem wissenschaftlichen Niveau das Zivilgesetzbuch Georgiens nähergebracht. Die Bücher stehen der Öffentlichkeit unter http://lawlibrary.info/ge zur Verfügung. Einem kostenlosen Angebot, das von dem Justiztrainingszentrum (JTC) des georgischen Justizministeriums zur Verfügung gestellt wird.

[7] Bereits vorher wurden in Jugoslawien, dass bereits seit den Sechziger Jahren enge wirtschaftliche Beziehungen zu europäischen und anderen westlichen Staaten pflegte, neue Rechtsgrundlagen geschaffen. Das im Jahre 1978 in Kraft getretene Gesetz über Obligationen und Delikte orientierte sich umfassend am Schweizer Obligationenrecht und wird bis heute in einer regen Rechtspraxis verwendet.

ten die rechtlichen Grundlagen privatwirtschaftlicher Betätigung rekonstruiert und an die Anforderungen von marktwirtschaftlicher Wirtschaftsweise angepasst werden. Dabei ging es sozusagen um eine Operation am schlagenden Herz, da die Staaten natürlich nicht in aufeinanderfolgenden Schritten zunächst die rechtlichen Institutionen schaffen konnten, die erst dann die sich ausbildende Privatwirtschaft zu Nutze machen konnte. Vielmehr war die Arbeit an den wesentlichen Gesetzeswerken in diesen allgemeinen politischen, ökonomischen und kulturellen Wandel eingebettet.

Von Anfang an wurde dieser Prozess von Entwicklungsorganisationen begleitet, die gemäß ihrer Herkunft an verschiedene Rechtsfamilien anknüpfte[8]. Aus den internationalen Finanzinstitutionen kam dabei oftmals ein, auf dem common law basierender marktliberaler Ansatz, während, etwa die Beratung durch die GIZ und anderer deutscher und europäischer Organisationen wie der Deutschen Stiftung für die Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ)[9] oder etwa dem Center for International Legal Cooperation[10] (CILC) kontinental-europäische Ansätze verfolgt wurden, die zudem den Vorteil hatten auf den auch unter sozialistischen Bedingungen noch bekannten rechtlichen Traditionen der Transformationsstaaten zu beruhen. Dieser kontinental-europäische Ansatz ging allerdings einher mit der Vorstellung des Rechts als staatlichem Instrument zur Ermöglichung privatwirtschaftlicher Betätigung in Form von Institutionen, die von staatlicher Seite zur Verfügung gestellt und mit Durchsetzungsmechanismen versehen wurden[11]. Allen Beteiligten war dabei klar, dass es sich insoweit um einen langwierigen Prozess handelt. Eigentumsformen mussten überwunden und rechtssicher definiert, die Ausgestaltung von juristischen Personen definiert und die Juristen der Länder an die neuen, allerdings aus der Rechtstradition bekannten Normen herangeführt werden.

Die Beratung hatte dabei nicht zum Ziel, das Recht der entwickelten Staaten in Transformationsländer zu verpflanzen. Auch wenn aktuelle Gesetzeswerke, wie zu Zeiten der Erstellung des georgischen Zivilgesetzbuches das gerade reformierte niederländische Bürgerliche Gesetzbuch, oftmals Inspiration und Anknüpfungspunkt für die Arbeit an den entsprechenden gesetzlichen Vorhaben war, wurden, jedenfalls im Rahmen der deutschen entwicklungspolitischen Zusammenarbeit im Bereich der Gesetzgebung mit Arbeitsgruppen lokaler Rechtswissenschaftler und Praktiker eben nationale Gesetze erarbeitet, die eingebettet waren in die lokalen Rechtssysteme und Traditionen. Gleichwohl waren all die Bemühungen, die Rechts- und Justizreformen zu unterstützen eingebettet in die deutsche Entwicklungspolitik, die wiederum einerseits im Einklang mit der deutschen Außen- und Außenwirtschaftspolitik stand und steht aber auch und gerade in die internationale entwicklungspolitische Ausrichtung, wie sie seit 2015 in der 2030 Agende mit ihrem 17 nachhaltigen Entwicklungszielen[12] festgelegt wurden

[8] Vgl. *Knieper, Chanturia, Schramm*, Fussnote 629, 3 f.
[9] Vom Bundesjustizministerium errichtet und in Berlin und Bonn ansässig.
[10] Heute in Den Haag ansässig.
[11] Vgl. *Knieper, Chanturia, Schramm*, Fussnote 629, 6 f.
[12] https://sdgs.un.org/.

und als globale Initiative der UN die strategische Orientierung für die Entwicklung aller teilnehmenden 189 Staaten darstellt.

In der Unterstützung der Rechts- und Justizreformen in den Transformationsstaaten durch die deutsche entwicklungspolitische Zusammenarbeit wurde der Fokus auf die Rechtsstaatlichkeit[13] gelegt. Kennzeichen dieser, jeweils national verschieden ausgeprägten Rechtsstaatlichkeit sind dabei nach heutiger Lesart die Gewaltenteilung, mit einem Fokus auf die Unabhängigkeit der Justiz um die Anwendung des Rechts nicht von der Exekutive abhängig zu machen und die Rechtssicherheit, auch um der Privatwirtschaft dem ungeregelten und willkürlichen Zugriff des Staates zu entziehen. Unabhängig von Rückschlägen und Fehlverläufen, wie sich etwa an den in vielen Transformationsstaaten allzu eilig eingeführten Hohen Justizräten aufzeigen ließe, die in vielen ehemals sozialistischen Ländern eher eine Herausforderung als ein Instrument zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit darstellen, zumal weniger die individuelle Unabhängigkeit einzelner Richter*innen als die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz im Vordergrund stand wurden dabei die Grundlagen für nachhaltige und kohärente rechtliche Systeme gelegt.

Die Notwendigkeit der marktwirtschaftlich ausgerichteten Rechts- und Justizreformen ergab sich dabei nicht nur aus dem Wunsch der Partnerländer in sich kohärente, widerspruchsfreie Rechtsordnungen als Instrument für Bürger und Privatwirtschaft zur Verfügung zu stellen[14]. Vielmehr wurden die Länder Osteuropas, des Kaukasus und Zentralasiens auch einerseits durch die Politik der Internationalen Finanzinstitutionen, durch Bedingungen in den Zuwendungsverträgen aber auch bereits in den Neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts durch die Europäische Union in Form von Partnerschafts- und Kooperationsabkommen begonnen. Mit der Initiierung der Östlichen Partnerschaft wurde das Instrument der Nachbarschaftspolitik gegenüber der vorherigen verstärkt auf die Integration in den EU Binnenmarkt und damit auf die Übernahme von nicht unwesentlichen Teilen des EU aquis gerichtet. Die drei bestehenden Assoziierungsabkommen mit Georgien, Moldau und der Ukraine enthalten jeweils tiefe und umfassende Freihandelsabkommen, die in weiten Bereichen des Zivil- und Wirtschaftsrechts die assoziierten Staaten zur Übernahme von europäischen Vorgaben verpflichten. Mit den infolge des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine gestellten Aufnahmeanträgen in die EU, wurde Moldau und der Ukraine der Kandidatenstatus gewährt. Damit stehen Moldau und die Ukraine (und hoffentlich bald auch Georgien) nunmehr am Anfang eines Prozesses mit dem Ziel der Aufnahme als EU Mitgliedsstaaten. Dafür ist aber dann die Übernahme des gesamten EU aquis erforderlich. Eine gewaltige Aufgabe, die wiederum sicherlich mit Unterstützung der Implementierungsorganisationen erfolgen wird.

[13] https://www.bmz.de/de/themen/rechtsstaatlichkeit.

[14] Inwieweit dieser Wunsch getragen wurde durch entsprechende Vorschläge von entwicklungspolitischen Maßnahmen im Bereich der Rechts- und Justizreform sei hier dahingestellt.

3. Nationales Recht in entwickelten Industriestaaten als Instrument zur Erreichung von entwicklungspolitischen Zielen

Im bisher hier dargestellten Zusammenhang ging es, zur Verfolgung von entwicklungspolitischen Zielen, um die Unterstützung von Reformprozessen in Partnerländern, die ihre Gesetze ändern und die Voraussetzungen für deren rechtsstaatliche Anwendung verbessern wollten. Dies erfolgte vor dem Hintergrund eines Wertekanons aber auch im Rahmen von außenwirtschaftlichen Interessen der Europäischen Union. In den bestehenden Assoziierungsabkommen wird denn auch die Orientierung an der Grundrechtscharta in den Vordergrund gestellt. Demokratische Prinzipien, Menschenrechte und Grundfreiheiten; eine freie, nachhaltige Marktwirtschaft; Rechtsstaatlichkeit und die Bekämpfung von Korruption, der internationalen organisierten Kriminalität, des Terrorismus und der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen stellen die vier Prinzipien dieser Assoziierung im Rahmen der Östlichen Partnerschaft dar[15]. Auch wenn es sich dabei um gemeinsame Werte handelt, ist es an den assoziierten Ländern, ihre Gesellschaft an diese etwa mit dem Instrument des Rechts anzupassen. Mit dem am 1.1.2023 in Kraft getretenen „Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschrechtsverletzungen in Lieferketten (LKSG)“[16] werden keine Anpassungen in den Rechtssystemen der Partnerländer angestrebt, sondern privaten Unternehmen in Deutschland Pflichten auferlegt, um auf Produktionsbedingungen, die internationalen Standards wie den Menschenrechten zuwiderlaufen entgegenzuwirken.

a) Genese

Dass Grund- und Menschenrechte private Akteure binden, ist keine Selbstverständlichkeit. Die Grundrechte des Grundgesetzes in seinen Art. 1-20 sind klassischerweise als Abwehr – und Leistungsrechte gegenüber dem Staat ausgestaltet. Erst mit der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung[17] wurde anerkannt, dass rechtsanwendende Zivilgerichte privatrechtliche Gesetze in einer Art und Weise anzuwenden hat, die einer grundrechtskonformen Auslegung entsprechen. Spätestens mit dem Antidiskriminierungs- oder Gleichbehandlungsgesetz[18] kann allerdings ein Beispiel herangezogen werden, das privatwirtschaftliche Akteure unmittelbar an Grundrechte, hier dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 3 GG bindet. Wer aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität andere im Bereich des Arbeits[19]- oder Zivilrecht[20] ungleich behandelt, muss diese Ungleichbehandlung behe-

[15] Vgl. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/LSU/?uri=CELEX:22014A0830(02), Dort Art. 2.
[16] BGBl. 2021 I, 2959.
[17] Vgl. *Armbrüster*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 2021, § 134 BGB, RdNr. 47, 48
[18] Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, BGBl. 2006 I, 1897.
[19] § 6 ff. AGG.
[20] § 19.

ben und ist zum Schadenersatz verpflichtet[21]. Gleichwohl gilt dieses Gleichbehandlungsgebot als Norm des nationalen Rechts zunächst nur im deutschen Recht, gewährt damit nur im nationalen Anwendungsbereich Rechtsschutz.

In der globalen arbeitsteiligen Wirtschaft führen Lohngefälle aber auch die verschiedenen Produktionsbedingungen, wie etwa das Fehlen oder die niedrigen Standards arbeitssicherheitsrechtlicher Vorschriften zu einer Nutzung ausländischer Produktionsstandorte[22]. Angesichts der Produktionsbedingungen in Partnerländern, die sich in Katastrophen wie dem Brand einer Textilfabrik in Pakistan mit mehr als 250 Todesopfern niederschlugen, gab es eine Reihe von nationalen wie internationalen Initiativen. Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nation verabschiedete im Jahre 2011 die Ruggie Principles genannten Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte[23], deren Umsetzung im Koalitionsvertrag aus dem Jahre 2013 vorgesehen wurde[24].

In der Folge wurde vom BMZ 2014 das Bündnis für nachhaltige Textilien ins Leben gerufen, das als freiwilliges Bündnis 130 Mitglieder hat, die immerhin 50% des Umsatzes mit dem Verkauf von Textilien repräsentieren[25]. Im Rahmen der Evaluierung des Nationalen Aktionsplans der Bundesregierung wurde allerdings festgestellt, dass nur 20% der befragten 400 Unternehmen, die bei einer an 3.000 Unternehmen gesendeten Umfrage teilgenommen hatten, menschenrechtliche Sorgfaltspflichten einhalten[26]. Daraufhin wurden die Arbeiten an einem Lieferkettensorgfaltsgesetz begonnen.

b) Inhalt

Das Gesetz gilt gem. § 1 LKSG für deutsche Unternehmen mit mehr als 3.000 Mitarbeitern in Deutschland oder inländische entsandte Mitarbeiter[27]. Die erfassten Unternehmen müssen die in § 3 LKSG gelisteten institutionellen und organisatorischen Voraussetzungen schaffen um die in § 2 LKSG gelisteten Sachverhalte und Verbote durchzusetzen, die meist arbeitsrechtlicher oder arbeitssicherheitsrechtlicher[28] aber auch umweltrechtlicher[29] Natur sind. Im Rahmen eines Monitoring- und Evaluierungssystems müssen die erfassten Unternehmen ein System einrichten, das es ermöglicht, Verstöße gegen die Verbote zu erkennen (§§ 4, 5 und 8 LKSG). Ergeben sich daraus Risiken, dass gegen § 2 LKSG verstoßen werden könnte, müssen die Unternehmen

[21] Vgl. Art. 15 AGG im Arbeits- und Art. 21 Abs. 2 AGG im allgemeinen Zivilrecht.

[22] Vgl. etwa *Adam Sagan/ Alexander J. Schmidt*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz – Ein Überblick aus der Perspektive des Arbeitsrechts, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtssprechungsreport, 2022, 281 ff.

[23] Resolution 17/4 vom 16. Juni 2011, Anhang des abschließenden Berichts des Sonderbeauftragten an den Menschenrechtsrat (A/HRC/17/31).

[24] Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (18. Legislaturperiode), 2013, 125.

[25] https://www.bmz.de/de/themen/textilwirtschaft/textilbuendnis-14998.

[26] https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf.

[27] Ab. 1.1.2024 werden Unternehmen ab 1.000 Beschäftigten erfasst.

[28] § 2 Abs. 2 LKSG.

[29] § 2 Abs. 3 LKSG.

Präventivmaßnahmen (§ 6 LKSG) ergreifen. Realisieren sich diese Risiken, müssen die Unternehmen Maßnahmen zur Abhilfe ergreifen (§ 7 LKSG), wobei der Abbruch der Geschäftsbeziehung mit unmittelbaren Zulieferern die schwerwiegendste Maßnahme dieser Art darstellt. Kommt das Unternehmen diesen Pflichten nicht nach, drohen Bußgelder (§ 24 LKSG), die bei einem Unternehmen mit mehr als 400 Mio. Jahresumsatz bis zu 2% dieses Umsatzes betragen können. Wird eine Geldbuße iHv 175.000 Euro verwirkt, können die Unternehmen bis zu 3 Jahre von öffentlichen Ausschreibungen ausgeschlossen werden.

c) Wertung

Wie nach der Datenschutzgrundverordnung setzt die gesetzliche Regelung danach nicht auf einen individuellen Rechtsschutz, sondern auf Organisationspflichten, um Verstöße gegen die geschützten Sachverhalte zu erkennen und gegen sie vorzugehen. Schadenersatzansprüche der in ihren Rechten Verletzten sieht das Gesetz als verwaltungsrechtliche Regelung nicht vor. Im Gegenteil schließt § 3 Abs. 3 Satz 1, schon um entsprechende Bedenken zu zerstreuen[30], eine zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das Gesetz ausdrücklich aus[31]. Dies scheint legitim, da die Unternehmen ja nicht selbst Verstöße zu verantworten haben, sondern abgestimmt danach, ob diese unmittelbare oder mittelbare Zulieferer sind, mögliche Verstöße im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen nachgehen und dieses minimieren sollen. Die UN Leitprinzipien sehen selbst keine Haftung vor, schon um zu vermeiden, dass Unternehmen, die weil gesetzlich verpflichtet wenigstens zur Umsetzung der Sorgfaltspflichten ansetzen nicht aus dem Markt vertrieben werden sollen[32], da die dortigen Arbeitnehmer von den Erwerbsmöglichkeiten im Hohe Maße abhängig sind..

Die Nutzung unbestimmter Rechtsbegriffe[33], gepaart mit einer Prozeßstandschaft für (deutsche) Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen (§ 11 LKSG) lässt erwarten, dass sich Konkretisierungen, etwa ob es sich bei Präventiv- oder Abhilfemaßnahmen um angemessene handelt, erst durch die Gerichtspraxis herausbilden.

Beim LKSG handelt es sich nicht um einen deutschen Sonderweg. Vielmehr verfügen Großbritannien, Frankreich und die Niederlande und andere Staaten Europas über vergleichbare, wenn auch oft auf bestimmte Ausprägungen beschränkte Ansätze[34]. Das Europaparlament hat im Jahre 2021 einen ersten Richtlinienvorschlag unterbreitet[35].

Ob sich der Ansatz bewährt und nach dem erfolglosen Versuch, mittels des NAP Men-

[30] *Stöbener de Mora/Noll*, Grenzenlose Sorgfalt – Das Lieferkettensorgfaltspflichtverletzungsgesetz, Teil 2, NZG 2021, 1285.

[31] Siehe auch *Eric Wagner/Marc Ruttloff*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtverletzungsgesetz – Eine erste Einordnung, NZG 2021, 2145, 2150.

[32] Stay and behave versus cut und run, Siehe *Stöbener/Noll*, 1285f. FN 11 und 14.

[33] zB „angemessene" Risikoidentifizierungs-, Präventions- und Abhilfemaßnahmen in §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 LKSG.

[34] Siehe *Stöbener/Nöll*, FN 654, 1288f. Das niederländische Gesetz behandelt beispielsweise nur die Bekämpfung der Kinderarbeit.

[35] *Wagner/Ruttloff*, FN 655, 2151.

schenrechtsverstöße in Lieferketten zu reduzieren, wird sich ebenfalls in der Praxis zeigen. Das Gesetz selbst sieht eine Evaluierung zum 30.6.2026[36] vor.

4. Abschliessende Bemerkungen

Das hier kurz vorgestellten LKSG Recht stellt ein Beispiel dar, wie das Recht zur Erreichung entwicklungspolitischer Ziele instrumentalisiert wurde, ohne dass dabei die Partnerländer selbst Anpassungen ihrer nationalen Rechtsordnungen vornehmen müssen. Die Auferlegung menschenrechtlicher Standards, seien diese auch selbst im internationalen Völkerrecht begründet, erfolgt in diesem Fall durch Anforderungen und in diesem Fall Instrumentalisierung der Unternehmen in Geberstaaten, womit auch eine der Abschöpfung einer, nennen wir es im Hinblick auf die Staaten Asiens und insbesondere Afrikas „Kolonialdividende" entgegengewirkt wird. Nicht die Länder, die im Rahmen der notwendigen Reformen ihr nationales Recht an die neuen Anforderungen anpasst, sondern die Geberländer sind hier in die Pflicht genommen.

Auch wenn Lado Chanturia das Recht in all seiner Facetten in seinem Berufsleben behandelt hat und im Rahmen in der deutschen entwicklungspolitischen Zusammenarbeit und Rechtswissenschaft die Rechts- und Justizreformen in vielen ehemals sozialistischen Ländern begleitet und mitgestaltet hat wird mit dem hier beschriebenen neuen Ansatz ein Bereich betreten, der auch für ihn neu sein könnte. Es entspricht dem Engagement, der Neugierde und dem Enthusiasmus, mit dem Lado Chanturia in all seinen verschiedenen Positionen den größten Herausforderungen begegnet ist, dass dies vielleicht in Kürze anders sein kann und er auch in dieser Facette seine Fußspuren hinterlässt.

[36] BT-Drs. 19/28649, 32.

*ქეთევან ქოჩაშვილი**

იურიდიული პირის ბრალი

1. იურიდიული პირი – persona fictae [1]

თანამედროვეობის კერძო სამართალში „პირი ეწოდება ყველაფერს, რაც თავისთავად სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი შეიძლება იყოს. შესაძლოა, პირი იყოს ან ფიზიკური – ერთი კონკრეტული ადამიანი, ინდივიდი, ან იურიდიული – რამდენიმე ადამიანი, რომელიც სამართლებრივი გაგებით ერთ კონკრეტულ ინდივიდად მიიჩნევა.“[2] იურიდიული პირის უფლებები ეკუთვნის თავად მას და არა იმ ინდივიდებს, რომლებიც მის ადამიანურ სუბსტრატს შეადგენენ. შესაბამისად, დაუშვებელია იურიდიული პირის გაიგივება მასში არსებულ ცოცხალ ადამიანთა კოლექტივთან.[3] იურიდიული პირი არის აბსტრაქტული ცნება ადამიანთა იმ ორგანიზაციის გამოსახატავად, რომელიც შეიძლება იყოს სამოქალაქო-სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილე.[4]

„ადამიანთა სოციალური ცხოვრების დიდი ნაწილი, როგორც სოციალური წესრიგის აუცილებელი ელემენტები, ფიქტიურ (ხელოვნურ) სინამდვილესთან არის დაკავშირებული“,[5] შესაბამისად, ფიზიკური (ბუნებითი) პირის გარდა კერ-

---

* სამართლის დოქტორი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის თანამედროვე კერძო სამართლის ინსტიტუტის წევრი.

1 შუა საუკუნეების იურისტები ორგანიზაციის (კორპორაციის)აღსანიშნავად იყენებდნენ ტერმინს persona, persona fictae - პირი წარმოსახვითი, persona morales - პირი მორალური, persona mysticae - პირი დაფარული. *Грешников И.П.,*Субьекты гражданского права, СПб, 2002, 25. ხოლო რომის სამართალში იურიდიული პირის აღსანიშნავად გამოიყენებოდა ტერმინები: „corpus“ და „universitas“. მათ უპირველესად მიეკუთვნებოდნენ საჯარო დაწესებულებები: სახელმწიფო - Civitas Romana, Populus Romanus, როგორც უძველესი და პირველსაწყისი სამართლებრივი სუბიექტი, მუნიციპალიტეტები და სხვა. *Суворов Н.С.*, Об юридических лицах по римскому праву, М., 2000. Consultant. ru/edu/student/download-books/book/Suvorov-ns-ob-yuridicheskih-licah-po-rimskomu-pravu.

2 *Hugo,* მოსაზრება მითითებულია: *ჭანტურია ე.*, შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბ., 1997, 206.

3 *Черепахин Б.Б.,* Волеобразование и волеизъявление юридического лица. Consultant.ru/edu/student/download-books/book/trudy-pograzhdanskomy- pravy.

4 *ჭანტურია ე., ნინიძე თ.,* მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, მე-3 გამოცემა, თბ., 2002, 34. იურიდიული პირის მონაწილეობა სამართლებრივ ურთიერთობათა ასპარეზზე განპირობებულია მისივე შესაძლებლობით, არსებობდეს როგორც სამართლის სუვერენული სუბიექტი, მიუხედავად მისი ფიქციური და აბსტრაქტული არსისა. *თოხაძე ა., ბოჭოხიშვილი მ.,* მტკიცების ტვირთი დირექტორის შიდაკორპორაციული პასუხისმგებლობის დროს, *პროფესორ ზუსაბ ახვლედიანის 80 წლისადმი* მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, რედ.*ძლიერიშვილი ზ., ქავთარაძე ს.*, თბ., 2013, 46.

5 *ზოიძე ბ.,* წინათქმა *ჩიგრინაულის* წიგნზე: „სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო“, თბ., 2021, 11.

ძოსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტად იურიდიული პირის აღიარება მართლწესრიგის მიერ აწმყოში ჩვეულებრივი მოვლენაა. იურიდიული პირი – ეს ხელოვნური, წარმოებული წარმონაქმნი, გონების ქმნილებაა, ეს არის ადამიანთა ჯგუფი

(ჯგუფი შედგება ინდივიდებისგან, რომლებიც ამ სახით განაგრძობენ არსებობას და არ ქრებიან ჯგუფში),[6] რომელსაც სამართალი ფიქციის დაშვების გზით ბუნებრივ პირთან აიგივებს,[7] ანუ ჯგუფს ენიჭება „ცოცხალი რეალობა“, ისე რომ არ იმეორებს ადამიანის რეალობას. იურიდიული პირის სამართალსუბიექტობა ღვთისგან კი არ მომდინარეობს, არამედ – მართლწესრიგისგან,[8] თუ ფიზიკური პირი დაბადებით წარმოიშობა, იურიდიული პირი – კანონის ძალით ან შესაბამის რეესტრში რეგისტრაციით.[9] ამდენად, ის უსულოა და არის – **persona fictae: იურიდიული პირები არიან არა ბუნების ქმნილებები, არამედ ისინი შექმნილია სამართლის მიერ (**გერმანიის სკ-ის 21-ე პარაგრაფი).[10]

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთი გადაწყვეტილებით დადგენილია კორპორაციული პირების უფლება არსებობაზე: „კონსტიტუცია იცავს არა მარტო ადამიანის, არამედ ორგანიზაციული წარმონაქმნების, არსებობასაც, სახელმწიფო ვალდებულია ადამიანის მსგავსად დაიცვას კორპორაციის სიცოცხლე“.[11]

2. ორგანიზაციული წარმონაქმნის არსებობის გამართლება

თანამედროვე სამოქალაქო ბრუნვის მოთხოვნების გათვალისწინებით, ცალკეულ პიროვნებათა მიერ დასახული მიზნების განსხეულებისთვის, იურიდიულ

[6] *მახტენი ჰ.,* პირი და სამართლის სუბიექტი, თარგმანი *ე.სუმბათაშვილის,* თარგმანის რედ.*ნინიძე თ., პროფესორ ჰომან შენგელიას 70 წლისადმი* მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, რედ. *ჭანტურია ღ., შენგელია ე.*, თბ., 2012, 180.

[7] ფიქციის თეორიული ფუნქცია გარკვეული სამართლებრივი მოვლენის ახსნის აზრით, აღინიშნება იურიდიული პარალელის მეთხებით ცნობილ სამართლებრივ სიდიდესთან გათანაბრებით (*უნგეჩი).* ამასთან, გათანაბრება მხოლოდ მაშინ არის ფიქცია, როცა მასში ძევს მოთხოვნა, რაღაც სხვაგვარად იქნეს გააზრებული, ვიდრე ის სინამდვილეშია *(ბიჰრინგი).* მოსაზრება მითითებულია: *სუჭგუღაძე ი.,* ხელისუფლება და სამართალი, გერმანულიდან თარგმნა და შესავალი წერილი დაურთო *ო.გამყრელიძემ.*, თარგმანის რედ. *ხუბუა გ.,* თბ., 2002, 90-91.

[8] *გოკიელი ფ.,* იურიდიული პირის პრობლემა, ესსეები, კრებული: „ცივილისტური შტუდიები, მოგონებები“, რედ.*ნინიძე თ.,ანთაძე კ.,უგრეხელიძე მ.,* თბ., 2017, 26.

[9] *მიგრიაული ჰ.,* სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო, თბ., 2021, 75.

[10] *ჰოპტროეი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, მე-13 გამოცემა, თბ., 2014, 4.

[11] *ზოიძე ბ.*, მეწარმის ცნება და მისი თეორიულ-პრაქტიკული მნიშვნელობა, საკუთრების უფლების თავისებურებანი კორპორაციულ საზოგადოებებში (საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით), კრებული: „თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები“, თბ., 2009, 129. სამართლის სუბიექტია ასევე იურიდიული პირი, რომელსაც მართალია, არა აქვს უშუალო ნებისყოფა, მაგრამ პრაქტიკული მიზანშეწონილობის მოსაზრებით, სუბიექტად უნდა იქნეს აღიარებული ყველა, სადაც ინტერესი წარმოდგება, როგორც დასაცავი უფლება. *გოკიელი ფ.,* იურიდიული პირის პრობლემა, ესსეები, კრებული: „ცივილისტური შტუდიები, მოგონებები“, თბ., 2017, *55.*

პირთა, როგორც ინდივიდთა გაერთიანების უფლების გამოხატულების, არსებობა – სასარგებლო და აუცილებელია. მიიჩნევა, რომ იურიდიული პირი ცალკეულ პიროვნებათა შემდგომი გაგრძელება და განვითარება, მათი ყველა თავისებურებათა გაშლის შესაძლებლობაა.[12] იურიდიული პირის ინსტიტუტის მეოხებით შესაძლებელია, არა მარტო კაპიტალის კონცენტრაციის სამართლებრივი ფორმის შექმნა, არამედ სამეწარმეო რისკის შეზღუდვაც იმ ქონებით, რომელიც სპეციალურად არის გამიზნული სამოქალაქო თუ კომერციულ ბრუნვაში მონაწილეობისთვის.[13]

კერძოდ, რამდენადაც იურიდიული პირი და მისი პარტნიორები სხვადასხვა სუბიექტებად მიიჩნევიან, მათი ქონებრივი სფეროც გაყოფილია. ეს კი აუცილებელი წინაპირობაა კორპორაციის კაპიტალის ანუ პასუხისმგებლობის ფონდის შესაქმნელად, რომლითაც იურიდიული პირი კრედიტორების წინაშე დამოუკიდებლად აგებს პასუხს, აღნიშნული ქონება საზოგადოების მესაკუთრეთა კრედიტორებისთვის მიუწვდომელია.[14]

სოციალური წარმონაქმნები, ორგანიზაციები ნებისმიერ სოციალურ სივრცეში, საზოგადოებრივი ცხოვრების სხვადასხვა სფეროში მოქმედებენ. ორგანიზაციული პასუხისმგებლობის გარეშე შეუძლებელი იქნებოდა სახელმწიფოთა არსებობა, საზოგადოების განვითარება და ზოგადად, ადამიანური ურთიერთობები.[15] *მაქს ვებერის* თანახმად, ორგანიზაცია გულისხმობს ადამიანთა საქმიანობის ან მათ მიერ წარმოებული საქონლის კოორდინირების შესაძლებლობას, რაც ხასიათდება განსაზღვრული სტაბილურობით დროსა და სივრცეში. ორგანიზაცია მკაცრად იერარქიული და ბიუროკრატიული წარმონაქმნია, რომელიც საკუთარ ფუნქციებს ძალაუფლების ვერტიკალის მეშვეობით ანხორციელებს. [16]

3. იურიდიული პირის სამართალსუბიექტობის შინაარსი

იურიდიულ პირს, რეალურად არსებულ სოციალურ წარმონაქმნს, რომელსაც სამართალი პირად ყოფნის სტატუსს ანიჭებს,[17] შესაბამისად, სამართალსუბიექტობაც გააჩნია. ეს უკანასკნელი პირის (ფიზიკური, იურიდიული) თანდაყოლი-

[12] *გოკიელი ფ.*, იურიდიული პირის პრობლემა, ესსეები, კრებული: „ცივილისტური შტუდიები, მოგონებები“, თბ., 2017, 18.

[13] *ხეცუხიანი ჯ.*, იურიდიული პირის საკანონმდებლო რეგულირების ძირითადი პრობლემები, კრებული: „სამართლის რეფორმა საქართველოში“, რედ.*ჭანტურია ღ., კნიპეხი ჰ.*, თბ., 1994, 192.

[14] *მახახობლიშვილი გ.*, კორპორაციის სამართალსუბიექტობით დიფერენცირებული ორი ელემენტი:შეზღუდული პასუხისმგებლობა და კორპორაციის საფარველით დაცულობა, *პროფესორ გუჩამ ნაჭყებიას 75 წლისადმი* მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, რედ. *თოდუა ნ.*, თბ., 2016, 433.

[15] *ბეგვაძე ღ.*, ორგანიზაციის თეორიის საფუძვლები: სოციოლოგიური მოძღვრება კორპორაციული სისტემების შესახებ, კრებული: „თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები“, თბ., 2009, 12.

[16] *ბეგვაძე ღ.*, ორგანიზაციის თეორიის საფუძვლები: სოციოლოგიური მოძღვრება კორპორაციული სისტემების შესახებ, კრებული: „თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები“, თბ., 2009, 23.

[17] *ჭანტურია ღ.*, შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბ., 1997, 212.

ლი, აპრიორული თვისება კი არ არის, არამედ საზოგადოებრივი და კანონმდებლის პრეროგატივას წარმოადგენს. რეალურად არსებულ გაერთიანებას მიენიჭება თუ არა იურიდიული პირის სტატუსი, ეს პოზიტიურ სამართალზეა დამოკიდებული, რომელიც სამოქალაქო ბრუნვის მოთხოვნებით ხელმძღვანელობს.[18]

იურიდიული პირის უფლებაუნარიანობა (უფლების ქონის, სამართლის სუბიექტად ყოფნის შესაძლებლობა)[19] შესაძლოა, იყოს ზოგადი (კერძო სამართლის იურიდიული პირის შემთხვევაში) ან სპეციალური (საჯარო სამართლის იურიდიული პირის არსებობისას). კერძოდ, მას შეუძლია მონაწილეობა მიიღოს ყველა სახის სამოქალაქო-სამართლებრივ ურთიერთობაში, რასაც კანონი იურიდიულ პირს არ უკრძალავს, ან შეუძლია მხოლოდ წესდებით თუ სხვა დამფუძნებელი დოკუმენტებით გათვალისწინებული მიზნების შესაბამისი საქმიანობის განხორციელება.[20] იურიდიული პირის ქმედუნარიანობა მოიცავს გარიგებაუნარიანობას, როგორც „სამართლებრივად ფასეული ნების გამოვლენის უნარს“[21] და დელიქტუნარიანობას, რომელიც მჭიდრო კავშირშია იურიდიული პირის არსის განმსაზღვრელ ნიშნებთან, წევრთა პირადი ქონებისაგან განცალკევებული საკუთარი ქონების არსებობასა[22] და დამოუკიდებელ ქონებრივ პასუხისმგებლობასთან[23] („კორპორაციის ქონება არ არის მისი წევრების ქონება და კორპორაციის ვალი არ არის მისი წევრების ვალი“).[24] იურიდიული პირი განცალკევებულია მისი დამფუძნებლებისგან, შესაბამისად, იურიდიული პირის ქმედება არ იწვევს მათ პასუხისმგებლობას და პირიქით. ეს არის სამართლებრივი ფიქცია, რომლის ძალით იურიდიული პირის ქმედება, მიუხედავად იმისა, რომ ამ ქმედებას ყოველთვის ფიზიკური პირი ახორციელებს, თავად იურიდიულ პირს მიეწერება.[25]

ჯერ კიდევ რომის სამართალი განამტკიცებდა დებულებას: „თუ ვინმეს კორპორაციის ვალი აქვს, ეს კორპორაციის ცალკეული წევრის (ინდივიდის)

[18] *ღაზახაშვიღი ღ.*, სოლიდარული პასუხისმგებლობის საზოგადოება, თბ., 2003, 73. პირი, როგორც ფიზიკური, ისე იურიდიული, მართლწესრიგის ქმნილებაა. ადამიანი იმიტომ კი არ არის პირი, რომ ის სულიერ-ხორციელი არსებაა, არამედ იმიტომ, რომ სამართლებრივი წესრიგის მიხედვით, მას თვითმიზანი გააჩნია. *ხაღბხუხი,* მოსაზრება მითითებულია:*გამყხეღიძე ს.*, გ.რადბრუხი-მეცნიერი და მინისტრი, *პხოფესოხ ოთახ გამყხეღიძის 80 წღისაღმი* მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, თბ., 2016, 60.

[19] *Борисов А.М.,* Российские правоведы о фигуре юридического лица в римском праве: Н.П. Боголепов о союзах людей, ж. „Историко-правовые проблемы,“ №2, 2020, 13.

[20] კერძო სამართლის იურიდიული პირების მიმართ ზოგად უფლებაუნარიანობას აღიარებს კონტინენტური ევროპის სამართლის სისტემა. კერძოდ, ქართული, გერმანული, ავსტრიული, შვეიცარიული სამართალი, ხოლო იურიდიულ პირთა სპეციალურ უფლებაუნარიანობას განამტკიცებს ანგლო-ამერიკული სამართლის სისტემა, ასევე რომანულ-გერმანული სამართლის სისტემიდან - ფრანგული სამართალი. *Чантурия Л.,* Свобода и ответственность, Тб., 2004, 57.

[21] *ზოიძე ბ.*, ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში, თბ., 2005, 209.

[22] *მიგხიაუღი ხ.*, შპს-ის სამართლებრივი მდგომარეობა ქართული სამართლის მიხედვით, კრებული: „ქართული კერძო სამართლის საკითხები“, პირველი გამოცემა, თბ., 2011, 63.

[23] *ბუხღუღი ი., ეგნატაშვიღი ღ.*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წ.I, ავტორთა კოლექტივი, რედ. *ჭანტუხია ღ.*, თბ., 2017, 190.

[24] *ღეხნბუხგი*, მოსაზრება მითითებულია:*ვაჩეიშვიღი ა.*, სამართლის ზოგადი თეორია, თბ., 2010, 196.

[25] *ბუხღუღი ი., ზუბიტაშვიღი ნ.*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წ.I, ავტორთა კოლექტივი, რედ. *ჭანტუხია ღ.*, თბ., 2017, 262.

ვალად არ განიხილება და არც კორპორაციის ცალკეული წევრის ვალია კორპორაციის ვალი.“[26] თანამედროვეობაშიც სამართალმცოდნეები საწარმოს უმთავრეს ელემენტად მის „განცალკევებულ საკუთრებას“ მიიჩნევენ. ეს უკანასკნელი გულისხმობს საწარმოს მესაკუთრეთა კუთვნილი სხვა ქონებისგან ქონების ნაწილის გამოცალკევებას, რომლის მესაკუთრედ საწარმო განიხილება. მისი საკუთრების უფლება ამ ქონებაზე მოიცავს სარგებლობის, გასხვისების და საწარმოს კრედიტორთა დაკმაყოფილების შესაძლებლობას. შესაბამისად, აღნიშნული ქონება ხელმიუწვდომელია მესაკუთრეთა პირადი კრედიტორებისათვის.[27]

იურიდიული პირის ქმედუნარიანობა ხორციელდება მისი ორგანოების მეშვეობით. კრედიტორებისა და მესამე პირების ინტერესთა დაცვის მიზნით წარმომადგენლობის უფლების მქონე ორგანოთა სისტემა, მათი შექმნისა და საქმიანობის წესი განისაზღვრება კანონით და წესდებით (**ორგანული თეორია**). იურიდიული პირის ორგანოთა მიერ იურიდიული პირის სახელით, განსაზღვრული კომპეტენციის ფარგლებში განხორციელებული საქმიანობა, წარმომადგენლობის ინსტიტუტის არსის გათვალისწინებით, ითვლება იურიდიული პირის მოქმედებად და წარმოშობილ უფლება-მოვალეობათა სუბიექტიც ის არის.[28]

იურიდიული პირის ორგანოებს ქმნიან ფიზიკური პირები და შესაბამისად, მათი მეშვეობით ხორციელდება პერსონიფიცირებული სუბიექტის ქმედუნარიანობა. იურიდიული პირის ხელმძღვანელებს, რომელთაც განსაზღვრავს კანონი ან დამფუძნებელი დოკუმენტები, მინიჭებული აქვთ გადაწყვეტილებების მიღების უფლებამოსილება გარკვეულ პირობებში, რომლის განხორციელების დროსაც ფიზიკურ პირთა რეალური ნება იურიდიული პირის სავარაუდო ნებად გარდაიქმნება (რამეთუ ჯგუფს არ გააჩნია უშუალო ნება, ნება ადამიანის, როგორც პირის, სპეციფიკური თვისებაა).[29]

სამეწარმეო საზოგადოებათა ორგანოთა სისტემის მიხედვით, განსხვავებულია ხელმძღვანელ სუბიექტთა წრე. პიროვნული, ე.წ. ამხანაგობის ტიპის საზოგადოებაში (ქართულ სამეწარმეო სამართალში -სპს, კს), რომელიც პარტნიორთა ურთიერთნდობაზეა აგებული, თითოეული პარტნიორი იმავდროულად საზოგადოების ხელმძღვანელია და მის მიერ დადებული გარიგება საზოგადოების მიერ დადებულ გარიგებად ჩაითვლება.[30] ხოლო კაპიტალურ საზოგადოებაში (საზოგადოება, რომლის ფინანსური მოწყობა კაპიტალზეა დაფუძნებუ-

[26] რომის სამართლის ძეგლები, იუსტინიანეს დიგესტები, წ.III-IV, ლათინურიდან თარგმნა, წინასიტყვაობა, შენიშვნები, საძიებლები და ლექსიკონი დაურთო *ნ.სუჰგუღაძემ.*, რედ.*სუჰგუღაძე ნ.,ზოიძე ბ.,შუხოშვიღი მ.,ხოფეჩია მ.*, თბ., 2013, 60.

[27] საკორპორაციო სამართლის ანატომია, მე-3 გამოცემა (შედარებითი და ფუნქციური მიდგომა), ავტორთა კოლექტივი, მთარგმნელი *ქოჩიაშვიღი ა., მაისუჰაძე ჯ.*, თბ., 2019, 8.

[28] *Братусь С.Н.*, Субъекты гражданского права, М.,1950, 201.

[29] *მახტენი ჰ.*, პირი და სამართლის სუბიექტი, თარგმანი *ე.სუმბათაშვიღის,* თარგმანის რედ. *ნინიძე თ., პროფესორ ჰომან შენგეღიას 70 წღისადმი* მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, თბ., 2012,180.

[30] *მიგჩიაუღი ჰ.*, სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო, თბ., 2021, 151.

ლი)[31] მოქმედებს მართვის ერთსაფეხურიანი (მონისტური) და ორსაფეხურიანი (დუალისტური) სისტემები.[32] მართვის ერთსაფეხურიანი სისტემის ამერიკულ კორპორაციებში მართვის უმთავრესი ორგანოა დირექტორთა საბჭო, ე.წ. ბორდი, რომელიც თვითონ ითავსებს როგორც მმართველობით, ე.წ. მენეჯერულ, ისე სამეთვალყურეო ფუნქციებს შიდა და მოწვეულ დირექტორებს შორის ფუნქციების განაწილებით;[33] გერმანული კაპიტალური საზოგადოებისათვის დამახასიათებელი მართვის ორსაფეხურიანი სისტემის დროს, სადაც მკვეთრად არის გამიჯნული ერთმანეთისაგან მმართველობითი და სამეთვალყურეო ფუნქციები მართვის ორგანოებს შორის:დირექტორთა საბჭო (გამგეობა) და სამეთვალყურეო საბჭო, ხელმძღვანელი ორგანოა – გამგეობა, რომელსაც საკუთარი პასუხისმგებლობით საზოგადოების ყოველდღიური საქმიანობის გაძღოლის გარდა, საზოგადოების მესამე პირებთან ურთიერთობაში წარმოდგენაც ევალება.[34]

საქართველოს კანონი „მეწარმეთა შესახებ“ კომერციულ იურიდიულ პირთა წარმომადგენლებად და ხელმძღვანელებად[35] განსაზღვრავს შემდეგ სუბიექტებს:სოლიდარული პასუხისმგებლობის საზოგადოებაში- პარტნიორებს, კომანდიტურ საზოგადოებაში – პერსონალურად პასუხისმგებელ პარტნიორებს, შეზღუდული პასუხისმგებლობის სა- ზოგადოებაში, სააქციო საზოგადოებასა და კოოპერატივში დირექტორებს (გამგეობის წევრებს). [36]

4. რას გულისხმობს იურიდიული პირის ბრალი?

4.1. ზოგადი მსჯელობისგან განსხვავებული მიდგომის აუცილებლობა

იურიდიული პირი თავისი ორგანოების მიერ განხორციელებული

კერძოსამართლებრივი მოქმედებების შედეგად წარმოშობილ უფლებათა სუბიექტი არ არის მხოლოდ, მას ამ მოქმედების თანმდევი მოვალეობებიც ეკისრება, ანუ შედეგებზე პასუხისმგებელიც არის. საინტერესოა, იურიდიული

[31] *მიგჩიაუღი ჰ.*, სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო, თბ., 2021,171.

[32] *ჭანტუჩია ღ.*, სამეწარმეო საზოგადოების ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობის თავისებურებები აშშ-ისა და გერმანიის საკორპორაციო სამართალში, ჟურნ. „საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის მაცნე“, №1, 2005, 89.

[33] *ჭანტუჩია ღ.*, კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბ., 2006, 111. *ჭანტუჩია ღ.*, „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის რეფორმის ძირითადი მიმართულებები, *პროფესორ ივანე სუხგუღაძის ხსოვნისადმი* მიძღვნილი კრებული: „სამართლისა და პოლიტიკური აზროვნების ისტორიის ნარკვევები,“ წ.III, რედ. *ფეჩაძე გ.*, თბ., 2015, 661.

[34] *ჭანტუჩია ღ.*, კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბ., 2006, 127.

[35] ხელმძღვანელობა ეს არის ხელმძღვანელის (დირექტორის) მიერ შიდა საზოგადოებრივ-სამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობა, ხოლო წარმომადგენლობა ხასიათდება გარე აქტივობით და მიმართულია მესამე პირების მიმართ. *მიგჩიაუღი ჰ.*, სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო, თბ., 2021,101.

[36] *ჭანტუჩია ღ.,ნინიძე თ.*, მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, III გამოცემა, თბ., 2002, 119.

პირის ბრალის, როგორც სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის პირობის, არსის გარკვევა.

პროფესორ *სეჩგო ჯოხბენაძის* მოსაზრებით, იურიდიული პირის ბრალის ცნება ვერ თავსდება ბრალის ტრადიციული ცნების ფარგლებში. მისი ბრალის სპეციალური ცნება უნდა განისაზღვროს განსხვავებულად, რადგან, რაც მართო ადამიანისათვის არის დამახასიათებელი, არ შეიძლება ყველა თავისი ნიშნით იდენტური იყოს იურიდიული პირისათვის.[37] ამ მოსაზრების ავტორი აკრიტიკებდა იმ მეცნიერებს, რომლებიც თვლიდნენ, რომ ბრალს, როგორც პირის ფსიქიკურ დამოკიდებულებას თავისი მართლსაწინააღმდეგო ქცევისადმი და მისი შედეგისადმი, ჰქონდა უნივერსალური მნიშვნელობა სამართლის ნებისმიერ სუბიექტთან მიმართებით.[38]

4.2. სამართლებრივი ნებაუნარიანობა – ამოსავალი პუნქტი იურიდიული პირის ბრალის განსაზღვრისას

იურიდიული პირის ბრალის პრობლემაზე მსჯელობისას უნდა დავეყრდნოთ ნებაუნარიანობის ცნებას. ბუნებრივად მხოლოდ ადამიანს შეიძლება ჰქონდეს ნება და მისი გამოხატვის უნარი.[39] თავად იურიდიული პირიც ფიზიკურ პირთა მიერ შექმნილი ნორმატიულ-სამართლებრივი კონსტრუქციაა. მას, როგორც ცოცხალ სოციალურ ორგანიზმს, აქვს ნება, რომელიც გულისხმობს კორპორაციის წევრთა ან დამფუძნებლის ნებას, რაც განაგრძობს არსებობას მათ მიერ შექმნილ წარმონაქმნში.[40] ამასთან, ინდივიდის ნება ამ შემთხვევაში აღიქმება, წარმოჩნდება, როგორც იურიდიული პირის ნება, რაც უკვე არა ბუნებრივ, არამედ სამართლებრივ ნებაუნარიანობას უკავშირდება.

ის, თუ რომელი სუბიექტის ნებელობითი მოქმედება, კერძოდ ბრალეული მოქმედება, შეერაცხება იურიდიულ პირს, ისტორიულად დოქტრინაში მსჯელობის საგანია. იურიდიული პირის ბრალი გულისხმობს მთელი კოლექტივის მოქმედებას, ბრალეული არის არა მთლიანად კოლექტივი, არამედ კონკრეტული პირი, კერძოდ ხელმძღვანელი,[41] მუშა-მოსამსახურე,[42] სახელშეკრულებო წარმომადგენელი.[43]

---

[37] *ჯოხბენაძე ს.*, იურიდიული პირის ბრალის შინაარსის განსაზღვრისათვის, ჟურნ. „საბჭოთა სამართალი," №34, 1985,17.

[38] *Якушев,* Юридическая личность государственного предприятия, Свердловск, 1973, 233. მითითებულია:*ჯოხბენაძე ს.*,იურიდიული პირის ბრალის შინაარსის განსაზღვრისათვის, ჟურნ. „საბჭოთა სამართალი," №34, 1985, 17.

[39] *Zitelmann,* მოსაზრება მითითებულია:*ჭანტურია ღ.*,შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბ., 1997, 213.

[40] *Покровский И.А.*, Основные проблемы гражданского права, М., 1998, 157.

[41] სახელმწიფო ორგანიზაციებში ნების წარმომქმნელი ორგანო არის დირექტორი, ის არის ნების გამომვლენიც.*Черепахин Б.Б.,*Волеобразование и волеизъявление юридического лица, ж. „Правоведение", №2, 1958, http/law.edu.ru/magazine/article...17.05.2007.7)

[42] *Рабинович Ф.Л.*, Вина как основание договорной ответственности предприятия, М., 1975, 55; Гражданское право, т.I. под.ред. *Грибанова В.П.*, М.,1969, 536.

[43] *Покровский И.А.,*Основные проблемы гражданского права, М., 1998, 157.

5. ორგანოთა როლი იურიდიული პირის სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დადგენისას

თანამედროვე სამოქალაქო თუ საკორპორაციო სამართალი იურიდიული პირის ბრალში მოიაზრებს მისი ორგანოების ბრალეულ ქმედებას, შესაბამისად, იურიდიული პირი პასუხს აგებს აღნიშნული ორგანოს ბრალეული ქმედებით გამოწვეული სახელშეკრულებო თუ არასახელშეკრულებო ზიანისათვის. მაგ; სამეწარმეო იურიდიული პირების შემთხვევაში, სამეწარმეო პასუხისმგებლობა შესაძლოა კანონის დარღვევის, ხელშეკრულების არაჯეროვანი შესრულების ან შეუსრულებლობის, ანდა დელიქტის საფუძველზე წარმოიშვას. საქართველოს კანონით „მეწარმეთა შესახებ“ გათვალისწინებული პასუხისმგებლობა იურიდიული პასუხისმგებლობის ყველა ძირეული ნიშნის მატარებელია, კერძოდ, ის წარმოადგენს საზოგადოებრივი ურთიერთობის დაცვის საშუალებას, მდგომარეობს სახელმწიფო იძულების გამოყენებაში, წარმოიშვება სამართლებრივი ნორმის დარღვევისას, ნორმატიულად განსაზღვრულია, დაკავშირებულია სამართალდამრღვევის მიმართ მატერიალური და მორალური ხასიათის უარყოფითი შედეგის დადგომასთან და რეალიზდება შესაბამისი პროცესუალური ფორმით.[44] სამეწარმეო პასუხისმგებლობა არსობრივად საგარეო და შიდა პასუხისმგებლობას გულისხმობს. პირველი ნიშნავს, რომ საწარმო, როგორც სამეწარმეო სამართლის სუბიექტი, პასუხს აგებს კრედიტორის და მესამე პირების წინაშე,[45] ხოლო მეორეში მოიაზრება- პარტნიორთა პასუხისმგებლობა მათ მიერ კანონით დადგენილ ან საწესდებო მოვალეობათა შეუსრულებლობის ან არაჯეროვანი შესრულების დროს, აგრეთვე საწარმოს ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საზოგადოების წინაშე, როდესაც დირექტორები არღვევენ საკუთარ მმართველობით ან წარმომადგენლობით უფლებამოსილებას.[46]

ამგვარად, იურიდიული პირის პასუხისმგებლობის საფუძველი შეიძლება იყოს მისი ხელმძღვანელის (წარმომადგენელი) მხრიდან ზიანის მიმყენებელი ქმედების განხორციელება ან იურიდიული პირის მუშაკის მიერ სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას მართლსაწინააღმდეგო მოქმედებით ზიანის მიყენება. აღნიშნულ ფიზიკურ პირთა ქმედება იურიდიული პირის დამოუკიდებელი სამართალსუბიექტობის ძალით ამ უკანასკნელს მიეწერება. ამ სუბიექტებს შორის ურთიერთობა სახელშეკრულებო ხასიათისაა და შესაძლოა ემყარებოდეს როგორც შრომით, ისე სამოქალაქო-სამართლებრივი თვისობ-

[44] *ქოქიაშვიდი ქ.*, სამეწარმეო სამართალი, თბ., 2010, 208.

[45] *ქოქიაშვიდი ქ.*, სამეწარმეო სამართალი, თბ., 2010, 309.

[46] *შენგელია ე.*, სააქციო საზოგადოების, როგორც იურიდიული პირის პასუხისმგებლობა მისი წარმომადგენლების ქმედებისათვის ქართულ სამართალში, კრებული: გერმანულ-ქართული სიმპოზიუმი საკორპორაციო სამართალში:კეთილსინდისიერი ხელმძღვანელობის ვალდებულება და პასუხისმგებლობა სააქციო საზოგადოებაში ქართული და გერმანული სამართლის მიხედვით, სიმპოზიუმის მასალები, თბ., 2003, 59.

რიობის წარმომადგენლობით ურთიერთობას (დავალების ხელშეკრულება, მინდობილობა).[47]

წარმომადგენლობითობა ყოველთვის მოიცავს დელეგირების ელემენტს:კოლექტიური ერთობა გარკვეული პროცედურის მეშვეობით, მისი სახელით ლაპარაკის რწმუნებას ანიჭებს ინდივიდს და იღებს ვალდებულებას, ამის შემდგომ გაიზიაროს მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება. წარმომადგენლობითობა ანგარიშვალდებულებას გულისხმობს: თუ სხვისი სახელით ლაპარაკის პრეტენზია გაქვს, ამ სხვას შენი ქმედებებისთვის რაღაც ფორმით ანგარიშიც უნდა ჩააბარო.[48]

გერმანული საკორპორაციო სამართლის თანახმად, კორპორაციის კრედიტორთა მოთხოვნის უფლება ზიანის ანაზღაურებაზე, წესისამებრ, მიმართული არა იურიდიული პირის ხელმძღვანელების, არამედ კაპიტალური საზოგადოების მიმართ, ეფუძნება გამგეობის წევრთა მიერ კანონით გათვალისწინებული ხელმძღვანელობითი მოვალეობების განზრახ ან გაუფრთხილებლობით დარღვევას.[49] ორგანოს წევრმა მის წინააღმდეგ არსებული ბრალდებისგან გასათავისუფლებლად უნდა დაამტკიცოს, რომ მისი ქმედება არ ეწინააღმდეგება მასზე დაკისრებულ ვალდებულებას.[50] საკორპორაციო სამართლის დოქტრინაში გამოყოფენ საზოგადოების ხელმძღვანელთა შემდეგ **ვ**ალდებულებებს**: ფიდუციური მოვალეობა**, რაც საზოგადოების საქმეთა კეთილსინდისიერად გაძღოლას გულისხმობს; **ზრუნვის და ერთგულების მოვალეობ**ა, რაც ხელმძღვანელ პირთა მხრიდან უფლებამოსილების გონივრულად, სიფრთხილით, პროფესიონალური მიდგომით გამოყენებას, კორპორაციის საუკეთესო ინტერესებში მსახურებას მოიაზრებს;[51] **გულმოდგინების მოვალეობა:** თავის თავში მოიცავს ხელმძღვანელი სუბიექტის მხრიდან საკუთარი ფუნქციების განხორციელებას კეთილსინდისიერად, მაქსიმალური ინფორმაციის ფლობის საფუძველზე იმ რწმენით, რომ მოქმედებს კორპორაციის საუკეთესო ინტერესებიდან გამო-

[47] *ბუხდუღი ი.,ზუბიტაშვიღი ნ.,* სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წ.I, ავტორთა კოლექტივი, რედ. *ჭანტურია ღ.*, თბ., 2017, 263.

[48] *ო'დონელი გ.,* დელეგაციური დემოკრატია, 1994, ინგლისურიდან თარგმნა *გ.ნოდიამ,* ესეების კრებული: „პოლიტიკა და დემოკრატია", წ.II, თბ., 2017, 90.

[49] Zemler in MunchKommAKtG (2004)§116, Rn.502. *ჭანტურია* ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბ., 2006, 386.

[50] *ღუთეხი მ.,* სააქციო საზოგადოებისა და შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების მმართველი ორგანოების პასუხისმგებლობა, კრებული:გერმანულ-ქართული სიმპოზიუმი საკორპორაციო სამართალში:კეთილსინდისიერი ხელმძღვანელობის ვალდებულება და პასუხისმგებლობა სააქციო საზოგადოებაში ქართული და გერმანული სამართლის მიხედვით, სიმპოზიუმის მასალები, თბ., 2003, 31.

[51] *მაჭავარიანი ს.,* პასუხისმგებლობა კორპორაციულ ჯგუფში აშშ-ისა და გერმანიის სამართლის მიხედვით და მისი პრინციპების ინტეგრაციის პერსპექტივები საქართველოში, ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი", №1, 2013, 108, 111. ერთგულების მოვალეობის შინაარსს საწარმოს საერთო მიზნის მიღწევისკენ სწრაფვა შეადგენს. ამ მოვალეობის შინაარსისთვის მნიშვნელოვანია პარტნიორის პირად და საზოგადო ინტერესებს შორის კონფლიქტის პრობლემა და მათ შორის გონივრული თანაფარდობის უზრუნველყოფა. *ბუხდუღი ი.,* კორპორაციული ერთგულების საკითხისათვის (უპირატესად კაპიტალური საზოგადოების მაგალითზე), *პროფესორ დავით ფუჩეიაძის დაბადებიდან 110 წლისთავისადმი* მიძღვნილი კრებული: „სამართლისა და პოლიტიკური აზროვნების ისტორიის ნარკვევები", წ.II, რედ.*ფეხაძე გ.,* თბ., 2012, 213-214.

მდინარე და ისეთი გულმოდგინებით, როგორც ეს მოსალოდნელია ანალოგიურ თანამდებობაზე და მსგავს პირობებში მყოფი ჩვეულებრივი წინდახედული, საღად მოაზროვნე პირისგან.[52]

დსთ-ს მოდელური კანონი „სააქციო საზოგადოების შესახებ“ საზოგადოების ხელმძღვანელი პირების მხრიდან საკუთარი ვალდებულებების ბრალეულ დარღვევად მიიჩნევს: მზრუნველობისა და წინდახედულების ყველა საჭირო ზომის მიუღებლობას ვალდებულების დარღვევის აღსაკვეთად. ამასთან, მათი მხრიდან კანონით, წესდებით ან სამსახურებრივი ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულების დარღვევისას, ბრალის არსებობა ივარაუდება **(ობიექტური სამართლის თეორია)**.[53] არაბრალეულობის მტკიცების ტვირთი ზემოხსენებულ სუბიექტებს ეკისრებათ, რადგან საზოგადოების მთელი დოკუმენტაცია მათ ხელში იმყოფება და მათზე უკეთ არავის შეუძლია დაამტკიცოს მათი გადაწყვეტილებების მართებულობა და კანონზომიერება.[54]

აღსანიშნავია, რომ ხელმძღვანელ პირთა მხრიდან მოვალეობათა არცოდნა ან გამოუცდელობა მათ ბრალს არ გამორიცხავს. პირიქით, მათ ბრალად შეერაცხებათ სწორედ ის, რომ ისეთ საქმეს მოჰკიდეს ხელი, რისთვისაც მზად არ იყვნენ.[55] იურიდიული პირი პასუხისმგებელია იმ შემთხვევაში, თუ მისი ორგანო მოქმედებდა კომპეტენციის ფარგლებში, ან თუ ორგანო გასცდა უფლებამოსილების ფარგლებს, მაგრამ იურიდიული პირის კონტრაჰენტმა არ იცოდა და არც შეეძლო სცოდნოდა ამის შესახებ, რამეთუ იურიდიული პირის ჩვეულებრივი საქმიანობის გათვალისწინებით თვლიდა, რომ ორგანოს მოქმედება იყო იურიდიული პირის მოქმედება.[56]

---

[52] *მაჭავარიანი ს.*, პასუხისმგებლობა კორპორაციულ ჯგუფში აშშ-ისა და გერმანიის სამართლის მიხედვით და მისი პრინციპების ინტეგრაციის პერსპექტივები საქართველოში, ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი,“ №1, 2013, 115. *ცეჩცვაძე ე.*, დირექტორატის მოვალეობები კომპანიის მართვისას (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი აშშ-ის, უპირატესად დელავერის შტატის და ქართული სამართლის მაგალითზე), ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი“, №1, 2013, 260.

[53] ასევე, გერმანულ საკორპორაციო სამართალში პასუხისმგებლობის დაკისრებისათვის მთავარი ობიექტური სამართლის ნორმის დარღვევაა, რომელიც თავის თავში გულისხმობს ბრალის არსებობას. Semler in MunchkommAKtG (2004), §116, Rn 507. მითითებულია:*ჭანტურია ე.*,კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბ., 2006, 386.

[54] კორპორაციის ხელმძღვანელებს არ ეკისრებათ პასუხისმგებლობა კორპორაციის უიღბლობისთვის. მათ არ შეერაცხებათ ბრალად ის ზიანი, რაც წარმოიშვა კომერციული გადაწყვეტილებებიდან (Business Judgement Rule).*Чантурия Л.*,Модельный закон об акционерных обществах для государства СНГ и вопросы корпоративного управления, ж. „Южнокавказский юридический журнал“, №3, 2012, 72. Business Judgement Rule -ამერიკული საპროცესო სამართლის ინსტიტუტია, რომლის მიზანია სამეწარმეო გადაწყვეტილებათა დაცვა სასამართლოს ზედმეტი კონტროლისგან, მათთვის ე.წ. „უსაფრთხო ნავსადგურის“ შექმნა. *ჭანტურია ე.*, რამდენიმე განმარტება „განმარტებასთან“ დაკავშირებით, ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი“, №2, 2011, 295.

[55] *Hefermehl/Splindler* in MunchKommaktG (2004) §93, Rn.83. მითითებულია: *ჭანტურია ე.*, კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბ., 2006, 386.

[56] *Братусь С.Н.*, Субьекты гражданского права, М.,1950, 208.

6. მუშა-მოსამსახურის ბრალი – საფუძველი იურიდიული პირის პასუხისმგებლობისა

6.1. სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულება – პასუხისმგებლობის დაკისრების სივრცე

აღიარებულია იურიდიული პირის პასუხისმგებლობა იმ მუშა-მოსამსახურის ბრალეული მოქმედებისთვის, მასზე დაკისრებული შრომითი (სამსახურებრივი) მოვალეობის შესრულების პროცესში, ვისი შერჩევაც, მასზე გარკვეული ფუნქციის დაკისრება სუბორდინაციის პრინციპის გათვალისწინებით, მის საქმიანობაზე კონტროლის განხორციელება, იურიდიული პირის ორგანოს ვალდებულებაა, ე.ი. ამ შემთხვევაშიც სახეზეა ორგანოს ბრალი.[57] მიიჩნევა, რომ ზიანი უნდა დადგეს დაკისრებულ მოვალეობათა შესრულების პროცესში. მაგ; იმ სამუშაოს შესრულებისას, რომელიც გამომდინარეობს როგორც შრომითი ხელშეკრულებიდან, ისე შრომითი ხელშეკრულების ფარგლებს გარეთ განხორციელებული ქმედებიდან, თუ იგი სამუშაოს მიმცემის მიერ იქნა დავალებული სამუშაოს პროცესთან დაკავშირებული საწარმოო ან სხვა საჭიროების გამო.[58]

გერმანიის სკ-ის 839-(1)-ე პარაგრაფის თანახმად, მოსამსახურის მიერ განზრახ ან გაუფრთხილებლობით სამსახურებრივი მოვალეობების დარღვევის შედეგად მიყენებული ზიანისთვის მეწარმის პასუხისმგებლობის აღიარების პირობას ის წარმოადგენს, რომ მოსამსახურე მეწარმის მიერ უნდა იყოს დანიშნული სამსახურებრივი მოვალეობის შესასრულებლად, დამოკიდებული უნდა იყოს მეწარმის მითითებებზე და ექვემდებარებოდეს მისი მხრიდან შემოწმება-კონტროლს, ზიანის მიყენებას ადგილი უნდა ჰქონდეს მეწარმის მიერ მასზე დაკისრებული ფუნქციის შესრულებისას, ანუ მისი ქმედება მისი სამსახურებრივი მოვალეობის სფეროში უნდა შედიოდეს.[59]

საერთო სამართლის თანახმად, მოვალეობის შესრულებად ითვლება მოსამსახურის ისეთი ქმედება, რომელიც ისე მჭიდროდ არის დაკავშირებული იმ სამუშაოს შესრულებასთან, რისთვისაც ის დაიქირავეს, ისე ორგანულად ახასიათებს ამ შესრულებას, რომ შესაძლოა ჩაითვალოს თუნდაც, შეუსრულებელი სამსახურებრივი მიზნების განხორციელების მეთოდებად. მაგ; მოსამსახურის გზა სამსახურისაკენ და იქიდან შინისაკენ არავითარ კავშირში არ არის მის სამსახურებრივ მოვალეობასთან, ამიტომ მეწარმე პასუხს არ აგებს იმ ინციდენტისათვის, რომელიც მისი მოსამსახურის მიზეზით მოხდა ამ გზაზე. ხოლო თუ სამუშაოს დასრულების შემდეგ, სახლში მიმავალი მოსამსახურე იღებს ხელფასს და გაუფრთხილებლობით დააშავებს კოლეგას საწარმოს ტერიტორიაზე,

---

[57] სხვა მოსაზრებით, ამ შემთხვევაში იურიდიული პირის ბრალი სწორედ, რიგითი მუშაკის და არა ხელმძღვანელი სუბიექტის, ბრალეული მოქმედებით გამოიხატება. Гражданское право, под.ред.*Сергеева А.П.,Толстого Ю.К.,* 4-е изд., т.3., М., 2005, 15.

[58] *ჩიკვაშვიღი* შ.,საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წ.IV, ტ.I, ავტორთა კოლექტივი, რედ.*ჭანტურია ღ.,ზოიძე ბ.,ნინიძე თ.,შენგელია ჰ.,ხეცურიანი* ჯ., თბ., 2001, 400.

[59] *სუხიტაშვიღი ღ.,სუხიტაშვიღი თ.*, პასუხისმგებლობა სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას მიყენებული ზიანისთვის, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, №2, 2013, 15.

ჩაითვლება, რომ დელიქტი ჩადენილია სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების პროცესში.[60]

მუშა-მოსამსახურის შერჩევისას დაცული უნდა იყოს საჭირო წინდახედულების ყველა მოთხოვნა, რათა გაირკვეს, აქვს თუ არა შერჩეულ პირს საკმარისი განათლება, შესაბამისი მომზადება დაკისრებული სამუშაოს შესასრულებლად, არის თუ არა ის დელიქტუნარიანი. ზიანის მიმყენებელი პირი სამუშაოს ასრულებს რა შრომითი ხელშეკრულების საფუძველზე, ის ექვემდებარება, მითითებებს იღებს იურიდიული პირის ორგანოსაგან, ანუ იურიდიული პირისაგან. ამ უკანასკნელს კრედიტორისთვის (დაზარალებულისთვის) ზიანის ანაზღაურების შემდეგ, უფლება აქვს რეგრესული მოთხოვნა წაუყენოს მუშაკს.

6.2. სახელმწიფოს დამოუკიდებელი და სოლიდარული პასუხისმგებლობის ასპექტები

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი აწესრიგებს ასევე სახელმწიფოს, როგორც საჯარო სამართლის იურიდიული პირის, პასუხისმგებლობის საკითხს სახელმწიფო მოსამსახურის მართლსაწინააღმდეგო, ბრალეული მოქმედებით მესამე პირისათვის ზიანის მიყენებისას.[61] სახელმწიფო ცოცხალი ორგანიზმია, მას აქვს თავისი ნებისყოფა, ის შესაძლოა იყოს უფლების სუბიექტი:შეიძინოს უფლებები და აიღოს თავზე ვალდებულებანი.[62]

აღსანიშნავია, რომ „სახელმწიფო არ უნდა განვიხილოთ, როგორც ინდივიდისგან გაუცხოებული,მასთან დაპირისპირებული დაწესებულება. მართალია, ის ადამიანისგან გამიჯნული სუბიექტია, მაგრამ სწორედ, ადამიანთა მიერ შექმნილი სუბსტრატი მათთვის არსებობს და ინდივიდთა თვითრეალიზების საშუალებაა, რომელიც თავის მხრივ, ადამიანებს ასწავლის კოლექტიური თუ ინდივიდუალური თანაცხოვრების წესებს“.[63]

სახელმწიფო დამოუკიდებლად აგებს პასუხს,თუ სამართალდამრღვევი (სახელმწიფო ან საჯარო მოსამსახურე) მოქმედებდა მარტივი გაუფრთხილებლობით, ხოლო მისი მხრიდან განზრახვის ან უხეში გაუფრთხილებლობისას, დადგენილია სახელმწიფოსა და მისი მოსამსახურის სოლიდარული პასუხისმგებლობა (საქართველოს სკ-ის 1005-ე მუხლის I ნაწილი). ამ დროს პასუხის-

[60] *ცვაიგერტი კ.,კოტცი ჰ.,*შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, ტ.II, რუსული გამოცემიდან თარგმანი *ე.სუმბათაშვილის,* გამოცემის რედაქტორი და ბოლოთქმის ავტორი *ნინიძე თ.,* თბ., 2001, 330.

[61] რაც შეეხება სახელმწიფოს მონაწილეობას კერძო სამართალში, სსკ-მა უარი თქვა მის მონოპოლისტურ მდგომარეობაზე და ამ სივრცეში დაადგინა მისი, როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირის, სტატუსი: სახელმწიფო და ადგილობრივი თვითმმართველი ერთეული სამოქალაქო-სამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობენ ისევე, როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირები. სახელმწიფოს ან ადგილობრივი თვითმმართველობის უფლებამოსილებებს ამ დროს ახორციელებენ მისი ორგანოები (უწყებები, დაწესებულებები და ა.შ) ისე, რომ ისინი არ არიან იურიდიული პირები (სსკ-ის 24-ე მუხლის მე-4 ნაწილი).

[62] *გვაზავა გ.,* ძირითადი პრინციპები საკონსტიტუციო უფლებისა, II გამოცემა, რედ. *გეგენავა ჯ.,* თბ, 2014, 23.

[63] *ზოიძე ბ.,* სამართლის პრაქტიკული ყოფიერების შემეცნების ცდა (უპირატესად ადამიანის უფლებათა ჭრილში), ესეები, თბ., 2013, 30-31.

მგებლობის სუბიექტად მოიაზრება სახელმწიფო (მუნიციპალიტეტი ან ორგანო, სადაც მოსამსახურე მუშაობს) ხოლო ზიანი გამოწვეულია სამართალდამრღვევის მიერ სამსახურებრივი მოვალეობის დარღვევით.[64]

სახელმწიფო (საჯარო) მოსამსახურედ ითვლება პირი, რომელიც მუდმივად, დროებით ან სპეციალური უფლებამოსილების საფუძველზე ახორციელებს ხელისუფლების წარმომადგენლის ფუნქციას, ის ვინც, მისთვის მინდობილი საჯარო უფლებამოსილების ფარგლებში მოქმედებს და მისთვის გადაცემულ სახელმწიფოებრივ უფლებამოსილებას ასრულებს.[65] ხოლო ზიანი (როგორც მატერიალური, ისე მორალური) გამოწვეულია სახელმწიფო მოსამსახურის მიერ თავისი სამსახურებრივი მოვალეობის დარღვევით, უკანონო მოქმედებით თუ უმოქმედობით: მაგ; მის მიერ ვალდებულების შესრულებისას კანონსაწინააღმდეგო აქტის გამოცემა ზეპირად ან წერილობით.[66] მოქმედება მართლსაწინააღმდეგოა, თუ ის პირდაპირ არის აკრძალული ან თავისი არსით კანონს ეწინააღმდეგება, ხოლო უმოქმედობა უკანონოდ ითვლება, თუ პირი ვალდებული იყო განეხორციელებინა რაიმე მოქმედება და არ განახორციელა. ამასთან, დელიქვენტმა უნდა ამტკიცოს თავისი არაბრალეულობა ჩადენილ სამართალდარღვევაში, რადგან მისი ბრალი ივარაუდება.[67]

საქართველოს სკ ცალკე გამოყოფს სამართალდამცავი ორგანოების (გამოძიების, პროკურატურის, სასამართლოს) თანამდებობის პირთა პასუხისმგებლობას მათი უკანონო მოქმედებით (უკანონო მსჯავრდება, სისხლის სამართლის პასუხისგებაში უკანონოდ მიცემა, აღკვეთის ღონისძიების სახით პატიმრობის უკანონოდ გამოყენება, ადმინისტრაციული თუ დისციპლინური პატიმრობის ან გამასწორებელი სამუშაოების სახით ადმინისტრაციული სახდელის არასწორად დაკისრება) პირისთვის ზიანის მიყენების შემთხვევას. კანონმდებელი ამ ვითარებაში ადგენს სახელმწიფოსა და თანამდებობის პირთა სოლიდარულ პასუხისმგებლობას, ამ უკანასკნელთა მხრიდან განზრახვის ან უხეში გაუფრთხილებლობისას, ხოლო მარტივი გაუფრთხილებლობის შემთხვევაში ან ბრალის არარსებობისას, პასუხისმგებელი სუბიექტი თავად სახელმწიფოა (1005-ე მუხლის III ნაწილი).

აღნიშნული დანაწესის უმთავრეს მიზანს შეადგენს დაზარალებული პირის ინტერესების დაცვა მიყენებული ზიანის ანაზღაურების გზით. სახელმწიფო რესურსების მოცულობისა და ბუნების გათვალისწინებით, სახელმწიფოს მხრიდან არამართლზომიერ ქმედებათა განხორციელება, ხშირად გაცილებით მეტი საფრთხის შემცველია კერძო სუბიექტების მხრიდან განხორციელებული ანალოგიური სახის ქმედებებთან შედარებით. ამდენად, მიყენებული ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების დაწესება ხელს უწყობს სახელმწიფოს და მისი

[64] *ამირანაშვილი გ.*, დასაქმებულის მიერ სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას მესამე პირებისთვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების თავისებურება, კრებული: „შრომის სამართალი“, წ.II, რედ.*ზოიძე ბ.*, თბ., 2013,197.

[65] *ბიჭია მ.*, კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, თბ., 2016, 337.

[66] Комментарий к гражданскому кодексу Российской федерации (части второй) постатеийный, под.ред.Садикова О.Н., М., 1999, 672.

[67] *Попова Е.С.*, Условия ответственности за вред причиненний государственными органами, ж. „Вестник Санкт-Петербургской юридической академии“, №3, 2021, 57-58.

თანამდებობის პირთა თვითშეკავებას და ძალაუფლების უკანონოდ გამოყენების აკრძალვას.[68]

7. მსჯელობა კორპორაციის სამოქალაქო-სამართლებრივი და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის თანაარსებობის შესახებ

შესაძლოა თუ არა იურიდიული პირის სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის გვერდით სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე საუბარი? სამართლის ისტორია მოწმობს, რომ შუა საუკუნეების კანონმდებლობაში იურიდიულ პირთა წინამორბედების, მაგ., ქალაქთა, თემთა, სისხლის სამართლის წესით პასუხისმგებლობა აღიარებული დებულება იყო.[69] საფრანგეთში 1670 წლის ორდონანსი ითვალისწინებდა თემებისა და კორპორაციების (მაგ;გილდიები, უნივერსიტეტები) სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას ჯარიმისა თუ გარკვეული უფლებების, პრივილეგიების ჩამორთმევის ფორმით.[70]

დღეს იურიდიული პირის სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის კონცეფცია დამკვიდრებულია როგორც საერთო სამართლის, ისე კონტინენტური ევროპის სამართლის სისტემის ქვეყნებში. საწარმოთა დასჯადობის დოქტრინა სათავეს იღებს მონაცვლეობითი პასუხისმგებლობისა და იდენტიფიკაციის სამოქალაქო-სამართლებრივი თეორიებიდან. პირველი ეფუძნება სამოქალაქო-სამართლებრივ პრინციპს: ხელმძღვანელი პასუხს აგებს თავისი დამხმარეების მიერ მიყენებული ზიანისთვის, რომელიც გადატანილ იქნა სისხლის სამართალში. კერძოდ, ითვლება, რომ თანამშრომლის მიერ მართლსაწინააღმდეგო ქმედებას ადგილი არ ექნებოდა, საწარმოს ხელმძღვანელს მისი სამუშაოზე მიღებისას და მის მიმართ სამსახურებრივი ზედამხედველობის განხორციელებისას სათანადო წინდახედულება რომ გამოეჩინა.[71] ხოლო მეორე თეორიის თანახმად, კორპორაციათა სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა ხდება მაშინ, როცა დანაშაული თავისი საქმიანობის პროცესში ჩადენილია კორპორაციის ამა თუ იმ ორგანოს ან ხელმძღვანელი პირის მიერ.[72] მაგ; ინგლისური პრეცედენტული სამართალი ადგენს კომპანიის პასუხისმგებლობას ხელმძღვანელ სუბიექტთა, ანუ იმ პირთა მიერ ჩადენილი დანაშაულისათვის, ვინც წარმოადგენს კომპანიის გონს, ნებას, მის alter ego-ს (მეორე მე-ს). [73] აშშ-ის ზოგიერთ შტატში იურიდიული პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა განსაზღვრულია კანონმდებლობით, ზოგიერთ შტატში კი განმტკიცებულია პრეცედენტული სამართლით. კორპორაციისთვის მისი წარმომადგენლის მიერ

[68] *სიმონიშვიღი ნ.,* ბრალის გარეშე სახელმწიფოს სამოქალაქო პასუხისმგებლობის სამართლებრივი საფუძვლები, ჟურნ. „კერძო სამართლის მიმოხილვა“, №2, 2019, 279.

[69] *ვაჩეიშვიღი ა.,* ნარკვევები ქართული სამართლის ისტორიიდან, წ.I, თბ., 1946, 209.

[70] *გაბისონია ი.,* იურიდიული პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მატერიალურსამართლებრივი და საპროცესო თავისებურებანი. ჟურნ. „პროფესია ადვოკატი“, №2, 2007, 68.

[71] *ტუსავა მ.*, სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, 630.

[72] *ტუსავა მ.*, სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, 628.

[73] *Полковников Г.В.,* Английское право о компаниях: закон и практика, М., 2000, 28-29.

დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენის გამო სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად შემუშავდა გარკვეული კრიტერიუმები:1) ქმედება ჩადენილ უნდა იქნეს წარმომადგენლის სამსახურებრივი საქმიანობის ფარგლებში; 2) ქმედება ჩადენილ უნდა იქნეს კორპორაციის ინტერესებისთვის; 3) ქმედება ჩადენილ უნდა იქნეს კორპორაციის ხელმძღვანელის უფლებამოსილებით, თანხმობით ან მოწონებით.[74] რაც შეეხება კონტინენტური ევროპის სამართლებრივ სივრცეს, მაგ; საფრანგეთის სისხლის სამართლის კანონმდებლობით, მხოლოდ ნორმატიული აქტით პირდაპირ მითითებულ შემთხვევაში, ნებისმიერ იურიდიულ პირს (სახელმწიფოს გარდა) შესაძლოა, დაეკისროს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა ორი გარემოების არსებობისას:

1) დანაშაულებრივი ქმედება ჩადენილ უნდა იქნეს იურიდიული პირის სასარგებლოდ; 2)აღნიშნული ქმედების სუბიექტი უნდა იყოს იურიდიული პირის ხელმძღვანელი ან წარმომადგენელი.[75]

აღსანიშნავია, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსიც ადგენს იურიდიული პირის, კერძოდ, კერძო სამართლის იურიდიული პირის პასუხისმგებლობას, მისი სახელით ან მის სასარგებლოდ პასუხისმგებელი პირის მიერ დანაშაულის ჩადენისათვის. ამასთან, არსებობს მოსაზრება, რომ კორპორაციაზე სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება, რეალურად შეადგენს უდანაშაულო პირთა არაეფექტურ დასჯას, რადგან ჯარიმა, როგორც წესი, იმ რანგის აქციონერებს აწვებათ მხრებზე, რომელთაც დირექტორთა საბჭოს ან კორპორაციის მაღალჩინოსანთა კრიმინალურ თვითნებობასთან კავშირი არა აქვთ.[76]

წესისამებრ, პასუხისმგებელ პირად მიიჩნევა იურიდიული პირის ხელმძღვანელობაზე, წარმომადგენლობაზე, მისი სახელით გადაწყვეტილების მიღებაზე უფლებამოსილი პირი. იურიდიული პირის პასუხისმგებლობა არ გამოირიცხება დანაშაულის ჩამდენი ფიზიკური პირის დაუდგენლობის ან მისი პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლების შემთხვევაში. დასაშვებია ერთდროულად ფიზიკური და იურიდიული პირის პასუხისმგებლობაც, ასევე, იურიდიული პირის სისხლის- სამართლებრივი პასუხისმგებლობის გვერდით სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის არსებობა. იურიდიული პირის პასუხისმგებლობა გულისხმობს სასჯელის შემდეგი სახეების გამოყენებას: ლიკვიდაცია, ჯარიმა, ქონების ჩამორთმევა და საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა (საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 107’ მუხლი).

---

[74] *ოხანაშვილი ა.,* იურიდიული პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა (ქართული და ზოგიერთი უცხოური კანონმდებლობის შედარებითი ანალიზი), ჟურნ. „სამართლის ჟურნალი“, №2, 2009, 204.

[75] Уголовное право зарубежных государств, общая часть, под.ред. *Козочкина И.Д.*, 2001, 312. მითითებულია: *ღვაღიძე ი.,* სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი (სასჯელი და დანაშაულის სხვა სისხლისსამართლებრივი შედეგები), თბ., 2013, 261.

[76] *თოდჰია გ.,* იურიდიული პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა: მცდარი გზა სამართალში და ჭეშმარიტება; *პროფესორ გუჩამ თავახიშვილის 60 წლისადმი* მიძღვნილი სამეცნიერო ნაშრომების საიუბილეო კრებული, თბ., 2007, 245-246. მითითებულია:*გამყრელიძე ო.,* დანაშაულის სუბიექტი და პირადი პასუხისმგებლობის პრინციპი, *პროფესორ გიორგი ნადარეიშვილის ხსოვნისადმი* მიძღვნილი კრებული: „სამართლისა და პოლიტიკური აზროვნების ისტორიის ნარკვევები“, წ.I, რედ.*ფეიქრიშვილი გ.,* თბ., 2010, 234.

*Eugenia Kurzynsky-Singer**

TESTIERFREIHEIT ZWISCHEN PRIVATAUTONOMIE UND FAMILIENBINDUNG: ZUR SITTENWIDRIGKEIT VON POTESTATIVBEDINGUNGEN IN LETZTWILLIGEN VERFÜGUNGEN NACH DEUTSCHEM RECHT

1. Einleitung

Der vorliegende Aufsatz befasst sich mit der Sittenwidrigkeit einer Erbeinsetzung, die unter einer Bedingung erfolgt, deren Eintritt oder Nichteintritt vom Willen des Bedachten abhängt.[77] Einen Anlass zur Diskussion bieten solche Potestativbedingungen vor allem dann, wenn der Erblasser dadurch versucht, auf das Verhalten des Bedachten in höchst persönlichen Angelegenheiten Einfluss zu nehmen.

Die Problematik solcher Bedingungen kam seit der Verabschiedung des BGB immer wieder zum Vorschein.[78] So entschied ein Gericht 1913 über die Wirksamkeit einer Erbeinsetzung unter einer auflösenden Bedingung des Wechsels zu einer anderen Religion[79] und in den 50er Jahren über die Wirksamkeit einer Erbeinsetzung unter der Bedingung, dass der Bedachte sich von dem untreu gewordenen Ehepartner scheidet.[80] Aus der Rechtsprechung der letzten Jahre sind insbesondere die sog. Hohenzollernentscheidungen hervorzuheben,[81] zunächst die Entscheidung des BGH[82] und darauf folgend die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[83] die die herrschende Meinung zum Problem der Sittenwidrigkeitskontrolle von Potestativbedingungen entscheidend geprägt haben.[84] Der Fall betraf die Erbfolge im Fürstenhaus Hohenzollern. In einem Erbvertrag wurde bestimmt, dass die Erbschaft für den Fall ausgeschlossen sein sollte, dass der als Erbe Berufene nicht in einer standesgemäßen Ehe lebte. Eine mögliche

* PD Dr. freiberufliche Expertin, Hamburg, www.kurzynsky.de.

77 Solche Bedingungen sind bei der Erbeinsetzung nach der h.M. grundsätzlich zulässig, siehe z.B. Münchener Kommentar zum BGB-*Leipold*, 9. Aufl. 2022, § 2065, Rn. 12, § 2074 Rn. 14 ff; *Muscheler*, Erbrecht, 2010 Tübingen, Rn. 1692 ff., 1901 ff.; Staudinger-*Otte*, BGB, Neub. 2013, § 2074, Rn. 27 ff.; für Vermächtnisse siehe: *Geuder*, RNotZ 2021, 305.

78 Überblick bei Staudinger-*Otte*, (Fn.1), § 2074, Rn. 46 ff.

79 RG, JW 1913, 1100.

80 BGH, FamRZ 1956, 130; siehe hierzu: *Musheler*, Erbrecht, Rn. 1943.

81 Siehe auch BVerfG, NJW 2000, 2495; BayObLG, BayObLGZ 1996, 204 zu einem weiteren ähnlich gelagerten Fall.

82 BGH, NJW 1999, 566.

83 BVerfG, NJW 2004, 2008.

84 Siehe z.B.: *Gutmann,* NJW 2004, 2347; *Isensee,* DNotZ 2004, 754; *Keim*, FamRZ 2017, 502, 506; *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 336 ff., 1944; *Paal,* JZ 2005, 436, 441, 443. Anmerkung zu der BGH-Entscheidung siehe z.B. *Muscheler*, ZEV 1999, 181. Übersicht über die umfangreiche Literatur bei Staudinger-*Otte* (Fn.1), § 2074, Rn. 34 sowie Wendt, ZErb 2010, 45 ff.

Kollision zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Eheschließungsfreiheit des potentiellen Erben betraf auch eine Entscheidung des OLG Naumburg aus dem Jahre 1998.[85] In diesem Fall wollte der Eigentümer eines Bauernhofs, seine Erbin durch eine bedingte Erbeinsetzung von einer ihm unliebsamen Ehe abhalten. Auch eine letztwillige Verfügung, die den überlebenden Ehegatten für den Fall der Wiederverheiratung mit einem Vermächtnis belastet, kann einem Sittenwidrigkeitsvorwurf ausgesetzt sein.[86] Die bedingte Erbeinsetzung kann auch andere Grundrechte des Erben tangieren. So mussten z.B. Ende der 80er Jahre das LG und das OLG Düsseldorf entscheiden, ob eine Anordnung der Testamentsvollstreckung, die für die Dauer der Zugehörigkeit der Bedachten zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft gelten sollte, gegen die guten Sitten verstößt.[87] 2019 entschied das OLG Frankfurt aM schließlich darüber, ob die Erbeinsetzung der Enkelkinder unter der Bedingung erfolgen kann, dass diese den Erblasser regelmäßig besuchen.[88]

Diese Fälle machen deutlich, dass die gängige Formel, wonach die Sittenwidrigkeit anzunehmen sei, wenn das Rechtsgeschäft gegen den Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkender verstoße,[89] in Bezug auf Testamente und Erbverträge nicht mehr zeitgemäß erscheint. Eine moderne pluralistische Gesellschaft verfügt in vielerlei Hinsicht nicht mehr über eine homogene Moralvorstellung,[90] auf die für die Bestimmung der Grenzen der Testierfreiheit zurückgegriffen werden könnte.[91] Vorliegend wird dafür plädiert, die Sittenwidrigkeitsprüfung an den normativen Vorgaben des Erbrechts auszurichten. Die Grenzen der Testierfreiheit sollen dabei aus dem Spannungsverhältnis zwischen der Privatautonomie des Testators und der Familienbindung des Erbrechts gewonnen werden.

2. Meinungsstand: Rechtfertigung und Maßstab der sittenwidrigkeitsgestützten Inhaltskontrolle von letztwilligen Verfügungen

1) Abwägung zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und den Freiheitsrechten des Bedachten

a) Entscheidung des BVerfG im Fall Hohenzollern

Die Testierfreiheit wird als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit verstanden, als eine Fortsetzung der Privatautonomie über den Tod hinaus,[92] ausgestaltet mit einem verfassungsrechtlichen Rang.[93] Das Bundesverfassungsgericht[94] bezeichnet die

[85] OLG Naumburg, BeckRS 1998, 310244804.
[86] OLG Saarbrücken, BeckRS 2015, 07018.
[87] OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2615.
[88] OLG Frankfurt aM, ErbR 2019, 360.
[89] Palandt-*Ellenberger*, § 138 Rn. 2; *Brox/Walker*, Erbrecht, 26. Aufl. 2014, Rn. 263.
[90] Siehe auch *Smid,* NJW 1990, 409, 412.
[91] Kritisch gegenüber einer Inhaltskontrolle der Potestativbedingungen ferner *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 579 ff., der auf den „Grenzcharakter" des § 138 BGB hinweist.
[92] *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 327.
[93] *Auer,* AcP 2016, 239, 270.
[94] BVerfG, NJW 2004, 2008, 2010.

Testierfreiheit als „bestimmendes Element der von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Erbrechtsgarantie." Sie sei als Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus eng mit der Garantie des Eigentums verknüpft und genieße wie diese als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit besonders ausgeprägten Schutz. Diese Grundannahme legt nahe, die Prüfung der Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung an der Dogmatik der Grundrechtsprüfung auszurichten, wie es in der Hohenzollern-Entscheidung geschah.

Den Gegenstand der Verfassungsbeschwerde bildete die Entscheidung des BGH über den Erbgang nach dem letzten deutschen Kaiser. Zur Prüfung stand eine Bestimmung im Erbvertrag, der den Beschwerdeführer zum Nacherben bestimmte, dabei aber eine Bedingung enthielt, dass nicht Erbe sein kann, wer in einer nicht standesgemäßen, d.h. ebenbürtigen, Ehe lebt. Der BVerfG stellte die Testierfreiheit des Erblassers in den Mittelpunkt seiner Betrachtung. Diese sei als Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus eng mit der Garantie des Eigentums verknüpft und genieße als Element der Sicherung persönlicher Freiheit besonders ausgeprägten Schutz. Auf der anderen Seite sei zu prüfen gewesen, ob durch die Ebenbürtigkeitsklausel eine Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit des potenziellen Nacherben erfolgte. Das Bundesverfassungsgericht will damit beide betroffenen Grundrechte gegeneinander abwägen, indem es als Prüfungskriterium die Frage ansieht, ob auf den potenziellen Erben unzumutbarer Druck ausgeübt wird.[95]

Dieser Ansatz wurde in einem Teil der Rechtsprechung[96] und in einigen Stellungnahmen in der Literatur[97] rezipiert. Demnach sei eine Abwägung zwischen der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit und den auf Seiten des Bedachten betroffenen Grundrechten erforderlich, wobei man von einer Vermutung zugunsten der Testierfreiheit ausgehen müsse.[98]

b) Kritik der Rechteabwägung

Es gibt allerdings einige Argumente, die dagegen vorgebracht werden können, eine Abwägung zwischen den Rechten des Erblassers und den Rechten des Erben als allein maßgeblichen Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen anzusehen.

Handlungstheoretisch stelle eine über den Pflichtteil hinausgehende Erbeinsetzung immer ein Angebot an den Erbprätendenten dar. Dieses Angebot könne den Handlungsspielraum des Adressaten nur vergrößern, selbst wenn er mit Potestativbedingungen verknüpft sei, weswegen ein Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen ausscheide.[99] Es sei nicht die Aufgabe der Rechtsordnung, den Betroffenen vor schwierigen Entscheidungen zu bewahren.[100]

---

[95] BVerfG, aaO.
[96] Siehe z.B. OLG Saarbrücken, Urteil 15.10.2014, BeckRS 2015, 07018.
[97] MüKo-*Leipold* (Fn. 1), § 2074, Rn. 20 m.w.N.
[98] MüKo-*Leipold* (Fn. 1), § 2074, Rn. 20.
[99] Siehe z.B. *Gutmann,* NJW 2004, 2347, 2348; *Muscheler*, ZEV 1999, 152, 152.
[100] *Röthel,* AcP 210 (2010), 32, 45.

Ferner wird angemerkt, dass die ideengeschichtliche Verortung der Testierfreiheit in der Privatautonomie nicht selbstverständlich sei. So nimmt etwa *Auer* an, dass in der heutigen unhinterfragten Konstruktion der Testierfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie ein „beträchtlicher fiktiver Gehalt stecke".[101]

Aus rechtshistorischer Perspektive wird eingewandt, dass bei genauerer Betrachtung dem BGB keinesfalls das Verständnis der Testierfreiheit als Freiheit, nach Belieben zu entscheiden, zugrunde liege. Vielmehr werde die Testierfreiheit als Freiheit zu ihrer pflichtgemäßen, gerechten Ausübung, aus der Verantwortung des Familienoberhaupts heraus, angesehen.[102] Bei den Beratungen gingen die Mitglieder der Kommissionen nämlich davon aus, dass eine Rechtspflicht des Erblassers bestehe, die ihm gewährte Testierfreiheit nicht zu missbrauchen.[103]

Ein weiterer Einwand gegen eine ausschließlich privatautonomiebasierte Begründung der Testierfreiheit betont die Unterschiede zwischen einer Interaktion unter den Lebenden und einem Testiervorgang, der anders als beispielsweise das Zustandekommen eines Vertrags einseitig erfolge. Eine „Richtigkeit durch Verfahren"[104] gibt es im Recht der Verfügungen von Todes wegen daher nicht, was sie von privatautonom begründeten Interaktionen unter Lebenden unterscheide. Dadurch werde deutlich, dass Testierfreiheit und Vertragsfreiheit unterschiedliche kommunikative Aspekte berücksichtigen.[105]

Die vorgebrachten Argumente lassen sich durch die Überlegung ergänzen, dass die Problematik einer Potestativbedingung sich nicht auf den Konflikt der Freiheitsrechte des Erblassers und des Erben reduzieren lässt. Vielmehr erscheint es erforderlich, auch die erbrechtsspezifischen Wertungen zu berücksichtigen, die sich aus der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Erbrechts ergeben und durch die einfachgesetzlichen Regelungen des Erbrechts zum Teil konkretisiert sind.

2) Institutioneller Missbrauch des Erbrechts

Einen Ansatz, der auf Wertungen und Zielsetzung des Erbrechts abstellt, findet man in den Entscheidungen des Landgerichts und des Oberlandgerichts Düsseldorf aus den Jahren 1987 respektive1988. Die Gerichte haben die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung anhand der Frage geprüft, ob ein institutioneller Missbrauch des Erbrechts vorliegt.

In dem zu entscheidenden Fall hat die Erblasserin eine Testamentsvollstreckung für die Zeit angeordnet, in der die Erbin der Scientology Church angehört. Das LG Düssel-

[101] *Auer,* AcP 2016, 239, 271.
[102] *Leipold,* AcP 180 (1980), 160, 195; *Knieper*, Gesetz und Geschichte, Baden Baden 1996, 96.
[103] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, 384, 387.
[104] Der formalen Freiheitsethik des BGB (siehe hierzu z.B. *Reuter*, AcP 189 (1989), 199-222) liegt der Gedanke zugrunde, dass die materielle Vertragsgerechtigkeit durch prozedurale Mechanismen, nämlich durch den Prozess des Aushandelns zwischen den Vertragsparteien, gewährleistet werden kann (siehe hierzu ausführlich *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 284).
[105] *Kroppenberg,* DNotZ 2006, 86, 101.

dorf stellte darauf ab, dass die Erblasserin erreichen wollte, dass ihre Tochter, zu deren Lasten die Testamentsvollstreckung angeordnet wurde, sich von der Sekte lossagt. Dadurch wollte sie ihre Tochter „durch Gewährung eines „Vermögensvorteils" zu einem Verhalten veranlassen, welches durch die Gewährung solcher Vorteile nicht erreicht werden darf."[106] Das OLG Düsseldorf stellte dagegen darauf ab, dass die Erbmasse zu einem großen Teil aus einem Unternehmen bestand. Es sei das Anliegen der Erblasserin gewesen, das Unternehmen wirtschaftlich zu erhalten. Das Gericht führte insbesondere aus, dass die Erblasserin ihr berechtigtes Interesse an der Erhaltung der Firma über den Wunsch der Tochter nach Mitgliedschaft in der Scientology-Church stellen könne.[107]

Nach beiden Entscheidungen wäre die Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung anhand der Frage zu beurteilen, ob die Bedingungen, die den persönlichen Lebensbereich des potentiellen Erben betreffen, als „institutioneller Missbrauch" einer letztwilligen Verfügung anzusehen sind.[108] Mit anderen Worten, ob die vom Erblasser statuierte Bedingung seiner letztwilligen Verfügung einen rechtlich zu missbilligenden Austauschcharakter verleiht.[109] Konsequenterweise wären sie dann als sittenwidrig anzusehen, wenn der Erblasser damit nicht gleichzeitig auch vermögensbezogene Interessen verfolgt, was das OLG Düsseldorf angenommen hat.

Diese Herangehensweise berücksichtigt allerdings zu wenig die speziell erbrechtlichen Wertungen. Auf der einen Seite sind Fälle zu beachten, in denen die Verfügung des Erblassers aus einer nachvollziehbaren Sorge um das Wohl des Erben erfolgt, insbesondere, wenn er den Erhalt der Erbmasse für diesen Erben selbst im Auge hat. So hat in dem vorliegenden Fall die Erblasserin im Testament angegeben, dass die Testamentsvollstreckung verhindern soll, dass die beschwerte Erbin die ihr aus dem Nachlass zustehenden Gegenstände der Scientology-Church überträgt. Hätte der Nachlass allerdings kein Unternehmen, dessen Erhalt an sich wünschenswert wäre, sondern nur Barvermögen beinhaltet, wäre der institutionelle Missbrauch des Erbrechts im Sinne der dargestellten Ansicht wohl zu bejahen. Das legt jedenfalls das explizite Abstellen auf den Wunsch der Erblasserin, den Erhalt des Unternehmens zu sichern, in der Entscheidung des OLG Düsseldorf nahe.

Der Gedanke einer solchen „Zwangsfürsorge"[110] ist dem Erbrecht keinesfalls fremd, da es in § 2338 BGB sogar die Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht erlaubt, wodurch eine Anordnung der Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung bei der Überschuldung oder Verschwendungssucht des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings

[106] LG Düsseldorf, NJW 1987, 3141.

[107] OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2615.

[108] Staudinger-*Otte,* (Fn. 1), § 2074, Rn. 33; siehe dort auch Nachweise aus der Literatur zu dieser Ansicht.

[109] *Smid,* NJW 1990, 409, 415. Der Autor grenzt seine Ansicht gegenüber OLG Düsseldorf insofern ab, als er mit der Formulierung „rechtlich missbilligtes Austauschcharakter" statt der Prüfung der Motivationslage des Erblassers ein „äußeres Unterscheidungskriterium" befürwortet. Dabei unterscheiden sich diese Ansätze nicht wesentlich. Siehe dort auch zu der älteren Rechtsprechung in „Konversionsfällen" (S. 415 f.).

[110] Münchner Kommentar-*Lange,* BGB, 7. Aufl. 2017, § 2338, Rn. 2.

zulässig wird. Diese Wertung wird in der Formel des institutionellen Missbrauchs des Erbrechts außer Acht gelassen.

Auf der anderen Seite kann es Fallkonstellationen geben, in denen der Erblasser sich durchaus auf vermögensbezogene Überlegungen berufen kann, die Potestativbedingung aber den Erben dennoch in einer nicht hinnehmbaren Weise trifft. Dies zeigt z.B. der vom OLG Naumburg entschiedene Fall. Der Erblasser, Eigentümer eines Bauernhofs, setzte in seinem Testament, das aus dem Jahr 1947 stammte, eine seiner Enkelinnen als Alleinerbin ein, allerdings unter der Bedingung, dass sie nicht die Ehe mit einem bestimmten Mann in den nächsten drei Jahren eingehen werde.[111] Man kann annehmen, dass zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung, der Ehepartner eines Hofbetreibers einen großen Einfluss auf die Art und Weise der Fortführung des Hofes hatte. Weiterhin wäre es naheliegend anzunehmen, dass es dem Erblasser darum ging, den Hof als eine Wirtschaftseinheit auch für die weiteren Generationen zu erhalten. Möglicherweise hielt er diesen bestimmten Mann für nicht geeignet, den Hof mitzuführen. Dies wäre ein vermögensbezogenes Motiv, das einen institutionellen Missbrauch des Erbrechts und damit die Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügung entsprechend der vorgestellten Ansicht ausschließen müsste. Im Rahmen dieser Überlegungen wäre dann aber kein Raum mehr dafür, zu berücksichtigen, ob die Erbin in ihrer Eheschließungsfreiheit so stark betroffen ist, dass dieses Ergebnis aus der Sicht der Rechtsordnung nicht mehr hingenommen werden kann.

Mithin bietet auch dieser Ansatz keine zufriedenstellende Lösung. Vielmehr bietet es sich an, die Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung in einer letztwilligen Verfügung an den spezifisch erbrechtlichen Wertungen auszurichten.

3. Familienrechtliche Rücksichtnahmepflichten als Bewertungsmaßstab

1) Konflikt der erbrechtlichen Grundwertungen und Pflichtteil als Ausgleich dieses Wertungskonfliktes

Es liegt auf der Hand, dass das Erbrecht stark durch familienrechtliche Bezüge geprägt ist.[112] Das wird vor allem durch das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht der Verwandten und Ehegatten deutlich, die ein Gegengewicht zur Testierfreiheit des Erblassers bilden. Der Erbrechtsdogmatik liegen damit entgegengesetzte Wertungsgrundlagen zugrunde, nämlich die Familienbezogenheit des Erbrechts und die privatautonome Begründung der Testierfreiheit.

Auf den ersten Blick wird der Gegensatz zwischen diesen beiden dogmatischen Polen durch die Regelung über den Pflichtteil zu einem Ausgleich gebracht. Das Pflichtteilsrecht sorgt für eine Mindestbeteiligung der nächsten Verwandten und des Ehepart-

[111] OLG Naumburg, BeckRS 1998, 31024804.

[112] Zum Prinzip des Familien- und Verwandtenerbrechts siehe ausführlich *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 315 ff.

ners, die unabhängig von dem Willen des Erblassers erfolgt, und damit ihren vollständigen Ausschluss aus der Familie verhindert. Das Pflichtteilsrecht wird daher als ein Ausdruck und Leitbild der unauflösbaren Familiensolidarität angesehen.[113] Seine Rechtfertigung wird zum Teil aus der Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, zum Teil aus dem Förderungsgebot des Art. 6 GG abgeleitet.[114] In jedem Fall stellt das Pflichtteilsrecht sicher, dass das Verwandtenerbrecht in einem gewissen Umfang gegenüber den Vorstellungen des Erblassers Vorrang hat. In diesem Zusammenhang wird von der „Familiengebundenheit des Vermögens" gesprochen.[115]

Zu überlegen ist allerdings, in welchem Umfang die Pflichtteilsregelungen für sich allein genommen ihre Aufgabe als Schranke der Testierfreiheit erfüllen können und wo die Fähigkeit dieser Schranke, einen Ausgleich der konkurrierenden Wertungen herzustellen, endet. Denn die Sittenwidrigkeitsprüfung einer Potestativbedingung soll erst in dem Bereich eingreifen, in dem die Pflichtteilsregelungen den Ausgleich der konkurrierenden Wertungen nicht herstellen können.

Der Pflichtteil leistet eine vermögensmäßige Mindestbeteiligung am Nachlass auch dann, wenn die familiäre Verbundenheit stark geschwächt ist. Exemplarisch hierzu ist die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2005[116] zu nennen, in der das Gericht sich anhand von zwei Verfassungsbeschwerden mit der Frage beschäftigen musste, unter welchen Bedingungen die Entziehung eines Pflichtteils möglich ist. In einem der beiden Fälle begründete der Erblasser die Entziehung des Pflichtteils seines Sohnes damit, dass dieser ihm, dem Erblasser, jeden unmittelbaren Kontakt mit seinen Kindern verweigerte und dem Erblasser auch in einem persönlichen Gespräch erklärte, dass er jeden Kontakt zu ihm ablehne. Das BVerfG bestätigte das Pflichtteilsrecht des Sohnes und betonte, dass gerade in den Fällen einer Entfremdung zwischen dem Erblasser und seinen Kindern oder gar der Zerrüttung dieser Beziehung das Pflichtteilsrecht die Kinder des Erblassers davor schütze, dass sich die Familienbeziehungen überhaupt nicht oder nur unzugänglich in der Verteilung des Nachlasses widerspiegeln. Dies gelte in besonderem Maße für nicht eheliche Kinder des Vaters.[117]

Damit ist festzuhalten, dass die Funktion des Pflichtteilsrechts darin besteht, einen vollständigen Ausschluss eines nahen Angehörigen aus dem Kreis der Familie dadurch zu verhindern, dass ihm eine Mindestpartizipation am Nachlass garantiert wird.[118] Dies wird auch an der Art der Ausgestaltung der Position des Pflichtteilsberechtigten deutlich. Dieser rückt nämlich nicht in die Stellung des Erben, sondern bekommt lediglich einen Geldausgleichsanspruch und keine Beteiligung am Nachlass. Diese Ungleichbe-

[113] *Otte,* AcP 202 (2002), 317, 351.
[114] *Otte,* AcP 202 (2002), 317, 319.
[115] *Otte,* AcP 202 (2002), 317, 320. Zu beachten ist insbesondere, dass das BVerfG das Verwandtenerbrecht zum grundlegenden Gehalt der Erbrechtsgarantie zählt (BVerfGE 93, 165 ff.).
[116] BVerfG, NJW 2005, 1561.
[117] Das Pflichtteilsrecht ist für das nicht eheliche Kind eine einfachrechtliche Ausprägung des durch Art. 6 Abs. 5 GG begründeten Schutzauftrags des Gesetzgebers im Bereich des Erbrechts (BVerfG NJW 2005, 1561, 1564).
[118] *Otte,* AcP 202 (2002), 317, 352.

handlung zeigt, dass das Pflichtteilsrecht gerade eine Mindestpartizipation und nicht mehr als das gewährleisten soll.

Bei den Potestativbedingungen in den letztwilligen Verfügungen liegt das Problem dagegen auf einer anderen Ebene. Durch die bedingte Erbeinsetzung wird nämlich nicht die Mindestbeteiligung von nahen Angehörigen am Nachlass als solche gefährdet, sondern vielmehr versucht der Erblasser gezielt Einfluss auf das Verhalten des Begünstigten zu nehmen. Selbst dann, wenn das Pflichtteilsrecht bei der Ausschlagung der Erbschaft durch den Begünstigten seine Mindestpartizipation an dem Vermögen des Erblassers ermöglicht, vermag das Pflichtteilsrecht für sich genommen die Konfliktlage nicht aufzulösen, da es gerade in keiner Weise eine mögliche Drucklage auf Seiten des Bedachten berücksichtigt.

Es liegt auf der Hand, dass das Pflichtteilsrecht dem Berechtigten keine Stellung verschafft, die der Erbenstellung gleichwertig wäre, da es keinen Zugriff auf die einzelnen Gegenstände des Nachlasses erlaubt. Insofern wird eingewendet, dass durch das Pflichtteilsrecht dem Unterschied zwischen Geld- und Sachvermögen, insbesondere dem Grundvermögen, nicht ausreichend Rechnung getragen werde.[119]

Vor allem aber sind emotionale Aspekte der Erbenstellung zu berücksichtigen. Insbesondere von *Röthel* wird vorgebracht, dass das Erbgeschehen mehr als ein unentgeltlicher Vermögenstransfer sei, und zwar wegen der ideellen, identitätsprägenden und symbolischen Gehalte des Erbens und Vererbens in der Generationenbeziehung.[120] Sie weist auf die Ambivalenzen von Generationenverhältnissen als „Orte von Nähe und Macht" hin und führt aus, dass es dem Erben durch die personale Bedeutsamkeit des Erbgeschehens im Einzelfall unmöglich sein kann, selbstbestimmt darüber zu entscheiden, ob er die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt.[121] Sie schlägt daher vor, den Bedachten dann zu schützen, wenn er sich in einer Situation befindet, in der er keine selbstbestimmte Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft zu treffen vermag.[122]

Festzuhalten ist, dass eine mögliche Drucklage bei dem Bedachten die Rechtfertigungsgrundlage dafür bildet, im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung einer letztwilligen Verfügung über eine Beschränkung der Testierfreiheit über den Pflichtteil hinaus nachzudenken. Dabei erscheint es allerdings folgerichtig, nicht auf diese Drucklage selbst abzustellen, denn sie kann diffus sein und wäre entsprechend schwer festzustellen. Als maßgeblich drängt sich dagegen die Frage auf, ob die Beschwerung des Erben mit einer Potestativbedingung eine Verletzung der familienrechtlichen Pflichten des Erblassers zur Rücksichtnahme auf und zur Verantwortung für seine Familienangehörigen darstellt. Damit ist auf den oben skizzierten Konflikt der erbrechtlichen Grundwertungen abzustellen, nämlich auf den Konflikt zwischen der Familienbezogenheit des Erbrechts und der auf die Privatautonomie gestützten Testierfreiheit.

[119] *Leipold,* AcP 180 (1980), 197.
[120] *Röthel,* AcP 210 (2010), 32, 45.
[121] *Röthel,* AcP 210 (2010), 32, 46.
[122] *Röthel,* AcP 210 (2010), 32, 49.

2) Familienbezogenheit des Erbrechts als Grenze der Testierfreiheit

Unter der Prämisse einer Gebundenheit des Erblassers an die familienrechtlichen Pflichten ist für die Sittenwidrigkeitsprüfung nach Maßgabe von § 138 BGB ein normativer Maßstab gewonnen, der kein moralisches Urteil über das Verhalten des Erblassers benötigt und zulässt. Zu prüfen ist damit, ob der Erblasser durch die letztwillige Verfügung die ihm obliegenden Pflichten verletzt.

Bei der Bestimmung dieser Pflichten sind zunächst die Vorschriften des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB zu berücksichtigen, wonach die Ehegatten füreinander Verantwortung tragen, sowie § 1618a BGB, wonach Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht schulden.

Die Definition der Ehe als eine gegenseitige Verantwortungsgemeinschaft verweist nach der Auffassung der Kommentarliteratur auf die sozialethische Verhaltensgebote einer harmonischen Partnerschaft. Sie hat zunächst eine klarstellende Funktion und soll die Ehe gegenüber anderen Gemeinschaften aufwerten, wobei es dem Gesetzgeber wohl auch darum ging, die Ehe davor zu bewahren, dass sie völlig den subjektiven individuellen Einstellungen überlassen bleibt und als ein überindividuelles Institut nicht mehr erkennbar ist.[123]

Der Gedanke der Familiensolidarität verlangt ebenfalls ein partnerschaftliches Zusammenleben in der Familie in Verantwortung füreinander und soll für die Gegenseitigkeit von Leistung und Anspruch im Verhältnis zwischen den Generationen ähnlich prägend wirken wie §1353 Abs. 1 S. 2 BGB für die Ehe.[124]

Die Leitbildfunktion dieser Normen unterstreicht, dass der Rechtsordnung gerade kein defizitäres, sondern ein auf gegenseitigem Respekt und Partnerschaft basierendes Modell von Ehe und Familie zugrunde liegt. Dasselbe Model liegt auch dem gesetzlichen Erbrecht zugrunde, das eine Weitergabe des Vermögens an Kinder und Ehegatten ohne weitere Bedingungen vorsieht. Dies soll bei der Bestimmung der Grenzen der Testierfreiheit berücksichtigt werden. Dem Einwand, dass das Recht personale Beziehungen nicht ersetzen, nicht erzwingen und auch ihre Qualität nicht verbessern kann, ist insofern damit entgegenzutreten, dass das Recht in diesem Sinne eine Orientierung bietet und Leitbildfunktionen übernimmt.[125]

3) Familienrechtliche Pflichten und die Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung im Einzelfall

Zu überlegen ist nunmehr, was das Abstellen auf die Verletzung einer familienrechtlichen Pflicht zur Rücksichtnahme für die konkrete Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung im Einzelfall bewirkt.

---

123 Münchner Kommentar -*Roth*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1353, Rn. 22.

124 Münchner Kommentar -*v Sachsen/Gessaphe*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1618a, Rn. 1.

125 *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 351.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den familienrechtlichen Rücksichtnahmepflichten um rechtliche, gesetzlich positiv festgelegte Pflichten handelt,[126] deren Inhalt allerdings nicht exakt bestimmt ist. Die entsprechenden Rechtsnormen entfalten eine Leitbildfunktion, weswegen bei ihrer Heranziehung zur Lückenfüllung oder gar Rechtsfortbildung im Allgemeinen Zurückhaltung geboten ist.[127] Insofern ist zu beachten, dass die enttäuschten Erwartungen eines gesetzlichen Erben, eine unbeschwerte Erbschaft zu erhalten, nicht bereits per se eine Verletzung der familienrechtlichen Pflichten durch den Erblasser begründen. Dies folgt aus der grundsätzlichen Zulässigkeit von Potestativbedingungen in den letztwilligen Verfügungen, die sich aus §§ 2074, 2075 BGB ergibt.[128]

Zu beachten ist ferner, dass, soweit ein pflichtteilsberechtigter Erbe durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt, oder mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, er gem. § 2306 BGB den Pflichtteil verlangen kann, wenn er den Erbteil ausschlägt.[129] Ein überlebender Ehegatte kann, soweit er im gesetzlichen Güterstand lebt, gem. § 1371 Abs. 3 BGB im Falle der Ausschlagung der Erbschaft neben dem Ausgleich des Zugewinns den Pflichtteil sogar dann verlangen, wenn dieser ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde. Damit ist die Wertung des Gesetzgebers festzustellen, dass es dem beschwerten Erben grundsätzlich zuzumuten ist, das Erbe auszuschlagen und den Pflichtteil zu fordern, soweit die Beschwerung ihm als unzumutbar erscheint.

Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit, der sich auf die Verletzung von familienrechtlichen Pflichten stützt, kann insofern nur Fälle betreffen, in denen diese Wertung den atypischen Umständen des Einzelfalls nicht mehr gerecht wird.

Wie oben bereits dargestellt, ist die Sittenwidrigkeitsprüfung einer Potestativbedingung aus der Überlegung heraus gerechtfertigt, dass auf Seiten des Bedachten eine besondere Drucklage vorliegen kann, die von den Pflichtteilsreglungen nicht berücksichtigt wird. Dementsprechend wäre eine Verletzung der familienrechtlichen Pflicht zur Rücksichtnahme durch den Erblasser mit der Ausnutzung dieser besonderen Drucklage gleichzusetzen.[130]

Zunächst ist der Fall zu beachten, dass der Erblasser durch die Erbeinsetzung unter einer Potestativbedingung versucht, Einfluss auf die Entscheidung seines Abkömmlings

[126] A.A.: *Röthel,* AcP 210(2010), 32, 50.

[127] MüKo -*v Sachsen/Gessaphe* (Fn. 45), § 1618a, Rn. 13.

[128] Siehe hierzu *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 1941.

[129] Nach der Auffassung von *Röthel,* AcP 210 (2010), 32, 53, gilt die Regelung des § 2306 Abs. 1 BGB für jeden Fall einer bedingten Erbeinsetzung.

[130] Diesem Ansatz folgt wohl das OLG Frankfurt aM in seiner Entscheidung v. 5.2.2019 (ErbR 2019, 360) darauf abstellt, ob „die von dem Erblasser erhobene Bedingung unter Berücksichtigung der höchstpersönlichen und auch wirtschaftlichen Umstände die Entschließungsfreiheit des bedingten Zuwendungsempfängers unzumutbar unter Druck setzt und durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen Verhaltensweisen bewirkt werden sollen, die regelmäßig eine freie, innere Überzeugung des Handelnden voraussetzen".

in höchstpersönlichen Angelegenheiten Einfluss zu nehmen, die zu dem Kernbereich der autonomen Lebensführung gehören. In diesem Fall dürfte die Wertung des § 1626 Abs. 2 Satz 2 BGB ausschlaggebend sein. Diese Vorschrift bestimmt, dass bei der Pflege und Erziehung die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem, verantwortungsbewusstem Handeln berücksichtigen müssen. Was für die Erziehung minderjähriger Kinder gilt, sollte erst recht für die Beeinflussung von erwachsenen Abkömmlingen gelten. Demnach implizieren die familienrechtlichen Rücksichtnahmepflichten, dass die Eltern einen von ihren Vorstellungen abweichenden Lebensentwurf ihrer Kinder grundsätzlich zu akzeptieren haben.

Zu beachten ist allerdings auch, dass, wie oben bereits ausgeführt, § 2338 BGB, der die Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht bei der Überschuldung oder Verschwendungssucht regelt, eine Wertung enthält, die eine gewisse „Zwangsfürsorge" den Abkömmlingen gegenüber erlaubt. Diese Wertung lässt sich auf die Fälle einer Potestativbedingung übertragen. Eine Verletzung der familienrechtlichen Rücksichtnahmepflicht ist mithin zu verneinen, wenn die Bedingung im objektiven Interesse des Bedachten erfolgt, insbesondere dafür sorgen soll, dem Bedachten das vererbte Vermögen zu erhalten, und zusätzlich eine Situation vorliegt, in der der Bedachte zu einem selbstverantwortlichen Handeln in Vermögensfragen offensichtlich nicht in der Lage ist. Der oben diskutierte Fall, in dem die Erblasserin die Testamentsvollstreckung für den Zeitraum angeordnet hat, in dem ihre Tochter der Scientology Church angehört, wäre ein solcher Fall. Die Erblasserin hat in ihrem Testament angegeben, dass es ihr darum ging, das zu vererbende Vermögen dem Zugriff der Scientology Church zu entziehen und durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung der Erbin für die Zeit nach einem Austritt aus der Gemeinschaft zu erhalten. Zu klären wäre in diesem Fall entsprechend der vorliegend vertretenen Ansicht, wie stark der Einfluss der Scientology Church auf die Erbin war und ob sie dazu in der Lage war, eigenverantwortlich über ihre Vermögenswerte zu disponieren.

Weiterhin sind Situationen zu berücksichtigen, in denen sich der Bedachte zu Lebzeiten des Erblassers in einer Abhängigkeit von diesem befand und nunmehr auf die Zuwendung angewiesen ist. Zu bedenken ist z.B. der Fall, in dem der gesamte berufliche Werdegang eines Abkömmlings mit Wissen und Wollen des Erblassers darauf ausgerichtet war, das Familienunternehmen eines Tages zu übernehmen. Die Aussicht, die Erbenstellung zu verlieren, kann den Abkömmling in eine besondere Zwangslage versetzen, der Anordnung des Erblassers Folge zu leisten. Soweit der Erblasser diese Zwangslage ausnutzt, kann er dadurch seine familienrechtlichen Pflichten zur Rücksichtnahme verletzen.

Eine Wiederverheiratungsklausel, wonach mit der Wiederheirat eines überlebenden Ehegatten z.B. der Nacherbfall eintritt oder dieser mit einem Vermächtnis belastet werden soll, wird in Teilen der Literatur und Rechtsprechung als grundsätzlich zulässig

angesehen.[131] Insbesondere wird vorgebracht, dass zwischen dem Erblasser-Ehegatten und dem bedachten Ehegatten kein strukturelles, erbspezifisches Ungleichgewicht bestehe, das einem Ungleichgewicht in einem Sorge- und Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Abkömmlingen vergleichbar wäre.[132] Dabei ist eine Situation, in der ein Ehegatte aufgrund der einvernehmlichen Teilung der familienspezifischen Aufgaben in die finanzielle Abhängigkeit von dem anderen Ehegatten gerät, durchaus häufig. Daher kann diese Begründung nicht überzeugen.

Auf Grundlage der vorliegend vertretenen Auffassung ist dagegen das Vorliegen einer familienrechtlichen Pflichtverletzung zu prüfen. Diese ist dann zu bejahen, wenn durch die Bedingung manipulativer Einfluss auf den Bedachten über den Tod hinaus unter Ausnutzung einer Drucklage ausgeübt wird. Die Nichtigkeit aufgrund der Sittenwidrigkeit der Potestativbedingung ist zu bejahen, wenn ein atypischer, von anderweitigen gesetzlichen Regelungen nicht erfasster Fall vorliegt. Zu beachten ist allerdings, dass der klassische Fall einer Hausfrauenehe beim Vorliegen des gesetzlichen Güterstandes einen solchen atypischen Fall gerade nicht darstellt. Der Gesetzgeber hat den Wertungskonflikt für diese Fallkonstellation abschließend gelöst. Die Interessen des finanziell abhängigen Ehegatten sind nämlich durch die Möglichkeit geschützt, gem. § 1371 Abs. 3 BGB die Erbschaft auszuschlagen und stattdessen den Zugewinnausgleich und den Pflichtteil zu verlangen.

Dagegen erscheint der beschwerte Ehegatte schutzwürdig, wenn die Bedingung so konstruiert ist, dass ihm bei deren Eintritt nicht einmal der Pflichtteil verbleibt. Zu beachten ist nämlich, dass die Bedingung auch eintreten kann, nachdem die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft gem. § 1944 BGB bereits verstrichen ist. Eine solche Konstellation lag der Entscheidung des OLG Saarbrücken zugrunde.[133] In einem Ehe- und Erbvertrag vereinbarten die Eheleute, dass der überlebende Ehegatte Alleinerbe werden sollte, im Fall der Wiederheirat allerdings mit einem Vermächtnis zugunsten der Kinder des Erstverstorbenen beschwert wurde, welches den Wert der Erbschaft vollständig aufzehrte. Nach der Auffassung des Gerichts war diese Potestativbedingung sittenwidrig.

Die Wertung, die dieser Entscheidung zugrunde liegt, kann auch auf andere Fälle übertragen werden, in denen der beschwerte Erbe die Erbschaft hätte ausschlagen und den Pflichtteil verlangen können, dies aber unterlassen hat und infolge des Bedingungseintritts nicht einmal mehr den Pflichtteil erhalten würde. In einem solchen Fall ist die Bedingung in dem Umfang, in welchem dem Bedachten auch der Pflichtteil entzogen wird, sittenwidrig, selbst wenn die Bedingung im Übrigen nicht zu beanstanden wäre. Dieses Ergebnis folgt aus der oben skizzierten Familienbindung des Erbrechts und der damit verbundenen Entscheidung des Gesetzgebers für ein Pflichtteilsrecht.

---

[131] Nachweise siehe bei Staudinger-*Otte* (Fn.1), § 2074, Rn. 58. Zur Gegenmeinung siehe Nachweise in der Entscheidung des OLG Saarbrücken, BeckRS 2015, 07018, Rn. 55. Ausführlich: *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 2100 ff.

[132] *Röthel,* AcP 210 (2010), 32, 53.

[133] OLG Saarbrücken, BeckRS 2015, 07018.

Schließlich ist zu beachten, dass es grundsätzlich keine familienrechtlich zu begründenden Pflichten gegenüber familienfremden Personen geben kann. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung einen Bedachten generell vor einer schwierigen Entscheidung zu schützen.[134] Dabei sollen allerdings die modernen Formen des Zusammenlebens nicht völlig außer Acht gelassen werden. Eine Erstreckung der vorgestellten Grundsätze auf die faktischen familiären Beziehungen soll ausnahmsweise und nur dort möglich sein, wo faktische gegenseitige Fürsorgeverhältnisse herrschen, die sich von einer familienrechtlichen Beziehung nicht wesentlich unterscheiden, also möglicherweise in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft oder bei einer faktischen Übernahme der Erziehungsverantwortung für Kinder.

4) Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung

Schließlich stellt sich die Frage nach den Folgen der Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung. Möglich erscheint dabei sowohl die Nichtigkeit der Erbeinsetzung insgesamt als auch die Teilnichtigkeit der letztwilligen Verfügung.

Die Nichtigkeit der Erbeinsetzung insgesamt wäre im Rahmen der vorliegend vertretenen Auffassung inkonsequent.

Zu beachten ist zunächst, dass die Unwirksamkeit der ganzen Erbeinsetzung infolge der Sittenwidrigkeit der Potestativbedingung in jedem Fall zu Lasten des Betroffenen, der gerade als schutzwürdig eingestuft wurde, gehen wird. Veranschaulicht wird dies etwa durch die Prozessgeschichte im bereits angesprochenen Fall des OLG Naumburg.[135] In diesem Fall bestimmte ein Großvater eine seiner Enkelinnen zu Alleinerbin, unter der Bedingung, dass sie einen bestimmen Mann innerhalb der nächsten drei Jahre nicht heiraten würde. Die als Alleinerbin eingesetzte Frau hatte den Anweisungen des Erblassers Folge geleistet und heiratete kurz nach seinem Tod einen anderen Mann. Das 1947 errichtete Testament wurde dennoch 1998 zum Gegenstand einer gerichtlichen Prüfung, nachdem die Schwester der inzwischen verstorbenen Begünstigten die Nichtigkeit des Testaments geltend machte und einen Erbschein beantragte, der sie als Erbin ausweisen sollte. Die Erben der verstorbenen Begünstigten haben eine Feststellungsklage mit dem Antrag angestrengt, festzustellen, dass die Begünstigte Alleinerbin geworden ist. Sie hatten mit der Klage allerdings keinen Erfolg, da das Gericht das Testament insgesamt für sittenwidrig und daher für nichtig befunden hat.[136]

Solche Ergebnisse können nicht überzeugen. Soweit Sittenwidrigkeit zum Schutz des Erben vor einer unlauteren Beeinflussung bejaht wird, verkehrt dieses Ergebnis den Schutz ins Gegenteil. Zudem wird der Bedachte mit einer enormen Rechtsunsicherheit konfrontiert, da er nicht wissen kann, ob einer der gesetzlichen Erben sich auf die Nichtigkeit des Testaments berufen wird. Anders als bei der Anfechtung des Testa-

[134] *Röthel,* AcP 210 (2010), 32, 49.
[135] OLG Naumburg, BeckRS 1998, 310244804.
[136] Für den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge auch *Röthel,* AcP 210 (2010), 32, 54.

ments gibt es vorliegend keine Anfechtungsfrist. Greift § 138 BGB ein, führt dies zur Nichtigkeit des Testaments, das schlicht keine Rechtsfolgen entfaltet.

Die Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts bzw. die teilweise Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung regeln § 139 bzw. § 2085 BGB. Gem. § 139 ist bei der Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts von der Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts auszugehen, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen werden würde. Auch § 2085 BGB stellt auf den mutmaßlichen Willen des Testators ab. Demnach hat die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur dann zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.[137] Der Unterschied zwischen den beiden Regelungen betrifft somit nur die Frage des Umgangs mit den verbliebenen Zweifeln darüber, ob das Rechtsgeschäft bzw. die Verfügung auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Nach beiden Vorschriften wäre die Erbeinsetzung insgesamt hinfällig, wenn angenommen werden kann, dass die Bedingung eine so große Bedeutung für den Testator hatte, dass er die Erbeinsetzung ohne sie nicht vorgenommen hätte.

Allerdings stößt die Anwendung dieser Vorschriften auf Bedenken. Zum einen erhöht diese Lösung die Rechtsunsicherheit im Vergleich zu der Lösung, die von der Nichtigkeit der gesamten Erbeinsetzung ausgeht, noch zusätzlich. Zum anderen erscheint sie wenig sachgerecht. Insbesondere die Regelung des § 2085 BGB verfolgt den Zweck, dem erklärten Willen des Erblassers nach Möglichkeit zum Erfolg zu verhelfen und gewährleistet mithin eine möglichst weite Privatautonomie.[138] Die Anerkennung einer Potestativbedingung als sittenwidrig stellt dagegen nach der vorliegend vertretenen Ansicht gerade den Ausfluss einer Begrenzung der Testierfreiheit des Erblassers dar, die aus seinen familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Bedachten resultiert. Insofern gebietet der Schutz des Bedachten, die sittenwidrige Bedingung und die Erbeinsetzung gedanklich zu trennen und die Erbeinsetzung, ohne die Beschwerung aufrechtzuerhalten, ohne Rücksicht auf den mutmaßlichen Willen des Testators.

4. Fazit

Zusammenfasend ist festzuhalten, dass die Testierfreiheit im Spannungsverhältnis zwischen der Privatautonomie des Testators und der Familienbindung des Erbrechts zu verorten ist. Dementsprechend sind die Grenzen der Testierfreiheit aus der Familienbezogenheit des Erbrechts zu gewinnen. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen ist aus der Verletzung einer familienrechtlichen Pflicht zur Rücksichtnahme abzuleiten. Im Falle von Potestativbedingungen ist diese gegeben, wenn der Erblasser eine besondere Drucklage auf Seiten des Bedachten manipulativ ausnutzt. Damit ist ein normativer Maßstab gewonnen, der im Gesetz verankert ist

[137] Für diese Lösung OLG Frankfurt aM, ErbR 2019, 360.
[138] MüKo-*Leipold* (Fn.1), § 2085, Rn. 1.

und damit auf allgemein gültigen Normen basiert. Die gängige Formel einer Verletzung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkender erscheint dagegen nicht mehr zeitgemäß, da sie kaum noch auf allgemein gültige Moralvorstellungen gestützt werden kann.

Als Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit einer Potestativbedingung ist die Teilnichtigkeit des Testaments bzw. des Erbvertrags anzunehmen, wobei die Verfügung von Todes wegen ohne die Beschwerung aufrechterhalten wird.

*გიორგი დავითაშვილი**

შერიგება, როგორც მხარეთა შორის თანასწორობის აღდგენის მექანიზმი, ქართულ ჩვეულებით სამართალში

ჩვეულებითი, იგივე ხალხური სამართალი საზოგადოებრივი განვითარების წინასახელმწიფოებრივ ეტაზე ყალიბდება, უპირველეს ყოვლისა, როგორც გვარებს, ოჯახებს, თემებს (საზოგადოებებს) შორის ურთიერთობის მოწესრიგებისა და მშვიდობიან ჩარჩოებში მოქცევის მექანიზმი. ჩვეულებითი სამართლის წარმოშობის ძირითადი განმაპირობებელი ფაქტორი კი ეს იყო სისხლის აღების, შურისძიების ინსტიტუტის ყოველისმომცველი ბატონობის შეზღუდვა და თანდათანობით მისი ალტერნატიული წესების ჩამოყალიბება. ყველა ხალხმა გაიარა შეუზღუდავი შურისძიების, თვითგასწორების ეპოქა და განვითარების გარკვეულ ეტაპზე თანდათანობით დაიწყო მისი შემზღუდავი წესების ჩამოყალიბება და შემდეგ გადადგა ნაბიჯები, რომლებიც მიმართული იყო თვითგასწორების ჩანაცვლებისაკენ შერიგების ინსტრუმენტებით. აღნიშნული გზა საქართველომაც გაიარა. საინტერესოა, რომ ჩვენი ქვეყნის ზოგიერთ მთის რეგიონში (განსაკუთრებით სვანეთსა და ხევსურეთში) XIX-XX საუკუნის ეთნოლოგიური მონაცემების საფუძველზე სრულიად შესაძლებელია წარმოჩინდეს სისხლის აღების ინსტიტუტის მოქმედებაც მისი შემზღუდავი დაუწერელი წესებით და მის პარალელურად მოქმედი შერიგების საკმაოდ რთული და მრავალსაფეხურობრივი მექანიზმიც, რომლის განხორციელების უზრუნველმყოფ ფაქტორს წარმოადგენდა სხვადასხვა დანაშაულისათვის ჩამოყალიბებული კომპოზიციების (გადასახადების) სისტემა.

საქართველოს ზოგიერთ რეგიონში (სვანეთი, ხევსურეთი, ზემო აჭარა) შურისძიების ინსტიტუტი (მსგავსად ჩრდილო კავკასიელი მთიელებისა) განსაკუთრებით მკვლელობისას, მძიმე დაჭრისას საკმაოდ დიდი ხნის განმავლობაში შემორჩა, როგორც სისხლის აღების წესი, ადათი და არა როგორც ცალკეული პირის ემოციური აქტი. შურისძიების აქტი შესაძლოა დღესაც შედგეს ნებისმიერ ცივილიზებულ ქვეყანაში და პიროვნება კონკრეტულ სიტუაციაში თვითონ გაუსწორდეს თავისი ახლობლის მკვლელს, შეურაცხმყოფელს და სხვა, თუმცა შესაძლოა, თავი შეიკავოს ამისგან და საერთოდ არც იფიქროს მასზე. სისხლის აღება, კი, რომელიც კავკასიის მთიანეთში საკმაოდ დიდხანს შემორჩა, თავისი არსით ეს არის წესად ქცეული, საზოგადოების წევრთა მიერ ვალდებულებად აღქმული შურისძიება და არა შურისძიება, როგორც მხოლოდ ემოციური აქტი. ნებისმიერი შურისძიება ემოციის გარეშე არ არსებობს, თუმცა სისხლის აღება არა მარტო წმინდა ემოციური აქტია, იგი სამართლებრივი ინსტიტუტია. გვარ-

მა, რომელსაც წარმომადგენელი მოუკლეს აუცილებლად სისხლი უნდა აიღოს. შესაბამისად სისხლის აღება ეს ადათია, სამართლებრივ ჩარჩოებში მოქცეული შურისძიებაა და არა უბრალოდ ემოციური აქტი[1].

რა განაპირობებდა სისხლის აღების ვალდებულებად აღქმას? ამ კითხვაზე პასუხი კავკასიელ მთიელთა რელიგიურ წარმოდგენებში უნდა ვეძიოთ. მათ მიხედვით მიცვალებული საიქიოში განაგრძობს ხორციელ ცხოვრებას, ისეთივე ვნებებით, მისწრაფებებით, როგორც სააქაოში. იქ მას ესაჭიროება სასმელი, საჭმელი, ცეცხლი, ტანსაცმელი, თამბაქო და სხვა. მიცვალებულთა კეთილდღეობა საიქიოში კი იმაზეა დამოკიდებული, თუ როგორ აკმაყოფილებენ მათ სააქაოს დარჩენილი მოგვარეები. კერძოდ, ისინი ვალდებულნი არიან მშვიდად ამყოფონ თავიანთი მიცავლებულთა სულები, ამისათვის კი სხვადასხვა წესი უნდა შეასრულონ მათ მიმართ (მაგალითად, არაერთი სუფრა გაშალონ მიცვალებულთა სულების მოსახსენებლად), რაც არსებით მატერიალურ დანახარჯებთან არის დაკავშირებული. საკუთარი მიცვალებულის სულის მომსახურებას მნიშვნელოვანი ადგილი უკავია კავკასიელი, მათ შორის ქართველი მთიელების ყოფაში. რაც ყველაზე მთავარია, ხალხის წარმოდგენით, მიცვალებულთა სულებს შეუძლიათ დიდი გავლენა მოახდინონ ამქვეყნად დარჩენილთა ცხოვრებაზე, როგორც დადებითი, ისე უარყოფითი კუთხით. ეს კი დამოკიდებულია იმაზე, თუ როგორ ასრულებენ მიცვალებულთა ნათესავები აღნიშნულ წესებს. თუ შეასრულებენ ამ წესებს, მაშინ სული თავისი ნათესაობის მფარველი ხდება, მათი დამცველი ყოველგვარი უბედურებისა და საშიშროებისაგან, თუ ამ წესებს არ შეასრულებენ, ან არასრულყოფილად შეასრულებენ, ეს ხალხის შეხედულებით, სულს გაანაწყენებს, გააბოროტებს და იგი სხვადასხვა სახის პრობლემას შეუქმნის სააქაოდ დარჩენილ მის ნათესაობას, მოუვლენს მათ ავადმყოფობას, მრავალგვარ უბედურებას, უიღბლობას საქმეებში და სხვა. განსაკუთრებით ბოროტდებიან სულები, თუ ცოცხლად დარჩენილი ნათესავები მათ გამო შურს არ იძიებენ. ისინი მათი მკვლელის მოკვლას ითხოვენ თავიანთი ნათესავებისაგან, წინააღმდეგ შემთხვევაში კი საშინელი უბედურების მოვლენით ემუქრებიან მათ. აქედან გამომდინარე, სისხლის აღება ვალდებულებაა, რომლის საფუძველი მიცვალებულთა სამყაროს შესახებ შეხედულებებიდან მომდინარეობს. ამდენად, მკვლელის მოკვლა, სისხლის აღება, მოკლულის სულის მოთხოვნილების დაკმაყოფილებაა და ვალდებულებაა სწორედ მიცვალებულის წინაშე, რომელიც თავისი ნათესავებისაგან მკვლელის ან მისი ნათესავის სისხლს მოითხოვს. თუ იგი არ დაკმაყოფილდება, მაშინ სიკვდილოანობას, ავადმყოფობას და სხვა უბედურებას მოუვლენს მის ნათესაობას. სისხლიხ აუღბლობის შემთხვევაში ასეთი საშინელი საფრთხის, როგორც სრულიად რეალურის წარმოსახვის გამო, სისხლის აღება მთიელთა წარმოდგენაში ვალდებულებად აღიქმება. სისხლის აღების, როგორც ვალდებულების არსებობა ეფუძნება ხალხის წარმოდგენას იმის თაობაზე, რომ მიცვალებულის

[1] *გ. დავითაშვილი*, შურისძიება და შერიგება ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, თბ., 2021, 12-13.

სულს აქვს უნარი გავლენა მოახდინოს თავისი სააქაოს დარჩენილი ნათესავების ბედ-იღბალზე, შეცვალოს მათი ბედისწერა[2].

კავკასიელ მთიელებში სისხლის აღება დაკავშირებული იყო მიცვალებულისადმი შეწირვასთან. „შეწირვა" აუცილებელი იყო მიცვალებულის სულის დასაშოშმინებლად, დასაკმაყოფილებლად. მთიელთა რწმენით, თუ სისხლის ამღები ნათესავის მკვლელს მოკლავდა და ამ ნათესავის სულს „შესწირავდა", ამით მას საიქიოში მის მონა-მოსამსახურედ აქცევდა, რომელსაც უნდა გაეწია მისთვის სხვადასხვა სამსახური (წყალი მოეტანა, სუფრა გაეშალა, ფეხსაცმელი დაეკერა და სხვა). ამით მოკლული მიცვალებულის სული საბოლოოდ დაკმაყოფილდებოდა. „შეწირვისათვის" კი აუცილებელი იყო განსაზღვრული რიტუალური მოქმედებების ჩატარება, სათანადო ფრაზების წარმოთქმით, მაგალითად, ქისტებში მკვლელი მის მიერ მოკლულისადმი „შესაწირად" ამ უკანასკნელის საფლავზე უნდა დაეკლათ, რის შემდეგაც იგი საიქიოში მის მონა-მორჩილად გადაიქცეოდა[3].

საზოგადოებრივი განვითარების ადრეულ ეტაპზე, როდესაც ჯერ კიდევ შემორჩენილი იყო სისხლის აღების ადათი, ნებისმიერი დანაშაული: მკვლელობა, დაჭრა-დასახიჩრება, ქურდობა, სხვისი ცოლის (საცოლის) მოტაცება, გაუპატიურება და სხვა აღიქმებოდა დაზარალებული მხარის (დაზარალებულის მთელი ნათესაური ჯგუფის) შეურაცხყოფად, ანუ ღირსების დამცირებად, რაც დაზარალებულში შურისძიების სურვილს აღძრავდა[4]. ეს გარემოებაც შურისძიების ვალდებულებად ჩამოყალიბებას განაპირობებდა ზემოთაღნიშნულ რელიგიურ ფაქტორთან ერთად. შედეგად იწყებოდა დაპირისპირება ორ ნათესაურ ჯგუფს, თუ ოჯახს შორის, რომელიც შესაძლოა საკმაოდ დიდხანს გაგრძელებულიყო ერთმანეთისთვის მრავალგზისი ზიანის მიყენებით და ორივე მხრიდან მრავალრიცხოვანი მსხვერპლით.

საქართველოს მთის ზოგიერთ რეგიონში სისხლის აუღებლობა საკმაოდ დიდხანს ითვლებოდა სირცხვილად, დამცირებად. ერთი მხარის მიერ მეორესადმი ზიანის მიყენება აღიქმებოდა მათ შორის არსებული თანასწორობის დარღვევად. კონფლიქტის ლიკვიდაცია კი შესაძლებელი იყო მხოლოდ ამ თანასწორობის აღდგენით. დაზარალებული მხარე თვლიდა, რომ დამნაშავემ იგი დაამცირა, დააკნინა, დაამდაბლა მასთან შედარებით, საკუთარი თავი კი აამაღლა დაზარალებულის მიმართ და ამიტომ მათ შორის დაირღვა თანასწორობა. თანასწორობის აღდგენის, სირცხვილის ჩამორეცხვის ყველაზე სრულფასოვან საშუალებად განიხილებოდა სისხლის აღება. დაზარალებული მხარე ცდილობდა მოწინააღმდეგე მხარისთვის თანაზომიერი ზიანი მიეყენებინა (მაგალითად, მკვლელობის საპასუხოდ მოეკლა მკვლელი, ან მისი ახლობელი).

---

[2] *М. Ковалевский*. Современный обычай и древний закон, Т. 2, М., 1886, 90; *მ. ბაღიაუჩი, ნ. მაკაღათია*, მიცვალებულის კულტი არხოტის თემში, „მასალები საქართველოს ეთნოგრაფიისათვის", III, თბ., 1940, 10, 12, 20-24, 59-60; *გ. დავითაშვილი*, დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო", 2022, 34-37.

[3] *გ. დავითაშვილი*, შურისძიება და შერიგება ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო", თბ., 2021, 77-78.

[4] *М. Косвен*, Преступление и наказание в догосударственном обществе, М., 1925, 18.

სისხლის აღების აქტის განხორციელება სიხარულის და სიამაყის საფუძველი იყო, რადგანაც მოხდა სირცხვილის ჩამორეცხვა. მაგალითად, ხევში სისხლის აღების შემდეგ სისხლის ამღები წარმატების ნიშნად სოფელში შესვლისთანავე თოფს გაისროდა, რითაც სოფელს ამცნობდა, რომ მტერზე შური იძია. ამ ქმედებას ხევში „ჩილინგი" ერქვა[5]. სვანეთში კი მოკლულის დასაფლავებისას, მისი ახლო ნათესავი, ვისაც პირველ რიგში ევალებოდა სისხლის აღება (მხედველობაშია მოკლულის ძმა, ვაჟი, ძმისშვილი და სხვა), თოფს გაისროდა და მოკლულის მიწასთან მიბარების წინ ფიცს დებდა, რომ სისხლს აიღებდა, ხოლო სისხლის აღების შემდეგ ხშირად მივიდოდნენ მოკლულის საფლავზე და ჩასძახებდნენ გისისხლეთო, რასაც მოჰყვებოდა მთელი ნათესაობის შეკრება და ზეიმი[6]. აჭარაშიც ფიქსირდება სისხლის აღების შემდგომ სისხლის ამღების მისვლა მისი მოკლული ნათესავის საფლავზე და მისადმი მიმართვა, რომ ისისხლა[7]. ანალოგიური ჩვეულება ჩრდილო კავკასიელ მთიელებშიც გვხვდება, მაგალითად, ოსებში სისხლის აღების შემდეგ შურისმაძიებელი მიდიოდა მისი მოკლული ნათესავის საფლავზე. აქ იგი საფლავს ტუჩებს მიადებდა და შემდეგ სიტყვებს წარმოთქვამდა: იყავი მშვიდად, ვისისხლე შენი მკვლელობისთვისო[8]. ასეთი მოქმედებები ემსახურებოდა შურისმაძიებლის მიერ შურისძიების აქტის განხორციელების დემონსტრირებას, რაც მიუთითებს, რომ სისხლის აღება სასახელო საქმედ ითვლებოდა. ასევე, მოკლულისადმი მიმართვა, რომ მისი მკვლელობისათვის სისხლი აღებულია, სისხლის აღების რელიგიურ ასპექტს თუ გავითვალისწინებთ, მიმართული იყო მოკლულის სულის „დასამშვიდებლად"[9].

საზოგადოებრივი განვითარების გარკვეულ ეტაპზე ჩვეულებითმა სამართალმა სისხლის აღების ინსტიტუტს დაუპირისპირა შერიგების მექანიზმი, რაც საზოგადოებრივ ცნობიერებაში მომხდარი არსებითი ტრანსფორმაციის შედეგია. საზოგადოებრივ ცნობიერებაში ზოგადი პრინციპის დონეზე ჩამოყალიბდა შეხედულება, რომ მშვიდობა ჯობს მტრობას, შერიგება ჯობს სისხლის აღებას. დაზარალებული მხარის ამაში დასარწმუნებლად იყო მიმართული შერიგების მთელი მექანიზმი. ხალხური სამართლის საფუძველზე შემუშავებული შერიგების პროცესი საქართველოს თითოეულ კუთხეში მიზნად ისახავდა: 1. ნებისმიერი სიმწვავის დაპირისპირებისას მხარეთა შორის კონფლიქტამდე არსებული მდგომარეობის აღდგენას; 2. მხარეთა შორის თანასწორობის აღდგენას. ამდენად, შერიგება თანდათან ჩამოყალიბდა მხარეთა შორის დარღვეული თანასწორობის აღდგენის მექანიზმად. სისხლის აღების, შურისძიების შემთხვევაშიც მხარეთა შორის კონფლიქტის აღმოფხვრა უპირატესად შერიგებით იყო შესაძლებელი, რადგანაც შურისძიებას თუ შერიგება არ მოჰყვებო-

[5] *ს. მაკაღათია*, ხევი, ტფ. 1934, 101.

[6] *ეგ. გაბღიანი*, ძველი და ახალი სვანეთი, ტფ., 1925, 134-135; *ჰ. ხახაძე*, დიდი ოჯახის გადმონაშთები სვანეთში, თბ., 1939, 25.

[7] *მ. კეკენია*, მასალები აჭარის ჩვეულებით სამართალზე, ეთნოგრაფიული რვეული, 1989, 58-59.

[8] *М. Ковалевский*, Закон и обычай на Кавказе, Т. 1, М. 1888, 34.

[9] *გ. დავითაშვილი*, შურისძიება და შერიგება ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო", თბ., 2021, 57.

და, სრულიად შესაძლებელი იყო საპასუხო დანაშაულთა მთელი ჯაჭვი და მრავალრიცხოვანი მსხვერპლი[10]. განსაკუთრებით აქტუალური და მნიშვნელოვანი იყო შერიგების მიღწევა სისხლის აღების, შურისძიების გარეშე. ამისათვის აუცილებელი იყო შერიგების რაიმე ისეთი კომპონენტის გამოყენება, რომელიც მკვლელობის, ან სხვა დანაშაულის გამო დამცირებული, შეურაცხყოფილი დაზარალებულის თვალში შურისძიების აქტის საპირწონე, მაკონპენსირებელი იქნებოდა, რაც სისხლის აუღებლობის სირცხვილად აღქმის გამო საკმაოდ რთული იყო.

ახლა განვიხილავთ შერიგების კომპონენტებს ქართული ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით, რომელთა მეშვეობითაც შესაძლებელი იყო შერიგების მიღწევა შურისძიების გარეშე და სამაგიეროს გადაუხდელობის მიუხედავად მხარეებს შორის დარღვეული თანასწორობის აღდგენა.

1. კომპოზიციის გადახდა

უპირველს ყოვლისა შერიგების ასეთ კომპონენტად შეიძლება განვიხილოთ საქართველოს მთის რეგიონებში (მაგალითად, სვანეთსა და ხევსურეთში) ადგილობრივი ჩვეულებითი სამართლით განსაზღვრული კომპოზიციათა სისტემა, რომელიც აქ სისხლის აღების ძირითად ალტერნატივას წარმოადგენდა XX საუკუნის განმავლობაშიც კი[11]. დანაშაულის სიმძიმის თანაზომიერი ქონებრივი საზღაურის გადახდას დამნაშავის მიერ, ისევე უნდა დაეკმაყოფილებინა დაზარალებული, როგორც მის მიერ სისხლის აღების განხორციელებას. საზოგადოებაში, სადაც ჯერ კიდევ შემორჩენილია სისხლის აღების ინსტიტუტი, ძალზეც რთული იყო დაზარალებულის დაყოლიება შურისძიების გარეშე შერიგებაზე, რადგანაც აქ მაინც სირცხვილად ითვლებოდა შურისძიების სანაცვლოდ გამოსასყიდის მიღება, ანუ „სისხლის" გაყიდვა.[12] ასე ხდებოდა განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულებისას (მაგალითად, მკვლელობა, მძიმე დაჭრა და სხვა). ამ საქმეებზე შერიგების მისაღწევად აუცილებელი იყო შუამავლების დიდი და საკმაოდ ხანგრძლივი ძალისხმევა. როდესაც შუამავლები ითანხმებდნენ დაზარალებულ მხარეს შურისძიების გარეშე შერიგებაზე, შემდეგ მხარეები ირჩევდნენ მედიატორებს (სვანეთში მათ მორვებს უწოდებენ, ხევსურეთში „რჯულის კაცებს"), რომლებიც არსებითად განიხილავდნენ კონკრეტულ საქმეს და ამის საფუძველზე გამოჰქონდათ განაჩენი, რაც გულისხმობდა დამნაშავე მხარისათვის მის მიერ ჩადენილი დანაშაულის შესატყვისი კომპოზიციის, ანუ ქონებრივი საზღაურის დაკისრებას. სამედიატორო სასამართლოს მიერ დაკისრებული საზღაური დამნაშავე მხარეს უკლებლივ და დადგენილ ვადებში უნდა გადაეხადა, წინააღმდეგ შემთხვევაში შუამავალთა და მედიატორთა ძალისხმევა

[10] *გ. დავითაშვილი*, შურისძიება და შერიგება ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო", თბ., 2021, 249.

[11] *გ. დავითაშვილი*, დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო", თბ., 2022, 268.

[12] *გ. დავითაშვილი*, დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო", თბ., 2022, 44.

მიმართული დაპირისპირებული მხარეების შესარიგებლად შესაძლებელია ფუჭი აღმოჩენილიყო და დაზარალებულ მხარეს ისევ შურისძიებისთვის მიემართა. სვანეთში განაჩენის აღსრულების უზრუნველყოფის მთავარი ინსტრუმენტი იყო ე. წ. ერთგულების ფიცი. მისი არსი იმაში მდგომარეობდა, რომ კონფლიქტში მონაწილე ორივე მხარე, რომლებმაც მათი შერიგება მედიატორებს მიანდეს, იფიცებდა, რომ როგორც კონფლიქტამდე იყვნენ ერთმანეთთან ისევე უნდა ყოფილიყვნენ მომავალშიც და უნდა აღესრულებინათ სამედიატორო სასამართლოს განაჩენი და ერთგულნი ყოფილიყვნენ, როგორც განაჩენის, ისე ერთმანეთის, ხოლო თუ ამას არ გააკეთებდნენ, მაშინ დაწყევლილები იქნებოდნენ[13]. ამდენად, ერთგულების ფიცი სვანეთში სამედიატორო სასამართლოს განაჩენის სავალდებულობის მთავარი გარანტი იყო, რაც ხელს უწყობდა კომპოზიციის სრულად გადახდას და აქედან გამომდინარე სისხლის აღების გარეშე მხარეების შერიგებას.

შურისძიების ალტერნატივად კომპოზიციის გადახდა XIX და XX საუკუნის ეთნოლოგიური მასალებით ფიქსირდება ფშავში, მთიულეთსა და თუშეთში[14].

დაზარალებულის მიერ კომპოზიციის მიღებაზე თანხმობა და მისი სრულად გადახდა აკმაყოფილებდა დაზარალებულს და ამის შემდეგ იგი ძირითადად მშვიდობიან ურთიერთობას ამჯობინებდა მისთვის ზიანის მიმყენებელ დამნაშავესთან და მის ახლობლებთან. ეს ნიშნავს, რომ კომპოზიციის გადახდა დაზარალებულისთვის დამნაშავესთან თანასწორობის აღდგენის მაუწყებელი იყო და მისთვის დანაშაულით მიყენებული შეურაცხყოფისა და დამცირების მაკონპენსირებელ ფაქტორს წარმოადგენდა. ამას ხელს ის გარემოებაც უწყობდა, რომ კომპოზიციის გადახდას ხშირად თან ახლდა შერიგების ისეთი კომპონენტები, რომლებიც ანეიტრალებდნენ მკვლელობისათვის, ან სხვა მძიმე დანაშაულისათვის საზღაურის მიღებისადმი მიუღებელ დამოკიდებულებას, რომელიც არსებობდა იმ საზოგადოებებში, სადაც სისხლის აღება ჯერ კიდევ შემორჩენილი იყო.

2. ტოლობის ფიცი

ფიცის აღნიშნული სახე ფიქსირდება სვანეთში. შეიძლება ითქვას, რომ ტოლობის ფიცში ყველაზე თვალნათლივ არის გამოხატული თანასწორობის იდეა, რასაც ძირითადად ეფუძნება ქართული ჩვეულებითი სამართალი. ტოლობის ფიცი სვანეთში შეიძლება დაედო მედიატორებსაც და დამნაშავე მხარესაც, მედიატორების მიერ მხარეთა წინაშე დადებული ტოლობის ფიცის არსი იმაში მდგომარეობდა, რომ ისინი ფიცის ქვეშ ვალდებულებას იღებდნენ, რომ განაჩენის გამოტანისას მოდავე მხარეებს თავის ტოლად ჩათვლიდნენ, რაც იმას ნიშნავდა, რომ მხარეები აბსოლუტურად თანასწორნი იქნებოდნენ მათთვის,

[13] *გ. დავითაშვიღი*, სამედიატორო სასამართლო სვანეთში, თბილისის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბ., 2002, 77-78.

[14] *გ. დავითაშვიღი*, დანაშაულთა სახეები ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო", თბ. 2017, 200-211.

საქმის განხილვისას მხარეთა მდგომარეობაში ჩააყენებდნენ საკუთარ თავს და ისე გამოიტანდნენ განაჩენს, ე. ი. ისეთ გადაწყვეტილებას მიიღებდნენ, რომელსაც თვითონაც დაყაბულდებოდნენ მხარეთა მდგომარეობაში მყოფნი. მედიატორთა მიერ მხარეთა მდგომარეობაში თავის ჩაყენება და ამის შესაბამისად გადაწყვეტილების მიღება გულისხმობს მაქსიმალურად შესაძლებელი ობიექტურობის, მიუკერძოებლობის გამოჩენას[15]. ტოლობის ფიცი სრულიად არწმუნებდა მხარეებს, რომ მედიატორები სამართლიან განაჩენს გამოიტანდნენ და ეს მათ უბიძგებდა ერთგულების ფიცის უფრო თამამად დადებისკენ და განაჩენის უსიტყვოდ აღსრულებისკენ. ეს კი, თავის მხრივ, ხელს უწყობდა მხარეებს შორის მშვიდობის დამყარებას და მათ შორის თანასწორობის აღდგენას.

დამნაშავის მიერ ტოლობის ფიცის დადება კი პირდაპირ უკავშირდება მხარეთა ტოლობას, თანასწორობას. მისი შედეგი არის დაზარალებულის აღქმაში მასსა და დამნაშავეს შორის თანასწორობის უპირობო აღდგენა. ტოლობის ფიცი, რომელსაც დამნაშავე დებს არის შერიგების პროცესის შემადგენელი ნაწილი. დაზარალებული მხარის თანხმობა შურისძიების გარეშე შერიგებაზე მისი მხრიდან სამარცხვინო საქციელად რომ არ შეფასებულიყო, დაზარალებული შეუთვლიდა დამნაშავე მხარის წარმომადგენლებს, მათ მიეცათ მისთვის ტოლობის ფიცი, რომლითაც დაადასტურებდნენ, რომ მათ ადგილას რომ ყოფილიყვნენ, ისინიც ანალოგიურად შეურიგდებოდნენ მათ. დამნაშავის ტოლობის ფიცის ფორმულა ასე გამოიხატებოდა: „შენს ადგილას მე რომ ვყოფილიყავი გაპატიებდიო", – ასე დაიფიცებდა დამნაშავე დაზარალებული მხარის წინაშე. როდესაც დამნაშავე დაზარალებულ მხარეს ფიცით დაუდასტურებდა, რომ დაზარალებულის ადგილას რომ ყოფილიყო, ისიც უარს იტყოდა შურისძიებაზე და შერიგებას დათანხმდებოდა, ცხადია, ეს დაზარალებულს შეაძლებინებდა გადაედგა ნაბიჯი შერიგებისაკენ ყოველგვარი სინდისის ქეჯნის გარეშე, რადგანაც მისი ეს ქმედება სამარცხვინოდ აღარ ჩაითლებოდა, ვინაიდან დაზარალებულს შერიგების გამო დამცირების განცდას გაუქრობდა და ხალხის თვალში შერცხენილად აღარ წარმოჩინდებოდა. სვანეთში საბოლოო შერიგება დამნაშავის ტოლობის ფიცით, როგორც წესი, შედარებით მსუბუქ საქმეებზე ხდებოდა. აღსანიშნავია, რომ შედარებით გვიანდელ პერიოდში შესაძლებელი გახდა დამნაშავის ტოლობის ფიცით საბოლოო შერიგება მომხდარიყო მძიმე დანაშაულთა, მაგალითად, მკვლელობის დროსაც. ეს მიუთითებს, რომ სვანურ ჩვეულებით სამართალში დროთა განმავლობაში არსებთი ცვლილებები მოხდა. მკვლელობის შემთხვევაში შერიგება ბალსზემო სვანეთში უცილობლად უკავშირდებოდა წორის (მკვლელობისა და დაჭრისათვის გათვალისწინებული ქონებრივი საზღაურის) გადახდას, რაც რიგითი სვანისათვის საკმაოდ მნიშვნელოვანი დანაკარგი იყო. მხოლოდ ტოლობის ფიცით ასეთი სიმძიმის საქმეების დასრულება კომპოზიციის გადახდის გარეშე სრულიად შეუძლებელი იყო.

[15] *გ. დავითაშვილი*, სამედიატორო სასამართლო სვანეთში, თბილისის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბ., 2002, 75-76.

როგორც ჩანს, საბჭოთა ხელისუფლების პირობებში, როდესაც ქონებრივი საზღაურის გადახდა თანდათანობით შეუძლებელი გახდა, დამნაშავის ტოლობის ფიცი იქცა მხარეთა საბოლოო შერიგების საფუძვლად. დაზარალებული უკვე სრულიად საკმარისად თვლიდა დამნაშავეს (მაგალითად, მკვლელს) ფიცით დაედასტურებინა, რომ მის ადგილას მყოფიც იგივეს გააკეთებდა, ანუ შეურიგდებოდა მტერს და იგი უარს ამბობდა სისხლის აღებაზეც და ქონებრივი საზღაურის (წორის) მიღებაზეც, მითუმეტეს მას ეს სამარცხვინო ქმედებად არ ჩაეთვლებოდა[16].

3. მიცვალებულისადმი სიმბოლური „შეწირვა“

შერიგების (და არა სისხლის აღების) კომპონენტად მიცვალებულისადმი „შეწირვა” ფიქსირდება აჭარულ ჩვეულებით სამართალში. აქ მკვლელობისას შერიგებაზე გამართული მოლაპარაკების დროს მოკლულის მხარე ზოგჯერ წამოაყენებდა ერთადერთ პირობას: მოკლულისადმი მკვლელის სიმბოლური „შეწირვის” რიტუალის აღსრულებას. იბ. აბაშიძის მონაცემის მიხედვით, სისხლის ამღები მკვლელს კი არ მოკლავდა, არამედ მიიყვანდა მოკლულის საფლავზე და შემოატარებდა საფლავს, და ყურსაც (უფრო მარჯვენას) მოკვეთდა, რაც სიმბოლურად მკვლელის მოკლულისადმი მსხვერპლად შეწირვას (ყურბნად გახდომას) ნიშნავდა. ეს მკვლელის მორალური სიკვდილი იყო, ხოლო სისხლის აღება ამის შემდეგ წყდებოდა[17]. ყურის მოკვეთა მიცვალებულისადმი „შეწირვის” ყველაზე უფრო პირდაპირი სიმბოლური გამოხატულებაა. ცნობილია, რომ ყურის მოკვეთა სიმბოლურად ნიშნავს იმას, რომ მკვლელი, რომელსაც ყური მოკვეთეს, მის მიერ მოკლულის ყურმოჭრილი ყმა ხდება იმქვეყნად. ამდენად, ყურის მოკვეთის ფაქტი თვალნათელი გამოვლინებაა მკვლელის საფლავზე შემოტარების მნიშვნელობისა, მისი კავშირისა მკვლელის მიცვალებულისადმი „შეწირვასთან”. მიცვალებულისადმი „შეწირვა“ თავდაპირველად სისხლის აღებას უკავშირდებოდა და მკვლელის მოკვდინებასთან იყო დაკავშირებული. მკვლელს მის მიერ მოკლულისადმი საიქიოში „შეწირვის“ ნიშნად, ან საფლავზე აკლავდნენ, ან მოკვლის შემდეგ ყურს აჭრიდნენ, მიცვალებულისადმი მკვლელის „შეწირვის”, ანუ საიქიოში მის ყურმოჭრილ მონა-მოსამსახურედ გახდომის მიზნით. მას შემდეგ, რაც საზოგადოებრივი განვითარების გარკვეულ ეტაპზე სისხლის აღება მკვლელობის შემთხვევაში აღარ წარმოადგენდა უალტერნატივო მოვლენას და სისხლის აღების გარეშე შერიგება შესაძლებელი გახდა, მიცვალებულისადმი „შეწირვა” (სიმბოლური სახით) შერიგების პროცესის კომპონენტად ტრანსფორმირდა. ამ ტრანსფორმირების მიზეზად შეიძლება ჩაითვალოს ის გარემოება, რომ საზოგადოებრივი განვითარების გარკვეულ ეტაპზე დაზარალებული მხარისათვის გარკვეულ სიტუაციებში (მაგალითად,

[16] *გ. დავითაშვილი*, შურისძიება და შერიგება ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, თბ., 2021, 355-356.

[17] *იბ. აბაშიძე*, სისხლის აღება და მასთან დაკავშირებული რეალიები აჭარელთა ყოფა-ცხოვრებაში, აჭარის სახელმწიფო მუზეუმის ხელნაწერთა ფონდი №455, 1965, 29.

არაგანზრახი მკვლელობისას), მკვლელის სიმბოლური „შეწირვა", მისი მოკვდინების გარეშე საკმარისად ჩაითვალა, რადგანაც საზოგადოებრივი აღქმით, ამ შემთხვევაშიც იგივე შედეგი დადგებოდა, რაც სისხლის აღებისას, კერძოდ, საიქიოში მკვლელი მოკლულის მონა-მოსამსახურე მაინც გახდებოდა.

საინტერესოა, რომ საფლავზე მკვლელის სიმბოლური „შეწირვის" ჩვეულება, როგორც დაპირისპირებულ მხარეთა შერიგების პროცესის კომპონენტი, მხოლოდ არაგანზრახი მკვლელობისას, გვხვდება პანკისის ხეობაში მცხოვრებ ქისტ მოსახლეობაში. შერიგების დღეს მთელი სოფელი მიდიოდა მოკლულის სახლთან პატიების სათხოვნელად, ხოლო მკვლელს კი მიცვალებულივით თეთრ სუდარაში გახვეულს წაიყვანდნენ და დააწვენდნენ მის მიერ მოკლულის საფლავზე, სადაც იგი ყველას გასაგონად თანხმდებოდა „შესწირვოდა" მოკლულს და გამხდარიყო საიქიოში მისი მოსამსახურე. მოკლულის ოჯახის შერიგებაზე თანხმობის შემთხვევაში მოკლულის ახლო ნათესავი მივიდოდა მკვლელთან და წამოაყენებდა მას[18]. როგორც ჩანს, პანკისის ხეობაში არსებული ეს წესიც იგივე მსოფლმხედველურ საფუძველზეა დაფუძნებული და მიცვალებულისადმი „შეწირვა" აქაც გვევლინება შერიგების პროცესის აუცილებელ კომპონენტად და დაზარალებული მხარის სისხლის აღების გარეშე შერიგებაზე თანხმობის მთავარ საფუძვლად, რადგანაც მხოლოდ დაზარალებულის ნებაყოფლობითი „შეწირვა" მოკლულისადმი საფლავზე დააშოშმინებდა დაზარალებულ ოჯახს, გულს მოულბობდა და გადააწყვეტინებდა სისხლის აღების გარეშე მკვლელის შემორიგებას. მკვლელის მოტივაცია დათანხმებოდა საჯაროდ მის დამცირებას, შერცხვენას (საიქიოში ვინმეს მოსამსახურედ ყოფნა ასეთად აღიქმებოდა), განპირობებული იყო იმით, რომ მკვლელისთვის ეს ერთადერთ საშუალებას წარმოადგენდა არ გამხდარიყო დევნის ობიექტი დაზარალებულის მხრიდან. თანაც ასეთი რიტუალი სრულად აკმაყოფილებდა დაზარალებულ მხარეს, რადგანაც ამ შემთხვევაშიც მკვლელის მოკლულისადმი სიმბოლური „შეწირვით" მიიღწეოდა ის მიზანი, რაც სისხლის აღებას ჰქონდა[19]. ამდენად, დაზარალებული მხარე თვლიდა, რომ მოკლულის საფლავზე მისი სულისადმი მკვლელის სიმბოლური „შეწირვა", დამნაშავის გადაქცევა საიქიოში მოკლულის მონა-მოსამსახურედ, ეს მისი ისეთი ხარისხის დამცირება იყო, რომ სრულად აკომპენსირებდა იმ სირცხვილს და შეურაცხყოფას, რაც მკვლელობით მიადგა მოკლულის ოჯახს, გვარს. ამიტომ, მის აღქმაში მკვლელის მოკლულის საფლავზე სიმბოლური „შეწირვა", რომელიც მიუხედავად იმისა, რომ არ იყო დაკავშირებული დამნაშავის მოკვდინებასთან, მხარეთა შორის დარღვეულ თანასწორობას სრულად აღადგენდა.

---

[18] *მ. კეკელია*, მასალები ფშავისა და პანკისის ხეობაში მცხოვრები ქისტების ჩვეულებითი სამართლის შესახებ, ეთნოგრაფიული რვეული, 1987, 42, 58-59.

[19] *გ. დავითაშვილი*, შურისძიება და შერიგება ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო", თბ., 2021, 517-518.

4. დაზარალებული მხარისადმი დამნაშავის და მისი ახლობლების პატივსაცემი დამოკიდებულება

საქართველოს ყველა კუთხეში, სადაც სისხლის აღების ინსტიტუტი იყო შენარჩუნებული, შერიგების პროცესის არსებით კომპონენტს, განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულთა შემთხვევაში, წარმოადგენდა დამნაშავე მხარის წარმომადგენელთა მხრიდან პატივსაცემი დამოკიდებულება დაზარალებული მხარის წარმომადგენლების მიმართ. შერიგების პროცესი მკვლელობის და მძიმე დაჭრის საქმეებზე, მიმართული სისხლის აღებისაგან თავის შეკავების მიღწევისკენ, საქართველოს მთის რეგიონებში საკმაოდ ხანგრძლივ პროცესს წარმოადგენდა და მისი ბოლომდე მიყვანა, შეუძლებელი იყო დამნაშავე მხარის წარმომადგენლების მიერ დაზარალებული მხარის წარმომადგენლებისადმი პატივსაცემი დამოკიდებულების გარეშე. პატივსაცემი დამოკიდებულება გულისხმობდა დაზარალებული მხარის დამცირებისაგან, შეურაცხყოფისაგან თავის შეკავებას და ამისათვის წინასწარ განსაზღვრული გარკვეული წესების დაცვას.

დაზარალებულისადმი პატივსაცემი დამოკიდებულება არა მარტო შერიგების მიღწევის აუცილებელი პირობა იყო, არამედ უკვე მიღწეული შერიგების შენარჩუნების აუცილებელი პირობაც. მაგალითად, სვანეთში დამნაშავის მხრიდან დაზარალებული მხარის უდიდეს შეურაცხყოფად, დამცირებად, აბუჩად აგდებად ითვლებოდა შერიგების შემდეგ დამნაშავე მხარის წარმომადგენლის ასეთი წამოძახება დაზარალებული მხარის მიმართ: სისხლი არ აგიღიათ და ხომ მაინც შეგვირიგდითო. დამნაშავის მხრიდან ასეთი დაცინვა, რომ დაზარალებულს სისხლი არ აუღია და მიუხედავად ამისა მაინც დაითანხმეს შერიგებაზე, სვანეთში წარმოადგენდა შურისძიების განახლების ლეგალურ საფუძველს და არ ითვლებოდა ერთგულების ფიცის გატეხვად. მ. კეკელიას განმარტებით, ერთგულების ფიცის დადებისას მხოლოდ დაზარალებული მხარე ფიცის ფორმულას უმატებს ერთ დამატებით კომპონენტს, რომ იგი დამნაშავე მხარის ერთგული იქნება და ფიცს არ გატეხს, სანამ თავისი ყურით არ გაიგონებს საყვედურს იმის შესახებ, რომ სისხლი არ აუღია და მაინც შეირიგეს[20]. როგორც ზემოთ აღინიშნა, სვანეთში სირცხვილად ითვლებოდა სისხლის აუღებლობა და როდესაც დაზარალებული მხარე, რომელსაც სისხლი არ აუღია, მაინც თანხმდებოდა სამედიატორო სასამართლო მეშვეობით, მისი განაჩენის საფუძველზე შერიგებას, იგი აბსოლუტურად დარწმუნებული უნდა ყოფილიყო, რომ ამის გამო მას არავინ უსაყვედურებდა თუ დასცინებდა. ამის გარანტიას კი მას აძლევდა ერთგულების ფიცი, რომლის მიხედვითაც დამნაშავე მხარე მისი ერთგული უნდა ყოფილიყო და არასდროს უნდა წამოეძახა მისთვის, რომ მან სისხლი არ აიღო და მაინც შეირიგა. წინააღმდეგ შემთხვევაში დაზარალებული თავისუფლდებოდა ფიცისაგან და შეეძლო სისხლის აღების გზას დასდგომოდა. ამის შესაძლებლობას მას თვით ერთგულების ფიცი აძლევდა, რადგანაც

[20] *მ. კეკელია*, ფიცი სვანეთის ჩვეულებით სამართალში, „ქართული სამართლის ისტორიის საკითხები", III, 1970, 165.

იგი ისე იყო ფორმულირებული, რომ გამოსავალს უტოვებდა დაზარალებულს, დამნაშავე მხარისაგან მისი უპატივცემლობის, შეურაცხყოფის შემთხვევაში (ეს შეურაცხყოფა კი დაზარალებული მხარის წარმომადგენელს საკუთარი ყურით უნდა გაეგონა), ანგარიში აღარ გაეწია ერთგულების ფიცისთვის და დაეცვა საკუთარი ღირსება[21]. ამდენად, სვანეთში დაზარალებულისადმი პატივსადები დამოკიდებულება შერიგების უზრუნველყოფის უმნიშვნელოვანეს ფაქტორს წარმოადგენდა.

ხევსურეთშიც მკვლელობის საქმეზე შერიგების მრავალწლიანი და მრავალსაფეხურიანი პროცესის მნიშვნელოვანი კომპონენტი იყო დამნაშავე მხარის წარმომადგენელთა მიერ მოკლულის ნათესავთა მიმართ ე. წ. „პატივის მიცემა". „პატივის მიცემის" ვალდებულება ხევსურული რჯულით, ანუ სამართლით იწყებოდა მკვლელობის მომენტიდან და გრძელდებოდა საბოლოო შერიგებამდე (ე. წ. „თავის გათავებამდე"). „პატივის მიცემის" გარეშე შერიგება იყო შეუძლებელი. თუ მკვლელის მხარე დაზარალებულს პატივს არ აძლევდა შერიგების თითოეულ ეტაპზე, დაზარალებული მხარე მას გარკვეული ოდენობის ჯარიმას დააკისრებდა. ამ ჯარიმის გადაუხდელობა კი გამორიცხავდა შერიგების პროცესის განვითარებას. პატივის მიცემის ვალდებულება ეკისრებოდა მკვლელს, მისი ოჯახის წევრებს, ახლო და გარე ბიძაშვილებს (მხოლოდ საძმოგაუყრელებს). „პატივის მიცემა" დაზარალებული მხარის წარმომადგენელთა მიმართ გულისხმობდა მათ დაფასებას, მათ მიმართ მორჩილებას და მორიდებას და დაზარალებული მხარის მორალური დაკმაყოფილებისაკენ იყო მიმართული. მკვლელი და მისი ახლობელი დაზარალებული მხარის წარმომადგენლის მიმართ უნდა ყოფილიყო უაღრესად ხათრიანი, თავმდაბალი, მორიდებული. ხევსურეთში „პატივის" ნიშნები იყო: მარჯვენა მუხლზე ჩაჯდომა, ქუდის მოხდა, ქუდის ფეხებთან მიგდება (ხვეწნისთვის), კალთაზე ხელის მოკიდება. დაზარალებულ მხარესთან მკვლელის ბიძაშვილების შერიგების შემდეგ (ეს შერიგების პროცესის ცალკე ეტაპი იყო) ისინი გახიზნვის შემდეგ უბრუნდებოდნენ თავიანთ სახლ-კარს და საბოლოო შერიგებამდე ხმამაღლა ვერ იმღერებდნენ, ვერ იცეკვებდნენ, ვერ იმხიარულებდნენ, დაზარალებული მხარის წარმომადგენელთან, ან მისი თანდასწრებით ვერ იჩხუბებდნენ. თუ მკვლელი და მოკლული სხვადასხვა სოფლიდან იყვნენ მკვლელს არ ჰქონდა უფლება მოკლულის სოფელში ცხენით გაევლო, თუ თანასოფლელები იყვნენ, მის სახლთან. საერთოდ მკვლელს საქმის გარეშე მოკლულის სოფელში მისვლის უფლება არ ჰქონდა, მაგრამ თუ გზად მიმავალს მხოლოდ მოკლულის სოფელზე ჰქონდა გზა, მაშინ იგი სოფლიდან საკმაოდ შორს უნდა ჩამოქვეითებულიყო და ნელა, უხმაუროდ გაევლო სოფელზე. მკვლელი, მისი ახლო ნათესავი ერიდებოდა მოკლულის მხარის წარმომადგენელთან გზაზე შეხვედრას. თუ მაინც შეხვდებოდა, უნდა მორიდებოდა. მკვლელის ნათესავი (მოგვარე) ლხინის, ან ჭირის სუფრაზე თუ შეხვდებოდა მოკლულის ახლო ნათესავს, მესამე პირის ხელით ყანწს გაუგზავ-

[21] *გ. დავითაშვილი*, სამედიატორო სასამართლო სვანეთში, თბილისის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბ., 2002, 80.

ნიდა მას, თვითონ კი სუფრასთან არ დაჯდებოდა და ცალ მუხლზე დადგებოდა. მკვლელის ნათესავი დალევდა ყანწს და დაჯდებოდა. შემდეგ სასმისს ლუდით, ან არყით შეავსებდა და გაუგზავნიდა მუხლზე მდგარ დამნაშავის ნათესავს. იგი მხოლოდ ამ სასმისის დალევის შემდეგ იღებდა უფლებას დამჯდარიყო სუფრასთან[22].

„პატივის მიცემა“ არბილებდა დაზარალებული მხარის რისხვას მკვლელისა და მისი ახლობლების მიმართ და ხელს უწყობდა შერიგების პროცესის განხორციელებას. ხათრიანი, თავმდაბალი მოქცევა მკვლელის მხარის წარმომადგენელთა მიმართ ხევსურული „რჯულით“ დადგენილი სავალდებულო ქცევები იყო, საკმაოდ ზუსტად რეგლამენტირებული სახით. პატივის მიუცემლობა კი შესაძლოა შურისძიების მაპროვოცირებელი გამხდარიყო. ხევსურულმა რჯულმა, როგორც ჩანს, შეიმუშავა დამნაშავე მხარის წარმომადგენელთა სავალდებულო ქცევის ისეთი წესები, რომლებიც დაზარალებულ მხარეს არ გაუჩენდა შურისძიების განხორციელების დამატებით სტიმულს და პირიქით, უფრო განაწყობდა შესარიგებლად[23].

განსაკუთრებულ თავმდაბლობას და მოწიწებას იჩენდა მკვლელი, როდესაც იგი შერიგების ბოლო ეტაპზე მის მიერ მოკლულის ოჯახში შედიოდა. იგი უცილობლად ჩოქვით შევიდოდა სახლში, კარებთან გაჩერდებოდა და უაღრესად წუხდა და იტანჯებოდა. მას მოკლულის ოჯახის წევრები მიეგებებოდნენ, თუმცა იგი მათ პასუხსაც ვერ გასცემდა. იგი მხოლოდ მისთვის გადაცემული სასმისის დასალევად ადგებოდა. სუფრასთან მიწვევის მიუხედავად არ დაჯდებოდა. ბოლოს ისევ მუხლებზე დაჯდებოდა და ჩოქვითვე გამოვიდოდა სახლიდან[24].

სვანეთში შერიგების ცალკე სახეს წარმოადგენდა მსუბუქ საქმეზე დამნაშავის მისვლა დაზარალებულის სახლში ბოდიშის მოხდით, თუმცა ეს დაზარალებულის თანხმობით უნდა მომხდარიყო. აღნიშნული შერიგების ცერემონიალი შემდეგნაირად ტარდებოდა: დამნაშავე თავის ახლო ნათესავ მამაკაცებთან ერთად მივიდოდა დაზარალებულის ოჯახში, თან პატიების თხოვნის ნიშნად მიიტანდა არაყს და საჩუქრებს. დამნაშავე ჩოქვით შევიდოდა დაზარალებულის ოჯახში და პატიებას სთხოვდა. დაზარალებული აპატიებდა, ხელს ჩამოართმევდა და გადაკოცნიდა. შემდეგ სუფრას მიუჯდებოდნენ და ასე სრულდებოდა შერიგება[25].

---

[22] *გ. დავითაშვილი*, შურისძიება და შერიგება ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, თბ., 2021, 449-454; *ბ. გოგოჭური*, ხევსურული რჯულ-სამართალი, თბ., 2012, 74, 76, 77; *ჰ. ხახაძე*, ხევსურული რჯული, „ანალები“, ტ. 1, 1947, 194; *მ. კეკელია*, მასალები ხევსურულ ჩვეულებით სამართალზე, ეთნოგრაფიული რვეული, 1977, №1, 8, №2, 51-52, 71-72; №5, 13, 56, №6, 10; *ბ. გაბური*, ხევსურული მასალები, „ქართული საენათმეცნიერო საზოგადოების წელწდეული“, 1923-1924, 140-141; *აღ. ოჩიაური*, სტუმარმასპინძლობა ხევსურეთში, თბ., 1980, 207; მისივე, ქართული ხალხური დღეობების კალენდარი, თბ., 1988, 79-80.

[23] *გ. დავითაშვილი*, შურისძიება და შერიგება ქართულ ჩვეულებით სამართალში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, თბ., 2021, 465.

[24] *აღ. ოჩიაური*, სტუმარმასპინძლობა ხევსურეთში, თბ., 1980, 200-201.

[25] *მ. კეკელია*, მასალები სვანურ ჩვეულებით სამართალზე, ეთნოგრაფიული რვეული №8, 1972-1973, 4-5.

დაზარალებულის ოჯახში ჩოქვით შესვლა, მისთვის ბოდიშის მოხდა წარმოადგენდა დამნაშავის მხრიდან პატივისცემის გამოხატულებას დაზარალებულის მიმართ. ასეთი პატივსაცემი დამოკიდებულება, რაც ხევსურეთში სამართლებრივ ჩარჩოებშიც კი არის მოქცეული, შესაძლოა ცალკე აღებული საბოლოო შერიგების გამომწვევი არ ყოფილა, მაგრამ მნიშვნელოვნად უწყობდა ხელს შერიგების პროცესს. დამნაშავის, ან მისი ნათესავების მორჩილების, მოწიწების, მონანიების გამოხატვა, დაზარალებულის აღქმაში გარკვეულწილად დანაშაულით გამოწვეული მისი დამცირების, შეურაცხყოფის მაკონპენსირებელ და დარღვეული თანასწორობის აღმდგენ ფაქტორს წარმოადგენდა.

5. დამამცირებელი რიტუალის განხორციელება დამნაშავის მონაწილეობით

ხალხური სამართლის საფუძველზე მოქმედი შერიგების პროცესის შემადგენელი კომპონენტი რიგ შემთხვევებში შესაძლოა ყოფილიყო დამამცირებელი რიტუალი, რომლის მონაწილე იქნებოდა დანაშაულის ჩამდენი. ასეთი სახის რიტუალის განხორციელება ხდებოდა ან დაზარალებულის მოთხოვნით, ან თვითონ დამნაშავის ინიციატივით. ამ თვალსაზრისით საინტერესოა კერიასთან დაკავშირებული რიტუალები სვანეთში.

მკვლელობის საქმეზე დამნაშავის ოჯახში შერიგების სუფრის წინ დაზარალებული მხარის წარმომადგენელი ხშირად მოხსნიდა ნაჭას (ქვაბის ჩამოსაკიდებელ ჯაჭვს) და ცეცხლზე წყალს დაასხამდა[26]. ასეთ მოქმედებას, ცხადია, სიმბოლური დატვირთვა ჰქონდა. ნაჭას მოხსნა და ცეცხლზე წყლის დასხმა მთელი ოჯახის განადგურების, დაქცევის სიმბოლურ გამოხატულებად აღიქმებოდა. ეს ოჯახის უდიდეს დამცირებად ითვლებოდა. ამიტომ იყო, რომ ამ რიტუალური ქმედების შემდეგ დაზარალებული მხარე ნასიამოვნები რჩებოდა. ასეთი ქმედება, ცხადია, გულს მოულბობდა მას და გადაადგმევინებდა ნაბიჯს შერიგებისკენ, რადგანაც რწმენა იმისა, რომ კერიის ცეცხლის ჩაქრობა ოჯახის სიმბოლურ დაქცევას გამოხატავს, მისთვის უკიდურესად დამამცირებელია, დანაშაულის შედეგად დაზარალებულისადმი მიყენებული შეურაცხყოფის, მისი დამცირების სრულ კომპენსაციას წარმოადგენდა და დაზარალებულის მხრივ მხარეთა შორის თანასწორობის აღდგენად აღიქმებოდა.

სვანეთში ხშირად შერიგების მნიშვნელოვან კომპონენტს წარმოადგენდა დამნაშავის „კერიასთან შევედრება". „კერიასთან შევედრება" სხვადასხვა სახის შეიძლება ყოფილიყო: დამნაშავის ღვლეჭით (თოკით) კერიასათან მისვლა, კერიასთან მიწოლა, კერიის წინ დაჩოქება, ან კარიდან კერიამდე ჩოქვით მისვლა, ნეკი-ნეკზე გადაჭდობილი ვედრება კერიასთან დაჩოქებით, ან კერიასთან მიწოლოთ, კერიის სამჯერ შემოვლა ჩოქვით და კერიის ფეხის გარშემო ქუდის შემოვლება, კერიის ქვეშ გაძრომა. კერიასთან შევედრების

[26] *ეგ. გაბ̣იანი*, თავისუფალი სვანეთი, თბ., 1927, 109; *ჰ. ხაჰაძე*, დიდი ოჯახის გადმონაშთები სვანეთში, თბ., 1939, 37.

ეს სახეები მეტწილად შერეული იყო ერთმანეთში[27]. ყველა ეს ქმედება დამამცირებელი იყო დამნაშავისათვის, თუმცა მაგალითად, კერიის ქვეშ გაძრომა უფრო დამამცირებლად ითვლებოდა, ვიდრე კერიაზე ხელის მოკიდება. დამნაშავეები თანხმდებოდნენ ხოლმე ასეთ დამცირებას მტრობის თავიდან აცილების მიზნით. კერიასთან შევედრება ყოველთვის დანაშაულის პატიებას, ან შემსუბუქებას იწვევდა. კერიასთან შევედრებული კაცი კერიის ნაპატიებ კაცად ითვლებოდა და ხელშეუხებელი იყო, მის სიცოცხლეს საფრთხე აღარ ემუქრებოდა. ყველაზე დამამცირებელი კი კერიის ქვეშ გაძრომა იყო. შესაძლებელია კერიის ქვეშ გაძრომის შემთხვევაში დამნაშავე სრულად გათავისუფლებულიყო პასუხისმგებლობისაგან[28].

ფიქსირდება ასევე დამნაშავის თვითდამცირებაც გაჯიუტებული დაზარალებულის შერიგებაზე დათანხმების მიზნით. მაგალითად, აჭარაში ხშირად მიმართავდნენ მკვლელისათვის ყელზე საბლის (თოკის) მობმის რიტუალს. ყელსაბლიან მკვლელს მიიყვანდნენ ხოლმე დაზარალებულის ოჯახში, მის ეზოში ხეზე მიაბამდნენ და მასპინძელს (მაგალითად, მოკლულის მამას) ეტყოდნენ: „ძაღლი მოგიყვანეო". ეს იმდენად შთამბეჭდავად მოქმედებდა მასზე, რომ იგი თანხმდებოდა შერიგებას. თანხმობა იმაში გამოიხატებოდა, რომ დაზარალებული თოკს მოხსნიდა ხიდან და წინ გაუძღვებოდა დამნაშავეს და თოკიანად შეიყვანდა სახლში[29].

დამნაშავის მიმართ დამამცირებელი რიტუალი შემთხვევით არ იყო შერიგების კომპონენტი. რაკი დაზარალებული მის მიმართ ჩადენილ დანაშაულს შეურაცხყოფად, დამცირებად აღიქვამდა, ლოგიკურია ამის საპირწონედ დამნაშავის მიმართ დამამცირებელი რიტუალი შერიგების კომპონენტი ყოფილიყო. დამცირება დამცირების სანაცვლოდ შესაძლოა დაზარალებულს ჩაეთვალა მხარეებს შორის დანაშაულის შედეგად გამოწვეული თანასწორობის აღმდგენ მნიშვნელოვან ფაქტორად.

დასკვნის სახით აღვნიშნავ, რომ შერიგების პროცესი ქართული ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით, წარმატებული აღმოჩნდებოდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ შერიგების ცალკეული კომპონენტები დაზარალებული მხარის მიერ აღქმული იქნებოდა მხარეთა შორის დარღვეული თანასწორობის აღმდგენ ფაქტორებად. თანასწორობის იდეა შერიგების პროცესისთვის განმსაზღვრელი იყო. დაზარალებულისთვის თანასწორობის აღდგენის უპირობო ფაქტორს წარმოადგენდა შურისძიება, რაც სრულად ჩამორეცხავდა მისთვის დანაშაულის შედეგად გამოწვეულ სირცხვილს. შურისძიების გარეშე შერიგებისას კი მთავარი ასეთი ფაქტორი იყო კომპოზიციის გადახდა დანაშაულის სიმძიმისა და ხასიათის გათვალისწინებით, ასევე, დამნაშავის ტოლობის ფიცი, მიცვალებულისადმი სიმბოლური „შეწირვა", დამნაშავის და მისი ახლობლების უაღრესად პატივსაცემი დამოკიდებულება დაზარალებულისა და მისი ახლობლების მიმართ და დამნაშავის მონაწილეობა მისთვის დამამცირებელ რიტუალში.

---

[27] *მ. ჩახთოღანი*, ქართველი ხალხის მატერიალური კულტურის ისტორიიდან, თბ., 1961, 144.

[28] იქვე, 317-318.

[29] *ღ. ბოჭოხიშვიღი*, აჭარაში 1974 წლის ეთნოგრაფიული ექსპედიციის მოკლე ანგარიში, კრებული „სამხრეთ-დასავლეთ საქართველოს ყოფა და კულტურა", IV, თბ., 1976, 153.

*ზუხაბ ძლიერიშვილი**

ვალდებულების შეწყვეტა სხვა შესრულების მიღებით

ვალდებულებითი სამართლის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ინსტიტუტს წარმოადგენს ვალდებულების შეწყვეტა. შეწყვეტის შემდეგ ვალდებულება აღარ არსებობს. მის მონაწილეებს ერთმანეთთან აღარ აკავშირებთ უფლებები და მოვალეობები.[1] ვალდებულების შეწყვეტაში იგულისხმება, რომ ვალდებულებითი ურთიერთობა ვიწრო ან/და ფართო გაგებით დასრულებულია და აღარ არსებობს.

ნაშრომში დოქტრინისა და სასამართლო პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე განხილულია სხვა შესრულების მიღებით ვალდებულების შეწყვეტასთან დაკავშირებული, თეორიული და პრაქტიკული მნიშვნელობის მქონე ისეთი საკითხები, როგორიცაა შესრულების სანაცვლო შესრულება; შესრულების სანაცვლო შესრულების საგანი; ხანდაზმულობა; სხვა შესრულების მიღების განსხვავება ნოვაციისაგან.

საკვანძო სიტყვები: ვალდებულების შეწყვეტა, სანაცვლო შესრულება, ხანდაზმულობა, ნოვაცია, სსკ-ის 428-ე მუხლი.

1. შესავალი

ვალდებულებითი სამართლის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ინსტიტუტს წარმოადგენს ვალდებულების შეწყვეტა.[2] ვალდებულების შეწყვეტას იწვევს განსაზღვრული გარემოებები, რომლებსაც ვალდებულების შეწყვეტის საფუძვლებს უწოდებენ.[3] ვალდებულებით სამართლებრივი ურთიერთობის მიზანი არის ვალდებულებით გათვალისწინებული შესრულების მიღება მხარეების მიერ[4], ე.ი. შესრულებით მიიღწევა ის მიზანი, რასაც ვალდებულების მონაწილეები ისახავდნენ.[5] ვალდებულების შესრულება წარმოადგენს ვალდებულების შეწყვე-

* სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის აფილირებული პროფესორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი, აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის იურიდიულ და სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტის პროფესორი, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლე.

1 *სვანაძე გ.* წიგნში: ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., სვანაძე გ., რობაქიძე ი., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბ., 2014, 310.

2 *ძლიერიშვილი* ზ., ვალდებულების შეწყვეტა დეპონირებით, თსუ იურიდიული ფაკულტეტის „სამართლის ჟურნალი“№2, 2021, 52.

3 *ახვლედიანი* ზ., ვალდებულებითი სამართალი, თბ., 1999, 80.

4 *ძლიერიშვილი* ზ., ვალდებულების შესრულება, თბ., 2006, 12.

5 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1288-2019, 04 მარტი, 2021 წელი.

ტის ყველაზე გავრცელებულ საფუძველს.[6] ისევე, როგორც კონტინენტური სამართლის სისტემის ქვეყნებში, საქართველოს შემთხვევაშიც ვალდებულების შესრულების მომწესრიგებელ ნორმებს ძირითადად დისპოზიციური ხასიათი აქვთ.[7] მთავარია შესრულება და არა პასუხისმგებლობა.[8]

2. შესრულების სანაცვლო შესრულება

2.1. სამართლებრივი ბუნება

სსკ-ის 428-ე მუხლის თანახმად, ვალდებულებითი ურთიერთობა წყდება მაშინაც, როცა კრედიტორი ვალდებულებით გათვალისწინებულის ნაცვლად შესრულებად იღებს სხვა შესრულებას.

როგორც წესი, მოვალის მიერ კრედიტორისათვის სხვა შესრულების გადაცემა, ვიდრე ეს ვალდებულებით იყო გათვალისწინებული, არ ითვლება ჯეროვან შესრულებად და არ იწვევს ვალდებულების შეყწვეტას.[9] ამ ზოგადი წესიდან გამონაკლისს ითვალისწინებს სსკ-ის 428-ე მუხლი, რომელიც შესაძლებლად მიიჩნევს, რომ მოვალემ ვალდებულებითი ურთიერთობის ფარგლებში ნაკისრი ვალდებულება შეთანხმებული ვალდებულებისაგან განსხვავებული სახით შეასრულოს.[10]

სხვა შესრულების მიღებად განიხილება ყველა ის შემთხვევა, როდესაც ვალდებულება სრულდება არა ხელშეკრულებით გათვალისწინებული შინაარსით, არამედ მხარეთა შორის შეთანხმებული „სხვა შესრულებით“, რაც ვალდებულებითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძველია.[11] „განსახილველ შემთხვევაში სასამართლომ მიიჩნია, რომ მხარეთა შორის, სესხის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებითი ურთიერთობა, შეწყდა კრედიტორისათვის სხვა შესრულების გადაცემით. (სსკ-ის 428-ე მუხლი).[12]

ვალდებულებით გათვალისწინებულის ნაცვლად სხვა შესრულების განხორციელება ათავისუფლებს მოვალეს ვალდებულების შესრულების ტვირთისა-

---

[6] *Fetzer,* in MüKo, BGB, 8. Aufl. München, Band 3, Schuldrecht –Allgemeiner Teil II, 2019, § 362, Rn.3.

[7] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის განჩინება საქმეზე №ას-349-2021, 11 ივნისი, 2021 წელი.

[8] *ზოიძე ბ.,* ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში, თბ., 2005, 285.

[9] *ჭანტურია/ზოიძე/ნინიძე/ხეცურიანი/შენგელია* (რედ.) საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მესამე, 379-ე მუხლი, თბ., 2001,322.

[10] *სვანაძე გ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ჭანტურია (რედ.), 2019, მუხლი 428, ველი 1.

[11] *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. neu bearbeite Auflage, 2021, §22, S.107. *Musielak,* Hau, Grundkurs BGB, 15.neu baerbeite 12., Auflage, 2017, S.91.; *Staudinger/Kern,* BGB, 2022, § 364, Rn.18.; *Grüneberg,* in Palandt BGB Komm., 74 Aufl., 2015, §364, Rn 1; *Fetzer,* in MüKo BGB, 8.Aufl., 2019, § 364, Rn.2; *Dennhardt,* in Bamberger/Roth/Hau/ Poseck, Bürgerliches Gezetzbuch, Band 1, 4. Aufl, 2019, §364, S.2481, Rn.2.; BGH, Urteil vom 12.Mai, 2022 – IX ZR 72/21, Rn.21., NJW 2022, 2619. BGHZ 15, 154, 160, NJW1955,101, 103.; BGHZ 89, 126, NJW 1984, 429.; BGHZ, Urteil vom 30.10.2002, VIII ZR 119/02, NJW2003, 505.; BGHZ 96, 182(193), NJW 2007, 1357 (1358).

[12] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 25 მაისის განჩინება საქმეზე №ას-635-602-2014.

გან იმ შემთხვევაშიც, როდესაც ყველა სოლიდარული კრედიტორი თანხმობას განაცხადებს აღნიშნული შესრულების მიღებაზე.[13]

პრობლემატურ საკითხს წარმოადგენს, შეუძლია თუ არა მესამე პირს, მოვალის თანხმობის გარეშე, განახორხციელოს კრედიტორის მიმართ სხვა შესრულება. იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ მესამე პირი მოვალის თანხმობის გარეშე, ვერ განახორციელებს კრედიტორის წინაშე სხვა შესრულებას, რადგან შეთანხმება კრედიტორსა და მესამე პირს შორის არ განიხილება მოვალის ვალდებულების შესრულების საფუძვლად.[14]

2.2. შესრულების ნაცვლად სხვა შესრულებით ვალდებულების შეწყვეტაზე ნების გამოვლენა

სხვა შესრულების მიღება წარმოადგენს კრედიტორის უფლებას და არა მოვალეობას. შესაბამისად, იგი მხარეთა ურთიერთმფარავი ნების შედეგია.[15] ხელშეკრულებით გათვალისწინებული შესრულების ნაცვლად სხვა შესრულებით ვალდებულების შეწყვეტაზე მხარეთა შეთანხმებას, დამხმარე ხასიათის გარიგებასაც უწოდებენ.[16] შესრულების სანაცვლო შესრულებაზე შესაძლებელია, რომ მხარეები კონკლიდენტური მოქმედებითაც შეთანხმდნენ.

„სასამართლომ აღნიშნა, რომ შესრულების ნაცვლად სხვა შესრულებით ვალდებულების შეწყვეტაზე მხარეები უნდა შეთანხმდნენ. შესრულების სანაცვლო შესრულებაზე შესაძლებელია, რომ მხარეები კონკლუდენტური მოქმედებითაც შეთანხმდნენ. ამისათვის უბრალოდ საჭიროა, რომ კრედიტორის მიერ სხვა შესრულების მიღებისას გარემოებებიდან არაორაზროვნად იკვეთებოდეს მისი (კრედიტორის) ნება, რომ იგი თანახმაა ვალდებულებით თავდაპირველად შეთანხმებული შესრულების სანაცვლოდ მიიღოს სხვა შესრულება და ამით შეწყდეს შესაბამისი ვალდებულება. შესრულების სანაცვლო შესრულების სამართლებრივ საფუძველს წარმოადგენს თავდაპირველი ვალდებულებითი ურთიერთობა, რომელიც ინარჩუნებს იურიდიულ ძალას. შესაბამისად, სსკ-ის 428-ე მუხლის საფუძველზე მხარეები ახალ პირობებზე თანხმდებიან მხოლოდ ვალდებულების შესრულების ნაწილში და ამით განისაზღვრება ვალდებულების შეწყვეტის ახალი ფორმა .“[17]

---

[13] *ხობაქიძე ი.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, ჭანტურია (რედ.), 2019, მუხლი 458, ველი 5.

[14] *Roch,* Störunggsfolgen bai Verträgen auf der Erfüllungsebene Dargestellt am Beishpil der Leistung an Erfüllungs Statt, Inaugural-Dissertation, 1989, S.14.

[15] *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. neu bearbeite Auflage, 2021, §22, S.109., *Joussen,* Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2021, Rn.808.; *Musielak*/ Hau, Grundkurs BGB, 15.neu baerbeite 12. Auflage, 2017, S.91.; *Staudinger/Kern,* BGB, 2022, § 362, Rn.18.; *Fetzer,* in MüKo BGB, 8.Aufl., 2019, § 364, Rn.1; Erman/ Buck-Heeb, Bearbeiter, BGB, 16. Aufl. 2020, § 364, Rn.2;

[16] Looschelders, Schuldrecht; Schuldrecht AT, 20. Aufl, 2022, 4. Teil. Das Erlöschen der Leistungsplicht, §17. Erfüulung, S.144, Rn.22. *Grüneberg,* in Palandt BGB Komm, 74. Aufl., 2015, §364, Rn.1. *Fetzer,* in MüKo. BGB, 8.Aufl, 20129 §364, Rn.2. კროპჰოლერი ი. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის სასწავლო კომენტარი, §364, 2014 , გვ.264, GIZ/IRZ.

[17] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 24 იანვრის განჩინება საქმეზე №ას-1284-2019.

„პალატამ განმარტა, რომ სხვა შესრულების მიღება კრედიტორის უფლებაა, რაც მოვალის მხრიდან მიღებული შეთავაზებაზე დათანხმებას ნიშნავს. ე.ი. სსკ-ის 428-ე მუხლის კონსტელაცია გულისხმობს 2 იურიდიული მნიშნელობის მოქმედებას – თავდაპირველად მოვალის მიერ კრედიტორისათვის სხვა შესრულების შეთავაზებას, და ამის შემდგომ კრედიტორის თანხმობას სხვა შესრულების მიღებაზე. მოცემულ შემთხვევაში, მოსარჩელე ისე ითხოვდა სხვა უძრავი ნივთის გადაცემას მოპასუხისაგან, რომ მოვალე (მოპასუხე) არ იყო თანახმა ამ ნივთის გადაცემაზე. ამდენად, მხარეთა შორის არც წერილობითი და არც ზეპირი ფორმით ასეთი შეთანხმების არსებობა არ დგინდებოდა, რაც გამორიცხავდა სასარჩელო მოთხოვნის მიმართ ზემოაღნიშნული ნორმის გამოყენების წინაპირობების არსებობას და ამ თვალსაზრისითაც სასარჩელო მოთხოვნა უპერსპექტივო იყო.“[18]

თავდაპირველად შეთანხმებული შესრულების სანაცვლო შესრულების სამართლებრივ საფუძველს წარმოადგენს თავდაპირველი ვალდებულებითი ურთიერთობა, რომელიც ინარჩუნებს იურიდიულ ძალას.[19] შესაბამისად, სსკ-ის 428-ე მუხლის საფუძველზე, ვალდებულებითი ურთიერთობის მხარეები ახალ პირობებზე თანხმდებიან მხოლოდ ვალდებულების შესრულების ნაწილში და ამით განისაზღვრება ვალდებულების შეწყვეტის ახალი ფორმა.[20] ვალდებულებულება წყდება არა სხვა შესრულებაზე მხარეთა შეთანხმებით, არამედ სხვა შესრულების განხორციელებით.[21] ამასთან, სხვა შესრულების თაობაზე მიღწეული შეთანხმების შინაარსის ნამდვილობა უნდა შემოწმდეს ნების გამოვლენისა და ხელშეკრულების პირობების განმარტების საფუძველზე.[22]

„თავდაპირველი შესრულების სანაცვლო შესრულებით ვალდებულების შეწყვეტისათვის საჭიროა ხელშემკვრელ მხარეთა ურთიერთმფარავი ნება. მოვალის მიერ სხვა შესრულების შეთავაზების ვალდებულება არც სსკ-ის 428-ე მუხლიდან და არც სხვა ნორმიდან არ გამომდინარეობს. შესაბამისად, შეპირებულის მაგივრად სხვა შესრულების (aliud) მოთხოვნას, მოცემულ შემთხვევაში, სამართლებრივი საფუძველი არ გააჩნია“.[23]

სხვა შესრულება განიხილება თავდაპირველი ვალდებულების შესრულებასთან დაკავშირებულ სპეციალურ შეთანხმებად (და არა ძველი მოთხოვნისაგან მოვალის გათავისუფლება ახალი შესრულების სანაცვლოდ). სხვა შეს-

[18] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 26 იანვრის განჩინება საქმეზე №ას-964-2020, პ.13.

[19] *Staudinger/Olzen* (2016*),* §364, Rn 14; *Fetzer,* in MüKo BGB, 8.Aufl., 2019, § 364, Rn.5; *Hirsch*, Schuldrecht AT,11.Aufl, 2018, Rn.233.; *BeckOK BGB/Dennhardt,* 57.edit, 2021,§ 364, Rn.4.; *Joussen,* Schuldrecht AT, 6.Aufl, 2021, Rn.808.; *Schlechteriem/Schmidt-Kessel,* Schuldrecht AT, 6.Aufl, 2005,Rn.368

[20] *ჭანტურია ლ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, მუხ.428, თბ., 2001, 518.

[21] *Grüneberg,* in Palandt BGB Komm, 74. Aufl.,2015, §364, Rn.2.

[22] *Staudinger/Olzen* (2016*),* §364, Rn 12; BGHZ, 46, 338, 342; *Gernhuber,* Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl, 1994, §10, Rn.3.

[23] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 26 იანვრის განჩინება საქმეზე №ას-964-2020, პ.26.

რულება არ წარმოშობს ახალ ვალდებულებას, ის მხოლოდ თავდაპირველი ვალდებულების შეწყვეტის საფუძველს წარმოადგენს.[24]

„სასამართლომ მიუთითა, რომ ნასყიდობის ხელშეკრულების დროს კრედიტორი შეზღუდულია სანაცვლო ვალდებულებებით – ფასის მიღების შემდეგ ნივთზე გადასცეს საკუთრების ნამდვილი უფლება. სსკ-ის 428-ე მუხლის დანაწესის საფუძველზე, კრედიტორმა ვალდებულებით გათვალისწინებული შესრულების ნაცვლად მიიღო სხვა შესრულება, რის შედეგადაც შეწყდა ვალდებულებითი ურთიერთობა.“[25] „საკასაციო პალატამ აღნიშნა, რომ მოცემულ შემთხვევაში, ახალი შეთანხმებით მხარეები შეუსრულებელი ვალდებულების სანაცვლო შესრულებაზე შეთანხმდნენ. ამიტომაც არაა გასაზიარებელი კასატორის პრეტენზია, თითქოსდა განსახილველ შემთხვევაში, არ არსებობს სსკ-ის 428-ე მუხლის გამოყენების წინაპირობები.“[26]

3. სხვა შესრულების საგანი

სხვა შესრულების საგანი შეიძლება იყოს როგორც ნივთი[27], ისე მოთხოვნები მესამე პირის მიმართ.[28]

„განსახილველ შემთხვევაში პალატამ იხელმძღვანელა სამოქლაქო კოდექსის 428-ე მუხლით და მიიჩნია, რომ კოოპერატივს კორპორაციის მეანაბრეთა სასარგებლოდ დაკისრებული ჰქონდა თანხის გადახდა, რის სანაცვლოდაც კოოპერატივის დირექტორმა ნებაყოფლობით განახორციელა სხვა შესრულების გადაცემა კრედიტორისთვის“.[29] „პალატამ მიიჩნია, რომ განსახილველ შემთხვევაში, სსკ-ის 428-ე მუხლის საფუძველზე, კრედიტორმა, მიიღო ე.წ სხვა შესრულება“.[30]

სხვა შესრულების მიღების სამართლებრივი შედეგი იგივეა, რაც შესრულების დროს – ვალდებულებითი ურთიერთობა წყდება.[31]

დიფერენცირებული მიდგომაა საჭირო მაშინ, როცა მოვალე კრედიტორს გადასცემს ნივთს ვალდებულების უზრუნველსაყოფად. თუ კრედიტორი ამ ნივთს დაიტოვებს საკუთრებად და მას მიიღებს მოვალის ვალდებულების შესრულების ანგარიშში, მაშინ ადგილი ექნება სხვა შესრულებას და შესაბამისად,

[24] *Grüneberg,* in Palandt BGB Komm, 74.Aufl.2015, §364, Rn.2.; *Fetzer,* in MüKo BGB, 8.Aufl.2019, §364, Rn.1.

[25] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 06 მაისის განჩინება საქმეზე №ას-873-823-2015.

[26] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 26 მარტის განჩინება საქმეზე №ას-1962-2018.

[27] *ჭანტურია ე.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, მუხ. 428, თბ., 2001, 520.

[28] *სვანაძე გ.,* წიგნში: ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., სვანაძე გ., ჯანაშია ლ., რობაქიძე ი., ცერცვაძე ლ., სახელშეკრულებო სამართალი, თბ., 2014, 335.

[29] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2014 წლის 25 მარტის განჩინება საქმეზე №ას-495-471-2014.

[30] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 24 ივნისის განჩინება საქმეზე №ას-440-416-2014.

[31] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 30 აგვისტოს გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-461-435-2014.

შეწყდება ვალდებულებითი ურთიერთობა.[32] „საკასაციო პალატის მოსაზრებით, კანონი არ უკრძალავდა კრედიტორს ვალის სანაცვლოდ მიეღო საკუთრებაში ბინა, ანუ სხვა შესრულება, ვიდრე ეს სესხის ხელშეკრულებით იყო გათვალისწინებული [სსკ-ის 428-ე მუხლი]. იპოთეკის საგნის პირდაპირ საკუთრებაში გადაცემა კანონით აკრძალული არ არის. შესაბამისად, მხარეებს უფლება ჰქონდათ, დაედოთ ახალი შეთანხმება იპოთეკის საგნის ვალის სანაცვლოდ საკუთრებაში გადაცემის თაობაზე, რაც განახორციელეს კიდეც.“[33]

„განსახილველ შემთხვევაში სასამართლომ დადგენილად მიიჩნია ის გარემოება, რომ კომპანიამ კრედიტორს უძრავ ქონებაზე საკუთრების უფლება გადასცა მათ შორის არსებული სასესხო ურთიერთობიდან გამომდინარე, ფულადი ვალდებულების შესასრულებლად. (სსკ-ის 428-ე მუხლი), რითაც შეწყდა მათ შორის არსებული სასესხო ვალდებულებითი ურთიერთობა.[34]

„პალატამ მიუთითა, რომ რომ სესხისა და იპოთეკის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულება შეწყდა კრედიტორის მიერ ამ ვალდებულებით გათვალისწინებული შესრულების ნაცვლად სხვა შესრულების მიღებით, კერძოდ, მოვალემ ნასყიდობის ხელშეკრულებით კრედიტორებს გაცემული სესხის სანაცვლოდ საკუთრებაში გადასცა უძრავი ქონება. (სსკ-ის 428-ე მუხლი).“[35]

„მხარეთა შორის გაფორმებული ვალის აღიარების ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულება შეწყდა, კრედიტორის მიერ ამ ვალდებულებით გათვალისწინებული შესრულების ნაცვლად, სხვა შესრულების მიღებით, კერძოდ, მოვალემ აღიარებული ვალის სანაცვლოდ, კრედიტორს საკუთრებაში გადასცა უძრავი ქონება. (სსკ-ის 428-ე მუხლი).[36]

„სსკ-ის 428-ე მუხლის თანახმად, სასამართლომ მიიჩნია, რომ განსახილველ შემთხვევაში მოდავე მხარეთა შორის შედგა გარიგება იმის შესახებ, რომ სესხისა და იპოთეკის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, კრედიტორმა ვალდებულების შესრულება მიიღო მოვალის უძრავი ნივთის საკუთრებაში გადაცემით.“[37] „სასამართლომ დადგენილად მიიჩნია, რომ კრედიტორმა, მოვალისაგან ვალის აღიარების ნაცვლად მიიღო სხვა შესრულება. ასეთი გარიგება კანონშესაბამისია და მისი ბათილად აღიარების საფუძვლები არ არსებობს.“[38]

„პალატამ განმარტა, რომ სსკ-ის 427-ე მუხლით დადგენილია ვალდებულების შეწყვეტის ზოგადი წესი – კრედიტორის სასარგებლოდ შესრულება, ამავე

[32] *ძლიერიშვილი* ზ., ქონების საკუთრებაში გადაცემის ხელშეკრულებათა სამართლებრივი ბუნება, თბ., 2010, 374.

[33] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 01 სექტემბრის განჩინება საქმეზე №ას-704-670-2015.

[34] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 06 აგვისტოს განჩინება საქმეზე №ას-717-682-2015.

[35] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 10 მარტის განჩინება საქმეზე №ას-795-760-2014.

[36] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 30 მარტის განჩინება საქმეზე №ას-100-96-2016.

[37] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 28 სექტემბრის განჩინება საქმეზე №ას-743-704-2015.

[38] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2013 წლის 26 თებერვლის განჩინება საქმეზე №ას-1633-1532-2012.

კოდექსის 428-ე მუხლი კი ითვალისწინებს ვალდებულების შეწყვეტას კრედიტორის მიერ სხვა შესრულების მიღებით. ასეთ შემთხვევაში, სავალდებულოა კრედიტორის თანხმობა სხვა შესრულების მიღებაზე. მოცემულ შემთხვევაში, არსებული სესხისა და იპოთეკის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე კრედიტორმა თანხმობა გამოთქვა სხვა შესრულების მიღებაზე, კერძოდ, რაც გამოიხატა შეთავაზებით, რომ გადაიხდიდა სესხს მოსარჩელისთვის ფართის გადაცემის გზით.“[39]

„საკასაციო პალატამ გაიზიარა კასატორის შედავება, რომ განსახილველ შემთხვევაში სააპელაციო სასამართლომ არასწორად გამოიყენა/განმარტა სამოქალაქო კოდექსის 428-ე მუხლი. შესაბამისად, საკასაციო სასამართლომ უარყო გასაჩივრებული გადაწყვეტილების დასკვნა იმის თაობაზე, რომ კრედიტორმა მოვალის მხრიდან საკუთრებაში მიიღო ბინა, რაც წარმოადგენს სხვა შესრულების მიღებას და ამით ვალდებულებითი ურთიერთობა შეწყდა. მით უფრო დაუშვებელია ხსენებული ნორმის საფუძველზე სარჩელის წარუმატებლად მიჩნევა იმ პირობებში, როდესაც კრედიტორი აპელირებს ვალდებულების კვლავ არსებობაზე.“[40]

4. შესრულების სანაცვლო შესრულებისას მოთხოვნის ხანდაზმულობა.

შესრულების სანაცვლო შესრულებისას, პრაქტიკული მნიშვნელობის მქონე საკითხია მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადის ათვლის საკითხი, კერძოდ, აითვლება იგი თავიდან, თუ თავდაპირველი შესრულების ხანდაზმულობა იმოქმედებს შესრულების სანაცვლო შესრულებაზეც.[41]

დრო დიდ როლს თამაშობს დარღვეული თუ სადავოდ ქცეული უფლების დაცვის საკითხში.[42] სსკ-ის 128-ე მუხლის პირველი ნაწილის დანაწესის შესაბამისად, ხანდაზმულობის ვადა ვრცელდება სხვა პირისაგან რაიმე მოქმედების შესრულების ან მოქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნის უფლებაზე. ხანდაზმულობის ვადების დაწესებით, კანონმდებლის მიზანია გამორიცხოს კრედიტორის უფლების განხორციელების არათანაზომიერად ან ბოროტად გამოყენების საფრთხე. გარდა ამისა: ა) ხანდაზმულობის ვადა სასამართლოს უმსუბუქებს ფაქტების დადგენისა და შესწავლის პროცესს და ამ გზით ხელს უწყობს დასაბუთებული გადაწყვეტილების გამოტანას; ბ) ხელს უწყობს სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილიზაციას; გ) აძლიერებს სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტების ურთიერთკონტროლსა და იძლევა დარღვეული უფლე-

[39] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 21 ივლისის განჩინება საქმეზე №ას-270-2021, 21 ივლისი, 2022, პ.3.9.

[40] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 01 მაისის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1484-1404-2017, პ.1.3.2.

[41] *სვანაძე გ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, *ჭანტურია* (რედ.), 2019, მუხლი 428, ველი 5.

[42] *ზახანდია თ.*, სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების ადგილი და ვადები, თბ., 2005, 31.

ბის დაუყონებლივ აღდგენის სტიმულიზაციას. სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადა ამცნობს უფლების სუბიექტს მისი დარღვეული უფლების სასამართლოს გზით განხორციელების ვადის თაობაზე.[43]

სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადა გულისხმობს დროის გარკვეულ მონაკვეთს, რომლის განმავლობაშიც პირს, რომლის უფლებაც დაირღვა, შესაძლებლობა აქვს, მოითხოვოს საკუთარი უფლებების სამართლებრივი გზით (იძულებით) განხორციელება ან დაცვა, ანუ კრედიტორს შეუძლია დაიკმაყოფილოს მოთხოვნა სასამართლოსათვის მიმართვის გზით. ამ ვადის გასვლა კი გულისხმობს ამ პირთა მიერ ასეთი შესაძლებლობის გამოყენების უფლების გაქარწყლებას.[44] ხანდაზმულობის ვადის გასვლა მოთხოვნას არ აუქმებს (წყვეტს), არამედ მოვალეს შესაძლებლობას ანიჭებს, უარი თქვას მოთხოვნის შესრულებაზე. ანუ მოთხოვნის უფლება ობიექტურად არსებობს, თუმცა იგი განუხორციელებელია.[45]

„ხანდაზმულობის ვადები ემსახურება რამდენიმე მნიშვნელოვან მიზანს, კერძოდ, სამართლებრივ განსაზღვრულობას და საბოლოობას, პოტენციური მოპასუხეების დაცვას ძველი სარჩელებისგან, რომლებისგან თავის დაცვაც შეიძლება რთული აღმოჩნდეს და უსამართლობის თავიდან აცილებას, რომელიც შეიძლება წარმოიშვას, თუ სასამართლოები იძულებული გახდებიან გადაწყვიტომ საქმეები, რომლებიც შორეულ წარსულში მოხდა, იმ მტკიცებულებებზე დაყრდნობით, რომლებიც შესაძლოა, დროის გასვლის გამო არასაიმედო ან არასრული იყოს.“ [46]

ხანდაზმულობის ვადის გასვლით ისპობა სასამართლოს ან სხვა ორგანოს მეშვეობით პირის მოთხოვნის იძულებით განხორციელების შესაძლებლობა, მაგრამ არა სასამართლოსათვის ან სხვა ორგანოსათვის მიმართვის უფლება.[47] ხანდაზმულობის ვადა სპობს უფლების იძულებით განხორციელების შესაძლებლობას მატერიალური და არა პროცესუალური თვალსაზრისით.[48]

„სახელშეკრულებო მოთხოვნის ხანდაზმულობის მიზანია მოვალის დაცვა იმ პროცესის ნაწილად გახდომისაგან, რომელშიც პოზიციის დაცვა რთული ან შეუძლებელია მოთხოვნის სიძველის გამო. ხანდაზმულობის ვადების გათვალისწინება სასამართლოს მიერ ხორციელდება არა საკუთარი ინიციატივით, არამედ მხოლოდ საქმის განხილვაში მონაწილე მხარეების (მხარის) მიერ აღნიშნულზე მითითების შემთხვევაში“. [49]

---

[43] *ზოიძე ბ.*, ქართული სამოქალაქო კოდექსის შექმნის ისტორიიდან, „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, თბ., 2003, 110.; *ღიღუაშვიღი თ.*, სამოქალაქო საპროცესო სამართალი (მეორე გამოცემა), თბ., 2005, 133.

[44] *ძღიეჩიშვიღი ზ.*, ნარდობის ხელშეკრულება (თეორია და პრატიკა), თბ., 2016, 425.

[45] *სვანაძე გ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, *ჭანტუჩია* (რედ.), 2017, მუხლი 144, ველი 1.

[46] EHRR, CASE OF *Stubbings and Otherss v The United Kingdom*, განაცხადის ნომერი №22083/93; №2220095/93, 22 ოქტომბერი, 1996, §51.

[47] *ძღიეჩიშვიღი ზ.*, დაუსწრებელი გადაწყვეტილება (თეორია და პრაქტიკა), თბ., 2022, 48.

[48] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1428-2018, 27 დეკემბერი, 2018.; სუსგ №ას-369-350-2015, 30 ივლისი, 2015 წელი.

[49] *ბოეღინგი ჰ., ჭანტუჩია ღ.*, სამოქალაქო საქმეებზე გადაწყვეტილებათა მიღების მეთოდიკა, მეორე გამოცემა, თბ., 2004 170; *შმიტი შ., ჩიჰტეჩი ჰ.*, მოსამართლის მიერ გადაწყვეტილების

სასარჩელო ხანდაზმულობა არ არის აბსტრაქტული სამართლებრივი კატეგორია. კანონმდებლობა ითვალისწინებს მისი დაწყებისა და დასრულების მომენტს. მოთხოვნის შემოწმებისას აუცილებელია განისაზღვროს ხანდაზმულობის კონკრეტული ვადის გამოყენებისა და მისი ათვლის საკითხი. ერთმანეთისაგან განასხვავებენ ხანდაზმულობის ვადის ათვლის ობიექტურ და სუბიექტურ მომენტებს. როგორც წესი, ივარაუდება, რომ პირი უფლების დარღვევის ფაქტს მისი დადგომისთანავე შეიტყობს ან საშუალო გულისხმიერების გამოჩენის შემთხვევაში შეეძლო შეეტყო ამ ფაქტის თაობაზე. აღნიშნულის საწინააარმდეგოს, ანუ უფლების დარღვევის დაგვიანებით შეტყობის მტკიცების ტვირთი კი უფლებადარღვეულ პირს ეკისრება. თუ დადგინდება, რომ პირმა თავისი დაუდევრობის გამო ვერ გაიგო უფლების დარღვევის შესახებ, მაშინ ხანდაზმულობისვადის დენა დაიწყება იმ მომენტიდან, როცა საქმის გარემოებების მიხედვით, პირს უნდა შეეტყო უფლების დარღვევის შესახებ. [50]

მიუხედავად იმისა, რომ ვალდებულებითი ურთიერთობის მხარეთა მიერ თავდაპირველი ვალდებულების შესრულების სანაცვლო შესრულებაზე შეთანხმებით ახალი ხელშეკრულება არ იდება და მხოლოდ შესრულების ნაწილში ხდება მხარეთა შორის შესრულების პირობებზე განსხვავებული შეთანხმება, ახალი სანაცვლო შესრულების მიმართ იმოქმედებს ახალი ხანდაზმულობის ვადები, რომელთა ათვლაც თავიდან უნდა დაიწყოს.[51]

„სასამართლომ უარყო მოპასუხის შედავება სესხის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე მოთხოვნის ხანდაზმულობასთან მიმართებით და მიიჩნია, რომ მესაკუთრის მფლობელობიდან იპოთეკის საგნის გამოთხოვნით, იპოთეკარი შეეცადა მოთხოვნის დაკმაყოფილებას სხვა შესრულებით [სსკ-ის 428-ე მუხლი]. საქმეზე დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებებიდან გამომდინარე, შედავებას მოსარჩელის მოთხოვნის ხანდაზმულობის თაობაზე, არ გააჩნია ვარგისი სამართლებრივი საფუძველი.“[52]

„განსახილველლ შემთხვევაში მხარეთა შორის დავას არ იწვევს ის გარემოება, რომ მეორე მოპასუხემ კრედიტორს სესხის დაბრუნების სანაცვლოდ, სამუშაო შეუსრულა, რომელიც მოსარჩელემ მიიღო. (სსკ-ის 428-ე მუხლი). შესაბამისად, საკასაციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებითი ურთიერთობა შეწყდა“.[53]

მიღების პროცესი სამოქალაქო სამართალში მოკლე შესავალი რელაციის მეთოდში სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით შემუშავებული პრაქტიკული მაგალითებით, GIZ, 2013, 20. *კვანტაღიანი ნ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, *ჭანტურია* (რედ.), 2017, მუხლი 130, ველი 2; *ჭანტურია ლ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი ნაწილი, თბ., 2011, 123. სუსგ-ები №ას-1937-2018, 15 მარტი, 2019 წელი, პ-16; №ას-1343-1263-2017, 20 დეკემბერი, 2017 წელი; №ას-934-899-2016, 14 თებერვალი,17წ.; №ას-68-68-2018, 03 აპრილი,2018წ.; №ას-382-2019, 14 მაისი, 2019 წელი.

[50] *ახვლედიანი ზ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, მუხლი 130-ე, თბ., 1999, 320.

[51] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2002 წლის 20 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე №3კ/1204-01

[52] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 26 ოქტომბრის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-160-150-2018.

[53] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 28 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-855-855-2018.

5. სხვა შესრულების მიღებით ვალდებულების შეწყვეტის გამიჯვნა ნოვაციისაგან.

2002 წლის 28 დეკემბრამდე სსკ-ის 428-ე მუხლის რედაქცია შემდეგი სახით იყო წარმოდგენილი: „ვალდებულებითი ურთიერთობა წყდება მაშინაც, როცა კრედიტორი ვალდებულებით გათვალისწინებულის ნაცვლად შესრულებად იღებს სხვა ვალდებულების შესრულებას (ნოვაცია)".[54] სსკ-ის 428-ე მუხლით გათვალისწინებული ურთიერთობა ვალდებულებითი ურთიერთობის მხარეებს შორის წარმოადგენს ახალ შეთანხმებას მხოლოდ ვალდებულების შესრულების ნაწილში, რათა მიღწეული იქნეს ვალდებულების შეწყვეტა.[55]

სსკ-ის 428-ე მუხლით გათვალისწინებული შემთხვევა განსხვავდება ნოვაციისაგან, როდესაც წყდება ერთი ვალდებულება და მის საფუძველზე წარმოიშობა სხვა ვალდებულება. თუ მხარეები შესრულების ვადის დადგომამდე შეთანხმდნენ შესრულების შეცვლაზე, მაში ეს განიხილება ვალდებულების შეცვლად (ნოვაცია) და არა სსკ-ის 428-ე მუხლით გათვალისწინებულ ურთიერთობად, რადგან ამ ნორმაში იგულისხმება მხოლოდ სხვა შესრულება და არა ახალი ვალდებულება.[56] განსხვავებით „სამართლებრივი მდგომარეობის შემცველი გარიგებისაგან", ნოვაციის დროს თავდაპირველი ურთიერთობა არა მხოლოდ იცვლება, არამედ სრულიად ქარწყლდება.[57]

„ნოვაცია არ წარმოადგენს ვალდებულების შეწყვეტის ცალკე საფუძველს, იგი მოიაზრება კერძო ავტონომიის და ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლებში მხარეთა უფლებამოსილებად, არსებული სახელშეკრულებო ურთიერთობები ჩაანაცვლონ ახალი შეთანხმებით და იქიდან გამომდინარე უფლება-მოვალეობებით. შესაბამისად, მხარეებს შეუძლიათ, შეთანხმდნენ (მორიგდნენ) ახალ პირობებზე და კერძო ავტონომიის ფარგლებში განკარგონ თავიანთი მატერიალურ-სამართლებრივი უფლებები. ("animus novandi".) [58] ნოვაციაა ასევე შემთხვევა, როდესაც თავდაპირველად დამოუკიდებელი სამართლებრივი ურთიერთობები მორიგებით ერთი ურთიერთობის ფარგლებში მოექცევა.[59]

"მოცემულ შემთხვევაში სასამართლომ მიიჩნია, რომ მხარეებმა ახალი გარიგების დადებით ცალსახად და არაორაზროვნად გამოავლინეს ნება წინა სახელშეკრულებო ურთიერთობის შეწყვეტაზე (ნოვაცია) და ახალ არსებით პირობებზე, შესაბამისად, მოსარჩელე უფლებამოსილია, ამჟამად მოთხოვნები

[54] *ჭანტურია ღ., ჭანტურია/ზოიძე/ნინიძე/შენგელია/ხეცურიანი,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, თბ., 2001, მუხ.428, გვ.519.

[55] *სვანაძე გ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, ჭანტურია (რედ.), 2017, მუხლი 428, ველი 12.

[56] *ჭანტურია ღ., ჭანტურია/ზოიძე/ნინიძე/შენგელია/ხეცურიანი,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, თბ., 2001, მუხ.428, გვ.519.

[57] *ხუსიაშვილი გ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, *ჭანტურია* (რედ.), 2017, მუხლი 360, ველი 25.

[58] *Kenel*, Entire Agreement Clause Die Wirkungen der Entire Clause im Schweizer Recht, 2018, Teil II, §5, Rn.50.

[59] *Habersack*, in MüKo BGB, 6.Aufl.2012, § 779, Rn.34.

დააფუძნოს ახალ გარიგებას და არა უკვე შეწყვეტილ ხელშეკრულებებს.“[60]

გერმანულ სამართალში ნოვაცია განიხილება არა სანაცვლო შესრულების იდენტურად, არამედ მის სპეციალურ სახედ.[61] ამ თვალსაზრისით ნოვაცია წარმოადგენს მოვალისათვის ახალი ვალდებულების დაკისრებით ვალდებულების შესრულების საშუალებას.[62]

თუ თავდაპირველი სამართლებრივი ურთიერთობიდან წარმოშობილი მოთხოვნის უფლება არასადავო იყო, ან, ერთი მხარის მოსაზრებით, უკვე ხანდაზმული და მორიგებით ხდება შინაარსობრივად იდენტური მოთხოვნის წარმოშობა ახალი საფუძვლით (მაგალითად, მხარეთა შეთანხმებით სადავო ნასყიდობის ფასის მოთხოვნის გარდაქმნა სესხად), ეს იქნება ნოვაცია (ვალდებულებითი ურთიერთობის გარდაქმნა), ანუ ახალი მოთხოვნის უფლების წარმოშობა დამოუკიდებელი ხანდაზმულობის ვადით.[63]

სხვა შესრულებისაგან ნოვაციის გამიჯვნისათვის მნიშვნელოვანი კრიტერიუმია, რომ ქმედება არ შეიძლება ერთდროულად მიმართული იყოს ვალდებულებითი ურთიერთობის გადარჩენისა და შეწყვეტისაკენ. ნოვაცია წარმოადგენს შეწყვეტილი (ძველი) ვალდებულებითი ურთიერთობის საფუძველზე ახალი ვალდებულებითი ურთიერთობის წარმოშობის დასაბუთებას.[64] ნოვაცია განსხვავდება სსკ-ის 360-ე მუხლით გათვალისწინებული მოწესრიგებისაგან, რადგან ამ უკანასკნელის მიზანია ნოვაციის გარეშე მხარეთა შორის არსებული სადავო ურთიერთობის შინაარსობრივად დადასტურება ან შეცვლა და მონაწილეებისათვის ამ ურთიერთობიდან წარმოშობილი უფლებების უდავოდ მინიჭება.[65]

სხვა შესრულებისა და ნოვაციის საშუალებით, ხელშეკრულების მხარეებს აქვთ ამ ორ სამართლებრივ ინსტიტუტს შორის არჩევანის შესაძლებლობა. კრედიტორის დაკმაყოფილება მოვალის მიერ ახალი ვალდებულებით იმ პირობებში, როდესაც ძველი ვალდებულება არ სრულდება, წარმოადგენს ნოვაციას და არა სხვა შესრულებას, რომელიც თავისი არსით, ძველი ვალდებულების შესრულებას უთანაბრდება. შესაბამისად, ახალი ვალდებულების შესრულების შემთხვევაში (ნოვაცია), შეუძლებელია საუბარი სხვა შესრულებაზე.

---

[60] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2014 წლის 01 ოქტომბრის განჩინება საქმეზე №ას-704-667-2013.

[61] *Looschelders D.*, Schuldrecht; Schuldrecht AT, 12. Aufl, 2014, 4. Teil. Das Erlöschen der Leistungsplicht, §17. Erfüulung, S.144, Rn.395a. *Grüneberg,* in Palandt BGB Komm, 74. Aufl., 2015, §364, Rn.3.; *Erman/Buck-Heeb*, 16.Aufl, 2020, §364, Rn.7.; BGHZ, Urteil vom 14.03.2013 –III ZR 417/12.; BGHZ, Urteil vom 01.10.2002 –IX ZR 443/00, NJW, 2002, 59.

[62] *Staudinger/Olzen*, BGB, 2016, § 362, Rn.41.; *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I, neu bearbeitete Aufl. 2021, §25, S. 129.; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2., neubertbeitete Auflage, 1994, §18, S.402. ვინდშაიდის მოსაზრებით, ნოვაცია არ წარმოადგენს სხვა შესრულებას, რადგან ამ დროს კრედიტორის დაკმაყოფილება ხდება არა ძველი ვალდებულების ფარგლებში, არამედ წარმოიშობა ახალი ვალდებულებითი ურთიერთობა. *Staehelin B.,* Die Novation, ihre geschichtliche Entwicklung und ihre Bedeutung im geltenden Recht, Basel, 1948,S.79.

[63] *Sprau,* in Palandt BGB, 74. Aufl. 2015, § 779, Rn.11; *Fischer,* in Beck OK BGB, 35. Aufl. 2015, § 779, Rn.23.

[64] *Kenel L.,* Entire Agreement Clause Die Wirkungen der Entire Clause im Schweizer Recht, 2018, Teil II, §5, Rn.39, 45.

[65] *ხუსიაშვიღი გ.,* საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, *ჭანტუჩია* (რედ.), 2017, მუხლი 360, ველი 22.

სსკ-ის 428-ე მუხლის მიხედვით კრედიტორსა და მოვალეს შორის ახალი ვალდებულებითი ურთიერთობა კი არ წარმოიშობა (რაც შეადგენს ნოვაციის საგანს), არამედ მხოლოდ შესრულების ნაწილში ხდება შესრულების შეცვლა. მაშასადამე, მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძველი რჩება უცვლელი, ცვლილება შეეხება მხოლოდ შესრულების საგანს, ანუ მხარეები თანხმდებიან არა ახალ ვალდებულებაზე, არამედ შესრულების ახალ საგანზე.

დასკვნა

ვალდებულების შესრულება წარმოადგენს ვალდებულების შეწყვეტის ყველაზე გავრცელებულ საფუძველს. ისევე, როგორც კონტინენტური სამართლის სისტემის ქვეყნებში, საქართველოს შემთხვევაშიც ვალდებულების შესრულების მომწესრიგებელ ნორმებს ძირითადად დისპოზიციური ხასიათი აქვთ. მთავარია შესრულება და არა პასუხისმგებლობა.

როგორც წესი, მოვალის მიერ კრედიტორისათვის სხვა შესრულების გადაცემა, ვიდრე ეს ვალდებულებით იყო გათვალისწინებული, არ ითვლება ჯეროვან შესრულებად და არ იწვევს ვალდებულების შეყწვეტას. ამ ზოგადი წესიდან გამონაკლისს ითვალისწინებს სსკ-ის 428-ე მუხლის დანაწესი, რომელიც შესაძლებლად მიიჩნევს, რომ მოვალემ ვალდებულებითი ურთიერთობის ფარგლებში ნაკისრი ვალდებულება შეთანხმებული ვალდებულებისაგან განსხვავებული სახით შეასრულოს.

სხვა შესრულების მიღება წარმოადგენს კრედიტორის უფლებას და არა მოვალეობას. შესაბამისად, იგი მხარეთა ურთიერთმფარავი ნების შედეგია. ხელშეკრულებით გათვალისწინებული შესრულების ნაცვლად სხვა შესრულებით ვალდებულების შეწყვეტაზე მხარეთა შეთანხმებას, დამხმარე ხასიათის გარიგებასაც უწოდებენ. შესრულების სანაცვლო შესრულებაზე შესაძლებელია, რომ მხარეები კონკლიდენტური მოქმედებითაც შეთანხმდნენ.

თავდაპირველად შეთანხმებული შესრულების სანაცვლო შესრულების სამართლებრივ საფუძველს წარმოადგენს თავდაპირველი ვალდებულებითი ურთიერთობა, რომელიც ინარჩუნებს იურიდიულ ძალას. შესაბამისად, სსკ-ის 428-ე მუხლის საფუძველზე, ვალდებულებითი ურთიერთობის მხარეები ახალ პირობებზე თანხმდებიან მხოლოდ ვალდებულების შესრულების ნაწილში და ამით განისაზღვრება ვალდებულების შეწყვეტის ახალი ფორმა. ვალდებულებულება წყდება არა სხვა შესრულებაზე მხარეთა შეთანხმებით, არამედ სხვა შესრულების განხორციელებით. ამასთან, სხვა შესრულების თაობაზე მიღწეული შეთანხმების შინაარსის ნამდვილობა უნდა შემოწმდეს ნების გამოვლენისა და ხელშეკრულების პირობების განმარტების საფუძველზე.

სხვა შესრულების საგანი შეიძლება იყოს როგორც ნივთი, ისე მოთხოვნები მესამე პირის მიმართ. სხვა შესრულების მიღების სამართლებრივი შედეგი იგივეა, რაც შესრულების დროს – ვალდებულებითი ურთიერთობა წყდება.

მიუხედავად იმისა, რომ ვალდებულებითი ურთიერთობის მხარეთა მიერ თავდაპირველი ვალდებულების შესრულების სანაცვლო შესრულებაზე შეთანხმებით ახალი ხელშეკრულება არ იდება და მხოლოდ შესრულების ნაწილში ხდება მხარეთა შორის შესრულების პირობებზე განსხვავებული შეთანხმება, ახალი სანაცვლო შესრულების მიმართ იმოქმედებს ახალი ხანდაზმულობის ვადები, რომელთა ათვლაც თავიდან უნდა დაიწყოს.

თუ მხარეები შესრულების ვადის დადგომამდე შეთანხმდნენ შესრულების შეცვლაზე, მაში ეს განიხილება ვალდებულების შეცვლად (ნოვაცია) და არა სსკ-ის 428-ე მუხლით გათვალისწინებულ ურთიერთობად, რადგან ამ ნორმაში იგულისხმება მხოლოდ სხვა შესრულება და არა ახალი ვალდებულება.

სსკ-ის 428-ე მუხლის მიხედვით კრედიტორსა და მოვალეს შორის ახალი ვალდებულებითი ურთიერთობა კი არ წარმოიშობა (რაც შეადგენს ნოვაციის საგანს), არამედ მხოლოდ შესრულების ნაწილში ხდება შესრულების შეცვლა. ამიტომაც, სსკ-ის 428-ე მუხლით გათვალისწინებული ურთიერთობა ვალდებულებითი ურთიერთობის მხარეებს შორის წარმოადგენს ახალ შეთანხმებას მხოლოდ ვალდებულების შესრულების შესრულების ნაწილში, რათა მიღწეული იქნეს ვალდებულების შეწყვეტა.

სხვა შესრულებისა და ნოვაციის საშუალებით, ხელშეკრულების მხარეებს აქვთ ამ ორ სამართლებრივ ინსტიტუტს შორის არჩევანის შესაძლებლობა. კრედიტორის დაკმაყოფილება მოვალის მიერ ახალი ვალდებულებით იმ პირობებში, როდესაც ძველი ვალდებულება არ სრულდება, წარმოადგენს ნოვაციას და არა სხვა შესრულებას, რომელიც თავისი არსით, ძველი ვალდებულების შესრულებას უთანაბრდება.

*სეხგი ჯოხბენაძე**

სარჩელის უზრუნველყოფა სოციალურ მედიაში გავრცელებულ ცილისწამების დავებზე

შესავალი

სოციალური მედიის მომხმარებლის მიერ ანგარიშის თავისუფლად განკარგვის შესაძლებლობა, სასამართლო დონეზე უფლების დაცვის ახლებური სტანდარტის დამკვიდრების საჭიროებას წარმოშობს. თუ ტრადიციულ მედიაში (მაგალითად, ტელემაუწყებელზე) ცილისმწამებლური განცხადების უარყოფისას წინდაწინვე აღქმადია მისი განთავსების ფარგლები[1], სოციალურ მედიაში დამატებითი გათვლაა საჭირო, რათა უფლება რეალიზდეს[2]. იმისთვის, რომ მომხმარებლის თავისუფლება არ გახდეს სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულებისგან თავის არიდების შესაძლებლობა, ქართულ პრაქტიკაში დამკვირდა სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების ახლებური მიდგომა, რაც სასამართლოს გადაწყვეტილების აღსრულების გარანტს წარმოადგენს.

1. სარჩელის უზრუნველყოფის დანიშნულება

მართლმსაჯულების ეფექტიანად განხორციელებისა და სასამართლო გადაწყვეტილების აღუსრულებლობის[3] პრევენციისთვის[4], სარჩელის უზრუნველყოფის ინსტიტუტი იურისპრუდენციაში მნიშვნელოვან ადგილს იკავებს[5]. ქართულ

---

* სამართლის დოქტორი, სამართლის მაგისტრი (LL.M.), თსუ-ს ასოცირებული პროფესორი.

1 მაგალითად, იმავე გადაცემაში უარყოფის გზით. საილუსტრაციოდ იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება, 28.02.2022, №2/27641-21. მიუხედავად იმისა, რომ წინამდებარე ნაშრომზე მუშაობის დასრულებისას გადაწყვეტილება არ არის კანონიერ ძალაში შესული (გასაჩივრებულია იგი სააპელაციო წესით), შინაარსობრივი თვალსაზრისით შეესაბამება განვითარებულ მსჯელობას. საქმეში ერთ-ერთი მოპასუხეა ტელემაუწყებელი, ხოლო, უარმყოფელი განცხადების განთავსების ადგილად განსაზღვრულია შესაბამისი გადაცემა.

2 იხ. მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება, 02.03.2023, №2/38600-22.

3 რაც თავის მხრივ, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევად შეიძლება მივიჩნიოთ. იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე შპს „იზა“ და მაკრახიძე საქართველოს წინააღმდეგ [№28537/02].

4 მართლმსაჯულების ეფექტურობა დამოკიდებულის სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულებაზე. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია, მოსარჩელის უფლების ეფექტური დაცვა იყოს გარანტირებული - *კაჟაშვილი*, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოსა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში, „სამართლის ჟურნალი“, №1/2018, 305.

5 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველი კოლეგიის გადაწყვეტილება, 30.09.2016, №1/5/675,681 გადაწყვეტილება საქმეზე „შპს სამაუწყებლო კომპანია რუსთავი 2“ და „შპს ტელეკომპანია საქართველო“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, II-52.

რეალობაში იგი გარკვეული თავისებურებით ხასიათდება, რომელიც მოსარჩელეს მეტი თავისუფლების არეალს სთავაზობს.

სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი ერთი მხრივ, განსაზღვრავს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა სახეებს, ხოლო, მეორე მხრივ, მოსარჩელეს უტოვებს ფართო არეალს, თავად ჩამოაყალიბოს სასურველი უზრუნველყოფის შინაარსი. ორივე შემთხვევაში უმთავრესია, რომ იგი მიმართული იყოს აღძრულ სარჩელზე მიღებული საბოლოო გადაწყვეტილების აღსრულების ხელშესაწყობად[6]. შესაბამისად, მოსარჩელემ სარჩელის უზრუნველყოფის შუამდგომლობა მოთხოვნიდან გამომდინარე უნდა დააყენოს[7].

სარჩელის უზრუნველყოფის შეფასებისას, სასამართლო ეყრდნობა შემდეგ გარემოებებს[8]: ღონისძიების ადეკვატურობა სასარჩელო მოთხოვნასთან მიმართებით[9], სასამართლოს ვარაუდი სარჩელის პერსპექტიულობაზე[10], მტკიცების ტვირთის მინიმალური სტანდარტის დაცვა[11], სასამართლოს ვარაუდი, გადაწყვეტილების აღუსრულებლად დარჩენის თაობაზე[12] (იგი შეიძლება დამოკიდებული იყოს მოპასუხის ქმედებაზე[13]). აღსანიშნავია, რომ ამ შემთხვევაში ვარაუდს ენიჭება დიდი მნიშვნელობა და მტკიცების სტანდარტი შედარებით რბილი ხასიათის მატარებელია[14]. სოციალურ მედიაში გავრცელებული ცილისმწამებლური განცხადების არსიდან გამომდინარე მოთხოვნაც სწორედ დასახელებულ გარემოებებს უნდა პასუხობდეს.

2. სოციალური მედიის სპეციფიკა და უფლების დაცვის თავისებურებები

სოციალური მედიის სპეციფიკა უფლების დაცვის თავისებურებას მეტად სპეციფიკურ ხასიათს სძენს. აღნიშნული კი სასარჩელო მოთხოვნების სათანადოდ

---

[6] *ბეჩეკაშვილი/ქათამაძე*, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, რჩეული მუხლები, თბილისი, 2020, 191-ე მუხლი, 692.

[7] საინტერესოა, რომ მოსარჩელის ამგვარი თავისუფლება ბევრი ქვეყნის კანონმდებლობით არაა გაწერილი. იხ. მაგალითად, *ჰაგენდორი*, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, რჩეული მუხლები, თბილისი, 2020, 191-ე და შემდგომი მუხლები, 659.

[8] ნაშრომში მოყვანილია ძირითადი კრიტერიუმები, რაც გამოიყენება როგორც სამივე ინსტანციაში განსახილველ დავებში, ისე ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულებისას. იხ. მაგალითად, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 30.06.2021, №ა-3188-შ-82-2021.

[9] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 16.06.2016, №ას-382-366-2016.

[10] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 05.02.2018, №ას-178-178-2018 - აღნიშნული არ ახდენს გავლენას დავის სამართლებრივ ბედზე.

[11] მტკიცების სტანდარტში არ იგულისხმება იგივე სახის მტკიცებითი აქტივობა, რაც სასარჩელო წარმოებისას არის განსაზღვრული. პირიქით, ასეთ დროს, საკმარისია მხოლოდ ალბათობის მაღალი ხარისხით იმ გარემოებების არსებობის ვარაუდი, რომელსაც უზრუნველყოფის გამოყენების აუცილებლობის შესახებ მოთხოვნა ემყარება. იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 13.05.2016, №ას-239-239-2016.

[12] *ბეჩეკაშვილი/ქათამაძე*, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, რჩეული მუხლები, თბილისი, 2020, 191-ე მუხლი, 694.

[13] საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 05.02.2009, №ას-16-354-09.

[14] იხ. მაგალითად, თბილისის სააპელაციო სასამართლოს განჩინება, 02.06.2014, №2ბ/2154-14.

ფორმულირებაში აისახება. მაგალითად, კერძო პირის ცილისწამების შემთხვევაში, მოსარჩელემ მკაფიოდ უნდა ჩამოაყალიბოს სასარჩელო მოთხოვნები, სადაც დეტალურად გაიწერება, თუ რა ფორმით უნდა უარყოს მოპასუხემ მის მიერ გავრცელებული ინფორმაცია და რა ქმედებები უნდა განახორციელოს მან[15].

სოციალურ მედიის სპეციფიკაც სწორედ აქ იჩენს თავს: განსხვავებით ე.წ. „ტრადიციული მედიისგან“, სოციალურ მედიაში არსებული ფართო თავისუფლების გათვალისწინებით, მხოლოდ უარყოფის მოთხოვნა არ არის საკმარისი უფლების სათანადოდ რეალიზებისთვის[16]. კერძოდ, არსებობს რისკი, მაგალითად, მომხმარებელმა წაშალოს ანგარიში „facebook-ში“ და განახორციელოს სხვა აქტივობანი. სწორედ ამიტომ, მეტი აღქმადობისთვის, უარყოფასთან ერთად, მოსარჩელემ შეიძლება მოითხოვოს: სასამართლოს დავალებით უარმყოფელი პოსტის საჯაროდ განთავსება, განთავსების პერიოდულობის განსაზღვრა (დავუშვათ, 3 თვე, 1 წელი და ა.შ.[17]), დააკონკრეტოს განთავსების ფორმატი[18], განსაზღვროს ანგარიშების წაშლის დაუშვებლობა[19], ასევე, მეგობრების (მიმდევრების) წაშლის აკრძალვა და თავდაპირველი (ცილისმწამებლური) განცხადების წაშლა[20].

ისევ ცილისწამების მაგალითზე თუ ვიმსჯელებთ, შესაძლებელია „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლის 1-ლი პუნქტის მოშველიება, სადაც ვხვდებით ფორმულირებას: „სასამართლოს მიერ დადგენილი ფორმით“. ეს კი ნიშნავს, რომ უარყოფის ფორმას განსაზღვრავს სასამართლო, ხოლო, შეჯიბრებითობის პრინციპსა თუ სამოქალაქო დავაში სასამართლოს გადაწყვეტილების ფარგლებზე დაფუძნებით, სასამართლო არაა უფლებამოსილი, მოსარჩელეს მიაკუთვნოს თავისი გადაწყვეტილებით ის, რაც მას არ მოუთხოვია, ან იმაზე მეტი, ვიდრე ის ითხოვდა (სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 248-ე მუხლი). შესაბამისად, მოთხოვნის ფორმულირებაც სწორედ მოსარჩელე მხარეზეა დამოკიდებული, რომლის მი-

[15] იხ. მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოს დაუსწრებელი გადაწყვეტილება, 31.10.2022, №2/28981-22. აღნიშნული გადაწყვეტილება არ შესულა კანონიერ ძალაში (მოპასუხის მიერ საჩივრის საფუძველზე, რომლითაც სასამართლომ ჩათვალა, რომ აღმოიფხვრა ფორმალური წინაპირობანი - თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 20.12.2022, №2/28981-22), თუმცა მოთხოვნის დაკმაყოფილების თვალსაზრისით, მნიშვნელოვან პრაქტიკულ მაგალითად შეიძლება იქნეს მიჩნეული.

[16] იხ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს განჩინება, 22.10.2021, №2ბ/4254-21.

[17] თითოეული მათგანი დამოკიდებულია შინაარსსა და დასაბუთებაზე.

[18] ვთქვათ, თუ გავრცელებულია ცილისმწამებლური პოსტი შესაბამისი ფოტოს გამოყენებით, მოსარჩელე დააკონკრეტებს მოთხოვნას და მოითხოვს იმავე ფოტოთი უარმყოფელი განცხადების განთავსებას.

[19] არანაკლებ გავრცელების ვადით, სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულების მიზნებისთვის.

[20] ასეთი რამდენიმე საქმე მიმდინარეობს სასამართლოში. პრაქტიკის კუთხით მნიშვნელოვანია ის გარემოება, რომ სასამართლომ შეცვალა მიდგომა (ადრინდელი პრაქტიკის თაობაზე იხ. მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 06.08.2021, №2/19489-21) და იღებს წარმოებაში საქმეებს, სადაც ამგვარადაა ფორმულირებული სასარჩელო მოთხოვნები.

ზანსაც უფლების რესტიტუცია წარმოადგენს, რაც ამ შემთხვევაში, სწორედ სათანადოდ ფორმულირებულ სასარჩელო მოთხოვნასთან უნდა მოდიოდეს შესაბამისობაში[21].

3. სოციალურ მედიაში განხორციელებული აქტივობების შედეგად უზრუნველყოფის ცალკეული ღონისძიებანი

წინამდებარე ნაშრომში მოყვანილია სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების ხუთი შემთხვევა. წინადაწინვე უნდა გაესვას ხაზი, რომ მოცემული ჩამონათვალი არ არის ამომწურავი. სოციალური მედიის განვითარებასთან ერთად, შესაძლებელია, რომ უფლების დაცვაც განსხვავებულ ფორმულირებას მოიცავდეს. შესაბამისად, გამოყენებულ იქნეს უზრუნველყოფათა ახალი ღონისძიებანი.

3.1 საჯაროობის შეზღუდვა

პოსტის საჯაროობა[22] გულისხმობს დაინტერესებულ პირთა მიერ მისი ნახვის ფართო შესაძლებლობას. სამოქალაქო დავა, ხშირ შემთხვევაში (სამი ინსტანციის კვალობაზე) რამდენიმე წელიც კი შეიძლება გაგრძელდეს. შესაბამისად, ეს ნიშნავს, რომ ამ პერიოდის მანძილზე, სადავო პოსტი იქნება საჯარო და საზოგადოებისთვის ხელმისაწვდომი[23]. სასამართლოში დავის შედეგი (ცილისწამების დავებზე), პირველ რიგში, პოსტის უარყოფაა (მოსარჩელის მიერ დაყენებული ფორმით), თუმცა ის, თუ რამდენად ექნება მას ეფექტი რამდენიმეწლიანი დავის შემდეგ (რესტიტუციის შესაძლებლობა), კითხვის ნიშნის ქვეშაა.

სწორედ აღნიშნულზე დაყრდნობით, 2022 წლის თებერვლიდან ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში ვხვდებით განჩინებებს რომლითაც (სოციალურ მედიაში განხორციელებული აქტივობებზე დაფუძნებული სასარჩელო მოთხოვნის კვალად) უზრუნველყოფის ღონისძიებაზე შუამდგომლობებია დაკმაყოფილებული. ამ მხრივ, ერთგვარად შეცვლილია მიდგომა[24], რომელიც სასამართლოს ადრე ჰქონდა[25].

ა) „facebook-პოსტის“ „Public-იდან“ „Only Me-ზე“ გადაყვანა

უფლების დაცვის გარანტია, რათა მოსარჩელემ შეძლოს გადაწყვეტილების აღსრულება, არ მოიცავს მხოლოდ თეორიულ უფლებას. განსახილველ საქმეში, მოსარჩელის დასაბუთებას წარმოადგენდა შემდეგი: მთელი სასამართლო პროცესის მანძილზე საჯაროდ განთა-

[21] იხ. მაგალითად, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 14.12.2021, №ას-547-2020.

[22] საჯაროობის თაობაზე იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 05.03.2021, №ას-810-2019.

[23] *ჯოხენაძე*, სხვისი ვიზუალით შექმნილი „Memoji-ს“ გამოყენების სამართლებრივი ფარგლები, „სამართლის ჟურნალი“, №1/2021, 10-11.

[24] იხ. მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 03.12.2021, №5259007-21 - ხაზგასასმელია, რომ დასახელებული განჩინება ეხება სარჩელის აღძვრამდე უზრუნველყოფას, თუმცა თემატურად განსახილველი საკითხის ანალოგიურია.

[25] იხ. მაგალითად, თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 27.12.2021, №2/35100-21.

ვსებული პოსტი ნებისმიერი მესამე პირისთვის იქნებოდა ხელმისაწვდომი. მოსარჩელის პოზიციას წარმოადგენდა, მოპასუხეს შეეზღუდა პოსტი იმგვარად, რომ ნებისმიერ მსურველს არ ჰქონოდა წვდომა მასზე. სასამართლომ დააკმაყოფილა შუამდგომლობა და მოპასუხეს დაავალა: *„დავის დასრულებამდე, გავრცელებული პოსტის (მასალის) „facebook-ანგარიშზე“ საჯარო გავრცელების შეზღუდვა „Only Me-ს“ („მხოლოდ ჩემთვის“) ფორმატში გადაყვანის სახით, რომლის საშუალებითაც, მესამე პირებს არ ექნებათ წვდომა გავრცელებულ ინფორმაციაზე/ტექსტზე“*[26]. სასამართლოს პოზიცია არაქონებრივი უფლების დაცვიდან გამომდინარეობდა, რომლის ფარგლებშიც, გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვა დასაშვებად იქნა მიჩნეული.

ბ) „YouTube-ის“ შემთხვევა

ანალოგიურ გამოწვევას ვხვდებით „YouTube-ის“ შემთხვევაშიც, რადგან ამავე სოციალურ მედიაპლატფორმაზეც შესაძლებელია, რომ გასაჯაროებული განცხადებით (ამ შემთხვევაში, უპირატესად, ვიდეოს სახით) დაირღვეს მოსარჩელის უფლებები. სწორედ ამიტომ, ერთ-ერთი ასპექტი, რასაც სასამართლო შეეხო[27], „YouTube-ზე“ განთავსებული ვიდეოს შეზღუდვაა. კერძოდ, „facebook-ზე“ თუ პოსტის სახით მოხდა ინფორმაციის განთავსება, „YouTube-ზე“ იგი განთავსდა ვიდეოს ფორმატში. ვინაიდან „YouTube-ს“ არ გააჩნია „Only Me-ს“ ფუნქცია, ვიდეოს ნაწილში, მოპასუხის მიერ საჯაროდ გავრცელების დროებით შეზღუდვაზე მიიღო განჩინება სასამართლომ[28].

გ) განსხვავება საზოგადოებრივი ინტერესის მქონე კონტენტის შემთხვევაში

ზემოთ მოყვანილი ორივე შემთხვევა ეხებოდა პოსტს/ვიდეოს, რომლის შინაარსი პიროვნული უფლებების შემლახავი იყო და პირად საკითხს მოიცავდა. აღნიშნულისგან რადიკალურად განსხვავებული მიდგომა იარსებებდა, თუ იგი საზოგადოებრივი ინტერესის სფეროში შემავალ თემატიკას შეეხებოდა[29].

დ) შუალედური შეჯამება

მოყვანილი მაგალითები ცხადჰყოფს, რომ სასამართლომ გამოხატვის თავისუფლების საკითხთან მიმართებით ახლებური სტანდარტი დაადგინა. უზრუნველყოფის ღონისძიებით, ერთი მხრივ, განთავსებული პოსტი/ვიდეო არ იშლება, არამედ დროებით იზღუდება, ხოლო, მეორე მხრივ, მოსარჩელეს ენიჭება შესაძლებლობა, სათანადოდ დაიცვას თავისი უფლებები. ეს კი საფუძველია იმისა, რომ ადგილი არ ჰქონდეს სასამართლო გადაწყვეტილების ფორმალურად მიღებას[30].

[26] თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 01.02.2022, №2/2359-22.

[27] იგულისხმება, მოსარჩელის მიერ დაყენებული შუამდგომლობის ფარგლებში.

[28] შესაბამისად, სრულად დაკმაყოფილდა მოსარჩელის შუამდგომლობა. იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 04.02.2022, №2/3022-22.

[29] იხ. მაგალითად, თბილისის სააპელაციო სასამართლოს განჩინება, 19.07.2022, №2ბ/3039-22.

[30] სასარჩელო წარმოებისას მნიშვნელოვანია ლეგიტიმური მოლოდინის არსებობა, რომ გადაწყვეტილება აღსრულდება - ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს განჩინება, 30.03.2016, №2/ბ-209-16 - სარჩელის უზეუნველყოფა კი სწორედ ამ მოლოდინის გარანტიას წარმოადგენს.

3.2 სოციალური მედიის ანგარიშის გაუქმების დაუშვებლობა

სოციალური მედიის ანგარიშის გაუქმების აკრძალვა, უფლების რეალიზაციისთვის არანაკლებ მნიშვნელოვან ელემენტს წარმოადგენს. აღნიშნული ასევე ინდივიდუალური თავისუფლების (ანგარიშის განკარგვის) ფაქტორით არის განპირობებული. კერძოდ, სასამართლო გადაწყვეტილების აღსასრულებლად[31], მოპასუხეს უნდა გააჩნდეს პლატფორმა, სადაც იგი უარყოფს შეურაცხმყოფელ (ცილისმწამებლურ) განცხადებას[32].

მეტი თვალსაჩინოებისთვის შეიძლება მაგალითის მოყვანა: თუ პირმა სოციალურ მედიაში განათავსა ცილისმწამებლური პოსტი, მოსარჩელის მოთხოვნაც, ლოგიკურად, ამავე საშუალებით სათანადო გავრცელებას უნდა შეეხოს. ვთქვათ, მოსარჩელემ მოიგო სასამართლო დავა, მაგრამ აღსრულების მომენტში მოპასუხემ გააუქმა ანგარიში. ამ შემთხვევაში, მოსარჩელე ვერ აღასრულებს იმ გადაწყვეტილებას, რაც მისი უფლებების შელახვისთვის დადგა. შესაბამისად, მას არ დარჩება ბერკეტი, რომლითაც ღირსების უფლების დაცვას შეძლებს.

3.3 სოციალურ მედიაში დამეგობრებულთა რაოდენობის შემცირების დაუშვებლობა

დამეგობრებულთა რაოდენობის არსებობის აუცილებლობაც მსგავს მიზანს ემსახურება: რადგან სოციალურ მედიაში დამეგობრებულ პირთა წრემ პოსტის პოპულარობაზე (გავრცელებადობაზე) დიდი როლი შეიძლება იქონიოს, მნიშვნელოვანია, რომ მეგობრების შემცირების აკრძალვა შეიზღუდოს სასამართლოს მხრიდან უზრუნველყოფის სახით. ამ შემთხვევაში, საუბარია უშუალოდ მოპასუხის მიერ მეგობრების წაშლის შემთხვევასთან, რომლითაც იგი ნაკლები სუბიექტისთვის ხელმისაწვდომს გახდის სასამართლოს მიერ დავალებულ უარმყოფელ განცხადებას. შესაბამისად, უზრუნველყოფის ერთ-ერთ ღონისძიებად ამ შეზღუდვის გამოყენება მართებულად უნდა იქნეს მიჩნეული[33]. თავის მხრივ, მოსარჩელის დასასაბუთებელია გონივრულობის საკითხი, თუ დამეგობრებული პირების რამდენი პროცენტის წაშლას ჩათვლის იგი დასაშვებად[34].

3.4 სოციალური მედიის ანგარიშის სახელის შეცვლის დაუშვებლობა

სოციალურ მედიაში სახელის შეცვლა ასევე მომხმარებლის მარტივ ქმედებებთანაა დაკავშირებული. მაგალითად, თუ პირს ჰქვია გიორგი კაპანაძე (ანგარიში შექმნილია ანალოგიური სახელითა და გვარით: „Giorgi Kapanadze“), მან შეიძლება სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების აღსრულების მომენტში შეუცვალოს ანგარიშს სახელი და დაარქვას: „გაუქმებულია გაუქმებულია“. შე-

[31] იგულისხმება საქმე, სადაც მოთხოვნა სოციალური მედიით უარყოფის გავრცელებას ეხება.
[32] თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 01.02.2022, №2/2359-22.
[33] თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, 04.02.2022, №2/3022-22.
[34] პრაქტიკაში ვხვდებით 30%-ზე მეტის წაშლის დაუშვებლობის შემთხვევას. იხ. იგივე განჩინება.

საბამისად, ამ ანგარიშიდან გავრცელებული (გასაჯაროებული) ინფორმაცია ნაკლებად აღქმადი იქნება ნებისმიერი პირისთვის (მათ შორის, დამეგობრებულ პირთათვის). ამ მსჯელობის გათვალისწინებით, ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში დაკმაყოფილდა მოსარჩელის შუამდგომლობა, რომლითაც მოპასუხეს დაევალა, რომ „facebook-სა“ და „YouTube-ზე“ არ წაუშალოს/გადაარქვას ანგარიშს ის სახელი, რაც მას ჰქონდა უფლებადამრღვევი პოსტის (განცხადების) გაზიარებისას.

დასახელებული ღონისძიების გამოყენება ნაკლებად მიზანშეწონილია ისეთ შემთხვევაში, როდესაც საქმე თანამდებობის პირს ეხება. საზოგადოებისთვის მისი იდენტიფიცირება მარტივად იქნება შესაძლებელი და თავად თანამდებობის პირის ინტერესშიც არ იქნება ანგარიშის სახელის შეცვლა.

3.5 განცხადების განთავსების აკრძალვა

განსხვავებით ზევით დასახელებული ოთხი შემთხვევისგან[35], სააპელაციო და საკასაციო ინსტანციაში დამკვიდრდა პრაქტიკა, რომელიც პირს სოციალურ მედიაში სამომავლო აქტივობის შეზღუდვას უწესებს[36]. საქმის ფაბულა შემდეგია:

- პირველ ინსტანციაში დაუსწრებელი გადაწყვეტილებით დაკმაყოფილდა მოსარჩელის მოთხოვნა და მოპასუხეს დაეკისრა უარყოფის ვალდებულება;
- მოპასუხემ დაუსწრებელი გადაწყვეტილება გაასაჩივრა;
- პარალელურად, მოპასუხე „facebook-ზე“ ათავსებდა პოსტებს, რომლებიც შეეხებოდა სადავო საკითხს;
- მოსარჩელემ მიმართა სააპელაციო სასამართლოს უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების მიზნით და მოითხოვა, რომ მოპასუხეს ნებისმიერ სოციალურ ქსელში აკრძალვოდა მოსარჩელის მისამართით პატივის, ღირსებისა და საქმიანი რეპუტაციის შემლახავი სტატუსის და კომენტარების გაკეთება ან/და მასალების პუბლიკაცია;
- სასამართლომ აღნიშნული დააკმაყოფილა ნაწილობრივ[37], კერძოდ, პირველი ინსტანციის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების ფარგლებში, მოპასუხეს შეზღუდვა დაუწესა აქტივობის თვალსაზრისით. აღსანიშნავია, რომ შეზღუდვა სასამართლომ პირს მხოლოდ „facebook-ის“ ნაწილში დაუწესა[38];
- განჩინება გასაჩივრდა. პირველ ეტაპზე, სააპელაციო, ხოლო, შემდეგ საკასაციო ინსტანციამ განჩინება დატოვა უცვლელი. სასამართლოს განმარტებით, არ იყო სახეზე არამართლზომიერება, რაც პირის უფლებებს დაარღვევდა.

[35] ოთხივე შემთხვევაში განჩინებები შევიდა კანონიერ ძალაში, ვინაიდან მოპასუხემ კანონით დადგენილ ვადაში იგი საჩივრით არ გაასაჩივრა.

[36] იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 24.12.2021, №ას-1192-2021.

[37] თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2020 წლის 15 ოქტომბრის განჩინება - იხ. აღწერილობითი ნაწილი: საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 24.12.2021, №ას-1192-2021.

[38] შუამდგომლობა ეხებოდა ნებისმიერ სოციალურ ქსელს (დაკონკრეტების გარეშე). სასამართლომ ნაწილობრივ დააკმაყოფილა იგი „facebook-ის“ ნაწილში, ვინაიდან სასარჩელო მოთხოვნაც სწორედ აღნიშნულ სოციალურ მედიაში გავრცელებულ ცილისმწამებლურ განცხადებას ეხებოდა.

გარდა იმისა, რომ განხილული უზრუნველყოფის ღონისძიება მნიშვნელოვან პრეცედენტს ქმნის ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში, შესაძლებელია ამ მხრივ ერთგვარი პარალელის გავლებაც გერმანული პრაქტიკის კუთხით, რომელიც არაქონებრივ დავებზე ნეგატორული სარჩელის გამოყენებას ეხება და რომელიც გამოხატვის თავისუფლების სამომავლო შეზღუდვას ითვალისწინებს[39]. მითუმეტეს იმ ფონზე, რომ გამოხატვის თავისუფლების დავებზე ნეგატორული სარჩელის დაკმაყოფილებას[40] ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში ადგილი არ ჰქონია.

4. მოპასუხეთა წრის განსაზღვრა

სოციალურ მედიაში ხშირად ვხვდებით მაგალითებს, როდესაც განცხადების ავტორის პოზიცია განთავსებული/გასაჯაროებული აქვს სხვა პირს[41]. ვთქვათ, „ა-მ“ დაწერა ცილისმწამებლური განცხადება, ხოლო, „ბ-მ“ განათავსა თავისი ანგარიშით დასახელებული განცხადება და მიუთითა „ა-ს“ ავტორობის თაობაზე. ასეთ შემთხვევაში, „ბ“ მოექცევა მოპასუხეთა სიაში. სოციალური მედიის სპეციფიკური ბუნებიდან გამომდინარე, სასამართლო გადაწყვეტილების აღსასრულებლად აუცილებელია, რომ „ბ-ს“ ასევე დაეკისროს უარმყოფელი პოსტის განათავსება (სარჩელის დაკმაყოფილების შემთხვევაში). ამდენად, მოთხოვნა უნდა წარედგინოს იმ პირსაც, რომელმაც თავის პლატფორმაზე გამოაქვეყნა ეს განცხადება[42].

შეჯამება

სოციალურ მედიაში არსებულ აქტივობებზე დაფუძნებით დაყენებულ სასარჩელო მოთხოვნებზე სარჩელის უზრუნველყოფის თითოეული ღონისძიების გამოყენება მნიშვნელოვანი სიახლეა სასამართლო პრაქტიკისთვის. ამ გზით, ერთი მხრივ, იზღუდება მომხმარებელი, თუმცა, მეორე მხრივ, მეტი შესაძლებლობა ეძლევა მოსარჩელეს, დაიცვას ის არაქონებრივი უფლებები, რომლის შელახვაც დავის წინაპირობას წარმოადგენს.

ნიშანდობლივია აღინიშნოს, რომ ტექნოლოგიური განვითარების ფონზე, შესაძლოა, რომ სამომავლოდ მოსარჩელემ უზრუნველყოფის ღონისძიების სხვა საშუალებასაც მიმართოს. ეს დამოკიდებულია როგორც სოციალური მედიის განვითარებაზე, ისე – უფლების დაცვის შესაძლებლობაზე, რომელიც ქართული კანონმდებლობით, უპირატესად სამოქალაქო დავის გზით მიიღწევა.

---

[39] ამ საკითხზე იხ. *ჯოხბენაძე/ჩოჩელი*, ნეგატორული სარჩელის საფუძველზე გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვა, „კერძო სამართლის მიმოხილვა“, 3-4, 2021-2022, 255-263.

[40] ინფორმაცია იმის თაობაზე, საქართველოს მასშტაბით არის თუ არა შეტანილი ამგვარი სარჩელი, არ მოიპოვება.

[41] არ იგულისხმება ე.წ. „ერთობლივი“/„საზიარო“ ანგარიშის შემთხვევა. ამ საკითხზე იხ. *ჯოხბენაძე*, სოციალური მედიის სამართალი, თბილისი, 2019, 72-73.

[42] ამჟამად თბილისის საქალაქო სასამართლოში მიმდინარეობს საქმე ანალოგიური შინაარსით: №2/35100-21.

*თამაი ზამბახიძე**

საბანკო გარანტიის პრობლემური საკითხები

I. შესავალი

საბანკო გარანტია მოთხოვნის უზრუნველყოფის გავრცელებული საშუალებაა, რომელიც ფართოდ გამოიყენება როგორც საერთაშორისო, ისე შიდა სავაჭრო-ეკონომიკურ ურთიერთობებში. მისი უპირატესობა უზრუნველყოფის სხვა საშუალებებთან შედარებით მდგომარეობს გარანტისაგან დაკმაყოფილების დაუყოვნებლივ მიღების შესაძლებლობაში.[1]

საბანკო გარანტია წარმოიშვა და ფორმირდა საერთაშორისო დოკუმენტური აკრედიტივის განვითარების შედეგად.[2] დამოუკიდებელი საბანკო გარანტიის, ანუ რეზერვული აკრედიტივის[3] ინსტიტუტი მე-20 საუკუნის 60-იანი წლებიდან ჩამოყალიბდა. ის პირველად აშშ-ს შიდა ბაზარზე გამოჩნდა და შესამჩნევი ადგილი საერთაშორისო საბანკო ოპერაციებში 70-იანი წლების დასაწყისში დაიკავა.[4] სხვადასხვა ქვეყნის მიერ მიღებული სამართლებრივი ნორმების გარდა, მისი რეგულირება ხორციელდება დამოუკიდებელი გარანტიებისა და აკრედიტივების შესახებ გაეროს კონვენციის საფუძველზე.[5] ამასთან, ძირითადი როლი საბანკო გარანტიის რეგულირების ერთიანი მიდგომის ჩამოყალიბებაში ეკუთვნის საერთაშორისო სავაჭრო პალატას (International Chamber of Commerce — ICC).[6]

---

* საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლე, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

1 *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 204.

2 *ამიღახვარი, გ.*, საერთაშორისო დოკუმენტური აკრედიტივის სამართლებრივი ბუნება, დისერტაცია, თბ., 2017, 5, 13.

3 რეზერვული აკრედიტივი განვითარდა აშშ-ში მას შემდეგ, რაც ეროვნული ბანკის შესახებ აქტმა კომერციულ ბანკებს შეუზღუდა გარანტიების გაცემა. ასეთი შეზღუდვა აშშ-ში ამჟამად აღარ არსებობს, თუმცა გარანტიებს შემორჩა ეს სახელი. რეზერვული აკრედიტივი და საბანკო გარანტია შინაარსობრივად ერთსა და იმავე მიზანს ემსახურება. იხ.: *ღიპარტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 33-36.

4 *ხოტენაშვილი პ.*, საბანკო (დამოუკიდებელ) გარანტიათა ზოგიერთი საკითხი ეროვნული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის მიხედვით, „ქართული სამართლის მიმოხილვა", 6/2003-2/3, 328.

5 UNITED NATIONS CONVENTION on INDEPENDENT GUARANTEES and STAND-BY LETTERS of CREDIT, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guarantees.pdf>, კონვენცია არეგულირებს დამოუკიდებელ გარანტიებთან და რეზერვულ აკრედიტივებთან დაკავშირებულ ურთიერთობებს: როცა გარანტის ადგილსამყოფელი კონვენციის წევრი ქვეყანაა; როდესაც ურთიერთობის მიმართ გამოსაყენებელი სამართალი ხელშემკვრელი ქვეყნის კერძო სამართალია. საქართველოს მხრიდან კონვენციის რატიფიცირება არ მომხდარა.

6 *Sprau*, in *Palandt* BGB Komm, 72. Aufl., 2013, Einf v §765, Rn.22.

საბანკო გარანტიის მარეგულირებელი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის[7] ნორმები არ შეიცავს რიგი საკითხების რეგლამენტაციას. სწორედ ამიტომ, საბანკო გარანტიის ეფექტიანობის საწინდარი საერთაშორისო სავაჭრო პალატის უნიფიცირებული წესების მართებული გამოყენება და ერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკის ფორმირებაა.

II. საერთაშორისო სავაჭრო პალატის უნიფიცირებული წესების გამოყენება

საერთაშორისო სავაჭრო პალატის 1978 წლის პუბლიკაცია №325[8] (უნიფიცირებული წესები სახელშეკრულებო გარანტიებისათვის/ICC Uniform Rules for Contract Guarantees) და 1992 წლის პუბლიკაცია №458[9] (უნიფიცირებული წესები მოთხოვნამდე გარანტიებისათვის/ ICC Uniform Rules for Demand Guarantees) უმნიშვნელოვანესია საგარანტიო ურთიერთობების უნიფიკაციის კუთხით. URDG 458 მოიპოვა ფართო საერთაშორისო აღიარება მას შემდეგ, რაც მსოფლიო ბანკმა იგი ასახა მოთხოვნამდე გარანტიისათვის თავის ფორმებში და ეს მოიწონა გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიამ (UNCITRAL). URDG 458 გამოიყენებოდა ბანკებისა და საწარმოების მხრიდან ყველა კონტინენტზე და წარმოების ყველა დარგში. განსხვავებით URCG 325, რომელმაც არ გაამართლა საერთაშორისო სავაჭრო ურთიერთობის მონაწილეთა მოლოდინი, URDG 458 შეძლო საგარანტიო ბაზრის რეალიების ასახვა და ოპტიმალური ბალანსის აღდგენა ურთიერთობის ყველა მხარის ინტერესებს შორის. აპლიკანტი, რომელიც მიმართავდა გარანტს მოთხოვნამდე გარანტიის უნიფიცირებული წესების მიხედვით გარანტიის გაცემის თაობაზე, ნებაყოფლობით კარგავდა შესაძლებლობას, წინ აღდგომოდა გადახდას ბენეფიციართან მისი ურთიერთობებიდან გამომდინარე რაიმე საფუძვლით.[10]

რაც შეეხება 2010 წლის პუბლიკაციას №758[11] (უნიფიცირებული წესები მოთხოვნამდე გარანტიებისათვის/ICC Uniform Rules for Demand Guarantees) არის არა URDG 458 განახლებული ვერსია, არამედ ამბიციური პროექტის რეზულტატი, შექმნილიყო სრულიად ახალი წესები XXI საუკუნის საგარანტიო ურთიერთობებისათვის, რომელიც გამოირჩევა დიდი სიცხადით, სიზუსტითა და შინაარსით. URDG 758 ამოქმედდა 2010 წლის პირველ ივლისს. იგი გამოიყენება ნებისმიერი სახის მოთხოვნამდე გარანტიისათვის[12] ან კონტრგარანტი-

[7] შემდგომში - სსკ.

[8] შემდგომში - URCG 325.

[9] შემდგომში - URDG 458.

[10] ICC Унифицированные Правила для Гарантий по Требованию. Включая типовые формы. Редакция 2010 года. Публикация ICC №758/ ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Including Model Forms 2010 revision. ICC Pulication №758. Международная Торговая Палата. Всемирная организация бизнеса. Введение. *Джордж Аффаки*, 9.

[11] შემდგომში - URDG 758.

[12] მოთხოვნამდე გარანტია ან გარანტია ნიშნავს ნებისმიერ ხელმოწერილ ვალდებულებას, მისი სახელწოდებისა და აღწერილობის მიუხედავად, რაც ითვალისწინებს გადახდას სათანადო მოთხოვნის წარდგენისას (URDG 758, მუხ.2).

ისთვის,[13] რომელშიც პირდაპირაა მითითებული, რომ იგი ექვემდებარება ამ წესებს. წესები სავალდებულოა მოთხოვნამდე გარანტიის ან კონტრგარანტიის ყველა მხარისათვის, გარდა ისეთი შემთხვევებისა და იმ ზომით, რაც შეცვლილია (მოდიფიცირებულია) ან გამორიცხულია მოთხოვნამდე გარანტიით ან კონტრგარანტიით (URDG 758, მუხ.1,a). იმ შემთხვევაში, როცა კონტრგარანტის თხოვნით მოთხოვნამდე გარანტია გაიცემა URDG 758 შესაბამისად, კონტრგარანტია ასევე ექვემდებარება URDG 758, თუ თავად კონტრგარანტიით არ არის ასეთი დაქვემდებარება გამორიცხული. ამასთან, მოთხოვნამდე გარანტია არ დაექვემდებარება URDG 758 მხოლოდ იმიტომ, რომ კონტრგარანტია ექვემდებარება მათ (URDG 758, მუხ.1, b).

მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს:

შესაძლებელია თუ არა უნიფიცირებული წესების გამოყენება საგარანტიო ურთიერთობებში მაშინ, როდესაც თავად გარანტია არ შეიცავს მათზე მითითებას.

ამ დროს მთავარია იმის ანალიზი, რომ უნიფიცირებული წესები წარმოადგენს საუკეთესო სავაჭრო პრაქტიკით/სავაჭრო ჩვეულებებით დადგენილი წესების ერთობლიობას. შესაბამისად, URDG 758 შეიძლება გამოყენებულ იქნეს როგორც სავაჭრო ჩვეულება ან თუ კანონმდებლობა უშვებს ასეთ შესაძლებლობას, როგორც გარანტიის ან კონტრგარანტიის მხარეთა შორის პირდაპირი მითითების გარეშე შეთანხმებული გარკვეული ქცევის წესები.[14]

სსკ-ის მე-2 და 339-ე მუხლები იძლევა ასეთ საშუალებას. სსკ სამართლის წყაროდ აღიარებს ჩვეულებებს, თუმცა მათ ლეგალურ დეფინიციას არ გვთავაზობს. სამაგიეროდ, კოდექსი განსაზღვრავს ჩვეულებების გამოყენების ფარგლებს, კერძოდ, სსკ-ის 2 IV მუხლის მიხედვით, ჩვეულებანი გამოიყენება მხოლოდ მაშინ, თუ ისინი არ ეწინააღმდეგება სამართლისა და ზნეობის საყოველთაოდ აღიარებულ ნორმებს ან საჯარო წესრიგს.[15] ამავე კოდექსის 339-ე მუხლით კი, ხელშეკრულების მხარეთა უფლებებისა და მოვალეობების განსაზღვრისას შეიძლება მხედველობაში იქნეს მიღებული სავაჭრო ჩვეულებები და ტრადიციები. სავაჭრო ჩვეულებებით და ტრადიციებით არ შეიძლება კანონის დადგენილი წესების შეცვლა, დისპოზიციური ნორმების შემთხვევაში კი – სავაჭრო ჩვეულებებსა და ტრადიციებს უპირატესობა ენიჭებათ.[16]

---

[13] კონტრგარანტია - ნებისმიერი ხელმოწერილი ვალდებულება, მისი სახელწოდებისა და აღწერის მიუხედავად, წარდგენილი კონტრგარანტის მიერ მეორე მხარისადმი ამ მეორე მხარის მიერ გარანტიის ან სხვა კონტრგარანტიის გაცემის უზრუნველსაყოფად (დაწვრილებით იხ.: URDG 758, მუხ.2).

[14] ICC Унифицированные Правила для Гарантий по Требованию. Включая типовые формы. Редакция 2010 года. Публикация ICC №758/ ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Including Model Forms 2010 revision. ICC Pulication №758. Международная Торговая Палата. Всемирная организация бизнеса. Введение. Джордж Аффаки, 10,11.

[15] *ჭანტურია ლ.*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I (სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებები), 2017, მუხლი 2, ველი 13.

[16] *ჭანტურია ლ.*, სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., 2011, 325.

III. საბანკო გარანტიის ცნება, ძირითადი მახასიათებლები

1. მხარეები

დეფინიციის თანახმად, საბანკო გარანტიის ძალით ბანკი, სხვა საკრედიტო დაწესებულება ან სადაზღვევო ორგანიზაცია (გარანტი) სხვა პირის (პრინციპალის) თხოვნით კისრულობს წერილობით ვალდებულებას, რომ ნაკისრი ვალდებულების შესაბამისად გადაუხდის პრინციპალის კრედიტორს (ბენეფიციარს) ფულად თანხას გადახდის შესახებ ბენეფიციარის წერილობითი მოთხოვნის საფუძველზე. შესაბამისად, საგარანტიო ურთიერთობის მხარეები არიან გარანტი, პრინციპალი და ბენეფიციარი.

გარანტი არის გარანტიის გამცემი სუბიექტი. URDG 758 არ ადგენს გარანტიის გაცემაზე სპეციალურად უფლებამოსილ პირებს, ანუ გარანტი შეიძლება იყოს ნებისმიერი პირი. რაც შეეხება სსკ-ს, ის ადგენს სპეციალურ სუბიექტთა წრეს[17], კერძოდ, ესენი არიან ბანკი, სხვა საკრედიტო დაწესებულება ან სადაზღვევო კომპანია. ამდენად, სხვა პირებს საბანკო გარანტიებთან დაკავშირებით ურთიერთობებში გარანტად გამოსვლის უფლება არა აქვთ,[18] ანუ ქართულმა კანონმდებლობამ გარანტიის გაცემის პრეროგატივა მიანიჭა ფინანსურ ინსტიტუტებს, რომლებიც ფინანსური სტაბილურობით გამოირჩევიან. ეს მნიშვნელოვანი ფაქტორია, რამეთუ საბანკო გარანტია პირადი უზრუნველყოფის საშუალებაა[19] და მისი ეფექტიანობა სწორედ გარანტის გადახდისუნარიანობაზეა დამოკიდებული. ქართული პრაქტიკის მიმოხილვის შედეგად შეიძლება ითქვას, რომ გარანტიებს გასცემენ ბანკები და სადაზღვევო კომპანიები, ანუ ლიცენზირებული, სპეციალური სუბიექტები.

პრინციპალი (აპლიკანტი[20]) არის გარანტიაში მითითებული მხარე, რომლის ძირითად ხელშეკრულებაში[21] მითითებული ვალდებულებაც არის უზრუნველყოფილი გარანტიით. პრინციპალი შესაძლებელია იყოს, ან არ იყოს ინსტრუქციის გამცემი მხარე[22] (URDG 758, მუხ.2). პრაქტიკაში ხშირად პრინციპალი თავად არის ინსტრუქციის გამცემი მხარე. ანუ პრინციპალი არის სუბიექტი, რომლის ვალდებულებაც ბენეფიციარის (ანუ ძირითად ხელშეკრულებაში კრე-

[17] *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 207.

[18] *ხოტენაშვილი პ.*, საბანკო (დამოუკიდებელ) გარანტიათა ზოგიერთი საკითხი ეროვნული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის მიხედვით, „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 6/2003-2/3, 334.

[19] *ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., ხობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 568.

[20] URDG 758 „პრინციპალს“ უწოდებს „აპლიკანტს“.

[21] ძირითადი გარიგება - ხელშეკრულება, ტენდერის/კონკურსის პირობა ან სხვა ურთიერთობა ბენეფიციარსა და პრინციპალს შორის, რასაც ეფუძნება გარანტია (URDG 758, მუხ.2). ანუ გარიგება, რომლიდან წარმოშობილი პრინციპალის ვალდებულებაც არის უზრუნველყოფილი ბენეფიციარის წინაშე.

[22] ინსტრუქციის გამცემი მხარე არის კონტრგარანტისგან განსხვავებული მხარე, რომელიც გასცემს ინსტრუქციას გარანტიის ან კონტრგარანტიის გასაცემად და პასუხისმგებელია ანაზღაურებაზე გარანტის ან კონტრგარანტის სასარგებლოდ. ინსტრუქციის გამცემი მხარე შეიძლება იყოს ან არ იყოს აპლიკანტი (URDG 758, მუხ.2).

დიტორის) წინაშე უზრუნველყოფილია გარანტიით. იგი შეიძლება იყოს როგორც ფიზიკური, ისე იურიდიული პირი, კანონი რაიმე შეზღუდვას არ აწესებს.

ბენეფიციარი არის მხარე, რომლის სასარგებლოდაც გაიცემა გარანტია (URDG 758, მუხ.2). ბენეფიციარი შეიძლება იყოს როგორც ფიზიკური, ისე – იურიდიული პირი.

2. გარანტია, როგორც ფულადი ვალდებულების შესრულების აბსტრაქტული დაპირება

საგარანტიო თანხა არის ის ფულადი თანხა, რასაც გარანტი უხდის ბენეფიციარს სათანადო მოთხოვნის წარდგენის შემთხვევაში. საგარანტიო თანხა გარანტიაში შეიძლება კონკრეტული ოდენობით ჩაიწეროს ან მიეთითოს ძირითად ხელშეკრულებაში აღნიშნულ თანხაზე ანდა აღინიშნოს მაქსიმალური თანხა, რომლის ოდენობამდეც გარანტი აგებს პასუხს.[23] დამკვიდრებული საბანკო პრაქტიკით, ჩვეულებრივ, თანხა მიეთითება როგორც ციფრობრივად, ისე – სიტყვიერად.[24]

სსკ-ის 888-ე მუხლი პირდაპირ უთითებს, რომ საბანკო გარანტიით გათვალისწინებული გარანტის ვალდებულება ბენეფიციარის მიმართ შემოიფარგლება იმ თანხის გადახდით, რომელზედაც გაიცა გარანტია. გარანტის ვალდებულება ფულადია[25], ანუ გარანტიით გარანტი კისრულობს ბენეფიციარის მიერ სათანადო მოთხოვნის წარდგენისას **მხოლოდ ფულის გადახდას.** ამასთან, გარანტიით ხელშეკრულებით მოვალის (ანუ პრინციპალის) მიერ კრედიტორის (ანუ ბენეფიციარის) წინაშე ნაკისრი ვალდებულება შეიძლება იყოს როგორც ფულადი, ისე არაფულადი სახის (მაგალითად: სესხის დაბრუნება, მენარდის მიერ სამუშაოს შესრულება და ა.შ.).

გარანტმა უნდა აანაზღაუროს სათანადო მოთხოვნა გარანტიაში მითითებული ვალუტით. თუ იმ რიცხვში, როცა გარანტიის მიხედვით უნდა მოხდეს გადახდა, გარანტს არ შეუძლია გადახდა იმ ვალუტით, რაც გარანტიაშია მითითებული, რაც დაკავშირებულია მისი კონტროლის მიღმა არსებული გარემოებებით გამოწვეული ხელშეშლით ან გარანტიაში მითითებული ვალუტით გადახდა არღვევს გადახდის ადგილის ქვეყნის კანონმდებლობას, გარანტმა უნდა გადაიხადოს გადახდის ადგილის ვალუტით, მაშინაც კი, თუ გარანტიაში აღნიშნულია, რომ გადახდა შესრულდება მხოლოდ გარანტიაში მითითებული ვალუტით (URDG 758, მუხ.21, a,b).

საბანკო გარანტია არის გადახდის აბსტრაქტული დაპირება გარანტის მხრიდან,[26] რომლითაც გარანტი ვალდებულია, ბენეფიციარის მიერ სათანადო მოთხოვნის ვადაში წარდგენის შემთხვევაში გადაიხადოს საგარანტიო თანხა.

[23] *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 221.

[24] *ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., ჩობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 571.

[25] იხ. სუსგ საქმეზე №ას-1365-2019, 08.10.2021.

[26] *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 205; *ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., ჩობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 578.

გარანტის მიერ საგარანტიო თანხის გადახდა არ წარმოადგენს ზიანის ანაზღაურებას და ამის გამო ბენეფიციარს არ სჭირდება ზიანის მიყენების ფაქტის მტკიცება.[27] ამაშიც ვლინდება გარანტიის დამოუკიდებელი და აბსტრაქტული ბუნება: **ის არ არის დამოკიდებული არც ზიანის დადგომასა და არც სხვა მატერიალურ დანაკარგებზე,** რომლებიც შეიძლება კრედიტორს ძირითადი ვალდებულების დარღვევით მიადგეს. თვით ფაქტი საგარანტიო შემთხვევის დადგომისა, მაგალითად, უზრუნველყოფილი ვალდებულების შეუსრულებლობა, მიუხედავად იმისა, მოჰყვა ამას ზიანი თუ არა, საკმარისია გარანტისაგან გადახდის მოთხოვნისათვის.[28]

3. გარანტიის დამოუკიდებლობა

გარანტია ყოველთვის ინარჩუნებს დამოუკიდებლობას ძირითადი გარიგებისაგან.[29] გარანტია თავისი ბუნებით არ არის დამოკიდებული ძირითად გარიგებაზე და გარანტს არ ზღუდავს მისი პირობები. იდენტიფიკაციის მიზნით გარანტიაში ძირითადი გარიგების მითითება არ ცვლის გარანტიის დამოუკიდებელ ბუნებას. გარანტის ვალდებულება გადაიხადოს გარანტიით გათვალისწინებული თანხა, არ არის დამოკიდებული რაიმე ურთიერთობიდან გამომდინარე მოთხოვნასა და პრეტენზიაზე, გარდა გარანტსა და ბენეფიციარს შორის ურთიერთობისა (URDG 758, მუხ. 5, a).

საბანკო გარანტიის დამოუკიდებლობიდან და აბსტრაქტულობიდან გამომდინარე, გარანტს არა აქვს უფლება, წაუყენოს ბენეფიციარს შესაგებელი ან რამე სახის პრეტენზია მოთხოვნაზე, რაც გამომდინარეობს იმ ძირითადი ვალდებულებიდან, რის უზრუნველსაყოფადაც გარანტია გაიცა,[30] ასევე – რომელიმე სხვა ვალდებულებიდან, მათ შორის, საბანკო გარანტიის გაცემაზე შეთანხმებიდან.[31] პრინციპალის მიერ თავისი უფლებების გარანტისათვის დათმობის შემთხვევაშიც კი გარანტს არა აქვს უფლება, ბენეფიციართან ურთიერთმოთხოვნა გაქვითოს, თუ ასეთი რამ საბანკო გარანტიის ტექსტით არ არის გათვალისწინებული.[32] გარანტს არა აქვს უფლება, წაუყენოს ბენეფიციარს შესაგებელი იმ გარემოებებზე, რაც არ არის მითითებული გარანტიაში, ანუ გარანტს შეუძლია წარადგინოს შესაგებელი, რომელიც გამომდინარეობს უშუალოდ საბანკო გარანტიიდან.[33] ამდენად, არააქცესორულობა გულისხმობს იმას, რომ ძირითადი ვალდებულება – ხელშეკრულება, რომლის უზუნველსაყოფადაც საბანკო გარანტია გაიცა, გავლენას ვერ ახდენს ამ უკანასკნელზე. საბანკო გარანტია შესასრულებელია გაცემული პირობების ფარგლებში ბენეფიციარის

[27] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 220.

[28] იქვე.

[29] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-108-2020, 03.06.2020; სუსგ საქმეზე №ას-1681-2019, 22.05.2020; სუსგ საქმეზე №ას-1681-2018, 01.03.2019.

[30] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-1038-999-2016, 01.02.2017; სუსგ საქმეზე №ას-492-460-2017, 01.06.2017.

[31] *ჭიპაშვილი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 86.

[32] იქვე, 113.

[33] *ღიპაძტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 72.

მოთხოვნისთანავე, მიუხედავად იმისა, არსებობს თუ არა ძირითადი ვალდებულებიდან გამომდინარე შესაგებელი.[34] ძირითადი ვალდებულებიდან გამომდინარე დავის ფარგლებში მხარეთა შორის მორიგება არ იქნა მიჩნეული გარანტის პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლების საფუძვლად.[35]

პრინციპალის ძირითადი ვალდებულების გაბათილება, შეწყვეტა ან სამართლებრივი ვითარების სხვაგვარი შეცვლა, თავისთავად არ იწვევს საბანკო გარანტიის მოქმედების შეწყვეტას, ამიტომაც, საბანკო გარანტიაში მკაფიოდ უნდა აისახოს მისი დაკმაყოფილების წინაპირობები. [36]

4. გარანტიის გაცემა და მისი იურიდიული ბუნება

შეფასების საგანია საკითხი – საბანკო გარანტია არის ხელშეკრულება თუ ცალმხრივი გარიგება. უპირველეს ყოვლისა, განხილულ უნდა იქნეს საგარანტიო ურთიერთობის მონაწილე სუბიექტებს შორის დამოკიდებულება. უნდა გავითვალისწინოთ, რომ აქ საქმე არ გვაქვს სამმხრივ ხელშეკრულებასთან. საბანკო გარანტიის ინსტიტუტის ამოქმედებისათვის აუცილებელია ორი ძირითადი მოქმედების თანმიმდევრობით განხორციელება: 1. სასყიდლიანი ხელშეკრულების დადება პრინციპალსა და გარანტს შორის. ამ ხელშეკრულებას ხშირად „გარანტიის გაცემის“[37] ან „საბანკო გარანტიით მომსახურების შესახებ“ ხელშეკრულებას უწოდებენ[38] და 2. გარანტის მიერ ბენეფიციარის მიმართ თვით გარანტიის გაცემა,[39] ანუ საუბარია ე.წ. საბანკო გარანტიის გაცემის თაობაზე ორმხრივ, სასყიდლიან ხელშეკრულებაზე (სსკ-ის მუხ. 880) და თვით საბანკო გარანტიაზე, რომლის საფუძველზეც გარანტს წარმოეშობა ვალდებულება ბენეფიციარის წინაშე (სსკ-ის მუხ. 879). სწორედ ამ უკანასკნელის სამართლებრივ ბუნებაზე არსებობს განსხვავებული მოსაზრებები, კერძოდ:

ა) საბანკო გარანტია არის დამოუკიდებელი ხელშეკრულება, – რომლითაც ბანკი ან სხვა საკრედიტო ორგანიზაცია ცალმხრივად იძლევა დაპირებას, რომ მოვალის (პრინციპალის) მიერ ვალდებულების შეუსრულებლობის გამო ფულად თანხას (საგარანტიო თანხას) გადაუხდის ბენეფიციარს (კრედიტორს).[40] ამდენად, შეიძლება გარანტსა და პრინციპალს შორის დაიდოს ხელშეკრულება, მაგრამ გარანტმა არ შეასრულოს ის და არ გასცეს გარანტია. ამით ის არღვევს ხელშეკრულებით ნაკისრ ვალდებულებას, ერთი მხრივ, ხოლო, მეორე მხრივ, არ წარმოიშობა გარანტიის ურთიერთობა ბანკს (გარანტს) და ბენეფი-

[34] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-562-871-09, 20.10.2009.

[35] იხ. სუსგ საქმეზე №ას-1391-2018, 28.03.2022.

[36] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-1231-1151-2017, 01.12.2017.

[37] *ხოტენაშვიღი პ.*, საბანკო (დამოუკიდებელ) გარანტიათა ზოგიერთი საკითხი ეროვნული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის მიხედვით, „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 6/2003-2/3, 330.

[38] *ჭიპაშვიღი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 201,202.

[39] *ხოტენაშვიღი პ.*, საბანკო (დამოუკიდებელ) გარანტიათა ზოგიერთი საკითხი ეროვნული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის მიხედვით, „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 6/2003-2/3, 330; სუსგ საქმეზე №ას-1511-2018, 26.03.2019

[40] *ჭანტუჩია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 205; სუსგ საქმეზე №ას-1511-2018, 26.03.2019

ციარს შორის. ამდენად, გამოვლენილია ორი დამოუკიდებელი ვალდებულებითი ურთიერთობა, რომელშიც ერთ-ერთი მონაწილე ყოველთვის არის გარანტი.[41] ამასთან, მხოლოდ გარანტისა და პრინციპალის ურთიერთშეთანხმება გარანტიის თაობაზე ბენეფიციარისათვის არ არის საკმარისი, თუკი ისიც არ განაცხადებს თანხმობას, მიიღოს ბანკის მიერ შემოთავაზებული გარანტია. პრაქტიკაში გარანტიის მიღება, როგორც წესი, ხდება კონკლუდენტურად, საგარანტიო წერილის ჩაბარებით. ბენეფიციარი იღებს არა ნებისმიერ გარანტიას, არამედ მხოლოდ იმას, რომელიც შეესაბამება და შეიცავს მის მიერ წინასწარ ჩამოყალიბებულ მოთხოვნებს. მხოლოდ გარანტის მიერ ნების გამოვლენა (საგარანტიო წერილის გაცემა) არ არის საკმარისი დასახული სამართლებრივი შედეგისთვის, თუკი ბენეფიციარმაც არ მიიღო იგი.[42] მხოლოდ ბენეფიციარის ინფორმირებულობა, როგორც ეს ცალმხრივი გარიგებების დროსაა, საკმარისი არ არის საბანკო გარანტიის ნამდვილობისათვის.[43]

ბ) გარანტია არის ცალმხრივი გარიგება, რომელიც წარმოშობს გარანტის ვალდებულებას.[44] ვალდებულების ძირითად სუბიექტად არ გამოდის ბენეფიციარი, ვინაიდან კანონი არ ითხოვს ამ უკანასკნელის მიერ გარანტიის მიღებას,[45] ანუ, ამ მოსაზრებით, ბენეფიციარის მიერ გარანტიის აქცეპტი არ ითვლება სავალდებულოდ. გარანტის წერილობითი ვალდებულება არ უნდა განიხილებოდეს ოფერტად და ბენეფიციარის დუმილი კი – აქცეპტად.[46] გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის 1995 წლის კონვენციით დამოუკიდებელი გარანტიებისა და აკრედიტივების შესახებ (მუხ.7.3) გადახდის მოთხოვნა შეიძლება წარდგენილ იქნეს ვალდებულებების პირობების შესაბამისად მისი გაცემის მომენტიდან, თუ ვალდებულება თავად არ შეიცავს მითითებას სხვა ვადაზე.[47] ანუ საგარანტიო ვალდებულება ითვლება გამოუთხოვადად, იგი სავალდებულოა შესასრულებლად მისი გაცემის მომენტიდან და არ მოითხოვს ბენეფიციარის აქცეპტს. გარანტია უნდა განვიხილოთ, როგორც გარანტის ცალმხრივი ვალდებულება, რომელიც წარმოიშობა მის მიერ საბანკო გარანტიის გაცემით.[48]

სსკ-ის 884-ე მუხლი საბანკო გარანტიის ძალაში შესვლას უკავშირებს გაცემის დღეს, თუ გარანტიით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული. URDG 758

[41] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 212,213.

[42] იქვე, 215.

[43] იქვე.

[44] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-562-871-09, 20.10.2009; *ჭიპაშვიდი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 104,105; *ხოტენაშვიდი პ.*, საბანკო (დამოუკიდებელ) გარანტიათა ზოგიერთი საკითხი ეროვნული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის მიხედვით, „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 6/2003-2/3, 330.

[45] *შენგელია ჰ.*, სსკ-ის კომენტარი, წიგნი IV, ტ.II, თბ., 2001, მუხლი 879, 216.

[46] *ხოტენაშვიდი პ.*, საბანკო (დამოუკიდებელ) გარანტიათა ზოგიერთი საკითხი ეროვნული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის მიხედვით, „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 6/2003-2/3, 332.

[47] UNITED NATIONS CONVENTION on INDEPENDENT GUARANTEES and STAND-BY LETTERS of CREDIT <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guarantees.pdf>.

[48] *ჭიპაშვიდი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 94.

4 (a) მუხლით, გარანტია ითვლება გაცემულად გარანტის მიერ მისი გაგზავნის მომენტში. საკითხის ასეთი რეგლამენტაცია შეესაბამება გარანტიის ბუნებასა და მიზანს. როცა გარანტის მიმართ მოთხოვნის უფლება უჩნდება ბენეფიციარს, იგი ამ დროს კრედიტორის სტატუსს იძენს და შეუძლია, გარანტს მოსთხოვოს იმ ვალდებულების შესრულება, რაც არ შეასრულა პრინციპალმა.[49] ანუ საბანკო გარანტიის ამოქმედება უკავშირდება გარანტის მიერ დაპირების გაგზავნას უზრუნველყოფილი მოთხოვნის კრედიტორისათვის (ბენეფიციარისათვის), რომ მოვალის (პრინციპალის) მიერ ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში გარანტიის პირობების შესაბამისად ფულად თანხას (საგარანტიო თანხას) გადაუხდის ბენეფიციარს.[50] **ბენეფიციარი უფლებამოსილია, მოთხოვნა წარადგინოს გარანტიის გაცემის მომენტიდან ან უფრო გვიან პერიოდში, ან იმ მოვლენის დადგომისას, რაც გათვალისწინებულია გარანტიით** (URDG 758, მუხ. 4, c). ამდენად, თუ გარანტიაში სხვა რამ არ არის მითითებული, ბენეფიციარის მოთხოვნის უფლება წარმოიშობა მისი გაცემის დღიდან. მხარეთა შეთანხმების შესაბამისად, გარანტის ვალდებულების წარმოშობა შესაძლოა დამოკიდებული იყოს როგორც მომავალ კონკრეტულ კალენდარულ თარიღზე, ისე რაიმე პირობაზე, მოვლენის დადგომაზე, მოქმედების შესრულებაზე.[51] მაგალითად, მხარეებს შეუძლიათ შეთანხმდნენ, რომ საბანკო გარანტია ძალაში შევა ბენეფიციარის მიერ პრინციპალისათვის საქონლის მიწოდებისთანავე, ბენეფიციარის მიერ პრინციპალისათვის სესხის გამოყოფისთანავე და ა.შ. მსგავსი შეთანხმების არსებობისას საბანკო გარანტია ძალაში შევა არა მისი გაცემის მომენტიდან, არამედ სწორედ მხარეთა მიერ შეთანხმებული დროიდან,[52] შეთანხმებული პირობის დადგომიდან. ანუ საბანკო გარანტია შეიძლება დაიდოს გადადების პირობით (სსკ-ის მუხ.96). საბანკო პრაქტიკაში, ძირითადად, საბანკო გარანტიის ამოქმედების ვადა დგინდება კონკრეტულ თარიღზე მითითებით.[53]

5. საბანკო გარანტია, როგორც დოკუმენტური ოპერაცია

გარანტები ურთიერთობენ დოკუმენტებთან და არა საქონელთან, მომსახურებასთან ან სამუშაოსთან, რომლებსაც შესაძლოა, უკავშირდებოდეს დოკუმენტები (URDG 758, მუხ.6). ანუ საბანკო გარანტია, დოკუმენტური აკრედიტივისა და დოკუმენტური ინკასოს მსგავსად, არის დოკუმენტური ოპერაცია.

საქართველოს კანონმდებლობაში ასეთი რამ მითითებული პირდაპირ არ არის, მაგრამ სსკ-ის 879-890 მუხლების სისტემური ანალიზი სხვაგვარი განმარტების საშუალებას არ იძლევა. ოპერაციის დოკუმენტური ხასიათი იმაში მდგომარეობს, რომ გარანტი არ ამოწმებს რეალობაში ხელშეკრულების დარღვევის ფაქტებსა და ხარისხს (დათქმული ოდენობით მიეწოდა საქონელი თუ

[49] *გაბისონია* ზ., საბანკო სამართალი, თბ., 2012, 254.

[50] *ჭანტურია* ლ., კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 205.

[51] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-562-871-09, 20.10.2009.

[52] *ძიებიშვილი* ზ., *ცეხცვაძე გ., ხობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცეხცვაძე ლ., ჯანაშია ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 575.

[53] *გაბისონია* ზ., საბანკო სამართალი, თბ., 2012, 253.

არა, ხარისხიანი მასალით შესრულდა დაკვეთა თუ არა). პრინციპალის მიერ ვალდებულების დარღვევის კვლევა გარანტის მხრიდან გონივრული წინდახედულების ფარგლებში შესაძლებელია მხოლოდ საბანკო გარანტიით შეთანხმებული მოთხოვნისა და თანდართული დოკუმენტების კვლევის ფარგლებში.[54] სწორედ ამიტომ არის ეს დოკუმენტური ოპერაცია.[55] სსკ არ აზუსტებს დოკუმენტების ჩამონათვალს, რომელიც უნდა წარედგინოს გარანტს, მაგრამ გავრცელებული პრაქტიკის მიხედვით, მასში იგულისხმება პროდუქციის ჩაბარების ოქმი, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, სატრანსპორტო ზედდებული და ა.შ.[56] **მხარეები თავად თანხმდებიან, რომელი დოკუმენტით უნდა დადასტურდეს პრინციპალის მიერ ვალდებულების დარღვევა.**

მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს:

გარანტის მიერ დოკუმენტების შემოწმების ფარგლები.

ამ საკითხს დეტალურად არეგულირებს URDG 758. გარანტს **არ ეკისრება არანაირი ვალდებულება ან პასუხისმგებლობა** – ნებისმიერი ხელმოწერის ან მისთვის წარდგენილი დოკუმენტის ფორმაზე, სისრულეზე, სიზუსტეზე, ნამდვილობაზე, სიყალბესა ან იურიდიულ ძალაზე; ზოგადი ან კერძო ხასიათის განცხადებებზე, რასაც შეიცავს წარმოდგენილი დოკუმენტი ან დამატებითი დანართი; საქონლის აღწერაზე, რაოდენობაზე, წონაზე, ხარისხზე, მდგომარეობაზე, შეფუთვაზე, მიწოდებაზე, ღირებულებაზე ან არსებობაზე, მომსახურების გაწევაზე ან სამუშაოს შესრულებაზე, ან სხვა მონაცემებზე, რასაც შეიცავს ნებისმიერი წარდგენილი დოკუმენტი; ან ნებისმიერი პირის კეთილსინდისიერებაზე, ქმედებაზე, დაშვებულ შეცდომაზე, გადახდისუნარიანობაზე, ქმედებების შედეგზე, ან რეპუტაციაზე, რომელმაც გასცა გარანტისათვის წარსადგენი ნებისმიერი დოკუმენტი, ან მოხსენებულია მასში ნებისმიერი სხვა ფორმით (URDG 758, მუხ.27). ანუ დოკუმენტებზე შესრულებული ხელმოწერის შემოწმება და შეფასება, არის თუ არა ის იურიდიული ძალის მქონე, გარანტის საქმე არ არის. გარანტს არ ეკისრება პასუხისმგებლობა ან რაიმე ვალდებულება ქონებრივი ზიანისათვის, თუ ბენეფიციარის მიერ წარდგენილ დოკუმენტებზე მომავალში ხელმოწერის საეჭვოობის საკითხი დადგება და გარანტის მიერ რეგრესის უფლების რეალიზაციის დროს პრინციპალი პრეტენზიას გამოთქვამს იმ მიზეზით, რომ გარანტს არაზუსტი, ყალბი და იურიდიული ძალის არმქონე დოკუმენტები შემოწმებისას გამორჩა ან გაეპარა და ისე გადაუხადა ბენეფიციარს გარანტიის თანხა.[57] ამდენად, გარანტი ამოწმებს მისთვის წარდგენილ დოკუმენტაციას პრინციპალის მხრიდან ვალდებულების დარღვევის ფაქტის დადგენის მიზნით, **დოკუმენტის ნამდვილობაზე პასუხისმგებელი კი მათი წარმდგენი პირია.** გარანტიის მიზანია, გარანტის მიერ სწრაფად შემოწმდეს წარდგენილი დოკუმენტაცია და თუ ის სრულად შეესაბამება გარანტიის პირობებს,

[54] იხ. სუსგ საქმეზე №ას-476-2020, 27.10.2021.

[55] *ჭიპაშვიღი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 134, 135.

[56] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 222.

[57] *ჭიპაშვიღი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 176.

ბენეფიციარს გადაუხადონ საგარანტიო თანხა. იმ შემთხვევაში, **თუ გარანტს უწევს დოკუმენტების პრინციპალისათვის გადაგზავნა, მას ასევე არ ეკისრება არანაირი ვალდებულება ან პასუხისმგებლობა** იმ შედეგებთან დაკავშირებით, რაც შეიძლება მოჰყვეს ნებისმიერი დოკუმენტის დაყოვნებას, გზაში დაკარგვას, სახის შეცვლას ან სხვა შეცდომებს დოკუმენტების გადაგზავნისას, თუ ასეთი დოკუმენტი გადაიგზავნა ან გადაეცა გარანტიაში მითითებული წესით, ან თუ გარანტს შეეძლო დამოუკიდებლად შეერჩია მიწოდების სამსახური ამ საკითხთან დაკავშირებით სპეციალური ინსტრუქციის არარსებობისას. გარანტი ასევე არ არის პასუხისმგებელი იმ შედეგებზე, რაც შეიძლება მოჰყვეს არასწორ თარგმანს ან ტექნიკური ტერმინების არასწორ განმარტებას, იგი უფლებამოსილია, გადასცეს გარანტიის ტექსტი სრულად ან ნაწილობრივ თარგმანის გარეშე (URDG 758, მუხ.28, a,b).

აქვე ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ ზემოაღნიშნულ რეგულაციებს აბალანსებს URDG 758 30-ე მუხლი, რომელიც განამტკიცებს გარანტის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების ფარგლებს და ადგენს, რომ **27-ე-29-ე მუხლები არ ათავისუფლებს გარანტს ვალდებულებებისაგან ან პასუხისმგებლობისგან, თუ იგი არღვევს ვალდებულებას, იმოქმედოს კეთილსინდისიერად, ანუ თუ დადგინდება გარანტის არაკეთილსინდისიერება, მას არ შეეძლება მითითებული ნორმებით უარი თქვას ვალდებულებების შესრულებაზე და აირიდოს პასუხისმგებლობა.** ეს უმნიშვნელოვანესი ნორმაა. გარანტი ვალდებულია, იყოს კეთილსინდისიერი პრინციპალსა და ბენეფიციართან მიმართებით, შეასრულოს თავისი უფლებები და მოვალეობები მოქმედი გარანტიის ფარგლებში ჯეროვნად, იყოს სწრაფი, ადეკვატური, მოქნილი, ზრუნავდეს თავის საქმიან რეპუტაციაზე, მაღალი ხარისხის მომსახურებაზე, იყოს სანდო და კეთილსაიმედო, ჰქონდეს უახლესი და მაღალი ხარისხის ინფორმაციული ტექნოლოგია, ყოველგვარი ეჭვის გამომრიცხავი აღრიცხვა, იზრუნოს როგორც თავის კლიენტზე (აპლიკანტზე, კონტრგარანტზე კონტრგარანტიის შემთხვევაში), ასევე ბენეფიციარზე და მუდმივად ჩააყენოს საქმის კურსში მხარეები მეორე მხარისგან წარმოდგენილ შეტყობინებაზე, ინფორმაციასა თუ დოკუმენტებზე.[58]

6. გარანტიის ფორმა

მართალია, სსკ თითქოს პირდაპირ პასუხს არ სცემს კითხვას, წერილობითი ფორმა საბანკო გარანტიის ნამდვილობის წინაპირობაა თუ მას მხოლოდ მტკიცების ფუნქცია ეკისრება, მაგრამ ნორმების სისტემური განმარტებისა და საბანკო გარანტიის იურიდიული ბუნების ანალიზის შედეგად შეიძლება დავასკვნათ, რომ წერილობით ფორმას საბანკო გარანტიის ნამდვილობის ფუნქციაც ეკისრება.[59]

მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს:

შესაძლებელია თუ არასაბანკო გარანტიის ელექტრონულად გაცემა.

[58] *ჭიპაშვილი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 182.

[59] *ჭანტუჰია ე.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 216,217.

ამის თაობაზე სსკ-ის 879-890 მუხლები არაფერს ამბობს, შესაბამისად, არც აკრძალვას არ აწესებს. ამასთან, სსკ-ის 885 1[1] მუხლი ადგენს ქცევის წესს, რომლითაც ბენეფიციარის მიერ გარანტორისათვის (სხვა მუხლებით განმტკიცებული მართებული ტერმინია „გარანტი“) ფულადი თანხის გადახდის შესახებ მოთხოვნის წერილობითი ფორმით წარდგენა საჭირო არ არის, თუ ბენეფიციარსა და გარანტს შორის არსებობს შეთანხმება ელექტრონული დოკუმენტბრუნვის სისტემის გამოყენებით ფულადი თანხის გადახდის შესახებ მოთხოვნის მიღების თაობაზე. ანუ კოდექსი პირდაპირ ითვალისწინებს საგარანტიო მოთხოვნის ელექტრონულად წარდგენის შესაძლებლობას. ეს არის ერთ-ერთი ცვლილება, რომელიც სსკ-ის საბანკო გარანტიის მომწესრიგებელმა ნორმებმა განიცადა. აღნიშნული ცვლილება ნაკარნახები იყო შესაბამისი ურთიერთობების განვითარებით, კერძოდ, გარანტიის დოკუმენტური ხასიათი ელექტრონული ფორმით შეიცვალა.[60]

21.04.2017 წლის საქართველოს კანონით ელექტრონული დოკუმენტისა და ელექტრონული სანდო მომსახურების შესახებ განსაზღვრულია ელექტრონული დოკუმენტის, ელექტრონული ხელმოწერისა და ელექტრონული სანდო მომსახურების გამოყენების სამართლებრივი საფუძვლები. მისი 4 (2) მუხლით, ელექტრონული დოკუმენტის გამოყენება შესაძლებელია ყველა შემთხვევაში, როდესაც მოითხოვება წერილობითი ფორმის მატერიალური დოკუმენტი, თუ კანონით სხვა რამ არ არის დადგენილი. 31.01.2011 წლის საქართველოს იუსტიციის მინისტრის №21 ბრძანებით დამტკიცებული იძულებითი აუქციონის ჩატარების პროცედურების მე-7 მუხლით დაშვებულია ელექტრონული სახის საბანკო გარანტიის გაცემის შესაძლებლობა სააუქციონო გარანტიებისთვის. განსაკუთრებით საერთაშორისო საგარანტიო ურთიერთობებში, ბანკები დიდი ხანია, სარგებლობენ საბანკო გარანტიის ელექტრონული ფორმით, რასაც „SWIFT” სისტემის მეშვეობით აგზავნიან. ამ შემთხვევაში გარანტია შეიცავს სრულ ტექსტს და დამოწმებულია უფლებამოსილი პირის ციფრული ხელმოწერით, ხოლო შესაბამისი ციფრული კოდის მეშვეობით ხდება გარანტი ბანკის სრული იდენტიფიკაცია.[61] ამდენად, საბანკო გარანტია არააქცესორული, აბსტრაქტული ვალდებულებაა და ფორმის თვალსაზრისით სრულდება წერილობით (მატერიალური სახით ქაღალდზე ან ელექტრონულად). წერილობითი დოკუმენტია ბენეფიციარის მოთხოვნაც.[62]

საჯარო რეესტრის შესახებ საქართველოს კანონით (მუხ.16 (1) გ) საბანკო გარანტია არასავალდებულო რეჟიმში საჯარო რეესტრში რეგისტრაციას დაექვემდებარა. ეს ნიშნავს, რომ დაინტერესებული მხარის სურვილზეა დამოკიდებული, დაარეგისტრირებს თუ არა საბანკო გარანტიას და რეგისტრაციაში გაუტარებლობა გავლენას არ ახდენს გარანტიის ნამდვილობასა და გარანტის ვალდებულების წარმოშობაზე.

[60] *ღიპახტია ნ.*, სახელმწიფო შესყიდვების ურთიერთობებში გამოყენებადი საბანკო გარანტიის სახეები, „მართლმსაჯულება და კანონი“, 4 (52)-2016, 126.

[61] *ჭიპაშვიღი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 108.

[62] იქვე, 85,86.

7. გარანტიის შინაარსი

URDG 758 საბანკო გარანტიის შინაარსს დეტალურად აღწერს. ყველა ინსტრუქცია გარანტიის გაცემასთან დაკავშირებით და თავად **გარანტია უნდა იყოს ზუსტი, მკაფიოდ ფორმულირებული** და არ უნდა შეიცავდეს ზედმეტ დეტალებს. **რეკომენდებულია ყველა გარანტიაში მიეთითოს:** აპლიკანტი (ანუ პრინციპალი); ბენეფიციარი; გარანტი; ნომერი ან სხვა ინფორმაცია, რომელიც ძირითადი გარიგების იდენტიფიცირების საშუალებას იძლევა; ნომერი ან სხვა ინფორმაცია, რომელიც გაცემული გარანტიის/კონტრგარანტიის იდენტიფიცირების საშუალებას ქმნის; თანხა ან მაქსიმალური თანხა, რაც ექვემდებარება გარანტიით გადახდას; ასევე – ვალუტა, რომლითაც შესაძლებელია გადახდა; გარანტიის მოქმედების ვადის ამოწურვა; გადახდის მოთხოვნასთან დაკავშირებული ნებისმიერი პირობა; მოთხოვნის ან სხვა დოკუმენტების ქაღალდზე და/ან ელექტრონულად წარდგენის აუცილებლობის პირობა; ენა, რომელზეც უნდა იქნეს შედგენილი გარანტიაში მითითებული თითოეული დოკუმენტი; ხარჯებზე პასუხისმგებელი მხარე (URDG 758, მუხ.8). შესაძლებელია ბენეფიციარისათვის ავიზოს[63] გაგზავნა ავიზოს გამგზავნი მხარის[64] მეშვეობით. იგი ატყობინებს ბენეფიციარს, რომ სიტუაციის შესაბამისად, ნათლად დარწმუნდა გარანტიის ნამდვილობაში და რომ გაგზავნილი შეტყობინება ზუსტად ასახავს გარანტიის პირობებს (URDG 758, მუხ.10, a). მნიშვნელოვანია, აღინიშნოს, რომ ავიზოს გამგზავნი პირი არ წარმოადგენს გარანტიით განსაზღვრული თანხის გადახდაზე ბენეფიციარის წინაშე პასუხისმგებელ პირს, ანუ ავიზოს აგზავნის (ავიზირება) ბენეფიციარის წინაშე დამატებითი ვალდებულებების აღების გარეშე (URDG 758, მუხ.10, c).

გარანტი აგებს პასუხს ბენეფიციარის წინაშე, პირველ რიგში, გარანტიის პირობების შესაბამისად, მეორე რიგში, უნიფიცირებული წესების შესაბამისად იმ ზომით, რა ზომითაც ისინი შეესაბამება გარანტიის პირობებს, საგარანტიო თანხის ფარგლებში (URDG 758, მუხ.12). **ამდენად, საგარანტიო ურთიერთობებში ყველა საკითხი წყდება გარანტიის პირობების შესაბამისად, მაგრამ, თუ რაიმე საკითხი არ არის გარანტიით მოწესრიგებული, მოქმედებს URDG 758 დადგენილი დისპოზიციური რეგულაციები.**

8. სასყიდლიანი ოპერაცია

სსკ-ის 880 II მუხლი ადგენს პრინციპალსა და გარანტს შორის გაფორმებული ხელშეკრულების საფუძველზე საზღაურის გადახდას. ბანკი, სხვა საკრედიტო

[63] ავიზო (იტალ. avviso) - საბანკო დოკუმენტი, ურთიერთანგარიშსწორებაში მომხდარ ცვლილებათა შეტყობინება, იხ.: უნივერსალური ენციკლოპედიური ლექსიკონი, <http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=14&t=3805>. საქმიან წრეებში, განსაკუთრებით საბანკო პრაქტიკაში, ოფიციალური შეტყობინება ანგარიშსწორების ან სასაქონლო ოპერაციის შესრულების შესახებ. მოცემულ შემთხვევაში, შეტყობინება კონკრეტული შინაარსის საბანკო გარანტიის გაცემის შესახებ.

[64] ავიზოს გამგზავნი მხარე არის მხარე, რომელიც გასცემს ავიზოს გარანტის თხოვნით (URDG 758, მუხ.2).

დაწესებულება ან სადაზღვევო კომპანია, როგორც მეწარმე სუბიექტი, ორიენტირებულია მოგების მიღებაზე. შესაბამისად, პრინციპალი ვალდებულია, გარანტს გადაუხადოს საზღაური საბანკო გარანტიის გაცემისათვის. ანაზღაურების ოდენობა, ძირითადად, დამოკიდებულია საბანკო გარანტიით ნაკისრი ვალდებულების მოცულობასა და საბანკო გარანტიის მოქმედების ვადაზე. ანაზღაურების ოდენობა შეიძლება დამოკიდებული იყოს გარანტის მიერ ასაღები რისკის ხარისხზე.[65]

9. გარანტიის გაუცემლობის ან პირობების დარღვევით გაცემის შედეგები

თუ გარანტი არ შეასრულებს პრინციპალთან დადებული ხელშეკრულებით ნაკისრ ვალდებულებას და არ გასცემს გარანტიას ან, თუ გასცემს მას პრინციპალთან დადებული ხელშეკრულების პირობების დარღვევით, გარანტმა უნდა აანაზღაუროს აქედან წარმოშობილი ზიანი. ანალოგიურად აგებს პასუხს, თუ გარანტი არ განახორციელებს გარანტიით გათვალისწინებულ გადახდას ბენეფიციარის სასარგებლოდ.[66]

10. ცვლილებები საბანკო გარანტიაში

მნიშვნელოვანია განისაზღვროს:

შეუძლია თუ არა გარანტს გარანტიაში ცვლილების შეტანა, თუ მისი გამოუთხოვადი ბუნება კრძალავს აღნიშნულს.

ცვლილებების ლეგიტიმაციისათვის აუცილებელია მათზე ბენეფიციარის თანხმობა, რადგან ცვლილებები გარანტიაში ყოველთვის ეხება სწორედ ბენეფიციარის უფლებებს. ბენეფიციარის თანხმობის გარეშე გარანტიაში შეტანილი ცვლილება არ არის სავალდებულო ბენეფიციარისათვის. მიუხედავად ამისა, გარანტი გამოუთხოვადად შეზღუდულია ცვლილებით გაცემის მომენტიდან მანამ, სანამ ბენეფიციარი არ უარყოფს აღნიშნულ ცვლილებას. თუ ცვლილება გარანტიაში შეტანილი არ იყო გარანტიაში მითითებული წესით, ბენეფიციარი უფლებამოსილია, ნებისმიერ დროს უარყოს იგი მანამ, სანამ გარანტს შეტყობინებით არ აცნობებს თანხმობას ცვლილებაზე ან არ წარადგენს მოთხოვნას ცვლილებების შესაბამისად (URDG 758, მუხ.11, b, c). საბანკო გარანტიაში ცვლილების შეტანისას ბენეფიციარი შეიძლება დაეთანხმოს ცვლილებებს; ბენეფიციარმა შეიძლება თავად მოითხოვოს გარანტიაში ცვლილების შეტანა; ცვლილებაზე თანხმობა შეიძლება გაცხადებული ცალკე არ ჰქონდეს, მაგრამ გადახდის მოთხოვნა წარადგინოს ცვლილებების გათვალისწინებით, რაც ბენეფიციარის თანხმობის გამოხატულებაცაა. სხვა შემთხვევაში, საბანკო გარანტიაში შეტანილ ცვლილებებს ბენეფიციარისთვის ძალა არ ექნება.[67] მნიშვნელოვანია, აღინიშნოს, რომ ცვლილებების ნაწილობრივი მიღება დაუშვებელია

[65] *გაბისონია ზ.*, საბანკო სამართალი, თბ., 2012, 232.

[66] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 226, 227.

[67] *ჭიპაშვილი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 114.

და უნდა განიხილებოდეს, როგორც უარი ცვლილებაზე. ასევე, მხედველობაში არ მიიღება საბანკო გარანტიაში დროის მონაკვეთის დათქმა, რომლის განმავლობაშიც ბენეფიციარს შეუძლია ცვლილებების უარყოფა, ამ დროის გაშვების შემთხვევაში კი ცვლილებები ძალაში შევა (URDG 758, მუხ.11, e, f). ეს რეგულაცია იცავს ბენეფიციარს.

პრაქტიკაში პრობლემურია გარანტიის თანხის ცვლილების შესახებ საკითხი. სსკ არ შეიცავს საგარანტიო თანხის ოდენობის ცვლილების რეგლამენტაციას. URDG 758, კერძოდ კი, მისი მე-13 მუხლი, ადგენს გარანტიის თანხის შეცვლის წესს: გარანტია შეიძლება ითვალისწინებდეს გარანტიის თანხის შემცირებას ან გაზრდას განსაზღვრული თარიღის ან მოვლენის დადგომისას, რაც გარანტიის პირობების შესაბამისად, იწვევს გარანტიის თანხის შეცვლას. ამდენად, **მხარეები უფლებამოსილი არიან დისპოზიციური ნების შესაბამისად შეთანხმდნენ როგორც საგარანტიო თანხის შემცირებაზე, ისე გაზრდაზე.** თუ თანხის ცვლილება უკავშირდება კონკრეტული თარიღის დადგომას, საკმარისია გარანტიაში ასეთი თარიღის მითითება. თუ ცვლილება უკავშირდება მოვლენის დადგომას, მოვლენა დამდგარად ითვლება მხოლოდ მაშინ: ა) როცა გარანტს წარედგინება გარანტიაში მითითებული დოკუმენტი მასზე, რომ აღნიშნული მოვლენა დადგა, ან ბ) თუ გარანტიაში ასეთი დოკუმენტი გათვალისწინებული არ არის, მაშინ ასეთი მოვლენის დადგომა შესაძლებელია განისაზღვროს გარანტის საკუთარი ჩანაწერებით ან გარანტიაში განსაზღვრული მაჩვენებლით (URDG 758, მუხ. 13 a, b). გონივრული წინდახედულობის ფარგლებში უმჯობესია, მხარეები წინასწარ შეთანხმდნენ რა მტკიცებულებით დადასტურდება ასეთი მოვლენის დადგომა. გარანტის ვალდებულება მცირდება ნებისმიერი თანხით: რაც გადახდილია გარანტიით; რითაც შემცირდა საგარანტიო თანხა გარანტიაში მითითებული თარიღის ან გარანტიაში მითითებული მოვლენის დადგომისას; რაც მითითებულია ბენეფიციარის ხელმოწერილ დოკუმენტში გარანტის ვალდებულებისგან ნაწილობრივ განთავისუფლების შესახებ (URDG 758, მუხ. 25 a).

ასევე მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს:

ლიცენზიის გაუქმება ათავისუფლებს თუ არა გარანტს მისი მოქმედების დროს გაცემული საბანკო გარანტიით ნაკისრი ვალდებულების შესრულებისაგან.

საკასაციო სასამართლოს განმარტებით, საქმიანობის ლიცენზიის გაუქმების შემთხვევაში სუბიექტს ეკრძალება ლიცენზიით განსაზღვრული საქმიანობა, ამასთან, ლიცენზიის მოქმედების პერიოდში აღებული ვალდებულებების (მათ შორის, საბანკო გარანტიით აღებული ვალდებულებების) მიმართ უფლებამოსილი პირი კვლავ გარანტია იმ ვადით, რა ვადითაც ლიცენზიის გაუქმებამდე დადებული ხელშეკრულებები მოქმედებდა.[68] მართალია, განხილულ შემთხვევაში გარანტი იყო სადაზღვევო კომპანია და არა ბანკი, მიდგომა ერთნაირი უნდა იყოს, რადგან ორივე მათგანი ლიცენზირებული სუბიექტია. ამ შეფასებას ადასტურებს თავად კომენტირებული მუხლიც, რამეთუ სწორედ არსე-

[68] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-1058-992-2012, 14.11.2012.

ბული ვალდებულების გადაკისრებაა შესაძლებელი. ზოგადი წესის თანახმად, თუ ვალის გადაკისრებაზე მესამე პირი და მოვალე შეთანხმდნენ, მისი გადაკისრების ნამდვილობა მოთხოვნის მფლობელის თანხმობაზეა დამოკიდებული. კრედიტორის თანხმობა არის მიღებასავალდებულო ნების გამოვლენა.[69] საგარანტიო ურთიერთობებში უზრუნველყოფილი მოთხოვნის მფლობელი ბენეფიციარია. ამასთან, გარანტი კონკრეტული პირობებით გარანტიის გაცემაზე პასუხისმგებელია პრინციპალის წინაშეც, რომელიც მას ამისათვის უხდის შესაბამის გასამრჯელოს. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია ამ ორი სუბიექტის ნება. სსკ-ის 882[1] მუხლით გარანტს მიენიჭა ბენეფიციარისა და პრინციპალის თანხმობის გარეშე საგარანტიო ვალდებულების გადაკისრების უფლებამოსილება, მაგრამ მნიშვნელოვანია, ზუსტად განისაზღვროს რა შემთხვევაში შეუძლია ლიკვიდატორს ამ უფლებამოსილებით სარგებლობა. ნორმის გამოყენების წინაპირობები შემდეგია: ა) გარანტია გაცემული უნდა იყოს ბანკის მიერ; ბ) ბანკი უნდა იყოს ლიკვიდაციის პროცესში და ვალის გადაკისრებას უნდა ახდენდეს ლიკვიდატორი; გ) საგარანტიო ვალდებულების გადაკისრება უნდა შეესაბამებოდეს ლიკვიდაციის მიზნებს; დ) გადაკისრება უნდა ხდებოდეს სხვა ბანკზე. გათვალისწინებით იმისა, რომ სსკ-ის 882[1] მუხლი არ ადგენს ბანკის ლიკვიდატორის ვალდებულებას პრინციპალისა და ბენეფიციარისათვის თანხმობის გაცხადების ვადის დაწესების შესახებ, იგულისხმება, რომ სხვა ბანკში საბანკო გარანტიის გადატანით არ იცვლება ვალდებულებების მიმართ მოქმედი პირობები.

IV. მოთხოვნის წარდგენა

როგორც უკვე აღინიშნა, საბანკო გარანტია დოკუმენტური ოპერაციაა, ანუ გარანტი ბენეფიციარის მიერ მასთან წარდგენილ დოკუმენტებს ეყრდნობა და ისე იღებს გადაწყვეტილებას ბენეფიციარისთვის თანხის გადახდის ან გადახდაზე უარის თქმის შესახებ. შესაბამისად, დიდი მნიშვნელობა ენიჭება ფულადი თანხის მოთხოვნის გარანტისთვის წარდგენის ფორმასა და შინაარსს.

1. ზუსტი შესაბამისობის პრინციპი

მოთხოვნის წარდგენის დროს დაცული უნდა იქნეს ე.წ. **„ზუსტი შესაბამისობის პრინციპი“**,[70] კერძოდ, ბენეფიციარის მოთხოვნა და მასზე დართული მტკიცებულებები ზუსტად უნდა შეესაბამებოდეს საბანკო გარანტიის პირობებს.[71] ამ პრინციპის დაცვა ბენეფიციარის უმთავრესი ვალდებულებაა.[72] სსკ-ის 885-ე მუხლი ავსებს 887-ე მუხლის დანაწესს მოთხოვნისა და თანდართული დოკუმენტების გარანტიის პირობებთან შესაბამისობის შესახებ.[73] ამდენად, ბენეფიციარის

[69] *თოთიაძე ე.*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, 2018, მუხლი 204, ველი 3.

[70] The Principle of Strict Compliance.

[71] იხ. სუსგ საქმეზე №ას-1391-2018, 28.03.2022.

[72] *ღიპარტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 80-91.

[73] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-781-996-08, 17.03.2009.

მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის საფუძვლები სწორედ ამ ნორმების ერთობლივი ანალიზის შედეგად ყალიბდება.

პრაქტიკაში ბენეფიციარების მიერ ბანკში წარდგენილ დოკუმენტებში გარანტიის პირობებთან შეუსაბამობა საკმაოდ ხშირია. ხშირ შემთხვევაში ბანკის მიერ გამოვლენილი შეუსაბამობა უმნიშვნელო ხასიათისაა და მხარეებს ხარვეზების მიუხედავად სურთ ტრანზაქციის დასრულება. ზუსტი შესაბამისობის პრინციპი არ ნიშნავს პირობებთან სიტყვასიტყვით თანხვედრას, შესაბამისობის საკითხი დგინდება შინაარსიდან და არა მექანიკური განმარტებიდან გამომდინარე.[74] მოთხოვნის წარდგენისას უმნიშვნელო და ტექნიკური შეცდომები არ შეიძლება გახდეს მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის საფუძველი.[75] გარანტმა გონივრული წინდახედულობით უნდა შეამოწმოს დოკუმენტები.

2. მოთხოვნის ფორმა

URDG 758 უშვებს მოთხოვნის წარდგენას როგორც **მატერიალური** (ქაღალდის დოკუმენტის), ისე **არამატერიალური** (ელექტრონული დოკუმენტის) სახით. იმ შემთხვევაში, თუ გარანტიაში მითითებულია, რომ წარდგენა უნდა განხორციელდეს ელექტრონული ფორმით, გარანტიაში შეთანხმებული უნდა იქნეს ფორმატი, მონაცემთა გადაცემის სისტემა და ელექტრონული მისამართი; თუ გარანტია არ შეიცავს შესაბამის მითითებებს, მაშინ დოკუმენტი შესაძლებელია, წარედგინოს ნებისმიერი ელექტრონული ფორმატით, რაც მისი ავთენტურობის შემოწმების შესაძლებლობას იძლევა ან ქაღალდის დოკუმენტის სახით. ელექტრონული დოკუმენტი, რომლის ავთენტურობის შემოწმებაც შეუძლებელია, წარდგენილად არ ჩაითვლება. იმ შემთხვევაში, თუ გარანტიაში არ არის მითითებული – წარდგენა უნდა მოხდეს ელექტრონული თუ ქაღალდის დოკუმენტით, მაშინ ყოველი წარდგენა უნდა მოხდეს ქაღალდის დოკუმენტით (URDG 758, მუხ.14, c, e). აღნიშნულ საერთაშორისო რეგულაციას სრულად შეესაბამება სსკ-ის 885-ე მუხლის 1^1 დამატება, რომელმაც დაუშვა **მხარეთა შეთანმხებით მოთხოვნის არამატერიალური (ელექტრონული დოკუმენტის) სახით წარდგენა**. ამდენად, თუ ასეთი შეთანხმება არ არსებობს, მოთხოვნა წარდგენილ უნდა იქნეს მატერიალური სახით. შესაძლებელია, რომ მოთხოვნის წარდგენის ფორმასთან ერთად გარანტიის პირობაში მიეთითოს ჩაბარების საშუალებაც. მაგ.: მატერიალური გზავნილის ჩაბარება კურიერის მეშვეობით ან ხელზე გადაცემა.[76]

3. მოთხოვნის ფარგლები

ყოველ წარდგენილ მოთხოვნაში უნდა იყოს იდენტიფიცირებული ის გარანტია, რომლის მიხედვითაც ხდება წარდგენა (მაგ.: გარანტიის ნომრის მითითება).

---

[74] *გაბისონია ზ.*, საბანკო სამართალი, თბ., 2017, 288.

[75] *Barru D. J.*, How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit, 2005, 75; *ღიპსიტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 83.

[76] *Affaki G., Goode R.*, Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG №758, 2011, 267.

გარანტიაში უნდა აღინიშნოს თანხა ან მაქსიმალური თანხა, რაც ექვემდებარება გარანტიით გადახდას; ასევე ვალუტა, რომელშიც შესაძლებელია გადახდა (URDG 758, მუხ. 8, f). მოთხოვნა შესაძლებელია წარდგენილ იქნეს უფრო ნაკლებ თანხაზე, ვიდრე გარანტიის თანხაა („ნაწილობრივი მოთხოვნა“). შესაძლებელია მოთხოვნის წარდგენა არაერთხელ („მრავალჯერადი მოთხოვნა“). ამასთან, შესაძლებელია თავად გარანტია შეიცავდეს მრავალჯერადი მოთხოვნის წარდგენის აკრძალვას. აღნიშვნა „მრავალჯერადი მოთხოვნა აკრძალულია“ ან ანალოგიური გამონათქვამი ნიშნავს, რომ მოთხოვნის წარდგენა დაიშვება მხოლოდ ერთხელ, გარანტიის მთელ თანხაზე ან მის ნაწილზე. თუ გარანტიაში გათვალისწინებულია მოთხოვნის წარდგენა მხოლოდ ერთხელ და ასეთი მოთხოვნა უარყოფილ იქნა, გარანტიის ვადის ამოწურვამდე შესაძლებელია სხვა მოთხოვნის წარდგენა (URDG 758, მუხ.17, a,b,c,d).

მოთხოვნის ფარგლების სწორად განსაზღვრა მეტად მნიშვნელოვანია. ამ დროს ვლინდება ბენეფიციარის კეთილსინდისიერება. მაგალითად, ხელშეკრულების შესრულების უზრუნველყოფის გარანტიაში, სადაც შესრულება ნაწილ-ნაწილ ხდება, გარანტიის თანხა ნაწილ-ნაწილ მცირდება ძირითადი ვალდებულების შესრულების კვალობაზე. ასევე, თუ პრინციპალს აქვს რამდენიმე, ერთმანეთისგან დამოუკიდებელი ვალდებულება, რაც ერთ ძირითად ხელშეკრულებაშია მოქცეული და ერთი გარანტიით უზრუნველყოფილი, საიდანაც ორი შეასრულა და ერთი ვერა, მაშინ ბენეფიციარმა მხოლოდ მისი შეუსრულებელი ნაწილის მიხედვით უნდა წარადგინოს მოთხოვნა გარანტის წინაშე. ასეთ დროს მოხდება **ნაწილობრივი გადახდა და გარანტიის თანხა შემცირდება.** ასეთი მექანიზმის სწორი მოქმედებისთვის ეს წესი მოკლედ უნდა აღიწეროს საბანკო გარანტიის ტექსტში.[77]

4. მოთხოვნის წარდგენის ადგილი და დრო

მოთხოვნის წარდგენა უნდა მოხდეს გარანტიის გაცემის ადგილას ან გარანტიაში მითითებულ ნებისმიერ სხვა ადგილას არაუგვიანეს გარანტიის მოქმედების ვადის ამოწურვის თარიღისა (URDG 758, მუხ.14, a). გარანტიის ვადის ამოწურვა გულისხმობს გარანტიის მოქმედების ვადის ამოწურვის კალენდარული თარიღის ან იმ მოვლენის დადგომას, რასაც გარანტია უკავშირებს ვადის გასვლას. შესაბამისად, **ბენეფიციარის მოთხოვნა გარანტს უნდა წარედგინოს საბანკო გარანტიაში მითითებული დროის გასვლამდე ან მოვლენის დადგომამდე** (მაგალითად, საბანკო გარანტიის ვადა შეიძლება დაუკავშირდეს შენობის მშენებლობის დასრულების პირობას, რაც ძირითადი ხელშეკრულების საგანია). შესაძლებელია, მოთხოვნის წარდგენა და დოკუმენტაციის გარანტისათვის მიწოდება სხვადასხვა დროს მოხდეს. ასეთ შემთხვევაში მოთხოვნაში უნდა მიეთითოს, რომ მისი დასრულება მოხდება მოგვიანებით. ასეთ დროს აუცილებელია მოთხოვნის წარდგენის დასრულება საგარანტიო ვადის გასვლამდე (URDG 758, მუხ.14, b). საბანკო გარანტიის მოქმედების ვადა არ არის დამოკიდებული

[77] *ჭიპაშვიღი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 150,151.

ძირითადი ვალდებულების ვადაზე. შესაძლებელია, გარანტიის ტექსტში იყოს მითითება მოთხოვნის ჩაბარებაზე უფლებამოსილი პირისა და ჩაბარების წესის შესახებ, ასეთის არარსებობის შემთხვევაში მოთხოვნა უნდა ჩაჰბარდეს უფლებამოსილ პირს. არაუფლებამოსილი პირისთვის მოთხოვნის ჩაბარება არ ითვლება მოთხოვნის ჩაბარებად.[78] ყოველ საქმეში ინდივიდუალურად უნდა შეფასდეს ჩაბარების საკითხი და მოთხოვნის ჩამბარებელი პირის უფლებამოსილება. მაგალითად, ერთ-ერთ საქმეში, როცა მოთხოვნა ჩაბარებული ჰქონდა ექიმს, სასამართლომ არ მიიჩნია დადასტურებულად, რომ ექიმი დასაქმებული იყო გარანტ სადაზღვევო კომპანიაში და მას სამსახურებრივად ევალებოდა ამგვარ კორესპონდენციაზე სათანადო რეაგირება.[79]

V. გარანტის მოქმედების ფარგლები ბენეფიციარის მოთხოვნის მიღების შემდეგ

ბენეფიციარის მოთხოვნის მიღების შემდეგ გარანტმა დაუყოვნებლივ უნდა აცნობოს ამის შესახებ პრინციპალს და გადასცეს მოთხოვნის ასლი მასთან დაკავშირებულ ყველა დოკუმენტთან ერთად. დაუყოვნებლივი ცნობა გულისხმობს „შეტყობინებას ბრალეული გაჭიანურების გარეშე“ და იგი, როგორც წესი, მომდევნო საბანკო სამუშაო დღეა.[80] სსკ-ის 886 I მუხლის რეგულაცია სრულად შეესაბამება URDG 458 მე-17 და 21-ე მუხლებში მოცემულ რეგლამენტაციას, რომელიც ავალდებულებს გარანტს, პრინციპალს დაუყოვნებლივ შეატყობინოს ბენეფიციარის მიერ მოთხოვნის წარდგენის თაობაზე, შემდეგ კი მისთვის მოთხოვნისა და თანდართული დოკუმენტების გადაცემას. რაც შეეხება URDG 758, იგი ასევე აღიარებს აპლიკანტის (პრინციპალის) უფლებას ინფორმირებული იყოს გარანტიის ციკლის ყველა მნიშვნელოვანი ეტაპის თაობაზე. ამასთან, თუ გარანტს წარედგინება არასათანადო მოთხოვნა, აპლიკანტის ინფორმირება არ წარმოადგენს გადახდის პირობას.[81] პრინციპალისთვის ინფორმაციის მიწოდება მისი ინტერესების დაცვის მიზანს ემსახურება. არასათანადო/არამართლზომიერი მოთხოვნის თავიდან აცილებისა და დაცვის საუკეთესო მექანიზმი პრინციპალის მყისიერი ინფორმირებაა, თუმცა პრინციპალის პროტესტის წარდგენის შემთხვევაში – ბანკს მხოლოდ დისკრეცია აქვს, უარი თქვას თანხის გადახდაზე.[82] საბანკო გარანტია უზარმაზარი რისკის შემცველია პრინციპალისთვის და, შესაბამისად, მას შესაძლებლობა უნდა მიეცეს, თვითონ

[78] *ღიპახტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 127-130.

[79] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-1082-1019-2015, 14.06.2016.

[80] *ძღიეჩიშვიღი ზ., ცეჩცვაძე გ., ჩობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცეჩცვაძე ღ., ჯანაშია ღ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 582; *Schütze*, Bankgarantien, S.68.

[81] ICC Унифицированные Правила для Гарантий по Требованию. Включая типовые формы. Редакция 2010 года. Публикация ICC №758. Международная Торговая Палата. Всемирная организация бизнеса. Введение. Джордж Аффаки, 12,13.

[82] *ღიპახტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 138.

დააკმაყოფილოს ბენეფიციარი და თავიდან აირიდოს რეგრესული პასუხისმგებლობა გარანტის წინაშე.[83]

URDG 458 გარანტს აკისრებს ვალდებულებას, გარანტიით განსაზღვრული და წარდგენილი ყველა დოკუმენტი შეამოწმოს სათანადო გულისხმიერებით, რათა დადგინდეს, შეესაბამება თუ არა ისინი საბანკო გარანტიის პირობებს. თუ ეს დოკუმენტები არ შეესაბამება გარანტიის პირობებს ან ეწინააღმდეგება მათ, მოთხოვნა უნდა იქნეს უარყოფილი. გარანტის ვალდებულება მოთხოვნისა და დოკუმენტაციის შესაბამისობის შემოწმებას გულისხმობს.[84] მოთხოვნისა და დოკუმენტების შემოწმების ფარგლებს დეტალურად არეგულირებს ასევე URDG 758. გარანტმა მხოლოდ წარდგენილი მოთხოვნის საფუძველზე უნდა დაადგინოს, არის თუ არა ის გარეგნული ნიშნებით სათანადოდ წარდგენილი. გარანტიით გათვალისწინებული დოკუმენტის მონაცემები უნდა შემოწმდეს თავად დოკუმენტის, გარანტიისა და უნიფიცირებული წესების კონტექსტით (URDG 758, მუხ. 19, a, b).

როგორც სსკ-ის 886 II მუხლი, ისე URDG 458 მე-10 მუხლი ადგენს წარდგენილი მოთხოვნის გარანტის მიერ **გონივრულ ვადაში** შემოწმების სტანდარტს. შემოწმების ვადა ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში დამოკიდებულია წარდგენილ მოთხოვნასა და თანდართულ დოკუმენტებზე. იგი ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში საკმარისი უნდა იყოს, რათა პრინციპალის აზრის მოსმენის შემდეგ გარანტმა მიიღოს გადაწყვეტილება თანხის გადახდის თაობაზე.[85] გარდა ამისა, გარანტი მოვალეა, პრინციპალს შეატყობინოს, რომ საგარანტიო შემთხვევის რეგულირების შემოწმება უკვე დასრულდა და გადახდა უნდა განხორციელდეს.[86] შემოწმების დასრულების შემდეგ გარანტმა დაუყოვნებლივ უნდა აცნობოს ბენეფიციარს მისი მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის შესახებ. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ URDG 758 ზრდის გარანტის პასუხისმგებლობას შემოწმების ვადის დაწესებით, კერძოდ, URDG 458 მოცემული აბსტრაქტული ნორმა „გონივრული ვადის“ შესახებ შეიცვალა კონკრეტული რეგულაციით – გარანტს მოეთხოვება სათანადო გულისხმიერება და ეძლევა **ხუთი სამუშაო დღე** წარდგენილი მოთხოვნისა და თანდართული დოკუმენტების შესამოწმებლად. თუ მოთხოვნის წარდგენა არ შეიცავს მითითებას, რომ მოგვიანებით დასრულდება, მაშინ გარანტმა **წარდგენის მეორე დღიდან ხუთი სამუშაო დღის განმავლობაში** უნდა განსაზღვროს, არის თუ არა ასეთი მოთხოვნა სათანადო. ეს დრო არ შემცირდება და არ შეიცვლება იმის გამო, რომ წარდგენის დღეს ან წარდგენის შემდგომ მალე იწურება გარანტიის ვადა (URDG 758, მუხ. 20 a). ამდენად, გარანტი ვალდებულია, ხუთ საბანკო დღეში შეამოწმოს წარდგენილი მოთხოვნა, გამოიკვლიოს მასზე დართული დოკუმენტები და გაუგზავნოს

[83] *ძღიეხიშვიღი* ზ., *ცეხცვაძე გ., ხობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცეხცვაძე ღ., ჯანაშია ღ.,* სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 582; *Staudinger/Horn* Vorb. zu § 765-778 BGB, Rn.320.

[84] *Kelly – Louw M.,* Selective legal Aspects of Bank Guarantee, 2008, 93.

[85] *ძღიეხიშვიღი* ზ., *ცეხცვაძე გ., ხობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცეხცვაძე ღ., ჯანაშია ღ.,* სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 583; *Schütze,* Bankgarantien, S.68.

[86] *ჭანტუხია ღ.,* კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 225.

ბენეფიციარს შეტყობინება მოთხოვნის უარყოფის შესახებ, რომელშიც დეტალურად იქნება აღწერილი ის არგუმენტები, რატომ არ მიიჩნია გარანტმა მოთხოვნა სათანადოდ. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ბანკი კარგავს უფლებას, მიუთითოს მოთხოვნის არასათანადოობაზე და ვალდებული იქნება, თანხა გადაიხადოს. ასეთი რეგულაცია გარანტის დისციპლინირებას უწყობს ხელს და აღკვეთს ბენეფიციარის უფლებების დარღვევას.[87] ამდენად, **თუ მხარეები თანხმდებიან, საგარანტიო ურთიერთობა დარეგულირდეს URDG 758, ბანკი ვალდებულია, ხუთი საბანკო დღის ვადაში შეამოწმოს წარდგენილი მოთხოვნა და განაცხადოს პასუხი, წინააღმდეგ შემთხვევაში, იგი ვალდებული იქნება, გადაიხადოს საგარანტიო თანხა.**

VI. გარანტის უარი ბენეფიციარის მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე

სსკ-ის 887 I მუხლი ადგენს თანხის გადახდის შესახებ ბენეფიციარის მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის ძირითად საფუძვლებს. გარანტი ბენეფიციარის მოთხოვნის მიღების შემდეგ ამოწმებს მას. ამის შემდეგ ის იხდის თანხას ან უარს აცხადებს მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე.

1. გარანტიის მოქმედების ვადის ამოწურვა

მოთხოვნის ბენეფიციართან წარდგენა უნდა მოხდეს გარანტიის ვადის გასვლამდე. **გარანტიის ვადის გასვლა გულისხმობს გარანტიის მოქმედების ვადის ამოწურვის კალენდარული თარიღის ან იმ მოვლენის დადგომას, რასაც გარანტია უკავშირებს ვადის გასვლას**, ხოლო, თუ გარანტიაში ორივეა მითითებული, რომელიც უფრო ადრე დგება (URDG 758, მუხ.2). საბანკო გარანტია, რომლის შეწყვეტის პირობად რაიმე მოვლენაა მითითებული, წარმოადგენს გაუქმების პირობით დადებულ გარიგებას (სსკ-ის მუხ.97). ამდენად, მხარეები თავისუფალი არიან საბანკო გარანტიის მოქმედების ვადის განსაზღვრის წესში, რაც შეიძლება დამოკიდებული იყოს როგორც კალენდარულ თარიღზე, რაიმე პირობაზე, რაიმე მოვლენის დადგომაზე, ასევე რაიმე მოქმედების შესრულებაზე.[88] გამოთქმულია მოსაზრება, რომ ძირითადი ვალდებულების (ხელშეკრულების) შესრულება სწორედ ისეთ მოვლენებს განეკუთვნება, რომლებიც ლოგიკურად შეიძლება დადასტურებულ იქნეს კრედიტორის, ანუ ბენეფიციარის მიერ, ან/და შესაბამისი დოკუმენტის წარმოდგენით.[89]

---

[87] ICC Унифицированные Правила для Гарантий по Требованию. Включая типовые формы. Редакция 2010 года. Публикация ICC №758/ ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Including Model Forms 2010 revision. ICC Pulication №758. Международная Торговая Палата. Всемирная организация бизнеса. Введение. Джордж Аффаки, 12.

[88] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-562-871-09, 20.10.2009.

[89] *ჭიპაშვილი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 170; *ხოტენაშვილი პ.*, საბანკო (დამოუკიდებელ) გარანტიათა ზოგიერთი საკითხი ეროვნული კანონმდებლობისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის მიხედვით, „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 6/2003-2/3, 340-342.

მოვლენა, რომელიც განსაზღვრავს ვადის ამოწურვას, შესაძლებელია იწვევს ვადის ამოწურვას დაუყოვნებლივ ან მისი დადგომიდან დროის გარკვეულ პერიოდში. მისი დადგომა შეიძლება დადასტურდეს გარანტისთვის გარანტიაში მითითებული შესაბამისი დოკუმენტის წარდგენით ან, თუ ასეთი დოკუმენტი გარანტიაში მითითებული არ არის, გარანტის საკუთარი ჩანაწერებით (URDG 758, მუხ.2). შესაბამისად, ბენეფიციარის მოთხოვნა გარანტს უნდა წარედგინოს საბანკო გარანტიაში მითითებული დროის გასვლამდე ან მოვლენის დადგომამდე (მაგალითად, საბანკო გარანტიის ვადა შეიძლება დაუკავშირდეს შენობის მშენებლობის დასრულების პირობას, რაც ძირითადი ხელშეკრულების საგანია). შესაძლებელია, მოთხოვნის წარდგენა და დოკუმენტაციის გარანტისათვის მიწოდება სხვადასხვა დროს. ასეთ შემთხვევაში მოთხოვნაში უნდა მიეთითოს, რომ მისი დასრულება/სრულყოფა მოხდება მოგვიანებით. ასეთ დროს აუცილებელია მოთხოვნის წარდგენის დასრულება საგარანტიო ვადის გასვლამდე (URDG 758, მუხ.14, b). შესაძლებელია, გარანტიის მოქმედების ვადა განისაზღვროს ჩანაწერით „თანხის სრულად გადახდის დროით," რაც ნიშნავს, რომ ძირითადი ხელშეკრულების ვადის გასვლის მიუხედავად, გარანტმა უნდა შეასრულოს ნაკისრი ვალდებულება, „თუკი თანხა სრულად არ არის გადახდილი".[90]

ძირითადი ხელშეკრულების მოქმედების გახანგრძლივება ავტომატურად არ იწვევს გარანტიის მომედების ვადის გაგრძელებას, თუკი ვადის გაგრძელების შესახებ გარანტთან ცალკე არ არის შეთანხმება მიღწეული, თუნდაც გარანტია გაცემული იყოს ხელშეკრულების მოქმედების ვადით. ერთ-ერთ საქმეზე, მართალია, საბანკო გარანტია გაცემული იყო ხელშეკრულების მოქმედების ვადით, მაგრამ ეს ვადა გარანტისათვის ხელშეკრულების თავდაპირველი (ვადის გაგრძელებამდე არსებული) პირობით იყო ცნობილი და ხელი არ მიუწვდებოდა ვადის გაგრძელების შესახებ ინფორმაციაზე, ამიტომ ახალი ვადით გარანტიის გაგრძელება გარანტის ნებისა და მისი თანხმობის გარეშე დაუშვებლად იქნა მიჩნეული.[91]

საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეზე განმარტა, რომ კანონმდებელი ბენეფიციარის მიერ მოთხოვნის წარდგენისას ნების ნამდვილობას უკავშირებს ობიექტურ ფაქტორს – გარანტის წინაშე მის გამოვლენას ხელშეკრულებით განსაზღვრული ვადის დაცვით, ანუ ნების ნამდვილობა პირდაპირ უკავშირდება ადრესატის მიერ მისი მიღების ობიექტურ შესაძლებლობას. ასეთ ვითარებაში კი, ურთიერთობას აწესრიგებს სსკ-ის 51 I მუხლი, რომლის თანახმადაც ნების გამოვლენა, რომელიც მოითხოვს მეორე მხარის მიერ მის მიღებას, ნამდვილად ჩაითვლება იმ მომენტიდან, როცა იგი მეორე მხარეს მიუვა. განსახილველ შემთხვევაში, მართალია, ბენეფიციარმა ნება ხელშეკრულებით დადგენილ ვადაში გამოავლინა (ვადის უკანასკნელ დღეს), თუმცა ეს ნება ნამდვილად საბანკო გარანტიის მოქმედების ვადის გასვლის შემდეგ იქცა, მაშინ, როდესაც ობიექტურად მიუვიდა გარანტს.[92] საკასაციო სა-

[90] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 218.

[91] სუსგ საქმეზე №ას-562-871-09, 20.10.2009.

[92] სუსგ საქმეზე №ას-1595-1498-2012, 01.11.2013; ასევე იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-367-348-2015, 15.05.2017.

სამართლომ ვადის უკანასკნელ დღეს შეტყობინების ფოსტის მეშვეობით გაგზავნის რისკის მატარებლად მიიჩნია ნების გამომვლენი და არა ნების ადრესატი.[93] მნიშვნელოვანია, რომ **მოთხოვნა უშუალოდ ჩაჰბარდეს უფლებამოსილ პირს გარანტიით გათვალისწინებული ვადის ამოწურვამდე.** გარანტიის მოქმედების თარიღის შემდგომ ბენეფიციარის მოთხოვნა უვარგისი ხდება.[94]

სსკ არ ადგენს ისეთი შემთხვევის რეგლამენტაციას, როცა გარანტიით არ არის განსაზღვრული მისი მოქმედების ვადა (კალენდარული თარიღი ან მოვლენა, რომლის დადგომასაც უკავშირდება ვადის ამოწურვა). იმის მხედველობაში მიღებით, რომ კოდექსი მოთხოვნის ვადის ამოწურვის შემდეგ წარდგენას მიიჩნევს მის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის საფუძვლად, გამოთქმულია მოსაზრება, რომ ვადა საბანკო გარანტიის არსებითი პირობაა.[95] ამასთან, **ვადის მიუთითებლობის შემთხვევები დარეგულირებულია URDG 758,** კერძოდ, თუ გარანტიაში და კონტგარანტიაში არ არის მითითებული არც ვადის ამოწურვის თარიღი, არც მოვლენა, რომელიც განსაზღვრავს ვადის გასვლას, გარანტიის მოქმედება წყდება მისი გაცემის თარიღიდან სამი წლის გასვლის შემდეგ, ხოლო კონტრგარანტიის მოქმედება – გარანტიის ვადის გასვლიდან 30 კალენდარული დღის გასვლის შემდეგ (URDG 758, მუხ.25 c). აღნიშნული სამწლიანი ვადა გარანტიაში მითითებული ვადის ფუნქციური ეკვივალენტია.[96] ასეთმა რეგულირებამ შეამცირა ე.წ. „უვადო“ გარანტიების გამოყენების ფარგლები.[97]

თუ გარანტიის მოქმედების ვადის გასვლა ემთხვევა მოთხოვნის წარდგენის ადგილზე არასამუშაო დღეს, მაშინ ვადის ამოწურვის დღედ ითვლება იმავე ადგილზე მომდევნო პირველი სამუშაო დღე (URDG 758, მუხ.25 d). ეს ჩანაწერი ეხება ორივე შემთხვევას: როცა გარანტიაში მითითებულია ვადა ან, როცა გარანტიაში ასეთი ჩანაწერის არარსებობის გამო ვადა იწურება მისი გაცემიდან სამი წლის შემდეგ.[98]

2. დაუძლეველი ძალა, როგორც მოთხოვნის წარდგენის ვადის დენის გაგრძელების საფუძველი

საბანკო გარანტიის მარეგულირებელი სსკ-ის ნორმები არ შეიცავს დაუძლეველი ძალის არსებობის დროს მოთხოვნის წარდგენის ვადის გაგრძელების საკითხის სპეციალურ რეგლამენტაციას. ამასთან, ეს საკითხი დეტალურადაა

[93] სუსგ საქმეზე №ას-1595-1498-2012, 01.11.2013.

[94] *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 217-219; *ღიპაჰტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 120.

[95] *ღიპაჰტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 119, 124; *Kelly – Louw M.*, Selective legal Aspects of demand Bank Guarantee, 2008, 94.

[96] *Affaki G., Goode R.*, Guides to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758, 508.

[97] ICC Унифицированные Правила для Гарантий по Требованию. Включая типовые формы. Редакция 2010 года. Публикация ICC №758/ ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Including Model Forms 2010 revision. ICC Pulication №758. Международная Торговая Палата. Всемирная организация бизнеса. Введение. Джордж Аффаки, 13.

[98] *Affaki G., Goode R.*, Guides to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758, 508.

მოწესრიგებული URDG 758, რომელმაც აღმოფხვრა ის უსამართლობა, როგორიც იყო ბენეფიციარის მიერ საგარანტიო თანხის მიღების უფლების დაკარგვა ფორსმაჟორული გარემოებების დროს, როცა გარანტიის მოქმედების ვადის ამოწურვა ემთხვეოდა გარანტის ბიზნესის შეჩერებას.[99] URDG 758 საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის გარანტისთვის წარდგენის ვადის გაშვებას საპატიოდ მიიჩნევს, თუ ეს გამოწვეულია დაუძლეველი ძალით. ამ წესების მიხედვით, დაუძლეველი ძალა ნიშნავს სტიქიურ უბედურებას, ამბოხებას, სახალხო მღელვარებას, აჯანყებას, ომებს, ტერორისტულ აქტებს ან ნებისმიერ სხვა გარემოებას, რაც სცილდება გარანტის, ან კონტრგარანტის კონტროლის ფარგლებს და რომელიც ხელს უშლის მათ ამ წესებით რეგულირებული მოქმედებების განხორციელებაში (URDG 758, მუხ.26 a).

თუ გარანტიის ვადის გასვლა ემთხვევა ისეთ დროს, როცა მოთხოვნის წარდგენას ან გადახდას ხელს უშლის დაუძლეველი ძალა, ყოველი გარანტია და კონტრგარანტია გრძელდება 30 კალენდარული დღით იმ თარიღიდან, რომელშიც ისინი უნდა ამოწურულიყო (URDG 758, მუხ. 26 b). ასეთ შემთხვევაში აუცილებელია გარანტის ან კონტრგარანტის სწრაფი და დროული ინფორმირება. წარდგენილი მოთხოვნისა და მტკიცებულებების შემოწმების ვადებს რაც შეეხება, ისინი ჩერდება გარანტის საქმიანობის აღდგენამდე. ასევე, სათანადო მოთხოვნა, რომელიც გარანტს წარედგინა დაუძლეველი ძალის დადგომამდე, მაგრამ არ ანაზღაურებულა ასეთი გარემოების დადგომის გამო, უნდა ანაზღაურდეს დაუძლეველი ძალის მოქმედების დასრულებისთანავე, მაშინაც კი, თუ ამ დროისთვის ამოწურულია გარანტიის მოქმედების ვადა.

3. განმეორებითი მოთხოვნა

თუ მოთხოვნის შემოწმების შედეგად მის დაკმაყოფილებამდე გარანტისთვის ცნობილი გახდა, რომ საბანკო გარანტიით უზრუნველყოფილი ძირითადი ვალდებულება შესაბამის ნაწილში მთლიანად უკვე შესრულებულია, შეწყდა სხვა საფუძვლებით ან ბათილია, მან დაუყოვნებლივ უნდა აცნობოს ამის შესახებ ბენეფიციარსა და პრინციპალს (სსკ-ის მუხ. 887 II პირველი წინადადება). აღნიშნული ნორმა ხაზს უსვამს გარანტიის დამოუკიდებელ ბუნებას.[100] გარანტს უფლება არა აქვს, სსკ-ის 885-ე და 887 I მუხლებში მითითებულის გარდა სხვა საფუძვლით განაცხადოს უარი ბენეფიციარის მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე.[101] თავდებობისაგან განსხვავებით, სსკ-ის 887 II მუხლში ჩამოთვლილი გარემოებები არ ათავისუფლებს გარანტს გადახდის ვალდებულებისაგან, რაც იმით გამოიხატება, რომ გარანტის მიერ ასეთი შეტყობინების შემდეგ მიღებული ბე-

[99] ICC Унифицированные Правила для Гарантий по Требованию. Включая типовые формы. Редакция 2010 года. Публикация ICC №758/ ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Including Model Forms 2010 revision. ICC Pulication №758. Международная Торговая Палата. Всемирная организация бизнеса. Введение. *Джордж Аффаки*, 12.

[100] *ჭიპაშვილი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 134.

[101] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-1038-999-2016, 01.02.2017.

ნეფიციარის ხელმეორე მოთხოვნა გარანტმა მაინც უნდა დააკმაყოფილოს.[102] ამ ნორმის არსებობას გარანტიის არააქცესორული ბუნებით განმარტავენ,[103] ძირითადი ხელშეკრულების შეწყვეტა გარანტის ვალდებულებისაგან გათავისუფლების საფუძვლად არ განიხილება.[104] განმეორებითი მოთხოვნის დაკმაყოფილების შესახებ ჩანაწერი ერთ-ერთი განმასხვავებელი ნიშანია, რაც მას გამოარჩევს ვალდებულების შესრულების სხვა საშუალებებისაგან.[105]

ხელმეორე მოთხოვნის დაკმაყოფილება ისეთ შემთხვევაში, როცა პრინციპალს ვალდებულება შესრულებული აქვს, ქმნის ე.წ. „ორმაგი შესრულების" წინაპირობას.[106] ბენეფიციარის განმეორებითი მოთხოვნა ზედმეტი ტვირთი არ უნდა იყოს არც გარანტისთვის და პრინციპალისთვის.[107] სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილენი ვალდებულნი არიან კეთილსინდისიერად განახორციელონ თავიანთი უფლებები და მოვალეობანი (სსკ-ის მუხ. 8 III). **ბენეფიციარი უნდა მოქმედებდეს კეთილსინდისიერად.** ამასთან, გარანტმა მაინც უნდა გადაამოწმოს, ხომ არ არის ბენეფიციარის მიერ თანხის მოთხოვნა **უფლების ბოროტად გამოყენება**.[108] უფლების ბოროტად გამოყენების აკრძალვის მიზანს სსკ აღწევს, ერთი მხრივ, იმპერატიული ნორმების დაწესებით, რომლებიც ბათილად მიიჩნევენ უფლების ბოროტად გამოყენებას, ხოლო, მეორე მხრივ, შიკანას აკრძალვით.[109] სსკ-ის 115-ე მუხლით განსაზღვრულია ზოგადი აკრძალვა იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც უფლების ბოროტად გამოყენების კონკრეტული შემთხვევა სპეციალური იმპერატიული ნორმებით არ არის გათვალისწინებული.[110] სამოქალაქო უფლება უნდა განხორციელდეს მართლზომიერად. დაუშვებელია უფლების გამოყენება მარტოოდენ იმ მიზნით, რომ ზიანი მიადგეს სხვას. გამოთქმულია მოსაზრება, რომ ბენეფიციარის მიერ გარანტისაგან გადახდის მოთხოვნა მაშინ, როდესაც პრინციპალის მიერ ძირითადი ვალდებულება უკვე შესრულებულია, განხილულ უნდა იქნეს როგორც უფლების ბოროტად გამოყენება.[111] სსკ-ის 887 II მუხლი არ ეხება და ვერ გახდება ბენეფიციარის ხელმეორე მოთხოვნის დაკმაყოფილების საფუძველი მაშინ, როცა გარანტიის მოქმედების ვადა ამოწურულია. საბანკო გარანტიის შეწყვეტის შე-

[102] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 226.

[103] *ძღიეხიშვიღი ზ., ცეხცვაძე გ., ხობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცეხცვაძე ღ., ჯანაშია ღ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 584; ასევე იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-1038-999-2016, 01.02.2017.

[104] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-781-996-08, 17.03.2009.

[105] იხ.: სუსგ №ას-161-151-2015, 04.05.2015; სუსგ №ას-492-460-2017, 01.06.2017; სუსგ №ას-749-709-2015, 25.09.2015.

[106] *ჭიპაშვიღი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 156.

[107] *შენგელია ჰ.*, სსკ-ის კომენტარი, წიგნი IV, ტ.II, თბ., 2001, მუხლი 887, 225.

[108] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 225.

[109] *ჭანტურია ღ.*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I (სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებები), 2017, მუხლი 10, ველი 20, 21.

[110] *ჩაჩავა ს.*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I (სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებები), 2017, მუხლი 115, ველი 3.

[111] *გაბისონია ზ.*, საბანკო სამართალი, თბ., 2012, 251; *ღიპარიტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 145, 146.

მდეგ მისთვის წარდგენილი მოთხოვნა, მიუხედავად იმისა, ეს იქნება პირველი თუ ხელმეორე მოთხოვნა, არ უნდა დაკმაყოფილდეს.[112]

VII. გარანტის ვალდებულების შეწყვეტის საფუძვლები

1. შესრულება

ერთ-ერთი ასეთი საფუძველია შესრულება. ვალდებულებითი ურთიერთობა წყდება კრედიტორის სასარგებლოდ ვალდებულების შესრულებით (სსკ-ის მუხ. 427). შესაბამისად, გარანტის მიერ ბენეფიციარისათვის იმ თანხის გადახდა, რაზეც გაიცა გარანტია (საგარანტიო თანხა), იწვევს გარანტის ვალდებულების შეწყვეტას (სსკ-ის მუხ. 889 I ა). გარანტი ბენეფიციარის წინაშე პასუხს აგებს, ერთი მხრივ, თავად გარანტიის პირობების შესაბამისად, მეორე მხრივ, უნიფიცირებული წესების შესაბამისად, რომლებიც არ ეწინააღმდეგება გარანტიის პირობებს, საგარანტიო თანხის ფარგლებში (URDG 758, მუხ.12).

2. ვადის ამოწურვა[113]

3. ბენეფიციარის მიერ გარანტიიდან გამომდინარე უფლებებზე უარის თქმა

გარანტიის შეწყვეტას იწვევს ბენეფიციარის მიერ გარანტიიდან გამომდინარე უფლებებზე უარის თქმაც (სსკ-ის მუხ. 889 I გ). ამასთან, ბენეფიციარმა საგარანტიო ვალდებულების შეწყვეტის შესახებ თავისი ნება წერილობით უნდა გამოხატოს.[114] ასეთი უარის წერილობით თქმა მტკიცებულებით ფუნქციასაც ასრულებს და თავიდან გვარიდებს დავას ამ საკითხთან დაკავშირებით. თუ უარის თქმა წერილობით არ გაფორმებულა, გარანტის ვალდებულება შეწყვეტილად არ ჩაითვლება.[115] ქვეპუნქტის ფორმულირებამ – ბენეფიციარის მიერ გარანტიიდან გამომდინარე თავის უფლებებზე უარის თქმა და მათი გარანტისათვის დაბრუნება – კერძოდ კი „და“ კავშირის მითითებამ, რაც ორი მოქმედების კუმულაციურად განხორციელებას უნდა გულისხმობდეს, გამოიწვია სხვადასხვაგვარი განმარტება. გამოთქმულია მოსაზრება, რომ „მათი გარანტისათვის დაბრუნებაში“ იგულისხმება საბანკო გარანტიის დედნის დაბრუნება.[116] ამასთან, საბანკო გარანტიის დედნის უკან დაბრუნების საჭიროებაც არ იარსებებს, თუ ბენეფიციარი წერილობით გამოხატავს ნებას და უარს იტყვის გარანტიიდან გამომდინარე თავის უფლებებზე.[117] უფლებებზე უარის თქმა გარანტიის შეწყვეტის საკმარისი საფუძველია.

---

[112] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-562-871-09, 20.10.2009.

[113] იხ. წინამდებარე ნაშრომში: VI. გარანტის უარი ბენეფიციარის მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე, გარანტიის მოქმედების ვადის ამოწურვა.

[114] *შენგელია ჰ.*, სსკ-ის კომენტარი, წიგნი IV, ტ.II, თბ., 2001, მუხლი 889, 226.

[115] *ძიებიშვიდი ზ., ცეხცვაძე გ., ხობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცეხცვაძე ღ., ჯანაშია ღ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 589.

[116] *ჭიპაშვიდი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 119.

[117] იქვე.

მიუხედავად იმისა, დაუბრუნდა თუ არა გარანტს გარანტიის დედანი, გარანტიის მოქმედების შეწყვეტას იწვევს: გარანტიის მოქმედების ვადის გასვლა; იმ თანხის ამოწურვა, რომელიც გარანტიის სახით შეიძლებოდა ყოფილიყო გაცემული; ან გარანტისათვის ბენეფიციარის მიერ ხელმოწერილი განცხადების წარდგენა, რომლითაც იგი უარს ამბობს გარანტის მიმართ თავის მოთხოვნაზე (ათავისუფლებს გარანტს ვალდებულებისაგან), (URDG 758, მუხ.25, b).

VIII. რეგრესული ანაზღაურების მოთხოვნის უფლების წარმოშობა

საბანკო გარანტიის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფუნქცია არის მისი **საკრედიტო ფუნქცია.** თუკი მოვალე ვერ უზრუნველყოფს ბენეფიციარის წინაშე ნაკისრი ვალდებულების შესრულებას, გარანტი გადახდით ფაქტობრივად აძლევს კრედიტს მოვალეს, რომელიც მან უნდა დააბრუნოს.[118] ამდენად, გადახდილი საგარანტიო თანხის რეგრესი პრინციპალისაგან ეფუძნება ამ თანხით პრინციპალის დაკრეტიდებას და კრედიტის დაბრუნებითობას. ამ საკრედიტო ვალდებულების დაფარვის ვადა, გადახდის წესი და საპროცენტო განაკვეთი ზოგიერთ შემთხვევაში პირდაპირ საბანკო გარანტიით მომსახურების ხელშეკრულებითაა დადგენილი, ხოლო ზოგიერთ შემთხვევაში – ცალკე იდება საკრედიტო ხელშეკრულება.[119]

მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს:

რეგრესულ ანაზღაურებაზე გარანტის მოთხოვნის უფლება პრინციპალის მიმართ წარმოიშობა ბენეფიციარის დაკმაყოფილებისთანავე ავტომატურად, კანონის ძალით (ipso iure), თუ მისი წარმოშობა დაკავშირებულია მხარეთა შეთანხმებაზე.

სსკ-ის 890 I მუხლი ადგენს, რომ **რეგრესული ანაზღაურების უფლების წარმოშობა დამოკიდებულია მხარეთა შეთანხმებაზე**, კერძოდ, ეს საკითხი გათვალისწინებული უნდა იქნეს გარანტსა და პრინციპალს შორის დადებული ხელშეკრულებით.[120] როგორც წესი, გარანტი პრინციპალთან გაფორმებულ ხელშკრულებაში პირდაპირ უთითებს, რომ ბენეფიციარის დაკმაყოფილების შემდეგ უფლებამოსილია, პრინციპალს მოსთხოვოს გაწეული ხარჯების ანაზღაურება. გარანტისათვის მთავარი რისკია, რომ პრინციპალი გადახდისუუნარო გახდება და ბენეფიციარის დაკმაყოფილების შემდეგ რეგრესული ანაზღაურების მოთხოვნის დაკმაყოფილებას ვერ შეძლებს. პრაქტიკაში, როგორც წესი, ამ რისკების თავიდან აცილების მიზნით, საბანკო გარანტიის გაცემა სხვადასხვა უზრუნველყოფის საშუალების წარმოდგენაზეა დამოკიდებული.[121]

---

[118] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 227.

[119] *ჭიპაშვილი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 160.

[120] *შენგელია ჰ.*, სსკ-ის კომენტარი, წიგნი IV, ტ.II, თბ., 2001, მუხლი 890, 227.

[121] *ძიებიშვილი ზ., ცეხცვაძე გ., ჰობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცეხცვაძე ღ., ჯანაშია ღ.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 569.

გარანტმა **კეთილსინდისიერად, სათანადო გულისხმიერებით უნდა შეამოწმოს ბენეფიციარის მოთხოვნის მართლზომიერება და ისე გასცეს მასზე საგარანტიო თანხა**. სსკ-ის 890 II მუხლი ართმევს გარანტს იმ თანხის რეგრესული ანაზღაურების მოთხოვნის უფლებას, რაც ბენეფიციარს გარანტიის პირობების შეუსაბამოდ გადაუხადა ან ზედმეტი ხარჯი გაწია გარანტიით ნაკისრი ვალდებულების დარღვევის გამო. პრაქტიკაში შეიძლება წარმოიშვას სიტუაცია, როცა საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის დაკმაყოფილების შემდეგ აღმოჩნდება, რომ ბენეფიციარი არ იყო უფლებამოსილი, მოეთხოვა საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე მოთხოვნის დაკმაყოფილება, მაგალითად, როცა გარანტი უხდის ბენეფიციარს გარანტიით გათვალისწინებულ თანხას, შემდეგ კი დგინდება, რომ ბენეფიციარის მოთხოვნა არ შეესაბამებოდა გარანტიის პირობებს. ამ შემთხვევაში იგულისხმება, რომ ბენეფიციარის მოთხოვნა საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე არ წარმოშობილა.[122] ამდენად, გარანტს წარმოეშობა უფლება, უსაფუძვლო გამდიდრების წესებით მოითხოვოს უსაფუძვლოდ გადახდილის უკან დაბრუნება.[123] შეიძლება მოხდეს ისეც, რომ ბენეფიციარის მოთხოვნა საგარანტიო თანხის მიღებაზე წარმოიშვა, მაგრამ გარანტის მიერ ბენეფიციარის დაკმაყოფილების შემდეგ გაირკვა, რომ ბენეფიციარსა და პრინციპალს შორის არსებული ხელშკრულებიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნა შესრულდა (პრინციპალმა დააკმაყოფილა მისი მოთხოვნა), შეწყდა სხვა საფუძვლით ან ბათილია. შესაძლოა წარმოიშვას ვითარება, როდესაც ბენეფიციარი საბანკო გარანტიიდან იღებს დაკმაყოფილებას ისე, რომ საერთოდ არ გააჩნია ძირითადი ხელშეკრულებიდან გამომდინარე მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძველი. ასევე შესაძლოა დადგეს შემთხვევა, როცა ბენეფიციარის მოთხოვნას დააკმაყოფილებს გარანტიც და პრინციპალიც. საბანკო გარანტიის არააქცესორული ხასიათი როდი ნიშნავს იმას, რომ ბენეფიციარი უფლებამოსილია, დაიტოვოს მსგავსი შესრულება. ასეთ დროს დგება უსაფუძვლოდ გადახდილის უკან დაბრუნების საკითხი.[124] თავის მხრივ, როცა ბენეფიციარის მოთხოვნა დაკმაყოფილებულია გარანტიის პირობების შესაბამისად (უზრუნველყოფილი ვალდებულება დაირღვა და საბანკო გარანტიის ნამდვილობა სადავო არაა), იურიდიულად გაუმართლებელია პრინციპალის მოთხოვნა ბენეფიციარის მიმართ, დააბრუნოს საბანკო გარანტიის საფუძველზე მიღებული შესრულება.[125]

ერთ-ერთ საქმეზე გარანტიის პირობების საწინააღმდეგოდ გადახდილ თანხად შეფასდა შემთხვევა, როცა გაცემული იყო საავანსო გარანტია, რომელიც უზრუნველყოფდა პრინციპალის მიერ ავანსის არამიზნობრივ გამოყენებას, რაც სადავო შემთხვევაში არ ვლინდებოდა (ავანსი გამოყენებულ იქნა

[122] *Schimansky/Bunte/Lwowski/Fischer*, Bankrecht-Handbuch, §121, Rn.240; *ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., ჩობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ე., ჯანაშია ე.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 585.

[123] *ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., ჩობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ე., ჯანაშია ე.*, სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის), თბ., 2014, 585.

[124] იქვე, 586.

[125] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-1681-2018, 01.03.2019.

მიზნობრივად). შესაბამისად, უარი ეთქვა გარანტის რეგრესულ მოთხოვნას პრინციპალის მიმართ და იქვე განიმარტა, რომ რადგან, ფაქტობრივად, ბენეფიციარმა მიიღო შესრულება პრინციპალისაგან და საგარანტიო თანხა – გარანტისაგან, ბანკს შეიძლება ჰქონოდა ბენეფიციარის მიმართ კონდიქციური მოთხოვნა.[126] სსკ-ის 890 II მუხლი დისპოზიციურია და მხარეებს უფლება აქვთ, განსხვავებულად მოაწესრიგონ გარანტიის პირობების საწინააღმდეგოდ გადახდილი თანხის რეგრესული ანაზღაურების საკითხი.[127]

IX. საბანკო გარანტიების კლასიფიკაცია

საბანკო გარანტიების **კლასიფიკაცია შესაძლებელია სხვადასხვა ნიშნით, კრიტერიუმით**.[128] ერთი და იგივე გარანტია შესაძლოა აერთიანებდეს რამდენიმე მათგანს. გარანტიის გამოთხოვის შესაძლებლობის, მოთხოვნის წარდგენის წესის, მონაწილე სუბიექტების რაოდენობისა და მათი ურთიერთდამოკიდებულების, რეგრესული ანაზღაურების მოთხოვნის უზრუნველყოფისა და ბენეფიციარის კუთვნილი მოთხოვნის სხვა პირისათვის გადაცემის შესაძლებლობის მიხედვით გარანტიები შეიძლება იყოს:

1. გამოთხოვადი და გამოუთხოვადი

იმის მიხედვით, შესაძლებელია თუ არა გარანტიის გამოხმობა (გამოთხოვა), გარანტია შეიძლება იყოს **გამოთხოვადი** და **გამოუთხოვადი**. ეს კლასიფიკაცია ვრცელდება აკრედიტივზეც.[129] გამოუთხოვადი საბანკო გარანტიის გამოთხოვა ან მასში ცვლილების შეტანა ბენეფიციარის თანხმობის გარეშე არ იწვევს სამართლებრივ შედეგს.[130] სსკ-ის 882-ე მუხლის თანახმად, საბანკო გარანტია არ შეიძლება უკან იქნეს გამოთხოვილი გარანტის მიერ, თუ გარანტიაში სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული, ანუ ნორმა დისპოზიციურია. URDG 758 4 (b) მუხლის თანახმად კი, **გარანტია გამოუთხოვადია გაცემის მომენტიდან, მაშინაც კი, როცა მასში აღნიშნული არ არის ამის თაობაზე.**

2. პირობითი და უპირობო

URDG 758 მუხლი 15 (a,b) განამტკიცებს პირობით გარანტიებს, კერძოდ, გარანტიის საფუძველზე მოთხოვნა გამყარებული უნდა იქნეს დოკუმენტებით, რაც გარანტიაშია გათვალისწინებული, მაგრამ ნებისმიერ შემთხვევაში – ბენეფიციარის იმ განცხადებით, რომელშიც მიეთითება, თუ რით

[126] იხ.: სუსგ საქმეზე №ას-396-376-2015, 10.03.2016.

[127] *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 228.

[128] *ჭიპაშვიდი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 191-199; *ღიპაძტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 94-114.

[129] *ამიღახვახი გ.*, საერთაშორისო დოკუმენტური აკრედიტივის სამართლებრივი ბუნება, დისერტაცია, თბ., 2017, 45.

[130] *ჭიპაშვიდი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 86.

გამოიხატა აპლიკანტის მიერ ვალდებულებების დარღვევა ძირითადი გარიგების მიხედვით. ამ განცხადებას შეიძლება შეიცავდეს მოთხოვნა ან არსებობდეს ცალკე ხელმოწერილი დოკუმენტის სახით, რაც ერთვის მოთხოვნას ან იგზავნება ცალკე, მაგრამ მოთხოვნაზე მითითებით. ასევე, კონტრგარანტიის საფუძველზე მოთხოვნა გამყარებული უნდა იქნეს მხარის განცხადებით, რომლის სასარგებლოდაც არის კონტრგარანტია გაცემული, რომელშიც მიეთითება, რომ ამ მხარემ მიიღო სათანადო მოთხოვნა მის მიერ გაცემული გარანტიის ან კონტრგარანტიის საფუძველზე. ზოგჯერ საგარანტიო შემთხვევა ძალიან ზოგადად განისაზღვრება, რაც ბენეფიციარს უფლებას აძლევს, პირველივე მოთხოვნისთანავე დაიკმაყოფილოს გარანტისაგან მოთხოვნა, ე.წ. გარანტია პირველივე მოთხოვნისთანავე.[131]

URDG 758 მუხლი 15 (c) განამტკიცებს ისეთი გარანტიის სახეს, როგორიცაა – ე.წ. უპირობო გარანტია. კერძოდ, ამ მუხლით განმტკიცებული მოთხოვნა ე.წ. „დასაბუთებული განცხადების“ წარდგენის თაობაზე გამოიყენება, თუ გარანტია პირდაპირ არ გამორიცხავს ამ მოთხოვნას, ანუ მოთხოვნას, ბენეფიციარმა დაასაბუთოს თუ რაში გამოიხატება აპლიკანტის (ანუ პრინციპალის) მიერ ძირითადი ხელშეკრულებით განსაზღვრული ვალდებულებების დარღვევა. ასეთი მოთხოვნის გამორიცხვისათვის ისეთი ფორმულირება, როგორიცაა, „დასაბუთებელი განცხადება, გათვალისწინებული მე-15 მუხლის (a) და (b) ქვეპუნქტით, გამორიცხულია“, – აკმაყოფილებს ამ პუნქტის მოთხოვნას. ამდენად, URDG 758 უშვებს უპირობო გარანტიის გაცემას, სადაც ბენეფიციარს არ მოეთხოვება პრინციპალის მხრიდან ვალდებულების დარღვევის დასაბუთება.

ცხადია, ამ შემთხვევაში მნიშვნელოვანია პრინციპალის პოზიცია, იქნება თუ არა თანახმა ასეთ უპირობო გარანტიაზე. თუ თანახმაა, მან ეს ცალსახად უნდა აღნიშნოს თავის ინსტრუქციაში გარანტის მიმართ, რაც უნდა აისახოს გარანტიით მომსახურების ხელშეკრულებაშიც, რათა გარანტის უფლება რეგრესზე პრინციპალის მიმართ არ შეილახოს და ზიანი არ გამოიწვიოს.[132] უპირობო გარანტიის დროს უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება ბენეფიციარის კეთილსინდისიერებას, რამეთუ არაკეთილსინდისიერი ბენეფიციარის ხელში ის შეიძლება იქცეს გარანტის საწინააღმდეგო მძლავრ იარაღად.

რაც შეეხება სსკ-ს, იგი პირდაპირ არ ადგენს ე.წ. უპირობო გარანტიის ცნებას, თუმცა არც ასეთი გარანტიის პირდაპირ ამკრძალავ ნორმას არ შეიცავს. ამასთან, სსკ-ის 885-ე მუხლის პირველი ნაწილით, ბენეფიციარის მოთხოვნაში ან მის დანართში ბენეფიციარმა უნდა მიუთითოს, თუ რით გამოიხატება პრინციპალის მიერ ძირითადი ვალდებულების დარღვევა, რომლის უზრუნველსაყოფადაც გარანტია გაიცა და წარმოადგინოს დოკუმენტები, რომლებიც გარანტიაშია მითითებული. ეს ვალდებულება ბენე-

[131] *ჭანტურია ლ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 219.

[132] *ჭიპაშვილი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 148.

ფიციარმა კეთილსინდისიერად და ჯეროვნად უნდა შეასრულოს, ანუ სსკ-ის 885-ე მუხლი არეგულირებს პირობით გარანტიებს.

3. პირდაპირი გარანტია და კონტრგარანტია

პირდაპირი გარანტიის შემთხვევაში პრინციპალის ბანკს პირდაპირი კავშირი აქვს ბენეფიციართან და გასცემს მისთვის გარანტიას. გარანტიაში პირდაპირაა მითითებული ბენეფიციარი, როგორც თანხის მიმღები. ანუ თვალსაჩინოა გარანტის ვალდებულება ბენეფიციარის წინაშე. კონტრგარანტიის შემთხვევაში კი ეს პირდაპირი კავშირი არ არსებობს, რადგან ურთიერთობაში ერთვება მეორე გარანტი (ბენეფიციარის ბანკი), რომელიც გარანტიას თავისი კლიენტის (ბენეფიციარის) სასარგებლოდ გასცემს კონტრგარანტის, ანუ პრინციპალის ბანკის თხოვნით. თავის მხრივ, კონტრგარანტი ამ მოქმედებას ასრულებს პრინციპალის განაცხადის საფუძველზე.[133]

ამდენად, საგარანტიო ურთიერთობაში ტრადიციული სამი სუბიექტის გარდა შესაძლებელია, მონაწილეობდეს მეოთხეც. იგი მძლავრი ფინანსური რესურსების მქონე პირია და მაშინ ერთვება პროცესში, როდესაც პრინციპალის მიერ შერჩეული გარანტი ბენეფიციარისათვის მიუღებელია ან/და უცნობია. ასეთ დროს პრინციპალის გარანტმა შეიძლება მიმართოს ბენეფიციარის გარანტს, ბენეფიციარისათვის საბანკო გარანტიის გაცემის თობაზე, ხოლო ბენეფიციარის გარანტს მისცეს თავისი საბანკო გარანტია. ამ შემთხვევაში პრინციპალის გარანტი ჩაითვლება კონტრგარანტად, ხოლო მის მიერ ბენეფიციარის გარანტისათვის მიცემული გარანტია – კონტრგარანტიად.[134] ბენეფიციარის მოთხოვნის წარდგენის შემდგომ ძირითადი გარანტი მოთხოვნას წარუდგენს კონტრგარანტს კონტრგარანტიის საფუძველზე. აუცილებელია მოთხოვნა იყოს კონტრგარანტიის პირობების შესაბამისი. კონტრგარანტს უფლება აქვს, უარი განაცხადოს მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე, თუ მოთხოვნა კონტრგარანტიის პირობებს არ შეესაბამება.[135] როგორც წესი, პირდაპირ საგარანტიო ურთიერთობებში მხარეები ერთი ქვეყნის რეზიდენტები არიან და ანგარიშსწორების სისტემა, გადახდის ვალუტა ერთიანია. კონტრგარანტია კი არაპირდაპირი გარანტიაა, რომელიც პირველ გარანტიას უზრუნველყოფს. ამიტომ როდესაც ბენეფიციარი და პრინციპალი სხვადასხვა ქვეყნის რეზიდენტები არიან, მაშინ კონტრგარანტია ხშირად გამოიყენება.

4. დაფარული და დაუფარავი

დაფარულ და დაუფარავ გარანტიებს შორის სხვაობა გამოიხატება რეგრესული ანაზღაურების მოთხოვნის უზრუნველყოფის მიხედვით. დაფარულ გარანტიებად მიიჩნევა ფულით ან საბანკო/სადაზღვევო კომპანიის გარანტიებით უზრუნველყოფილი გარანტიები. ამ დროს პრინციპალის ანგა-

[133] იქვე, 193.

[134] *ღიპახტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 49,50.

[135] იქვე, 75.

რიშზე რიცხული თანხა იბლოკება და გამოიყენება – როგორც უზრუნველყოფა. ასეთ დროს გარანტიის ხელშეკრულებაში მიეთითება, რომ თანხა არის დაგირავებული, უფრო სწორად, თანხის მოთხოვნის უფლებაა დაგირავებული.[136] სხვა შემთხვევებში გარანტია დაუფარავია.

5. ტრანსფერაბელური და არატრანსფერაბელური

საბანკო გარანტია კონკრეტულ პირებს შორის არსებული ძირითადი ვალდებულების შესრულებას ემსახურება, შესაბამისად, გარანტი შეიძლება თანახმა არ იყოს სხვა პირის სასარგებლოდ საგარანტიო თანხის გადახდაზე. სსკ-ის 883-ე მუხლით, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის კუთვნილი მოთხოვნის უფლება გარანტის მიმართ არ შეიძლება გადაეცეს სხვა პირს (ანუ გარანტია არატრანსფერაბელურია), თუ თავად გარანტიით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული. შესაბამისად, **გარანტია ტრანსფერაბელურია მაშინ, როცა მასში პირდაპირაა მითითებული მოთხოვნის დათმობის შესაძლებლობა.** ტრანსფერაციის საკითხები რეგულირებულია ასევე URDG 758, კერძოდ, მის 33-ე მუხლში. გარანტია გადასაპირებელია (ტრანსფერაბელურია), თუ მასში პირდაპირაა მითითებული. ამ შემთხვევაში მისი ტრანსფერაცია შეიძლება ერთხელ ან მეტჯერ გარანტიის მთელი თანხით ტრანსფერაციის მომენტისთვის. გარანტი მოქმედებს მხოლოდ იმ პირობების ფარგლებში, რაზეც მან ნება ნათლად გამოავლინა. ტრანსფერაბელური გარანტია შეიძლება წარედგინოს (ანუ გაიცეს) ახალი ბენეფიციარის (უფლებამონაცვლის/ ცესიონერის) სასარგებლოდ, მოქმედი ბენეფიციარის (ცედენტის) თხოვნით (URDG 758, მუხ. 33, c). იგი უნდა შეიცავდეს ყველა ცვლილებას, რაც შეთანხმდა ცედენტსა და გარანტს შორის გადაპირების თარიღისთვის; ასევე, ცედენტმა გარანტს უნდა წარუდგინოს ხელმოწერილი განცხადება მასზე, რომ მისმა უფლებამონაცვლემ, ანუ ახალმა ბენეფიცირმა, შეიძინა ძირითადი გარიგებით გათვალისწინებული უფლებები და მოვალეობები (URDG 758, მუხ. 33, d). ამდენად, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის კუთვნილი მოთხოვნის უფლების გადაცემა სხვა პირისათვის დაიშვება იმავე პირზე ძირითადი ვალდებულებიდან წარმოშობილი ბენეფიციარის უფლებების იმავდროული დათმობის პირობით.[137] ტრანსფერაცია შეიძლება უკავშირდებოდეს გარკვეულ ხარჯებსაც. თუ გადაპირების მომენტისთვის სხვა რამ არ არის შეთანხმებული, ცედენტი იხდის ტრანსფერაციასთან დაკავშირებულ ყველა ხარჯს. გარანტიის გადაპირების (ტრანსფერაციის) შემდეგ მოთხოვნა გარანტს უნდა წარუდგინოს ცესიონერმა.

იმისგან დამოუკიდებლად, მითითებულია თუ არა გარანტიაში, რომ იგი ტრანსფერაბელურია, ბენეფიციარი უფლებამოსილია დათმოს გარანტიიდან გამომდინარე თავისი **მოთხოვნის ნებისმიერი ნაწილი.** ამასთან, გარანტი არ არის ვალდებული, გადაიხადოს ბენეფიციარის მიერ დანიშნუ-

[136] *ჭიპაშვილი ნ.*, საბანკო გარანტია საქართველოს კანონმდებლობისა და საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების მიხედვით, დისერტაცია, თბ., 2015, 194.

[137] იქვე, 115.

ლი პირის სასარგებლოდ, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა გარანტმა ასეთი თანხმობა ნათლად გამოთქვა (URDG 758, მუხ. 33, g). ანუ მაშინაც კი, როცა გარანტია არ შეიცავს მითითებას ტრანსფერაციაზე, შესაძლებელია მისგან გამომდინარე მოთხოვნის უფლების დათმობა, თუ გარანტი დაეთანხმება ამას – გადამწვეტი გარანტის მიერ გამოვლენილი ნებაა.

URDG 758 პირდაპირაა კონტრგარანტიის ტრანსფერაცია აკრძალული (მუხ.33, a). ამის საფუძველი თავად კონტრგარანტიის არსში და მის დანიშნულებაში უნდა ვეძიოთ. მართალია, სსკ არ შეიცავს პირდაპირ აკრძალვას კონტრგარანტიის ტრანფერაციაზე, მისი იურიდიული ბუნება თავად გამორიცხავს ასეთ შესაძლებლობას. კონტრგარანტია თავად უზრუნველყოფს ძირითად საბანკო გარანტიას, როგორც მიზნობრივად, ისე ეკონომიკურად, სამართლებრივად უკავშირდება მას და ამის გამო დაუშვებელია მისგან მომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის უფლების სხვა სუბიექტისათვის დათმობა.

6. საბანკო გარანტიები უზრუნველყოფილი ვალდებულების შინაარსის მიხედვით

უზრუნველყოფილი ვალდებულების შინაარსის მიხედვით საბანკო გარანტიის ყველაზე გავრცელებული სახეებია: **ა. სატენდერო**[138] – გამოიყენება პრინციპალის მიერ სატენდერო ურთიერთობებში შესვლის დროს. სატენდერო გარანტია ემსახურება აუქციონის/ტენდერის ჩატარების შემდგომ ხელშეკრულების გაფორმების უზრუნველყოფის მიზანს.[139] თუ აუქციონში მონაწილე სუბიექტი უარს იტყვის ხელშეკრულების გაფორმებაზე, ბენეფიციარი საბანკო გარანტიის საფუძველზე წარადგენს მოთხოვნას საგარანტიო თანხის მიღებაზე. სატენდერო გარანტიის ბენეფიციარად, როგორც წესი, გამოდის სახელმწიფო ან მის მიერ უფლებამოსილი სახელმწიფო შეკვეთის გამცემი პირი;[140] **ბ. ხელშეკრულების შესრულების გარანტია**[141] – პრინციპალის მიერ ნაკისრი ძირითადი ვალდებულების ჯეროვან, დათქმულ დროსა და ადგილას შესრულებას უზრუნველყოფს. მის მთავარ მიზანს შეუსრულებლობით ან არაჯეროვანი შესრულებით გამოწვეული ზიანის კომპენსირება წარმოადგენს;[142] **გ. საავანსო უზრუნველყოფის გარანტია**[143] – გამოიყენება გაცემული თანხის მიზნობრივად ხარჯვის უზრუნველყოფის მიზნით და საბანკო გარანტიის მოცულობა მცირდება ბენეფიციარისათვის პრინციპალის მიერ შესრულებული სამუშაოსა თუ ხელშეკრულების საგნის ფაქტობრივი მიწოდების ოდენობით. საავანსო საბანკო გარანტიის თანხა ხელშეკრულების სრულად შესრულებაზე პასუხისმგებლობას არ

[138] ინგლ. Tender bond or Bid Bond.

[139] *ღიპარტია ნ.*, სახელმწიფო შესყიდვების ურთიერთობებში გამოყენებადი საბანკო გარანტიის სახეები, „მართლმსაჯულება და კანონი“, 4 (52)-2016, 125.

[140] *ჭანტურია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 232.

[141] ინგლ. Performance Bond or Completion Bond.

[142] სუსგ საქმეზე №ას-968-2021, 17.12.2021; სუსგ საქმეზე №ას-344-2019, 12.02.2021.

[143] ინგლ. Advance Payment Guarantee.

მოიცავს;[144] **დ. დეფექტებზე (ნაკლზე) პასუხისმგებლობის გარანტია**[145] – გამოიყენება ხელშეკრულების ფარგლებში მიწოდებული საქონლის (შესრულებული სამუშაოს) დეფექტების (ნაკლის) გამოსწორების თანხების უზრუნველსაყოფად.[146] ეს გარანტია ზოგჯერ ხარისხის უზრუნველყოფის გარანტიადაც იწოდება; **ე. საბაჟო გარანტია** – საბაჟო ორგანოების სასარგებლოდ გაიცემა ქვეყნის ტერიტორიაზე ტვირთის შემოტანისას, ვიდრე იგი არ განბაჟდება.[147] საქართველოს საბაჟო კოდექსის 55 (1) მუხლის თანახმად, პირმა, რომელსაც წარმოეშვა ან შეიძლება წარმოეშვას იმპორტის გადასახდელის გადახდის ვალდებულება, უნდა წარადგინოს იმპორტის გადასახდელის გადახდის უზრუნველყოფის გარანტია, თუ საქართველოს საბაჟო კანონმდებლობით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული. ამავე კოდექსის მუხლი 58 (1) „ა“ ადგენს ისეთი უზრუნველყოფის წარდგენის შესაძლებლობას, როგორიცაა საბანკო გარანტია.

X. დასკვნა

ზემოაღნიშნული წარმოადგენს საბანკო გარანტიის პრობლემურ საკითხებზე ზოგიერთ მოსაზრებას, რაც ხელს შეუწყობს მათ პრევენციას თავად საბანკო გარანტიებში ნების ავტონომიის ფარგლებში შესაბამისი რეგულაციების გათვალისწინებით, ასევე, დავის შემთხვევაში – მართებული ნორმების გამოყენებას, მათ განმარტებას და ერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკის ფორმირებას

.

[144] *ღიპახტია ნ.*, სახელმწიფო შესყიდვების ურთიერთობებში გამოყენებადი საბანკო გარანტიის სახეები, „მართლმსაჯულება და კანონი“, 4 (52)-2016, 130; *ღიპახტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 102.

[145] ინგლ. Quality guarantee, warranty guarantee, maintenance guarantee, retention guarantee. იხ.: *ღიპახტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 106-109.

[146] *ღიპახტია ნ.*, საბანკო გარანტიიდან გამომდინარე ბენეფიციარის მოთხოვნის მართვა და მისი სამართლებრივი შედეგები, დისერტაცია, თბ., 2018, 106.

[147] *ჭანტუხია ღ.*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბ., 2012, 233.

*გოჩა ფეიაძე**

კიდევ ერთხელ სასამართლოს ორგანიზაციის შესახებ XVIII საუკუნის საქართველოში

(„მარკოზაშვილის დარბაზელებისა“ და ლევან ბატონიშვილის საქმეების მაგალითზე)

სახელმწიფოთაშორისი ურთიერთობების მრავალსაუკუნოვანი ისტორიის მიუხედავად, გულწრფელ გაკვირვებას იწვევს XVIII საუკუნის მიწურულსაც კი რამდენად ზოგადი, ზედაპირული იყო რუსეთის საიმპერატორო კარის წარმოდგენა საქართველოს შესახებ. ძნელია, სხვა ახსნა მოეძებნოს დამოუკიდებელი საქართველოს დამფუძნებელი კრების წევრის, ცნობილი ქართველი კრიტიკოსის, პოლიტიკოსისა და საზოგადო მოღვაწის, გერონტი ქიქოძის შეფასებას, რომლის თანახმად, „რუსეთთან შეერთების დროისათვის საქართველოში ბევრად უკეთესი წარმოდგენა ჰქონდათ რუსეთის შესახებ, ვიდრე რუსებს საქართველოზე“.[1]

მიგვაჩნია ეს ფაქტი დიდ-პატარის უნივერსალური კანონის საყოველთაობის კიდევ ერთი ნათელი დადასტურებაა. როგორც ჩანს, ადამის მოდგმის მსგავსად, სახელმწიფოთაშორის ურთიერთობებშიც „პატარები“ უკეთ იმახსოვრებენ „უფროსებს” და მათი ავკარგიანობის მიმართაც მეტად თვალახელილი არიან. რაც შეეხებათ დიდებს, იმავე გ. ქიქოძის გადმოცემით, ეკატერინე II, რომელიც 1796 წლის ნოემბერში გარდაიცვალა, გეორგიევსკის ტრაქტატის გაფორმებიდან 13 წლის შემდეგაც კი დაბეჯითებით მოითხოვდა საკუთარი საგარეო საქმეთა კოლეგიისგან (1802 წლიდან საგარეო საქმეთა სამინისტროდ გადაკეთდა), ეცნობებინათ მისთვის **სად მდებარეობდა თბილისი**, ქართლ-კახეთის სამეფოს სატახტო ქალაქი, რომელიც „იმდროინდელ რუსულ გეოგრაფიულ რუკებზე ხან კასპიის ზღვის პირდაპირ იყო მოთავსებული, ხან შავი ზღვის პირას, ხან კიდევ სადმე შუა ადგილას“.[2]

ასეთი შეფასების შემდეგ, ძნელი არ უნდა იყოს იმის წარმოდგენა, თუ რამდენად ბუნდოვანი, ზედაპირული შეიძლება ყოფილიყო იმპერიის მმართველი წრეების წარმოდგენა ძველი ქართული სამართლისა და სასამართლო სისტემის შესახებ. მით უფრო, თუ გავითვალისწინებთ, რომ „მრავალფეროვნე-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, თინათინ წერეთლის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის სამართლის ისტორიისა და თეორიის განყოფილების ხელმძღვანელი.

[1] *გეხონტი ქიქოძე,* „ერეკლე მეორე“, თბ., 1942, გამომც. „სახელგამი“, 101-102.

[2] იქვე.

ბით“ ეს უკანასკნელი რუსულ ანალოგს ტოლს ნამდვილად არ უდებდა. ცხადია, იყო საერთოც და, მათ შორის, ყველაზე თვალშისაცემი ეს მონარქის (რუსეთში იმპერატორი, საქართველოში მეფე), ხელისუფლების სამივე შტოს, მათ შორის, სასამართლო ხელისუფლების სათავეში დგომა გახლდათ.

სწორედ ისტორიული მეზობლის, უფრო კონკრეტულად კი, ერეკლე მეფის ეპოქაში, რუსეთის იმპერიიდან მომდინარე საფრთხეების შუქზე გვინდა გავიხსენოთ სასამართლოს ორგანიზაციის თვალსაზრისით მეტად საინტერესო ორი საქმე. მხედველობაში გვაქვს პაატა და ლევან ბატონიშვილების საქმეები, რომელთაც, გადაჭარბების გარეშე შეიძლება ითქვას, წარუშლელი კვალი დატოვეს პატარა კახის როგორც მმართველობაზე, ისე პირად ცხოვრებაზე. ქრონოლოგიური თანმიმდევრობის გათვალისწინებით, ჯერ ქართლის მეფის ვახტანგ VI-ის უკანონო შვილის, პაატა ბატონიშვილის, ისტორიას გავიხსენებთ. ბაგრატიონთა სამეფო ოჯახიდან იმ ერთადერთი ბატონიშვილის საქმეს, ვინც იმპერატორის მიერ მიჩენილი მეთვალყურეების „ხელიდან დასხლტომა“ მოახერხა და ევროპის გავლით[3] საქართველოში დაბრუნდა.

ხაზი გვინდა გაუსვათ იმ ფაქტსაც, რომ ქართლის მეფემ თეიმურაზ II-ემ[4] და „კახთ ბატონმა“ ერეკლემ ის პატივით მიიღეს და სარჩოც გაუჩინეს.[5] თუმცა, სულ ცოტა ხანში სწორედ პაატა ბატონიშვილის გარშემო დაიწყეს ერეკლეს მოწინააღმდეგე დიდებულებმა (ძირითადად, ქართლიდან და ზოგიერთმა კახელმა ფეოდალმაც) გაერთიანება. ასე დაიწყო XVIII საუკუნის ერთ-ერთი ყველაზე გახმაურებული სახელმწიფო დანაშაულის ისტორია, რომელსაც შეთქმუ-

[3] 1749 წლის იანვარში უნებართვოდ მიატოვა რა რუსეთის იმპერია ხანგრძლივი მოგზაურობის შემდეგ – პრუსიის, პოლონეთის, რუმინეთისა და თურქეთის გავლით (საგულისხმოა, რომ თურქეთში ის 2 წლის განმავლობაში შეყოვნდა) – 1752 წელს პაატა ბატონიშვილი თბილისში ჩამოვიდა. უნდა აღინიშნოს, რომ წერილობით დღემდე არ დასტურდება ჯერ კიდევ XIX საუკუნეში *მახი ბხოსეს, აღექსანდრე ხახანაშვიღის, მოსე ჯანაშვიღის* მიერ გამოთქმული მოსაზრება, თითქოსდა, ამ მოგზაურობისას *პაატა ბატონიშვიღი* განათლების მისაღებად იმყოფებოდა საფრანგეთსა და ინგლისში. ჩვენის მხრივ, დავძენთ, რომ, ხანგრძლივი სამეცნიერო მივლინებებისა და არაერთი მცდელობის მიუხედავად, პაატა ბატონიშვილის კვალს ვერც ლონდონში, ბრიტანეთის ბიბლიოთეკაში, და ვერც ოქსფორდში, ბოდლიანის ბიბლიოთეკის წიგნსაცავებში, ვერც ჩვენ მივაკვლიეთ. მიგვაჩნია, სიმართლესთან უფრო ახლოს უნდა იყოს პროფ. *აღექსანდრე ფიჩხაღაიშვიღის* (1888-1965) მიერ გამოთქმული მოსაზრება (მასვე ეკუთვნის პაატა ბატონიშვილის შესახებ რუსულ ენაზე გამოცემული შესანიშნავი ნაშრომი „Царевич Паата“), რომ პაატა ბატონიშვილს ამისთვის საკმარისი არც დრო და არც სახსრები მაშინ, უბრალოდ, არ გააჩნდა. ცნობილია, რომ ერზრუმის გავლით კონსტანტინოპოლიდან თბილისში ჩამოსვლა პაატამ დიდი გაჭირვებით, ისიც სომეხი ვაჭრისგან ნასესხები ფულით, მოახერხა.

[4] გადმოცემის თანახმად, მეფე თეიმურაზი, რომლის ქართლის სამეფო ტახტზე ასვლაშიც დიდი როლი მისმა მეუღლემ, „საქართველოში ჩარჩენილმა“ ვახტანგ VI-ის ერთადერთმა მემკვიდრემ, დედოფალმა თამარმა ითამაშა, სიცოცხლის ბოლომდე ირწმუნებოდა, რომ მზად იყო ქართლის ტახტი ცოლისძმებისთვის დაეთმო (სრ. იხ. *ღოვახ ტუხაშვიღი* - რუსეთი და საზოგადოებრივ-პოლიტიკური მოძრაობა აღმოსავლეთ საქართველოში“, საქართველოს სსრ მეცნიერებათა აკადემია, ივ. ჯავახიშვილის სახ. ისტორიის, არქეოლოგიისა და ეთნოგრაფიის ინსტიტუტი, თბ., 1983, გამომც. „მეცნიერება“, 19).

[5] როგორც ისტორიის მეცნიერებათა დოქტორი *ღოვახ ტუხაშვიღი,* მის მიერ მოძიებულ მასალებზე დაყრდნობით, აღნიშნავდა, მეფის მთავარი სამხედრო კონსულტანტობის გარდა, პაატა ბატონიშვილს 1759 წლიდან თბილისის მოურავობა ჰქონდა ჩაბარებული – თანამდებობა, რომელიც ერეკლეს უფროსი ვაჟის ვახტანგის გარდაცვალების შემდეგ ვაკანტური დარჩა (*ღ. ტუხაშვიღი* - დასახ. ნაშრომი, 74).

ლების მონაწილეთა თავშეყრის ადგილის გამო ქართულ ისტორიოგრაფიაში „მარკოზაშვილის დარბაზელების“ სახელითაც მოიხსენიებენ.

მიუხედავად იმისა, რომ ამჯერად არც პაატა ბატონიშვილის საქართველოში დაბრუნებაში და არც ლევან ბატონიშვილის სიკვდილში იმპერიის სპეცსამსახურების კვალის ძიებას არ ვაპირებთ, წინაპართა რჩევის გახსენება მაინც დროულად მივიჩნიეთ. ბრძენი მამა-პაპა კი ასე გვმოძღვრავდა, კითხვაზე პასუხის გაცემამდე კარგად დავფიქრებულიყავით, ვის აძლევდა ხელს დამდგარი შედეგი და მხოლოდ აღნიშნულის გათვალისწინებით მიგვეღო გადაწყვეტილება. ჩვენს შემთხვევაშიც, თუ საკითხს ამ გადმოსახედიდან შევაფასებთ, ეჭვგარეშეა, რომ ორივე საქმეში წინ რუსეთის საიმპერატორო კარი და კავკასიაში მისი გეოპოლიტიკური ინტერესები მოდის. რასაკვირველია, რჩება კიდევ ერთი, სამართლის ისტორიკოსებისთვის არანაკლებ საინტერესო კითხვა – რამდენად მომზადებული დახვდა თავად ერეკლე და, ზოგადად, ქართული მართლმსაჯულების სისტემა ამ განსაცდელს.

ცხადია, ტერმინ „სისტემას“ იმდროინდელ ქართულ მართლმსაჯულებასთან მიმართებაში მხოლოდ პირობითად თუ გამოვიყენებთ, ვინაიდან ქართული სასამართლო ინსტიტუტები ჯერ კიდევ არ იყვნენ იერარქიულად ერთმანეთთან დაკავშირებული. „მდივანბეგსა და ხევისთავს, – წერდა პროფ. ივანე სურგულაძე, – ორივეს, სასამართლო ფუნქციები ჰქონდათ, მაგრამ ამ სახელოებს ერთმანეთთან არ ჰქონდათ უწყებრივი ხასიათის კავშირი ან უფროს-უმცროსობა. ორივეს უფროსი მეფე იყო. ის არკვევდა მათ კომპეტენციას და განსაზღვრული კომპეტენციის ფარგლებში ისინი მხოლოდ მეფის წინაშე იყვნენ პასუხისმგებელნი“.[6]

თუ ზემოთქმულს პროფ. მზია ლეკვეიშვილის კიდევ ერთ მართებულ შენიშვნას დაუმატებთ, რომ თვით განსაკუთრებით მძიმე კატეგორიის დანაშაულთან მიმართებაშიც კი „კანონმდებელი გვერდს უვლიდა ბრალმდებლის საკითხს“,[7] შეკითხვები განსახილველ საქმეებზე: გამოძიების, ბრალდების მხარდაჭერის, განაჩენის გამოტანისა და, გნებავთ, საბოლოო გადაწყვეტილების (მაგ., გამოძიების მასალებზე) მიღების კუთხით, კიდევ უფრო მეტ აქტუალობას იძენს. ცხადია, ერთი სამეცნიერო წერილის ფარგლებში და მით უფრო მტკიცებულებათა სიმწირის გათვალისწინებით, კატეგორიული ვერ ვიქნებით და არც საკითხის ამომწურავ წარმოჩენა-გადაწყვეტაზე გვაქვს პრეტენზია, თუმცა, საკუთარი მოსაზრების გამოთქმა შესაძლებლად მივიჩნიეთ.

მსჯელობას კი, ქართლის მეფის ვახტანგ VI-ის შესახებ მისივე თანამედროვისა და მსახურის (მოლარეთუხუცესის), სეხნია ჩხეიძის (1670-1745) მოგონებით დავიწყებთ.[8] „ამ დროთა შინა – ვკითხულობთ მის თხზულებაში „ცხოვრება

[6] *ივანე სუხგუღაძე*, „საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისათვის“, ქართლის სახელმწიფოებრივი წყობილება გვიანფეოდალურ პერიოდში, თბ., 1952, სტალინის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 306.

[7] სრ. იხ. *მზია ღეკვეიშვილი*, „სასამართლო პროცესი XVII-XVIII საუკუნეების აღმოსავლეთ საქართველოში“, თბ., 1963, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის გამომცემლობა, 38-46.

[8] *სეხნია ჩხეიძე* (1670-1745) - ქართველი პოლიტიკოსი, ისტორიკოსი, ქართლის სამეფო კარის მოლარეთუხუცესი, ავტორი საისტორიო თხზულებისა „ცხოვრება მეფეთა“, რომელშიც 1653-1739 წლებში, ქართლ-კახეთის მეფეთა ცხოვრების, მოღვაწეობის, მათი მონაწილეობით წარმოებული ომებისა და. ზოგადად, იმ დროს ირანსა და საქართველოში მიმდინარე მნიშვ-

მეფეთა“ – განაგებდა გამგებელი საქართველოსი, ზნე სრული და მხნე ძლიერი, ჯანიჯ(შ)ინათ თქმული, მაგრამ მეფედ წოდებული, ბატონისშვილი ვახტანგ, იყო განსვენებასა და სიხარულსა შიგა და განაგო საქმე საქართველოსი, განაჩინა წიგნი სამართლისა, **ოთხშაბათსა და პარასკევსა** დაჯდის სამდივნოსა სახლსა, განაგებდა სამართალსა მცირეთა და დიდებულთა თანა, **კვირესსა** და **სამშაბათსა** განაგებდა მეჯლისა, ნახევდის ლხინსა, გასცემდის უშურველსა საბოძვარსა და როიცა სამართლისა და ლხინისაგან მოიცლის, ინადირის და გავიდის მოედანსა, აბურთის და ესროდენ ყაბახთა. იყო ამა განცხრომასა შიგან, თვით ქრისტიანე იყო და ქრისტეს სარწმუნოებაზე აღზრდილი, ინება საქართველოს სარწმუნოებაზე გაძლიერება . . . აღაშენა ქართლი, იქმნა მოსვენება და სიმხიარულე“.[9]

უდავოა, მონარქის ცხოვრების ხედვის, ინდივიდუალური აღქმისა და მკითხველისთვის გადმოცემის სიტყვაძუნწ, მაგრამ ფერთა სიუხვით მართლაც გამორჩეულ ნიმუშთან გვაქვს საქმე. ავტორი სულ რამდენიმე წინადადებაში ახერხებს საუკუნეების წინ, სჯულმდებელი მეფის უაღრესად გადატვირთული ყოველდღიურობის წარმოჩენას უმნიშვნელოვანესი საკანონმდებლო საქმიანობიდან დაწყებული და ნადირობით, ბურთის თამაშით დამთავრებული. საგულისხმოა, რომ ჩამონათვალში „სამართლის წიგნის განჩინების“ შემდეგ, სეხნია ჩხეიძე სწორედ მონარქის სამოსამართლეო საქმიანობაზე ამახვილებს ყურადღებას, რომელსაც, როგორც უკვე ითქვა, ვახტანგ VI ოთხშაბათობით და პარასკეობით სამდივნო სახლში ახორციელებდა.

ცხადია, XVII-XVIII საუკუნეების ქართული სამოხელეო სკოლის ეს გამოცდილი წარმომადგენელი არ გულისხმობდა, რომ მეფე მხოლოდ ამ დღეებში იხილავდა საქმეებს. როგორც პროფ. მიხეილ კეკელია შენიშნავდა, მონარქს ყველგან და ყოველთვის, ნებისმიერ სადავო საკითხზე შეეძლო საქმის განხილვა. მნიშვნელობა არ ჰქონდა, იმყოფებოდა ის სასახლეში, სამდივნო სახლში თუ საკუთარ სამეფოში მოგზაურობისას,[10] საქმეს იხილავდა ერთპირო-

ნელოვანი სოციალურ-პოლიტიკური მოვლენებია აღწერილი (მაგ., ქართლის მეფის გიორგი XI-ისა და სპარსეთის შაჰის შეხვედრა და შერიგება 1697 წელს ისპაჰანში; შაჰის მიერ, გიორგი XI-ის ნაცვლად, ქართლში ჯანიშნად (მმართველად) გამოგზავნილი მისი ძმის, ლევანისა და ლევანის ვაჟის, ქართლის მომავალი მეფის ვახტანგ ბატონიშვილის დაბრუნება თბილისში; სეხნია ჩხეიძე თან ახლდა 1712 წელს შაჰის მიერ ირანში გაწვეულ ვახტანგ მეფეს, როდესაც გამაჰმადიანებაზე უარის თქმის გამო ის დააპატიმრეს; 1722 წელს სეხნიავე აწარმოებდა მოლაპარაკებებს ვახტანგ მეფის სახელით კახეთის მეფე კონსტანტინესთან, მათ შორის, არსებული დაპირისპირების მოსაგვარებლად და სხვა). სრ. იხ. ქართული საისტორიო მწერლობის ძეგლები, *სეხნია ჩხეიძე* - „ცხოვრება მეფეთა“, ელ-მისამ. https://wikisource.org/wiki/სეხნია_ჩხეიძე_-_"ცხოვრება_მეფეთა".

[9] „ქართლის ცხოვრება დასაბამიდგან მეცხრამეტე საუკუნემდის“, ნაწილი მეორე, ახალი მოთხრობა, 1469 წლიდგან, ვიდრე 1800 წლამდე; გამოცემული *ე. ჩუბინაშვილის* მიერ, სანკტ-პეტერბურღი, 1854, რუსეთის იმპერიის საიმპერატორო მეცნიერებათა აკადემია, 323.

[10] სრ. იხ. *მიხეილ კეკელია*, „სასამართლო ორგანიზაცია და პროცესი საქართველოში რუსეთთან შეერთების წინ“, ქართლ-კახეთის სამეფო (წიგნი I), თბ., 1970, გამომცემლობა „საბჭოთა საქართველო“, 120; „მოუცლელობის მიუხედავად ... წერდა მეფე ერეკლეს შესახებ *გეხონტი ქიქოძე*, საშუალო საუკუნეების გერმანელი იმპერატორივით ცაცხვის ან ჭადრის ქვეშ უყვარდა დაჯდომა, რათა უბრალო ხალხის საჩივარი მოესმინა და განჩინება გამოეტანა“ (სრ. იხ. *გეხონტი ქიქოძე*, „ერეკლე მეორე“, თბ., 1942, გამომც. „სახელგამი“).

ვნულად თუ, სასამართლო ფუნქციის მატარებელ“ ან სხვა წარჩინებულ პირებთან ერთად.[11]

სასამართლო ფუნქციის მატარებელი პირებისა თუ ინსტიტუტების სიმცირეს კი, როგორც უკვე ითქვა, ქართული მართლმსაჯულება იმ დროს ნამდვილად არ განიცდიდა. თვით ყველაზე მკაცრი შეფასებითაც კი მათი რაოდენობა ათს აჭარბებდა. დაწყებული მეფით, დარბაზით, დედოფლით, ბატონიშვილებით, მდივანბეგის, საეკლესიო და განსაკუთრებული შემადგენლობის სასამართლოებით და შედარებით უფრო ნაკლები მნიშვნელობის საქმეების განმხილველი: ფეოდალით, მოურავით, მელიქი-მამასახლისით, ქედხუდათი, ხევისთავით, ბჭე-მედიატორითა და მოთემით დამთავრებული. აქვე დავძენთ, რომ ჩამოთვლილი ინსტიტუტებიდან მხოლოდ მეფის მიერ საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილება იყო საბოლოო და შეუვალი. მხოლოდ მას შეეძლო „ყველა სახის სასამართლოს მიერ გამოტანილი განაჩენ-გადაწყვეტილების შეცვლა ან აღსრულების შეჩერება“.[12]

მეფესთან ერთად, ფაქტობრივად, შეუზღუდავი იყო სახელმწიფო საბჭოს (იმავე დარბაზის)[13] იურისდიქციაც. სწორედ საბჭო იყო ინსტიტუტი, რომელთან ერთადაც ქართველი მეფეები ყველაზე რთულ და განსაკუთრებით მნიშვნელოვან საქმეებს იხილავდნენ.[14] ასეთი წესი, ჯერ კიდევ გაერთიანებულ ფეოდალურ საქართველოში დამკვიდრდა და ქვეყნის სამეფო სამთავროებად დაშლის შემდეგაც იქნა შენარჩუნებული. საბჭოს სასამართლო სხდომას, როგორც წესი, მეფე თავადვე ხელმძღვანელობდა. თუმცა, შეიძლებოდა, რომ მისივე ნებართვით საქმე მის გარეშეც განხილულიყო. რაც შეეხება საქმის განხილვაში მონაწილე პირთა შემადგენლობას, ის იცვლებოდა. მასში, როგორც წესი, საბჭოს ნამდვილი წევრების გარდა, იწვევდნენ სხვა მაღალი რანგის საერო და სასულიერო პირებსაც.

რატომ გავამახვილეთ სახელმწიფო საბჭოზე ყურადღება, უპირველეს ყოვლისა, იმიტომ, რომ სწორედ საბჭოს მიანდო ერეკლე მეფემ XVIII საუკუნეში, ქართლ-კახეთის სამეფო კარზე მომხდარი ერთ-ერთი ყველაზე გახმაურებული „მარკოზაშვილის დარბაზელების“ საქმის განხილვა. როგორც მოგვიანებით ამ დანაშაულის აქტიური მონაწილე **თავადი ალექსანდრე ამილახვარი** იხსენებდა: გამოძიებას საქმეზე თვით მეფე ხელმძღვანელობდა და „საქმესაც დიდი სიმკაცრით აწარმოებდა“.[15] თუმცა, საბოლოოდ მეტი ობიექტურობისა და მიუკერძოებლობის უზრუნველსაყოფად, გამოძიებული საქმე განსახილველად და

[11] პროფ. *მ. კეკელიას* მართებული შენიშვნის თანახმად, „მეფის სასამართლოს შემადგენლობაში არასდროს არ გვხვდება დაბალი რანგის სახელოს მქონე ან უბრალო პირი“, *მ. კეკელია*, დასახ. ნაშრომი ტ.1, 120.

[12] *მ. კეკელია*, დასახ. ნაშრომი ტ. 1, 121.

[13] გვიანფეოდალურ საქართველოში დარბაზი სწორედ სახელმწიფო საბჭოს სახელით მოიხსენიებოდა, მის სხდომებს კი სპარსულის გავლენით მეჯლისი ერქვა, სრულად იხ. *მ. კეკელია*, დასახ. ნაშრომი ტ.1., 132.

[14] *Царевич Давид*, „Обозрение Грузии по части прав и законоведения“, 1813, §88; ასევე, *ივ. სუხგუღაძე*, დასახ. ნაშრომი, 311.

[15] სრ. იხ. *ალექსანდრე ამილახვარი*, „გეორგიანული ისტორია“ (თარგმ. *გეხონტი ქიქოძის* მიერ), ჟურნ. „მნათობი“, 1939 , 142-147.

გადაწყვეტილების მისაღებად დარბაზისთვის გადაუცია. თავად კი პროცესში მხოლოდ მომჩივარის (დაზარალებულის) სტატუსით დარჩენილა.[16]

საგულისხმოა, რომ პაატა ბატონიშვილის შეთქმულების საქმე გამჟღავნდა 1765 წლის 5 დეკემბერს[17] და 15 დეკემბერს თბილისის სამ სხვადასხვა ადგილას (მეტეხის ციხის ძირში, რიყეზე და ანჩისხატის ტაძრის ეზოში)[18] დარბაზის მიერ გამოტანილი განაჩენი საჯაროდ სისრულეში იქნა მოყვანილი.

დროულ და ეფექტურ მართლმსაჯულებაზე, როგორც ფეოდალური ქართული სამართალწარმოების ერთ-ერთ დადებით მახასიათებელზე სხვა დროს ვაპირებთ მსჯელობას. ამჯერად კი აღვნიშნავთ, რომ სულ რაღაც 10 დღეში სახელმწიფო საბჭოს მიერ გამოტანილი განაჩენი, შეიძლება ითქვას, დანაშაულის სიმძიმისა და სისასტიკის სადარი იყო (შეთქმულებს ძალაუფლების ხელში ჩაგდების მიზნით **ერეკლეს ოჯახის დიდ-პატარიანად ამოწყვეტა ჰქონდათ განზრახული)**. პაატა და დავით ბატონიშვილებს[19] სასამართლომ თავის მოკვეთა მიუსაჯა. პაატასთან მიმართებაში განაჩენი გიორგი ყულარაღასს ერისთავს მოუყვანია სისრულეში, „აბდულაბეგის შვილს დავითს თავი გააგდებინა ხმლით ბარამ ნაზირმა გურგენიძემ (მარტყოფელმა) კახთა მორდლისშვილმა".[20] ქართლის დიდი ფეოდალი, ერთ დროს სურამის მოურავი **ელიზბარ თაქთაქიშვილი** კოცონზე დაწვეს, მის ძეს **იასე თაქთაქიშვილს** ამოთხარეს ერთი თვალი და მარჯვენა ხელი მოაჭრეს, **სახლთუხუცესი დიმიტრი ამილახვარი** ავადმყოფობის გამო ფიზიკური სასჯელისგან დაინდეს, თუმცა, ჩამოართვეს მამულები, ქონება და „სახალხო შერცხვენით" დასაჯეს (ვირზე უკუღმა შესვეს და თავზე ნაცარდაყრილი ქალაქში ჩამოატარეს), მის ვაჟს **ალექსანდრე ამილახვარს** კი მოაჭრეს ცხვირი და გადაუჭრეს მარცხენა ფეხის დიდი ძარღვი, ბოლნისის ყოფილ მოურავს, **გლახა ციციშვილს** ენა მოჰკვეთეს, მკაცრად იქნენ დასჯილი შეთქმულების დანარჩენი მონაწილეებიც.

---

[16] *ნიკო ბეჩძენიშვილი*, „საქართველოს ისტორიის საკითხები", წიგნი 2, თბ., გამომც. „მეცნიერება", 1965, 210.

[17] შეთქმულების ამბავი მეფემ სამეფო კარის ეკლესიის მღვდლისგან შეიტყო, რომელსაც აღნიშნულის თაობაზე სამშვილდელმა გლეხმა დათუნა ფეიქარმა აღსარების ჩაბარებისას განუცხადა. თავად დათუნას კი, როგორც სამეფო ოჯახის ერთ-ერთი მოსამსახურის (ძიძის) მეუღლეს, შეთქმულების სასახლეში ფარულად შეყვანა ჰქონდა დავალებული (სრ. იხ. *ღოვაჰდ ტუხაშვილი*, „რუსეთი და საზოგადოებრივ-პოლიტიკური მოძრაობა აღმოსავლეთ საქართველოში", საქართველოს სსრ მეცნიერებათა აკადემია, ივ. ჯავახიშვილის სახ. ისტორიის, არქეოლოგიისა და ეთნოგრაფიის ინსტიტუტი, თბ., 1983, გამომც. „მეცნიერება", 120-121).

[18] *ნიკო ჯავახიშვილი*, „1765 წლის შეთქმულების მონაწილეთა იდენტიფიკაციისათვის", ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საქართველოს ისტორიის ინსტიტუტის შრომები, VII, თბ., 2013, 172.

[19] დავითი იყო აბდულა-ბეგის, იმავე არჩილ ბატონიშვილის ვაჟი, რომელიც ქართლის მეფეს იესეს, ვახტანგ VI-ის ძმას, შეეძინა ხარჭისგან. თავად იესე კი ორჯერ იჯდა ქართლის სამეფო ტახტზე ჯერ ირანის მხარდაჭერით, როგორც შიიტი მუსლიმი ალი-ყული-ხანი (1714-1716), და 1724-1727 უკვე ოსმალეთის მხარდაჭერით, როგორც სუნიტი მუსლიმი მუსტაფა ფაშა.

[20] „ქრონიკები და სხვა მასალა საქართველოს ისტორიისა და მწერლობისა", შეკრებილი, ქრონოლოგიურად დაწყობილი და ახსნილი *თ. ჟოხდანიას* მიერ, წიგნი მესამე, 1700 წლიდან XIX საუკუნის 60-იან წლებამდე. გამოსაცემად მოამზადეს *გივი ჟოხდანიამ* და *შოთა ხანთაძემ*, თბ., გამომც. „მეცნიერება", 1967, 193-194.

ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ სახელმწიფო საბჭომ მეფის მიერ მის წინაშე დასმულ ამოცანას თავი წარმატებით გაართვა. პაატა ბატონიშვილის შეთქმულების საქმის განხილვა-გადაწყვეტისას მისი (როგორც სასამართლო ინსტიტუტის) გამართული, კარგად ორგანიზებული საქმიანობის წყალობით თავიდან იქნა აცილებული ის სავალალო შედეგები, რომელიც ამ უმძიმესი სახელმწიფო დანაშაულის სისრულეში მოყვანას შეიძლება მოეტანა, არა მარტო ერეკლე მეფისა და მისი ოჯახისთვის, არამედ XVIII საუკუნის მეორე ნახევარში ძლივს პოლიტიკური და ეკონომიკური აღმავლობის გზაზე შემდგარი ქართლ-კახეთის სამეფოსთვის.

სამართლებრივი თვალსაზრისით, არანაკლებ საინტერესო, თუმცა, ნაკლებად შესწავლილია 1781 წლის თებერვალში საეჭვო ვითარებაში მეფე ერეკლეს ვაჟის, ლევან ბატონიშვილის მოულოდნელი გარდაცვალების ფაქტი. უფრო სწორად ამ ფაქტთან დაკავშირებით დაწყებული გამოძიების ისტორია. აქვე დავძენთ, რომ XVIII საუკუნის მიწურულს სამეფო ოჯახში მომხდარ და ბურუსით მოცულ ამ ტრაგედიასაც არაერთი მკვლევარი დღემდე დიდი ჩრდილოელი მეზობლის დაუოკებელ სურვილს უკავშირებს, ჩაეყენებინა ქართლ-კახეთის სამეფო ისეთ უიმედო მდგომარეობაში, რომ მას, რუსეთის იმპერიის მფარველობაში შესვლის გარდა, სხვა გამოსავალი, უბრალოდ, აღარ დარჩენოდა.

იმთავითვე უნდა აღინიშნოს, რომ პირდაპირ მტკიცებულებებს ვინ იძიებდა 1781 წლის თებერვალში, კახეთში გაურკვეველ ვითარებაში ლევან ბატონიშვილის (1756-1781) სიკვდილის ფაქტთან დაკავშირებით დაწყებულ საქმეს ჩვენამდე არ მოუღწევია. ერთადერთი, რისი მტკიცებაც დანამდვილებით შეგვიძლია, არის ის, რომ სამეფო ოჯახის წევრის (ბატონიშვილის) მკვლელობა ცალსახად არის სახელმწიფოს წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული. ამ კატეგორიის საქმეების გამოძიება-გადაწყვეტა კი ნებისმიერ ეპოქაში პროცესის მხოლოდ სამძებრო-ინკვიზიციური ფორმით მიმდინარეობდა მასთან დაკავშირებული ყველა შედეგებით. მხედველობაში გვაქვს საქმის ბრალდების მხარის (სახელმწიფოს) ინიციატივით დაწყება, მოსამართლის აქტიურობა, ბრალდებულის უუფლებობა, პროცესის დახურულობა და სხვ. შესაბამისად, ლევან ბატონიშვილის სიკვდილის ფაქტზე სახელმწიფოს მიერ გამოძიების დაწყების ინიციატივის საკუთარ თავზე აღება ეჭვს არ უნდა იწვევდეს.

ცხადია, საქმეზე ეჭვმიტანილ პირთა წრის განსაზღვრისას უმნიშვნელოვანესია თავად დაზარალებულის პიროვნების გათვალისწინება. მით უფრო, როდესაც საქმე თავისი დროის ისეთ მნიშვნელოვან სახელმწიფო მოღვაწეს ეხება, როგორიც ლევან ბატონიშვილი იყო (1756-1781). გასაოცარია, მაგრამ ფაქტია, განვლილი ასწლეულების მიუხედავად, საქართველოში მეცნიერების და არამარტო მეცნიერების, ზოგადად საზოგადოების დიდ ნაწილს დღემდე სწამს, რომ ლევანის დღეგრძელობის შემთხვევაში რუსეთის იმპერია ქართლ-კახეთის სამეფოს ასე ადვილად ხელში ვერ ჩაიგდებდა და ვერც საკუთარ გუბერნიად აქცევდა.

უნდა გავიხსენოთ ისიც, რომ თავის დროზე ლევან ბატონიშვილის საუკეთესო თვისებების (ნიჭის, განათლებისკენ სწრაფვის, მხნეობის, ერთგულების,

შესანიშნავი სამხედრო მომზადების) პირველი შემფასებელი და დამფასებელიც სწორედ მამამისი – მეფე ერეკლე იყო. ნდობითაც ხომ განსაკუთრებულად ენდობოდა საყვარელ ძეს. ადრეული ასკიდან აძლევდა სახელმწიფო ასპარეზზე თავის გამოჩენის შესაძლებლობას და ბატონიშვილიც ამართლებდა მამის მოლოდინს. იქნებოდა ეს ქვეყნის შიგნით სამართალშემოქმედებითი[21] თუ სამოსამართლო საქმიანობა, „მორიგე ჯარის“ ჩამოყალიბება-ხელმძღვანელობა თუ, სამეფოს ფარგლებს გარეთ დიპლომატიურ ურთიერთობებში ჩართულობა. ცნობილია, რომ 16 წლის ბატონიშვილი, მეფის დავალებით, კათალიკოს ანტონ I-თან ერთად 1772 წელს პეტერბურგში უკვე ქვეყნისთვის უმნიშვნელოვანეს სახელმწიფოთაშორის მოლაპარაკებებში ღებულობდა მონაწილეობას.

„ეს სამი საკვიხუეღი კაცი, – წერდა ალექსანდრე ორბელიანი, – *მეფე იხაკღი, ანტონი ქათაღიკოზი და ბატო(ნ)იშვიღი ღევან სამნიმ ხშიხათ იყვნენ ეხთად და საქახთუეღოს საქმეს აწყობდნენ“.*[22] არანაკლები პოპულარობით სარგებლობდა ლევან ბატონიშვილი მოსახლეობაში. განსაკუთრებით ყვარებიათ მთიულებს, თუშ-ფშავ-ხევსურებს, დიდ პატივს სცემდნენ ქვემო ქართლის მაჰმადიანები. სახელი დაუდია დაღესტანსა და აზერბაიჯანშიც.[23] შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ სწორედ მისმა „სიკარგემ“, ქვეყნის მტრების სიმრავლესთან თანხვედრაში განაპირობეს ის მრავალრიცხოვანი ხმები, რომელიც ლევანის სიკვდილთან ერთად პირველივე დღეებში გავრცელდა და ეჭვმიტანილთა წრეც მნიშვნელოვნად გააფართოვა: დიდებული თავადებით დაწყებული, ერთმანეთთან დაპირისპირებული სამეფო ოჯახის წევრებით გაგრძლებული და საქართველოს „კეთილმოსურნე“ უცხო სახელმწიფოს ქვეშევრდომებით დამთავრებული.[24]

---

[21] როგორც პროფ. *იაკობ ფუტკარაძე* აღნიშნავდა, XVIII საუკუნის სამართლის წიგნის „განჩინება ბარისა და მთიურთა ადგილთა“, 17 მუხლიდან 6 მუხლი სწორედ ლევან ბატონიშვილს ეკუთვნის. თავად ვახტანგ ბატონიშვილიც ძეგლის დასაწყისშივე მიუთითებდა: „ჩვენ საქართველოს მეფის ირაკლისა მეორისა ძემან, სრულიად არაგვის საერისთოს მპყრობელმან ვახტანგ, სანატრელისა ჩვენის ძმის ბატონისშვილის ლეონისაგან მთებში დადებული განჩინება ჴელმეორედ განვაახლეთ და რამდენიმე ჩვენ მიერ განწესებულიც თან ჩაურთევით. ყოველთა მთიურთა ასე გიბრძანებთ, რომელიც ამას ქვეით დაიწერება, დღეის იქით ასე უნდა აღსრულდეს“ (სრ. იხ. *იაკობ ფუტკარაძე* - „ქართველ მთიელთა სამართლის ისტორიისათვის“, საქართველოს სსრ მეცნიერებათა აკადემია, ეკონოომიკისა და სამართლის ინსტიტუტი, თბ., 1964, გამოცემლობა „მეცნიერება“, 33, 105.

[22] *ივანე სუხგუღაძე*, „საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისათვის“ ქართლის სახელმწიფოებრივი წყობილება გვიანფეოდალურ პერიოდში, თბ., 1952 წელი, სტალინის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 313; იხ. ასევე საქართველოს სახელმწიფო მუზეუმი, ხელნაწერთა განყოფილება Hd13839.

[23] სრ. იხ. *ღოვაჰგ ტუხაშვიღი* - ლევან ბაგრატიონი, ელ-მის. http://www.georoyal.ge/?id=393; აქვე დავძენთ, რომ ლევანის გარდაცვალების შემდეგ მის სიკვდილს ლევანის უშუალო მეგობრებთან ბესიკთან (ოდა „სამძიმარი“), დავით რექტორთან („ლეონისათვის თქმული ათნი სიტყვანი იამბიკოდ“), ერთად გამოხმაურებიან ცნობილი აზერბაიჯანელი პოეტები: მოლა პანაჰ ვაგიფი (1717-1797), მოლა ვალი ვიდადი (1709-1809) და სხვ.

[24] სამწუხაროდ, იმ დროისათვის „ერეკლეს სახლში“ უკვე აღარ სუფევდა ის მშვიდობა და ურთიერთპატივისცემა, რომელიც ასე თვალშისაცემი იყო, თუნდაც, 60-იან წლების მიწურულს და რომლის შესახებაც სამეფო ოჯახის ისტორიის ერთ-ერთი საუკეთესო მცოდნე პლატონ იოსელიანი წერდა: „ჯერეთ არ იყო შფოთი მეფისა ირაკლისა სახლში და არცა ძმანი მისნი დედისნაცვლისაგან შობილნი, იყვნენ სრულსა ჰასაკსა მოსულნი. ერთობა მეფისა სახლისა

საქმეს კი, მართლაც, საეჭვო პირი უჩანდა. როგორც ალ. ორბელიანი ბიძამისის[25] შესახებ წერდა: „ბატონიშვილმა ლევანმა ალაზნის პირზედ ლეკის ჯარი დაამარცხა, იქიდგან გამობრუნებული მოვიდა და სოფელს ველისციხეში გადახდა, იქ კიდევ ლეკის ჯარსა მოელოდა, ალაზანში უნდა გამოსულიყვნენ და ქართუელის სოფლებისთვის დაეკრათ. ამ დროს სადილზედ ლევან ბატონიშვილი მძიმეთ ავად გახდა და საღამო ჟამს კი გარდაიცუალა“.[26] ასეთია იმ ფაქტობრივ გარემოებათა ძუნწი ჩამონათვალი, რომელიც ისტორიამ შემოგვინახა.

სწორედ ჯან-ღონით სავსე, ბრძოლიდან გამარჯვებით დაბრუნებული შვილის საეჭვო ვითარებაში გარდაცვალებით უნდა ყოფილიყო განპირობებული ერეკლე მეფის მიერ სიმართლის დასადგენად გადადგმული ნაბიჯები. გამოძიება თავიდანვე ინტენსიურად დაიწყო და, პირველ რიგში, გადაუდებელი ზომები იქნა მიღებული ერთ-ერთი ყველაზე გახმაურებული ვერსიის გადასამოწმებლად. მხედველობაში გვაქვს მოსახლეობაში გავრცელებული ხმები თითქოსდა, ბატონიშვილი ღალატისთვის იმ ქალის ქმარმა მოკლა ხანჯლით, რომელმაც ცოლს და ლევან ბატონიშვილს ლოგინში შეუსწრო. უნდა აღინიშნოს, ამ შეტყობინებას მეფეზე იმდენად მძიმედ უმოქმედია, რომ დაუყოვნებლივ მოკლული შვილის თბილისში გადმოსვენება უბრძანებია. თან, როგორც ალ. ორბელიანი გადმოგვცემს, განრისხებულს საჯაროდ დაუქადნია: „თუ მართლა ჩემი შვილი ლევან ხანჯლით გაგმირულია დედაკაცზე ქმრისაგან, ჭეშმარიტებას ვფიცავ, სახალხოთ ვათრევინებო“.[27]

ცხადია, მეფის ბრძანება დაუყოვნებლივ იქნა აღსრულებული და ბატონიშვილის ცხედარი თბილისში გადმოასვენეს. თვითმხილველთა აღწერით, ერეკლე პირადად დასწრებია საგამოძიებო მოქმედებას. ცხედარი ეკლესიიდან გარეთ, დღის სინათლეზე გამოუტანიათ, სრულად გაუშიშვლებიათ და მის დასათვალიერებლად მოყვანილი ამ საქმის სპეციალისტებისთვის[28] მეფეს

იყო მტკიდედ დამყარებული სიყვარულისა ერთისა მეორისადმი, ერთობითა“. აქვე გვინდა გავიხსენოთ მეფე ერეკლეს სიტყვები, თქმული ლევან ბატონიშვილის გარდაცვალებიდან სულ ცოტა ხნის შემდეგ (1782), როდესაც მას საყვარელი რძლის გიორგი ბატონიშვილის მეუღლის, ქიზიყის მოურავის პაპუნა ანდრონიკაშვილის ასულის ქეთევანის გარდაცვალების შესახებ აცნობეს. „ახლა დაიღუპა ჩემი ოჯახია“, - აი, ასეთი წინასწარმეტყველება აღმოხდენია მრავლისმნახველ კახთ ბატონს, ლევანის შემდეგ კიდევ ერთი საყვარელი ადამიანის გარდაცვალებით დათრგუნულს. სამწუხაროდ, როგორც დრომ გვიჩვენა, მისი ვარაუდი გამართლდა (სრ. იხ. *პლატონ იოსელიანი* - „ცხოვრება გიორგი მეცამეტისა“, *აკაკი გაწერელიას* შესავალი წერილებით, რედაქციითა და შენიშვნებით, ტფ., 1936, სერიიდან ქართული კლასიკური მწერლობა, მონოგრაფიები, 9, 11).

[25] ცნობილი პუბლიცისტი, ისტორიკოსი და 1832 წლის შეთქმულების ერთ-ერთი ორგანიზატორი ალექსანდრე ორბელიანი (1802-1869), ერეკლეს ასულისა და ლევან ბატონიშვილის დის, თეკლა ბატონიშვილის უფროსი ვაჟი იყო.

[26] სრულად იხ. *სახგის კაკაბაძის* კრებული - „წერილები და მასალები საქართველოს ისტორიისათვის“, წიგნი I, თბ., 1914, ელექტ. მბეჭდ. *ს.ღოსაბეჰიძისა*, 18.

[27] სრულად იხ. *სახგის კაკაბაძის* კრებული - „წერილები და მასალები საქართველოს ისტორიისათვის“, წიგნი I, თბ., 1914, ელექტ. მბეჭდ. *ს.ღოსაბეჰიძისა*, 18-19.

[28] საუბარია სპეციალური ცოდნით აღჭურვილ პირებზე, იმავე ექსპერტებზე, რომელთაც ძველ ქართულ სამართალში მოიხსენიებენ, როგორც „ხელოვანნი კაცნი“, „დამფასებელნი“. პროფ. *ვ.მეტხეველის* მართებული შენიშვნის თანახმად, ძველ ქართულ სამართალში ექსპერტთა ინსტიტუტის არსებობას პირველად ყურადღება პროფესორმა *მზია ღეკვეიშვილმა* მიაქცია. მიუხედავად იმისა, რომ ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნში მტკიცებულებათა ჩამონათვალ-

უბრძანებია: „კარგად გაჩხრიკეთ, რომელს ადგილს არის გაგმირულიო და თვითონაც თავზედ დადგომია. კარგა ხანი ჩხრიკეს, მაგრამ არსად არა იყო რა, მხოლოდ ამის მეტი, რომ მთელი სხეული ძალიან გალურჯებული ჰქონდა და სიშავე დასცემდა. მაშინ მეფე ირაკლიმ დაუჩოქა შვილს და, როგორც რიგია, მოთქმით ტირილს მოჰყუა. ეს ამბავი მაშინვე დედოფალს აცნობეს, მთელ სასახლეში და ქალაქში შეიქნა გლოვა“.[29]

გამოძიებით არც ლევან ბატონიშვილის რევაზ ანდრონიკაშვილის მიერ მოკვლის ფაქტი დადასტურდა. ეჭვის საფუძვლად კი ის მოჰქონდათ, რომ ლევან ბატონიშვილს და მის უფროს ძმას, ტახტის მემკვიდრეს, გიორგის (შემდგომ მეფე გიორგი XII), ორივეს ცოლი ანდრონიკაშვილების გვარიდან ჰყავდათ. კერძოდ, როგორც უკვე ითქვა, გიორგის მეუღლე იყო ქიზიყის მოურავის პაპუნა ანდრონიკაშვილის შვილი – ქეთევანი. ხოლო ლევანმა მდივანბეგ ქაიხოსრო ანდრონიკაშვილის ასული – ნინო შეირთო ცოლად. ქეთევანის ძმა – რევაზ ანდრონიკაშვილი და ქაიხოსრო ანდრონიკაშვილი კი ერთმანეთთან ცუდ დამოკიდებულებაში იყვნენ. მეტიც, რევაზ ანდრონიკაშვილი 70-იანი წლებიდან მეფის კარზე მომსახურე დიდებულთა იმ ჯგუფთანაც ყოფილა დაპირისპირებული, რომელსაც სათავეში დარეჯან დედოფალი ედგა. ყოველივე ზემოაღნიშნული, საკმარისი აღმოჩნდა ხმების გასავრცელებლად, თითქოსდა რევაზ ანდრონიკაშვილმა ლევანის მკვლელობით თავის სიძეს გიორგის ტახტის მოცილე ჩამოაშორაო. გამოძიების მიერ ეს ვერსიაც საგულდაგულოდ იქნა შესწავლილი, თუმცა არ დადასტურდა.

სწრაფად იქნა გადამოწმებული ლევან ბატონიშვილის **მოწამვლით მკვლელობის თაობაზე** მოარული ხმებიც. უნდა აღინიშნოს, რომ ამ მოსაზრებას იზიარებდა ალ. ორბალიანიც. მეტიც, ის ეჭვს გამოთქვამდა, რომ არა მარტო ლევან ბატონიშვილი, არამედ ჩვენ მიერ უკვე ნახსენები, ერეკლეს ერთგული თანამებრძოლი ანტონ კათალიკოსიც ქვეყნის მტრების მიერ ასევე საწამლავით უნდა ყოფილიყო მოკლული.[30] გამოძიების მიერ შესწავლილი მოწამვლის ვე-

ში ექსპერტის დასკვნა მოხსენიებული არ არის, პროფ. მ.*ლეკვეიშვილი*, მის მიერ შესწავლილ სამეცნიერო ლიტერატურასა თუ სასამართლო პრაქტიკის ამსახველ საარქივო მასალებზე დაყრდნობით, ამტკიცებდა, რომ როგორც სამედიცინო („აქიმნი“), ისე საბუღალტრო („საანგარიშებლის შესაფერ ვაჭართა“, „ბუღალტერიის დარგში საკმაოდ გამოწრთობილ პირთა“) დასკვნები გვიანფეოდალური საქართველოს სამართალწარმოებაში მტკიცების ერთ-ერთ სახედ იყო მიჩნეული. „ამა თუ იმ საკითხზე – წერდა ქალბატონი მზია, – კომპეტენტური დასკვნის მიღების მიზნით სასამართლოში გამოუძახებდნენ სათანადო ცოდნის მქონე პირებს და გადასაჭრელად საკითხებს უყენებდნენ. თუ ექსპერტთა პასუხი საკმარისად იქნებოდა მიჩნეული, იგი შესაძლოა, განაჩენის დასასაბუთებლად გამომდგარიყო“ (სრულ. *იხ. მზია ლეკვეიშვილი*, „სასამართლო პროცესი XVII-XVIII საუკუნეების აღმოსავლეთ საქართველოში“, თბ., საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის გამომცემლობა, 1963, 94-96).

[29] სრულად იხ. *სახგის კაკაბაძის* კრებული - „წერილები და მასალები საქართველოს ისტორიისათვის“, წიგნი I, თბ., 1914, ელექტ. მბეჭდ. ს.ლოსაბერიძისა, 19.

[30] ხაზს უსვამდა რა მეფის, კათალიკოსისა და ბატონიშვილის ქვეყნის სასიკეთოდ ნაყოფიერ თანამშრონლობას, ალ. ორბელიანი იქვე დასძენდა: „მაგრამ ეს (მეფის, ლევან ბატონიშვილისა და კათალიკოსის ნაყოფიერი თანამშრომლობა) მეფის ირაკლის საიდუმლოს მტრებს არ იამებოდათ, რა ქნან როგორა ქნან, რომ მოშალონ იმათი თათბირობა, აი მოიგონეს: ლევან ბატონიშვილი მოწამლეს, საწამლავით საიდუმლოთ მოკლეს და ამის შემდგომ ანტონ ქათალიკოზიც სამი თუ ოთხის წლისა შემდგომ აღარ იყო, მგონია, ისიც საწამლავით გაათა-

რსიის ერთ-ერთი ეჭვმიტანილი თავადი **შერმაზან აფხაზი** იყო. ლუარსაბ ონანაშვილ (ვაჩნაძის) შესმენით, ლევან ბატონიშვილი სწორედ მისი მოწამლული უნდა ყოფილიყო. „მოწამლაო, – წერდა ალ.ორბელიანი, – და სულერთიან იმისი ოჯახი აიკლო მეფე ირაკლიმ, ყმა და მამულიც სულერთიან ჩამოართო და იმასაც სიკვდილს უპირებდნენ, მაგრამ შერმაზანი შეევედრა მეფეს: უბრალოების სისხლს ნუ დაიდებ, სწორეთ გამოიკითხე და ისე მომკალიო. ამაზედ მეფე ირაკლი დამშვიდდა, მაშინვე **„საიდუმლოთ გამოკითხვაში“** შევიდა,[31] ნახა, რომ ის დაბეზღება სულ სიცრუე იყო, თავისი ყმა და მამული ისევ დაუბრუნეს, ის აკლებულიც სულ ერთიან და შემდგომ პატივითაც მოებყრა მეფე“.[32]

გარდა უკვე დასახელებული ვერსიებისა, იყო სხვა ვარაუდებიც, კერძოდ, მეფის კარის ინტრიგებიდან დაწყებული და სადილობისას ბატონიშვილის მიერ ორაგულის უზომოდ ჭამის გამო საბედისწერო შედეგით დამთავრებული. თუმცა, დიდი ძალისხმევის მიუხედავად, სასამართლო გამოძიებით ამ ეჭვებიდან არცერთი არ დადასტურდა და მეფის ხელმძღვანელობით, საგანგებოდ ამ საქმის გამოსაძიებლად შექმნილმა ჯგუფმა ისე დაასრულა მუშაობა, რომ დამნაშავე გამოვლენილი ვერ იქნა. საქმეზე არსებული ყველა ეჭვმიტანილი გამართლდა.

როდესაც გამოძიების მიერ შესრულებული სამუშაოს მოცულობაზე ვამახვილებთ ყურადღებას, ჩნდება კითხვა: ვისი მეშვეობით აწარმოებდა მეფე ასეთ მასშტაბურ საგამოძიებო მოქმედებებს (თანაც ერთდროულად ქართლსა და კახეთში) და, ზოგადად, რა შესაძლებლობები გააჩნდა სახელმწიფოს ასეთი განსაკუთრებით მძიმე და რთული კატეგორიის საქმეების ჯერ გასახსნელად და შემდეგ გამოსაძიებლად. პირველ რიგში, აღვნიშნავთ, რომ, ძველი ქართული სამართლის მიხედვით, **ვის დაავალებდა მეფე ასეთი უმნიშვნელოვანესი საქმის გამოძიებას,** მთლიანად მის ნებაზე იყო დამოკიდებული. მას შეეძლო პირადად ეხელმძღვანელა გამოძიებისთვის და შეეძლო ასევე, საქმე გამოსაძიებლად, გადაწყვეტილების მისაღებად იმ დროისათვის სამეფოში მართლმსაჯულების განმხორციელებელი ისეთი კვალიფიციური ინსტიტუტებისთვის გადაეცა, როგორიც იყო სამეფო საბჭო, მდივანბეგის სასამართლო, ან განსაკუთრებული შემადგენლობის სასამართლო.

საკითხზე მსჯელობისას ჩვენი ყურადღება თავდაპირველად სწორედ **განსაკუთრებული შემადგენლობის სასამართლომ** მიიქცია, რომელიც, უნდა ით-

ვეს“ *(საჰგის კაკაბაძის* დასახ. კრებული, 19).

[31] მიგვაჩია, დანაშაულის გასახსნელად და დამნაშავის გამოსავლენად, მეტიც, დასაპატიმრებლად გასატარებელი ოპერატიულ-სამძებრო ღონისძიებები ერეკლე II-ის ეპოქაში სწორედ ამ ტერმინით – „საიდუმლოთ გამოკითხვაში შესვლით“ – მოიხსენიებოდა (სრულად იხ. *საჰგის კაკაბაძის* დასახ. კრებული, 19).

[32] *საჰგის კაკაბაძის* დასახ. კრებული, უნდა აღინიშნოს, რომ მოგვიანებით, თითქოსდა, ბატონიშვილის მკვლელობაში მხილებული შერმაზან აფხაზი მისივე ხელქვეთებმა მოკლეს. ამ საქმეზე გამოტანილი განაჩენი კი, სრული სახით არის გამოქვეყნებული ჟურნალ „საბჭოთა სამართალში“. საგულისხმოა, რომ თავმჯდომარეობდა ამ გახმაურებულ პროცესს ბეჟან ერისთავი (სავარაუდოდ, პოეტ რაფიელ ერისთავის პაპა), განაჩენს ამოწმებდნენ: დედოფალი დარეჯანი, კათოლიკოსი ანტონ I, ბატონიშვილები და სხვები. განაჩენი საბოლოოდ დამტკიცებულია მეფე ერეკლე II-ის მიერ (სრ. იხ. *ვ. სიდამონიძე*, „XVIII საუკუნის განაჩენი“ - ჟურნ. „საბჭოთა სამართალი“, 1961 N6, 68-70).

ქვას, სახელმწიფო საბჭოს, იმავე დარბაზისა და მდივანბეგის სასამართლოსგან განსხვავებით, დღემდე არ არის სათანადოდ შესწავლილი. არადა, თამამად შეიძლება ითქვას, იმ დროისათვის მართლმსაჯულების განხორციელების ერთ-ერთ ყველაზე საინტერესო, უაღრესად მოქნილ და საკმაოდ გავრცელებულ ფორმას წარმოადგენდა. როგორც წესი, ასეთი სასამართლოები ერთი კონკრეტული საქმის განსახილველად იქმნებოდა და განაჩენის გამოტანის შემდეგ მისი შემადგენლობა იშლებოდა.[33] თუ რამდენად ხშირად მიმართავდნენ მართლმსაჯულების ამ ფორმას, იმის მიხედვითაც შეგვიძლია ვიმსჯელოთ, რომ განსაკუთრებული შემადგენლობის სასამართლოს შექმნა შეეძლო არა მარტო მეფეს, არამედ დედოფალს, ბატონიშვილებს და „ყველა იმ პირს, ვისაც სხვისთვის საქმის გარჩევის დავალების უფლება ჰქონდა“.[34]

ცხადია, სასამართლოს შემადგენლობაზე დიდ გავლენას ახდენდა თავად დავის საგანი. დიდი მნიშვნელობა ჰქონდა, ასევე, თუ ვისი ბრძანებით იყო სასამართლო შექმნილი და ვინ იყვნენ მოდავე მხარეები. ამ თვალსაზრისით, უპირატესობა მეფის ბრძანებით შექმნილ სასამართლო შემადგენლობას ენიჭებოდა. სასამართლოს წევრებად კი გვევლინებოდნენ როგორც საერო, ისე სასულიერო პირები. რაც, ცხადია, რთული საქმეების, მათ შორის, განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულების გამოძიება-გადაწყვეტაში სამეფოში იმ დროს მოღვაწე **პროფესიონალთა ძალისხმევის გაერთიანების უნიკალურ შესაძლებლობას იძლეოდა**. ერთდროულად, განსაკუთრებული შემადგენლობის სასამართლოს შემადგენლობაში შეიძლება ყოფილიყვნენ, როგორც დარბაზის წევრები, ისე მსხვილი ფეოდალები, სასულიერო პირები,[35] ან ნებისმიერი მდივანბეგი, რომელსაც მისი პროფესიული მახასიათებლების გათვალისწინებით მეფე შეარჩევდა.

ხაზი უნდა გაესვას იმ გარემოებასაც, რომ საკითხის განსაკუთრებული შემადგენლობის სასამართლოსთვის გადაცემის შემთხვევაში ლევან ბატონიშვილის საქმეზე მაქსიმალურად იქნებოდა დაცული (ფორმალურად მაინც), მიუკერძოებლობა-ობიექტურობის პრინციპი. ვინაიდან მეფე საქმის განხილვაში არ მონაწილეობდა. ამ ფაქტს საგანგებოდ უსვამდა ხაზს პროფ. ივ. სურგულაძე. „ამ სასამართლოს თავისებურება, – წერდა ბატონი ივანე, – კიდევ იმაში მდგომარეობდა, რომ, როგორც წესი, მასში მეფე მონაწილეობას არ იღებდა.[36]

თუმცა, როგორც ნებისმიერი საქმის წარმოებისას ყველაფერი მაინც გამოძიების შედეგებზეა დამოკიდებული (რომელსაც წინასწარ, ცხადია, ვერავინ

[33] *ივანე სუხგუღაძე*, „საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისათვის“, ქართლის სახელმწიფოებრივი წყობილება გვიანფეოდალურ პერიოდში, თბ., 1952, სტალინის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 312.

[34] *მ. კეკელია*, დასახ. ნაშრომი, ტ. 1. 221.

[35] როგორც პროფ. *მ. კეკელია* აღნიშნავდა, „კათალიკოსი აუცილებლად შედიოდა იმ საგანგებო სასამართლოს შემადგენლობაში, რომელსაც მეფე ნიშნავდა უმნიშვნელოვანესი საქმის გასარჩევად. ამ დროს მნიშვნელობა არ ჰქონდა იმას, დავა საერო იყო თუ სასულიერო“ (სრ. იხ. *მ. კეკელია*, ტ. 1, დასახ. ნაშრომი, 205).

[36] *ივანე სუხგუღაძე*, „საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისათვის“ ქართლის სახელმწიფოებრივი წყობილება გვიანფეოდალურ პერიოდში, თბ., 1952 წელი, სტალინის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 313, იხ. ასევე საქართველოს სახელმწიფო მუზეუმი, ხელნაწერთა განყოფილება Hd 13839.

განსაზღვრავს) და ჩვენი მოსაზრებაც ლევან ბატონიშვილის საქმის გამოძიებასთან დაკავშირებით, პირველ რიგში, სწორედ ამ შედეგებს ეყრდნობა. როგორც ცნობილია, გაუხსნელობის, შესაძლოა დანაშაულის ფაქტის მართლაც არარსებობის გამო (საკმარისი მტკიცებულებების გარეშე ამის გამორიცხვა მეორე უკიდურესობა იქნებოდა), საქმე გამოძიებაშივე დასრულდა და სასამართლო განხილვა აღარ შემდგარა. ეს კი, თავის მხრივ, ლევან ბატონიშვილის გარდაცვალების ფაქტზე გამოძიების დანისტრით წარმოების უტყუარი დადასტურებაა. რას ნიშნავდა საქმის დანისტრით წარმოება?

უნდა აღინიშნოს, რომ ძველი ქართული სასამართლო პროცესი იცნობდა საქმის როგორც დანისტრით, ისე დანისტრის გარეშე წარმოების ფორმებს. პირველ შემთხვევაში, თუ სასამართლოში საქმის არსებით განხილვას წინ გამოძიება უძღოდა ამას **დანისტრით** წარმოება ერქვა,[37] ხოლო თუ საქმეზე გამოძიებას ან სისხლისსამართლებრივ დევნას პირდაპირ მოსამართლე იწყებდა, ეს უკვე საქმის **უდანისტროდ** წარმოება იყო.[38] როგორც პროფ. გ. ნადარეიშვილი აღნიშნავდა, დანისტრად სამსახურის ბრძანება „მხოლოდ მეფესა და ეშიკაღასბაშის კომპეტენციას შეადგენდა“.[39] ცხადია, აღნიშნული კიდევ უფრო ამყარებს ჩვენს მოსაზრებას, რომ პაატა ბატონიშვილის შეთქმულების მსგავსად, შვილის გარდაცვალების ფაქტზე დაწყებული საქმისწარმოება მეფე ერეკლეს სხვისთვის არ მიუნდია და გამოძიებას პირადად ხელმძღვანელობდა. მისი წარმატებით ჩასატარებლად კი მეფის განკარგულებაში იყო **„ხელჯოხიანთა“** სახელით ცნობილი მოხელეთა საკმაოდ მრავალრიცხოვანი ჯგუფი. საგულისხმოა, რომ ხელჯოხიანებში მოიაზრებოდნენ ეშიკაღასბაშის (ერთიანი საქართველოს დიდი ვეზირის მანდატურთუხუცესის მემკვიდრე და თანამედროვე შს მინისტრის წინამორბედია – გ. ფ.), დაქვემდებარებაში მყოფი არა ყველა, არამედ **„მხოლოდ პყრობისა და რისხვის მოხელეები“.** ესენი იყვნენ ყორიასაულები, ყულები, ყაფიჩები და იასაულები.[40]

სამწუხაროდ, საგამოძიებო ჯგუფის დიდი ძალისხმევის მიუხედავად, მეფე ერეკლეს ერთ-ერთი ყველაზე ღირსეული მემკვიდრის, მეტიც, თამამად შეიძლება ითქვას, ქვეყნისა და ხალხის ყველაზე დიდი იმედის (მიუხედავად იმისა, რომ ის ოფიციალურად ტახტის მემკვიდრე არასდროს ყოფილა), ლევან ბატონიშვილის გაურკვეველ ვითარებაში გარდაცვალების ფაქტი დღემდე ბურუსით არის მოცული. სიმართლის დადგენის წყურვილი კი ისევე აფორიაქებს, მო-

[37] „დანისტარი“ – სპარსული სიტყვაა და ქართულად მცოდნეს, საქმის შემტყობელს ნიშნავს. „დანისტრად წასვლა“ კი საქმის გამოსაძიებლად, გამოსაკითხავად წასვლას ნიშნავდა (სრ. იხ. *ვ. გაბაშვილი*, „დარბაზის რიგის მოხელენი დასტურლამალის მიხედვით“, ენემკის მოამბე, XIII, 1942, 186).

[38] სრ. იხ. *მ. კეკელია*, „სასამართლო ორგანიზაცია და პროცესი საქართველოში რუსეთთან შეერთების წინ“, ქართლ-კახეთის სამეფო (წიგნი I), თბ., 1970, გამომცემლობა „საბჭოთა საქართველო“, 269.

[39] *გ. ნადარეიშვილი*, „ქართული სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორია“, თბ., გამომც. „ბონა კაუზა“, 2003, 211.

[40] სრ. იხ. *გოჩა ფეიაძე*, „პროკურატურის ისტორიისათვის საქართველოში“, ნარკვევი I, VI-XVIII საუკუნეები, თბ., 2017, გამომცემლობა „მერიდიანი“, 158-162.

სვენებას არ აძლევს საქართველოს ისტორიით დაინტერესებულ მკვლევართა გულსა და გონებას, როგორც უწინ.

რაც შეეხება ქართლ-კახეთის სამეფოს მართლმსაჯულების სისტემას, როგორც ჩვენ მიერ განხილული საქმეების მაგალითზე დავრწმუნდით, შეიძლება ითქვას, რომ როგორც კანონმდებლობა, ისე სისხლისსამართლებრივი დევნის, მართლმსაჯულების ინსტიტუტები (ცხადია, რომელთაც ჩვენ გავეცანით), იმ ეპოქის შესაფერი იყო და ქვეყნის მშვიდობიანი განვითარების პირობებში წინსვლის პერსპექტივასაც უთუოდ ინარჩუნებდნენ. მხედველობაში გვაქვს XVIII საუკუნის მეორე ნახევარში აშკარად გამოკვეთილი ქვეყნის მზარდი პოლიტიკური და ეკონომიკური პოტენციალი, ახალგახსნილი საგანმანათლებლო კერები თბილისსა და თელავში, სახელმწიფო ასპარეზზე გამოსულ პროგრესულად მოაზროვნე პოლიტიკოსთა მთელი თაობა: იგივე ვახტანგ (ალმასხან) ბატონიშვილი **„გუთნისა და ხმლის კავშირის“** თეორიით, დავით და იოანე ბატონიშვილები სახელმწიფოს ევროპულ წესზე მოწყობის უაღესად საინტერესო პოლიტიკური და სამართლებრივი პროექტებით, ერეკლესგან შერისხული ალექსანდრე ამილახვარის შემეცნებითი აღმასვლა უკიდურესად რეაქციული „გეორგიანული ისტორიიდან“, ფრანგი ენციკლოპედისტებისა და განმანათლებელთა მოწინავე იდეებით გაჯერებულ, უაღრესად პროგრესულ პოლიტიკურ ტრაქტატამდე „ბრძენი აღმოსავლეთისა“ და სხვ.

თუმცა, ასეთი წინსვლა მხოლოდ დამოუკიდებლობისა და მშვიდობიანი განვითარების პირობებში იყო შესაძლებელი. რუსეთის საიმპერატორო კარს კი უკვე დიდი ხნის გადაწყვეტილი ჰქონდა საქართველოს ბედი. პავლე I-ისა და ალექსანდრე I-ის 1801 წლის მანიფესტები მხოლოდ იმის ოფიციალურ გაფორმებას წარმოადგენდა, რაზეც რომანოვების დინასტია მთელი საუკუნე ოცნებობდა. მათივე დიდი ხელშეწყობით, პატარა კახის გარდაცვალების შემდეგ ქართლ-კახეთის სამეფო კარზე განვითარებულმა პროცესებმა კი ამ ოცნების ახდენა სულ რამდენიმე წელში გახადა შესაძლებელი.

*ღია შატბეხაშვილი**

მართლმსაჯულების ურთიერთობა საზოგადოებასთან: დიალოგი თუ დაპირისპირება?

შესავალი

„Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done“.[1]

ეს სიტყვები 100 წლის წინ ინგლისის მთავარმა მოსამართლემ ჰიუარტმა (Lord Chief Justice Hewart) კონკრეტულ სასამართლო საქმის გარემოებებთან დაკავშირებით თქვა. მართლმსაჯულება არა მხოლოდ კანონიერად და ობიექტურად უნდა ხორციელდებოდეს, არამედ იგი ასეთადაც უნდა აღიქმებოდეს საზოგადოების მიერ. ამ გამოთნაქმვამის ციტირება დღემდე ხდება, რაც იმაზე მეტყველებს, რომ პრობლემის აქტუალობა დღესაც არ დაკარგულა. პრობლემა კი შეეხება ურთიერთობებს სასამართლოსა და საზოგადოებას შორის, რომელიც როგორც ჩანს აშკარად არაა იდეალური. რა განსაზღვრავს საზოგადოებაში მართლმსაჯულების მიმართ ნდობის არსებობა-არარსებობას? რისი თქმა შეუძლია მოსამართლეს საჯარო სივრცეში? შეუძლია მოსამართლეს თავი დაიცვას სასამართლო გზით მის აზრის თავისუფალი გამოხატვის უფლების შეზღუდვის გამო? რა განაპირობებს სასამართლოსა და მედიებს შორის დაძაბულობის არსებობას? ახდენს თუ არა საზოგადოებრივი აზრი გავლენას სასამართლო პროცესების მიმდინარეობასა და მოსამართლის მიერ გადაწყვტილების მიღებაზე? ეს თემები განხილულია მრავალი ევროპული თუ ამერიკული მეცნიერის ნაშრომებში, თუმცა თავად მეცნიერთა აზრით, ჯერ კიდევ არასაკმარისად, რადგან ამ პრობლემის სრულფასოვანი ანალიზისთვის აუცილებელია ერთიანი, ინტერდისციპლინური მიდგომა, რომელიც უნდა მოიცავდეს მედიების, კომუნიკაციის მეცნიერების, ფსიქოლოგიის, სოციოლოგიის და იურიდიული მეცნიერებების ასპექტებს[2]. ამ ნაშრომის მიზანი არ არის მოცემული პრობლემატიკის ღრმა მეცნიერული ანალიზი, ის მიეძღვნება მხოლოდ ზემოთ დასახელებული საკითხების მიმოხილვას არსებული მიდგომების და მოცემულობების საფუძველზე.

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სამეცნიერო კვლევებისა და ინტერნაციონალიზაციის სამსახურის ექსპერტი.

1 The origins of “Justice must be seen to be done” (barandbench.com).

2 *Frank Fechner*, Forensische Medienbeeinflussung und mediale Verfahrenslenkung - Zur Rolle der Medien bei der Rechtsfindung in: Medienrechtliche Schriften, Band 9, Münster 2012, 112.

1. მოსამართლე – საკრალური პროფესია?

1.1 აქვს თუ არა მოსამართლეს გამოხატვის თავისუფლება? არსებული წარმოდგენები

მოსამართლის პროფესიის მიმართ სათუთი და იმავდროულად ძალიან მაღალი მოთხოვნების შემცველი დამოკიდებულება ჩამოყალიბდა. ეს გასაგებიცაა, თუ გავითვალისწინებთ მართლმსაჯულების განსაკუთრებულ როლს, რომელიც მოწოდებულია, დაამკვიდროს სამართლიანობა, დაიცვას ადამიანის უფლებები ყოველგვარი დარღვევებისგან, უზრუნველყოს კანონიერების დაცვა და თავად სამართლებრივი სახელმწიფოს არსებობა.[3] ფაქტიურად მოსამართლე მოწოდებულია დაამყაროს სამოქალაქო მშვიდობა და სამართლიანობა, და ამით ხელი შეუწყოს თავად სახელმწიფოს არსებობის გამყარებას. ამ ამოცანების შესასრულებლად აუცილებელია მოსამართლის ძლიერი და დამოუკიდებელი პოზიციის არსებობა, რათა მან მიიღოს ისეთი გადაწყვეტილებებიც, რომლებმაც შესაძლოა არც მოიპოვონ საზოგადოების მოწონება.[4] იმავდროულად მოსამართლის განსაკუთრებული სტატუსის და მისი საქმიანობის უკიდურესი მნიშვნელობის გამო მას საზოგადოებაში ლამის საკრალობის შარავანდედი მიუჩინეს და ჩვეულებრივი ადამიანური თვისებებისგან განწმენდილ სიმბოლოდ წარმოიდგინეს. მოსამართლის მიერ საჯაროდ აზრის გამოთქმა და, მითუმეტეს, საჯარო დისკუსიებში მონაწილეობა დღესაც დაუშვებლად და მის პროფესიასთამ შეუთავსებლად მიიჩნევა.

1.2 რას ამბობს ევროპულ მოსამართლეთა საკონსულტაციო საბჭო (CCJE)?

თავის 2022 წლის 2 დეკემბრის N 25 მოსაზრებაში[5] საბჭო ადასტურებს, რომ მოსამართლეები სარგებლობენ აზრის გამოთქმის თავისუფლების უფლებით ისევე, როგორც ყველა სხვა მოქალაქე, თუმცა – ისევე, როგორც ყველა, სახელმწიფოს სამსახურში მყოფ მოხელეს – ევალება განსაკუთრებული პასუხისმგებლობა მათი პროფესიული საქმიანობიდან გამომდინარე ინფორმაციის გავრცელებასთან დაკავშირებით. CCJE-ს მიაჩნია, რომ მოსამართლეებმა უნდა გამოიჩინონ თავშეკავება საკუთარი შეხედულებებისა და მოსაზრებების გამოთქმისგან, თუ ამით შეიძლება საფრთხე შეექმნას მათ დამოუკიდებლობას, მიუკერძოებლობას ან მათი თანამდებობის ღირსებას, ან საფრთხე შეუქმნას სასამართლო ხელისუფლების ავტორიტეტს.[6]

იმავდროულად CCJE ხაზს უსვამს, რომ ყველა მოსამართლე ვალდებულია იმუშაოს სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობისა და კონსტიტუციური წეს-

[3] ECtHR, *Cudmundur Andri Åstrddsson v. Iceland* [CC], 1 December 2020, 215 and 233.

[4] *Hlldur Hjorvak*, Judges as Rightsholders, in: Liber amicorum Robert Spano, 2022, 327.

[5] CCJE Opinion No. 25 (2022) on freedom of expression of judges, 1680a973ef (coe.int).

[6] იხ. ასევე კვლევა: *თამთა კახიძე, მაგდა ჯიმშელეიშვილი, ივანე ჩიტაშვილი,* მოსამართლეთა გამოხატვის თავისუფლების ფარგლები, USAID, 2021, 6.

რიგის დასაცავად, როდესაც საფრთხე ემუქრება დემოკრატიას ან კანონის უზენაესობას, მათ შორის პოლიტიკურად მგრძნობიარე საკითხებზე. ამ პრობლემების ირგვლივ მსჯელობა, ასევე საერთაშორისო ასპარეზზეც, მათ ვალდებულებასაც კი წარმოადგენს.[7]

დოკუმენტში ასევე ხაზგასმულია მოსაზრება, რომ ცალკეულ მოსამართლეს – ისევე როგორც იუსტიციის საბჭოებსა და მოსამართლეთა გაერთიანებებს – ეკისრებათ ეთიკური მოვალეობა, აუხსნან საზოგადოებას სასამართლო სისტემის ფუნქციონირებისა და მისი ღირებულებების შესახებ, რათა ხელი შეუწყონ და გაზარდონ საზოგადოების ნდობა სასამართლოს მიმართ.[8]

რისკების თავიდან აცილების მიზნით, CCJE რეკომენდაციას უწევს სასამართლო ხელისუფლებას და მოსამართლეთა გაერთიანებებს, ადეკვატურად მოამზადოს მოსამართლეები მედიასა და სოციალურ ქსელებში კომუნიკაციისთვის, შეიმუშავონ წესები მოსამართლეთა გამოხატვის თავისუფლების ფარგლებსა და მათი განხორციელების შეზღუდვის შესახებ.[9]

როგორც ვხედავთ, CCJE მოიაზრებს თანამედროვე მოსამართლეს ერთის მხრივ როგორც თავისი პროფესიის ერთგულ და მიუკერძოებელ განმხორციელებელს და ლოიალურ მოხელეს, მეორე მხრივ კი როგორც საზოგადოების აქტიურ წევრს, რომელიც ჩართულია მართლმსაჯულების საჭირბოროტო საკითხების საჯარო განხილვაში.

1.3 რას ამბობს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო?

აღსანიშნავია, რომ სტრასბურგის სასამართლოს პრაქტიკაში აშკარად მოიმატა მოსამართლის დამოუკიდებლობასთან დაკავშირებულმა საქმეებმა და შესაბამისად ასევე საქმეებმა,[10] რომლებშიც განმცხადებლები მოსამართლეები არიან.

სატრასბურგის სასამართლო მუდმივად ხაზს უსვამს მართლმსაჯულების განსაკუთრებულ ბუნებას და მის განსაკუთრებულ როლს სახელმწიფოში. დამოუკიდებელი სასამართლო გადამწყვეტი ძალაა ხელისუფლების კონტროლისათვის და ადამიანის უფმებების დაცვისთვის.[11]

საინტერესო არის იმ პროცესის განხილვა, რომელიც წინ უძღოდა სტრასბურგის სასამართლოს მიერ მოსამართლეთა სარჩელების მიღებას, რომლებიც ითხოვდნენ მათი დამოუკიდებლობის დაცვას კონვენციის მე-6 მუხლის საფუძველზე, მათ შორის მოსამართლის გამოხატვის უფლების შეზღუდვის გამო.

1.3.1 სასამართლოსადმი წვდომის საკითხი

კერძოდ, საჯარო მოხელეების, მათ შორის მოსამართლეების, სასამართლოსთან წვდომის უფლება განსაკუთრებით რთული საკითხია სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალში. სირთულე მდგომარეობდა იმ საკითხის გადაწყვეტა-

[7] იქვე, N 46, N 48.

[8] იქვე, N 63 – N 65.

[9] იქვე, N 67.

[10] *R. Spano*, The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary, (2021) 27 European Law Journal 1-17, The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary - Spano - 2021 - European Law Journal - Wiley Online Library.

[11] *Hlldur Hjorvak*, Judges as Rightsholders, in: Liber amicorum Robert Spano, 2022, 328.

ში, შეიძლებოდა თუ არა დავა თანამდებობის პირებსა და მთავრობას შორის კლასიფიცირებული იყოს როგორც სამოქალაქო ხასიათის და, შესაბამისად, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6(1) მუხლს დაექვემდებაროს. საკმაოდ დიდი დრო დასჭირდა სტრასბურგის სასამართლოს, სანამ მან ამ კითხვაზე დადებითი პასუხის გაცემა შეძლო. ადრინდელ სასამართლო პრაქტიკაში ძირითადი პრინციპი იყო, რომ დავები, რომლებიც დაკავშირებულია საჯარო მოხელეთა – ეს იგი ასევე მოსამართლეთა – შრომით ურთიერთობებთან და მათ სტატუსთან, არ ექვემდებარებოდა ევროპის ადამიანის უფლებათა კონვენციის მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტის დაცვის სფეროს. ამიტომ, სასამართლომ არ დააკმაყოფილა მთელი რიგი დავებისა, რომლებშიც საჯარო მოხელეები და მათ შორის მოსამართლეები ჩიოდნენ, რომ შელახული იყო მათი უფლება სამართლიან სასამართლოზე კონვენციის მე-6 მუხლის შესაბამისად.

თავის შემდგომ პრაქტიკაში, ვილჰო ესკელინენის საქმეში *Vilho Eskelinen ფინეთის წინააღმდეგ* [1] სასამართლომ დაადგინა ფუნქციური კრიტერიუმები, რომლის მიხედვით შესაძლებელი ხდებოდა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6(1) მუხლი გავრცელებულიყო თანამდებობის პირსა და სახელმწიფოს შორის დავის მიმართ. თუმცა, იმავე კრიტერიუმებით შესაძლებელი იყო ასევე დავების დაკმაყოფილების გამორიცხვა იმ შემთხვევებში, თუ სახელმწიფო კუმულაციურად ასრულებდა ორ პირობას. პირველი: მან უნდა აჩვენოს, რომ საჯარო მოსამსახურის უფლება მიემართა სასამართლოს და აღეძრა დავა აღნიშნულ საკითხზე ქვეყნის კანონმდებლობის შესაბამისად პირდაპირ იყო გამორიცხული, და მეორე: რომ ეს გამორიცხვა გამართლებული იყო ობიექტური მიზეზებით სახელმწიფოს ინტერესებიდან გამომდინარე.

ამ ახალმა მიდგომამ გზა გაუხსნა საჯარო მოხელეებს და მათ შორის მოსამართლეებსაც, რათა თავიანთი დამოუკიდებლობის ხელყოფის შემთხვევაში იბრძოლონ სტრასბურგის სასამართლოს წინაშე[2] და ისარგებლონ კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტის დაცვით.

მოგვიანებით ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ თავის პრაქტიკაში ესკელინენის ტესტის გამოყენება მოსამართლეების მიმართ კიდევ უფრო განავითარა იმ მიმართულებით, რომ მან მოცემული სახელწიფოსთვის კიდევ უფრო გაართულა ორივე კრიტერიუმის შესრულების წინაპირობები. ესკელინენის ტესტის პირველი კრიტერიუმის მიხედვით ქვეყანაში საჯარო მოხელეთათვის, ან პროფესიების გარკვეული ჯგუფისთვის მკაფიოდ უნდა იყოს აკრძალული წვდომა სასამართლოსადმი. ოლუჩიჩის საქმეში ხორვატიის წინააღმდეგ[3], ასევე მოგვიანებით ვოლკოვის საქმეში უკრაინის წინააღმდეგ[4] სასამართლომ წინა პრაქტიკისგან განსხვავებით, დაადგინა, რომ მხოლოდ ის გარემოება, რომ კომპეტენტური ეროვნული ორგანოს გადაწყვეტილების შემდგომი გადამოწმება სასამართლოს მიერ არსებული კანონმდებლობით

[1] ECtHR, *Vilho Eskelinen and others v. Finland* [CC], 19 April 2007, § 62.
[2] ECtHR, *Vilho Eskelinen and others v. Finland* [CC], 19 April 2007.
[3] ECtHR *Olujić v Croatia* 22330/05 5 February 2009, § 37–43.
[4] ECtHR, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, 9 January 2013.

გამორიცხულია, მაინც არ ნიშნავს იმას, რომ ეროვნული კანონმდებლობა ცალსახად კრძალავს სასამართლო განხილვის უფლებას. ორივე შემთხვევაში სასამართლო არ დაკმაყოფილდა საკანონმდებლო რეგულაციის არსებობით და განიხილა იუსტიციის საბჭოს მიერ დისციპლინური დევნის საკითხის განხილვა როგორც კონტრადიქტორული წარმოება, რომელიც მტკიცებულებების წარმოდგენას, ცალკეულ შემთხვევაში კი მოსამართლეების მოსმენასაც მოიცავს და იგი სასამართლო წარმოებას გაუთანაბრა. შედეგად, ესკელინენის პირველი კრიტერიუმი – კანონმდებლობით სასამართლოსადმი მიმართვის უფლების აკრძალვა – შესრულებულად არ ჩაითვალა. ასევე შემდგომ ორ საქმეში – სტურუა საქართველოს წინააღმდეგ და დი ჯოვანი იტალიის წინააღმდეგ – სასამართლომ ჩათვალა, რომ ქართული და იტალიური საბჭოები მოქმედებდნენ როგორც სასამართლოები და შესაბამისად ეს იმას ნიშნავს, რომ სასამართლოს უფლება პირველი კრიტერიუმის შესაბამისად გამორიცხული არ იყო. ეს იმას ნიშნავს, რომ სასამართლომ ესკელინენის ტესტის პირველი კრიტერიუმის გამოყენებისას წმინდა ფორმალური მიდგომა მატერიალური ანალიზით შეცვალა და ამით საგძნობლად გაურთულა მოპასუხე სახელმწიფოს ამ კრიტერიუმის შესრულება.

თავის შემდგომ პრაქტიკაში, განსაკუთრებით ორ საქმეში თურქეთის წინააღმდეგ[5] – ბილგენი თურქეთის წინააღმდეგ და ემინაღაოღლუ თურქეთის წინააღმდეგ Eminağaoğlu – სასამართლომ კიდევ უფრო განავითარა ესკელინენის ტესტის განმარტება.

Bilgen-ის შემთხვევაში, იუსტიციის საბჭომ განამწესა მოსამართლე თავისი სამუშაო ადგილიდან მოშორებულ და უფრო დაბალი კატეგორიის სასამართლოში მისი თანხმობის გარეშე, *Eminağaoğlu* -ს შემთხვევაში იუსტიციის საბჭომ მოსამართლეს დისციპლინური სანქციები დაუწესა მის მიერ კრიტიკული მოსაზრებების გამოთქმის გამო მაღალი საზოგადოებრივი ინტერესის მქონე დავებთან დაკავშირებით. ორი შემთხვევაში საკითხი იდგა იმგვარად, რომ საფრთხე ექმნებოდა მათი დამოუკიდებლობის ხარისხს. ორივე შემთხვევაში მოსამართლეებს არ ჰქონდათ საშუალება მიერმართათ სასამართლოსადმი თავიანთი უფლების დასაცავად, რადგან თურქეთის კონსტიტუტცია ცალსახად კრძალავდა იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს გადაწყვეტილების გასაჩივრებას.

ამ უდავოდ ძალზე საინტერესო და გზამკვლევ გადაწყვრტილებებს სამწუხაროდ ვერ განვიხილავთ დაწვრილებით ამ სტატიის ფარგლებში, მაგრამ ვეცდებით წარმოვაჩინოთ, როგორ შეიცვლა სასამართლოს მიდგომა მსგავსი საკითხებისადმი და რა ტენდენციები იკვეთება ამ მიდგომის შედეგად მომჩივან მოსამართლეებისთვის.[6]

პირველ რიგში გასარკვევი იყო, შესრულებულია თუ არა ესკელინენის ტესტის პირველი კრიტერიუმი – ანუ არის თუ არა სახელმწოს შიდა კანონმდებლობით სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება ცალსახად გამორიცხული

[5] *Mathew Leloup*, Not Just a Simple Civil Servant: The Right of Access to a Court of Judges in the Recent Case Law of the ECtHR, in: European Convention on Human Rights. Law Review 4 (2023), 28.

[6] იხ უფრო ვრცლად *Mathew Leloup*, Not Just a Simple Civil Servant: The Right of Access to a Court of Judges in the Recent Case Law of the ECtHR, in: European Convention on Human Rights. Law Review 4 (2023), 28-32.

მოსამართლეთათვის. თურქეთის კონსტიტუციით განსაზღვრულია, რომ იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს გადაწყვეტილებები არ არის გადამოწმებადი სხვა ინსტიტუციების მიერ, თავად საბჭოს მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესი არ ითვალისწინებს კონტრადიქტორულ წარმოებას და შესაბამისად, მის მიერ ჩატარებული პროცედურები ვერ გაიგივდება სასამართლო წარმოებასთან. შედეგად სტრასბურგის სასამართლომ დაადგინა, რომ პირველი კრიტერიუმი შესრულებული იყო.

შემდგომი ამოცანა იყო მეორე კრიტერიუმის არსებობის დადგენა – ანუ იყო თუ არა სახელმწიფოს მიერ სასამართლოსადმი წვდომის აკრძალვა გამართლებული სახელწიფო ინტერესებიდან გამომდინარე.

აქ სასამართლომ თავის დასაბუთებაში იმსჯელა იმის თაობაზე, თუ რა განსხვავებაა ჩვეულებრივ მოხელესა, მაგალითად, საგადასახადო სამსახურის მაღალი რანგის ჩინოსანსა[7] და მოსამართლეს შორის. სასამართლო განმარტავს, რომ მოხელესა და აღმასრულებელ ხელისუფლებას შორის არსებული ურთიერთობა გულისხმობს მოხელის დამოკიდებულებას ხელისუფლებაზე და მის მიმართ განსაკუთრებული ლოიალობის არსებობას. გარკვეულწილად მოხელე ხელისუფლებას წარმოადგენს საზოგადოებასთან ურთიერთობაში და მისი განსაკუთრებული ნდობით უნდა სარგებლობდეს. განსხვავებულია მოსამართლის პოზიცია: იგი დამოუკიდებელია აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლებებისგან, იგი მხოლოდ კანონს, სამართალს და დემოკრატიის პრინციპებს ექვემდებარება. მისი ფუნქციაა, სწორედ რომ ხელისუფლების მიერ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების გაკონტროლება და იგი შესაბამისად დისტანცირებული უნდა იყოს აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლებებისგან, რათა ობიექტურად განახორციელოს თავისი საქმიანობა. შესაბამისად სასამართლომ ჩათვალა, რომ კონვენციის მე-6 მუხლის დაცვისგან მოსამართლეთა გამორიცხვა თავიანთი განსაკუთრებული ლიოალობის და ნდობითი ურთიერთობის გამო ხელისუფლების მიმართ გამართლებული არ არის და არც სახელმწიფო ინტერესებს არ შეესაბამება. შედეგად დადგინდა, რომ ესკელინენის მეორე კრიტერიუმი შესრულებული არ იყო და საქმე მიღებულ იქნა განსახილველად.

თავის შემდგომ პრაქტიკაში მოსამართლეთა სარჩელების დასაშვებობის საკითხების განხილვისას სასამართლო უფრო შორს წავიდა და მოსამართლეთა პოზიცია კიდევ უფრო გააძლიერა. Broda und Bojara-ს საქმეში პოლონეთის წინააღმდეგ, Gumenjuk-ის საქმეში უკრაინის წინააღმდეგ და შემდგომ Loquifer-ის საქმეში ბელგიის წინააღმდეგ სასამართლომ თუმცა ნაწილობრივ განიხილა პირველი კრიტერიუმის არსებობა, მაგრამ ამ ნაწილში დასკვნის გაკეთების გარეშე განაცხადა, რომ არც აქვს მნიშვნელობა, არის თუ არა შესრულებული პირველი კრიტერიუმი, რადგან ცხადია, რომ მეორე კრიტერიუმი – სწორედ იმიტომ, რომ საქმე გვაქვს მოსამართლეებთან – შესრულებული არ იქნება და საქმეები წარმოებაში მიიღო.

[7] *Spūlis and Vaškevičs v Latvia* 2631/10 and 12253/10 (ECtHR, November 2014).

როგორც ვხედავთ, სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპების დანერგვის და გაძლიერების მზარდი მნიშვნელობის და ამ კუთხით არსებული გამოწვევების გამო, სასამართლო მზარდ მნიშვნელობას ანიჭებს მოსამართლეთა დამოუკიდებლობის საკითხებს და თავის პრაქტიკაში სულ უფრო მეტ შესაძლებლობას აძლევს მოსამართლეებს დაიცვან თავიანთი უფლებები საერთაშორისო მართლმსაჯულების დონეზე.

1.3.2 მოსამართლეთა სახჩელების მატერიალური განხილვის შედეგები. ჰას ამბობს სასამართლო მოსამართლის თავისუფალი აზრის გამოთქმის უფლებაზე

როგორც ზემოთ დავრწმუნდით, სასამართლომ საკმაო მოქნილობა გამოიჩინა, რათა უზრუნველეყო მოსამართლის პროცესუალური უფლებები, მოსამართლეთა სარჩელების მატერიალურ-სამართლებრივ განხილვის შემთხვევაშიც მან ახლებური მიდგომა შეიმუშავა და ახალი პრინციპები ჩამოაყალიბა.

გამოხატვის თავისუფლების როგორც მატერიალური უფლების განხილვისას, აზრის გამოთქმის სანქციონირების დასაშვებობის შეფასების დროს სასამართლო პირველ რიგში ითვალისწინებს მოსამართლის თვალსაზრისს. სასამართლოს აშკარად აცნობიერებს ამგვარი საქმეების მნიშვნელობის ზრდას არა მხოლოდ ცალკეული მოსამართლის, არამედ საზოგადოებისთვისაც, რომელსაც ისინი ემსახურებიან. სასამართლო სულ და უფრო ხშირად განიხილავს მოსამართლეთა მიმართ დისციპლინური ზომების დაწესებას მართლმსაჯულების ამოცანის ზოგად კონტექსტში და ადგენს მათი გარე გავლენებისგან დაცვის აუცილებლობას.[8]

იმავდროულად, სასამართლომ თავის პრაქტიკაში მრავალჯერ აღნიშნა, რომ სასამართლო სისტემის წარმომადგენლების მხრიდან გამართლებულია ლოიალურობის და კონფიდენციალურობის მოლოდინი სისტემის მიმართ, ისევე, როგორც ეს მოქმედებს საჯარო მოხელეების შემთხვევაში, როდესაც ვსაუბრობთ მოხელის კონფიდენციალურობის და ლოიალურობის ვალდებულებაზე დამსაქმებლის მიმართ. ამიტომ, ლეგიტიმურად შეიძლება ჩაითვალოს სახელმწიფოს მხრიდან მოსამართლეზეც მსგავსი ვალდებულების დაკისრება.[9] როგორც სასამართლომ საქმეში ფოგტი გერმანიის წინააღმდეგ დაადგინა, სახელმწიფოს მიერ კონფიდენციალურობის მოვალეობის დაკისრება თანამდებობის პირებისთვის მათი სტატუსიდან გამომდინარე შესაძლოა ლეგიტიმური იყოს.

მოსამართლეთა სარჩელები ძირითადად კონვენციის მე-8 (პირადი და ოჯახური ცხოვრების დაცულობის უფლება) და მე-10 (გამოხატვის თავისუფლება)[10] მუხლებს ეხება. ჩვენი მიზნებისთვის საინტერესოა შემთხვევები, როდესაც საქმე ეხება მოსამართლის გამოხატვის უფლების შეზღუდვას – როგორც

[8] *Hjorvak*, 340.

[9] ECtHR, *Vogt v. Germany*, § 53, ასევე ECcHR, *Kudeshkina v. Russia*, §§ 85-97, ასევე ECtHR, *Baka v. Hungary*, § 164.

[10] ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_kat .

კონკრეტულ სასამართლო პროცესთან დაკავშირებით, ასევე მისი კონკრეტული საქმიანობისგან დამოუკიდებლად – როდესაც იგი მონაწილეობას იღებს საჯარო დისკუსიაში.

პირველ შემთხვევაში, როდესაც საქმე გვაქვს კონკრეტულ სასამართლო დავასთან, მოსამართლეს აქვს თავის დამოუკიდებლობის ფარგლებში პრაქტიკულად შეუზღუდავი გამოხატვის უფლება, როდესაც იგი გადაწყვეტილებას იღებს ან გადაწყვეტილების დასაბუთებას წერს. შესაბამისად, პროცესის ფარგლებში მოსამართლის მიერ გამოთქმული შინაარსის გამო მისგან პასუხის მოთხოვნა პრაქტიკულად გამორიცხულია. თუმცა არსებობს რამდენიმე საქმე, მათ შორის *De Carvalho Basso-ს*[11] საქმე პორტუგალიის წინააღმდეგ[12], როდესაც სასამართლომ ყურადღება მიაქცია სასამართლო პროცესის კონკრეტულ გარემოებებს და ხაზი გაუსვა მოსამართლის დისკრეციის საზღვრების არსებობას, როდესაც საქმე დავის მონაწილის პირად ინფორმაციის გასაჯაროებას ეხება. სასამართლომ აღნიშნა, რომ მოსამართლის გამონათქვამები, რომელსაც ის აკეთებს სამოსამართლეო ფუნქციების განხორციელებისას, საბოლოო ჯამში, ცალკეული მოსამართლის გამონათქვამი კი არაა, არამედ მართლმსაჯულების აზრს წარმოადგენს. და ამიტომ არის ძალზე მნიშვნელოვანი, რომ მოსამართლეებმა მართმსაჯულების განხორციელებისას შეინარჩუნონ მიუკერძოებლობის პრინციპი და მაქსიმალურად პატივი სცენ მხარეთა ინტერესებს, რომლებიც შეიძლება შეილახოს სასამართლოს პროცესზე გაჟღერებული ინფორმაციების შედეგად.

რაც შეეხება სასამართლოს ფარგლებს გარეთ მოსამართლის მიერ საჯარო სივრცეში აზრის გამოთქმის უფლებას: საქმეებში *Wille vs. Liechtenstein*[13], ასევე *Baka vs. Hungary*[14] სასამართლო ადგენს, რომ მოსამართლეს აქვს უფლება მიიღოს მონაწილეობა საჯარო დებატებში, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ეს დებატები მწვავე პოლიტიკურ ხასიათს ატარებს[15]. სასამართლო ასკვნის, რომ გარკვეულ საკითხებთან დაკავშირებით მოსამართლის მონაწილეობა საჯარო დისკუსიაში მისი არა მხოლოდ უფლება, **არამედ ვალდებულებაც არის**, თუ ეს საკითხები მართლმსაჯულების გამოწვევებს, სამართლის რეფორმებს, ან სასამართლო სისტემის ფუნქციონირების პრობლემებს ეხება.

[11] ECtHR, *De Carvalho Basso v. Portugal*, §§ 58-61 (საქმე ეხებოდა სხვა საკითხებთან ერთად მოსამართლის მიერ რომას ეროვნების (ბოშები) პროცესის მონაწილეთა მიმართ მომჩივანთა აზრით რასობრივი დისკრიმინაციის შემცველი გამონათქვამების წარმოთქმა სასამართლოს მსვლელობისას, რის გამო მათ ადვოკატ კარვალიოს მეშვეობით სარჩელი შეიტანეს მოსამართლეს წინააღმდეგ. სარჩელი დაუშვებლად იქნა მიჩნეული დაუსაბუთებულობის გამო. ამის შემდეგ მოსამართლემაც შეიტანა სარჩელი ადვოკატის წინააღმდეგ მის მიმართ დაუსაბუთებელი სისხლის სამართლის სარჩელის შეგნებულად აღძვრის გამო. პორტუგალიის სასამართლომ ადვოკატს 10.000 ევროს გადახდა დაუწესა. სტრასბურგის სასამართლომ ჩათვალა, რომ გამოხატვის თავისუფლების დარღვევა ადვოკატის მხრიდან არ ყოფილა და თუმცა მოსამართლის გამონათქვამები არ სცილდებოდა ეთიკის ნორმებს, მას მაინც ევალება მაქსიმალურად შეინარჩუნოს ნეიტრალური დამოკიდებულება მხარეების მიმართ.).

[12] *Hjorvar*, 336.

[13] ECtHR, *Wille v. Liechtenstein*, 28 October 1999, § 67-70.

[14] ECtHR, *Baka v. Hungary*, 23 June 2016.

[15] ECtHR, *Wille v. Liechtenstein*, § 67.

კუდეშკინას საქმეში რუსეთის წინააღმდეგ[16] მოსამართლე კუდეშკინამ კრიტიკული მოსაზრებები გამოთქვა პრესაში რუსული მართლმსაჯულების მიმართ, რის გამო ის გაანთავისუფლეს თანამდებობიდან და აუკრძალეს მოსამართლედ მუშაობა. სასამართლომ დაადგინა, რომ მოხელის მიერ ლოიალურობის ვალდებულების მიუხედავად, მოცემულ შემთხვევაში მომჩივანი უფლებამოსილი იყო საზოგადოებისთვის გაეზიარებინა საკუთარი შეხედულებები, განსაკუთრებით რადგან საქმე ეხებოდა სასამართლოში კორუფციის და პოლიტიკურო ზეწოლის ფაქტებს, რაც საზოგადოებისთვის მნიშვნელოვან საკითხებს წარმოადგენს.

ამასთან ერთად სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმას, რომ მსგავს სანქციებს ასევე უარყოფითი „დამაშინებელი ეფექტიც“ აქვს და შეიძლება მოსამართლეებს თანამდებობის დაკარგვის შიშის გამო თავისუფალი აზრის გამოთქმის სურვილი საბოლოოდ დაუკარგოს[17].

ყველა ზემოთ დასახელებულ და მსგავსი საქმეების უმეტესობაში სასამართლომ დაადგინა სახელმწიფოების მიერ კონვენციის მე-10 მუხლის (გამოხატვის თავისუფლება) დარღვევა.

2. მედიების ზრდადი ძალაუფლება. მედია – მეოთხე ხელისუფლება?

საზოგადოებასა და სასამართლოს შორის ურთიერთობის სამართლებრივი „დალაგება“ მე-19 საუკუნეში დაიწყო სასამართლო პროცესის საჯაროობის მოთხოვნასთან ერთად. სასამართლო პროცესის გამჭვირვალობა პირველ რიგში მიზნად ისახავდა, მართლმსაჯულების თავნებობის თავიდან აცილებას და სამართლიანობის ხელშეწყობას.

მეორე მიზანი ემყარებოდა მე-19 საუკუნეში გავრცელებულ ეგრეთ წოდებული „გენერალური პრევენციის“ თეორიას,[18] რომლის მიხედვით სასამართლო პროცესებზე დასწრება, განსაკუთრებით სისხლის სამართლის საქმეებზე, უნდა ყოფილიყო მოქალაქეთა მიერ დანაშაულის ჩადენის და მოსალოდნელი სასჯელის გაცნობიერების ფაქტორი და უნდა დაერწმუნებინა ისინი, რომ დანაშაულის ჩადენის გამო დაწესებული სასჯელი უფრო „ძვირად დაუჯდებათ“, ვიდრე დანაშაულის შედეგად მიღებული სარგებელი და შედეგად ისინი თავს შეიკავებენ დანაშაულის ჩადენისგან (ნეგატიური პრევენცია). თუმცა შემდგომმა თეორიულმა კვლევებმა და ემპირიულმა მონაცემებმა ეს მოსაზრება არ დაადასტურეს.[19]

---

[16] ECcHR, *Kudeshkina v. Russia*, 26 February 2009, §§ 85-97.

[17] იქვე, ასევე ECtHR, *Cuz v. Poland*, 15 October 2020.

[18] *Joachim Scherer*, Justiz und Massenmedien. Kontrollierende oder kontrollierte Medienöffentlichkeit? Justiz und Massenmedien, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 1979, 40.

[19] *Hans Mathias Kepplinger, Thomas Zerback*, Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte. Art, Ausmaß und Entstehung reziproker Effekte, in: Publizistik, January 2012, 4.

სასამართლოს და საზოგადოების ურთიერთობა ბოლო ათწლეულებში ძირითადად პროცესებზე მედიების წარმომადგენლობის დასწრებას და ელექტრონულ მედიებში გახმაურებული საქმეების განხილვას გულისხმობს. ამგვარად, მართლმსაჯულების საჯაროობა უკვე დიდი ხანია მედიების მიერ გასაჯაროებულ ინფორმაციას წარმოადგენს და მედიების მიერ ამ ინფორმაციების შერჩევის და შეფასების გამო პრობლემატურია სასამართლოსთვის.[20]

მართლმსაჯულების საქმიანობის გაშუქება მედიების მიერ საჭიროა მოსახლეების სამართლებრივი თვითშეგნების ასამაღლებლად. ასევე იმისათვის, რომ მართლმსაჯულების გამართული ფუნქციონირების გაშუქებით შეუწყოს ხელი მოსახლეობის ნდობის ამაღლებას სასამართლოს მიმართ. რასაკვირველია, მედიების დანიშნულება არის ასევე, მართლმსაჯულების სისტემაში დეფიციტების და პრობლემების არსებობაზე ყურადღების გამახვილება, ნაკლოვანებების ანალიზი და ჯანსაღი კრიტიკა.

2.1 შეიძლება თუ არა ქართული სასამართლოს კრიტიკას კონსტრუქციული ვუწოდოთ?

საქართველოში ბოლო წლებში ჩატარებულ სასამართლო რეფორმებს საზოგადოების მხრიდან შეუნელებელი კრიტიკა ახლავს თან. თავდაპირველად ეს განპირობებული იყო იმ გარემოებებით, რომ 2012 წელს მომხდარ ხელისუფლების ცვლილების მიუხედავად სასამართლო სისტემის, რომელიც სრულიად დისკრედიტირებული იყო სააკაშვილის რეჟიმის დროს, ძირეული რეფორმა არ მოჰყოლია. საქართველოს მოქალაქეები, რომლებიც წინა წლებში შეკვეთილი სასამართლო გადაწყვეტილებების, სახელმწიფოს მიერ მოგონილი ბრალდებებით ბიზნესის დაყაჩაღების, ტოტალური მიყურადების, ციხეებში წამების ფაქტების მოწმენი იყვნენ, ელოდნენ სისტემის საფუძვლიან ცვლილებებს, განსაკუთრებით სასამართლო სისტემის სფეროში. შესაბამისად, სასამართლოს სათავეებში იგივე მოსამართლეების დარჩენამ, რომლებიც უსამართლობის და მოსყიდულობის სიმბოლოებად იქვნენ გცეული ქართული საზოგადოების თვალში, დიდი იმედგაცრუება გამოიწვია. ამდენად, არასამთავრო და საერთაშორისო ორგანიზაციების[21] და მედიების მხრიდან გამოთქმული კრიტიკა სასამართლო სისტემის გაჯანსაღებისკენ, პროცესების გამჭვირვალობისკენ, სასამართლოს მიმართ ნდობის აღდგენასა და მართლმსაჯულებას და საზოგადოებას შორის კომუნიკაციის გაუმჯობებისკენ იყო მიმართული.

[20] *Joachim Scherer*, Justiz und Massenmedien. Kontrollierende oder kontrollierte Medienöffentlichkeit? Justiz und Massenmedien, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 1979, 40.

[21] იხ.: *ანა ნაცვლიშვილი,* სასამართლო რეფორმა საქართველოში და ასოცირების ხელშეკრულება. ძველი ღვინო ახალ კასრში - რა იცვლება? „ფონდი ღია საზოგადოება - საქართველო“, თბილისი, 2016; Group of Independent Lawyers, Selection of Judges Transitional Democracies, USAID, Tbilisi, 2021; *ანა პაპუაშვილი,* სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური მოწყობის ევროპული მოდელი“: ხსნა თუ დაბრკოლება წარმატებული სასამართლო რეფორმის გზაზე, სოციალური სამართლიანობის ცენტრი, თბილისი, 2021.

სამწუხაროდ, ამ კრიტიკას არ მოჰყვა სათანადო რეაგირება ხელისუფლების მხრიდან. ხელისუფლების მხრიდან ამ პროცესების არც რაიმე სერიოზული, არგუმენტირებული ახსნა-განმარტება მომხდარა, მიუხედავად საზოგადოებაში არსებული მწვავე კითხვებისა. შემდგომში პროტესტები გამოიწვია ასევე საზოგადოებაში არაგამჭვირვალედ აღქმულმა უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა დანიშვნის პროცესმა, რომელიც რამდენჯერმე ჩაიშალა მწვავე კრიტიკის გამო.

მიუხედავად ამისა, ჩვენი აზრით, გაუმართლებელია ამ თავდაპირველად კონსტრუქციული კრიტიკის შემდგომში არასამთვარობო ორგანიზაციებისა და განსაკუთრებით ოპოზიციური მედიების მხრიდან არსებული პოლიტიკური კონტექსტის ფონზე, სულ უფრო დაუსაბუთებელ, აგრესიულ და, რაც მთავარია, სასამართლოს ავტორიტეტის დამაზიანებელ პოზიციაში გადაზრდა, რაც საბოლოო ჯამში გამოიხატება მთლიანად ქართული სასამართლოს უარყოფასა და პრაქტიკულად ნებისმიერი გადაწყვეტილების კრიტიკაში. რა თქმა უნდა, ქართული სასამართლო სისტემა ჯერ კიდევ შორსაა იდეალისგან, თუმცა ბოლო წლების სასამართლო პრაქტიკის მიუკერძოებელი შესწავლის შედეგად უნდა დავადგინოთ, რომ აშკარად მატულობს პროფესიულად დასაბუთებული დამოუკიდებელი, მათ შორის მთავრობისთვის არასასურველი გადაწყვეტილებების, მიღება, რაც მიანიშნებს მოსამართლეთა დამოუკიდებლობის ხარისხის ზრდაზე. ქართული მედიების პოზიციის არამართებულობა კი უკვე რამდენჯერმე დაადასტურდა სტრასბურგის სასამართლომ ბოლო წლებში მიღებული გადაწყვეტილებებით საქართველოსთან დაკავშირებულ გახმაურებულ საქმეებზე, მაგ. (Rustavi 2 Broadcasting Company Ltd and Others v. Georgia[22] (09.12.2019), Makarashvili and others v. Georgia[23] (30.01.2023), M. Saakashvili's request to be transferred to Poland[24] (12.05.2023), Melia v. Georgia[25] (07.09.2023), Okropiridze v. Georgia[26] (07.09.2023).

2.2 ვინ გააკონტროლებს მედიას?

გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლე, პროფესორი *ბეხტჰამ შმიტი* ერთერთ ინტერვიუში ამბობს, რომ მართლმსაჯულებას უდავოდ სჭირდება მედიები, და ის თავად ცდილობს მასთან თანამშრომლობის დამყარებას. თუმცა, მართლმსაჯულებას ესაჭიროება პროფესიული გაშუქება, რომელიც დამყარებულია პასუხისმგებლიან მიდგომაზე, რომლის მიზანია ხელი შეუწყოს საზოგადოებაში სამართლებრივი სისტემის აღიარებას და სამართლის პატივისცემას. „მაგრამ მე ისიც ვიცი – ამბობს ის , რომ ეკონომიკური მარწუხები, რომელშიც იმყოფება მედია, მაინცდამაინც არ უწყობენ ხელს ამ პასუხისმგებლობის რეალიზაციას. მოვლენების პროფესიული და გაწონასწორებული

[22] RUSTAVI 2 BROADCASTING COMPANY LTD AND OTHERS v. GEORGIA (coe.int).
[23] MAKARASHVILI AND OTHERS v. GEORGIA (coe.int).
[24] https://agenda.ge/en/news/2023/1874.
[25] MELIA v. GEORGIA (coe.int).
[26] OKROPIRIDZE v. GEORGIA (coe.int).

გაშუქება სამწუხაროდ ხშირად ვერ იყიდება ისე კარგად, როგორც ემოციური და მხოლოდ გართობაზე ორიენტირებული გაშუქება“.[27]

შესაბამისად, მართლმსაჯულების ავტორიტეტი და საზოგადოების ნდობის გაძლიერება თუ შესუსტება მნიშვნელოვან წილად მედიების მიერ გავრცელებულ შეფასებებზე გადის.

უდავოა, რომ მედიას მართლაც ძალუძს საზოგადოებრივ აზრზე გავლენის მოხდენა და რომ მისი ძალაუფლება, განსაკუთრებით ინტერნეტის მიერ მსოფლიოს დაპრყობის პირობებში სულ უფრო იზრდება. უნდა ვაღიაროთ, რომ ვდგავართ მოცემულობის წინაში, როდესაც მედია სერიოზულ ძალაუფლებას წარმოადგენს, და გავლენას ახდენს უკვე პოლიტიკაზეც და ცხოვრების სხვა სფეროებზეც, მას ამიტომაც უწოდებენ ხშირად „მეოთხე ხელისუფლებას“.[28]

იმავდროულად, არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ დემოკრატიულ საზოგადოებაში მედიების პოლიტიკის განხორციელებისას ერთერთი უმნიშვნელოვანესი მიზანი არის ცალკეული პირების ან ჯგუფების მიერ საზოგადოებრივ აზრზე გადამეტებული გავლენის მოხდენის, ე.წ. „გავლენის ძალაუფლების“ თავიდან აცილება.[29] დემოკრატიის ერთერთი უმთავრესი პრინციპი ხომ აზრთა სხვადასხვაობის არსებობის უზრუნველყოფაა. ამ პრინციპის განხორცილება სულ უფრო რთულ ამოცანად გვევლინება, რადგან მედიის მიერ საზოგადოებრივი აზრის ჩამოყალიბების და მისი მანიპულირების მექანიზმების დადგენა და მითუმეტეს გაკონტროლება პრაქტიკულად შეუძლებელია.

მედიების მიერ ინფორმაციის არასათანო და ზედაპირული შესწავლის შედეგად სასამართლო საქმეების არასწორმა გაშუქებამ შეიძლება არა მხოლოდ ზიანი მიაყენოს ადამიანის რეპუტაციის, არამედ გამოუსწორებელი ტრავმა მიაყენოს მის ფსიქიკას და საბოლოოდ დაანგრიოს მისი სასიცოცხლო გარემო. ამის მრავალი მაგალითი არსებობს: გერმანიის პრეზიდენტები ჰორსტ კიოლერი (2004-2010) და კრისტიან ვულფი (2010-2012) პრესის მიერ გაჩაღებული კამპანიის მსხვერპლნი გახდნენ, რომელიც, როგორ მოგვიანებით დადგინდა, გადამეტებული და დაუსაბუთებული იყო.

ჰორსტ კიოლერს თავს დაესხნენ ერთი ფრაზის გამო, როდესაც მან თქვა, რომ საგარეო პოლიტიკა შესაძლებელია ქვეყნის ეკონომიკურ ინტერესებსაც ითვალისწინებდესო.[30] მან იმთავითვე ახსნა, რას გულისხმობდა – სომალიელი პირატების მიერ წარმოებული ბანდიტური ძარცვები – თუმცა პრესაში მას ავღანეთში გერმანიის მისიის ეკონომიკურ მიზეზებთან დაკავშირება დააბრა-

[27] *Bertram Schmitt and Rudolf Gerhardt*, Der mediale Druck auf die Rechtsprechung hat zugenommen. Auch Richter sind für einen Applaus empfänglich, Zeitschrift für Rechtspolitik , 13. Oktober 2011, 44. Jahrg., 222.

[28] *Volker Boehme-Neßler*, Die Medien als Richter? Vocer-Blog, 2012: https://www.vocer.org/die-medien-als-richter/.

[29] *Uwe Hasebrink*, Meinungsbildung und Kontrolle der Medien, bpb (Bundeszentrale für politische Bildung), Medienpolitik: https://www.bpb.de/themen/medien-journalismus/medienpolitik/172240/meinungsbildung-und-kontrolle-der-medien/#node-content-title-0 .

[30] *Martin Kriele*, Zwischenruf: Die Macht der Medien, Zeitschrift für Rechtspolitik , 1. März 2012, 45. Jahrg., H. 2 (1. März 2012), 53.

ლეს, და მიუხედავად განმეორებითი ახსნისა, პრაქტიკულად ყველა მედიაში ეს ვერსია მეორდებოდა. კიოლერი გადადგა.

კრისტიან ვულფს გაზეთმა „ბილდ“ სამსახურეობრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება დასდო ბრალად, რადგან მან მანქანა იაფი განვადებით გამოიყვანა და კიდევ ესპანეთში მეგობრის სახლში ერთი კვირა ქირის გარეშე იცხოვრა. ეს თემა შემდეგ მთელმა მედიამ აიტაცა. რამდენად წარმოადგენდა ეს ყველაფერი სამსახურეობრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას, უნდა დადგენილიყო არსებული რეგულაციების ანალიზის საფუძველზე[31], თუმცა პრესამ მოვლენების ანალიზი და მათი კანონთან შესაბამისობის შესწავლა საჭიროდ არ ჩათვალა და ქვეყნის პრეზიდენტი კრიტიკის ქარცეცხლში მოაქცია. კრისტიან ვულფმა პროკურატურის მიერ გამოძიების წამოწყებისთანავე დატოვა თავისი პოსტი. პროკურატურა და შემდგომში სასამართლო მას სთავაზობდნენ საქმის დახურვას გარკვეული საჯარიმო თანხის გადახდის საწაცვლოდ, მაგრამ ვულფმა უარით უპასუხა და განაცხადა, რომ მას სურს, რომ სასამართლომ სიმართლე დაადგინოს და იგი სრულად გაამართლოს.

სასამართლომ ვულფი გაამართლა. თუმცა, სასამართლოს განაჩენმა ვერ გადაწონა პრესაში აგორებული სკანდალის[32] მიერ ვულფის და ასევე კიოლერის რეპუტაციისადმი მიყენებული ზიანი. გერმანიის პოლიტიკურ და სამეცნიერო წრეებში ხშირად ისმის სინანული იმის თაობაზე, რომ ამ პრეზიდენტებმა ვერ მოახდინეს თავიანთი მართლაც დიდი რესურსების რეალიზება ქვეყნის საკეთილდღეოდ და ასე უსახელოდ დაასრულეს თავიანთი მოღვაწეობა.

როგორც მსგავსი დეფამაციის სხვა მსხვერპლი იორგ კახელმანი[33], რომელსაც ბრალი ედებოდა საკუთარი მრავალწლიანი პარტნიორი ქალბატონის გაუპატიურებისთვის და ხანგრძლივი პროცესის შედეგად გამართლებულ იქნა სასამართლოს მიერ, ამბობს, პროცესში კი გავიმარჯვე, მაგრამ მაინც წავაგეო... მოგებული კი ამ ბრძოლაში მართლმსაჯულებასა და მედიას შორის ისევ მედიაა...

2003 წელს ურთიერთობა შვეიცარიის ფედერალური უზენაესი სასამართლოს რამდენიმე მოსამართლეს, მათ შორის თავმჯდომარეს მარტინ შუბარტსა და ჟურნალისტ მარკუს ფელბერს შორის მორიგ ჯერზე დაიძაბა,[34] როდესაც ჟურნალისტმა „ციურიხის ახალ გაზეთში“ (NZZ) სტატია[35] დაბეჭდა, სადაც

[31] იქვე, 54. სტატიაში ავტორი ასახელებს ოთხ პუნქტს, რომელიც უნდა გარკვეულიყო, რათა დადგენილიყო ვულფის ქმედებების შესაბამისობა კანონთან და შესაბამისად მისი ბრალეულობის საკითხი. ანალიზს ავტორი ასრულებს სიტყვებით: „ასე იქმნება სკანდალი, რომელიც თავისთავად არ არსებობს“.

[32] *Peter Seybold*, Horst Köhler und die „freien Handelswege“, Hamburg 2012.

[33] *Michael Borgers*, Lehren aus dem Kachelmann-Prozess, Deutschlandfunk, Justiz und Medien, 30.05.2021.

[34] Untersuchung von besonderen Vorkommnissen am Bundesgericht, Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates, 6. Oktober 2003: BBl 2004 5647(admin.ch), 5673; იხ. ასევე Regina Kiener, Die Abberufung eines Bundesrichters. Richterliche Unabhängigkeit am Wendepunkt?: Kiener Regina_Die Abberufung eines Bundesrichters_Richterliche Unabhängigkeit am Wendepunkt_NZZ_030313 (2).pdf.

[35] Bestätigte Schuldsprüche wegen Bestechung. Drei Nichtigkeitsbeschwerden in der Wirteaffäre abgewiesen: https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2000/78/_600.html__ONCE&login=false .

სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილებების ანონიმიზაციას აკრიტიკებდა და ამასთან ერთად სასამართლოს ბრალს სდებდა, მედიასთან თანამშრომლობაზე უარის და პირადად მისი კრიტიკული შენიშვნების უგულველყოფის გამო. მანამდე ის მრავალჯერ აქვეყნებდა ძალზე კრიტიკულ სტატიებს სასამართლოს და კერძოდ თავმჯდომარის შებარტის მიმართ, მაგალითად, ხელახალი არჩევის პეროდში ახასიათებდა მას, როგორც თავშეუკავებელ ავტორიტარულ და უსამართლო თავმჯდომარეს. 2003 წელს სასამართლოს დერეფანში გავლისას შუბარტმა იქვე მდგარ ფელბერს სახეში შეაფურთხა. ამ მოვლენის გამო სასამართლომ დაუყოვნებლივ ოფიციალურად დაგმო შუბარტის საქციელი და მისგან დისტანცირება მოახდინა. 2004 წლის ივნისში შუბარტი გადადგა.

რასაკვირველია, მოსამართლის მხრიდან მსგავსი უპრეცედენტო საქციელი სრულიად დაუშვებელი და მიუღებელია, მიუხედავად იმისა, თუ რა ისტორია და რა მოვლენები უძღვებოდა მას წინ. იმავდროულად, ეს შემთხვევა იმის მაგალითია, თუ რამდენად ღრმა და ზოგ შემთხვევებში დაუძლეველი შეიძლება იყოს კონფლიქტი მართლმსაჯულებასა და მედიას შორის.

ანგლოსაქსურ სამართალში სასამართლო პროცესების ირგვლივ არამართებული და მიკერძოებული ინფორმაციის გავრცელებამ («contempt of court», რაც ნიშნავს სასამართლოსადმი უპატივისცემობას) შესაძლებელია სამართლებრივი დევნა და სასჯელიც კი გამოიწვიოს ამ ინფორმაციის გამავრცელებლების მიმართ.[36] ეს წესი მოწოდებულია, უზრუნველყოს სამართლიანი სასამართლო, დაიცვას მოსამართლის დამოუკიდებლობა, და განსაკუთრებით თავიდან აიცილოს მსაჯულებზე და სხვა პროცესის მონაწილეებზე გავლენის მოხდენა საზოგადოების და პირველ რიგში მედიების მხრიდან. ამ რეგულაციის მიხედვით, შეიძლება აიკრძალოს პუბლიკაციები, და ცალკეული მედიები გასამართლდეს კიდევაც ამ რეგულაციით დადგენილი წესების დარღვევების გამო.

კონტინენტურ-ევროპული სამართლის წარმომადგენლების აზრით ბრიტანული კანონმდებლობა ამ კუთხით ძალზე შორს მიდის, და გამოხატვის თავისუფლების უფლებას ავიწროვებს. კონტინენტური ევროპის ქვეყნები უარს ამბობენ მსგავს ინსტრუმენტზე იმ დასაბუთებით, რომ მართლმსაჯულების კონტროლი მედიებისა და საზოგადოების მხრიდან არ უნდა შეიზღუდოს და მედიების თვითკონტროლი საკუთარი ეთიკური ნორმების დაცვით მის ობიექტურობას უნდა უზრუნველყოფდეს. გაზეთ Sunday Times-ის ცნობილ საქმეში ბრიტანეთის წინააღმდეგ[37] სტრასბურგის სასამართლომ პრესის და საზოგადოების

[36] *Thommen, Marc; Müller, Georg* Unabhängigkeit versus Öffentlichkeit der Justiz, in: Justiz und Öffentlichkeit. Justice et public, Band 7, 2007, 35; Franz Zeller. Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Diss. Bern 1998.

[37] ECHR *Sunday Times vs. The United Kingdom*, 26 April 1979: THE SUNDAY TIMES v. THE UNITED KINGDOM (No. 1) (coe.int) საქმე ეხებოდა ერთერთი ფარმაკოლოგიური კომპანიის წარმოებული ჩვილებისთვის განკუთვნილი დამამშვიდებელი მედიკამენტის „კონტერგანის“ გამო აღძრულ პროცესებზე მიღებულ გადაწყვეტილებებს. გაზეთი აკრიტიკებდა გადაწყვეტილებებს და მიიჩნევდა, რომ დაწესებული კომპენსაციები მშობლების სასარგებლოდ არაადეკვატური იყო და ითხოვდა დეტალური დოკუმენტაციის გამოქვეყნებას. პროკურატურამ სტატიას აკრძალვა დაუწესა, რაც მოგვიანებით დადასტურებულ იქნა ლორდთა პალატის მიერ, რომელმაც

ინტერესი საქმესთან დაკავშირებული ინფორმაციების გავრცელების თაობაზე მართლმსაჯულების ფუნქციებში შეჭრის და პროცესის მონაწილეებზე ზეგავლენის მოხდენის საფრთხის აცილების ინტერესზე უფრო მაღლა დააყენა. საინტერესოა აღინიშნოს, რომ ეს გადაწყვეტილება სასამართლოს პრაქტიკაში იშვიათი ხმათა თანაფარდობით იქნა მიღებული: 11 ხმა 9-ის წინააღმდეგ.

ტელევიზიის და ინტერნეტის მიერ ბოლო ათწლეულებში გაჩენილმა ინფორმაციის გავრცელების პრაქტიკულად უსაზღვრო შესაძლებლობებმა უფრო ხარისხიანი ინფორმაციის მიწოდება კი არ გამოიწვია, არამედ, პირიქით, სულ უფრო მზარდი კონკურენციის ფონზე მიგვიყვანა მაქსიმალურად მოკლე, დაძაბული, სკანდალური შინაარსით დათვირთულ პუბლიკაციებამდე, რაც არ ითვალისწინებს საკითხის საფუძვლიან გარკვევას და განმარტებითი ინფორმაციის მიწოდებას.[38] ცხადია, რომ ამ პროცესებს გაკონტროლება სჭირდება. თუმცა ვინ უნდა გააკონტროლოს მედია? მაკონტროლებელი ფუნქცია ხომ თავად მედიას აქვს? გერმანელი პროფესორი *კიიღე* თვლის, რომ მედიების მიერ მედიის გაკონტროლება შეუძლებელია და მოცემული პრობლემა ქვეყნის დემოკრატიის პოლიტიკური კულტურის პრობლემაა. „ჩვენმა მედიებმა გაიმარჯვეს ძალაუფლებისათვის ბრძოლაში, თუმცა მათ არ აქვთ მორალური თვითკმაყოფილების საფუძველი“, წერს ის.[39]

გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო თავის 1960 წლის 20 ნოემბრის გადაწყვეტილებაში აყალიბებს მოთხოვნას მასობრივი კომუნიკაციის საშუალებების მიმართ, და მოუწოდებს მათ, დაიცვან შინაარსობრივი წონასწორობის, პროფესიონალიზმის და ურთიერთპატივისცემის მინიმალური სტანდარტები.[40]

3. მედიის ინტერესი vs. მართლმსაჯულების ინტერესი

ზემოთ უკვე ვახსენეთ მედიების და მართლმსაჯულების ურთიერთობის პრობლემატიკა, როდესაც მედიების მიერ მოვლენების პროფესიონალურად გაშუქებაზე ვსაუბრობდით. თუმცა ეს არა მხოლოდ მართლმსაჯულებას, არამედ პოლიტიკასაც და ცხოვრების სხვა სფეროების და მედიების ურთიერთობასაც ეხება. მედიას თავისი მოტივაცია აქვს მოვლენების შესწავლა-შეფასების და მათი გაშუქების პროცესში. მართლმსაჯულებას და მედიებს სხვადასხვა მიზნები ამოძრავებთ. მართლმსაჯულების მიზანია, ხშირად რთული და ჩახლართული საქმეების შესწავლა და ამოხსნა, სიმართლის დადგენა და სამართლებრივი მშვიდობის დამყარება. ამისთვის მას არ სჭირდება დრამა და ემოციები,

ჩათვალა, რომ ჟურნალისტური პუბლიკაციები ცდილობენ გავლენა მოახდინონ განაჩენზე, თავის თავზე იღებენ მოსამართლის ფურქციას, რაც წარმოადგენს დაუშვებელ „საგაზეთო სასამართლოს“ (trial by newspaper).

[38] *Ina Hunecke*, Cui bono? Gerichtsberichterstattung und ihre Auswirkungen. Litigation PR und Schlagzeilenjournalismus als Gefahr für den Rechtsstaat? In: Neue Kriminalpolitik , 2011, Vol. 23, No. 3 (2011), 96.

[39] *Martin Kriele*, Zwischenruf: Die Macht der Medien, Zeitschrift für Rechtspolitik , 1. März 2012, 45. Jahrg., H. 2 (1. März 2012), 55.

[40] BVerfGE 12, 205 - 1. Rundfunkentscheidung: DFR - BVerfGE 12, 205 - 1. Rundfunkentscheidung (unibe.ch), P. 10, Rn 182.

არამედ, პირიქით, სიმშვიდე და მოთმინება, ფაქტების ზედმიწევნით დადგენა და კანონის ნორმების შესწავლა, ანალიზი და მათი სუბსუმბცია.

მედიების მიზანი კი არის, სულ უფრო გამწვავებული ეკონომიკური კონკურენციის პირობებში თავის გატანა. მედიებისთვის მთავარია, მკითხველის ან მაყურებლის ყურადღების მოპყრობა, მეტი ყურადღება ნიშნავს მეტ კვოტას, მეტ ტირაჟს და შესაბამისად, მეტ შემოსავალს. მედიების გაშუქების ცენტრში ამიტომ არის ისტორიები, დრამები, სკანდალები,[41] კონფლიქტები – ერთი სიტყვით, ემოციები, რომლებიც მათ მიმართ ყურადღების გაზრდას უზრუნველყოფენ.

ერთ-ერთ კვლევაში ესეთ საინტერესო დახასიათებასაც ვხვდებით: „მართლმსაჯულების საწყისი ინტერესი არის სამართალი, მედიების საწყისი ინტერესი კი არის უსამართლობა“.[42] მედიები წარმოადგენენ პათოლოგიებს არა იმიტომ, რომ ადამიანებში სამართლიანობის მიმართ მგრძნობიარობა გაზარდონ, არამედ იმისთვის, რომ მათში ემოციები აღძრან.

დასახელებული ობიექტური თუ სუბიექტური ფაქტორებიდან გამომდინარე, არ უნდა ველოდოთ მედიებისგან ინფორმაციების მაინცდამაინც აკურატულად შესწავლას და მათ ზედმიწევნით ობიექტურად გაშუქებას.[43]

ჩვენს ნაშრომში ძირითადად გერმანულ და შვეიცარიულ სამართალს ვეყრდნობით, რომელიც ევროპულ-კონტინენტური სამართლის ნაწილს წარმოადგენს, და რადგან საქართველოც ამ სამართლის წრეს მიეკუთვნება, ჩვენთვის უფრო მნიშვნელოვანია. თუმცა ანგლო-საქსონური სამართლის ქვეყნებშიც მსგავს შეფასებებს ვხვდებით, მიუხედავად ამ სფეროში არსებული გარკვეული განსხვავებებისა (ამაზე უფრო დაწვრილებით ქვემოთ): ბრიტანული პუბლიკაციების ავტორების უმეტესობაც საუბრობს პრესისა და სასამართლოს ინტერესების განსხვავებულობაზე: „ის, რაც საინტერესოა ადვოკატებისთვის და მოსამართლეებისთვის შეიძლება ნაკლებად მიმზიდველი იყოს პუბლიკისთვის“.[44]

4. ახდენს თუ არა საზოგადოების და მედიების აზრი და მოლოდინები გავლენას მოსამართლეზე?

მედიების ზეგავლენა მართლმსაჯულებაზე, მკვლევართა აზრით, საკმარისად შესწავლილი არ არის,[45] განსაკუთრებით იმის გათვალისწინებით, რომ ეს

[41] *Ina Hunecke*, Cui bono? Gerichtsberichterstattung und ihre Auswirkungen. Litigation PR und Schlagzeilenjournalismus als Gefahr für den Rechtsstaat? In: Neue Kriminalpolitik , 2011, Vol. 23, No. 3 (2011), 96; იხ. ასევე: *Volker Boehme-Neßler*, Die Medien als Richter? Vocer-Blog: https://www.vocer.org/die-medien-als-richter/ .

[42] *Kepplinger, Zerback*, 4.

[43] *Sandra Pöschl, Nicola Döring*, Der Einfluss von Medien auf Gerichtsverfahren - Ein Forschungsüberblick aus kommunikationswissenschaftlicher und psychologischer Perspektive, in: Frank Fechner (Hrsg.), Zeugenbeeinflussung durch Medien - Philosophische, psychologische und juristische Gedanken zu einem Aspekt der „Litigation-PR“.

[44] *Kelli Sager, Matthew Leish*, In Defense of Public Trials, Litigation, 2003, Vol. 29, No. 4, 56: https://www.jstor.org/stable/29760378.

[45] *Rudolf Gerhardt*, Die Richter und das Medienklima, 247.

ურთიერთობა მუდმივ განვითარების პროცესშია, რაც ძირითადად მედიების გავლენის ზრდას გულისხმობს კომუნიკაციის საშუალებების მიერ საზოგადოების დაპყრობასა და ინფორმაციების სწრაფ გავრცელებასთან ერთად. სხვადასხვა ემპირიული კვლევების შედეგებმა აჩვენეს, რომ მოსამართლეები დიახაც ექვემდებარებიან საზოგადოებრივი აზრის გავლენას, რადგან ისინიც რა თქმა უნდა ჩართული არიან არსებულ საზოგადოებრივ გარემოში და მის ნაწილს წარმოადგენენ. გერმანიაში 1996 და 2000 წლებში ჩატარებულ გამოკითხვების შედეგად მოსამართლეთა და პროკურორთა თითქმის ნახევარი აღიარებდა, რომ ისინი თავინთი გადაწყვეტილებების მიღებისას ფიქრობენ საზოგადოების რეაქციაზე. ერთერთმა რესპონდენტმა, რომელსაც ამასთან დაკავშირებით კითხვა დაუსვეს, უპასუხა: „მოსამართლეებიც ხომ მხოლოდ ადამიანები ვართ“.[46] გერმანიის ქალაქ დიუსელდორფის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლე *ბჰიგიტე* კოპენჰოფერი, რომელიც ცნობილია როგორც მრავალი მაღალი საზოგადიებრივი ინტერესით დატვირთული საქმეების მოსამართლე, ამბობს, რომ მედიების ზეგავლენა მოსამართლეებზე უეჭველია, და ამ ფაქტის არაღიარება სახიფათოც კი არის მართმსაჯულებისთვის. ის იხსენებს, რომ გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს ერთ-ერთი გადაწყვეტილების გამოცხადებისას პალატის თავმჯდომარემ ასე დაიწყო თავისი სიტყვა: „მიუხედავად საზოგადოებრივი წნეხისა... მივიღეთ გადაწყვეტილება...“. [47]

2006 წელს გერმანიაში ისევ ჩატარდა მოსამართლეთა ანონიმური გამოკითხვა იმის დასადგენად, თუ რა გავლენას ახდენს მოსამართლეების და პროკურორების მუშაობაზე მედიებში სასამართლო პროცესების გაშუქება.[48] მოსამართლეთა ნახევარზე მეტი (55%) თვალყურს ადევნებს მედიაში მათ მიერ წარმოებული პროცესების გაშუქებას, აქედან მოსამართლეთა 63% თვლის, რომ გაშუქება ნაწილობრივ სწორი, ნაწილობრივ დამახინჯებული იყო, ამ მოსამართლეთა თითქმის ნახევარი კი (49%) თვლის, რომ არასწორად იყო წარმოდგენილი გარემოებები, რომლებზეც მოსამართლეს გავლენა არ გააჩნია. საბოლოო ჯამში მოსამართლეები ადასტურებენ მედიების გავლენას განსაკუთრებით სისხლის სამართლის პროცესზე და ამბობენ, რომ ეს გავლენა პირველ რიგში სასამართლო დარბაზში არსებულ ატმოსფეროს აყალიბებს, თუმცა ასევე მთლიანად პროცესის წარმართვაზე და სასჯელის ზომაზეც ახდენს ზეგავლენას (25%).[49]

ინგლისელი მკვლევარებიც იგივე შედეგამდე მიდიან – რომ მედიების გაშუქება სასამართლო პროცესის დაწყებამდე სასამართლოზე გავლენას ახდენს. ერთერთ კვლევაში, რომელიც განსაკუთრებულად სისხლის სამართლის საქმეებს ეხებოდა, და რომლის მეთოდიკა დიდი რუდუნებით და მრავალმხრივი შემოწმებების შედეგად შემუშავდა, შეისწავლეს მედიების ყურადღების ინტენსივობა რა გავლენას ახდენს განაჩენის სიმკაცრეზე. კვლევა სამი წლის

[46] *Rudolf Gerhardt*, Die Richter und das Medienklima, 248.
[47] Justiz und Medien - Lehren aus dem Kachelmann-Prozess (deutschlandfunk.de).
[48] *Kepplinger, Zerback*, 9.
[49] იქვე, გვ. 15, იხ. ასევე *Gerhardt*, Die Richter und das Medienklima, 248.

განმავლობაში მიმდინარეობდა და სწავლობდა გახმაურებული მკვლელობების საქმეებს. შედეგად დადგინდა, რომ რაც უფრო ინტენსიურად ხდება მედიების მიერ პროცესის გაშუქება და რაც უფრო მეტია საზოგადოებრივი ინტერესი კონკრეტული საქმისადმი, მით უფრო მკაცრი განაჩენი არის მოსალოდნელი.[50]

2018 წელს კლიმატის აქტივისტთა ჯგუფი შვეიცარიული ბანკის Credit Suisse-ის ლოზანის ფილიალში შეიჭრა, რათა გაეპროტესტებინათ ბანკის მიერ მთელს მსოფლიოში წარმოებული გარიგებები, როგორც გარემოს საზიანო საქმიანობა. საქმე, კერძო საკუთრების ხელყოფის ბრალდებით, სასამართლოში მოხვდა. ლოზანის სასამართლოს დარბაზი უკანასკნელ ადგილამდე შევსებული იყო კლიმატის დაცვის აქტივისტებით და მათი მომხრეებით, იქვე იმყოფებოდნენ პრესის წარმომადგენლები და აქტივისტების 13 ადვოკატი. დარბაზში სუფევდა ერთიანი განწყობა, რომელიც კლიმატის ცვლილების შესახებ იმ დროს საზოგადოებაში ძალზე აქტიური დებატებით და მომხდარი შემთხვევის ირგვლივ მედიების განცხადებებით იყო გაძლიერებული. ძნელი წარმოსადგენი არაა, რამხელა წნეხის ქვეშ იმყოფებოდა მოსამართლე ფილიპ კოლელუ, რომელმაც მრავალსაათიანი განხილვის შემდეგ თორმეტი ბრალდებული დარბაზშივე გაათავისუფლა.[51] ამ გადაწყვეტილებას იურისტების გაკვირვება და სერიოზული კრიტიკა მოჰყვა, თუმცა მას სწორედ მოსამართლის შიშით ხსნიდნენ საზოგადოებრივი აზრის და არსებული მოლოდინების მიმართ. და მართლაც, საბოლოო ჯამში, ეს გადაწყვეტილება მეორე და მესამე ინსტანციის სასამართლოებმა გააუქმეს და საქმე ბანკმა მოიგო.[52] ამ შემთხვევამ კიდევ ერთხელ ცხადჰყო არსებული პრობლემა და ისევ გააჩინა კითხვა, რამდენად ახდენს ზეგავლენას არსებული პოლიტიკური განწყობა მართლმსაჯულებაზე.

როგორც ვხედავთ, იმ არსებული – თუნდაც შედარებით მცირე – მასალებიდან, რომელიც მედიასა და მართლმსაჯულებას შორის ურთიერთობას ეხება, ევროპული ქვეყნების გამოცდილება გვაჩვენებს, რომ სულ უფრო მეტად ისმის კრიტიკა მედიების მიმართ და წუხილი იმის თაობაზე, რომ მედიები სულ უფრო მეტ ძალაუფლებას იძენენ საზოგადოებაში და ზეგავლენას ახდენენ მოსამართლეებზე. თუმცა, გერმანიის მაგალითზე, გამოკითხვების შედეგად დადგინდა, რომ მოსამართლეთა და პროკურორთა 64% შეეგუა მედიების მხრიდან არსებულ მუდმივ კრიტიკას[53]. ეს უდავოდ პოზიტიური ფაქტორია, რადგან ამით იქმნება იმის წინაპირობა, რომ მოსამართლე აღარ აღიქვავს მწვავედ მის მიმართ გამოთქმულ კრიტიკას ან ფაქტების დამახინჯებულ აღწერას, და შეძლებს გაუძლოს საზოგადოებრივ წნეხს, შეინარჩუნოს თავისი შინაგანი დამოუკიდებლობა და მიიღოს ისეთი გადაწყვეტილებები, რომლებიც შესაძლებელია

[50] *Jon Bruschke*, William E. Loges, Relationship Between Pretrial Publicity and Trial Outcomes in: Journal of Communication, Volume 49, December 1999, 104–120: https://doi.org/10.1111/j.1460-2466.1999.tb02819.x.

[51] *Daniel Gerny*, Die Angst der Richter vor der öffentlichen Meinung – wie die politische Stimmung die Rechtsprechung beeinflusst, NZZ 05.02.2020: https://www.nzz.ch/schweiz/die-angst-der-richter-vor-der-oeffentlichen-meinung-wie-der-mediale-druck-die-rechtsprechung-beeinflusst-ld.1537591.

[52] Urteil des Bundesgerichts - Credit Suisse setzt sich gegen Klimaaktivisten durch | Tages-Anzeiger (tagesanzeiger.ch).

[53] *Kepplinger, Zerbak*, 13.

არ იქნება მოწონებული[54] არსებულ პოლიტიკურ ფონზე. იმავდროულად, ვაღიარებთ, რომ ეს საკმაოდ რთული ამოცანაა და მოსამართლის განსაკუთრებულ შინაგან სიძლიერეს მოითხოვს.

5. კომუნიკაცია სასამართლოსა და საზოგადოებას შორის

აშკარაა, რომ მედიების ზეწოლა მოსამართლეებზე და სასამართლო პროცესებზე იმატებს მომავალშიც – როგორც რაოდენობრივად, ასევე ხარისხობრივად, და სულ უფრო რთული იქნება მოსამართლის მიერ საკუთარი დამოუკიდებლობის შენარჩუნება.[55] სწორედ ამიტომ არის ძალზე მნიშვნელოვანი, რომ მართლმსაჯულებამ კარგად გააცნობიეროს და გაიაზროს საჯაროობის ძალა და ზემოქმედება, რათა შეძლოს მას საკუთარი დამოუკიდებლობა და პროფესიონალიზმი დაუპირისპიროს.

როგორც ჩანს, არსებული გამოცდილების და პირველ რიგში მედიასა და მართლმსაჯულებას შორის არსებული განსხვავებები მათ მიზნებსა და მეთოდებში, მათ შორის დაპირისპირებას გარდაუვლად აქცევს. მიუხედავად ამისა, უნდა ვიფიქროთ გამოსავალზე და ამ მოცემულობის საუკეთესოდ გამოყენების შესაძლებლობებზე. იქნებ შესაძლებელია, მედიებს „დავასწროთ“ მათ მიერ მოვლენების ინტერპრეტაციაში ობიექტური, არგუმენტირებული ინფორმაციის მიწოდებით კონკრეტულ სასამართლო საქმეებთან, და – რაც უაღრესად მნიშვნელოვანია საქართველოს შემთხვევაში – ასევე სასამართლო სისტემის შიგნით მიმდინარე პროცესებთან დაკავშირებით?

5.1 გადაწყვეტილებების „თარგმნა“ საზოგადოებისთვის

თუ კომუნიკაცია მედიასა და სასამართლოს შორის გარდაუვალია, და თუ გვინდა გავლენა მოვახდინოთ სასამართლოს შესახებ საზოგადოებაში შექმნილ წარმოდგენაზე, მაშინ აშკარაა, რომ – ზემოთ მოყვანილი გამოცდილებებიდან და მოსაზრებებიდან გამომდინარე – უნდა მოხდეს აქამდე არსებული კომუნიკაციის ფორმების სიღრმისეული გადახედვა და ახლებურად ჩამოყალიბება. საჯაროობასთან კომუნიკაციისას მართლმსაჯულების მთავარი ამოცანა უნდა იყოს, საკუთარი საქმიანობისადმი საზოგადოებაში ნდობა, გაგება და მიმღებლობა მოიპოვოს – ანუ საკუთარი მოღვაწეობა უფრო გასაგები გახადოს საზოგადოებისთვის და თავიდან აიცილოს ნეგატიური ან არასწორი წარმოდგენების შექმნა.[56] ეს ეხება განსაკუთრებით მაღალი საზოგადოებრივი ინტერესის და მნიშვნელობის მქონე სასამართლო გადაწყვეტილებებს: როგორც წესი, ასეთ გადაწყვეტილებებს რთული სამართლებრივი არგუმენტაცია უდევს საფუძვ-

[54] *Schmitt*, 221.

[55] *Volker Boehme-Neßler*, Die Medien als Richter? Vocer-Blog, 2012: https://www.vocer.org/die-medien-als-richter/.

[56] *Eliane Welte*, Strafjustiz vs. Medien und Öffentlichkeit - zwei Akteure mit gegensätzlichen Interessen, in: Die juristische Open-Acces Zeitschrift, 2017: Anzeige von Strafjustiz vs. Medien und Öffentlichkeit – zwei Akteure mit gegensätzlichen Interessen | sui generis (sui-generis.ch).

ლად, და იმიტომ ისინი არაიურიდიულ საზოგადოებას გასაგები ენით ჩამოყალიბებული უნდა მიეწოდოს,[57] და თანაც განმარტებული უნდა იყოს გადაწყვეტილების მიღების მოტივები და შესაძლო შედეგები საზოგადოებისთვის. რასაკვირველია, ამას მოსამართლისათვისაც დიდი მნიშვნელობა აქვს: მოსამართლეც ხომ „მხოლოდ ადამიანია“, და მას ურჩევნია, რომ მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება გაგებულ და მიღებულ იქნეს საზოგადოებაში, რა თქმა, მასაც უხარია ქება და აღიარება, და მასაც გააჩნია – როგორც ნებისმიერ ადამიანს – პატივმოყვარეობა. ასევე მედიებიც დაინტერესებული უნდა იყონ კვალიფიციური და დასაბუთებული ინფორმაციის მიწოდების შედეგად საზოგადოებაში მათ მიმართ ნდობის გაზრდით, რაც საბოლოო ჯამში მათთვის ეკონომიურადაც გამართლებული იქნება.

5.2 სასამართლოს პრესსამსახური

ხმის მიწოდება საზოგადოებისთვის და მისთვის მართლმსაჯულების საქმიანობის „თარგმნა“ ისევ მედიების საშუალებით უნდა მოხდეს, რაც იმას ნიშნავს, რომ სასამართლოს და მედიებს შორის კონსტრუქციული, ეფექტიანი და ურთიერთპატივისცემაზე აგებული თანამშრომლობა უნდა აეწყოს. ამის გარდაუვალ საჭიროებას ევროპის წამყვანი ქვეყნების მართლმსაჯულების წარმომადგენლებიც ხაზს უსვამენ. გერმანელი მოსამართლე, ბრემენის მიწის უმაღლესი სასამართლოს და მოსამართლეთა გაერთიანების თავმჯდომარე *ვოლფგანგ არენჰოველი* გერმანული სამართლის პოლიტიკის ჟურნალში დაბეჭდილ ერთ-ერთ სტატიაში, რომლის სახელწოდებაა *„სასამართლო გადაწყვეტილებების, მოსამართლეებისა და პროკურორების მიმართ უსაგნო და დამამცირებელი კრიტიკა სულ უფრო მატულობს“*[58] ამბობს, რომ მუდმივი, კარგი თანამშრომლობა ჟურნალისტებთან სასამართლოს ფუნქციონირების განუყოფელი ნაწილი უნდა იყოს.[59] იგი ასევე თვლის, რომ მნიშვნელოვანი სასამართლო გადაწყვეტილებები საზოგადოებაში მომზადებული იყო იყონ, რომ მოქალაქეებს უნდა ავუხსნათ, რატომ ვიღებთ ამა თუ იმ გადაწყვეტილებას გარკვეულ საკითხებზე, და რა მნიშვნელობა აქვს ამ გადაწყვეტილებებს სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის.[60]

ვინ უნდა ითავოს კომუნიკაციის ეს ფუნქცია სასამართლოსა და საზოგადოებას შორის მართმსაჯულების მხრიდან?

არსებობს მოსაზრებები იმის თაობაზე, რომ აუცილებელია სასამართლოსთან მიმაგრებული ჟურნალისტების სპეციფიური გადამზადება, მათზე რედაქციების მხრიდან პოლიტიკური ან ეკონომიკური მოტივებით ზეგავლენის მოხ-

[57] *Schmitt*, 221.

[58] *Wolfgang Arenhövel*, Unsachliche, herabsetzende Kritik an Urteilen, Richtern und Staatsanwälten nimmt zu. Aber die Justiz kommt in den Medien besser weg als die Politik, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 37. Jahrg., Heft 2, 2004.

[59] იქვე, 62.

[60] *Wolfgang Arenhövel*, Wichtige Urteile sollten in der Öffentlichkeit vorbereitet werden - Die Kommunikation der Justiz mit den Medien ist besser geworden, aber noch nicht gut, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 38. Jahrg., Heft 2, 2005, 69.

დენისგან დაცვის უზრუნველყოფა.[61] საუბარია ასევე სადავო ან განზრახ არასწორი ინფორმაციების მოწოდებისას მკითხველების, მსმენელების, ან სხვა დაინტერესებული პირების მიერ შესაბამისი პუბლიკაციის გაპროტესტების შესაძლებლობის გამარტივებაზე, მედიების მიმართ სანქციების შემოღებაზე მრავალჯერადი დარღვევის შემთხვევაში – ანუ მედიებზე კონტროლის გაძლიერებაზე და ა.შ.

თუმცა ყველაზე ეფექტურად ითვლება ჰოლანდიაში არსებული მოდელი, სადაც ყოველ სასამართლოს ჰყავს თავისი პრესსპიკერი, რომელიც თავად მოსამართლეა, და მასთან ერთად მუშაობს პროფესიონალური განათლების მქონე კომუნიკაციის სპეციალისტი.[62] მათი მჭიდრო თანამშრომლობით ხდება კომუნიკაცია საზოგადოებასთან და კონკრეტულ მედიებთან, რაც განაპირობებს საგნობრივად დასაბუთებული და გასაგებად ჩამოყალიბებული ინფორმაციების გასაჯაროებას მნიშვნელოვანი სასამართლო საქმეების და ზოგადად სასამართლო სისტემის ირგვლივ.

როგორც ვნახეთ, ევროპის განვითარებული ქვეყნების მასშტაბითაც კი მოსამართლის გამოხატვის თავისუფლების, სასამართლოს და მედიების ურთიერთობის საკითხები საკმაოდ რთულ და პრობლემატურ სფეროებს წარმოადგენენ. შესაბამისად, გასაკვირი არაა, რომ საქართველოში, ქვეყანაში, რომელიც ჯერ კიდევ დემოკრატიული ინსტიტუტების და ადამიანის უფლებების პატივისცემით განმსჭვალული საზოგადოების აშენების გზაზე დგას, ეს საკითხები კიდევ უფრო დიდ გამოწვევას წარმოადგენენ.

სასამართლოსადმი საზოგადოების მხრიდან ნდობის ჩამოყალიბება რთული პროცესია, მისი დანგრევა კი ძალზე ადვილია. იქნებ მართლმსაჯულებასა და მედიებს შორის სწორი, გააზრებული კომუნიკაციის სისტემის არსებობა საქართველოში აგვაცილებდა თავიდან მაგ. რუსთავი 2-ის საქმის მოსამართლეების, განსაკუთრებით პირველი ინსტანციის მოსამართლის რეპუტაციის შელახვას და მის – როგორც შემდგომში სტრასბურგის სასამართლოს გადაწყვეტილებით დადგინდა – სრულიად უსამართლოდ საჯაროდ გალანძღვას ყველა სახის მედიაში?[63] ან იქნებ ამ პრინციპებზე დაფუძნებული კვალიფიციური, არგუმენტირებული კომუნიკაცია საზოგადოებასა და მედიასთან უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებად კონკრეტული კანდიდატების არჩევასთან დაკავშირებით უფრო დადებით შედეგებს გამოიღებდა და არ მიგვიყვანდა იმ მოცემულობამდე, რომ დღესაც მოსამართლეთა ვაკანტური ადგილები ჯერ კიდევ დიდწილად არაა შევსებული[64], რაც მოქმედი მოსამართლეებს ქრონიკულად გადატვირთვის პირობებში საქმეების დიდი მაწილის განხილვის გაჭიანურებას იწვევს?

---

[61] *Ina Hunecke*, Cui bono? Gerichtsberichterstattung und ihre Auswirkungen. Litigation PR und Schlagzeilenjournalismus als Gefahr für den Rechtsstaat? In: Neue Kriminalpolitik , 2011, Vol. 23, No. 3 (2011), 96.

[62] Justiz und Medien - Lehren aus dem Kachelmann-Prozess (deutschlandfunk.de) .

[63] *ღია შატბეჰაშვიღი, კობა ყაღიჩავა*, სასამართლოს დამოუკიდებლობის ძირითადი ასპექტები ევროინტეგრაციის კონტექსტში: შედარებითი ანალიზი: საჯარო სამართლის ჟურნალი, 1/2023, 135.

[64] https://courtwatch.ge/articles/vakanturiadgilebisasamartloshi/#1.

დასკვნა

მართლმსაჯულება საზოგადოების ერთერთი უმნიშვნელოვანესი ბურჯია, მას ჰაერივით ესაჭიროება აღიარება და საზოგადოების ნდობა („*Justice should not only be done, but should ... be seen to be done*"). მოსამართლეს გააჩნია გამოხატვის უფლება, ამ უფლების გამოყენებისას იგი შეზღუდულია სასამართლოს რეპუტაციისადმი ზიანის მიყენების და საკუთარი დამოუკიდებლობის მიმართ შესაძლო ეჭვების გაჩენის გამო. მოსამართლის და ზოგადად სასამართლო სისტემის მიზანი უნდა იყოს, საზოგადოებამდე მიიტანოს გადაწყვეტილებების მიღების მოტივები და გააძლიეროს ნდობა სასამართლოს მიმართ. ამ მიზნის მისაღწევად საზოგადოებრივი განვითარების დინამიკის და მასობრივი კომუნიკაციის გამარტივების და აჩქარების გათვალისწინებით ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ნაბიჯი იქნებოდა მართლმსაჯულების მხრიდან მედიასთან, რომელიც სულ უფრო მეტად განაპირობებს საზოგადოებრივი აზრის ჩამოყალიბებას და მის მართვას, ახლებური, კონსტრუქციული ურთიერთობის დამყარება და მისთვის, როგორც სასამართლოსა და საზოგადოებას შორის „შუამავლისათვის" ობიექტური და დასაბუთებული ინფორმაციის მიწოდება სასამართლო სისტემაში არსებულ პროცესებთან დაკავშირებით. ეს კომუნიკაცია, სასამართლოსადმი ნდობის გაძლიერების გარდა, ასევე შესაძლებლობას მისცემდა მართლმსაჯულებას, გამოიყენოს მასობრივი კომუნიკაციის საშუალებები ეროვნული სამართლის და კანონის უზენაესობის პრინციპების აღქმისა და აღიარებისთვის

*ნატალია მოწონელიძე**

თანაბარი მოპყრობის უფლება და დისკრიმინაციის აკრძალვა სადაზღვევო სამართალში

შესავალი

განვითარებულ ქვეყნებში დაზღვევის ხელშეკრულების მიმართ ორი სპეციალური წესი მოქმედებს: დისკრიმინაციის აკრძალვა და იურიდიული დასაბუთება. თანაბარი მოპყრობის შესახებ გერმანიის კანონის მე-19 მუხლი პირდაპირ ადგენს არათანაბარი მოპყრობის აკრძალვას ისეთი ვალდებულებითსამართლებრივი ურთიერთობის დაწყების, შესრულების ან დასრულების დროს, რომლის საგანი კერძო დაზღვევაა. არათანაბარი მოპყრობა იკრძალება განსაკუთრებით ისეთი საფუძვლით, როგორიც არის სქესი, რასა, ეთნიკური წარმომავლობა, რელიგია, შეზღუდული შესაძლებლობა, სექსუალური იდენტობა. სადაზღვევო ურთიერთობებში დისკრიმინაციის აკრძალვა ეხება ურთიერთობის ყველა სტადიას, ხელშეკრულების დადებიდან მის დასრულებამდე. განსაკუთრებით კი დისკრიმინაციას ხელშეკრულების დადების თაობაზე და ხელშეკრულების პირობებზე (სადაზღვევო პრემია, რისკის გამორიცხვა) გადაწყვეტილების მიღებსას.

აღნიშნული დისკრიმინაციის დასარეგულირებლად ევროპული სახელმწიფოები მოქმედებენ ევროპული დირექტივების ფარგლებში, რომელიც ადგენს გენდერულ თანასწორობასა[1] და რასობრივ თანასწორობას.[2] ასევე არსებობს პროექტი[3] დამატებითი ამკრძალავი დირექტივების შემუშავების თაობაზე, რომელიც უშუალოდ შეეხება დისკრიმინაციის აკრძალვას ასაკისა და შეზღუდული შესაძლებლობის გამო. აღსანიშნავია, რომ ანტიდისკრიმინაციული ჩანაწერები ცალსახად ეხება ისეთ სადაზღვევო პოლისებს, რომლებიც არ საჭიროებენ რისკების ინდივიდუალურ შეფასებას, (მაგ. სამოგზაურო დაზღვევის ხელშეკრულება). ასეთი ტიპის ხელშეკრულებების მიმართ დისკრიმინაციის აკრძალვის თაობაზე საკანონმდებლო ჩანაწერებს აქვს უპირატესობა, როგორც Lex specialis.

* სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტ პროფესორი.

1 2004/113/EG.

2 2000/43/EG.

3 KOM(2008) 426.

კერძო დაზღვევის ხელშეკრულება მიეკუთვნება არა მასობრივ ხელშეკრულებებს, რომლის დროსაც კონტრაჰენტი სტანდარტული პირობებით ყველა მომხმარებელთან დებს ერთნაირ ხელშეკრულებას. (მაგალითად, ტელეკომუნიკაციების, საბანკო მომსახურების ან სარესტორნო მომსახურების სფეროში), არამედ ეს არის ხელშეკრულება, რომელშიც მზღვეველი ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში დასაზღვევ რისკს ინდივიდუალურად აფასებს.

მიუხედავად იმისა, რომ დაზღვევის ხელშეკრულება არსებითად განსხვავდება სხვა კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულებებისაგან, რომლებიც მასობრივი ხასიათისაა და იგი მეტად არის ინდივიდის ნიშან-თვისებებზე დამოკიდებული, ევროპული სახელმწიფოები დისკრიმინაციის აკრძალვას ასაკის, სქესის, შეზღუდული შესაძლებლობის და სხვა ზემოაღნიშნული ნიშნით კერძო დაზღვევის ხელშეკრულების მიმართაც სავალდებულოდ აწესებენ. ამასთან, ევროპული სახელმწიფოების კანონმდებლობაც[4] ცალსახად იზიარებს კერძო დაზღვევის ხელშეკრულებათა განსაკუთრებულ ბუნებას და ფუნქციონირების არსს, რომ იგი პირველ რიგში, რისკის ინდივიდუალურ შეფასებას და აქედან გამომდინარე, პრემიის ადეკვატურ დაანგარიშებას უნდა ეფუძნებოდეს. სწორედ ამიტომ მიუთითებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, რომ დირექტივათა ჩანაწერი თანაბარი მოპყრობის აუცილებლობის შესახებ პირველ რიგში მიზნად ისახავს დამზღვევთა დაცვას მზღვეველთა თვითნებობისგან. მზღვეველს არ უნდა შეეძლოს პიროვნების ესა თუ ის ნიშანი ავტომატურად საფუძვლად დაუდოს მის მიმართ არათანაბარ მოპყრობას. ამიტომ, მზღვეველის მხრიდან ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში არათანაბარ მოპყრობას განსაკუთრებული დასაბუთება სჭირდება. ყოველივე ეს კი საბოლოო ჯამში იძლევა რისკის ინდივიდუალურად შეფასების შესაძლებლობას.

სრულიად ბუნებრივია, რომ დამზღვევი, რომელიც მომეტებული რისკის მქონეა, ასაკის, სქესის, ჯანმრთელობის მდგომარეობის ან სხვა გარემოების გამო, დაინტერესებულია მისი რისკი არ შეფასდეს ინდივიდუალურად და საერთო რისკის შესაბამისად მოხდეს მისი დაზღვევა. ამის საპირისპიროდ იმ დამზღვევისთვის, რომელიც ზემოთ ჩამოთვლილი ნიშნების გათვალისწინებით, ნაკლები რისკის კატეგორიაში შედის, არ არის მიმზიდველი იმ სადაზღვევო გაერთიანების წევრობა, სადაც მისი რისკი ინდივიდუალურად არ ფასდება და უწევს იმაზე მეტი სადაზღვევო პრემიის გადახდა, ვიდრე რისკის ინდივიდუალური შეფასების შემთხვევაში მოუწევდა.[5]

დისკრიმინაციის აბსოლუტურად ამკრძალავი ნორმები, რელატიური ნორმებისაგან განსხვავებით, გამორიცხავენ დასაბუთების შემთხვევაშიც კი, არათანაბარ მოპყრობას. ასეთ ამკრძალავ ნორმებს მიეკუთვნება რასა და ეთნიკური კუთვნილება. აღნიშნულ კატეგორიას, გერმანიის უმაღლესი სასა-

[4] გერმანიის კანონი თანაბარი მოპყრობის შესახებ - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 16.08.2006.

[5] *Christian Armbrüster*, Benachteiligungsverbot und Rechtferigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen, 2010. ხელმისაწვდომია:https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_benachteiligungsverbot_beim_abschluss_priv_versicherungen.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (06.06.2023)

მართლოს განმარტებით, მიეკუთვნება ასევე სქესი. სხვა ნიშნები, როგორიც არის რელიგია, შეზღუდული შესაძლებლობა, ასაკი და სექსუალური იდენტობა, შესაძლოა, ზოგიერთ შემთხვევაში, განსხვავებული მიდგომის საფუძველი გახდეს.[1] მაგალითად, ზოგიერთ შემთხვევაში შესაძლოა დასაბუთებული და შესაბამისად, დაშვებული იყოს არათანაბარი მოპყრობა ჯანმრთელობის მდგომარეობის გამო, მაგრამ არადამაკმაყოფილებელი იყოს თავად დაზარალებულისთვის (მაგ. შრომისუუნარობის დაზღვევაზე უარი ახლო მხედველობის გამო). ასეთ დროს ხელშეკრულების დადებაზე უარის თქმას ჯობია გამოინახოს სხვა ალტერნატიული გზა. მაგალითად, დაიდოს ხელშეკრულება რისკის შესაბამისი მოდიფიკაციით, მეტი პრემიით, კონკრეტული რისკის გამორიცხვით. ზოგიერთ შემთხვევაში, შესაძლოა უმჯობესი იყოს საერთოდ არ დაიდოს დაზღვევის ხელშეკრულება, თუ იგი საერთო ჯამში ნეგატიურად აისახება რისკის გაერთიანებაში შემავალ სხვა დამზღვევებზე. ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, არათანაბარი მოპყრობის დაშვებისას, უნდა გადამოწმდეს, რამდენად გამართლებულია მზღვეველის მსგავსი ქმედება. პრაქტიკული თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია ბალანსის დაცვა ერთი მხრივ, მზღვეველის, დამზღვევის და დამზღვევთა კოლექტივის ინტერესებსა და მეორე მხრივ, იმ დაზღვეულის ინტერესებს შორის, რომელთაც თანაბარი მოპყრობის შესახებ მარეგულირებელი ნორმები ეხება.

1. დისკრიმინაციის ამკრძალავი აბსოლუტური და შეფარდებითი კრიტერიუმები

დისკრიმინაციის აბსოლუტურად აკრძალულ კატეგორიას მიკუთვნებული სახეების შეზღუდვა არანაირი გამამართლებელი საფუძვლით არ არის დაშვებული. მას მიეკუთვნება რასა და ეთნიკური წარმომავლობა, ასევე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიხედვით, სქესი. სხვა ნიშნები, როგორიც არის რელიგია, შეზღუდული შესაძლებლობა, ასაკი და სექსუალური იდენტობა მიეკუთვნება შეფარდებით კატეგორიას, რომლთა შემთხვევაშიც შესაძლოა, დასაბუთებული წინაპირობების არსებობისას, არათანაბარი მოპყრობა დასაშვებად იქნეს მიჩნეული.

2. დისკრიმინაციის აბსოლუტურად აკრძალული კატეგორია

2.1. სქესი

დაზღვევის ხელშეკრულების დადების თავისუფლების შეზღუდვის თვალსაზრისით გარდამტეხი აღმოჩნდა ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს 2011 წლის გადაწყვეტილება,[2] რომელმაც წევრი სახელმწიფოები განსხვავებული

[1] VersRdsch 2008, 15, 17.

[2] EuGH, Urt. v. 01.03.2011 – Rs. 236/09, NJW 2011, 907, 909, Rn. 34.

რეალობის წინაშე დააყენა. სასამართლომ იმსჯელა ევროპის საბჭოს 2004/113/EC დირექტივის[3] (თანასწორი მოპყრობის ჩარჩო დირექტივა, გენდერული დირექტივა) მე-5 მუხლის მეორე აბზაცის დანაწესის შესაბამისობაზე ევროპულ სამართალთან.[4] კერძოდ, აღნიშნული მუხლი სადაზღვევო პრემიასა და შესრულებაში პროპორციული განსხვავების დაწესებას შესაძლებლად მიიჩნევდა იმ შემთხვევაში, თუ გენდერული ფაქტორი, ზუსტი აქტუარული და სტატისტიკური მონაცემების გათვალისწინებით, რისკის შეფასებისთვის გადამწყვეტი მნიშვნელობის იქნებოდა. მოსარჩელე – ბელგიის მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ასოციაცია, ასაჩივრებდა დირექტივის ამ დანაწესს და მიუთითებდა, რომ იგი არ შეესაბამებოდა ევროპულ სამართალს. საქმეზე Test-Achats[5] მხარე აღნიშნულ დანაწესზე მიუთითებდა, როგორც ღია დათქმაზე, რომელიც რეალურად მონაწილე სახელმწიფოებს აძლევდა შესაძლებლობას მათ მოქმედ კანონმდებლობაში არსებული ნორმები, რომელიც ამა თუ იმ ნიშნით დიფერენციაციის შესაძლებლობას იძლეოდა, კვლავ ძალაში დაეტოვებინათ, რაც ადამიანის უფლებების ევროპული ქარტიის 23-ე[6] მუხლთან პირდაპირ წინააღმდეგობაში მოდიოდა. ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლომ 21.12.2012 წლიდან აღნიშნული დანაწესი ძალადაკარგულად მიიჩნია, რითაც ევროპულ სახელმწიფოებს გენდერული ნიშნით ტარიფის დიფერენციაციის სამართლებრივი საფუძველი გამოეცალა და სამომავლოდ დასაშვები გახადა მხოლოდ უნისექს-ტარიფის დაწესება.

თუმცა, იმის გათვალისწინებით, რომ სადაზღვევო ურთიერთობა, თავისი ბუნებით, განსხვავდება სხვა ტიპიური ხელშეკრულებებისაგან (ნასყიდობა, ქირავნობა, ლიზინგი, იჯარა), რისკთან დაკავშირებული დიფერენციაცია ხელშეკრულებისთვის არსებითი მნიშვნელობისაა. მათ შორის, დიფერენციაცია ისეთი ნიშნით, რომელიც დამზღვევის პიროვნებას უკავშირდება. სწორედ ამიტომ, სასამართლოს წინაშე დაისვა საკითხი იმის თაობაზე, რომ დამზღვევის სქესი, როგორც ფაქტი, სხვა შემთხვევაში თანაბარ პირობებში მყოფი სუბიექტებისთვის, არ უნდა გამხდარიყო სადაზღვევო ტარიფისა და ხელშეკრულების შინაარსის განსხვავებულობის მიზეზი. აღნიშნული დისკრიმინაციის აკრძალვის მომხრეები აღნიშნავენ, რომ ადამიანის ცხოვრების ხანგრძლივობას გასაზღვრავს არა მხოლოდ სქესი, არამედ სხვა სოციალური ფაქტორები, როგორიცაა შემოსავალი, ცხოვრების პირობები და სხვ. სწორედ ამიტომ სქესი, როგორც ცალკე აღებული ფაქტი, არ უნდა გახდეს დისკრიმინაციის და არათანაბარი

[3] Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal of the European Union, 21.12.2004 L 373/37.

[4] *Christian Armbrüster*, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, Referate im Rahmen des Symposiums „Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes," Bonn, 2011. ხელმისაწვდომია: https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum_fuer_Europaeisches_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/heft192armbruester.pdf

[5] 02/2011 Der Fall *Unisex* EuGH, Rs. C-236/09 (Unisex), Urteil des Gerichtshofs vom 1. März 2011. ხელმისაწვდომია: https://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/or/europarecht/deluxe/archiv/Unisex1.pdf (07.06.2023)

[6] ევროპის კავშირის ძირითადი უფლებების ქარტია. მუხლი 21.

მოპყრობის საფუძველი. ეს სამართლებრივად დაუშვებელია. აღნიშნული მოსაზრება გაიზიარა სასამართლომაც.

ევროპის საბჭოს 2004/113/EC დირექტივაზე დაყრდნობით 2012 წლის 21 დეკემბრიდან ევროპის სახელმწიფოებში დადებულ ყველა დაზღვევის ხელშეკრულებაზე ვრცელდება უნისექს-ტარიფი. მზღვეველი ხელშეკრულების დიფერენციაციისას მხოლოდ დაზღვეულის სქესზე ვეღარ ახდენს სწორებას. იგი ვალდებულია გაითვალისწინოს და შეაფასოს ყველა არსებითი გარემოება. სწორედ ამ თვალსაზრისით შეეზღუდა მზღვეველს ხელშეკრულების დადების თავისუფლება. აღსანიშნავია, რომ გერმანიაში 2012 წლამდე დადებულ დაზღვევის ხელშეკრულებების მიმართ ახალი რეგულაცია არ გავრცელდა.

საქართველოსა და ევროკავშირს შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმების მე-14 თავი ეძღვნება დასაქმებას, სოციალურ პოლიტიკას და თანაბარ შესაძლებლობებს, რომლის შესაბამისადაც მხარეები თანამშრომლობენ ღირსეული შრომის პირობების (Decent Work Agenda), დასაქმების პოლიტიკის, სამუშაოზე ჯანმრთელობისა და უსაფრთხოების, სოციალური დიალოგის, სოციალური დაცვის, სოციალური ჩართულობის, გენდერული თანასწორობისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის მიმართულებებით. საქართველოს პარლამენტმა 2019 წლის 19 თებერვალს დაამტკიცა სხვადასხვა, მათ შორის 2004/113/EC დირექტივის საქართველოს ევროკავშირში ინტეგრაციის საგზაო რუკა და მომზადებული საკანონმდებლო ცვლილებები.[7] ცვლილებები შევიდა ასევე საქართველოს კანონში „გენდერული თანასწორობის შესახებ". კანონის მე-9[1] მუხლის თანახმად: „ნებისმიერი საქონლის ან მომსახურების, მათ შორის, ფინანსური მომსახურების, მიწოდება და ხელმისაწვდომობა სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის გარეშე უნდა იყოს უზრუნველყოფილი. დაზღვევის მომსახურების მიწოდებისას სქესის, როგორც რისკფაქტორის, ისევე, როგორც ორსულობის/დედობის ფაქტორის, გამოყენებამ არ უნდა გამოიწვიოს განსხვავება დაზღვევის პრემიებისა და სადაზღვევო ანაზღაურების ოდენობების განსაზღვრისას." ეს კი იმაზე მიუთითებს, რომ საქართველოშიც, მსგავსად ევროპული სახელმწიფოებისა, 2019 წლიდან მოქმედებს დაზღვევის ხელშეკრულების დადებისას გენდერული ნიშნით დისკრიმინაციის აკრძალვის და დამზღვევთა თანასწორობის პრინციპის მაღალი სტანდარტი. აქვე აღსანიშნავია, რომ როდესაც ორსულობაზეა საუბარი იგულისხმება ჯერ კიდევ არ დამდგარი, თუმცა დამზღვევის პოტენციურად დაშვებადი ორსულობის გამო დისკრიმინაციის აკრძალვა. სხვა შემთხვევაში უკვე ორსული ქალის, ისევე როგორც მაგალითად, ჯანმრთელობის დაზღვევის ხელშეკრულბისას, უკვე ჯანმრთელობის მძიმე პრობლემების მქონე ადამიანის დაზღვევაზე უარის თქმა, ან ამ კონკრეტული ზიანის ანაზღაურების გამორიცხვა ხელშეკრულებიდან, არ მიიჩნევა დისკრიმინაციად. დაზღვევა ითვალისწინებს არაპროგნოზირებადი მოვლენის შედეგად დამდგარი ზიანის ანაზღაურებას. ზემოთ მოყვანილ შემთხვევებში სახეზეა უკვე რეალიზებული რისკი, რომლის დაზღვევაც მზღვეველს იმთავითვე წარმოუშობს ანაზღარების ვალდებულე-

[7] საქართველოს ევროკავშირში ინტეგრაციის საგზაო რუკა, საქართველოს საგარეო საქმეთა სამინისტრო, 25.02.2019.

ბას, ეს კი დაზღვევის არსთან შეუსაბამობა. შესაბამისად, მზღვეველს აქვს კანონიერი უფლება უარი თქვას ასეთი ტიპის რისკის დაზღვევაზე და ეს დისკრიმინაციად არ მიიჩნევა.

2.2. რასა და ეთნიკური წარმომავლობა

რასა და ეთნიკური წარმომავლობა მიეკუთვნება კატეგორიას, რომლის მიმართაც დადგენილია დისკრიმინაციის აბსოლუტური აკრძალვა, ყოველგვარი დასაბუთების და გამამართლებელი გარემოების გარეშე. 2000 წლის 29 ივნისის ევროპის საბჭოს 2000/43/EC დირექტივის მიხედვით უზრუნველყოფილია რასობრივი თუ ეთნიკური კუთვნილების მიუხედავად პირთა თანაბარი მოპყრობის პრინციპის განხორციელება. დირექტივის მიზანია თანასწორუფლებიანობის პრინციპის განსახორციელებლად ჩარჩოების შექმნა რასობრივი და ეთნიკური ნიშნით დისკრიმინაციის დასამარცხებლად. შესაბამისად, სახელმწიფოებმა უნდა შექმნან შესაბამისი საკანონმდებლო ბაზა დისკრიმინაციის აკრძალვის უზრუნველსაყოფად. მაგალითად, გერმანიის სადაზღვევო პრაქტიკაში ცნობილი იყო ე.წ. ბალკანეთის ტარიფი. აღნიშნული ტარიფი მოქმედებდა ბალკანეთის რეგიონიდან მიგრირებული პირების მიმართ, ავტომოტოტრანსპორტის დაზღვევის ხელშეკრულების დადების დროს. პრემიის ოდენობა იყო საგრძნობლად მაღალი, სხვა დამზღვევებთან დადებული მსგავსი სახის ხელშეკრულებებთან შედარებით. პრემიის დიფერენციაციას საფუძვლად ედო ასეთ პირთა ჯგუფის შემთხვევაში სადაზღვევო შემთხვევების რაოდენობის სიხშირე, რაც სტატისტიკური მაჩვენებლებითაც დასტურდებოდა. მოცემულ შემთხვევაში, მოქალაქეობის, როგორც ეთნიკური წარმომავლობის განმასხვავებელ ნიშანად გამოყოფა მიჩნეულ იქნა დისკრიმინაციად. გერმანიის დაზღვევის ზედამხედველობის კანონმა გაიმეორა ევროპის საბჭოს 2000/43/EC დირექტივის მოთხოვნა და აიკრძალა დისკრიმინაცია რასის ან ეთნიკური კუთვნილების მიხედვით.[8]

ანტირასისტული დირექტივის მიხედვით, ტერმინები რასა და ეროვნება არავითარ შემთხვევაში არ უნდა გაიგივდეს. მართლაც, დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლა ეხება არა ეროვნებას, როგორც ლეგალურ კატეგორიას, არამედ ეროვნებას, როგორც პიროვნულ მახასიათებელს.[9]

3. დისკრიმინაციის შეფარდებითად აკრძალული კატეგორია

3.1. შეზღუდული შესაძლებლობა

შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების შესახებ საქართველოს კანონი[10] შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირს შემდეგი სახით გან-

[8] AGG §19 Abs.1 Nr.2.

[9] Armbrüster Ch., Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, §14, Rn. 652.

[10] საქართველოს კანონი შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების შესახებ, 14.07.2020.

მარტავს – პირი მყარი ფიზიკური, ფსიქიკური, ინტელექტუალური ან სენსორული დარღვევით, რომლის სხვადასხვა დაბრკოლებასთან ურთიერთქმედებამ შესაძლოა ხელი შეუშალოს საზოგადოებრივ ცხოვრებაში ამ პირის სრულ და ეფექტიან მონაწილეობას სხვებთან თანაბარ პირობებში.

შეზღუდული შესაძლებლობის განმარტებას ევროპული კანონმდებლობა არ იძლევა. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს განმარტების მიხედვით, შეზღუდული შესაძლებლობის დროს საქმე ეხება შეზღუდვას, რომელიც განპირობებულია პიროვნების განსაკუთრებული ფიზიკური, გონებრივი ან ფსიქოლოგიური აშლილობით და რომელიც პირს ხანგრძლივი დროის განმავლობაში ხელს უშლის პროფესიულ ცხოვრებაში.[11] აქედან გამომდინარეობს შეზღდული შესაძლებლობის მახასიათებელი ორი ნიშანი: შესაძლებლობის შეზღუდვა და მისგან გამომდინარე სირთულე ადამიანი ჩართული იყოს აქტუალურ სიციალურ ცხოვრებაში. აღნიშნული დეფინიციის მიხედვით შშმ პირთა კატეგორიისთვის პირის მიკუთვნება არ მიკუთვნების საკითხის ცალსახა გადაწყვეტა რთულია. ევროპული სასამართლოს მოსაზრებით, ყოველგვარი დაავადება არ უნდა იქნეს ადამიანის შშმ პირად ჩათვლის საფუძველი.[12] მაგალითად, დიაბეტის ზოგიერთი მძიმე ფორმა ითვლება შეზღუდულ შესაძლებლობად, შედარებით მსუბუქი კი ასეთად არ განიხილება. ავადმყოფობის გავლენა პიროვნების ცხოვრებასა და საქმიანობაზე ინდივიდუალურად უნდა შეფასდეს, რამდენად მძიმეა და ხანგრძლივად უშლის ხელს მის სრულყოფილ საქმიანობას ხელს. შესაბამისად, ავადმყოფობის გამო ყოველი განსხვავებული მოპყრობა არ უნდა ჩაითვალოს ამ ნიშნით დისკრიმინაციად.

მაგალითად: დამზღვევს აქვს გადაჭარბებული წონა, რის გამოც მზღვეველი პრემიის ოდენობას ზრდის. ასეთ დროს, თუ დამზღვევის ჭარბი წონა მიჩნეულია შეზღუდულ შესაძლებლობად, მზღვეველს უნდა დაევალოს ამ ნიშნით არასათანადო მოპყრობის დასაბუთება. ამასთან დაკავშირებით აღსანიშნავია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, შრომითსამართლებრივ დავაში პირის ჭარბი წონა მიიჩნია შეზღუდულ შესაძლებლობად, რომლის დროსაც ადამიანის სრულყოფილი მონაწილეობა სოციალურ ცხოვრებაში იზღუდება.[13] თუმცა, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული, რომ ყოველგვარი ჭარბი წონა არ გულისხმობს შეზღუდულ შესაძლებლობას.

არათანაბარი მოპყრობა შეზღუდული შესაძლებლობის გამო, მსგავსად რელიგიის, ასაკისა და სექსუალური ორიენტაციისა, შესაძლოა გამართლებული იყოს თუ იგი რისკის ადეკვატური დაანგარიშების აღიარებულ პრინციპს ამართლებს.

თუმცა, გაურკვეველია, როდის არის რისკის ადეკვატური გაანგარიშების პრინციპი "აღიარებული." არ არსებობს რისკის ადეკვატური გაანგარიშების პრინციპების დამტკიცების ოფიციალური პროცედურა, რის გამოც შეფასებისას გარკვეული სამოქმედო არეალი არსებობს, რომლის კონტროლი შეუძლებელია.

[11] EuGH Slg. 2006, I-6467– Chacón Navas.
[12] EuGH NZA 2006, 839.
[13] EuGH NZA 2015, 33 Rn.36.

3.2. ასაკი

ადამიანის ასაკი, განსაკუთრებით სიცოცხლის დაზღვევის ხელშეკრულებაში, როგორც არსებითი ფაქტორი პრემიის დათვლაში, მნიშვნელოვან როლს თამაშობს. ზოგიერთ ქვეყანაში, მაგალითად, გერმანიაში, საკანონმდებლო ძალით არის დასაშვები ასაკზე მიბმული პრემიის კალკულაცია. დაზღვევის ზედამხედველობის კანონის თანახმად, სიცოცხლის დაზღვევის პრემიები უნდა გამოითვალოს შესაბამისი აქტუარული დაშვებების საფუძველზე და იყოს საკმარისად მაღალი, რომ მზღვეველს შეეძლოს შეასრულოს ყველა თავისი ვალდებულება. კერძოდ, შექმნას საკმარისი აქტუარული რეზერვები ცალკეული პოლისებისთვის.[14] ზოგიერთი ტიპის დაზღვევის ხელშეკრულებაში, სადაზღვევო ბაზრის არსებობის აუცილებელი წინაპირობაა გარკვეული შეზღუდვის, მინიმალური ან მაქსიმალური ასაკის დაწესება. მაგალითად, შრომისუუნარობის დაზღვევის შემთხვევაში მზღვეველისთვის ასაკის მიხედვით დიფერენციაციის უფლების წართმევამ შესაძლოა მნიშვნელოვნად გაზარდოს პილისების ღირებულება და ასეთი სახის დაზღვევა მომხმარებელთათვის არამიმზიდველი გახადოს.

3.3. სექსუალური იდენტობა

ჰომოსექსუალი ადამიანების მიმართ არათანაბარი მოპყრობა სხვადასხვა ინფექციით (ჰეპატიტი, აივ-ინფექცია) დაავადების მაღალი რისკის გამო, დაუშვებელია. იმ შემთხვევში თუ განსხვავებული ორიენტაციის ადამიანი უკვე არის რომელიმე ინფექციის მატარებელი და მზღვეველი მისთვის, როგორც მომეტებული რისკისთვის, მეტ საპრემიო შენატანს ადგენს, სახეზე არ არის არათანაბარი მოპყრობა. თუმცა, ამ შემთხვევაშიც გასათვალისწინებელია, რომ თუ აივ-ინფექცია არ არის შეზღუდული ქმედუნარიანობის საფუძველი მაშინ, არათანაბარმა მოპყრობამ შეიძლება გამოიწვიოს არაპირდაპირი დისკრიმინაცია სექსუალური იდენტობის ნიშნით. აღნიშნულის მტკიცების ტვირთი დაინტერესებულ მხარეს ეკისრება.

3.4. რელიგია/მსოფლმხედველობა

ისეთი განმასხვავებელი ნიშანი, როგორიც არის რელიგია და მსოფლმხედველობა სადაზღვევო ურთიერთობისთვის ნაკლებად მნიშვნელოვანია. თუმცა, ზოგიერთი რელიგიის შემთხვევაში, ყურადსაღებია გარკვეული ტიპის მკურნალობაზე უარის თქმის პრობლემატიკა მაგალითად, სისხლის გადასხმა. ამან შესაძლოა, ჯანმრთელობის ან სიცოცხლის დაზღვევის ხელშეკრულებების შემთხვევაში, სადაზღვევო პრემიის გაზრდა გამოიწვიოს. თუ მსგავსი შემთხვევების სტატისტიკური მაჩვენებელი ცალსახად მიუთითებს პოტენციური დასაზღვევის რისკის მომეტებულ საფრთხეზე, მაშინ ამ ნიშნით არათანაბარი მოპყრობა დისკრიმინაციად არ მიიჩნევა.

[14] VAG §138 Abs. 1 Nr.1 S.1, 146 Abs.1 Nr.1.

4. სამართლებრივი შედეგი

ევროპული სამართლის წყაროები მზღვეველის მიერ კერძო დაზღვევის ხელშეკრულების დადების იძულებას არ ითვალისწინებენ. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ არათანაბარი მოპყრობის შემთხვევაში დამზღვევს არ შეუძლია მოითხოვოს მზღვეველის მხრიდან მასთან ხელშეკრულების დადება. ყოველივე ზემოაღნიშნულს საფუძვლად უდევს კერძო ავტონომიის პრინციპი, რომლის თანახმადაც არავინ არ შეიძლა გახდეს იძულებული დადოს კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულება. იგი ეფუძნება ორ ურთიერთმფარავ ნებას. დაზღვევის ხელშეკრულება, რომელიც გრძელვადიანი ვალდებულებითსამართლებრივი ხელშეკრულებაა, არ შეიძლება იძულების საფუძველზე დაიდოს. ასეთმა იძულებამ შესაძლოა მხარეთა შორის კონფლიქტი გააჩინოს და ხელი შეუშალოს ხელშეკრულების სამართლებრივ ჩარჩოებში წარმართვას.[15]

ბოლოს, აღსანიშნავია დოქტრინაში გამოთქმული მოსაზრება, რომელის თანახმად, თანასწორობის პრინციპის განმარტება უნდა მოხდეს ობიექტური თვალსაზრისით. თანასწორობის პრინციპი ჰარმონიზებულია და შემხებლობაშია რისკის გაერთიანების პრინციპთან. სწორედ, ობიექტური თვალსაზრისით თანასწორობის პრინციპის განმარტება გულისხმობს საერთო გაერთიანებაში მყოფი პირების მიმართ მზღვეველის მოქმედებას თანასწორობის პრინციპის საფუძველზე.

[15] *Christian Armbrüster*, Benachteiligungsverbot und Rechtferigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen, 2010, 32.

*თამაი ზოიძე**

მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართლის ცნება და მისი ადგილი კერძო სამართლის სისტემაში

1. ზოგადად

თანამედროვე განვითარებული ქვეყნის ეკონომიკური და სამართლებრივი მდგომარეობა მოითხოვს მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მაღალი სტანდარტების დაწესებას. მომხმარებელთა მოთხოვნილებები და ინტერესები ყოველთვის მრავალფეროვანი და ულევია. სახელმწიფოს გაუჭირდება ამ მოთხოვნილებათა ზუსტი კლასიფიკაცია, თუმცა, მას შეუძლია იმ სახის საკანონმდებლო გარანტიების შექმნა, რომელიც მაქსიმალურად იქნება მორგებული მომხმარებელთა ინტერესებზე.

2. მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართლის კონსტიტუციური საფუძვლები

1. მომხმარებელთა სამართლის სახელმძღვანელო ნორმები მოცემულია საქართველოს კონსტიტუციაში. კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტის მეორე წინადადება შეიცავს პრინციპის მქონე წინადადებას: „მომხმარებელთა უფლებები დაცულია კანონით." ეს ნიშნავს იმას, რომ კონსტუტიციით მომხმარებლის უფლება აღიარებულია, როგორც ძირითადი უფლება. რაც მეტი დრო გადის, უფრო მართლდება ეს აზრი. ამრიგად, მომხმარებელთა უფლებების დაცვა, მართალია, დეტალურად კანონით გაიწერება, იგი კონსტიტუციური წესრიგის განუყოფელ ნაწილს წარმოადგენს. გარდა დასახელებული მუხლისა, მომხმარებელთა დაცვა უკავშირდება კონსტიტუციის მე-12 მუხლის დებულებას, რომელიც ადგენს, რომ „ყველას აქვს საკუთარი პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება." ეს რამდენიმე სიტყვიანი კონსტიტუციური ნორმა ფართო შინაარსის შემცველია. პირველ რიგში პიროვნების თავისუფალ მოქმედებას თვლის მისი განვითარების წყაროდ. მომხმარებელთან დაკავშირებით ამ შემთხვევებში მნიშვნელოვანია სახელშეკრულებო თავისუფლება, რასთანაც დაკავშირებული არიან სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილენი და ცხადია, მომხმა-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი.

რებელიც. სხვებისგან განსხვავებით, მისი სამართლებრივი მდგომარეობა აქ განსხვავებულია, როცა მეწარმესთან ამყარებს ურთიერთობას. მომხმარებელი ხდება მეწარმის თავისუფლების შეზღუდვის მიზეზი. 26-ე მუხლის მეოთხე პუნქტის პირველი წინადადებაც ამ კონტექსტში უნდა გავიგოთ. „მეწარმეობის თავისუფლება უზრუნველყოფილია" გულისხმობს მეწარმის თავისუფლებას სახელშეკრულებო ურთიერთობებში მომხმარებლის სამართლებრივად დადგენილი უფლებების მოქმედების ფარგლებში. ის კანონები, რომლებიც მომხმარებელთა უფლებებს იცავენ, ამ პრინციპებს ემყარებიან.

2. აღნიშნული, ისე არ უნდა გავიგოთ, რომ ვითომც მომხმარებლის მიმართ მოქმედებდეს სახელშეკრულებო თავისუფლების განსხვავებული წესი. როგორც კონსტიტუციიდან, ისე სამოქალაქო კოდექსიდან გამომდინარე, ეს პრინციპი ეხება ბრუნვის ყველა მონაწილეს და სუბიექტების დისკრიმინაცია არა გვაქვს. ამ პრინციპში მომხმარებლის განსხვავებული ადგილი მეწარმესთან ურთიერთობაში მხოლოდ არაპირდაპირი ბუნებისაა. მომხმარებლის განსაკუთრებული უფლებრივი სტატუსი სპეციალური კანონმდებლობის სხვადასხვა ნორმებში ჩანს, სადაც დარღვეულია სახელშეკრულებო სამართლიანობის პრინციპი. როგორც ცნობილია, ხელშეკრულება ემყარება არამარტო მხარეთა თავისუფლებას, არამედ სამართლიან ურთიერთმიმართებასაც. თუ გადავხედავთ სამართლის მიდგომას სამართლიანობისადმი, დავინახავთ, რომ სოციალური სახელმწიფოს პრინციპის მოქმედება განაპირობებს მხარეთა სამართლებრივ სტატუსებში უთანასწორობის მოსპობას.[1] თუმცა, მომხმარებელთა კერძო სამართალში თანასწორობის მოთხოვნა ხელშეუვალია მოქალაქის (ფიზიკური პირის) მოქალაქესთან მიმართებაში. სოციალური სახელმწიფოს სარკეში მხარეთა სამართლიანი ურთიერთდამოკიდებულება ემყარება განაწილებით სამართლიანობას (iustitia distributiva comutativa), ხოლო კერძო ავტონომიას შეესაბამება გათანაბრებითი სამართლიანობა (iustitia comutativa). ეს გულისხმობს კერძო პირთა შორის გაცვლით ურთიერთობებში ექვივალენტური ურთიერთობის დაცვას და სახელმწიფოს მხრიდან კანონმდებლობის საფუძველზე მისი გარკვეულ ჩარჩოებში ჩასმას.[2] მეწარმესთან მიმართებაში (ურთიერთობაში) მომხმარებლის სპეციალური უფლებრივი მდგომარეობა არ ნიშნავს ექვივალენტობის პრინციპის ჩამოშლა-უარყოფას. მომხმარებლის განსაკუთრებული უფლებრივი სტატუსი ვლინდება სახელშეკრულებო ურთიერთობის დამყარება-მოშლის პროცესში, რომლის მიზანიცაა ძალაუფლებათა დაბალანსება.

3. კონსტიტუციურ-სამართლებრივ კონტექსტში მომხმარებელთა უფლებების დაცვა გულისხმობს სახელმწიფოს მხრიდან როგორც ნეგატიური ვალდებულების, ისე პოზიტიური ვალდებულების შესრულებას. ნეგატიური ვალდებულება გულისხმობს სახელმწიფოს თავშეკავებას მომხმარებელთა უფლებების დარღვევისაგან. სახელმწიფომ არ უნდა მიიღოს ისეთი ნორმატიული აქტები, რომლებიც მოჭარბებულად ზღუდავს მის უფლებებს და არ უწევს ანგარიშს იმას, რომ მომხმარებელი განსაკუთრებული კონსტიტუციური

[1] *Tamm*, Verbraucherrecht, Prof. Dr. *Marina Tamm*, Prof. Dr. *Klaus Tonner* (Hrsg.), Auflage 2012, §1, Rn. 30.
[2] *Tamm*, Verbraucherrecht, §1, Rn. 34.

სტატუსით სარგებლობს კანონმდებლობასა და სამოქალაქო ბრუნვაში. საკუთრების უფლების მიმართ ნეგატიური ვალდებულებისაგან განსხვავებით, აქ ეს ვალდებულება სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებასთან. ეს ასე იმიტომაა, რომ საკუთრების უფლება აბსოლუტური უფლებაა და მის მიმართ სახელმწიფოს ნეგატიური ზემოქმედებაც ავტონომიურია, ვინაიდან მესაკუთრე ამ დროს არავისთან მიმართებაში არ განიხილება, როგორც უფლების სუბიექტი. მომხმარებელი, როგორც უფლების სუბიექტი, სხვასთან ურთიერთობაში, კერძოდ, მეწარმესთან ურთიერთობაში ჩანს. ამ ურთიერთობის მიღმა მომხმარებელი ნაკლებადაა სავარაუდო. ამიტომაცაა, რომ სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულება უკავშირდება ნეგატიურს. პოზიტიური ვალდებულება გულისხმობს სახელმწიფოს ვალდებულებას ჩამოაყალიბოს ისეთი საკანონმდებლო წესრიგი, რომელშიც მომხმარებლის კონსტიტუციური სტატუსი სრულყოფილად იქნება გათვალისწინებული. ბუნებრივია, ამ საქმეში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კანონთა დონე და მათი შესაბამისობა კონსტიტუციასთან.

4. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებებში, რომელთა ანალიზი ცალკე გვინდა გავაკეთოთ მომხმარებლის კონკრეტულ უფლებებთან დაკავშირებით, ჩამოაყალიბა სახელმძღვანელო დებულებები. სასამართლომ მომხმარებელთა უფლებების დაცვისას პირველ რიგში ხაზი გაუსვა კონსტიტუციური პრინციპებისა და შემდგომ, მასთან ერთად, საერთაშორისო სტანდარტების დაცვას. კონსტიტუციური პრინციპებიდან, როგორც ზემოთ ვთქვით, მნიშვნელოვანია სოციალური სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპი, რომელიც ემყარება სამართლებრივ ურთიერთობებში სუბიექტთა არადისკრიმინაციულ ურთიერთდამოკიდებულებას. კონსტიტუციაში პირდაპირ არ არის და ვერც იქნებოდა სპეციალურად მითითებული ის, რომ მომხმარებელი სახელმწიფოს განსაკუთრებული მზრუნველობის ქვეშ იმყოფება. სახელმწიფო საკუთარ თავზე იღებს მისი დაცვის ვალდებულებას და ამას აგვარებს ყველა იმ ურთიერთობაში, სადაც კი მომხმარებელია (სულერთია ეს იქნება კერძო, საჯარო ურთიერთობები თუ სხვა), მის მიმართ გვერდში ამოდგომით, ისე როგორც კანონიერი წარმომადგენლები მოქმედებენ თავიანთი შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონე შვილების სასარგებლოდ. ეს ბუნებრივია არ ნიშნავს მისი ადგილი სახელმწიფომ დაიკავოს, მაგრამ იქ, სადაც მომხმარებელია, ყველგან სახელმწიფო ცდილობს ისე მოაწესრიგოს მეწარმესთან ურთიერთობები, რომ იგი დაცული იყოს მეწარმის მხრიდან ძალაუფლების სიმძლავრით გამოწვეული უარყოფითი გავლენებისაგან. ეს რა თქმა უნდა, <u>არ ნიშნავს იმას, რომ მომხმარებელი მეწარმესთან მიმართებაში იქცა ძლიერ მხარედ</u>. იგი რჩება ისევ სუსტ მხარედ, მაგრამ სახელმწიფო ისე განსაზღვრავს მომხმარებლის უფლებებს, რომ მეწარმემ ვერ შეძლოს მისი დაჩაგვრა. საკონსტიტუციო სასამართლომ ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში აღნიშნა, რომ ამ განწყობით უნდა მოქმედებდნენ არამარტო ის პირები, ვინც პირდაპირ არიან ვალდებულნი გაითვალისწინონ მომხმარებელთა უფლებები, არამედ თვითონ სახელმწიფოც.[3]

[3] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 3 თებერვლის N1/1/374,379 გადაწყვეტილება, პ.II.

როგორც ვთქვით, სახელმწიფო კონსტიტუციურადაა ვალდებული აღნიშნულზე, მაგრამ ხომ შეიძლება თვითონ აღმოჩნდეს მომხმარებელთა უფლებების დამრღვევი და ეს გამოიხატოს კონსტიტუციის საწინააღმდეგო სამართლებრივი აქტის მიღებაში. პრაქტიკა ადასტურებს, რომ იმ ვალდებულებას, როგორიცაა „კარგი მზრუნველი“, ის ზოგჯერ არ ასრულებს და ამით ირღვევა მომხმარებლის უფლებები. კერძოდ, ნორმატიულ აქტებში ჯეროვნად არ იქნება გათვალისწინებული მეწარმესთან დაპირისპირებული უფლებები. ამის ალბათობას ზრდის ის ფაქტიც, რომ კანონმდებელთა ცალკეული კატეგორია, რომელთაც აქვთ პირდაპირი თუ არაპირდაპირი კავშირები ბიზნესთან, შეიძლება არ იყვნენ ან ნაკლებად იყვნენ დაინტერესებული მომხმარებლის დაცვით. მართალია საკანონმდებლო ხელისუფლება ცდილობს კანონმდებლის სტატუსის მქონე პირი დააშოროს სამეწარმეო მიზნებს, მაგრამ ეს ბოლომდე შეუძლებელია. შეიძლება აუკრძალო სამეწარმეო საქმიანობა, მაგრამ მას ვერ წაართმევ საკუთრებას. მის ხელში არსებული აქციები მას არაპირდაპირ მონაწილეს ხდის იმ პროცესისა, რომელსაც ჰქვია მეწარმეობა და ორიენტირებულია მოგების მიღებაზე. ამის განეიტრალება შესასაძლებელია მხოლოდ მაღალი პასუხისმგებლობით. რაც შეეხება საერთაშორისო სტანდარტებს, მისი მნიშვნელობა კიდევ უფრო გაზარდა ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულების გაფორმებამ და ევროკავშირის დირექტივებთან ქართული კანონმდებლობის იმპლემენტაციის ვალდებულებამ. საკონსტიტუციო სასამართლომ კონსტიტუციურ პრინციპებთან და საერთაშორისო სტანდარტებთან დამოკიდებულება ასე ჩამოაყალიბა: „საერთაშორისო სამართალში მიღებული პრაქტიკის თანახმად, მომხმარებლის უფლებები მოიცავს მომხმარებლის უფლებას უსაფრთხოებაზე, არჩევანზე, განხილვაზე, სამომხარებლო განათლებაზე და სამართლებრივ დაცვაზე.”[4] ამ უფლებებზე შემდგომ გავამახვილებ ყურადღებას.

საკონსტიტუციო სასამართლომ ასევე რამდენიმე მომენტი გამოყო თავის გადაწყვეტილებაში, რომელიც მნიშვნელოვანია არამარტო მომხმარებელთა უფლებების დაცვის კონტექსტში, კერძოდ: 1. ქართული სამართალი უნდა დაემყაროს თანამედროვე სამართალში მიმდინარე უნიფიკაცია-ჰარმონიზაციის პროცესს. 2. ამ გზით შემოშავებული საერთაშორისო აქტების მიზანია დაიცვას საბაზრო ურთიერთობის სუსტი მხარე, როგორიცაა მომხმარებელი, ძლიერი მხარის მიერ შეთავაზებული პირობებისგან; 3. ამ პროცესში სახელმწიფოს ჩარევა წარმოადგენს კონსტიტუციიდან გამომიდარე ვალდებულებას, ვინაიდან გართულებული საბაზრო ურთიერთობის პირობებში ურთიერთობების დაბალანსება და მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართლებრივი (საკანონმდებლო) ბერკეტები მის ხელშია. 4. სახელმწიფოს როლს ამ მიმართულებით აძლიერებს ის ფაქტიც, რომ მომხმარებელთა უფლებების კერძო-სამართლებრივი მოწესრიგება უნდა მოხდეს მომხმარებლის, როგორც კონსტიტუციური უფლების კონტექსტში. 5. ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში, კერძოდ, გერმანულში დამკვიდრებულია მიდგომა, რომლის მიხედვითაც დაგმობილია

[4] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 3 თებერვლის N1/1/374,379 გადაწყვეტილება, პ.II.

სავაჭრო ძალაუფლებით გამოწვეული უთანასწორობა ძირითადი უფლების აღდგენის მოთხოვნით. 6. დასკვნითი დებულება, რომელიც სასამართლომ ჩამოაყალიბა ის არის, რომ ნებისმიერი აქტი, რომელიც მომხმარებელთა უფლებების დაცვას ეხება, აღნიშნული სულისკვეთებით უნდა იყოს გამსჭვალული.[5]

ამრიგად, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სახელმძღვანელო პრინციპები გამომდინარეობენ კონსტიტუციიდან და საერთაშორისო-სამართლებრივი აქტებიდან. მაგრამ, აქვე აღსანიშნავია ის ფაქტიც, რომ მომხმარებელი არ ხდება ძლიერი მხარე და ადგილი არა აქვს მეწარმესთან მიმართებაში ძალაუფლების ადგილის შეცვლას. ხდება მხოლოდ ის, რომ „სუსტი" მხარე აღარ იჩაგრება თავისი სისუსტის გამო. მეწარმე შებოჭილია მომხმარებლის უფლებებით.

3. მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართლის ევროპულ სტანდარტებთან ჰარმონიზაცია

1. ევროპულ სამართალთან ქართული სამართლის დაახლოება იწყება საქართველოს მიერ დამოუკიდებლობის მოპოვების პერიოდიდან. იგი შეეხო მთელ ქართულ სამართალს, როგორც კერძოს, ისე საჯაროს. დღემდე გრძელდება ეს პროცესი და როგორც ჩანს, მუდმივად იქნება. თავდაპირველად ევროკავშირის სამართალთან ჰარმონიზაცია ძირითადად ატარებდა არაპირდაპირ ხასიათს. კერძოდ, ეს ხდებოდა ევროკავშირის სამართალთან უკვე თანხმობაში მყოფი ქვეყნების კანონმდებლობის გადმოღებით. თუმცა, ამას თავისი ნაკლიც ჰქონდა, იმიტომ რომ შეიძლება ეს კანონმდებლობა ამ კუთხით სერიოზული ხარვეზის მქონე ყოფილიყო. მომხმარებელთა უფლებების დაცვის დარგში ჩვენს მიერ სანიმუშოდ აღებული კანონმდებლობა გზადაგზა იხვეწებოდა, რაც პარალელურად არ ხდებოდა ქართულ კანონმდებლობაში. მაგალითად, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, რომელიც ქართულ სამოქალაქო კოდექსის მნიშვნელოვან წყაროს წარმოადგენდა 2002 წლიდან ბევრი მიმართულებით შეივსო (მათ შორის მომხმარებელთა უფლებებთან დაკავშირებით). მსგავსი ცვლილება ჯერ არ მომხდარა საქართველოს კანონმდებლობაში. მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მიმართულებით მხოლოდ რამდენიმე ნორმაა (თუ არ ჩავთვლით ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებს). თანდათანობით საქართველოს კანონმდებლობაში ევროკავშირის სამართლის გაზიარება-გადმონერგვის პირდაპირი გზა დამკვიდრდა. ეს ახლა არ დაწყებულა, მაგრამ ამჟამად ქართული სამართლის მთავარი მასალა გახდა ევროკავშირის კანონმდებლობა, რაც განაპირობა მრავალმა ფაქტორმა.

2. ქართული სამართლის ევროკავშირის სამართალთან დაახლოების ისტორიაში უმნიშვნელოვანეს ნაბიჯად უნდა ჩაითვალოს ის ფაქტი, რომ 2016 წლის 1 ივლისს ძალაში შევიდა „ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთი მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერგიის გაერთიანებას და მათ წევრ სა-

[5] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 3 თებერვლის N1/1/374,379 გადაწყვეტილება, პ.II.

ხელმწიფოებსა და მეორე მხრივ, საქართველოს შორის."[6] ამ დოკუმენტით განისაზღვრა დეტალურად ევროკავშირის კანონმდებლობასთან ქართული სამართლის დაახლოების მთავარი ხაზი, რომელთა შორის ერთ-ერთია მომხმარებელთა უფლებების დაცვა. „მომხმარებელთა პოლიტიკის" თავში (დანართი XXIX) საქართველოს სახელმწიფო ვალდებულებას კისრულობს ხელშეკრულებით დადგენილ ვადებში თავისი კანონმდებლობა დაუახლოვოს ევროკავშირის კანონმდებლობას. მნიშვნელოვანია ორი დირექტივა: 1. 1999 წლის 25 მაისის ევროპარლამენტისა და საბჭოს 1999/44/EC დირექტივა სამომხმარებლო საქონლის გაყიდვისა და მასთან დაკავშირებული გარანტიების ზოგიერთი ასპექტის შესახებ (შემდგომ: სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობის დირექტივა); 2. 1993 წლის 5 აპრილის საბჭოს 93/13/ EEC დირექტივა მომხმარებელთა კონტრაქტებში არასამართლიანი პირობების."[7] შემდგომ, ევროკავშირში 2011 წელს მიღებული იქნება დირექტივა,[8] რომლითაც მოცემულ დირექტივებში შევიდა ცვლილებები, ხოლო ზოგიერთი სხვა დირექტივა გაუქმდა. 2011 წლის დირექტივაში გათვალიწინებულია ის სიახლეები, რაც დაგროვდა მომხმარებელთა უფლებების დაცვის კუთხით. გამოთქმულია წინადადება აღნიშნული ორი დირექტივის ერთით ჩანაცვლებასთან დაკავშირებით, ვინაიდან მოცემული დირექტივა იძლევა მომხმარებელთა უფლებების დაცვის გაუმჯობესებულ ვარიანტს სხვადასხვა ურთიერთობებისათვის, მაგალითად, როგორიცაა სტანდარტული წესები. დისტანციური და ქუჩაში დადებული ხელშეკრულებების საერთო ასპექტებისათვის.

3. მნიშვნელოვანია კანონი მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ" შესაბამისობაში იყოს ევროდირექტივებთან. თუმცა, გასათვალისწინებელია დირექტივის სამართლებრივი ბუნება. წევრი სახელმწიფოებიც კი არ არიან ვალდებულნი სიტყვა-სიტყვით მისდიონ დირექტივების ტექსტს. ისინი ვალდებულნი არიან ეროვნული კანონმდებლობის განმარტებისას გამოიყენონ დირექტივების განმარტებანი. დირექტივის ტრანსფორმაცია ხდება ეროვნულ კანონმდებლობაში და ამ ფორმით ხდება მისი დამკვიდრება.[9] გარდა ამისა, მნიშვნელოვანია ის, რომ დირექტივის იმპლემენტაციამ არ გარდაქმნას სახელმწიფოში არსებული კერძო-სამართლებრივი წესრიგი, კერძოდ არ შეაღწიოს იმ სამართლებრივ წესებში, რომელთაც ის არ უნდა ეხებოდეს. 2011 წლის 25 ოქტომბრის დირექტივაში ვკითხულობთ: „წინამდებარე დირექტივამ გავლენა არ უნდა მოახდინოს შიდასამართლებრივი კანონმდებლობის სახელშეკრულე-

[6] იხ. საკანონმდებლო მაცნე, დოკუმენტი 200/42, 27/06/2014, გამოქვეყნების თარიღი 11/09/2014, სარეგისტრაციო კოდი 480610000.03.030.016275.

[7] იხ. ამ დირექტივის ანალიზი: *maisuraZe d., sulxaniSvili e., vaSakiZe g.,* ევროკავშირის სამართალი. გადაწყვეტილებები და მასალები. ნაწილი I (მომხმარებელთა დაცვის სამართალი, შრომის სამართალი, კორპორაციული სამართალი, კონკურენციის სამართალი), თბილისი, 2018, 29-97.

[8] იხ. ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2011 წლის 25 ოქტომბრის დირექტივა 2011/83/EC „მომხმარებელთა უფლებების, საბჭოს დირექტივასა 93/13/ EEC და ევროპარლამენტისა და საბჭოს დირექტივაში 1999/44/ EC შესწორებების შეტანის და საბჭოს დირექტივისა 85/577/ EEC და ევროპარლამენტისა და საბჭოს დირექტივის 97/7/EC გაუქმების შესახებ.

[9] იხ. *მაისუhაძე დ., სუდხანიშვიდი ე., ვაშაკიძე გ.,* დასახელებული ნაშრომი, 21-22.

ბო სამართლის სფეროზე, იმ სახელშეკრულებო სამართლის ასპექტებისთვის, რომლებიც არ რეგულირდება აღნიშნული დირექტივით. შესაბამისად, წინამდებარე დირექტივამ არ უნდა შეზღუდოს შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა, რომელიც მაგალითად, არეგულირებს ხელშეკრულების დადებას ან მის ნამდვილობას (მაგალითად, თანხმობის არარებობის შემთხვევაში). ანალოგიურად, წინამდებარე დირექტივამ გავლენა არ უნდა მოახდინოს ზოგად სახელშეკრულებო სამართლებრივ საშუალებებთან დაკავშირებულ წესებზე, მაგალითად, გადაჭარბებული ან გამომძალველი ფასის წესებზე ან არაეთიკურ სამართლებრივ გარიგებებზე" (პ.14). ასევე დირექტივა არ უნდა ახდენდეს გავლენას ენობრივი მოთხოვნების ჰარმონიზაციაზე. იგივე დამოკიდებულებით გამოირჩევა ევროპული მართლმსაჯულების სასამართლო, რასაც ადასტურებს მათი მდიდარი პრაქტიკა. ემს-ი წევრ სახელმწიფოებს ყოველთვის აძლევს არჩევანის გაკეთების საშუალებას, ალტერნატივის სახით სთავაზობს თავად განსაზღვროს შიდასამართლებრივ სივრცეში მიზანშეწონილი მოწესრიგება.

4. მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, როგორც ინტერდისციპლინური სამართალი

1. მოგეხსენებათ, სამართალი გარკვეული ლოგიკური სისტემითაა მოცემული. სისტემა შედგება სხვადასხვა ნაწილებისგან, რომლებიც განსხვავდებიან ერთმანეთისგან. ამ სისტემის ყველაზე ფართო ნაწილებია კერძო და საჯარო სამართალი. სამართლის ეს ორი სფერო თვითონ ქმნიან გარკვეულ სისტემას, რომელთა შიგნით გარკვეული მიმართულებებია წარმოდგენილი. მაგალითად, კერძო სამართალი, სახელმწიფო სამართალი, სისხლის სამართალი და ა.შ. მათ სამართლის დარგებს უწოდებენ. მართალია, ამ ტერმინს ახლა ნაკლებად იყენებენ, მაგრამ ის, როგორც ფაქტი და მოცემულობა არსებობს. საკითხავია, როგორ უნდა განვსაზღვროთ დარგი და გავმიჯნოთ სხვა დარგისგან? თუ გვეცოდინება რა არის დარგი, ეს არ იქნება რთული. სამართლის დარგი არის სპეციფიკური ურთიერთობების მომწესრიგებელი ნორმების, ინსტიტუტების ერთობლიობა. მაგალითად, შრომის სამართალი, კერძო სამართლის დარგია. შეიძლება ვუწოდოთ ასევე დარგები კერძო სამართლის სისტემის სხვა ნაწილებსაც (სანივთო, ვალდებულებითი, საოჯახო, მემკვიდრეობითი სამართალი). ინსტიტუტები ასევე შეიძლება მოვიაზროთ დარგის შიგნით (მაგ.: სანივთო სამართლის შიგნით, როგორიცაა მფლობელობის, საკუთრების ინსტიტუტები). რაც შეეხება მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართლის ადგილს სამართლის მოცემულ სისტემაში, მისი ადგილი გახლავთ როგორც საჯარო, ისე კერძო სამართალში. ეს კი იმის მანიშნებელია, რომ ის დამოუკიდებელი დარგი კი არ არის, არამედ კომპლექსურია. ერთი სიტყვით, იგი კოპლექსური შინაარსის მატარებელია თვით კერძო სამართლის შიგნითაც.

2. მომხმარებელთა უფლებათა დარგობრივ-ინსტიტუციური სახელწოდების მიზნით გამოიყენება ორი ტერმინი: „მომხმარებელთა სამართალი" (Verbraucherrecht") და „მომხმარებელთა დაცვის სამართალი („Verbraucherschutz-

recht").[10] შინაარსობრივად ორივე ტერმინი ფოკუსირებულია მომხმარებლის ინტერესებზე, კერძოდ, მის დაცვაზე. კერძო სამართალში წარმატებით შეიძლება გამოვიყენოთ ორივე მათგანი, რადგანაც ისინი მიმართული არიან ერთი კატეგორიის ნორმების გამოყენებისაკენ. კერძო სამართლის თავისებურება ის უნდა იყოს, რომ მომხმარებლის დაცვას ის ახდენს მისი უფლებრივი მდგომარეობის მოწესრიგებით იმ ურთიერთობებში, რომლებშიც მონაწილეობს მომხმარებელი. მომხმარებლის უფლებებით იტვირთება ნებისმიერი სამომხმარებლო ურთიერთობა და შესაბამისად ამით იზღუდება ის სუბიექტი, რომელთანაც კავშირში შედის მომხმარებელი. თუმცა, მომხმარებელთა უფლებების დაცვა ხდება სამართლის სხვა სფეროებითაც, როგორიც არის საჯარო სამართალი, სისხლის სამართალი, კონკურენციის სამართალი. აქედან ჩანს, რომ მომხმარებელთა უფლებები, როგორც კერძო, ისე საჯარო სამართლის სფეროებითაა დაცული. ამიტომაცაა იგი „ინტერდისციპლინარული" ხასიათის.[11] ეს უნდა გამომდინარეობდეს მომხმარებლის, როგორც სამართლებრივი ურთიერთობების აქტიური მონაწილის ბუნებით. იმითაც, რომ სოციალური სამართლებრივი სახელმწიფო განსაკუთრებულ აქცენტს აკეთებს, მომხმარებლის, როგორც სამართლის ცენტრალური ფიგურის ინტერესების დაცვაზე ყველგან, სადაც კი მისი სახე გამოჩნდება. ყოველივე ამის მიუხედავად, როგორც მკვლევარები შენიშნავენ, მომხმარებელთა დაცვის სამართლის მთავარი საკვანძო საკითხები მოწესრიგებულია სამოქალაქო სამართლით.[12]

5. მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, როგორც სამოქალაქო სამართლის ნაწილი

1. მომხმარებელთა სამართალი ჩამოყალიბდა, როგორც ცივილური სამართლის ნაწილი. სამოქალაქო კოდექსებში შევიდა ის ნორმები, რომლებიც მომხმარებელს ეხება. ეს განაპირობა ძირითადად იმ ფაქტმა, რომ ურთიერთობები, რომლებშიც შესვლა უხდებათ მომხმარებებლებს აბსოლუტური უმრავლესობით მოწესრიგებულია სამოქალაქო კოდექსებით (ნასყიდობა, სესხი და ა.შ.). სადაც თავს იჩენს მომხმარებლის ინტერესის განსაკუთრებულობა, იქ, კანონმდებელიც მისთვის გამონაკლის რეგულირებას ადგენს. ეს კარგად ჩანს ევროპის ქვეყნების სამოქალაქო კოდექსებიდან, განსაკუთრებით გერმანიის მაგალითზე. იქ სამოქალაქო კოდექსი, პირების განყოფილებას, პირველი ტიტულის სახით, შემდეგი სახელწოდებით აყალიბებს: „ფიზიკური პირები, მომხმარებლები, მეწარმეები." ამას მოსდევს მეორე ტიტული სახელწოდებით: „იურიდიული პირები." გერმანული მოწესრიგებისგან განსხვავებით, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი პირების ცნებაში გამოყოფს ფიზიკურ პირებსა და იურიდიულ პირებს, სადაც ცალკეულ ურთიერთობებში შეიძლება იყვნენ მომხ-

[10] იხ.*Tamm*, Verbraucherrecht, Prof. Dr. *Marina Tamm*, Prof. Dr. *Klaus Tonner* (Hrsg.), Auflage 2012, §1, Rn.3;

[11] იხ.*Tamm*, Verbraucherrecht, Prof. Dr. *Marina Tamm*, Prof. Dr. *Klaus Tonner* (Hrsg.), Auflage 2012, §1, Rn.3;

[12] იხ.*Tamm*, Verbraucherrecht, §1, Rn.3;

მარებლები და მეწარმეები. ცხადია, ასეც რომ ყოფილიყო გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში, ეს ვერ შეუშლიდა ხელს სამოქალაქო ურთიერთობებში მომხმარებლისა და მეწარმის ურთიერთდამოკიდებულების განსაზღვრებას. მაგრამ აღნიშნული სისტემით გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი საფუძველს უქმნის მომხმარებელ-მეწარმის ურთიერთმიმართების სამართლებრივ თეორიას, რომელიც მიგვანიშნებს, მომხმარებლის, როგორც სპეციფიკურ უფლებრივ მდგომარეობაზე სამოქალაქო ურთიერთობებში. სამოქალაქო კოდექსს მათი ცალკე გამოყოფით აინტერესებს ის, თუ როგორ უნდა მოწესრიგდეს ურთიერთობანი მომხმარებელს, როგორც სუსტ მხარესა და მეწარმეს, როგორც ძლიერ მხარეს შორის. ამიტომაცაა, რომ კოდექსის მე-13 და მე-14 პარაგრაფები იძლევიან მათ განმარტებებს.

2. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პირველ წიგნში არ არის მოცემული ისეთი კატეგორიები (როგორიცაა „მომხმარებელი" და „მეწარმე"), რომელზეც სწორებას გააკეთებდა კოდექსი. ამან ერთგვარ ჩრდილში მოაქცია მომხმარებლის ფიგურა და ვალდებულებითი (სახელშეკრულებო) სამართალი აღმოჩნდა მისგან საკმაოდ დისტანცირებული. სულ რამდენიმე ნორმა გაითვალისწინა სამოქალაქო კოდექსმა, კერძოდ, ერთი ეხება ქუჩაში დადებულ ხელშეკრულებას (მ.336), მეორე სამომხმარებლო კრედიტს (მ.370). ე.ი. ცალკეული სახელშეკრულებო ურთიერთობები, რომელიც მყარდება სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპის მოქმედების საფუძველზე, საკმარისად არ ითვალისწინებდა და არც ახლა ითვალისწინებს მომხმარებლის სპეციფიკურ უფლებრივ ადგილს. ფაქტობრივად, მოხდა ის, რომ ამ ურთიერთობებში სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა ურთიერთდამოკიდებულება დაექვემდებარა მათი თანასწორობის პრინციპს, მაშინ როცა, შეიძლება ადგილი ჰქონოდა ბუნებრივ უთანასწორობას. სამოქალაქო კოდექსი შეიცავდა ისეთ ნორმებს, რომელთა მიზანიც იყო შეხებოდა ბრუნვის ყველა მონაწილეს. კერძოდ, სახელშეკრულებო თავისუფლება არ გამოეყენებინათ ბოროტად და თავიანთი ძალაუფლების ან მეორე მხარის სისუსტე – გამოუცდებლობით არ ესარგებლათ (მ.55,მ.8, ნ.3,,მ.9 და ა.შ.). მაგრამ ეს ეხებოდა ყველას და ვფიქრობთ, სწორად. მასში არ ჩანდა მომხმარებლის განსაკუთრებული უფლებები. მოკლედ, კოდექსით აღიარებული პრინციპები უნდა დაცულიყო ყველა სამოქალქო ურთიერთობაში, სადაც შეიძლება გაჩენილიყო ისეთი საფრთხეები, რომლებიც ზიანს მიაყენებდნენ სახელშეკრულებო ურთიერთობებისათვის დამახასიათებელ სამართლიანობას. სამაგიეროდ, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი გამორჩეულია ამ თვალსაზრისით, რასაც ადასტურებს 2002 წელს განხორციელებული ცვლილებები. მომხმარებელი კიდევ უფრო მეტი უფლებებით აღიჭურვა მეწარმის მხრიდან რომ დაცული ყოფილიყო. სამოქალაქო კოდექსის დებულებები მოვიდა შესაბამისობაში ევროკავშირის დირექტივასთან და ამით კიდევ უფრო განამტკიცა მომხმარებელთა სამართლის სამოქალაქო სამართლებრივი ბუნება.

3. ერთ-ერთი ნაწილი, რომელშიც საკმაოდ სრულფასოვნად აისახა მომხმარებლისა და მეწარმის დაბალანსებული ურთიერთობა, ეს არის კონტრაჰირების იძულების მომწესრიგებელი ნორმები, კერძოდ, ხელშეკრულების სტა-

ნდარტული პირობები. ვინაიდან ამ შემთხვევაში ერთი მხარე უდგენს მეორეს ხელშეკრულების პირობებს და ამ უკანასკნელს არ შეუძლია მასზე გავლენა მოახდინოს, აუცილებელია, რომ ეს პირობები იყოს სამართლიანი. სამოქალაქო კოდექსის ნორმები (მ.342-მ.348) მომართული არიან იმაზე, რომ ხელშეკრულების „სუსტი მხარე" დაიცვას „ძლიერი მხარისაგან," რომელიც „თავს ახვევს" მას სახელშეკრულებო პირობებს. „მომხმარებლისა" და „მეწარმის" სამართლებრივი ურთიერთობები ძირითადად ამ ფორმით ხორციელდება დღეს. მართალია, კოდექსის ეს ნაწილი მომხმარებელს ეხება, მაგრამ მომხმარებელთა სამართლის თავისებურება ძირითადად იმაშია, რომ მათი დაცვითი ნორმები კანონით იყოს ნათლად გაწერილი. ნაკლებად მოსალოდნელია მეწარმე მომხმარებლის უფლებების დაცვის ინტერესით მოქმედებდეს, მაშინაც კი, როცა ის კანონით ვალდებულია პატივისცემითი დამოკიდებულება ჰქონდეს ხელშეკრულების მეორე მხარის მიმართ. თითქმის არცაა მოსალოდნელი მან გაითვალისწინოს მომხმარებლის კანონით გაწერილი უფლებები. მეწარმე „ვერ იქცევა „მომხმარებლად", ვერ მიატოვებს საკუთარ ინტერესებს და ვერ გახდება მომხმარებლის დაცვის იარაღი. ეს იმიტომაც, რომ მომხმარებელთა ცალკეული უფლებები, რომლებიც კანონმდებლობითაა გათვალისწინებული მეწარმეთა სახელშეკრულებო თავისუფლების შეზღუდვაა, რასაც შეზღუდვის სუბიექტი საკუთარი ნებით არ განხორციელდეს. საკუთარი ინტერესების წინააღმდეგ სამართლებრივი ურთიერთობის არცერთი მონაწილე არ წავა, თუნდაც, მისი მოქმედება ეწინააღმდეგებოდეს ზოგადსავალდებულო ქცევის წესებსა თუ მორალს.

4. მომხმარებელი დაცულია არამარტო სახელშეკრულებო, არამედ დელიქტურ ურთიერთობებში. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ნორმები (მ. 1009- მ.1016) აწესრიგებს წუნდებული პროდუქტით მიყენებული ზიანის ანაზღაურებას. ამ შემთხვევაში მომხმარებლის ცნება გაფართოებულია და მოიცავს არამარტო იმ პირს, რომელიც პირადი (კერძო) მოხმარებისთვის იყენებს ნივთებს, არამედ, იმ პირს, რომელიც კომერციული მიზნით იძენს სხვადასხვა ნივთებს ან ღებულობს სხვადასხვა მომსახურებას. მართალია სისტემურად ძალიან დაშორებულია ეს ორი ურთიერთობა სამოქალაქო სამართლისა – სახელშეკრულებო და დელიქტური სამართალი, ასევე შინაარსობრივადაც, მაგრამ არსებობს საფუძველი მათი ერთ სისტემაში გაერთიანებისა. ეს საფუძველი არის ის, რომ როგორც ერთი, ისე მეორე, სპეციფიკური მოწესრიგების სფეროებს განეკუთვნებიან და ამ თვალსაზრისით ზოგადი კერძო სამართლის წესებისგან ნაწილობრივ განსხვავდებიან. სახელშეკრულებო სამართალი იცავს სამოქალაქო ურთიერთობის სუსტ მონაწილეს ძლიერისაგან, დელიქტური სამართალი, ამ შემთხვევაში – წუნდებული პროდუქტისათვის პასუხისმგებლობის სამართალი კი, სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეს (სულერთია ეს მომხმარებელია თუ მეწარმე) წუნდებული პროდუქტის მწარმოებლის მიერ მიყენებული ზიანისგან.[13] როგორც სახელშეკრულებო ურთიერთობების დამყარების პროცესშია

[13] იხ. *ზოიძე თ.*, წუნდებული პროდუქტით მიყენებული ზიანის ანაზღაურება (ქართული და გერმანული სამართლის შედარებითი ანალიზი), თბილისი, 2016, 1-223.

მომხმარებელი „უნარშეზღუდული" ჩაწვდეს ამ ურთიერთობის ყველა დეტალს და გამოიჩინოს ისეთი ყურადღებიანობა, რომელსაც იგი დაუპირისპირებდა მეწარმეს, როგორც ძლიერ მხარეს, მსგავსი მდგომარეობა ჩანს დელიქტური სამართლის ამ სფეროშიც. დაზარალებული მხარისათვის წინასწარ ძნელად გამოსარკვევია შეძენილი პროდუქტის ავ-კარგიანობის თავისებურებანი, რაც თავს იჩენს მისი გამოყენების პროცესში. ამიტომაცაა, რომ სამართალი ადგენს დაზარალებულთა დაცვის იმაზე მაღალ სტანდარტს, ვიდრე ეს ზოგადად დელიქტური სამართლითაა დადგენილი. ამრიგად, ერთ შემთხვევაში მეწარმის საქმიანობაში საფრთხე ისეთ ქმედებებშია, რაც მისთვის ბუნებრივია და საკუთარ ინტერესებთანაა დაკავშირებული; მეორე შემთხვევაში კი, საფრთხის შემცველია პროდუქტი, რომლის მწარმოებლები ასევე მეწარმეები არიან. სამართლებრივი ურთიერთობის ორივე შემთხვევაში მომხმარებელი კვლავ სუსტ მხარედ რჩება. თუმცა, აქვე შეგვიძლია ვთქვათ, რომ უმჯობესია კერძო სამართლის ეს ორი სფერო ცალ-ცალკე შესწავლის საგანს წარმოადგენდეს. მაგრამ რადგანაც ისინი მომხმარებელთა სამართლის სისტემაში გაერთიანების, როგორც შერეული დისციპლინისა. როგორც თეორიულად, ისე პრაქტიკულად მიზანშეწონილი იქნება მომხმარებელთა სასმართალში გაერთიანდეს კერძო და საჯარო სამართლებრივი ნორმები.

5. ამრიგად, მომხმარებელთა სამართალი, როგორც სამოქალაქო სამართლის ნაწილი, გერმანულ სამართალშიც ასეა აღიარებული. ეს იქიდანაც ჩანს, რომ გერმანული სამოქალაქო სამართალი სამოქალაქო კოდექსის მეშვეობით თანდათანობით ივსება მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მომწესრიგებელი საკვანძო საკითხებით. ამისი ნათელი მაგალითია ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების მომწესრიგებელი კანონის გაუქმება და მასში არსებული ნორმების შეტანა სამოქალაქო კოდექსში. ეს ალბათ არ იყო ნორმების მარტო ტექნიკური ადგილმონაცვლეობა, არამედ ეს იყო მიზანმიმართული ნაბიჯი მომხდარიყო ამ ნორმების დაახლოება იმ სამართალთან, რომლის გაგრძელებაც არის ის. კერძოდ სახელშეკრულებო სამართალთან, რომლის ნაწილია ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები. სახელშეკრულებო სამართლის ისტორიულად აღიარებული და ყველასთვის ცნობილი პრინციპი ადგენს, რომ ხელშეკრულებაში შესვლა თავისუფალია. თუ არ მიიღწევა შეთანხმება, არ დამყარდება სახელშეკრულებო ურთიერთობა. ნების გამოვლენათა გაცვლა-გამოცვლის საფუძველზე ყალიბდება ერთიანი სახელშეკრულებო ნება. ამ პროცესში მაღალია მათი ავტონომია. მეორე შემთხვევა გახლავთ უკანდახევა ავტონომიის პრინციპიდან არა იმიტომ, რომ ეს ცუდია, არამედ იმიტომ, რომ პრაქტიკულად ეს შეუძლებელია. სამართალი ერთ მხარეს მეწარმეს მიანდობს ხელშეკრულებათა პირობის შემუშავებას და თან აფრთხილებსს, რომ ის უნდა პასუხობდეს მეორე მხარის ინტერესებს სამართლიანობის კუთხით. ე.ი. სახელშეკრულებო სამართლის ამ ნაწილის საფუძველს წარმოადგენს სამართლიანი სახელშეკრულებო პირობები. მაგრამ, როგორც ზემოთ ითქვა, სამოქალაქო კოდექსი უუნაროა გაითვალისწინოს ყველა ის წვრილმანი, რომელიც სინამდვილეში შეიძლება არცკი იყოს უმნიშვნელო.

6. მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, როგორც სპეციალური სამართალი

1. მომხმარებელთა სამართალს ლიტერატურაში განიხილავენ, როგორც ასევე სპეციალურ კერძო სამართალს. გერმანულ მეცნიერებაში ეს მიდგომა საეჭვოდაა მიჩნეული.[14] მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ინტეგრაციამ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში, რაზეც ზემოთ უკვე აღვნიშნეთ, გამოიწვია მისი დამოუკიდებლობის შერყევა. მოგეხსენებათ სპეციალური კერძო სამართალი მოითხოვს სპეციალური კანონმდებლობის არსებობას. თუმცა, მარტო ეს არ არის საკმარისი. აუცილებელია ეს კანონმდებლობა ითვალისწინებდეს ისეთ ნორმებს, ინსტიტუტებს (შესაძლებელია პრინციპებსაც), რომლებიც შეიცავენ ამათუიმ დარგის სპეციალურ დარგად აღიარებისთვის დადგენილ თავისებურებებს. მაგალითად, „მეწარმეთა შესახებ" კანონი სამეწარმეო სამართლის სპეციალურ სამართლად აღიარების მთავარი აქტია. მართალია სამოქალაქო კოდექსიც შეიცავს ცალკეულ ნორმებს მეწარმეობასთან დაკავშირებით (მაგალითად, იურიდიული პირების მომწესრიგებელი ნორმები), მეწარმეთა ორგანიზაციულ ფორმებს დეტალურად აღნიშნული კანონი აწესრიგებს, რაც სამეწარმეო სამართლის მთავარი საგანია. ავიღოთ შრომის სამართალი, რომელშიც მთავარი ცნებაა ხელშეკრულება. მაგრამ ხელშეკრულებაში ის მოწესრიგება, რომელიც სამოქალაქო კოდექსის შიგნითაა მხოლოდ, დამხმარე დანიშნულების შეიძლება იყოს შრომის სამართლისათვის. შრომისსამართლებრივი ხელშეკრულების სპეციფიკური ნიშნები მოწესრიგებულია საქართველოს შრომის კოდექსით. ამდენად, სპეციალური კანონმდებლობის გარეშე არ არსებობს სპეციალური დარგი.

2. მომხმარებელთა სამართალი ვითარდება ორი მიმართულებით. ერთი სამოქალაქო კოდექსის შიგნით და მის გარეთ. ეს ყველაზე ნათლად გერმანულ სამართალში ჩანს. რაც შეეხება ქართულ სამართალს, აქ, როგორც ზემოთ ვამტკიცებდით, არცერთი მიმართულებით არ ხდებოდა ისეთი ძვრები, რომლებიც გამოკვეთდნენ მომხმარებელთა დაცვის სამართლის თუნდაც, ინსტიტუციურ სრულყოფილება – დამოუკიდებლობას. საბჭოთა სამართლის დროში სამოქალაქო კოდექსის შიგნით მომხმარებელთა სამართლის განვითარება თითქმის შეუმჩნეველი იყო. მის გარეთ კი მოქმედებდა კანონი „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ" და მრავალი კანონქვემდებარე აქტი სხვადასხვა სფეროებში მომხმარებელთა დაცვის შესახებ. მიუხედავად ამისა, არცკი ყოფილა მსჯელობა მისი დამოუკიდებლობის შესახებ. ამჟამად, თუ ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებს არ ჩავთვლით, სამოქალაქო კოდექსი ძალიან ღარიბია მომხმარებელთა უფლებების შესახებ მნიშვნელოვანი ნორმების გათვალისწინების კუთხით. 2022 წლის1 ივნისიდან ძალაში შევიდა კანონი „მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ", რომლის პირველ მუხლში ჩამოყა-

[14] იხ. *Tamm*, Verbraucherrecht, Prof. Dr. *Marina Tamm*, Prof. Dr. *Klaus Tonner* (Hrsg.), Auflage 2012, §1, Rn.15.

ლიბებულია ამ კანონის ისეთი მიზნები, რომლებიც მისაღებია სპეციალური დარგისათვის, მაგრამ არასაკმარისია. ეს მიზნებია: „ა. მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართლებრივი საფუძვლებისა და სახელმწიფო პოლიტიკის განსაზღვრა; ბ. მომხმარებლის უფლებების დაცვის ორგანოების ეფექტიანად ფუნქციონირების პირობებისა და საზოგადოებრივი მონიტორინგის ჩამოყალიბება; გ. მომხმარებლის პატივისცემაზე დამყარებული ქცევის კულტურის განვითარება; დ. საქართველოში მომხმარებლის უფლებების დაცვის სფეროში საერთაშორისო და ევროპული ქვეყნების საუკეთესო პრაქტიკის დანერგვა“. დარგის ნიშნები უფრო ჩანს კანონის მე-2 მუხლში, რომელიც მისი რეგულირების სფეროს ადგენს: „ეს კანონი განსაზღვრავს საქართველოს ტერიტორიაზე იმ ფიზიკური პირის უფლებების დაცვის ზოგად პრინციპებს, რომელიც სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შედის მოვაჭრესთან მისი საქონლის ან მომსახურების პირადი მოხმარებისათვის გამოყენების მიზნით. სახელშეკრულებო პრინციპებზე ხაზგასმისას მნიშვნელოვანია სამართლის ის ნორმები, რომელსაც შეიცავს აღნიშნული კანონი. ასე რომ, საქართველოს პირობებში (ახლანდელ საკანონმდებლო სისტემაში) ამ ეტაპზე მეტი საფუძველი არსებობს მომხმარებელთა სამართლის სპეციალურ სამართლად აღიარებისათვის, რასაც ადასტურებს სხვა ნორმატიული აქტების არსებობაც. უფრო მეტიც, ამ აზრს განამტკიცებს მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ევროდირექტივა,[15] რომელმაც გავლენა მოახდინა გერმანელი მეცნიერების დამოკიდებლებაზეც.[16]

7. დასკვნა

მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ეფექტური საშუალება სრულყოფილი, ევროპულ სამართალთან ჰარმონიზებული კანონმდებლოს შექმნაა. მით უფრო ამ მიმართულებით საქართველომ ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულების დადებით იკისრა ეს ვალდებულება – დაუახლოოს ნაციონალური კანონმდებლობა ევროკავშირის სხვადასხვა სამართლებრივ აქტს, მათ შორის სამომხმარებლო სფეროში. ერთიანი საკანონმდებლო რეგულაციების ჩამოყალიბება კი ერთ-ერთი წინგადადგმული ნაბიჯია ამ დარგის განვითარებისა და შესაბამისად მომხმარებელთა უფლებებიც დაცვის კუთხით.

მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, როგორც დამოუკიდებელი დარგი, ახალია სამართლის სისტემაში. ამ ურთიერთობების მომწესრიგებელი ნორმები სამართლის სხვადასხვა დარგშია გაბნეული და მისი ერთ სივრცეში მოქცევა ალბათ შეუძლებელიც გახლავთ. მართალია დღეს გვაქვს კანონი – „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ”, მაგრამ ამ პრობლე-

[15] იხ. ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2011 წლის 25 ოქტომბრის დირექტივა 2011/83/EC „მომხმარებელთა უფლებების, საბჭოს დირექტივასა 93/13/ EEC და ევროპარლამენტისა და საბჭოს დირექტივაში 1999/44/ EC შესწორებების შეტანის და საბჭოს დირექტივისა 85/577/ EEC და ევროპარლამენტისა და საბჭოს დირექტივის 97/7/EC გაუქმების შესახებ.

[16] იხ. *Tamm*, Verbraucherrecht, Prof. Dr. Marina Tamm, Prof. Dr. *Klaus Tonner* (Hrsg.), Auflage 2012, §1, Rn.15.

მის აღმოფხვრა – ერთიან სამართლებრივ სივრცეში მოქცევა – დარგის სპეციფიური ხასიათიდან – ინტერდისციპლინური ბუნებიდან გამომდინარე, ვერ მოხერხდება. მომხმარებლის ინტერესის დაცვის აუცილებლობა ჩნდება იქ, რა სფეროშიც ირღვევა მისი უფლებები. ეს სფერო კი სამართლის კონკრეტულ დარგამდე მიგვიყვანს.

არსებული კანონმდებლობის დახვეწა და ევროპული თუ ევროკავშირის სამართლის გამოცდილების გაზიარება, ერთ-ერთი მთავარი ამოცანა და გამოწყვევაა საქართველოს წინაშე.

*ბექა ქანთარია**

კონსტიტუციონალიზმი: უნივერსალური წესრიგი და მომავლის არქიტექტონიკა

სახელმწიფო ხელისუფლების შებოჭვა კაცობრიობის მარადიული პრობლემაა. ჩვენი მიზანია გამოვკვეთოთ კონსტიტუციონალიზმის არსებითი ნაკლოვანებები. დღემდე კონსტიტუციონალიზმი მიჩნეულია, როგორც ძალაუფლებათა მოთვინიერების უმთავრესი მექანიზმი. თუმცა, რამდენად შეუძლია მას ეს ყოველივე? აქვს თუ არა დღეს მეცნიერულ თუ პრაქტიკულ კონსტიტუციონალიზმს შემუშავებული ისეთი მექანიზმები, რომლებიც ძალაუფლებათა შორის ბალანსის შენარჩუნებას და ღირებულებათა დაცვას უზრუნველყოფს? ერთია სწრაფვა ამ მიზნისაკენ, მეორეა, თუ რამდენად ძალუძს ეს დღეს მას? ერთია, როდესაც კონსტიტუციონალიზმი აღიარებს ღირებულებათა სისტემას, როგორც ფასეულობას ნორმებში, მეორეა, თუ როგორ აღწევს ის ამ ღირებულებებით სახელმწიფო ხელისუფლების და საზოგადოების მართვას. კონსტიტუციონალიზმს ახასიათებს ნაკლოვანებები, რომელთა აღმოფხვრა და გამოსწორება შესაძლებელი იქნებოდა ახალი მიდგომებისა და მიმართულებების გააზრებით.

1. კონსტიტუციონალიზმი: რეტროსპექტივა

1.1. ტიპოლოგია

კონსტიტუციონალიზმმა ევოლუციის რამდენიმე ეტაპი განვლო: *ანტიკური, წინაჰეკლასიკური, კლასიკური და ნეოკლასიკური. ნეოკონსტიტუციონალიზმი* ახალი იდეებით, პერსპექტივებითა და გამოწვევებით ხასიათდება.

1.2. არქეტიპები

კონსტიტუციონალიზმის კულტურის საფუძველია ანტიკური რომი და საბერძნეთი. *„კონსტიტუცია“ (constitutio)* ანტიკური ეპოსის ბერძნული ფილოსოფიის აქტუალური თემა იყო. კონსტიტუციონალიზმის *ეჰა* (ეროსი) – ათვლის წერტილი საბერძნეთიდან იწყება. ბერძენ ფილოსოფოსებთან *„კონსტიტუცია“* სახელმწიფოს (*πόλις*) ერთიანობისა და წესრიგის სიმბოლოა[17]. არისტოტელე[18] აღი-

* სამართლის დოქტორი, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის კონსტიტუციური დემოკრატიის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის ხელმძღვანელი.

17 *C. Schmitt. Verfassungslehre.* Zehnte Auflage. Berlin. 2010. 4.

18 არისტოტელე. *პოლიტიკა.* ნაწილი პირველი (1995), ნაწილი მეორე (1996). ძველი ბერძნულიდან თარგმნა, შესავალი წერილი და განმარტებები დაურთო პროფესორმა *თამაზ კუკავამ.*

არებულია როგორც კონსტიტუციის პირველი *თეოჰეტიკოსი* და *ანაღიტიკოსი*[19]. ბერძნული ფილოსოფიის მიხედვით, კონსტიტუცია გულისხმობს „მმართველობის განსაკუთრებულ ფორმას“, იგი „სახელმწიფოს ფორმაა“, ამიტომ კონსტიტუცია მოიაზრება როგორც *„ფოჰმის ფოჰმა“* (*forma formarum*)[20]. *ანტიკური კონსტიტუციონალიზმის* შემეცნების უმთავრესი ობიექტია სახელმწიფო მმართველობის კონცეპტი და კლასიფიკაცია. თანამედროვე *კლასიკურ-ლიბერალური* კონსტიტუციონალიზმი გარკვეულწილად *ანტიკური* კონსტიტუციონალიზმის, ასევე ბერძნული პოლიტიკური ფილოსოფიის მიღწევებითაა ნასაზრდოები. აღნიშნულ ეპოსს მიეკუთვნება ინსტიტუციებით მდიდარი *რომაული კონსტიტუციონალიზმი*. *Constitutio* რომის უმაღლესი თანამდებობის პირების მიერ მიღებულ იურიდიულ აქტებს წარმოადგენდა. მისი შესატყვისია *„სტატუტები“* (*statutum*), რაც *„დადგენას“*, *„დაწესებას“* გულისხმობს. არ უნდა დაუვიწყოთ რომაელებს ღვაწლი კონსტიტუციონალიზმის ჩამოყალიბებაში. მის *სათავეებთან* დგას ციცერონი თავისი ბრწყინვალე იდეებით – *„De Republica“* და *„De Legibus“*. იგი კონსტიტუციონალიზმის *პანთეონის* მარადიული ბინადარია. დამფუძნებელი ძალაუფლების შესახებ იდეის ფესვები ანტიკური წარმომავლობისაა, ვინაიდან რომში საკანონმდებლო ანსამბლეები – *comitia* ან *concilia plebis* დროდადრო აკონტროლობდნენ ყველაფერს და გააჩნდათ კონსტიტუციის შეცვლის ძალაუფლება[21].

2. კონსტიტუციონალიზმი: პერსპექტივა

2.1. მომავლის კონსტიტუციონალიზმი

კონსტიტუციონალიზმის ყველაზე დაუძინებელი მტერი ტოტალიტარიზმია. მარქსიზმი „ცნობდა“ მხოლოდ კონსტიტუციას და არა კონსტიტუციონალიზმს. არადემოკრატიულ სახელმწიფოებში კვლავ პრობლემად რჩება ნიჰილიზმი კონსტიტუციონალიზმის იდეისადმი. კონსტიტუციონალიზმის მასშტაბები არაა განსაზღვრული „დიდი“ და „პატარა“ სახელმწიფოებით. იგი შესაძლებელია ერთნაირად წარმატებული იყოს ორივე მოდელში.

2.2. განმანათლებლობა კონსტიტუციონალიზმში

კონსტიტუციონალიზმი გამორჩეულია ორიგინალური იდეებით. ამიტომ კონსტიტუციონალიზმის ისტორია გვერდს ვერ აუვლის *განმანათლებლობას* ამ სფეროში. განმანათლებელთა ინტელექტი გახდა კონსტიტუციონალიზმის აღორძინების საფუძველი, *ინტელექტუალური კონსტიტუციონალიზმის* მამოძრავებელი ძალა. იდეებმა დროთა განმავლობაში მასობრივი ხასიათი შეიძინა *(მასობრივი კონსტიტუციონალიზმი)*. კონსტიტუციონალიზმი ცივილიზაციის უდიდეს გონებრივ ქმნილებას წარმოადგენს *(ჰაციონალიზირებული კონსტიტუციონალიზმი)*.

[19] *H. Vorländer. Die Verfassung – Idee und Geschichte*. 2 überarbeitete Auflage 2. München. 2004. 7.

[20] *C. Schmitt*. 5.

[21] *ბ. ლეონი. თავისუფლება და კანონი*. 2015. 160.

კონსტიტუციონალიზმში „ძველი“ იდეა „თანამედროვე“ იდეაა. ახალი იდეების საფუძველი ძველი იდეებია *(გენეზისი კონსტიტუციონალიზმში)*. მაგალითად, კონსტანტის *pouvoir neutre-ის* თეორია XIX საუკუნის პირველ ნახევარს მიეკუთვნება. დღეს კი იგი გამოყენებულია პოლიტიკურ და სამართლებრივ სისტემაში: სახელმწიფოს მეთაურისა და საკონსტიტუციო სასამართლოს მიმართ. კონსტიტუციონალიზმი ძველისა და ახლის უწყვეტი კავშირია *(მემკვიდრეობითი კონსტიტუციონალიზმი)*.

2.3. კონსტიტუციონალიზმი მეცნიერებათა „გრავიტაციულ ველში“

კონსტიტუციონალიზმის ევოლუციის შედეგია კონსტიტუციონალიზმის *მეცნიერებათმცოდნეობა. დღეს უკვე „კონსტიტუცია და მეცნიერება“* განუყოფელი ელემენტებია. „კონსტიტუციონალიზმის“ სუბ-და ინტერდისციპლინათა გრავიტაციულ ველში თავს იყრის კონსტიტუციონალიზმის შემსწავლელი მეცნიერებები. ჩვენ უნდა განვავითაროთ *მეცნიერული* კონსტიტუციონალიზმი. კონსტიტუციონალიზმი უნივერსალური ბუნებისაა. მას არ შეუძლია ისტორიის, პოლიტიკის, ფილოსოფიის, სოციოლოგიის, ეკონომიკის, კულტურისა და სამართლის გარეშე ყოფიერება. კონსტიტუციონალიზმი ქმნის საკონსტიტუციო სამართლის ონტოლოგიურ საფუძვლებს. კონსტიტუციონალიზმის შემსწავლელ „კომპლექსურ მეცნიერებაში“ უნდა მოვიაზროთ: კონსტიტუციონალიზმის ისტორია, თეორია, დოგმატიკა, ფილოსოფია და სოციოლოგია. კონსტიტუციონალიზმი უკვე „მეცნიერული ჭეშმარიტებაა“. იგი სოციალური დინამიკის შედეგია. ამიტომ მას აქვს სოციოლოგიური საფუძვლები. შესაძლებელია საუბარი *ფსიქოლოგიურ* კონსტიტუციონალიზმზეც, ვინაიდან სოციოლოგია გარკვეულწილად ფსიქოლოგიას ეყრდნობა. კონსტიტუციონალიზმის მრავალმხრივი ბუნების შესწავლა ისტორიული, ფილოსოფიური თუ სოციოლოგიური ასპექტების გარეშე, მას წმინდა მეცნიერულ ხასიათს უკარგავს. კონსტიტუციონალიზმის მეცნიერებათა კომპლექსურ სისტემაში თავს იყრის რთული და ხშირად გადაუჭრელი პრობლემები. ამიტომ, კონსტიტუციონალიზმი „რთული მეცნიერებაა“.

2.3.1. კონსტიტუციის თეორია ჰოგოჩც „ანაღიტიკური მოძღვრება“

კონსტიტუციის შემსწავლელ მეცნიერებათა კომპლექსურ სისტემაში პირველ ადგილს *კონსტიტუციის თეორია* იკავებს. კონსტიტუციას კონსტიტუციის თეორია იკვლევს. წარმატებული საკონსტიტუციო კანონმდებლობისათვის ის „*road map*“-ია[22]. „კონსტიტუციის თეორია“ თანამედროვე მეცნიერებაში კარგად დამკვიდრებული ტერმინია[23]. გერმანიაში მისი ფუძემდებელია *კარლ შმიტი*[24], რომელმაც თავისი სახელგანთქმული ნაშრომი 1928 წელს გამოსცა და ამით ხელი შეუწყო კონსტიტუციის შემსწავლელი მეცნიერების ცალკე დისციპლი-

[22] *M. Jestaedt.* Der Beitrag der modernen Verfassungstheorie zu einer geglückten Verfassunggebung, in: Verfassungstheorie und Verfassungsgebung, Überlegungen anlässlich der Diskussion um eine Verfassungsreform in der Türkei Hg. *Scherzberg A., Can O., Dogan I.*, Hrsg. *Depenheuer O.*, Band 9, Münster, 10.

[23] *M. Morlok.* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? Berlin, 1988, 16.

[24] *C. Schmitt.* Verfassungslehre, Zehnte Auflage, Berlin. 2010.

ნად ჩამოყალიბების პროცესს და *კონსტიტუციის* ირგვლივ ფართო მეცნიერულ დისკუსიას[25]. იმავე წელს გამოიცა *ჰუდოლფ სმენდის*[26] კიდევ ერთი ფუნდამენტური ნაშრომი. ჩამოყალიბდა ორი მიმართულება – შმიტისა და სმენდის სკოლების სახელწოდებით. კონსტიტუციის თეორიის განვითარებაში ასევე დიდი წვლილი შეიტანეს ძველი თაობის მეცნიერებმა *კარლ ლოვენშტაინმა* (1891-1973), *გეორგ ჰავეკატემ* (1942-2006) და *ფეიდინანდ ჰეიმენსიმ* (1906-1998).

მიუხედავად კონსტიტუციის თეორიის საგნის და შემეცნების მეთოდების მიმართ არაერთგვაროვანი დამოკიდებულებისა, ყველა ავტორი თანხმდება, რომ კონსტიტუციის თეორია დამკვიდრდა პოლიტიკური მეცნიერების „გრავიტაციულ ველში“[27]. დღემდე კონსტიტუციის თეორიაში სიახლეები და მიღწევები შეუქცევადია.

საკონსტიტუციო სამართლის ბირთვი კონსტიტუციის თეორიაა[28]. მისი სამეცნიერო ინტერესის სფერო დღემდე სადავოა. დიდი ხნის მანძილზე პასუხგაუცემელი იყო მისი დამოუკიდებლობის, საგნის და მეთოდების საკითხი.

სახელმწიფოს ზოგადი თეორია და კონსტიტუციის თეორია მეცნიერებათა ერთ ოჯახს მიეკუთვნება[29]. მათ შორის მჭიდრო კავშირს, ერთი მხრივ, სამეცნიერო ინტერესთა სფერო – *თანამედროვე სახელმწიფო და მისი კონსტიტუცია* და, მეორე მხრივ, შემეცნების *სპეციფიკური მეთოდები* განაპირობებს[30]. სახელმწიფოს ზოგად თეორიას და კონსტიტუციის თეორიას აქვთ საერთო ნიშან-თვისებები[31]. ორივე სამართლის მეცნიერების მნიშვნელოვანი დარგია[32]. თუმცა, უკვე დიდი ხანია კონსტიტუციის თეორია სახელმწიფოს ზოგადი თეორიისაგან ემანსიპირებულია. შეიძლება მარტივად ითქვას: ეს ორი მეცნიერება ორ ფენომენს იყოფს საკვლევაძიებოდ: სახელმწიფოს ზოგადი თეორია – *სახელმწიფოს*, კონსტიტუციის თეორია – *კონსტიტუციას*.

კონსტიტუციის თეორიის შემეცნების ობიექტი *პოზიტიური კონსტიტუციაა*[33]. მისი საგანი ყველა დროში არ ყოფილა ერთგვაროვანი. როგორც ზემოთ ითქვა, კონსტიტუციური პროცესებისა და საკონსტიტუციო-თეორიული საკითხების მიმართ მიდგომები ცვალებადი იყო. ამიტომ, შეიძლება ვისაუბროთ კონსტიტუციის თეორიის *ძველ და ახალ ამოცანებზე*, შემეცნების ადრინდელ და თანამედროვე მეთოდებზე. კონსტიტუციის თეორია დღეს მრავალი ამოცანის წინაშე დგას. ერთ-ერთი კი *კონსტიტუციის ინტეგრაციაა*. ის შეისწავლის

[25] შდრ. *M. Morlok.* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? Berlin, 1988, 16.

[26] *R. Smend. Verfassung und Verfassungsrecht*, München. 1928.

[27] *M. Jestaedt.* Verfassungstheorie als Disziplin, in: Verfassungstheorie, Hrsg. von *Depenheuer O., und Grabenwarter Ch.*, Tübingen, 2010, 6.

[28] *K. Poier.* Verfassungsrecht und Allgemeine Staatslehre, Prüfungsfälle und Lösungsvorschläge in systematischer Bearbeitung, 4., aktualisierte und erweiterte Auflage, Verlag Österreich, Wien, 2011, 15.

[29] *M. Jestaedt.* Verfassungslehre als Disziplin, in: Verfassungstheorie, Hrsg. *Depenheuer O., und Grabenwarter Ch.*, Tübingen, 2010, 8.

[30] *P. Pernthaler.* Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, Zweite, völlige neubearbeitete Auflage, Wien, 1996, 19.

[31] *M. Morlok.* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? Berlin, 1988, 24.

[32] *M. Morlok.* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? Berlin, 1988, 25.

[33] *P. Pernthaler,* 26.

მისი განმარტების თავისებურებებს[34]. ინტერპრეტატორებს უსახავს გზებს და მეთოდებს და უდგენს განსაკუთრებულ პასუხისმგებლობას[35]. კონსტიტუციის თეორიაში გამოყოფენ მისი შემეცნების სამ მიმართულებას. პირველი, ის, როგორც პოლიტიკური მეცნიერების ნაწილი, ახდენს მსოფლიოს სხვადასხვა კონსტიტუციის კლასიფიკაციას და მათ შედარებას. აქ მთავარი აქცენტი კეთდება მმართველობის ფორმებზე[36]. მეორე, კონსტიტუციის თეორია აანალიზებს კონკრეტული კონსტიტუციის სამართლებრივ, თეორიულ და პოლიტიკურ ასპექტებს[37]. მესამე, კონსტიტუციის თეორია აკვირდება კონსტიტუციის იდეალურ ტიპებს და აფასებს მათი გამოყენების ეფექტიანობის ხარისხს.

კონსტიტუციის თეორია კომპლექსურია. ის ახდენს კონსტიტუციური საკითხების განმარტებას, ემპირიულ და ნორმატიულ დამუშავებას[38]. კონსტიტუციის თეორია, როგორც მეტათეორია, კონსტიტუციის დოგმატიკის თეორიაა[39] („თეორიის თეორია“).

მისი ნორმატიული ბუნება სხვადასხვა ასპექტისაა. კონსტიტუციის თეორიის საგანი კონსტიტუციაა (obiectum quod)[40]. იგი კონსტიტუციას განიხილავს, როგორც ნორმატიულ სინამდვილეს და არა როგორც ისტორიულ, სოციალურ, ან სოციო-ფსიქოლოგიურ მოვლენას. ამით კონსტიტუციის თეორია თავისუფალია, ერთი მხრივ, კონსტიტუციის ისტორიისაგან და, მეორე მხრივ, კონსტიტუციის სოციოლოგიისა და ფსიქოლოგიისაგან[41]. კონსტიტუციის თეორია „ნორმის მეცნიერებაა“, ისევე როგორც სახელმწიფო სამართლის მეცნიერება[42].

კონსტიტუციის თეორია განიხილება, როგორც დისციპლინათა ჰიბრიდული ფორმატი ანუ მულტი-იურიდიული სუბ-დისციპლინა[43], რომელიც სამი ფუნდამენტური ასპექტითაა განპირობებული: *კონსტიტუციის თეორია, როგორც მოძღვრება კონსტიტუციის შესახებ, კონსტიტუციის თეორია, როგორც კონსტიტუციის ფილოსოფია და კონსტიტუციის თეორია, როგორც მოძღვრება კონსტიტუციის ფორმისა და სტრუქტურის შესახებ.*

კონსტიტუციის თეორია უნდა გავიგოთ, როგორც კონსტიტუციის კონტექსტუალური თეორია[44], რომელიც საშუალებას იძლევა, დადგინდეს მისი ტექსტის მნიშვნელობა. ამ თვალსაზრისით, შეიძლება ითქვას, რომ ის კონსტიტუციის ანალიტიკური თეორიაცაა. ამ თვალსაზრისით, კონსტიტუციის თეორიის უმთავრესი კითხვებია: *როგორ ფუნქციონირებს კონსტიტუცია? ჰას აკეთებს*

[34] *P. Häberle.* Die Verfassung des Pluralismus, Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Athenäum, 1980, 94.
[35] *P. Häberle,* 94.
[36] *P. Pernthaler,* 27.
[37] *P. Pernthaler*, 28.
[38] *M. Morlok,* 50.
[39] *M. Morlok,* 54.
[40] *M. Jestaedt,* 11.
[41] *M. Jestaedt,* 11.
[42] *K. Hesse.* Die Normative Kraft der Verfassung, Tübingen, 1959, 5.
[43] *M. Jestaedt*, 18.
[44] *M. Jestaedt.* Beitrag moderner Verfassungstheorie, in: Verfassungstheorie und Verfassungsgebung, Hrsg. *Depenheuer O.*, 15.

ის მატერიალური ეთიანობისათვის? ხა ახის კონსტიტუციის მთავარი საყრდენი და ცალკეული კონსტიტუციური პრინციპის ფუნქციონირებისათვის აუცილებელი? კონსტიტუციის ჰერმენევტიკული თეორია იძლევა კონსტიტუციის შინაარსის კონტექსტუალიზაციას. ამ გაგებით, კონსტიტუციის თეორია კონსტიტუციის შემეცნების თეორიაა. კონსტიტუციის თეორიას საკონსტიტუციო სამართლის პოლიტიკასაც უწოდებენ[45].

2.3.2 კონსტიტუციის ისტორია ხოგორც „არგუმენტაციის თეორია"

საკონსტიტუციო სამართალში ისტორიულ კველვას ხანგრძლივი ტრადიცია აქვს. პირველ რიგში, კითხვა ეხება იმას, თუ რა მნიშვნელობა ჰქონდა კონსტიტუციას და მის წინაპირობებს ადრინდელ ეპოქებში. არსებობს ისტორიულ-კულტურული და სამეცნიერო ინტერესი კონსტიტუციური ნორმების ფესვების მიმართ, მაშინაც კი, როდესაც ეს ნორმები განმარტების პროცესში განსაკუთრებულ როლს არ ასრულებენ[46]. მჭიდრო კავშირი აქვს აგრეთვე ფილოსოფიის ისტორიკოსებს კონსტიტუციის ისტორიასთან. აქ იურისტი სწავლობს ისტორიკოსისგან, ხოლო ისტორიკოსი იურისტისგან[47]. კონსტიტუციის ისტორია იძლევა ნორმის ინტერპრეტაციის საშუალებას[48]. თუმცა, ის მხოლოდ ისტორიული ასპექტით არ შემოიფარგლება[49] და გავლენას ახდენს თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართალზე მთლიანად, ვინაიდან, ისტორიული ცოდნა კონსტიტუციის არსის სწორი გაგების ერთ-ერთი წინაპირობაა[50].

2.3.3. ჰერეფცია ხოგორც კონსტიტუციონალიზმის განზოგადების მასშტაბი

რეცეფცია ისტორიულ-კულტურული პროცესი[51] და სოციალური ფენომენია[52]. რეცეფცია უნივერსალური და დროის მიღმა არსებული მოვლენაა[53]. რეცეფცია პროცესია[54]. სამართლის თეორიაში ამ პროცესის ოთხ ფაზას გამოყოფენ: სამართლის *მოძიება, განხილვა, მიღება და გათავისება*[55]. რეცეფცია კულტურის ყველა სფეროში გამოიყენება. იგი კულტურათა განზოგადოების საშუალებაა.

---

[45] *M. Jestaedt*, 17.

[46] *U. Schröder.* Verfassungsvoraussetzungen – rechtshistorisch betrachtet. in: Rechtsgeschichte (Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte). 22. 2014, 338.

[47] *H. Thieme.* Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaft. in: Arbeiten zur Rechtsgeschichte. Festschrift für *Gustaf Klemens Schmelzeisen.* Hrsg. Von Hans-Wolf Thümmen. Band 2, 288.

[48] *W. Frotscher. B. Pieroth.* Verfassungsgeschichte, 12., Auflage, München, 2013, 1.

[49] *R. Koselleck.* Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtschreibung, in: Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, Beiheft 6, Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung, Hrsg. *Ernst-Wolfgang Böckenförde/Rolf Grawert/Fritz Ossenbühl/Helmut Quaritsch/Eberhard Weis/Bernard Willms*, Berlin. 1983, 21.

[50] *M. Morlok.* Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie, Berlin. 1988, 30.

[51] Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, IV Band, Berlin, 1990, 971/972.

[52] *Ernst E. Hirsch,* Rezeption als sozialer Prozeß: Erläutert am Beispiel der Türkei (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung), 1981.

[53] *Chr. Starck,* Schlusswort, in: Rezeption und Paradigmenwachsel im öffentlichen Recht, 205.

[54] *H. Keller,* Rezeption des Völkerrechts, 2003, 4.

[55] *Chr. Rumpf*, Rezeption und Verfassungsordnung: Beispiel Türkei. Pax Ottomana, FS. für Nevzat Göyünc, Ankara, 2002, 735-764.

რეცეფციის სფეროა განსაზღვრული სოციალური, სულიერი და ტექნიკური მიღწევები[56]. რეცეფციის განვითარების ისტორია ნათლად გვიჩვენებს, თუ რაოდენ დიდი მნიშვნელობა ჰქონდა ხელოვნების ნიმუშების *(Rezeptionsästhetik)* რეცეფციას. ხანგრძლივი ტრადიცია აქვს ბიბლიის რეცეფციას[57] მათ შორის სამართალში.

სამართლის რეცეფცია ზოგადკულტურული რეცეფციის ნაწილია[58]. რეცეფცია მხოლოდ იურიდიული ცნება არაა. რეცეფცია კულტურათა დიალოგია და კულტურათა ურთიერთგაცვლაა. ის სხვადასხვა კულტურებს ერთმანეთთან აახლოებს. კულტურული რეცეფციის მიზანი კონფრონტაციის უარყოფა და კულტურათაშორისი ჰარმონიზაციაა. რეცეფცია ქვეყნებს სრულყოფილებისაკენ უბიძგებს. როდესაც ამოწურულია „შიდა ეროვნული“ რესურსი, აუცილებელია ამ რესურსის „გარედან“ მოძიება. შესაბამისად, რეცეფციის კლასიკური გაგება ემყარება პროცესს – „გარედან“ (exogen). სამართლის სფეროში რეცეფციის საგანი შეიძლება იყოს *„ის, ჰაც უცხოა“*. სამართლის რეცეფცია ემყარება პრინციპს *„გახედან შიგნით და შიგნიდან გახეთ“* (ორმხრივი ან მრავალმხრივი რეცეფცია). რეცეფცია *შიდაა*, როდესაც ერთი ქვეყნის ისტორიული ნორმები გავლენას ახდენს იმავე ქვეყნის შემდგომ კანონმდებლობაზე. *„სამახთღის უხთიეხთგავღენის შიდა პხოცესი“*-ს ეს ფორმა რეცეფციის ნაირსახეობაა. მაგალითად, *ნდობის ღესტხუქციუღი ვოტუმიდან* (ვაიმარის 1919 წლის კონსტიტუცია) მივიღეთ *ნდობის კონსტხუქციუღი ვოტუმი* (გერმანიის ძირითადი კანონის 67-ე მუხლი). შიდა რეცეფციის მაგალითებს იძლევიან გერმანული მიწები. მაგალითად, ქვემო საქსონიის 1993 წლის კონსტიტუციამ ბევრი ისესხა შლეზვიგ-ჰოლშტაინის კონსტიტუციისგან.

სამართლის რეცეფცია განიხილება როგორც „განვრცობა-გაფართოების“ პროცესი. ის მიზნად ისახავს სამართლის საერთაშორისო უნიფიცირებას[59]. რეცეფცია ხორციელდება სამართლის ნებისმიერ დარგში, მათ შორის, საეკლესიო სამართალში (*ius canonicum*). სამართლის რეცეფცია ისტორიული ცირკულაციის შედეგია. რეცეფცია კონსტიტუციონალიზმში კარგად დამკვიდრებული ტერმინია[60]. ფაქტობრივად, *კონსტიტუციონალიზმის ისტორია კონსტიტუციის ხეცეფციის ისტორიაა*. კონსტიტუციური სისტემები ინდივიდუალური და განსხვავებულია (მონტესკიე)[61]. სწორედ ინდივიდუალიზმი და განსხვავებულობაა რეცეფციის იმპულსი. შედარებითი კონსტიტუციონალიზმი მკაფიოდ წარმოაჩენს, თუ როგორ განვითარდნენ ძველი თუ ახლად შექმნილი სახელმწიფოები

[56] *G. Köbler,* Juristisches Wörterbuch, 5. Auflage 1991, 303.

[57] *Ed Noort,* Rezeptionsgeschichte der Bibel als hermeneutisches Konzept. In Bibel- und Antikenrezeption: eine interdisziplinäre Annäherung (Exegese in unserer Zeit; Vol. Band 23). 2014. Berlin, 42-72.

[58] *P. Häberle,* Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Zweite, stark erweiterte Auflage, Berlin, 1998, 459.

[59] *P. Czarny*, Rechtsrezeption im polnischen Verfassungsrecht durch Verfassungsgebung und Verfassungsgericht, in: Rezeption und Paradigmenwachsel im öffentlichen Recht, 111.

[60] *G. Stourzh,* Die Grundrechte in der Paulskirche und im Kremsierer Reichstag: Gemeinsamkaiten, Unterschit, Rezeptionen. in: Verfassungswandel um 1848 im europäischen Vergleich. Herausgegeben von Martin Kirch und Pierangelo Schiera. Band 38.

[61] *მ. ტაშნეტი,* შედარებითი კონსტიტუციური სამართლის საწყისები, თბილისი, 2016, გვ. 8.

რეცეფციის გზით. *ის, რომ თანამედროვე სამყაროში თითქმის ყველა სახელმწიფოს კონსტიტუცია გააჩნია, სწორედ რეცეფციის შედეგია.* ძველი კონსტიტუციური იდეებისა თუ ინსტიტუციების რეცეფცია დღემდე გრძელდება. რეცეფცია ასრულებს დამაკავშირებელი ხიდის როლს წარსულსა და დღევანდელობას შორის.

ბოლონიაში შუასაუკუნეებში დაწყებული ფართო მასშტაბიანი რეცეფციის ერთ-ერთი შემადგენელი ნაწილი *საჯარო სამართლის* რეცეფცია იყო. ამ პერიოდს უკავშირდება რომაული პრინციპატის ეპოქის სახელმწიფო სამართლის რეცეფცია[62]. კერძო სამართლის რეცეფცია განსხვადება საჯარო სამართლის (განსაკუთრებით საკონსტიტუციო სამართლის) რეცეფციისაგან[63]. ეს განსხვავება, პირველ რიგში, ეხება რეცეფციის გზებსა და მეთოდებს[64].

კონსტიტუციური ნორმებისა და პრინციპების რეცეფცია ხორციელდება როგორც ისტორიიდან, ისე თანამედროვე სამართლებრივი სისტემებიდან. რეცეფციას „წარსულიდან" ორი ასპექტი აქვს: პირველი, რეცეფცია *სხვა ქვეყნის კონსტიტუციური წარსულიდან* (მაგალითად, საფრანგეთის კონსტიტუციური სისტემის გავლენა გერმანულ მოდელზე) და, მეორე, რეცეფცია *„საკუთარი ისტორიიდან"* (მაგალითად, შვეიცარიაში მთავრობა, როგორც დირექტორიის რეჟიმი, პირველად ჩამოყალიბდა 1848 წლის კონსტიტუციით, რომელიც უცვლელადაა ასახული შვეიცარიის თანამედროვე კონსტიტუციაში). როგორც „წარსულიდან", ისე „თანამედროვე სისტემიდან" რეცეფციას ორი ფორმა აქვს: პირველი, როდესაც რეცეფციის მსურველი სახელმწიფო კონსტიტუციური იდეების, პრინციპებისა და ინსტიტუტების რეცეფციას ახდენს სხვა მოდელიდან (გარედან რეცეფცია) და, მეორე, როდესაც ფედერალურ სახელმწიფოებში ფედერალური სუბიექტები სარგებლობენ სხვა სუბიექტების გავლენით (მსგავსი გავლენები გერმანიის მიწებს შორის ორმხრივად).

2.4. კონსტიტუციონალიზმი და კულტუროლოგია

შეისწავლო კონსტიტუციონალიზმის ისტორია ნიშნავს შეისწავლო ერის კულტურა. კონსტიტუციონალიზმის ისტორია პარადიგმებისა და პარადოქსების ისტორიაა. ამიტომ „ისტორიზმის" პრინციპი თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმში ერთ-ერთი აქტუალური საკითხია. კონსტიტუციის ისტორია გაგებულია როგორც თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართლის ეგზისტენცია[65]. კონსტიტუციონალიზმის ისტორია „თანამედროვეობის ისტორიაა"[66]. *ისტორიული* კონსტიტუციონალიზმი წარმოაჩენს კონსტიტუციონალიზმის იდეებისა თუ პრინციპების კულტურიზაციის ქრონოლოგიას. კონსტიტუციონალიზმის ისტორია გვიჩვენებს მის ცვალებად ბუნებას. კონსტიტუციონალიზმისათვის ცალსახად

[62] Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, IV Band, Berlin, 1990, 983/984.

[63] *P. Czarny*, 112.

[64] *P. Czarny*, 112.

[65] იხ. *ბ. ქანთარია*. სამართლის ისტორია როგორც პრაქტიკული მეცნიერება და არგუმენტაციის თეორია. ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო". 2017. N: 8. 59.

[66] *W. rotscher, B. Pieroth. Verfassungsgeschichte.* 17., überarbeitete Auflage. 2018.

„მე“, ან ცალსახად „ჩვენ“, მიუღებელია. ის „მე“-სა და „ჩვენის“ სინთეზია. XXI საუკუნე *ზნეობრივი* კონსტიტუციონალიზმის საუკუნეა, ვინაიდან თავად ზნეობრივი იდეები შეადგენენ სამართლის საფუძვლებს[67].

კონსტიტუციის ისტორია (მისი გერმანული შესატყვისია *Verfassungsgeschichte*, რომელიც სამეცნიერო ბრუნვაში შემოიღო გერმანელმა პროფესორმა დიტმარ ვილოვაიტმა)[68], როგორც მეცნიერული დისციპლინა შეისწავლის ასევე თუ რა შემორჩა თანამედროვე კაცობრიობას კონსტიტუციონალიზმის ეპოქებიდან. მეცნიერული დაკვირვება გვიჩვენებს, თუ რომელი ინსტიტუტი გახდა ისტორიის კუთვნილება და რომელი აგრძელებს სიცოცხლისუნარიანობას მრავალფეროვანი მემკვიდრეობიდან. იდეა ევოლუციური გზით მუშავდება, იხვეწება და შემდეგ გადადის კულტურულ სფეროში და ამით ხდება კულტურის ნაწილი. კონსტიტუციონალიზმი იდეის, ევოლუციისა და კულტურის სინთეზია.

კონსტიტუციის ისტორია შეიმეცნებს და გვიჩვენებს ეპოქალური კონსტიტუციონალიზმის მემკვიდრეობას, ასევე მთელი სიზუსტით წარმოაჩენს *„კონსტიტუციონალიზმის ფეიადოვანი ხაზის“*[69] შექმნაში კაცობრიობის მიღწევებს. კონსტიტუცია და კონსტიტუციონალიზმი ცივილიზაციის კულტურის ნაწილია, ხალხთა შემოქმედებითი უნარის საბოლოო რეზულტატია. ამიტომ ჩვენი საუკუნე *კულტუხული კონსტიტუციონალიზმის* საუკუნეა. *„ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმი“* კარგია, თუმცა იგი ზღვარდადებულია და მან არ უნდა ავნოს „ეროვნული იდენტობის“ და „ეროვნული თვითმყოფადობის“ დოგმატიკას. მიუღებელია *პოზიტიური* კონსტიტუციონალიზმიდან *ნეგატიურ* კონსტიტუციონალიზმზე გადასვლა. თანამედროვე მულტიკულტურულ საზოგადოებას სჭირდება *ფრთხილი, მოზომილი* და არა *აგრესიული* კონსტიტუციონალიზმი.

2.5. პრაგმატული კონსტიტუციონალიზმი

კონსტიტუციონალიზმის აღორძიების კვალდაკვალ იცვლებოდა დამოკიდებულებები კონკრეტული ღირებულებებისადმი. დღეს ადამიანი და მისი თავისუფლება კონსტიტუციონალიზმის ფუნდამენტური ღირებულებაა *(ანთროპოგენული კონსტიტუციონალიზმი).* თანამედროვე კონსტიტუციები ადამიანებს და ადამიანთა გაერთიანებებს (ეთნიკურ ჯგუფებს, ერებს, ხალხებს) საშუალებას აძლევს განვითარდნენ. ინდივიდი ამას აღწევს კონკრეტული უფლების, ხოლო ერი თუ ხალხი საერთო უფლების (არჩევნები, რეფერენდუმი) გამოყენებით. უვარგისია ყველა დეკლარაციული, მანიფესტური და პროგრამული დებულებები კონსტიტუციაში. კონსტიტუციონალიზმის ეფექტიანობის საზომი მისი პრაქტიკული შედეგებია *(პრაგმატული კონსტიტუციონალიზმი),* კონსტიტუციონა-

[67] *ა. ვაჩეიშვილი.* სამართლის ზოგადი თეორია. შესავალი სოციოლოგიაში. 2017. 260.

[68] *H. Hofmann.* Verfassungsgechichte als Phänomenologie des Rechts. in: Vortrag gehalten am 24. Juli 2006 aus Anlass des 70. Geburtstages von *Dietmar Willoweit*. Vorgelegt in der Sitzung vom 10. November 2006. München. 2007. 4.

[69] *მ. უგრეხელიძე. კონსტიტუციონალიზმის ფეიადოვანი ხაზი.* საერთაშორისო სამეცნიერო კრებულში: *კონსტიტუციონალიზმი - მიღწევები და გამოწვევები.* სამეცნიერო რედაქტორები და გამომცემლები *მინდია უგრეხელიძე* და *ბექა ქანთარია*. 2009. 11.

ლიზმი გამოცდილებას უნდა ემყარებოდეს *(ემპირიული კონსტიტუციონალიზმი).* ხელისუფლების დანაწილება საშუალებაა თავისუფლების მისაღწევად. ესაა კონსტიტუციონალიზმის პრაქტიკული დანიშნულება.

2.6. ფუნქციონალური კონსტიტუციონალიზმი

კონსტიტუციონალიზმის მამოძრავებელი ძალა მისი ფუნქციაუნარიანობაა *(ფუნქციონალური კონსტიტუციონალიზმი).* კონსტიტუციონალიზმს საქმე აქვს სახელმწიფოს რთულ, სტრუქტურირებულ, სისტემურ მოვლენასთან. მას ახასიათებს „სტრუქტურული ფუნქციონალიზმი“. შემჭიდროებული ვადების გამო და სწრაფი კომპრომისების შედეგად, არ ეთმობა მნიშვნელოვანი ყურადღება იმას, თუ როგორ იფუნქციონირებს კონსტიტუცია მიღების შემდეგ. ასეთი კონსტიტუციები შეიძლება არაეფექტური იყოს[70]. კონსტიტუციის წარმატება დამოკიდებული იქნება იმაზე, თუ როგორ იფუნქციონირებს იგი მას შემდეგ, რაც შევა ძალაში და გავა გარკვეული დრო[71]. კონსტიტუციის ჭეშმარიტი ფუნქციონირებისათვის ნიადაგს ქმნის იდეები, სამართლებრივი და პოლიტიკური კულტურა.

2.7. ექსპერიმენტული კონსტიტუციონალიზმი

კონსტიტუციონალიზმის ისტორია *ექსპერიმენტების* ისტორიაა. კონსტიტუციათა ხშირი ცვლილებების გამო საფრანგეთს *„კონსტიტუციონალიზმის ლაბორატორიას“* უწოდებენ. ექსპერიმენტების ნიმუშია საქართველო, რომელმაც მმართველობის უჩვეულო ფორმები გამოსცადა. იმედს ვიტოვებთ, რომ საქართველომ ამ ბოლო რეფორმით დაასრულა *ექსპერიმენტული მმართველობის* ეპოქა. ექსპერიმენტი მისაღებია მაშინ, თუ მან არ მიიღო პერმანენტული ხასიათი. ბევრმა ქვეყანამ ექსპერიმენტების გარეშე შეითვისა კონსტიტუციონალიზმის იდეები და ინსტიტუციები. ისინი დღემდე სტაბილურობით გამოირჩევიან.

2.8. პროგნოზირებადი კონსტიტუციონალიზმი

კონსტიტუციის ტექსტზე მუშაობის პროცესში ამოძრავებთ ფიქრი „გრძელვადიან კონსტიტუციონალიზმზე“. კონსტიტუცია ემსახურება ქვეყნის გრძელვადიან ინტერესებს[72]. ძველი კონსტიტუციით დაცული იდეები ცოცხლობენ ახალ კონსტიტუციაში. კონსტიტუცია დროებითია, კონსტიტუციონალიზმი კი მარადიული. კონსტიტუცია კონსტიტუციონალიზმის მხოლოდ ლინგვისტური გამოხატულებაა. მას საკონსტიტუციო სამართლისათვის იგივე მნიშვნელობა აქვს, რაც „მართალ სამართალს“ პოზიტიური სამართლისათვის. იგი განსაზღვრავს საკონსტიტუციო სამართლის შინაარსობრივ მასშტაბებს. *პროგნოზირებადი* კონსტიტუციონალიზმი მოიცავს ორიენტაციას მომავალში წარმოქმნილი პრობლემების გადაჭრის მექანიზმების გათვალისწინებით. კონსტიტუციონალიზმს გააჩნია პროგრესის უნარი *(პროგრესირებადი კონსტიტუციონალიზმი).* მისთვის

[70] *მ. ტაშნეტი.* შედარებითი კონსტიტუციური სამართლის საწყისები. 2016. 29.
[71] *მ. ტაშნეტი.* 36.
[72] *მ. ტაშნეტი.* 67.

უცხო არაა ასევე რეგრესი – უკუსვლის პროცესი *(ჩეგჩესიჩებადი კონსტიტუციონალიზმი),* არც ცირკულირება. მან ეს პროცესიც გამოსცადა ევროპაში.

2.9. კონტექსტური კონსტიტუციონალიზმი

კონსტიტუციონალიზმი ცვალებადი და განვითარებადია. ეპოქალურად ახალი იდეებით, კონტექსტებით მდიდრდებოდა იგი *(კონტექსტური კონსტიტუციონალიზმი).* მან ამ მრავალწახნაგობას ნაბიჯნაბიჯ მიაღწია და ეს კონტექსტები მრავალი ქვეყნისგან მიიღო. მაგალითად, კონტექსტური მოვლენა იყო საკონსტიტუციო კონტროლი ამერიკაში, კონტრასიგნაციის მოდელი ინგლისში, უნდობლობის კონსტრუქციული ვოტუმი გერმანიაში, მმართველობის შერეული სისტემა და კოჰაბიტაციის ინსტიტუტი საფრანგეთში. მსგავსი კონტექსტური მოვლენები ნაკლებადაა დამახასიათებელი სამართლის სხვა დარგებისათვის.

2.10. ტრანსფორმირებადი კონსტიტუციონალიზმი

XIX-XX საუკუნე დაკავშირებულია კონსტიტუციონალიზმის დემოკრატიულ ტრანსფორმაციასთან[73]. ყველაფერი ემორჩილება ევოლუციის კანონს[74]. იკვეთება კონსტიტუციონალიზმის არა სტატიკური, არამედ ტრანსფორმირებადი ხასიათი *(ტჩანსფოჩმიჩებადი კონსტიტუციონალიზმი).* კონსტიტუციონალიზმში ისტორიზმის *(წაჩსულის კონსტიტუციონალიზმი)* პრინციპის აღიარება არ ნიშნავს რომ ის კონსერვატიულია ბუნებით *(კონსეჩვატიული კონსტიტუციონალიზმი),* სტატიკურია. პირიქით, ის დინამიკურია, პროცესია, ევოლუციური ბუნებისაა და „სწრაფვა სრულყოფილებისაკენ" მისი რაობის განმსაზღვრელია. კონსტიტუციონალიზმი რეალიზმის, რაციონალიზმის და რეფორმიზმის კომბინაციაა. კონსტიტუციონალიზმი ისტორიული სინამდვილეა, თუმცა ამავე დროს მისთვის მიუღებელია „ტრადიციული აზროვნება". ის არ კმაყოფილდება „წარსულის გადმონაშთებით". კონსტიტუციონალიზმი მუდმივად განიცდის განვითარებას.

2.11. საკონსტიტუციო იურისდიქციონალიზმი

ცივილიზებულმა კაცობრიობამ დიდი ხანია თავი დააღწია *თეოკჩატიულ* კონსტიტუციონალიზმს. ზოგიერთი ქვეყანა კი დღემდე მისი ერთგული რჩება. სახელმწიფოსა და რელიგიის საკითხი ყველგან ერთმნიშვნელოვნად არ არის გადაწყვეტილი. ამიტომ ეს თემა მთელი სიმწვავით დგას საკონსტიტუციო სამართალში[75]. *საკონსტიტუციო იუჩისდიქციონალიზმი* მიჯნავს სახელმწიფოსა და ეკლესიას. კონსტიტუციონალიზმის ისტორიას ახსოვს ასევე უკიდურესი ფორმა: „აგნოსტიკური იურისდიქციონალიზმი". აგნოსტიციზმის ელემენტები გვხვდება საქართველოს პირველ რესპუბლიკაში. სახელმწიფო არა მხოლოდ

[73] *D. Willoweit. U. Seif. Europäische Verfassungsgeschichte.* 2003. XI.

[74] *გ. გვაზავა.* ძირითადი პრინციპები საკონსტიტუციო უფლებისა. კრებულში: ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები. თბილისი. 2016. 217.

[75] *გ. ხუბუა.* სამართალი და რელიგია „პოსტ-სეკულარულ საზოგადოებაში". საერთაშორისო სამეცნიერო კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი - მიღწევები და გამოწვევები. სამეცნიერო რედაქტორები და გამომცემლები *მინდია უგრეხელიძე* და *ბექა ქანთარია.* 2019. 474-484.

გაემიჯნა ეკლესიას, არამედ შეუწყვიტა დაფინანსება, ამოიღო საღვთო სჯულის სწავლება სკოლებში, ჩამოართვა მას სამოქალაქო უფლებები და გააუქმა საეკლესიო დღესასწაულები.

კლასიკური კონსტიტუციონალიზმის ერთ-ერთი უდიდესი დამსახურებაა, რომ ის დაუპირისპირდა იეროკრატიას და დაამსხვრია პანთეიზმის საფუძვლები სახელმწიფო ხელისუფლების სისტემაში და აღიარა სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპი. მაგრამ მისტიციზმის ელემენტები კონსტიტუციონალიზმში დღემდეა შენარჩუნებული. თუნდაც ღმერთის არსებობა კონსტიტუციის ტექსტებში. *კლეიკაღური* კონსტიტუციონალიზმის ნიშნის მატარებელია საქართველოს კონსტიტუციის მე-8 მუხლი, რომელიც აღიარებს მართლმადიდებელი ეკლესიის განსაკუთრებულ როლს საქართველოს ისტორიაში. ჩვენ უნდა დავამკვიდროთ *კონსტიტუციური უპირატესობის* ცნება და ვფიქრობთ ეს არ იქნება თანასწორობის საყოველთაო ღირებულების წინააღმდეგი. კონსტიტუციური უპირატესობა გულისხმობს კონკრეტული მოვლენისა თუ პირისადმი განსაკუთრებული სტატუსის მინიჭებას. საქართველოს ეკლესიის ღვაწლის გათვალისწინებით, მისთვის *კონსტიტუციური უპირატესობის* მინიჭება გამართლებულია. ეს ქართულმა ეკლესიამ სავსებით დაიმსახურა.

2.12. ეგზეგეტიკური კონსტიტუციონალიზმი

ერთ-ერთი მძლავრი მიმართულება კონსტიტუციონალიზმში ჰერმენევტიკაა – კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის ხელოვნება. განმარტება შემოქმედებითი პროცესია[76]. იგი ლოგიკური, აზრობრივი საქმიანობაა. კონსტიტუციისა და სამართლის ნორმების ჰერმენევტიკა განსხვავებული პროცესებია. კონსტიტუცია ზეაბსტრაქტულია. კონსტიტუციის როგორც *Paramount Law* ინტერპრეტაცია სპეციფიკას მოითხოვს. ამ სპეციფიკის ხელოვნებას ფლობს მხოლოდ მოსამართლე. საკონსტიტუციო სასამართლომ აიღო დიდი პასუხისმგებლობა კონსტიტუციის განმარტების საქმეში. მას ეკუთვნის საბოლოო სიტყვა. მაგრამ საკონსტიტუციო სასამართლო კონსტიტუციის განმარტებაში შებოჭილია[77]. ეგზეგეტიკა *(ეგზეგეტიკური კონსტიტუციონალიზმი)* იგივეა, რაც ჰერმენევტიკა, რომელიც ადგენს კონსტიტუციის განმარტების მეთოდებს და ფარგლებს. როგორც კანონმდებლობას, ისე ინტერპრეტაციას აქვს საზღვრები. ინტერპრეტაციის შედეგები შესაძლოა აისახოს კანონმდებლობაში[78]. ჰერმენევტიკა ფილოსოფიური კატეგორიაა, „გაგების“ ფილოსოფიური ხელოვნებაა. ამიტომ კონსტიტუციის ნორმების განმარტება („გაგება“) ფილოსოფიური კუთხით უნდა განხორციელდეს. ჩვენთან კონსტიტუციის განმარტების მხოლოდ პოლიტიკურ და სამართლებრივ ასპექტებს ექცევა ყურადღება და დავიწყებულია მისი ფილოსოფიური მხარე. ეგზეგეტიკა ჰერმენევტიკის შინაარსით გამოიყენება ბიბლიური ტექსტების ინტერპრეტაციისათვის. ჭეშმარიტია ეს აზრი: „იმდენი

[76] *უ. ჰაფეღინი, ვ. ჰაღეხი, ჰ. ეღეხი, ღ. ტუხნჰეხი.* შვეიცარიის ფედერალური სახელმწიფო სამართალი. მე-9 გამოცემა. 2019. 31.

[77] *Chr. Starck.* Praxis der Verfassungsauslegung II. 1. Auflage. 2006. 24-25.

[78] *ბ. ღეონი.* 312.

ბიბლია არსებობს, რამდენი მკითხველიცაა“[79]. იგივე უნდა ითქვას კონსტიტუციაზეც. შესაძლებელია მისი „მრავალგვარი ინტერპრეტაცია“[80]. კონსტიტუციის ჰერმენევტიკის კოგნიტურ პროცესში რთულია *მხავაღგვახი* ინტერპრეტაციიდან მიიღო *ეხთმნიშვნელოვანი და სწორი* ინტერპრეტაცია. ჰერმენევტიკული მეთოდოლოგია კონსტიტუციის ფილოსოფიური ჭვრეტის საუკეთესო საშუალებაა.

2.13. კონსტიტუციონალიზმის კრიტიკა

კხიტციზმი კონსტიტუციონალიზმში საკონსტიტუციო სინამდვილის კრიტიკაა. მიუღწეველია *იდეაღუხი* კონსტიტუციონალიზმი *(ფეტიშიზმი კონსტიტუციონაღიზმში)*. არ არსებობს ჭეშმარიტი დემოკრატია, ასევე არ არსებობს ხელისუფლებათა შებოჭვის ჭეშმარიტი მოდელი. კონსტიტუციონალიზმი არ გვთავაზობს ყველა პრობლემის გადაწყვეტის მზა რეცეპტს. ჩვენი კრიტიკა კონსტიტუციონალიზმის ფუნდამენტურ პრობლემას – ხელისუფლების დანაწილებას და მათ შებოჭვას შეეხება. რამდენადაა საკმარისი კონსტიტუციონალიზმი ძალაუფლების „მოსათვინიერებლად“? შებოჭვის მექანიზმები კონსტიტუციითაა გათვალისწინებული („შიდა მექანიზმები“ – *უხთიეხთშეკავება-გაწონასწოხების მექანიზმები*). მაგრამ ისინი არაა საკმარისი. „გარე მექანიზმები“ ავსებენ „შიდა მექანიზმების“ ნაკლოვანებებს. „შიდა მექანიზმები“ სუბსიდიარულია. „გარე მექანიზმებს“ მიეკუთვნებიან ისეთი ინსტიტუციები, რომელთა ავტორიტეტი და გავლენა ხელისუფლებაზე საგრძნობლად ძლიერია. ძალაუფლების მოთოკვა მხოლოდ კონსტიტუციონალიზმის იდეითა და კონსტიტუციით მიუღწეველია. ასეთ ავტორიტეტთა ჯგუფს ქმნიან: *საქახთველოს მახთღმადიდებელი ეკღესია, მედია, ახასამთავხობო ოხგანიზაციები* (NGO), *საეხთაშოხისო სახელისუფლებო და ახასახელისუფლებო ოხგანიზაციები და სახაღხო გამოსვლები*.

2.14. სუპრანაციონალური კონსტიტუციონალიზმი

სამართლის გლობალური მიზნები და ღირებულებები სწორედ საკონსტიტუციო სამართალშია ხორცშესხმული (ფულერი)[81]. მე-18-19 საუკუნე ძირითადად *ინდივიდუაღისტური, პხოვინციული* კონსტიტუციონალიზმის საუკუნეა. დღეს კი, ეს უკანასკნელი იძულებულია ზოგჯერ დათმოს ის, რასაც *კოსმოპოღიტური* კონსტიტუციონალიზმი მოითხოვს. კონსტიტუციონალიზმი ეროვნულთან ერთად ტრანსნაციონალური მოვლენაა. მას ინტერნაციონალური ხასიათი გააჩნია *(ინტეჰკონსტიტუციონაღიზმი). სუპჰანაციონაღუხი* კონსტიტუციონალიზმი წარმოშობს ეროვნულ დონეზე საკონსტიტუციო *იდენტობის* პრობლემას. დღეს შეუქცევადია კონსტიტუციონალიზმის ევროპეიზაცია და ევროპის კონსტიტუციონალიზაცია[82] (მაგალითია „ევროპის კონსტიტუციის პროექტი“).

---

[79] *ხ. ღუის ბოხხესი.* შვიდი საღამო. 2015. 99.

[80] *ხ. ღუის ბოხხესი.* 9.

[81] *ე. აფონასინი, ა. ღიდიკინი.* სამართლის ფილოსოფია. 2017. 49.

[82] იხ. *გ. აღასანია.* ევროკავშირის კონსტიტუციური მმართველობის პრინციპები. 2013.

2.15. კონსტიტუცია კონსტიტუციონალიზმის წინააღმდეგ

კონსტიტუციონალიზმს სამართლის სხვა დარგებისაგან განსხვავებით უჭირს არსებობა. თანამედროვე სამყაროში სჭარბობს პესიმიზმი კონსტიტუციონალიზმის მიმართ, რომელსაც მრავალი საფუძველი აქვს. კონსტიტუციონალიზმის ისტორიას ახსოვს მაგალითები, როდესაც *კონსტიტუცია კონსტიტუციონალიზმის იდეას დაუპირისპირდა*.

2.16. საკონსტიტუციო კონფლიქტოლოგია

კონსტიტუციათა უმრავლესობა *კონსტრუქციული* კონსტიტუციონალიზმის დებულებებითაა გაჯერებული. თუმცა *დესტრუქციული* კონსტიტუციონალიზმის ელემენტებიც საკმაოდაა. ჩვენ უნდა დავამკვიდროთ საკონსტიტუციო *კონფლიქტოლოგია* როგორც დისციპლინა, რომელმაც სამეცნიერო მეთოდების გამოყენებით უნდა შეისწავლოს საკონსტიტუციო სინამდვილეში კონფლიქტების წარმოშობის მიზეზები და მათი გადაჭრის გზები.

2.17. კონსტიტუციონალიზმის კონსტიტუციონალიზაცია

კონსტიტუციონალიზმი აუცილებელია, რამდენადაც ძალაუფლებას არ გააჩნია *თავშეკავების* უნარი. მისი მარადიული საკითხია ხელისუფლების შებოჭვა. ეს „კონსტიტუციის ძირითადი ამოცანაა“[83]. კონსტიტუციონალიზმს უხდება მუდმივი ბრძოლა ძალაუფლებათა მოსათვინიერებლად. ეს პრინციპი კონსტიტუციონალიზმის პოსტულატი და მისი „აქსიომაა“. კონსტიტუციამ უნდა უზრუნველყოს „მერიტოკრატია“. კონსტიტუცია განსაზღვრავს ძალაუფლებათა არენას. კონსტიტუციონალიზმის ისტორიოგრაფიის დაკვირვება გვიჩვენებს ბრძოლას არა მხოლოდ ძალაუფლებისათვის (მაგალითად, პოლიტიკური პარტიების მხრიდან), არამედ ასევე თვით ხელისუფლებათა შორის ბრძოლას პირველობისათვის. ამის გამოხატულებაა „მონარქიის პრინციპი“ (მონარქის უპირატესობა), „პარლამენტის უზენაესობის პრინციპი“ (პარლამენტის უპირატესობა), „სამოსამართლო სამართალი“ (საერთო სასამართლოს უპირატესობა), „ნეგატიური კანონმდებლის“ პრინციპი – (საკონსტიტუციო სასამართლოს უპირატესობა). კონტრასიგანცია – (მთავრობის უპირატესობა).

ტრიადა კონსტიტუციონალიზმში კარგავს თავის მნიშვნელობას. დღეს კი სულ სხვა სურათია: კონსტიტუციონალიზმის უპირველესი ამოცანა ხელისუფლების *შებოჭვასთან* ერთად მისი *ლეგიტიმაციაა*.

კონსტიტუციონალიზმის პრობლემები გლობალური პრობლემებია. კონსტიტუციონალიზმის თვალსაზრისით, რაც ერთი ქვეყნისათვის პრობლემაა, მეორე ქვეყნისათვისაც შეიძლება იგივე პრობლემას წარმოადგენდეს, ან თუ პრობლემები ერთ ქვეყანაში გადაჭრილია, შესაძლებელია მეორე ქვეყანაში ამ პრობლემების გადაწყვეტის გზების ძიება არ იყოს დასრულებული.

[83] ა. შაიო. ხელისუფლების თვითშეზღუდვა. კონსტიტუციონალიზმის შესავალი. 2003. 39.

დასკვნა

„კლასიკურიდან“ „ლიბერალური“ კონსტიტუციონალიზმისკენ ძლიერი სწრაფვის შეუქცევადი პროცესების მიუხედავად, კონსტიტუციონალიზმის რუკაზე კვლავ არსებობენ ანტიდემოკრატიული დემოკრატიები ან გნებავთ ანტიკონსტიტუციური სახელმწიფოები. თავისუფლება და დემოკრატია მხოლოდ კონსტიტუციონალიზმის მეშვეობით – ესაა ის, რაც კაცობრიობას სჭირდება დღეს. კონსტიტუციონალიზმის სხივებს ჯერ კიდევ არ შეუღწევია ცივილიზაციის ყველა კუთხე-კუნჭულში, მის უკიდეგანო სივრცეებში, ჯერ კიდევ არ უგრძვნიათ იქ კონსტიტუციონალიზმის იდეის ძალმოსილება (პასიური კონსტიტუციონალიზმი). ეს გარემოება მიგვანიშნებს იმაზე, რომ კონსტიტუციონალიზმს წარსულთან და აწმყოსთან ერთად აქვს მომავალი. მომავლის კონსტიტუციონალიზმს გააჩნია ორი ამოცანა – პირველი, კონსტიტუციონალიზმი უნდა დამყარდეს იქ, სადაც ის ჯერ არ დამყარებულა ან განმტკიცდეს იქ, სადაც მას ჯერ კიდევ უჭირს არსებობა. მეორე კანონზომიერებაა ის, რომ კონსტიტუციონალიზმი ვითარდება. მომავლის კონსტიტუციონალიზმი ახალი გამოწვევების წინაშე აყენებს მას. საბჭოთა ცნობიერება, რომელიც მემკვიდრეობით გვერგო, წინ ეღობება ბრძოლას კონსტიტუციური დემოკრატიისათვის.

*გიორგი ხუსიაშვილი**
*ულრიხ ჰაგენდორნი***

ნორმის ან ხელშეკრულების მიზანს აცდენილი უფლების განხორციელების მცდელობა: უფლების ბოროტად გამოყენება და ზიანის ანაზღაურება

A. შესავალი

უკვე დიდი ხანია, სამოქალაქო სამართალში აღიარებულია, რომ ნდობისა და კეთილსინდისიერების (სკ-ის 8 III მუხლი; გსკ-ის 242 პარაგრაფი) ზოგადი პოსტულატიდან გამომდინარე, ყოველგვარი უფლებით სარგებლობის ზღვარს მისი ბოროტად გამოყენების აკრძალვა წარმოადგენს. ამ ტიპის შემთხვევებს განეკუთვნება, მაგალითად, ურთიერთწინააღმდეგობრივი ქცევის, dolo-agit-შესაგებლის ან პრეკლუზიის შემთხვევები, რომლებიც ამ სტატიაში განხილული არ იქნება. თუმცა, მათ გარდა, მოცემული თემის ნაწილს წარმოადგენს, უფლების არაკეთილსინდისიერი გზით მოპოვება ან მისი არაკეთილსინდისიერი განხორციელება.[1] სწორედ ამ უკანასკნელ შემთხვევათა ჯგუფის ერთ-ერთ ასპექტს შეეხება ქვემოთ მოყვანილი ტექსტი.

I. პრობლემის დასმა და მისი დამუშავების გზები

მოცემული პრობლემატიკის დამუშავების მთავარი მიზანია იმ საკითხის გადაწყვეტა, თუ რა ფარგლებში შეიძლება ფორმალურად არსებული უფლების გამოყენება ისეთი ფორმით, რომელიც სცდება მის კანონისმიერ თუ სახელშეკრულებო მიზანს ან საერთოდ ეწინააღმდეგება მას და რამდენად არის შესაძლებელი, რომ უფლების გამოყენება მისი მიზნის საწინააღმდეგოდ ჩაითვალოს დელიქტად და გახდეს ზიანის ანაზღაურების საფუძველი. ქვემოთ დამუშავებული თემატიკა, პირველ რიგში, შეეხება უფლების ბოროტად გამოყე-

* სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი.
** დრეზდენის უმაღლესი სამხარეო სასამართლოს ყოფილი თავმჯდომარე.

1 იხ. ამასთან დაკავშირებით *Staudinger/Looschelders/Olzen* (2019) BGB § 242 Rn. 213 ff.; *Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger*, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 242 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 62 ff.; *Böttcher in: Erman BGB*, Kommentar, 16. Aufl., § 242 Rn. 101 ff.

ნების აკრძალვით მოხაზულ ჩარჩოს. თუმცა ეს ჩარჩო ყოველთვის ნათლად არ იმიჯნება იმ შიდა, იმანენტური ზღვრისაგან, რომელიც ყოველ უფლებას ახასიათებს. ამიტომაც, ცალკეული პასაჟები სწორედ ამ ზღვართან დაკავშირებულ განაზრებებს დაეთმობა.

1. სასამართლო და ადმინისტრაციული წარმოების წამოწყების უფლების ბოროტად გამოყენება:

ყველას აქვს უფლება, სამართალდამცავ ორგანოებს მიმართოს განცხადებით და შეატყობინოს იმ ფაქტების შესახებ, რომლებიც, მისი აზრით, წარმოადგენს საფუძველს სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისათვის (საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 101-ე მუხლი, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 158-ე პარაგრაფი). ამ საპროცესო სისხლისსამართლებრივი უფლებამოსილების უკან, გარკვეულწილად, დგას ინდივიდის საჯაროსამართლებრივი ხასიათის მოთხოვნის უფლება [სახელმწიფოს მიმართ] ეფექტურ სამართლებრივ დევნაზე, რომელიც გამომდინარეობს სახელმწიფოს მხრიდან ინდივიდის დაცვის ვალდებულებებიდან. თუმცა, ეს მხოლოდ მაშინ მოქმედებს, როდესაც მნიშვნელოვან დანაშულს ეხება საქმე – დანაშაულს, რომელიც მიმართულია პიროვნული სიკეთეების (სიცოცხლე, ფიზიკური ხელშეუხებლობა, სქესობრივი თვითგამორკვევა და პიროვნების თავისუფლება) წინააღმდეგ და ამგვარი ქმედებების ეფექტური დევნის გარეშე დატოვება შეარყევდა ძალის გამოყენებაზე სახელმწიფოს მონოპოლიის მიმართ რწმენას, რაც, თავის მხრივ, გამოიწვევდა სამართლებრივი დაუცველობის განცდას და იქნებოდა ძალადობისაკენ წაქეზება.[2] სამართალდამცავი ორგანოსათვის მიმართვა, რომლებიც უკავშირდება ფულადი ხასიათის სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების დაფუძნებას ან შესრულებას (თაღლითობა, გაფლანგვა), არ არის მიმართული ამ ტიპის სისხლისსამართლებრივი წარმოების წამოწყებისაკენ. შესაბამისად, მათი მიზანი არ შეიძლება იყოს ის, რომ დანაშულის შესახებ განმცხადებელს სახელმწიფომ მიანიჭოს დაცვა და სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების ფორმით აღმოუჩინოს დახმარება ამ ტიპის სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების განხორციელებაში.

მიუხედავადა ამისა, სამართალდამცავი ორგანოებისადმი მიმართვით დამუქრებათა თუ რეალურ მიმართვათა უდიდეს ნაწილს, რომლებიც (რეალურად ჩადენილ თუ ნავარაუდებ) თაღლითობისა და გაფლანგვის შესახებ ეჭვს უკავშირდება, სწორედ ზემოთ ხსენებული სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნის განხორციელების სურვილი უდევს საფუძვლად. ეს კი ნორმის მიზნით უკვე აღარ არის მოცული. ეს ყველაზე ნათლად ჩანს იმ გარემოებიდან, რომ, როდესაც ნავარაუდები მოვალე სისხლის სამართლებრივი დევნის შიშით უხდის (ნავარაუდები სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნის საფუძველზე) მისი და-

[2] შდრ. ინდივიდის უფლების, მოსთხოვოს სახელმწიფოს ქმედითი სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელება, ფარგლებთან დაკავშირებით BVerfG, Beschl. v. 15. Januar 2020 - 2 BvR 1763/16 - NJW 2020, 675, juris Rn. 35 ff.; BVerfG, Beschluss vom 2. Juli 2018 - 2 BvR 1550/17 - juris Rn. 38.

ნაშაულის შესახებ განმცხადებელს, ეს უკანასკნელი, ჩვეულებრივ, სამართალდამცავ ორგანოს ატყობინებს, რომ მისმა განცხადებამ „მიზანს“ (!) მიაღწია და მან დაკარგა ინტერესი სისხლისსამართლებრივი დევნის მიმართ.

თუმცა იმ ფაქტიდან, რომ ინდივიდს არ აქვს სახელმწიფოს მიმართ საჯაროსამართლებრივი მოთხოვნა ეფექტურ სისხლისსამართლებრივ დევნაზე, უკუდასკვნით არ გამომდინარეობს, რომ ნებისმიერ შემთხვევაში მართლსაწინააღმდეგოა, როდესაც რეალური ან ნავარაუდები მოთხოვნის მფლობელი დანაშულის შესახებ მიმართავს სამართალდამცავ ორგანოებს ან იმუქრება ამით, რათა საკუთარ სამოქალაქოსამართლებრივ მოთხოვნას „წონა“ მიანიჭოს. როგორც ეს C-თავში იქნება ნაჩვენები, სადაც დეტალურად არის აღწერილი სამართლებრივი მდგომარეობა საქართველოსთან მიმართებით, მართლსაწინააღმდეგო ქმედება, ჩვეულებრივ, მხოლოდ მაშინ არის სახეზე, როდესაც დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი განზრახ ან დაუდევრად აწვდის სამართალდამცავ ორგანოებს ცრუ ინფორმაციას. მოსაზრებები, რომლებიც ამ ნაწილში ქართულ სამართალთან დაკავშირებით არის გამოთქმული, საერთო ჯამში, ძალაშია ასევე გერმანულ სამართალთან მიმართებითაც, ხოლო საკონსტიტუციოსამართლებირივი ასპექტები საერთოდ იდენტურია საქართველოსა და გერმანიაში.

მოცემული თემატიკა აქტუალურია ასევე სასამართლო პროცესისა თუ ადმინისტრაციული წარმოების წამოწყების შემთხვევაშიც. მაგალითად, ისეთი ღონისძიებების შემთხვევაში, რომლებიც მიმართულია სამრეწველო საზედამხედველო უწყების, სასურსათო კონტროლისა თუ შემოსავლების სამსახურის მხრიდან მოკვლევის დაწყებისაკენ. ამ შემთხვევაშიც ძალაშია ის პრინციპი, რომ სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების განხორციელება მხოლოდ შესაბამისი სამოქალაქოსამართლებრივი საპროცესო ინსტრუმენტებით უნდა მოხდეს. მართალია, ადმინისტრაციული წარმოებით „დამუქრება“ წარმოადგენს ქმედით ზომას, რის შემდეგაც რეალური თუ სავარაუდო მოვალე, მეტად თუ ნაკლებად, მაგრამ ყოველთვის წნეხის ქვეშ ექცევა, თუმცა ამ პროცედურების მიზანი არ არის, მისი იძულება სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების შესრულებისაკენ. მიუხედავად ამისა, უნდა გავითვალისწინოთ, რომ სასამართლო ანდა ადმინისტრაციულ წარმოებაზე შეუზღუდავი წვდომა, როგორც სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპის ნაწილი, კონსტიტუციით არის უზრუნველყოფილი და, შესაბამისად, დაუშვებელია, როგორც მისი პირდაპირი შეზღუდვა, ისე, მისი გართულება იმით, რომ შესაბამისი სახელმწიფო ორგანოსათვის მიმართვის გამო პირი ავტომატურად სხვადასხვა ტიპის პასუხისმგებლობისა და მათგან გამომდინარე არათანაზომიერი რისკების საფრთხის წინაშე აღმოჩნდეს.[3]

ამგვარად, ამ ტიპის წარმოების წამოწყებით „დამუქრება“ არ ხდება მართლსაწინააღმდეგო მხოლოდ იმის საფუძველზე, რომ სახეზე არ არის, ვიწრო გაგებით, საშუალება-მიზნის დასაშვები კომბინაცია. თუ რესტორნის სტუმარს

[3] BVerfG, Beschl. v. 15. Dezember 2008 - 1 BvR 1404/04 - juris Rn. 17; BVerfG, Beschl. v. 25. September 2006 - 1 BvR 1898/03 - NJW-RR 2007, 840, juris Rn. 8 ff.

აქვს საფუძვლიანი ეჭვი, რომ ის სწორედ ამ რესტორანში გაფუჭებული თევზის მირთმევის შედეგად მოიწამლა, აპრიორი და თავიდანვე მართლსაწინააღმდეგო არ არის, თუ ის რესტორნის მეპატრონეს „აცნობებს“, სასურსათო კონტროლის სამსახურისათვის მიმართვის განზრახვასთან დაკავშირებით, რათა ამით საკუთარ სამოქალაქოსამართლებრივ მოთხოვნას წონა შესძინოს. მართალია, სურსათის უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული საჯაროსამართლებრივი დანაწესების მიზანს არ წარმოადგენს სტუმრისათვის სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების განხორციელებაში ხელის შეწყობა და, ამგვარად, ვიწრო გაგებით, საშუალება-მიზნის დასაშვები კომბინაცია სახეზე არ გვაქვს, თუმცა მაინც არსებობს გარკვეული შინაგანი კავშირი ინდივიდის სურსათით მოწამვლასა და საზოგადოებრივი ჯანდაცვის მიზნებს შორის. ამიტომაც, გადამწყვეტია კონკრეტული შემთხვევის გარემოებები და განსაკუთრებით კი ის, თუ ზუსტად „როგორია“ ეს კავშირი საჯარო მიზანსა და ინდივიდის სამოქალაქოსამართლებრივ უფლებას შორის. სწორედ ამ კავშირის ხასიათი წარმოადგენს გადამწყვეტ ფაქტორს იმის განსაზღვრისათვის, მართლსაწინააღმდეგო თუ მართლზომიერია ბმა სამოქალაქოსამართლებრივ მოთხოვნასა და ადმინისტრაციული ორგანოსათვის განცხადებით მიმართვას შორის და ამ მეორე ინსტრუმენტის პირველის განსახორციელებლად გამოყენება. სხვაგვარად იქნებოდა საქმე, თუ სტუმარი, წინასწარ და ყოველგვარი შინაარსობრივი კავშირის გარეშე, განუცხადებდა რესტორნის მეპატრონეს, რომ ის მოთხოვნის შეუსრულებლობის შემთხვევაში მას „შემოსავლების სამსახურის რისხვას დაატეხს თავს“.

2. დამცავი უფლებების ბოროტად გამოყენება:

საქართველოსა და გერმანიაში მომხმარებელთა დაცვის მიზნით, ქუჩაში და დისტანციურად დადებული ხელშეკრულებების შემთხვევაში, კანონით გათვალისწინებულია ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება (შდრ. საქართველოში: სკ-ის 336-ე და მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ კანონის 13-ე მუხლები; რომელსაც გერმანიაში, ქუჩაში დადებული ხელშეკრულებებისათვის, გსკ-ის 312 I 1 პარაგრაფი შეესაბამება, ხოლო დისტანციურად დადებული ხელშეკრულებებისათვის – 312b). ამ კონტექსტში წარმოიშობა საკითხი, თუ რამდენად არის შესაძლებელი, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის ამ უფლების გამოყენება, როდესაც ის არ ემსახურება კანონისმიერ მიზნებს ან ისეთ მიზანს ისახავს, რომელიც სცდება ნორმის დაცვით მიზანს.

გერმანიაში ეს პრობლემატიკა გაცილებით უფრო აქტუალურია, ვიდრე საქართველოში, რადგან – ევროპული სამართლის მოთხოვნებიდან გამომდინარე[4] –, გსკ-ის 495, 355-ე პარაგრაფების მიხედვით, ასევე სამომხმარებლო კრედიტისა და განვადებით ნასყიდობის შემთხვევაშიც, გათვალისწინებულია ხელშეკრულებაზე უარის თქმის ეს 14-დღიანი უფლება. იგივე მოქმედებს, გსკ-ის 650l პარაგრაფის მიხედვით, სამომხმარებლო სამშენებლო ხელშეკრულე-

[4] ამასთან დაკავშირებით: *Hönninger in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger*, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 355 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 3.

ბების შემთხვევაშიც, გსკ-ის 485-ე პარაგრაფის მიხედვით – თაიმ-შეარინგის ხელშეკრულებებისათვის (Time-Sharing-ხელშეკრულებები დასასვენებელ სახლებზე) და დისტანციურ სწავლებაში ჩართულ პირთა დაცვის შესახებ კანონის მე-4 პარაგრაფის მიხედვით – დისტანციურ სწავლებასთან დაკავშირებული ხელშეკრულებებისათვის. მაგალითად, თუ სამომხმარებლო კრედიტის ხელშეკრულების დოკუმენტი არ შეიცავს გსკ-ის 492 II პარაგრაფისა და გსკ-ის შესავალი კანონის (EGBGB) 247 VI-XIII მუხლის შესაბამისად გაწერილ სავალდებულო მონაცემთაგან ერთ-ერთს (მაგალითად, ეფექტურ საპროცენტო განაკვეთს, წინმსწრებად დაფარვის შემთხვევაში გადასახდელ კომპენსაციას და ა. შ.) ან, თუ ეს მონაცემები არასრული და არასწორია, გსკ-ის 496b პარაგრაფის მიხედვით, ვადის დენა იწყება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც მოხდება ამ ინფორმაციის მოგვიანებით შეტყობინება მომხმარებლისათვის. ასევე, ე. წ. დაკავშირებული გარიგებების შემთხვევაში, მაგალითად, გამყიდველის მიერ დაფინანსებული ნასყიდობისას, სახელშეკრულებო დოკუმენტში (გსკ-ის შესავალი კანონის 247 XII I მუხლისა და გსკ-ის 358-ე პარაგრაფის მიხედვით) სავალდებულოდ უნდა იყოს გათვალისწინებული ნაღდი ანგარიშსწორების საფასური. ამ ვალდებულების დარღვევა იწვევს იმას, რომ, ჩვეულებრივ, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება მისი დადებიდან წლების შემდეგაც შეიძლება იქნეს გამოყენებული. თუმცა, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის ასევე სხვა ტიპის უფლებების შემთხვევაშიც, მეწარმის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებები და, განსაკუთრებით კი, ამ უარის თქმის ვადის დაწყების წინაპირობები, გაცილებით უფრო ფართოა, ვიდრე ქართულ სამართალში (შდრ., ერთი მხრივ, გსკ-ის 356a-356e პარაგრაფები და, მეორე მხრივ, მომხმარებლის უფლებათა დაცვის შესახებ კანონის 13 VIII მუხლი).

გერმანიაში, მოცემულ კონტექსტს განეკუთვნება ასევე შემთხვევათა წრე, რომელთა წარმოქმნაც განაპირობა, დისკრიმინაციული მოპყრობის აკრძალვის უკეთ განხორციელების მიზნით[5], კანონში გათვალისწინებული კომპენსაციის მოთხოვნის უფლებამ, რომლის წინაპირობასაც ზიანის არსებობა არ წარმოადგენს. ამ ეკონომიკურ სანქციებს, რომელთა გააქტიურებისათვისაც მხოლოდ უფლების ხელყოფაა საკმარისი, ერთი მხრივ, საკმაოდ ეფექტიანი პროფილაქტიკური ზემოქმედება აქვთ. თუმცა, მეორე მხრივ, მათ შეიძლება უბიძგონ სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეებს იმისკენ, რომ განზრახ ჩაიყენონ თავი დისკრიმინაციის მსხვერპლის მდგომარეობაში და კომპენსაციის გადახდის სახით მიიღონ შესაბამისი ფინანსური სარგებელი.

გარდა ამისა, არსებობს ვითარებები, როდესაც სასამართლოში სარჩელის აღძვრის უფლება გამოიყენება იმ მიზნით, რომლისათვისაც ის არ არის გათვლილი. მაგალითად, შესაბამის საკანონმდებლო ცვლილებებამდე, მინორიტარ აქციონერსაც შეეძლო წინდაწინვე დაუსაბუთებელი შეცილების სარჩელით, სულ მცირე, დროებით მაინც, დაებლოკა მძიმე ფინანსურ მდგომაროებაში აღმოჩენილი მსხვილი ბანკის სანირების პროცესი. დაგეგმილი დიდი

[5] ნაწილობრივ, ასევე, პირადი მონაცემების დაცვისა და მომხმარებელთა დაცვის სამართლის ცალკეულ სფეროებში, როგორიც არის, მაგალითად, ავიაკომპანიის მგზავრების უფლებები.

ინდუსტრიული მშენებლობისა ან საჯარო ინფრასტრუქტურული პროექტების (მაგისტრალის გაყვანა, აეროპორტის მშენებლობა და ა. შ.) შემთხვევაში, ამ წამოწყების მიმართ კრიტიკულად განწყობილ მოქალაქეებს ან კავშირებს შეუძლიათ მოიპოვონ ადმინისტრაციულ პროცედურაში მონაწილეობის უფლება ან სარჩელის მეშვეობით ამ წამოწყების ბლოკირების უფლება იმით, რომ მოიპოვონ საკუთრება ერთ-ერთ მიწის ნაკვეთზე, რომელსაც ეხება ეს წამოწყება და, ამგვარად, მთლიანად ჩაშალონ ის.

II. ზოგადი პრინციპები

უკვე ფაქტობრივ შემთხვევათა ეს მრავალფეროვნება ნათელყოფს, რომ არ შეიძლება არსებობდეს ზოგადი პასუხი იმ შეკითხვაზე, თუ რა ზღვარი უნდა დაედოს უფლების განხორციელების შესაძლებლობას და როდის ითვლება ეს „უფლების ბოროტად“ გამოყენებად იმ საფუძვლით, რომ ის უფლების მიზნით აღარაა მოცული:

1. არაკეთილსინდისიერების განმაპირობებელი ასპექტები; რეგულაციის დამატებითი მიზნის მიღწევის მცდელობა

თუ პირი, რომელიც საკუთარი უფლების განხორციელებისას არ ხელყოფს სხვის სიკეთეებს, მაგრამ, ამასთან, უფლების გამოყენება ხდება არა პირდაპირი დანიშნულებით, არამედ იმ დამატებითი ეფექტის გამოსაწვევად, რომელიც თან სდევს მას, ეს პირის მიერ უფლების გამოყენებას per se მართლსაწინააღმდეგოდ არ აქცევს. მისი ქცევის მართლსაწინააღმდეგოდ აღიარებისათვის აუცილებელია, რომ, დამატებით, სახეზე იყოს არაკეთილსინდისიერების მომენტი და სამართლის ფუნდამენტურ ფასეულობებთან შეუთავსებლობა. მართალია, ამის საპირისპიროდ, არსებობს იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრება, რომ, ნებისმიერი ნორმის შემთხვევაში მოქმედების ზღვარი, რომელიც განსაზღვრულია მისი სამართლებრივი იდეით და იმ ინტერესთა გადანაწილებით, რომელთა დაბალანსებასაც ისახავს ის მიზნად და ნორმაზე მითითება მხოლოდ ამ ფარგლებშია დასაშვები.[6] თუმცა ეს მოსაზრება არ არის გაზიარებული დანარჩენ სამეცნიერო ლიტერატურასა თუ სასამართლო პრაქტიკაში.

ამ მოსაზრების საპირისპიროდ, უფლების ბოროტად გამოყენება, ერთმნიშვნელოვნად არ გვაქვს სახეზე, როდესაც უფლებამოსილი პირი მისი გამოყენებით ისახავს არა ამ უფლების „მთავარი მიზნის“ მიღწევას, არამედ ნორმით მოცული დამატებითი მიზნის/ეფექტის გამოწვევას. მაგალითად, სამოქალაქოსამართლებრივი სარჩელების პირველადი მიზანი არის ის, რომ მოსარჩელემ შეძლოს სასამართლოსაგან აღსრულებისათვის გამზადებული

[6] *Böttcher in: Erman BGB*, Kommentar, 16. Aufl., § 242 Rn. 102 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

გადაწყვეტილების მოპოვება. თუმცა, თუ მოსარჩელეს არ აინტერესებს აღსრულებადი გადაწყვეტილების მოპოვება, რადგან ის გეგმავს/იძულებულია თავისი ეს უფლება სხვა პროცედურის ფარგლებში განახორციელოს (მაგალითად, საარბიტრაჟო დათქმის არსებობის გამო), ხოლო აღძრული სარჩელით მხოლოდ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას ისახავს მიზნად (გსკის 204 I პარაგრაფი)[7], ეს არ წარმოადგენს უფლების ბოროტად გამოყენებას. ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერება წარმოადგენს სარჩელის აღძვრის სამართლებრივ რეზულტატს, რომელიც უნდა ჩაითვალოს ნორმატიული პროგრამის დამატებით მიზნობრივ შედეგად[8] და არა მხოლოდ რეფლექსურ ეფექტად. განსხვავებულადაა საქმე იმ შემთხვევაში, როდესაც, მოსარჩელეს, ხანდაზმულობის ვადის შეჩერების მიზნით, რეგულარულად შეაქვს ერთი და იმავე შინაარსის სარჩელები და შემდეგ კი მალევე გააქვს უკან.[9]

2. უფლების მიმნიჭებელი ნორმისა და შეთანხმების განმარტება

თუ სარჩელი ან შესაგებელი[10], რომელზეც მხარე აპელირებს, არ ემსახურება არც კანონისმიერ და არც სახელშეკრულებო უფლების პირველად თუ მეორეულ მიზანს, იმის დასადგენად, სახეზეა თუ არა უფლების ბოროტად გამოყენება, გადამწყვეტია, წარმოადგენს თუ არა, უფლების მიზნობრივი გამოყენება მის შინაარსობრივ ზღვარს. სხვაგვარად რომ ვთქვათ: გადამწყვეტი მნიშვნელობისაა, წარმოადგენს თუ არა ნორმატიული ან სახელშეკრულებო რეგულატორული მიზანი უფლების მხოლოდ წარმოშობის საფუძველს და ეს უფლება – როდესაც უკვე წარმოშობილია –, ზოგადად, ამ მიზნისაგან მოწყვეტილად შეიძლება იქნეს გამოყენებული და არ აქვს მნიშვნელობა, კონკრეტულ შემთხვევაში, ის ამ მიზნის განხორციელებას ემსახურება, სცდება მას თუ საერთოდ წინააღმდეგობაში მოდის. ამ საკითხის გადასაწყვეტად აუცილებელია, კონკრეტული ნორმატიული თუ სახელშეკრულებო რეგულაციების განმარტება.

თანამედროვე კანონები, ჩვეულებრივ, ამარტივებენ ამ შეკითხვაზე პასუხის გაცემას, გამომდინარე იქიდან, რომ ისინი, ერთი მხრივ, პირდაპირ ასახელებენ კანონის მიზანს და, მეორე მხრივ, შეიცავენ რეგულაციებს იმასთან დაკავშირებით, საჭიროებს თუ არა კანონით მონიჭებული უფლებების გამოყენება შესაბამისი საფუძვლების მითითებას. ამის მაგალითს წარმოადგენს საქართველოს კანონი მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ. ამ კანონის

[7] შემავსებელი შენიშვნა: საქართველოსა და გერმანიაში ამ შემთხვევის სამართლებრივი მოწესრიგება განსხვავებულია, რადგან, გერმანული ვალდებულებითი სამართლის რეფორმის შემდეგ, სკ-ის 140-ე პარაგრაფის შესაბამისი ნორმა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში აღარ არსებობს, ანუ, სარჩელის აღძვრით განპირობებული ხანდაზმულობის შემაჩერებელი – წარსულში: ხანდაზმულობის ვადის დენის შემწყვეტი – ეფექტი არ ქარწყლდება სარჩელის უკან გატანის შემდეგ.

[8] BGH, Urt. v. 29. Juli 2021 - VI ZR 1118/20 - BGHZ 231, 1, Rn. 38 ff.

[9] ამგვარია ფედერალური მთავრობის დასაბუთება ვალდებულებითი სამართლის მოდერნიზაციის კანონთან დაკავშირებით, 31.08.2001, BT-Drucksache 14/6857, 44.

[10] BGH, Urt. v. 29. Juli 2021 - VI ZR 1118/20 - BGHZ 231, 1, Rn. 38 ff.

პირველ ნაწილში დასახელებულია მისი მიზნები და ფუძემდებლური პრინციპები. ამ ზოგადი მიზნის განსახორციელებლად 13 I მუხლში, დისტანციურად დადებული ხელშეკრულებებისათვის, გათვალისწინებულია ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება. ამასთან, ექსპლიციტურად არის გაწერილი, რომ ამ უფლების გამოყენება არ მოითხოვს რაიმე ტიპის დასაბუთებას. არსობრივად მსგავსად არის მოწყობილი გერმანიასა და ევროკავშირის სხვა ქვეყნებში მომხმარებელთა დაცვის სამართალში გათვალისწინებული ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებები.

ცალკეულ შემთხვევებში, უფლების გამოყენება თავად კანონისმიერი რეგულაციითაა შეზღუდული. მაგალითად, გერმანიაში პირად მონაცემთა დაცვის შესახებ დადგენილების 12 V მუხლი ზღუდავს ამ მონაცემების გამოთხოვის უფლებას, მათ შორის, მისი ექსცესიური გამოყენების აღკვეთის მიზნით. ამ გადაწყვეტის უკან დგას მოსაზრება, რომ მოცემული უფლების ამ ფორმით გამოყენება აღარ არის მოცული ნორმის მიზნით – დაინტერესებული პირის ინფორმირება მასზე არსებულ პირად მონაცემებთან დაკავშირებით – არამედ მიდის უკვე ავზრახულობის მიმართულებით და უფლების შინაარსის გაუმართლებელ გადატვირთვას წარმოადგენს. არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთის შესახებ გერმანიის კანონის (UWG) 8c პარაგრაფი (იხ. ამასთან დაკავშირებით B. 3. a)) ზღუდავს კონკურენციულსამართლებრივი მოთხოვნების განხორციელებას, როდესაც მოსარჩელის მიზანს წარმოადგენს არა ჯანსაღი კონკურენტული გარემოს უზრუნველყოფა, არამედ ადვოკატის ჰონორარის მოთხოვნის წარმოშობა.

3. განსხვავება რეგულაციის მიზანზე ორიენტირებულ განმარტებასა და უფლების ბოროტად გამოყენებას შორის

თუმცა, ჩვეულებრივ, არც სამართლის ნორმა და არც სახელშეკრულებო შეთანხმება არ შეიცავს ექსპლიციტურ მოწესრიგებას იმასთან დაკავშირებით, უნდა იყოს თუ არა მათი მეშვეობით დაფუძნებული უფლებები უფლებამოსილი პირის ნება-სურვილისამებრ გამოყენებადი თუ მხოლოდ – კანონისმიერი და სახელშეკრულებო მიზნის (რომელიც ხშირ შემთხვევაში ასევე არ არის ექსპლიციტურად დასახელებული) მისაღწევად ან, სულ მცირე, არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს მას. ამ შემთხვევებისათვის გამოსაყენებელი განმარტებისათვის არ არსებობს ზოგადად გაწერილი პრინციპები. ამასთან, მოცემული ტიპის შემთხვევებში, გადასვლა უფლების შინაარსობრივი ზღვრიდან, რომელიც ტელეოლოგიური განმარტებიდან გამომდინარეობს, იმ შეზღუდვაზე, რომელიც უკვე უფლების ბოროტად გამოყენების პრინციპებიდან არის გამოყვანილი, ყოველთვის ცალსახა არ არის და ხშირად მათ შორის მიჯნა საკამოდ ბუნდოვანია. ამგვარ, მიჯნაზე მდებარე შემთხვევებს, რეგულაციის მიზანზე ორიენტირებულ განმარტებასა და იმ ქცევას შორის, რომელიც უკვე უფლების ბოროტად გამოყენებად ითვლება, განეკუთვნება, უპირველეს ყოვლისა, არა ის ვითარებები,

როდესაც უფლებამოსილი პირი რეგულაციის მიზანს აცდენილ სამართლებრივ შესაძლებლობებს იყენებს მეტ-ნაკლებად ცხადი ავზრახულობით, არამედ, როდესაც ეს სიტუაცია შემთხვევით წარმოიშობა თავსდატეხილი სარგებლის სახით, და ამ ბედის წყალობით წარმოშობილ შესაძლებლობას უფლებამოსილი პირი უკვე თავის სასარგებლოდ იყენებს.

ეს განსაკუთრებით აქტუალურია სახელშეკრულებო მოთხოვნებისა და ინდივიდუალური შეთანხმებებიდან წარმომდგარი მოთხოვნების შემთხვევაში. სწორედ სახელშეკრულებო სამართალია ის სფერო, სადაც მოვლენები ხშირად, არ ვითარდება მხარეთა მიერ წინასწარ (ხელშეკრულების დადების მომენტში) ჩაფიქრებული სცენარის მიხედვით. ამის გამო, შესაძლებელია ინტერესთა გადანაწილებაც შეტრიალდეს და სახელშეკრულებო დათქმა, რომელიც თავიდან მყიდველისათვის იყო ხელსაყრელი და მისი ინიციატივით შეთანხმდა, შეცვლილი გარემოებების წყალობით, გამყიდველისათვის გახდეს ხელსაყრელი და მის ინტერესებს ემსახურებოდეს. ამ შემთხვევების გადაწყვეტისას სახელმძღვანელო პრინციპი უნდა იყოს ის, რომ სახელშეკრულებო მოთხოვნების რაიმე ფორმით იმანენტური შეზღუდვა, დაცვითი მიზნის ასპექტებიდან გამომდინარე, მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაში შეიძლება იქნეს განხილული და ამისათვის, როგორც წესი, კონკრეტული საფუძვლები უნდა იყოს სახეზე. გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლო ამასთან დაკავშირებით ამბობს შემდეგს[11]:

„... ეითი მხრივ, სწორია, რომ ისეთ სახელშეკრულებო დათქმაზე მითითება, რომელიც მხოლოდ მეორე მხარის ინტერესებს იცავს, შეიძლება ეწინააღმდეგებოდეს ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპის (გსკ-ის 242-ე პარაგრაფი). თუმცა, უფლების ბოროტად გამოყენების დაშვებისათვის აუცილებელია კონკრეტული გარემოებების არსებობა. არ არსებობს ზოგადი წესი, რომ ხელშეკრულების ერთ მხარეს არ შეუძლია მიუთითოს იმ პირობაზე, რომელიც მეორე მხარის დაცვას ისახავს მიზნად. პირიქით, ამის საპირისპიროდ, უნდა ითქვას, რომ სახელშეკრულებო დათქმის მხოლოდ ცალმხრივი მბოჭავობა სახელშეკრულებო სამართლისათვის უცხოა, მაშინაც კი, როდესაც ეს დათქმა, თავიდან, მხოლოდ ან უპირატესად ერთი მონაწილის ინტერესების დასაცავად იქნა ხელშეკრულებაში ჩადებული. თუ ხელშეკრულების ერთ-ერთ მხარეს არ უნდა ჰქონდეს უფლება, მიუთითოს მეორე მხარის ინტერესებში შეთანხმებულ პირობაზე, ამის შეთანხმება ან გაცხადებულად უნდა მოხდეს, ან ექსპლიციტურად უნდა გამომდინარეობდეს თავად შეთანხმებიდან და ამ შედეგის დაშვება საჭიროებს შინაარსისა და გამოყენების კონტროლის სპეციალური ტესტის გავლას.“

ამასთან, სწორედ ამ ტიპის შემთხვევები ნათელყოფენ იმ ფაქტს, რომ, ასევე, კანონისმიერი უფლებების შემთხვევაშიც, შეიძლება არაცალსახა იყოს გადასვლა რეგულაციისა და ნორმის მიზანზე ორიენტირებული ტელეოლოგიური განმარტებიდან უფლებით სარგებლობის შეზღუდვაზე (მისი ბოროტად გამოყენების მოტივით). ერთი მხრივ, ეს თემატიკა შეიძლება განხილულ იქნეს იმ ჭრილში, რომ უფლება უკვე ობიექტურად არის შეზღუდული დაცვითი მიზნით,

[11] ამონარიდი გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს შემდეგი გადაწყვეტილებიდან: BGH, Urt. v. 22. Oktober 2021 - V ZR 69/20 - BGHZ 231, 310 Rn. 47.

როგორც, მაგალითად, ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნები გერმანულ სამართალში (შდრ. ამასთან დაკავშირებით მე-5 ქვეთავი) და არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აკრძალვის დარღვევიდან გამომდინარე უფლებები (იხ. ქვემოთ B. 2. b)). მეორე მხრივ, მეტი ყურადღება უნდა დაეთმოს ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპსა (სკ-ის 8 III და 115-ე მუხლები; გსკ-ის 242-ე პარაგრაფი) და ამ პრინციპიდან გამოყვანილ წესს, რომელიც ზღუდავს უფლებით სარგებლობის შესაძლებლობას, თუ ეს სარგებლობა ბოროტად გამოყენების ზღვარს აღწევს.

მოცემულ პრობლემასთან მიმართებით, გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში ცალკეულ შემთხვევათა ტიპებისდა მიხედვით გამოიკვეთა სახელმძღვანელო პრინციპები, რომლებიც B ქვეთავში იქნება მიმოხილული.

4. უფლების ბოროტად გამოყენების შედეგები

აქ მიმოხილული პრობლემატიკა გერმანულ სასამართლო პრაქტიკასა და სამართლის მეცნიერებაში ცნობილია „პროცესის/სარჩელის ბოროტად გამოყენების“ სახელით („rechtsmissbräuchliche Klage“).

ეს ცნებები ცოტათი დამაბნეველია, რადგან უფლების გამოყენების არაკეთილსინდისიერება, ჩვეულებრივ, მატერიალური სამართლის პრობლემატიკას განეკუთვნება და არა – საპროცესო სამართლის. ანუ, ზოგადად, ბოროტად გამოყენებულად ითვლება მატერიალური კომპეტენცია და არა პროცესის წარმოების შესაძლებლობა. ეს წესი მოქმედებს მაშინაც, როდესაც პირი სასამართლო ან ადმინისტრაციულ წარმოების დაწყების შესაძლებლობას არამიზნობრივად იყენებს. ამ შემთხვევაშიც თავად სარჩელი კი არ არის დაუშვებელი ან შესაგებლის წარდგენა კი არ გამოირიცხება პროცესუალური მოტივებით [არამედ მატერიალური უფლების შინაარსი არ მოიცავს მისი ამ ფორმით რეალიზაციის შესაძლებლობას]. სხვაგვარადაა საქმე, როდესაც პირი უშუალოდ სასამართლო პროცესის წარმოების უფლებას იყენებს ბოროტად. ეს ეხება სარჩელის უფლების ბოროტად გამოყენებას, მაგალითად, კეთილსინდისიერი კონკურენციის დარღვევაზე აპელირებისას (იხ. ქვემოთ B. 3. a)), სააქციოსამართლებრივი შეცილების სარჩელის ბოროტად გამოყენებას (იხ. ქვემოთ B. 5.) და ასევე ე. წ. „ჩამკეტ ნაკვეთზე“ საკუთრების მოპოვებას იმ მიზნით, რომ შემდეგში მოხდეს მშენებლობის დამტკიცებული გეგმის (Planfeststellungsbeschluss) სასამართლო წესით შეცილება (იხ. ქვემოთ B. 6.).

5. დაცვითი მიზნიდან გამომდინარე შერაცხვისაგან (Zurechnungszusammenhang) გამიჯვნა ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნების შემთხვევაში

გერმანულ მართლწესრიგში ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის (ნორმის დამცავი მიზნიდან თუ სახელშეკრულებო უფლებიდან გამომდინარე) შეზღუდვის

საკითხები არ განეკუთვნება უფლების ბოროტად გამოყენების პრობლემატიკას. ამის საპირისპიროდ, ეს შეზღუდვა აღიქმება, როგორც ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის იმანენტური ზღვარი. კერძოდ, ზიანის ანაზღაურება მხოლოდ მაშინ არის დასაშვები, როდესაც, ვალდებულების დარღვევით შექმნილ საფრთხის წყაროსა და ზიანის მომტან ხდომილებას შორის, შეფასებითი პერსპექტივიდან გამომდინარე, არსებობს შინაგანი და არა მხოლოდ „შემთხვევითი“ ბმა.[12] ნორმის მიზანს უნდა წარმოადგენდეს ხელყოფილი სამართლებრივი სიკეთის სწორედ ამ ტიპის დაზიანებისაგან დაცვა.[13] ეს თემატიკა გერმანულ სამართალში განეკუთვნება ნორმის/ვალდებულების დაცვით მიზანსა და ზიანის მომტან ქმედებას შორის ბმის (ერთის მეორისათვის შერაცხვის), ანუ, ზიანის კაუზალობის, პრობლემატიკას. აქიდან გამომდინარე, მოცემული სტატიის ფარგლებში მას აღარ შევეხებით.

B. უფლების გამოყენების დაუშვებლობა გერმანიაში: უფლების განხორციელება, რომელიც აღარ არის მოცული ნორმის ან ხელშეკრულების მიზნით

ქვემოთ მოცემული იქნება, გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში აქტუალური რამდენიმე კონსტელაცია:

1. ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების ბოროტად გამოყენება მომხმარებელთა დაცვის სამართალში:

გერმანიაში ნორმის მიზნიდან გამომდინარე უფლების გამოყენების შეზღუდვას ყველაზე დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა ენიჭება მომხმარებელთა დაცვის კანონებში დაფიქსირებულ ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების შემთხვევაში. როგორც სტატიის დასაწყისში იყო ნაჩვენები, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებები გერმანიაში გაცილებით უფრო ფართოა, ვიდრე საქართველოში. თუმცა, გამომდინარე იქიდან, რომ იურიდიული თემატიკა ძირითადად იდენტურია, ქვემოთ, მთავარ პუნქტებზე აქცენტების გაკეთებით, მიმოხილული იქნება, ასევე, ქართული სამართლისათვის ცნობილი, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება ე. წ. დისტანციური გარიგებებისას (მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ კანონის 13 I მუხლი), ხოლო დამატებით ასევე განვიხილავთ უარის უფლებას, სამომხმარებლოს კრედიტისა და მასთან დაკავშირებული გარიგებების შემთხვევაში, რომელიც გერმანულ და ევროპულ სამართალშია აქტუალური.

დისტანციური გარიგებების შემთხვევაში, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება ემსახურება მყიდველის დაცვას იმ სპეციფიკური რისკებისაგან, რომ-

[12] BGH, Urt. v. 27. September 2022 - VI ZR 336/21 - NJW 2022, 3789, juris Rn. 12; BGH, Urt. v. 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 29; BGH, Urt. v. 22. Mai 2012 - VI ZR 157/11 - NJW 2012, 2024, juris Rn 13 ff.; BGH, Urt. v. 22. September 2016 - VII ZR 14/16 - BGHZ 211, 375, juris Rn. 14.

[13] BGH, Urt. V. 27. September 2022 - VI ZR 336/21 - NJW 2022, 3789, juris Rn. 12.

ლებიც განპირობებულია იმ გარემოებით, რომ, ხელშეკრულების დადების მომენტში, მისთვის არ არის შეცნობადი არც კონტრაჰენტის პიროვნება და არც ნივთია ხილვადი. ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებამ ეს დეფიციტი უნდა ამოავსოს იმით, რომ მყიდველს მოსაფიქრებლად მისცეს დრო, რომლის განმავლობაშიც მას, უკვე ნაყიდი საგნის მიღების შემდეგ ექნება შესაძლებლობა, შეამოწმოს ეს ნივთი და გამოსცადოს.[14]

ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებებმა, სამომხმარებლო კრედიტებისა და სხვა ფინანსური მომსახურებების შემთხვევაში, უნდა უზრუნველყონ მომხმარებლის მიერ მის მოთხოვნილებებზე ყველაზე მეტად მორგებული ხელშეკრულების შერჩევა. ამიტომაც, მას უნდა შეეძლოს, თავიდან მოიშოროს ხელშეკრულება, თუ მისთვის მინიჭებული მოსაფიქრებელი დროის განმავლობაში აღმოჩნდება, რომ ხელშეკრულება არ შეესატყვისება მის საჭიროებებს.[15] გარდა ამისა, უარის თქმის უფლებამ, მისი სანქცირებად-დამაფრთხობელი ეფექტიდან გამომდინარე, უნდა უზრუნველყოს, რომ მომხმარებელმა მიიღოს ყველა საჭირო ინფორმაცია, რომელიც აუცილებელია მისი მხრიდან სახელშეკრულებო ინფორმაციის მოცულობის გაცნობიერებისათვის.[16]

თუმცა არსებობს, ასევე, განსხვავებული ვითარებები, როდესაც წამოიჭრება საკითხი, დასაშვებია თუ არა ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების გამოყენება, მიუხედავად იმისა, რომ უარის თქმის საფუძვლების კანონისმიერი დაცვითი მიზნით მოცული არ არის. მაგალითად, თუ მყიდველმა რაიმე ნივთი იყიდა საჩუქრად მისი მეგობარი გოგონასათვის, თუმცა სასიყვარულო ურთიერთობა მთავრდება ამ ნივთის გადაცემამდე, ამ მიზნის გაცუდება, გამყიდვლის მაღაზიაში დადებული ნასყიდობის შემთხვევაში, იქნებოდა ის ზოგადი ცხოვრებისეული რისკი, რომელიც მყიდველმა უნდა ატაროს. ცვლის თუ არა რაიმეს ამასთან დაკავშირებით ის ფაქტი, რომ საჩუქრის ყიდვა მოხდა დისტანციური გარიგების ფარგლებში? რა ხდება მაშინ, როდესაც მყიდველი ხელსაწყოს, რომელიც მას მხოლოდ ერთადერთხელ სჭირდება, მაგალითად, ხმის გამაძლიერებლები, ყიდულობს ონლაინ, რათა, მისით ერთჯერადად სარგებლობის შემდეგ, უარი თქვას ხელშეკრულებაზე. ან სხვა შემთხვევა რომ მოვიყვანოთ: პირი, იმისათვის, რომ ყოველ წვეულებაში ახალ ტანისამოსში გამოჩნდეს, ყოველ ჯერზე, წვეულების წინ ონლაინ უკვეთავს შესაბამისი ზომის ტანსაცმელს და მას ამ ღონისძიების შემდეგ უკან უგზავნის გამყიდველს?

როგორც დასაწყისში უკვე აღინიშნა, როგორც საქართველოში, ისე გერმანიაში, კანონითაა განსაზღვრული, რომ ხელშეკრულებაზე უარის თქმა არ საჭიროებს შესაბამის დასაბუთებას. ის ფაქტი, რომ არ საჭიროებს დასაბუთებას,

[14] EuGH, Urt. v. 3. September 2009 - C-489/07 - NJW 2009, 3015, juris Rn. 20; BGH, Urt. v. 3. November 2010 - VIII ZR 337/09 - BGHZ 187, 268, juris Rn. 23; BGH, Urt. v. 21. Oktober 2004 - III ZR 380/03 - BGHZ 160, 393, juris Rn. 21; BGH, Urt. v. 19. März 2003 - VIII ZR 295/01 - BGHZ 154, 239, juris Rn. 11.

[15] EuGH, Urt. v. 9. September 2021 - C-33/20, C-155/20 und C-187/20 - NJW 2022, 40, juris Rn. 123; EuGH, Urt. v. 19. Dezember 2019, C-355/18 bis C-357/18 und C-479/18 - NJW 2020, 667, juris Rn. 101; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 71.

[16] EuGH, Urt. v. 9. September 2021 - C-33/20, C-155/20 und C-187/20 - NJW 2022, 40, juris Rn. 124 f.; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 71.

მიუთითებს იმაზე, რომ ეს დასაბუთება შეიძლება საერთოდ არც არსებობდეს. ამ შემთხვევაში ნორმატიული მიზანმიმართულება წარმოადგენს მხოლოდ ბიძგის მიმცემს ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების კანონისმიერი რეგულაციისათვის. ხოლო მისით სარგებლობა უკვე სრულებით მომხმარებლის ნება-სურვილზეა დამოკიდებული და უფლების ბოროტად გამოყენება არ გვექნება სახეზე მხოლოდ იმის გამო, რომ უარის თქმის უფლების გამოყენება ნორმის მიზნით არ არის მოცული.[17] ამიტომაც, უარის თქმის უფლების მიზნისაგან სრულებით მოწყვეტილი საფუძვლები, როგორიცაა, დასაჩუქრებულთან სასიყვარულო ურთიერთობის ჩაშლა ან, საერთოდაც, ყოველგვარი საგნობრივი მიზეზის არარსებობა, მაგალითად, გახარჯული ფულის უკან დაბრუნებისა და სხვა მიზნით სარგებლობის სურვილი, არ წარმოადგენს უფლების ბოროტად გამოყენებად დაკვალიფიცირების საფუძველს.

თუმცა ეს არ ნიშნავს, რომ ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების ბოროტად გამოყენება საერთოდ შეუძლებელია და ის არ იზღუდება ამ პრინციპების მიხედვით. პირველ რიგში, არსებობს ე. წ. „სუფთა სახით“ უფლების ბოროტად გამოყენების შემთხვევები, მაგალითად, როდესაც მომხმარებელი, ცალსახად დამტკიცებულად, სრულებით თვითნებურად აკეთებს შეკვეთებს, რომელთა გამოხმობასაც უკვე გეგმავს ამ მომენტში.[18] აქ, გამონაკლისის სახით, უარის თქმის უფლების მიზნის საწინააღმდეგო პირველი გამოყენებაც უკვე ბოროტად გამოყენებად ითვლება, როდესაც პროდუქტის ყიდვა ხდება მიზანმიმართულად ერთჯერადი გამოყენებისათვის და შემდეგ წინასწარდაგეგმილად ის უკან იგზავნება (შდრ. ზემოთ მოყვანილი შემთხვევები). თუმცა ამის ფაქტობრივი წინაპირობების დამტკიცება პრაქტიკულად შეუძლებელია. ამიტომაც, უფლების ბოროტად გამოყენების ტენდენციისაგან გამყიდველს თავის დაცვა შეუძლია, ძირითადად, მხოლოდ იმით, რომ ზემოთ ხსენებული პრაქტიკით დაკავებულ მყიდველს „დაუბლოკავს“ შემდგომი შეკვეთის შესაძლებლობას.[19]

ამის საპირისპიროდ, უფლების ბოროტად გამოყენების დასადასტურებლად არ არის საკმარისი მხოლოდ ის მიზეზი, რომ კონკრეტული მყიდველი უხშირებს თავიდან (რეალური) განზრახვით შეძენილი პროდუქტების რეტურს. ეს წესი მოქმედებს მით უფრო მაშინ, როდესაც მყიდველს აქვს გამართლებული ინტერესი, შეიძინოს უფრო მეტი პროდუქტი, ვიდრე ეს მას სჭირდება, რათა მიწოდებულიდან შეარჩიოს მისთვის ყველაზე შესაფერისი ან საერთოდ არც ერთი არ დაიტოვოს. ამგვარი ქცევა საბოლოო ჯამში, ისევ და ისევ, დისტანციური გარიგებისათვის დამახასიათებელი უარყოფითი მომენტებითაა განპირობებული, კერძოდ, იმით, რომ მყიდველს – განსხვავებით პროდუქტის უშუალოდ

[17] BGH, Urt. v. 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15 - BGHZ 211, 123, juris Rn. 44 ff.; BGH, Urt. v. 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15 - BGHZ 211, 105, juris Rn. 20 ff.; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 50.

[18] *Hönninger in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger*, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 355 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 65.

[19] შდრ., წარსულში მოქმედი მონაცემთა დაცვის სამართლებრივი სამართლის რეგულაციების მიხედვით, მონაცემთა შენახვისათვის წაყენებულ აუცილებელ წინაპირობებთან დაკავშირებით: Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urt. v. 25. November 2004 - 5 U 22/04 - juris, insb. Rn. 44 ff. und Rn. 55 ff.

მაღაზიაში შერჩევისას – არ შეუძლია, ხელშეკრულების დადებამდე, თავისუფლად შეათვალიეროს, გამოსცადოს თუ ჩაიცვას სხვადასხვა პროდუქტი, რათა წინდაწინვე შეარჩიოს მისთვის ყველაზე ხელსაყრელი ან საერთოდ უარი თქვას რაიმეს ყიდვაზე.

ზემოთ განხილულისგან გასამიჯნ საკითხს წარმოადგენს, თუ როდის წარმოშობს ნივთის შემოწმება – რომელიც სცდება მისი თვისებების გადამოწმებას – კომპენსაციის მოთხოვნას, ანუ, მყიდველმა უნდა აანაზღაუროს ნივთის შემცირებული ღირებულება.[20] ასე, მაგალითად, ტანსაცმლის მოზომება ან ხანმოკლე პერიოდის განმალობაში ტარება, ონლაინ-შეკვეთის შემთხვევაში, ემსახურება მის შემოწმებას, თუმცა ხანგრძლივი დროის განმავლობაში ტარება უკვე შემოწმებად ვეღარ ჩაითვლება.[21]

გერმანულ სასამართლოებს უკანასკნელ წლებში ე. წ. „დიზელის სკანდალთან“[22] დაკავშირებით არაერთხელ მოუწიათ იმ საკითხთან კონფრონტაცია, თუ რა ფარგლებშია დასაშვები ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების გამოყენება დაკავშირებული გარიგებების შემთხვევაში (ავტომანქანის ნასყიდობა, რომლის დაფინანსებაც მოხდა სამომხმარებლო კრედიტით). თუმცა ეს თემატიკა ნაკლებად არის დამოკიდებული ზემოთ ხსენებული დაცვითი მიზნისათვის შერაცხვის ასპექტებთან, არამედ ეხება ურთიერთწინააღმდეგობრივ ქცევასა და პრეკლუზიას, განსაკუთრებით, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის შემდეგ, ნაყიდი ნივთის შემდგომი გამოყენების ან გაყიდვის შემთხვევაში.[23] იგივე ეხება საკითხს, თუ რა წინაპირობების არსებობის შემთხვევაშია შესაძლებელი, განვადებით ნასყიდობისას, ხელშეკრულებაზე უარის უფლების გამოყენება, მას შემდეგ, რაც ორივე მხარის მიერ ვალდებულებების სრულად დაფარვის შემდეგ უკვე წლებია გასული.[24]

2. შრომისსამართლებრივი დისკრიმინაციიდან წარმომდგარი კომპენსაციის უფლებების ბოროტად გამოყენება

გერმანიაში, საყოველთაო თანასწორი მოპყრობის შესახებ კანონის (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG) მიხედვით, დამსაქმებელმა, რომლის მხრიდანაც ადგილი აქვს დისკრიმინაციულ მოპყრობას, დისკრიმინირებულ პირს, კონკრეტული ზიანის ანაზღაურების გარდა (კანონის 15 I პარაგრაფი),

[20] იხ. საცურაო ლეიბის წლით ავსებასთან და მის სამდღიან გამოყენებასთან დაკავშირებით: BGH, Urt. v. 3. November 2010 - VIII ZR 337/09 - BGHZ 187, 268, juris Rn. 19 ff.

[21] *Hönninger in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger*, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 357a BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 11 f.

[22] დიზელის ძრავზე მომუშავე ავტომობილების ძრავში ჩამხშობი მოწყობილების ჩაშენება, რათა ამით გამონაბოლქვის დასაშვები ნორმის დაცვა მომხდარიყო.

[23] შდრ. მოცემულ საკითხთან დაკავშირებით BGH, Urt. v. 21. März 2023 - XI ZR 42/22 - juris Rn. 21; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 57 ff.

[24] იხ.: Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urt. v. 6. August 2015 - 4 U 156/14 - NJW-RR 2016, 630, juris Rn. 41 ff.; კონკრეტულ შემთხვევაში სასამართლომ საკუთარი დასაბუთება დაამყარა *venire contra factum proprium verneint*-პრინციპს.

უნდა გადაუხადოს ასევე ზიანისაგან დამოუკიდებელი კომპენსაცია. დისკრიმინაციად ითვლება ასევე შემთხვევა, როდესაც ხდება კონკურსანტის/პრეტენდენტის არახელსაყრელ მდგომარეობაში ჩაყენება მისი ეთნიკური წარმომავლობის, სქესის, რელიგიის, მსოფლმხედველობის, შეზღუდული უნარების[25], ასაკის ან სექსუალური იდენტობის გამო. კომპენსაციის რაოდენობა შეიძლება განისაზღვროს მაქსიმუმ სამი თვის ანაზღაურების ოდენობით.

დამსაქმებლებისთვის დაკისრებული დისკრიმინაციის ეს აკრძალვა და მისგან გამომდინარე ქცევის ვალდებულებები შეიცავენ „ხაფანგში გაბმის“ საფრთხეს, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ასაკის, სქესისა და მძიმე ფორმით შეზღუდული შესაძლებლობის[26] საბაბით დისკრიმინაციის ბრალდებაა სახეზე. ამ მახეში გაბმის საფრთხე განსაკუთებით მაღალია, თუ დამსაქმებელს ადამიანური რესურსის მართვის დეპარტამენტში მაღალკვალიფიკაციური კადრები არ ჰყავს დასაქმებული. ამ დროს ძალიან მარტივია შეცდომის დაშვება და დისკრიმინაციული მოპყრობის გამომჟღავნება ვაკანსიის გამოცხადებისას ან კონკურსის ჩატარებისას. ამით განპირობებულმა კომპენსაციის ვალდებულების არსებობამ შეიძლება უბიძგოს პირებს, წინასწარ შეაფასონ თავისუფალი ვაკანსიები დისკრიმინაციის აკრძალვის შესაძლო დარღვევებზე და, ამ დარღვევის აღმოჩენის/ეჭვის არსებობის შემთხვევაში, თუ თავად დისკრიმინირებულ პირთა წრეს განეკუთვნებიან, წინასწარგანზრახულად შეიტანონ განაცხადი შესაბამის ვაკანსიაზე [რათა მათ შემდეგ დასაქმებაზე უარი უთხრან და ანაზღაურება მოითხოვოს].

თუ ამ განზრახვით მოქმედ პრეტენდენტს უარს ეტყვიან დასაქმებაზე, მისი მხრიდან ამის შემდეგ კომპენსაციის მოთხოვნა, შრომის სასამართლოს მყარად დადგენილი პრაქტიკის მიხედვით, წარმოადგენს უფლების ბოროტად გამოყენებას – თუ პრეტენდენტის მიზანი იყო მხოლოდ კომპენსაციისა და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნების მოპოვება პოტენციური დამსაქმებლის მიმართ, დისკრიმინაციული მოპყრობის გამო, და არა რეალური დასაქმება.[27] მითითებისა და მტკიცების ტვირთი ეკისრება დამსაქმებელს. თუმცა, ჩვეულებრივ, ამ არაკეთილსინდისიერ განზრახვაზე მიუთითებს უკვე ის გარემოება, რომ პრეტენდენტის კვალიფიკაცია მკვეთრად ჩამოუვარდება დასაკავებელ პოზიციაზე დამსაქმებლის მოთხოვნებს, პრეტენდენტი, სხვადასხვა შეუსაბამო ქცევით, უკვე კონკურსის მიმდინარეობისას ცხადს გახდის თავის რეალურ განზრახვას და ქმნის შთაბეჭდილებას, რომ მას არა დამსაქმებლის კეთილგანწყობის მოპოვება,[28] არამედ, მისი შეშინება სურს ან, მაგალითად, ეს პრეტენდენტი თა-

[25] შდრ. ასევე Art. 164 Abs. 2 Satz 2 SGB (Sozialgesetzbuch) IX.

[26] იხ. სახელმწიფოს, როგორც დამსაქმებლისათვის, მძიმე შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პრეტენდენტის მიმართ დაკისრებულ განსაკუთრებულ პროცედურულ ვალდებულებებთან დაკავშირებით: § 165 SGB IX; BAG, Urt. v. 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - NZA 2022, 63, juris Rn. 18 ff.

[27] BAG, Urt. v. 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - NZA 2023, 688, juris Rn. 43 ff.;7; BGH, Urt. v. 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 --NZA 2019, 527, juris Rn. 46 ff.; BAG, Urt. v. 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - BAGE 155, 149., juris Rn. 32 ff.

[28] მაგალითად, პრეტენდენტი (განზრახ?) მასიურად უშვებს ისეთ ორთოგრაფიულ შეცდომებს, რომლებიც მის მიერ განაცხადში მითითებული განათლების დონესთან და დამსაქმებლის მოთხოვნებთან შეუსაბამოა.

ვის „დიდ ასაკზე“, როგორც პოტენციურ დისკრიმინაციულ ნიშანზე, საკონკურსო განაცხადში, განსაკუთრებული სიხშირითა და განსაკუთრებული დაჟინებით აპელირებს.[29]

3. არაკეთილსინდისიერ კონკურენციაზე აპელირების უფლების ბოროტად გამოყენება

ა) არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის წინააღმდეგ მიმართულ კანონებში გათვალისწინებული უფლებები, რომლებიც დაუშვებელი კონკურენციის აღმოფხვრის წინააღმდეგაა მიმართული, სხვათა გვერდით, სხვადასხვა უფლებაუნარიან გაერთიანებებს ანიჭებენ შესაძლებლობას, მოითხოვონ სამეწარმეო და პროფესიული საქმიანობის ხელშეწყობა. ამ უფლების განხორციელების ფარგლებში, თუნდაც სასამართლოს ჩართვის გარეშე, ამ გაერთიანებებს აქვთ მოთხოვნის უფლება წარმოშობილი ხარჯების დაკმაყოფილებაზე, მათ შორის ადვოკატის ჰონორარის ანაზღაურებაზე. გამომდინარე აქედან, პირველ რიგში, ისეთი გაერთიანებებისათვის, რომლებიც ეკონომიკურად ისედაც დაკავშირებულნი არიან საადვოკატო ბიუროებთან, შეიძლება მიმზიდველი იყოს, არა მხოლოდ ფაქტობრივად აღმოაჩინონ მაქსიმალური რაოდენობის დარღვევები (მაგალითად, სარეკლამო სლოგანების სისტემური შემოწმების შედეგად) და შემდეგ გააპროტესტონ, არამედ გააკეთონ ეს იმ ფორმით, რომელიც ზემოთხსენებული ხარჯების გაღებისა და შემდეგ მეორე მხარისათვის გადაკისრების კუთხით ამ გაერთიანებისათვის ყველაზე მომგებიანია. ამიტომაც, მოცემული უფლების ბოროტად გამოყენებისათვის ხელშესაშლელად არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთის შესახებ გერმანიის კანონის 8c შეიცავს შემდეგ რეგულაციას:

„(1) მე-8 პარაგრაფის 1-ელი აბზაციდან გამომდინარე უფლებების წაყენება არის დაუშვებელი, თუ ეს, საერთო სუბარის გათვალისწინებით, უფლების ბოროტად გამოყენებად შეიძლება ჩაითვალოს.

(2) უფლების ბოროტად გამოყენება საეჭვოობისას სახეზეა, როდესაც:

1. უფლების წაყენება, ძირითადად, ემსახურება დარღვევის ჩამდენი პირის მიმართ დანახარჯების, გაღებული საპროცესო ხარჯებისა თუ პირგასამტეხლოს გადახდის მოთხოვნის მოპოვებას.

2. კონკურენტი, ერთი და იმავე დანაწესის დარღვევიდან გამომდინარე, იყენებს გაფრთხილებას, თუმცა დარღვევათა რაოდენობა, რომელზეც ის აპელირებს, შეუსაბამოა მისი სავაჭრო ბრუნვის მოცულობასთან და, ამავდროულად, ეს კონკურენტი არ ატარებს სასამართლო წარმოებისა თუ სასამართლოს ჩართვის გარეშე გადადგმული სამართლებრივი ნაბიჯების ხარჯებს.

3. კონკურენტის მიერ გაფრთხილებისათვის გაღებულ ხარჯთა შეფასება არის შეუსაბამოდ მაღალი.

[29] შდრ., მაგალითად, BAG, Urt. v. 31. März 2022 - 8 AZR 238/21 - NZA 2022, 1401, juris Rn. 44 ff.

4. შეთანხმებული თუ მოთხოვნილი პიჩგასამტეხლო ცალსახად შეუსაბამოდ მაღალია.

5. მოთხოვნილია მოქმედების განხორციელებისაგან თავის შეკავება, ჰომელიც ცალსახად სცდება იმ სიკეთის ხელყოფის ფარგლებს, ჰომლის თავიდან ასაცილებლადაც მოხდა გაფრთხილება.

6. ჰამდენიმე დარღვევის შესახებ გაფრთხილება შეიძლებოდა ერთიანად, თუმცა ეს ცალ-ცალკე გაფრთხილებების სახით ხდება.

7. დარღვევაზე ჰამდენიმე პირია პასუხისმგებელი, თუმცა, ყოველგვარი საგნობრივი დასაბუთების გარეშე, მათთვის მოთხოვნების წაყენება არ ხდება ერთობლივად.

(3) თუ სახეზეა მოთხოვნების იმგვარი წაყენება, რაც მათი ბოროტად გამოყენებად ითვლება, მოთხოვნების ადრესატს შეუძლია მოითხოვოს მათი წამყენებლისაგან იმ ხარჯების ანაზღაურება, ჰომლებიც მან საკუთარი სამართლებრივი პოზიციების დაცვისათვის გაიღო. ეს გამორიცხავს სხვა ტიპის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნებს.“

გერმანიაში კონკურენციის შესახებ კანონის 8c პარაგრაფი ყველაზე თვალსაჩინო მაგალითია იმისა, რომ სრულებით რაციონალური მიზნის მქონე დამცავი დანაწესი შეიძლება შეიცავდეს მის საფუძველზე მინიჭებული უფლების ბოროტად გამოყენების რისკს და როგორ შეუძლია მართლწესრიგს ამ რისკის გასანეიტრალებლად ქმედითი ზომების მიღება.[30] თუმცა, გერმანიაში კონკურენციის შესახებ კანონის 8c პარაგრაფში ჩამოყალიბებული კრიტერიუმების პირდაპირი გავრცელება სხვა სფეროებზე შეუძლებელია, რადგან კეთილსინდისიერების პრინციპიდან გამომდინარე წესი, რომელიც ზღუდავს უფლებას, ჩვეულებრივ, მოქმედების მხრივ, ვერ უტოლდება პირდაპირ ნორმატიულ მოწესრიგებას.

b) ამ კონტექსტში საინტერესოა კიდევ ერთი გადაწყვეტილება, რომელშიც გერმანიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ, მიუხედავად სარეკლამო განცხადების ობიექტურად შეცდომაში შემყვანი ხასიათისა, ნორმის დაცვითი მიზნის ასპექტებიდან გამომდინარე, თავშივე უარყო საერთოდ არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის არსებობა და არ მიიჩნია მხოლოდ (არაკეთილსინდისიერი კონკურენციიდან გამომდინარე) უფლების განხორციელება დაუშვებლად, მისი ბოროტად გამოყენების საბაბით. ამ გადაწყვეტილების[31] შემთხვევაში საქმე ეხებოდა შემდეგს (რაც ქვემოთ შემოკლებულად იქნება გადმოცემული):

მოპასუხე, რომელიც იყო მოვაჭრე, ერთ-ერთ სარეკლამო განცხადებაში იტყობინებოდა სათამაშო მოწყობილობის შესახებ. მოპასუხის შესაბამისმა განყოფილებამ, ერთ-ერთ საცდელ სატელეფონო ზარზე გასცა პასუხი, რომ შე-

[30] შდრ. დეტალებთან დაკავშირებით: BGH, Urt. v. 26. Januar 2023 -I ZR 111/22 - BGH, Urt. v. 26. Januar 2023 - I ZR 111/22 - juris Rn. 39 ff.; BGH, Urt. v. 21. Januar 2021 - I ZR 17/18 - GRUR 2021, 752, juris Rn. 37 ff.; BGH, Urt. v. 4. Juli 2019 - I ZR 149/18 - NJW 2019, 3377, juris Rn. 46; Seichter in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 8c UWG (Stand: 12.05.2023) Rn. 20 ff.

[31] BGH, Urt. v. 27. Juni 2002 - I ZR 19/00 - NJW-RR 2002, 1686, juris Rn. 27 ff.

საბამისი პროდუქტი არ იყო მარაგში და მაღაზიიდან მისი დაუყოვნებლივი წამოღება შეუძლებელი იყო. სატელეფონო ინფორმაცია იყო არასწორი, რადგან გარეკლამებული პროდუქტის მარაგი რეალურად არსებობდა ამ მაღაზიაში. ამგვარად, დისტანციური კომუნიკაცია შეიცავდა შეცდომაში შემყვან ცნობას მარაგის რაოდენობასთან დაკავშირებით, რაც გერმანიაში, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთის შესახებ კანონის მე-3 პარაგრაფის მიხედვით, არაკეთილსინდისიერ სავაჭრო ქცევას წარმოადგენს. თუმცა ეს არ წარმოადგენს კონკურენციის სამართლის გაგებით მნიშვნელოვან ქცევას, რადგან, გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით, მოცემული დანაწესის გამოყენებებისათვის, ნორმის დაცვითი მიზნიდან გამომდინარე, აუცილებელია, რომ:

მარაგთან დაკავშირებული არასწორი ინფორმაციის მიწოდების აკრძალვა მიზნად ისახავს იმ სავაჭრო პრაქტიკის აღკვეთას, რომ მომხმარებელი არ მიიზიდონ არასწორი ცნობებით, ხოლო შემდგომ მაღაზიაში მისულმა აღმოაჩინოს, რომ პროდუქტის დაუყოვნებლივი შეძენა და წამოღება შეუძლებელია. სატელეფონო ცნობა, რომ პროდუქტი მაღაზიაში არ მოიპოვება, კი არ იზიდავს დაინტერესებულ პოტენციურ მყიდველს, არამედ, პირიქით, აკარგვინებს მას მაღაზიაში მისვლის სურვილს. ამგვარად, ამ ტიპის შეცდომაში შემყვანი ინფორმაცია, არ ისახავს მიზნად კონკურენციაში ჩართული სუბიექტისათვის სხვა კონკურენტებთან მიმართებით რაიმე უპირატესობის მოპოვებას და, ამგვარად, ნორმის დაცვითი მიზნის ასპექტებიდან გამომდინარე, არ ექცევა, დაცვითი მიზნიდან გამომდინარე, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთის შესახებ გერმანიის კანონის მე-3 პარაგრაფის მოქმედების სფეროში.

4. მოშლის გაცხადების შემდეგ მისი საფუძვლის გაქარწყლება

თუ ხელშეკრულების მოშლა საჭიროებს საფუძველს და ეს საფუძველი ქარწყლდება ამ მოშლის გაცხადების შემდეგ, წარმოიჭრება საკითხი, შეიძლება თუ არა, უფლების ბოროტად გამოყენების საბაბით, შეიზღუდოს ამ მოშლაზე შემდგომი მითითება. ამ შემთხვევის განსაკუთრებული პრობლემატიკა მდგომარეობს იმაში, რომ უკვე გამოყენებული გარდაქმნითი უფლების ნამდვილობა, სამართლებრივი სტაბილურობის ჭრილში, განსაკუთრებული ურყეობისა და სამართლებრივი სიცხადის მოთხოვნებს ექვემდებარება, და, მოშლის გაცხადების შემდეგ, მისი ნებისმიერი ფორმით კორექცია – თუნდაც მხოლოდ არაპირდაპირი ფორმით – ამ მოთხოვნების დარღვევა იქნებოდა. ეს პრინციპი მით უფრო მოქმედებს გრძელვადიანი ურთიერთობების შემთხვევაში, როგორიც არის, მაგალითად, საცხოვრებელი სადგომის ქირავნობის ხელშეკრულება, რომლის დროსაც უკვე გარდაქმნილი სამართლებრივი მდგომარეობის შედეგების გაქარწყლებას მრავალგვარი ზემოქმედება შეიძლება მოჰყვეს სხვადასხვა ფაქტობრივ თუ სამართლებრივ ურთიერთობაზე, მათ შორის მესამე პირებთან მიმართებითაც.

პირადი საჭიროების გამო მოშლის შემთხვევაში (გსკ-ის 573 II Nr. 2 – რეგულატორული ბირთვი იდენტურია სკ-ის 562 Nr. 2 ბ) მუხლისა), გერმანიის უმაღლესი ფედერალური სასამართლო ამ საკითხს შემდეგნაირად წყვეტს: გამქირავებელი იყენებს უფლებას ბოროტად, თუ ის არ ატყობინებს დამქირავებელს, მოშლის ძალაში შესვლის მომენტამდე, ანუ, მოშლის გაცხადებასა და ქირავნობის ურთიერთობის დასრულებას შორის შუალედში, იმ ფაქტის შესახებ, რომ მას ბინა თავისთვის აღარ სჭირდება და არ სთავაზობს ქირავნობის ურთიერთობის გაგრძელებას. თუმცა, ეს წესი, არ ვრცელდება იმ შემთხვევაზე, როდესაც პირადი საჭიროების განმაპირობებელი გარემოება მხოლოდ მას შემდეგ წყვეტს არსებობას, როდესაც მოშლა უკვე ძალაში შევა; არ აქვს მნიშვნელობა, დამქირავებელს აქვს თუ არა ბინა უკვე დაცლილი, თუ მისი ნივთები (ხელშეკრულების დარღვევით) ჯერ კიდევ ბინაშია.[32] ამ სამართლებრივი გადაწყვეტის განსაკუთრებულობა, ერთი მხრივ, მდგომარეობს იმაში, რომ, მისი მეშვეობით, ქირავნობის ურთიერობის დასრულების შემდეგ სამართლებრივი სტაბილურობის შენარჩუნებას გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება, ხოლო, მეორე მხრივ, ის თავიდან იცილებს და არ უშვებს იმ შედეგს, რომ მოშლის საფუძვლის გაქარწყლებას – რომელიც ხდება მოშლის გაცხადებასა და სახელშეკრულებო ურთიერთობის დამთავრებას შორის შუალედში – პირდაპირი გავლენა ჰქონდეს მოშლის ნების ნამდვილობაზე. ეს არა მხოლოდ ხელს უწყობს სამართლებრივ სტაბილურობას, არამედ, ასევე, ანგარიშს უწევს დამქირავებლის ინტერესებს, რომელიც, მოცემულ შემთხვევაში, დაცვას იმსახურებს. ეს უკანასკნელი შეიძლება უკვე მოემზადა და მიიღო ზომები მოშლის ნამდვილობის ნდობიდან გამომდინარე და – უკვე იქირავა რა ახალი ბინა – შეიძლება, სწორედ იმით იყოს დაინტერესებული, რომ გამქირავებელი შებოჭილი ყოფილიყო მოშლის ნების გამოხატვით, მიუხედავად მისი საფუძვლის გაქარწყლებისა.

ამ მოსაზრებას გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლო, სხვა არგუმენტებთან ერთად, ასევე შემდეგნაირად ასაბუთებს:[33]

„bb) თუ მოშღის სამახოღებოვი შედეგები ჯეო ახ დამდგახა, ახ ახსებობს ამის გამომხიცხავი საფუძვღები და, პიხიქით, ამას მოითხოვს დამქიხავებღის ინტეხესების დაცვა, ხომ თავიდან ნამდვიღ მოშღას მოგვიანებით წაეხთვას ნამდვიღობა, თუ ეს გამახთღებუღია ზოგადმოქმედი პხინციპებით, მაგაღითად, უფღების ბოხოტად გამოყენების აკხძაღვით (გსკ-ის 242-ე პახაგხაფი). უფღების ბოხოტად გამოყენება განსაკუთხებით მაშინ ახის სახეზე, ხოდესაც გამქიხავებღის პიხადი საჭიხოება მოშღის ვადის გასვღამდე და, შესაბამისად, მის საფუძვეღზე ქიხავნობის უხთიეხთობის დამთავხებამდე გაქახწყდა, თუმცა, გამქიხავებეღს, ამის მიუხედავად, მაინც აქვს გადაწყვეტიღი მოშღის ძაღაში დატოვება, ხომეღიც მხოღოდ ფოხმაღუხად იყო მახთღზომიეხი – მხოღოდ გაცხადების მომენტში ჰქონდა შესაბამისი საფუძვეღი.

[32] შდრ. ამ პრობლემატიკასთან დაკავშირებით ერთობლიობაში: BGH, Urt. v. 9. November 2005 - VIII ZR 339/04 - BGHZ 165, 75, juris Rn. 19 ff.; BGH, Versäumnisurteil v.13. Juni 2012 - VIII ZR 356/11 - juris Rn. 10; BGH, Urt. v. 22. Mai 2019 - VIII ZR 167/17 - NJW-RR 2019, 972, juris Rn. 28; BGH, Urt. v. 9. Dezember 2020 - VIII ZR 238/18 -NJW 2021, 1232, juris Rn. 15.

[33] ამონარიდი: BGH, Urt. v. 9. November 2005 - VIII ZR 339/04 - BGHZ 165, 75, juris Rn. 19 ff.

cc) ქიხავნობის (სამართლებრივად) დასრულების შემდეგ ქარწყდება ... დამქირავებლის მფლობელობის უფლება, რომელსაც აქვს არა ორიგინარული ხასიათი, არამედ მხოლოდ ნაწარმოებია ბინაზე სხვისი უფლებიდან (....); გამქირავებლის, რომელიც, ჩვეულებრივ, ბინის მესაკუთრეა, განკარგვის უფლებამოსილება ამ შემთხვევაში აღსდგება მისი სრული, კონსტიტუციის მე-14 მუხლით აღიარებული და გარანტირებული მოცულობით. .... დამქირავებელი, რომელიც დაქირავებულ ნივთს არ უბრუნებს გამქირავებელს, ნამდვილი მოშლის მეშვეობით ქირავნობის დასრულების შემდეგ, არღვევს ხელშეკრულების მოთხოვნებს; ბარემ ამ შემთხვევაში უმნიშვნელოა.

dd) არ არის საჭირო დავუშვათ პოსტ-სახელშეკრულებო [ხელშეკრულების დამთავრების შემდეგ განგრძობადი] ერთგულების ვალდებულებების არსებობა, რომლებიც უპირატესობას მიანიჭებდა დამქირავებლის ინტერესს ქირავნობის გაგრძელებასთან დაკავშირებით, გამქირავებლის (ნივთის დაბრუნების) მოთხოვნასთან მიმართებით. სენატმა თავის გადაწყვეტილებაში 2003 წლის 9 ივლისს (BGH, Urt. v. 9. Juli 2003 - NJW 2003, 2604, II.2) მსგავსად გადაწყვიტა შემთხვევა, როდესაც, გამქირავებელმა პირადი საჭიროების გამო, რომელიც (მოცემულ ბინაზე) აგრძელებდა არსებობას, მოშალა ხელშეკრულება, თუმცა ამავე პერიოდში თავისუფლდებოდა მისი სხვა ბინა. ზემოთ განხილული შემთხვევის გადაწყვეტა ამისგან არ უნდა განსხვავდებოდეს. გამქირავებლის პოსტ-სახელშეკრულებო ვალდებულების დაშვება, რომლის მიხედვითაც, მან გამქირავებელს, ქირავნობის უფლებრივობის დასრულების შემდეგ, უნდა აცნობოს მოშლის საფუძვლის არარსებობის შესახებ, ეს იქნებოდა ასისტემური და ხელყოფა იმ პრინციპებისა, რომელთა მიხედვითაც არის კონსტრუირებული მოშლის გაცხადების გარდაქმნითი ეფექტი. დამქირავებლის ინტერესები ბინის დატოვებასთან დაკავშირებით შეგვიძლია გავითვალისწინოთ მხოლოდ იმგვარად, რომ გამქირავებელს დაეკისროს პოსტ-სახელშეკრულებო ვალდებულება, შესთავაზოს დამქირავებელს იმავე ბინაზე ახალი ხელშეკრულების დადება. არასავარაუდოა, რომ კანონმდებლის მიერ ამ ტიპის კონტრაჰირების იძულება ნასურვები ეფექტი ყოფილიყო. ნებისმიერ შემთხვევაში, ის არ იკითხება ქირავნობის სამართლის სარეფორმო კანონიდან ...

d) მოშლის ნამდვილობის შემდგომ, გამქირავებლის პირადი საჭიროების განმაპირობებელი გარემოების გაქარწყლების გათვალისწინება, ყველაფერთან ერთად, იქნებოდა გამქირავებლის სამართლებრივი პოზიციების დაუშვებელი ხელყოფა და ვალდებულების დამრღვევი დამქირავებლის უკეთეს მდგომარეობაში ჩაყენება, იმ დამქირავებელთან შედარებით, რომელსაც ეს დარღვევა არ შეერაცხება, რაც გაუმართლებელია.

თუ დამქირავებელს ექნებოდა იმის იმედი, რომ ამ ტიპის, მოგვიანებით წარმოშობილი მოვლენები მის სასარგებლოდ იქნებოდა გათვალისწინებული, მაშინ მას შეიძლება მაქსიმალურად, ყველა შესაძლო ხერხით დაეხანებინა ბინის დაცლა. გამქირავებელი განუსაზღვრელი ვადის განმავლობაში მოკლებული იქნებოდა შესაძლებლობას, დაეცვა საკუთარი უფლებები; მას, სავარაუდოდ, მოუწევდა მომქანცველი პროცესის წარმოება ბინის დაცლასთან დაკავშირებით მაშინაც კი, როდესაც თავიდანვე ცნობილი იქნებოდა, რომ დამქირავებელი არამართლზომიერად ჩებოდა ბინაში. ამით გაუმართლებლად გაიზრდებოდა დამქირავებლის შანსები, რომ, იმ პერი-

ოდში, ხოლესაც დამქირავებელი ბინის დაცლას ბრალეულად აჭიანურებდა, მოხდებოდა (ამ დაყოვნებით განპირობებული ან მისგან დამოუკიდებელი) მოვლენა, რომელიც გამქირავებლის პირად საჭიროებას გააქარწყლებდა. ამასთანავე, მნიშნელოვანად შეიზღუდებოდა გამქირავებლის გამართლებული ინტერესი, მინდობოდა მოშლის ნამდვილობას და მოეხდინა პირადი სფეროს დაგეგმარება მის შესაბამისად; ბინის დაცლასთან დაკავშირებული ხანგრძლივი და მომქანცველი პროცესის მიმდინარეობისას მეტწილად შემთხვევითობაზე გახდებოდა დამოკიდებული, დაიბრუნებდა თუ არა გამქირავებელი ბინას, თუ, წინასწარ განუჭვრეტელი, წლების შემდეგ შეცვლილი გარემოება მოშლას საფუძველს გამოაცლიდა და ბინა დამქირავებელს დარჩებოდა. ეს მიდგომა შეუთავსებელია სამართლებრივი სტაბილურობისა და ეფექტიანი მართლმსაჯულების პრინციპებთან, რომლებიც, ასევე, არა თქმა უნდა, გამქირავებლის დაცვასაც ემსახურებიან .... .“

5. მინორიტარ აქციონერთა მიერ აქციონერთა კრების გადაწყვეტილების შეცილება

სააქციოსამართლებრივ შეცილების სარჩელთან დაკავშირებული საკანონმდებლო რეგულაციები, წარსულში ამ მინორიტარ აქციონერებს ანიჭებდნენ შეუზღუდავ შესაძლებლობას, გაესაჩივრებინათ აქციონერთა საერთო კრების გადაწყვეტილებები, რომლებიც ეხებოდა კაპიტალის მოზიდვასა და საწარმოთა შორის ხელშეკრულებებს და ამით ხელი შეეშლათ ამ გადაწყვეტილებების ძალაში შესვლისათვის. ეს იწვევდა იმ შედეგს, რომ, განსაკუთრებით, სანირების საჭიროების მქონე სააქციო საზოგადოებების შემთხვევაში, მინორიტარი აქციონერები ხშირ-ხშირად აღძრავდნენ შეცილებით სარჩელებს, რის შემდეგაც, თავად საზოგადოებები თუ მაჟორიტარი აქციონერები მზად იყვნენ, ამ პროცესის ჩაშლის თავიდან ასაცილებლად, მოსარჩელისათვის შეეთავაზებინათ იმ ტიპის გადახდები, რომლებიც მნიშვნელოვნად სცდებოდა მინორიტართა აქციების ღირებულებას. გერმანიაში, საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად, დღეს ამ ტიპის სარჩელების აღძვრის შესაძლებლობა მნიშვნელოვნად შეზღუდულია. თუმცა, მოცემულ კონტექსტში, ეს საკითხი სამართლის დოგმატიკის კუთხით არის მნიშვნელოვანი და მისი, შეკუმშული სახით, განხილვა მოხდება 2007 წლამდე არსებული სამართლებრივი მდგომარეობის მაგალითზე.

გერმანიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ[34], ამ ტიპის ვითარებებში შეცილებითი სარჩელის აღძვრა ჩათვალა უფლების ბოროტად გამოყენებად, თუ ამ სარჩელის ერთადერთ მიზანს წარმოადგენდა, პირადი გამორჩენის მიზნით, მოპასუხე საზოგადოების იძულება, გადაეხადა მოსარჩელისათვის ფული ან მიენიჭებინა მისთვის სხვა მატერიალური სარგებელი, რისი მოთხოვნის უფლება მას არ ჰქონდა და, სავარაუდოდ, არც მომავალში ექნებო-

[34] BGH, Urt. v. 29. Oktober 1990 - II ZR 146/89 - NJW-RR 1991, 358, juris Rn. 17; BGH, Urt. v. 18. Dezember 1989 - II ZR 254/88 - ZIP 1989, 168, juris Rn. 27 ff.; BGH, Urt. v. 22. Mai 1989 - II ZR 206/88 - BGHZ 107, 296, juris Rn. 25 ff.

და. სარჩელის აღძვრის ამ ტიპის ქცევად (უფლების ბოროტად გამოყენებად) დაკვალიფიცირებისათვის, გერმანიის ფედერალურ უმაღლეს სასამართლოს საჭიროდ არ მიაჩნდა, რომ მოსარჩელეს თავად მიემართა საზოგადოებისათვის და სარჩელზე უარის თქმის სანაცვლოდ მოეთხოვა იმ ტიპის მატერიალური სარგებელი, რომელიც მნიშნელოვანად სცდებოდა მისი აქციების საბაზრო ღირებულებას. ამის საპირისპიროდ, სასამართლო საკმარისად თვლიდა, რომ მოსარჩელეს ჰქონოდა მოლოდინი, რომ წნეხის ქვეშ – მაგალითად, ეგზისტენციალურად საჭირო სანირების პროცესის გაჭიანურების გამო – მოქცეული საზოგადოება თავად გამოიჩენდა ინიციატივას და თავად გაუკეთებდა „შემოთავაზებებს“. გამომდინარე იქიდან, რომ ამ ტიპის მოლოდინი, როგორც სუბიექტური გარემოება, რთულად დამტკიცებადია, სასამართლო მისი არსებობა-არარსებობის შესახებ ასკვნიდა მოსარჩელის მთლიანი ქცევიდან გამომდინარე.

6. ე. წ. „ჩამკეტ ნაკვეთზე“ საკუთრების მოპოვება და მშენებლობის დამტკიცებული გეგმის (Planfeststellungsbeschluss) შეცილების უფლების ბოროტად გამოყენება

გერმანულ ადმინისტრაციულ სასამართლოებს განხილული აქვთ არაერთი სარჩელი, სადაც მთავარ პრობლემას წარმოადგენდა, მშენებლობის დამტკიცებული გეგმის (Planfeststellungsbeschluss) შეცილების უფლების ბოროტად გამოყენება. ჩვეულებრივ, საქმე ეხებოდა შემთხვევას, როდესაც პირი სარჩელის უფლებამოსილებას მოიპოვებდა ამ გეგმის ფარგლებში მოქცეულ ნაკვეთზე საკუთრების შეძენით, რათა შემდგომში მისცემოდა მთლიანი გეგმის გასაჩივრების უფლება. თუმცა ზემოხსენებული, მინორიტარი აქციონერების სარჩელებისაგან განსხვავებით, აქ მოსარჩელის რეალური მიზანი, ჩვეულებრივ, არ იყო სარჩელზე უარის თქმის სანაცვლოდ „გამოსასყიდის“ მოთხოვნა. ამის საპირისპიროდ, მათ სურდათ ამ ტიპის ნაკვეთებზე საკუთრების მოპოვებით (ე. წ. „ჩამკეტი ნაკვეთი“) სარჩელის წარდგენის უფლების მოპოვება, რათა დაეცვათ გარემო და კლიმატი, მათი წარმოდგენით, მავნე ზეგავლენისაგან.

გერმანიის ფედერალურმა ადმინისტრაციულმა სასამართლომ და სხვა ადმინისტრაციულმა სასამართლოებმა ამ შემთხვევებისათვის შეიმუშავეს შემდეგი პრინციპი: გეგმის ფარგლებში მოქცეულ ნაკვეთზე საკუთრება მესაკუთრეს ანიჭებს იმ დაინტერესებული პირის სტატუსს, რომლის უფლებაც შეიძლება იყოს ხელყოფილი გერმანიის ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 42 II პარაგრაფის[35] მიხედვით და, ამასთან, ზოგადად, უმნიშვნელოა, თუ რა მოტივები ამოძრავებდა ამ დაინტერესებულ პირს შესაბამის ნაკვეთზე საკუთრების (რითიც არის მისი სასარჩელო უფლებამოსილება განპირობებული) მოპოვების მომენტში. თუმცა, განსხვავებულად უნდა გადაწყდეს შემთხვევა, როდესაც პირმა საკუთრება მხოლოდ იმ მიზნით შეიძინა, რათა პროცესის წარმოების

[35] ეხება სასარჩელო უფლებამოსილებას, რომელიც განპირობებულია პირის უფლებებში ჩარევით; შდრ. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 22 II მუხლი.

უფლებამოსილება მოეპოვებინა, რომელიც ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის მიხედვით, მხოლოდ მესაკუთრის თავის დაცვის ინსტრუმენტს წარმოადგენს. ეს უკანასკნელი შემთხვევაა სახეზე, როდესაც გარემოებებიდან ცალსახად შეცნობადია, რომ მოპოვებული სამართლებრივი პოზიციის მიმართ, საიდანაც გამომდინარეობს სასარჩელო უფლებამოსილება, პირს არ აქვს სხვა ინტერესი, გარდა მის საფუძველზე პროცესის წამოწყებისა.[36]

C. ზიანის ანაზღაურებისა და უმოქმედობის ვალდებულება ქართული სამართლის მიხედვით სასამართლო წარმოებისა და სისხლისსამართლებრივი დევნით დამუქრებისა და განხორციელების შემთხვევაში

მოცემულ ნაწილში, ზემოთ თქმულიდან გამომდინარე და მის პრიზმაში, ქართული სამართლის მიხედვით განხილული იქნება თავის დაცვის ის სამართლებრივი მოთხოვნები, რომლებიც აქვს პირს მის მიმართ განზრახ დაუსაბუთებელი სარჩელისა თუ წინასწარ შეცნობადად უსაფუძვლო სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების ინიციატორის (დანაშაულის შესახებ განმცხადებლის) მიმართ, რომლითაც ეს უკანასკნელი ცდილობს მის იძულებას კონკრეტული ქცევისაკენ ან მისთვის მხოლოდ ზიანის მიყენება სურს. ამ შემთხვევებში საქმე უკვე აღარ ეხება ვითარებას, როდესაც სარჩელით „მხოლოდ“ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეწყვეტაა ნასურვები (იხ. ზემოთ) – აღსრულების კონკრეტული მიზნის გარეშე – რაც, ჯერ კიდევ, შეიძლება-, ექცეოდეს გამოყენებული უფლების ჩარჩოებში, არამედ საქმე გვაქვს per se არსებული სამართლებრივი ინსტრუმენტების, ცალსახად ნორმისა თუ ხელშეკრულების საწინააღმდეგო სამართლებრივი პროსეკუციის საშუალებად ქცევასთან.

I. ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნები სკ-ის მიხედვით

უპირველესად, საუბარი შეეხება დელიქტური პასუხისმგებლობის შესაძლებლობას, ნატურით რესტიტუციის ფორმით უმოქმედობის დაკისრების ვალდებულების ჩათვლით. დამატებით განხილული იქნება ასევე კვაზინეგატორული პასუხისმგებლობაც. სამწუხაროდ, ზემოთ ფართოდ განხილული გერმანული სასამართლო პრაქტიკის საპირწონე საქართველოში არ არსებობს – არ არსებობს გადაწყვეტილება, რომელიც თუნდაც ზოგადად მაინც ახსენებდა ამ საკითხს, ამიტომაც, ქვემოთ მოყვანილი განაზრებები მხოლოდ კანონსა და გერმანული სამართლებრივი ფიგურების ქართულ სამართალში გადმოტანის შესაძლებლობაზე იქნება კონცენტრირებული. მოთხოვნათა საფუძვლების ჩამონათვალი, რომელიც გერმანიაში უფრო სახელმძღვანელო ტიპის ლიტერატურას

[36] BVerwG, Urt. v. 25. Januar 2012 - 9 A 6/10 - NVwZ 2012, 567, juris 13; BVerwG, Urt. v. 9. Juli 2008 - 9 A 14/07 - BVerwGE 131, 274, juris Rn. 42; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28. Februar 2023 - OVG 2 A 18.19 - juris Rn. 53 ff.; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urt. v. 15. Juli 2022 - 6 S 4216/20 - juris Rn. 65 ff.

შეეფერება, აქ აუცილებელია, ქართულ სინამდვილეში მოცემულ საკითხთან დაკავშირებული იურიდიული ლიტერატურის ნაკლებობის გამო – ამ საკითხთან დაკავშირებული სამეცნიერო დისკუსია საქართველოში სწორედ კონკრეტული სამართლებრივი ჩარჩოს მოხაზვით უნდა დაიწყოს, ანუ, მოცემულ შემთხვევებში სკ-ის სავარაუდოდ გამოსაყენებელი ნორმების სამართლებრივი წინაპირობებისა და შედეგების თემატიზირებით. ამის საპირისპიროდ, ფაქტობრივი ვითარება, როდესაც ნორმის თუ ხელშეკრულების საწინააღმდეგო მიზნით ხდება უფლების გამოყენება, აბსტრაქტულად იქნება მოხაზული, რადგან მოცემული შინაარსის ზიანის ანაზღაურებისა თუ ქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნები ქართული სასამართლოების წინაშე წაყენებული არ ყოფილა[37] და ქვემოთ მოყვანილი მოსაზრებები განზოგადებაუნარიანი უნდა დარჩეს, რათა მათი გამოყენება მაქსიმალურად ბევრ შემთხვევაზე იყოს შესაძლებელი. ამიტომაც, ამოსავალი ფაქტობრივი ვითარება იქნება შემთხვევა, როდესაც წინდაწინვე უიმედო სარჩელით/სრულებით უსაფუძვლო განცხადებით დანაშაულის შესახებ ხდება იმ პირისაგან, ვის წინააღმდეგაც არის სამართლებრივი პროსეკუციის ეს ხერხები მიმართული, სახელშეკრულებო შესრულებებისა თუ, ზოგადად, მატერიალური სარგებლის გამოძალვა, რომელზეც მოსარჩელეს/დანაშულის შესახებ განმცხადებელს შესაბამისი სამართლებრივი მოთხოვნა არ გააჩნია. საქართველოში ეს საკმაოდ გავრცელებული და „პოპულარული“ იძულების ხერხია. ქვემოთ, როდესაც საუბარი იქნება დანაშულის შესახებ ცრუ განცხადების გამო პასუხისმგებლობაზე, ჩვეულებრივ, აქ მოიაზრება ასევე მოსარჩელე (წინასწარშეცნობადად დაუსაბუთებელი სარჩელის აღმძვრელი) და, ქვემოთ მოცემული პრობლემატიკის დამუშავების მიზნებისათვის, მათი პარალელური პასუხისმგელობა იქნება ამოსავალი. შესაბამისად, „არარსებული დანაშულის შესახებ განმცხადებელი“ გამოყენებული იქნება როგორც, გარკვეულწილად, კრებსითი ცნება ორივე შემთხვევისათვის.

1. შესავალი – გენერალური დელიქტური დათქმა ქართულ სამოქალაქო სამართალში

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში (შემდგომში: სკ) გენერალური დელიქტური დათქმა, სკ-ის 992-ე მუხლი, შექმნილია შვეიცარიის ვალდებულებითი სამართლის (OR) 41 I მუხლის მიხედვით. ის საკუთარ თავში აერთიანებს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში: გსკ) 823 I, 823 II და 826 პარაგრაფების რეგულირების სფეროებს. მართალია, შვეიცარიაში ამორალური გზით ზიანის მიყენების დელიქტური შემადგენლობა (შვეიცარიის ვალდებულებითი სამართლის 41 II მუხლი = გსკ-ის 826-ე პარაგრაფი) ცალკეა გამოყოფილი, თუმცა საქართველოში ეს შემადგენლობაც 992-ე მუხლის ქვეშ მოიაზრება.

[37] შდრ. გამონაკლისის სახით რეალური სარჩელის საფუძველზე (რომელიც ყველა ინსტანციაში უკუგდებულ იქნა) შექმნილი კაზუსის ამოხსნა – *ხუსიაშვილი*, შედარებითი სამართლის ჟურნალი 9/2021, 66-ე და მომდევნო გვერდები.

სკ-ის 992-ე მუხლი, რომელსაც შვეიცარული 41 I მუხლის იდენტური ფორმულირება გააჩნია, აყალიბებს დელიქტური პასუხისმგებლობის ოთხ წინაპირობას: ქმედება, ზიანი, ბრალი, მართლწინააღმდეგობა. ამგვარად, დელიქტური პასუხისმგებლობის შემოსაზღვრის მთავარი მექანიზმი საქართველოში, განსხვავებით გერმანიისაგან, პირველ რიგში, არის არა აბსოლუტურ სიკეთეებზე აპელირება (გსკ-ის 823 I მუხლში ჩამოთვლილი აბსოლუტური სიკეთეები), არამედ მართლწინააღმდეგობის განზოგადებული შემადგენლობა. თუმცა, თავის მხრივ, მართლწინააღმდეგობა სახეზე გვაქვს, არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც ქმედება წინააღმდეგობაში მოდის სამართლის კონკრეტულ ნორმასთან, არამედ, ასევე, რა თქმა უნდა, აბსოლუტური სიკეთეების დაზიანებისას (რომლებიც აბსოლუტურად არის დაცული) და, გარდა ამისა, ზოგადად სამართლებრივი ფასეულობებისა და პრინციპების ხელყოფისას, როგორიც არის, მაგალითად, უფლების ბოროტად გამოყენების აკრძალვა (სკ-ის 115-ე მუხლი) ან, ზოგადად, ამორალურობა.

ზიანის ანაზღაურების ფარგლები (სკ-ის 408-415-ე მუხლები) უკვე პირდაპირ გერმანული თარგის (სკ-ის 249-254-ე პარაგრაფები) მიხედვით არის შექმნილი. საქართველოშიც, ისევე როგორ გერმანიაში, ზიანი, პირველ რიგში, უნდა ანაზღაურდეს ნატურით რესტიტუციის ფორმით (სკ-ის 408 I მუხლი) და მხოლოდ მისი შეუძლებლობის ან სხვა დამატებითი გარემოების თანდართვის შემთხვევაში ხდება მისი კომპესაცია ფულით.

2. მოთხოვნა სკ-ის 992-ე მუხლის საფუძველზე – არარსებული დანაშაულის შესახებ წინასწარშეცნობადად ცრუ განცხადება (დაუსაბუთებელი სარჩელი), როგორც ამორალური ქმედება

წინასწარშეცნობადად დაუსაბუთებელი სარჩელისა თუ არარსებული დანაშულის შესახებ განცხადება („პროცესის/სამართალწარმოების ბოროტად გამოყენება“) შეიძლება წარმოადგენდეს ამორალურ ქმედებას და შეიძლება გახდეს, სკ-ის 992-ე მუხლის საფუძველზე, ზიანის ანაზღაურების საფუძველი[38].

როგორც ზემოთ ნაწილობრივ უკვე ნაჩვენები იყო, ამ ქმედების ამორალურად დაკვალიფიცირებისა და მის საფუძველზე დელიქტური პასუხისმგებლობის წარმოშობის წინაპირობებია[39]: 1. აღძრული სარჩელი თუ სამართალდამცავი ორგანოსათვის განცხადებით მიმართვა არის დაუსაბუთებელი და მიზნად ისახავს არა კანონით გათვალისწინებული შედეგის გამოწვევას (გადაწყვეტილება, დამნაშავის დასჯა), არამედ მეორე მხარის იძულებას, გადაიხადოს გა-

[38] *MüKoBGB/Wagner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 247 f.; BVerfG NJW 2015, 3083 Rn. 17; BVerfGE 74, 60 f.; NJW 1961, 2255; BGH NJW 1979, 1352; BGH NJW 1985, 1961.

[39] შდრ. BGH 14.10.1991 – II ZR 249/90, WM 1991, 2061, 2062; OLG Frankfurt 13.01.2009 – 5 U 183/07, WM 2009, 309, 311; BGH 14.05.1992 – II ZR 299/90, WM 1992, 1184; იხ. ასევე *Wagner*, Abwehr und Angriff bei echtsmissbräuchlichen Klagen (http://www.raun-wagner.de/news/20110321.pdf).

რკვეული „გამოსასყიდი“ მომჩივანის მიერ მასზე უარის თქმისათვის; 2. ამორალურობა გამომდინარებს საშუალება-მიზნის დაუშვებელი კომბინაციიდან. იმ მიზნის მიღწევის შესაძლებლობას, რომელიც მომჩივანს/მოსარჩელეს აქვს დასახული, სამართალი ამ საშულების გამოყენებით არ აღიარებს და ეს ქმედება მთლიანობაში ეწინააღმდეგება მართლწესრიგისა და მორალური წესრიგის ფუნდამენტურ ფასეულობებს; 3. მოსარჩელე/მომჩივანი მოქმედებს განზრახ და გაცნობიერებული აქვს მისი ქმედების ამორალურობის განმაპირობებელი ყველა არსებითი გარემოება; 4. სარჩელის/საჩივრის საფუძველზე გარდაუვალია მეორე მხარისათვის ზიანის მიყენება.

ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის ძირითად საფუძველს გერმანიაში ამ შემთხვევაში წარმოადგენს გსკ-ის 826-ე პარაგრაფი („ამორალური გზით ზიანის მიყენება“), რაც შეესატყვისება შვეიცარიის ვალდებულებითი სამართლის 41 II მუხლს. პასუხისმგებლობის ეს საფუძვლები ემყარება პრინციპს, რომ „რაც ამორალურია, ის, ამავდროულად, აპრიორი მართლსაწინააღმდეგოა“, ამიტომაც მათ ფარგლებში მართლწინააღმდეგობა ავტომატურად ინდიცირებულია და ცალკე აღარ მოწმდება.

საქართველოში, როგორც ზემოთ აღინიშნა, ამორალური გზით მიყენებული ზიანისათვის ცალკე მოთხოვნის საფუძველი არ არსებობს და ის სკ-ის 992-ე მუხლის მიხედვით უნდა ანაზღაურდეს, სადაც აუცილებელია მართლწინააღმდეგობის ცალკე დადგენა. თუმცა პროცესის ბოროტად გამოყენების შემთხვევაში მართლწინააღმდეგობის დადგენა ქართულ სამართალში შესაძლებელია არა მხოლოდ იმ პრინციპზე მითითებით, რომ „ყოველგვარი ამორალური ქმედება მართლსაწინააღმდეგოა“, არამედ ასევე სპეციალურ ნორმაზე, სკ-ის 88-ე მუხლზე, მითითებით.

სკ-ის 88-ე მუხლი, ეს არის ნორმა იძულებით დადებული გარიგების სამართლიდან, რომელიც განსაზღვრავს, რომ, ცალკე აღებული, დასაშვები და მართლზომიერი საშუალების გამოყენება ასევე, ცალკე აღებული, დასაშვები მიზნის მისაღწევად, შეიძლება იყოს მართლსაწინააღმდეგო, თუ სამართალი ამ ორს შორის კავშირის გაბმის შესაძლებლობას არ აღიარებს:[40] 85–87-ე მუხლების მიხედვით იძულებად არ ჩაითვლება ისეთი მოქმედებები, რომლებიც არ ხორციელდება არც მართლსაწინააღმდეგო მიზნით და არც მართლსაწინააღმდეგო საშუალებათა გამოყენებით, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა საშუალება და მიზანი ერთმანეთს არ შეესაბამებიან.

ეს შემთხვევა გერმანული სამართლის ოჯახის მართლწესრიგებში ცნობილია unzulässige Zweck-Mittel-Relation-ის სახელით. მაგალითად, პირს არ აქვს უფლება აიძულოს მეორე მხარე, დააბრუნოს სესხის თანხა (მაშინაც კი, როდესაც ეს მოთხოვნა რეალურად არსებობს) იმის მუქარით, რომ უჩივლებს მას სულ სხვა ურთიერთობიდან (მაგ., ნეგატორული სარჩელით მის ეზოში გადმოსული ხის ტოტების გამო). თუ ამ მუქარის გამო პირი გადაიხდის, ეს გადახდა ჩაითვლება იძულებით დადებულ (შესრულების) გარიგებად და შეცილების შემდეგ

[40] იხ. დეტალურად *ხუსიაშვილი*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 88 მე-6 და მომდევნო ველები.

იქნება ბათილი. მიუხედავად იმისა, რომ, ცალკე აღებული, როგორც ერთი, ისე მეორე ქმედება მართლზომიერია, ერთის გამოყენების შესაძლებლობას მეორის მისაღწევად სამართალი არ აღიარებს და ამას მართლსაწინააღმდეგო ქმედებად მიიჩნევს. მსგავსი სიტუაცია გვაქვს სახეზე, როდესაც პირი სისხლისსამართლებრივ დევნას იყენებს მხოლოდ ინსტრუმენტად საკუთარი ქონებრივი მიზნების მიღწევისათვის. ამ მიზნის მისაღწევად სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყება აპრიორი არ გამოდგება, რადგან მისი სამართლებრივი შედეგი ვერ იქნება კერძო პირისათვის რაიმე ქონებრივი სარგებლის მინიჭება და არც ამ წარმოების ფარგლებში დადგენილ გარემოებებს აქვთ პრეიუდიციული მნიშვნელობა შემდგომი სამოქალაქოსამართლებრივი სარჩელისათვის.

თუ დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი სისხლისსამართლებრივ დევნას კერძოსამართლებრივი ქონებრივი მოთხოვნების განხორციელების – მაგალითად, სახელშეკრულებო შესრულებების გამოძალვის – ინსტრუმენტად იყენებს, დევნის ამ მიზნით გამოყენება ქმნის საშუალება-მიზნის დაუშვებელ კომბინაციას სკ-ის 88-ე მუხლის გაგებით: სისხლის სამართლის სასამართლოს არავისთვის არ შეუძლია ქონებრივი სარგებლის მინიჭება და სისხლის სამართლის პროცესზე დადგენილ გარემოებებს არ აქვთ პრეიუდიციული მნიშვნელობა შემდგომი სამოქალაქოსამართლებრივი დავისათვის.

ამ ტიპის შემთხვევებში სამართალი არ აღიარებს სისხლისსამართლებრივ დევნას სამოქალაქო ქონებრივი მოთხოვნების განხორციელებისათვის გამოსადეგ და ამ მიზნით მართლზომიერად გამოსაყენებელ ინსტრუმენტად – წინააღმდეგ შემთხვევაში მას ეს შედეგები ექნებოდა (ქონების დაბრუნება). შესაბამისად, ამ კავშირის გაბმა წარმოადგენს საშუალება-მიზნის დაუშვებელ კომბინაციას სკ-ის 88-ე მუხლის მიხედვით.

ა) 88-ე მუხლი, როგორც მართლწინააღმდეგობის განმსაზღვრელი ნორმა დელიქტურ სამართალში

სკ-ის 88-ე მუხლი ადგენს იძულების მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს, თუ იძულების საშუალება და მიზანი ერთმანეთს აცდენილია. ანუ, სამართალი არ მიიჩნევს დასაშვებად, რომ ერთი მეორის მისაღწევად იქნეს გამოყენებული. ეს ნორმა წარმოადგენს კერძო ეგზეკუციისა და თვითნებობის დაუშვებლობის იმ ზოგად გამოვლინებას, რომელიც ადგენს იძულების მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს არა მხოლოდ გარიგების დადების ნაწილში, არამედ, თუ მას მოჰყვა ზიანი, განაპირობებს ამ ქმედების მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს ასევე დელიქტური სამართლის გაგებითაც.

ზოგადად, დელიქტური სამართალი და იძულებით დადებული გარიგების სამართალი მომიჯნავე ინსტიტუტებია. გარიგების იძულებით დადების აკრძალვა იცავს ნების ავტონომიას, რომელიც ასევე დელიქტური სამართლით დაცული სიკეთეა, სხვა აბსოლუტურ სიკეთეებთან ერთად. ორივე ინსტიტუტი მართლწინააღმდეგობას განსაზღვრავს გარკვეულ ობიექტურ გარემოებებსა და სამართლის მიერ აღიარებულ ფასეულობებზე დაყრდნობით. შესაბამისად, მართლწესრიგის ერთიანობის პრინციპიდან გამომდინარე, დაუშვებელია, რომ

ის, რაც მართლსაწინააღმდეგოა სკ-ის 88-ე მუხლის გაგებით, მართლზომიერი იყოს სკ-ის 992-ე მუხლის მიხედვით.

ამგვარად, მაშინაც კი, თუ ქართული სასამართლო სკეპტიკურად შეხედავს გერმანული სამართლის ოჯახში მოქმედ პრინციპს, რომ ყოველგვარი ამორალური ქმედება, ამავდროულად, მართლსაწინააღმდეგოა, ის მაინც იძულებული იქნება (ზემოთ მოკლედ მონიშნულ შემთხვევაში) დანაშაულის შესახებ განმცხადებლის ქმედებები დააკვალიფიციროს მართლსაწინააღმდეგოდ, სკ-ის 88-ე მუხლზე დაყრდნობით, ასევე დელიქტური პასუხისმგებლობის ფარგლებში.

ბ) ქართული სასამართლო პრაქტიკა იძულებით დადებული გარიგების მართლსაწინააღმდეგოობასთან დაკავშირებით

ზემოთქმულს ამყარებს, ასევე, ის გარემოება, რომ საქართველოში არსებობს სასამართლოს გადაწყვეტილებები, სადაც საშუალება-მიზნის შეუსაბამობის გამო გარიგება უფრო მკაცრადაც კი არის სანქციონირებული, კერძოდ, მიჩნეულია არა მხოლოდ იძულებით დადებულად, არამედ პირდაპირ ბათილად, ამორალურობისა და მართლწინააღმდეგობის (სკ-ის 54-ე მუხლი = გსკ-ის 134, 138-ე პარაგრაფებს) მოტივით. კერძოდ, შინაგან საქმეთა სამინისტროსათვის მანქანის საჩუქრად გადაცემის მოთხოვნა, პროკურორის მხრიდან საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავშირებული დისკრეციული უფლებამოსილების არგამოყენების მუქარით,[41] მიუხედავად იმისა, რომ ცალ-ცალკე აღებული ერთიც მართლზომიერია და მეორეც, ქართულმა სასამართლომ მიიჩნია, ამორალურობისა და მართლწინააღმდეგობის მოტივით, ბათილ გარიგებად. ეს შედეგი სასამართლომ დაადგინა დამოუკიდებლად იმისა, დგინდებოდა თუ არა იძულებულის მხრიდან დანაშაულის ჩადენისა და ამით სახელმწიფოსათვის ზიანის მიყენების ფაქტი. სასამართლო შემოიფარგლა მხოლოდ იმის დადგენით, რომ პროკურორის მხრიდან მოთხოვნილი „საჩუქარი“ მიზნად არ ისახავდა სახელმწიფოსათვის იძულებული პირის მიერ მიყენებული ზიანის კომპენსაციას, რაც საკმარისი იყო საშუალება-მიზანს შორის დაუშვებელი კავშირის დასადგენად და მართლსაწინააღმდეგო ქცევის აღიარებისათვის. ეს მოსაზრება გაზიარებულია ასევე სამეცნიერო ლიტერატურაშიც.[42]

იგივე ფრაზას ვპოულობთ ქართული სასამართლოს 2015 წლის გადაწყვეტილებაშიც[43]: „ .... როდესაც სახელმწიფო, საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტს იყენებს არა მისი საჯარო-სამართლებრივი ფუნქციის შესასრულებლად, არამედ სთავაზობს მას მხარეს მატერიალური სარგებლის მიღების მიზნით, რასაც სასამართლო ამორალურად მიიჩნევს.“

---

[41] იხ. პირველი ინსტანციის სასამართლოს საპირისპირო მსჯელობა თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2014 წლის 15 აპრილის გადაწყვეტილებაში № 2ბ/4686-13 იხ. ამასთან დაკავშირებით ასევე *ხუსიაშვილი,* სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 88 მე-8 და მომდევნო ველები.

[42] *ხუსიაშვილი,* სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 85 ველი 29.

[43] თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 3 ოქტომბრის გადაწყვეტილება №2/18112-14.

ამგვარად, ქართული სასამართლო იცნობს სამართლებრივი დაცვის ინსტრუმენტების არადანიშნულებისამებრ გამოყენებით განპირობებულ მართლწინააღმდეგობას. ზემოთ მოყვანილ შემთხვევებში სასამართლომ ეს გარიგებები უფრო მაღალი სანქციის ქვეშ მოაქცია და პირდაპირ ბათილად მიიჩნია. ამის საფუძველი სავარაუდოდ იყო ის გარემოება, რომ იძულება აქ პირდაპირ სახელმწიფო ორგანოს მხრიდან მომდინარეობდა, თუმცა ცალსახაა, რომ ქართული სასამართლო აღიარებს საშუალება-მიზნის შეუსაბამობით განპირობებულ მართლწინააღმდეგობას და, თუნდაც იძულება არა პირდაპირ სახელმწიფო ორგანოს მხრიდან ხორციელდებოდეს, არამედ „მხოლოდ“ მისი მეშვეობით, ეს მაინც ჩაითვლება, სულ მცირე, მართლსაწინააღმდეგოდ სკ-ის 88-ე მუხლის გაგებით, რაც საკმარისია სკ-ის 992-ე მუხლის გაგებით დელიქტური პასუხისმგებლობისათვის.

გ) მახთღწინააღმდეგობა საშუღებისა და მიზნის დაუშვებღობის გამო

სკ-ის 88-ე მუხლის გაგებით, ცალკე აღებული, დასაშვები საშუალებისა და დასაშვები მიზნის დაუშვებელი ურთიერთკავშირი უკვე საკმარისია მართლწინააღმდეგობის დასადგენად და პირი, რომლის წინააღმდეგაც დაიწყო სისხლისსამართლებრივი დევნა, არა მხოლოდ, არ არის ვალდებული ამ ნაწილში ამტკიცოს, რომ არ ჩაუდენია დანაშაული და არც ის ფაქტი, რომ მეორე მხარეს არ აქვს მის მიმართ მოთხოვნა, არამედ, დანაშულის შესახებ განმცხადებელი ყველაფერი ამის დამტკიცებას რომც ახერხებდეს, მისი ქმედებები მაინც მართლსაწინააღმდეგო იქნებოდა ამ დაუშვებელი კავშირის გამო. შესაბამისად, დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი უკვე მის წინააღმდეგ მიმართულ დელიქტურ სარჩელს ვერ უკუაგდებს იმაზე მითითებით, რომ მოსარჩელემ (ვის წინააღმდეგაც შეიტანა მან განცხადება) მართლაც ჩაიდინა დანაშაული ან ჰქონდა მის მიმართ დაუფარავი ვალდებულება.

თუ დადანაშაულებულ პირს რეალურად არც დანაშული ჩაუდენია და არც განმცხადებლის წინაშე აქვს დაუფარავი ვალდებულება, მაშინ, განმცხადებელმა არა მხოლოდ დაუშვებელი კავშირი გააბა საშუალებასა და მიზანს შორის, არამედ დაისახა, ამავდროულად, დაუშვებელი მიზანი – არარსებული მოთხოვნის საფუძველზე ფულის გადახდის იძულება, რაც, ცალკე აღებული, უკვე მართლსაწინააღმდეგოა, როგორც ამორალური ქმედება, ისევ და ისევ, სკ-ის 88-ე მუხლის საფუძველზე. ზუსტად ასევე: გამოყენებული საშუალება – სამართალდამცავი ორგანოსათვის განზრახ ცრუ/გამოგონილი განცხადებით მიმართვა, უკვე ცალკე აღებული, იქნება მართლსაწინააღმდეგო.

დ) დადანაშაუღებუღის მხრიდან (დანაშაუღის შესახებ) განმცხადებღისათვის გადახდა – იძუღებით დადებუღი გარიგება

არდა იმ ფაქტისა, რომ, მართლწესრიგის ერთიანობის პრინციპიდან გამომდინარე, სკ-ის 88-ე მუხლი აქ განაპირობებს მართლწინააღმდეგობას დელიქტური სამართლის გაგებით, თუ დადანაშაულებული დაჰყვება (დანაშაულის შე-

სახებ) განმცხადებლის მხრიდან განხორციელებულ იძულებას და გადაიხდის, ეს უკვე პირდაპირ იძულებით დადებული გარიგება იქნება. ეს გარიგება იქნება საცილო და მის საფუძველზე გადახდილი იქნება უკან დაბრუნებადი შესრულების კონდიქციის მეშვეობით.

ქართულ სამართალში, ისევე, როგორ გერმანულში, მოქმედებს dolo agit-პრინციპი (dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est). დაუშვებელია იმის მოთხოვნა, რაც პირს მყისიერად უკან დასაბრუნებელი ექნება. ეს გამომდინარეობს სკ-ის 8 III მუხლიდან და მისი მოქმედება აღიარებულია სამეცნიერო ლიტერატურაშიც.[44] მართალია, dolo agit-შესაგებელი, პირველ რიგში, მიმართულია სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნის განხორციელების წინააღმდეგ, თუმცა, თუ პირი სისხლისსამართლებრივ დევნას იყენებს იმავე მიზნებისათვის – ქონებრივი ინტერესის/მოთხოვნის განხორციელება, მაშინ ეს შესაგებელი შეიძლება გავრცელებადი იყოს მის ამ ქმედებებზეც (იხ. დეტალურად ქვემოთ).

3. მოთხოვნა სკ-ის 992 და 18 VI მუხლების საფუძველზე – პატივისა და საქმიანი რეპუტაციის ხელყოფა

ზემოთ აღწერილი გაგებით მართლსაწინააღმდეგო სამოქალაქოსამართლებრივი სარჩელის (როგორც იძულების ინსტრუმენტის) წარდგენის შემთხვევაში, პატივის ხელყოფის შემადგენლობა, ჩვეულებრივ, იშვიათად გვექნება სახეზე. თუმცა, ამისაგან განსხვავებით, წინასწარშეცნობადად, დანაშაულში ცრუ დადანაშაულება, ჩვეულებრივ, ხელყოფს დადანაშაულებულის პატივს. ამ შემთხვევებში, დადანაშაულებულის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა (არარსებული დანაშაულის შესახებ განმცხადებლის მიმართ) შეიძლება დაემყაროს ისევ სკ-ის 992-ე მუხლს, ამჯერად მისი პატივისა და (შესაძლოა, ასევე) საქმიანი რეპუტაციის, როგორც აბსოლუტური სიკეთეების, ხელყოფის საფუძვლით. გარდა სკ-ის 992-ე მუხლისა, ამ სიკეთეების ხელყოფისათვის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის შესაძლებლობას ითვალისწინებს ასევე სკ-ის 18 VI მუხლიც.

პატივი ქართულ სამართალშიც, გერმანულის ანალოგიურად, განმარტებულია როგორც „სოციალური დაფასებისა და პატივისცემის მოთხოვნა“[45] და დაცულია, ხელყოფის აღკვეთისა და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნებით სანქციონირებული აკრძალვით, მისი ხელმყოფი მოსაზრებების გამოთქმისაგან. საქმიანი რეპუტაციის შელახვა გულისხმობს პირის პროფესიული თუ სხვა საქმიანი თვისებების დისკრედიტაციას.[46]

წინასწარშეცნობადად არარსებული დანაშაულის შესახებ განცხადება მასში დადანაშაულებულის საქმიან რეპუტაციას ხელყოფს მისი პატივის ხელყოფის გავლით, კერძოდ, მისთვის სისხლისსამართლებრივ დანაშულში უსა-

[44] იხ. *ხუსიაშვილი/ეგნატაშვილი/სიხარძე*, სანივთო სამართალი, თბილისი 2019, 26, 119, 257.

[45] იხ. *ჯოხენაძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 18 50-ე და მომდევნო ველები და იქ მითითებული ლიტერატურა.

[46] *ჯოხენაძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 18 ველი 44.

ფუძვლოდ ბრალის დადებით. იმას, რომ ერთმა და იმავე ქმედებამ შეიძლება ერთდროულად ხელყოს პატივიც და საქმიანი რეპუტაციაც და ერთი მეორის გავლით იყოს ხელყოფილი, ქართული სასამართლოც აღიარებს.[47]

პრესისა და მასმედიის სხვა საშუალებების მეშვეობით განზრახ გავრცელებული ცრუ ცნობები პირის მხრიდან დანაშაულის ჩადენის შესახებ, ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში[48] ცალსახად აღიარებულია ამ პირის პატივის, ღირსებისა და საქმიანი რეპუტაციის ხელმყოფ ქმედებად და, თუ ეს მოხდა ბრალეულად, წარმოშობს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას.

იმ შემთხვევაში, როდესაც სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების შესახებ ცნობა მედიით არ ვრცელდება, პრობლემური შეიძლება იყოს მხოლოდ ის გარემოება, წარმოადგენს თუ არა განმცხადებლის მიერ სამართალდამცავი ორგანოებისათვის ცრუ დასმენით მიმართვა ამ ბრალდებების „გავრცელებას“. ზოგადად, ნიშანი „გავრცელება“ აუცილებლობის ძალით არ გულისხმობს ინფორმაციის გამოქვეყნებას მასმედიის საშუალებებში, არამედ პირად საუბრებში მოყოლაც და ამ პირების მიერ ინფორმაციის შემდეგი გაჟღერება, თუნდაც ჭორის სახით, შეიძლება ჩაითვალოს გავრცელებად. ამ პრინციპს ქართული სასამართლოც იზიარებს, როდესაც ფეისბუქზე „დადებულ“ ინფორმაციასაც მიიჩნევს „გავრცელებულად“ ისე, რომ არ აკეთებს აქცენტს იმაზე, პოსტი იყო საჯარო თუ მხოლოდ ფეისბუქ-მეგობრების შეზღუდული წრისათვის განკუთვნილი.[49] მხოლოდ ის ფაქტი, რომ ინფორმაცია შეზღუდული პირველადი ადრესატების წრიდან უკვე განუსაზღვრელ პირთა წრეშია გავრცელებადი (მათ შორის, პირადი საუბრების გზით) საკმარისია ამ ინფორმაციის საჯაროდ „გაჟღერებულად“ მიჩნევისათვის.

ამ საზომით განსჯისას, ცრუ ბრალდებები არანაკლებ საჯაროდ გაჟღერებულია, ვიდრე ფეისბუქპოსტი, თუ ხდება, მაგალითად, ცრუ ინფორმაციით პროკურატურისთვის წინასწარშეცნობით არარსებულ დანაშაულებთან დაკავშირებით მიმართვა, მისთვის მოწმეების დასახელება იმ საქმიანი წრეებიდან, რომელთანაც ჰქონდა შეხება დადანაშაულებულს და ა. შ. ამით ხდება უზრუნველყოფა იმისა, რომ ეს ინფორმაცია გავრცელდეს მთლიან წრეში პროკურატურის მეშვეობით, რადგან ამ წრის წარმომადგენელთაგან თუნდაც ერთისათვის ამ ცნობის მიწოდება, ავტორიტეტული სახელმწიფო ორგანოს მხრიდან, ინფორმაციის მთელ წრეში გავრცელების ტოლფასია – თითოეული ბიზნეს-პარტნიორის ეთიკური ვალდებულებაა ყველა სხვა პარტნიორის ინფორმირება ამ ტიპის მოვლენასთან დაკავშირებით. აქ განმცხადებელი პროკურატურას იყენებს ზუსტად ისეთივე მედიუმად ინფორმაციის გავრცელებისათვის, როგორ მედიუმადაც გვევლინებოდა ფეისბუქი ზემოთ ხსენებულ გადაწყვეტილებაში.

[47] უზენაესი სასამართლოს 2005 წლის 1 დეკემბრის განჩინება № ას-448-775-05; 2013 წლის 15 ნოემბრის განჩინება № ას-378-359-2013.

[48] უზენაესი სასამართლოს 2002წლის 25 ივნისის განჩინება № 3კ-337-02; 2003 წლის 24 აპრილის გადაწყვეტილება № 3კ-1240-02.

[49] უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 9 იანვრის გადაწყვეტილება № ას-1559-1462-2012.

4. მოთხოვნა სკ-ის 993 I მუხლის საფუძველზე

გარდა ზემოთ აღნიშნული საფუძვლებისა, პირს, რომელსაც განზრახ უსაფუძვლოდ დასდეს ბრალი დანაშაულში/აღძრეს მის წინააღმდეგ დაუსაბუთებელი სარჩელი, აქვს ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა სკ-ის 993 I მუხლის მიხედვით, რომელიც ითვალისწინებს განზრახ ან გაუფრთხილებლობით გავრცელებული, ქონებრივი ზიანის მომტანი ცნობებისათვის პასუხისმგებლობას.

მოთხოვნის ეს საფუძველი თავისი არსითა და სტრუქტურით მსგავსია გსკ-ის 824 I პარაგრაფისა, თუმცა არის უფრო ფართო[50], რადგან იცავს არა მხოლოდ ეკონომიკური საქმიანობის მდგენელ ელემენტებს, არამედ იცავს პირს, ზოგადად, ნებისმიერი ტიპის ქონებრივი ზიანისაგან.

ამ შემთხვევაში აუცილებელი არ არის, რომ ცრუ ცნობების გავრცელება აღწევდეს პატივისა თუ ღირსების ან საქმიანი რეპუტაციის ხელყოფის ხარისხს. საკმარისია, თუ ის „გამოსადეგია“ სხვა პირისათვის ქონებრივი დანაკარგების მიყენებისათვის. სისხლისსამართლებრივ დანაშულში (თუნდაც ცრუ) ბრალის დადება, განსაკუთრებით, თუ ქონებრივ დელიქტს ეხება საქმე, საქმიან წრეებში სრულად ანადგურებს ბიზნესმენის რეპუტაციას და თავის მართლება გაცილებით რთულია, ვიდრე ბრალდების წაყენება. ამ „შესაძლებლობით“ განზრახ სარგებლობა, ზემოთ ხსენებულ დელიქტურ შემადგენლობებთან ერთად, ასევე, ქმნის სკ-ის 993-ე მუხლის შემადგენლობასაც.

5. მოთხოვნა სკ-ის 992-ე მუხლისა და სისხლის სამართლის კოდექსის 181-ე (გამოძალვა) და 373-ე (ცრუ დასმენა) მუხლების საფუძველზე

ზიანის ანაზღაურების შემდეგ საფუძვლად განიხილება მოთხოვნა, რომელიც წარმოსდგება სკ-ის 992-ე მუხლისა და სისხლის სამართლის კოდექსის 181-ე მუხლის (გამოძალვა) ურთიერთკავშირიდან. სისხლის სამართლის კოდექსის 181-ე მუხლში მოწესრიგებული გამოძალვა არის ქონებრივი დელიქტი, რომელიც წარმოადგენს სკ-ის 992-ე გაგებით (ქონების) დამცავ ნორმას, რომლის დარღვევის შემთხვევაში დამზიანებელმა უნდა აანაზღაუროს ამით მიყენებული ზიანი. 181-ე მუხლი გამოძალვის ერთ-ერთ ხერხად ცალსახად ასახელებს სახელის გამტეხი ცნობების გავრცელებას, რაც მოცემულ შემთხვევაში შესრულებულად უნდა ჩაითვალოს (იხ. ზემოთ). სულ მცირე, „ქმედების უმართლობის შესახებ მოძღვრების“ მიხედვით, გამოძალვის შედეგად მიყენებული (ანაზღაურებადი) ზიანის ქვეშ მოიაზრება არა მხოლოდ დამთავრებული დანაშაულის შედეგად მიყენებული ზიანი (მუქარის საფუძველზე გადახდილი), არამედ ასევე უკვე მცდელობის სტადიაზე წარმოშობილი დანაკლისი.

გარდა ზემოთ თქმულისა, წინასწარშეცნობადად არარსებული დანაშულის შესახებ განმცხადებელი ამით, ჩვეულებრივ, ასრულებს სისხლის სამართლის

[50] შდრ. *BeckOK BGB/Förster*, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 824 Rn. 26.

კოდექსის 373-ე მუხლის შემადგენლობას, რაც სამოქალაქოსამართლებრივი დელიქტური პასუხისმგებლობის ენაზე ითარგმნება დამცავ ნორმად (მართლწინააღმდეგობის განმსაზღვრელ ნომრად) სკ-ის 992-ე მუხლის გაგებით და ასრულებს, ამგვარად, პასუხისმგებლობის ამ შემადგენლობასაც.[51]

II. ზიანის ანაზღაურების ფორმა და ფარგლები

ზიანის ანაზღაურების ფორმების ნაწილში ქართული სამართალი, გერმანულის მსგავსად, აღიარებს ნატურით რესტიტუციის პრიმატს.[52] სკ-ის 408 I მუხლში დაფიქსირებული ზოგადი წესის თანახმად, ზიანის გამომწვევმა პირმა უნდა აღადგინოს ის თავდაპირველი მდგომარეობა, რომელიც ზიანის გამომწვევი მოვლენის გარეშე იარსებებდა. ამგვარად, ეს დანაწესი საკუთარ თავში აერთიანებს, სრულად გამოსწორების პრინციპის გარდა, ნატურით რესტიტუციის პრინციპსაც.[53]

ნატურით რესტიტუცია, მართლსაწინააღმდეგო საჩივრის შეტანისა და ცრუ ცნობების გავრცელების შემთხვევაში, გულისხმობს უკუქმედების განხორციელებას – საჩივრის გამოტანა და ცრუ ცნობების უარყოფა იმავე საშუალებებით, რითიც ისინი გავრცელდა (სკ-ის 408 I მუხლის გარდა, ასევე: სკ-ის 18 III 1 მუხლი).

სამოქალაქო სასამართლოს მხრიდან დანაშულის შესახებ განმცხადებლის დავალდებულება, გამოიტანოს სამართალდამცავ ორგანოში შეტანილი განცხადება, არ წარმოშობს უწყებათა კომპეტენციებს შორის გადაფარვას და არ არღვევს ხელისუფლების დანაწილების პრინციპს. კერძოდ, სასამართლო უთითებს არა პროკურატურას, შეწყვიტოს საქმის წარმოება (რისი უფლებაც მას არ აქვს), არამედ – კერძო პირს (განმცხადებელს) გამოიხმოს მის მიერ მართლსაწინააღმდეგოდ და სხვა პირის უფლებათა დარღვევით შეტანილი განცხადება. ამის შემდეგ პროკურატურას მაინც შეუძლია გააგრძელოს დევნა, თუ თვლის რომ სახეზეა დანაშაულის ნიშნები, თუმცა ამის მიზეზი აღარ იქნება განმცხადებელი, რომელიც განცხადების გამოტანით, ნაწილობრივ მაინც, აღმოფხვრავს მის მიერ განპირობებულ მართლსაწინააღმდეგო მდგომარეობას (იხ. ამასთან დაკავშირებით დეტალურად ქვემოთ).

ზიანის იმ ნაწილში, რომლის ნატურით გამოსწორებაც უკვე შეუძლებელია, უსაფუძვლოდ დადანაშაულებული დელიქტური სარჩელით მოითხოვს ფულად ანაზღაურებას, როგორც აბსოლუტური სიკეთეების ხელყოფით (პატივი, საქმიანი რეპუტაცია) გამოწვეული დანაკლისისათვის, ასევე, იმ ქონებრივი ზიანისათვის, რომელიც მას, ამ სიკეთეების ხელყოფის მიღმა, მიადგა პროკურატურაში დაუსაბუთებელი საჩივრის შეტანით.

პატივისა და საქმიანი რეპუტაციის ხელყოფისათვის უსაფუძვლოდ დადა-

[51] OLG Hamm, Urt. v. 28. März 2022 – I-8 U 73/20 –, juris Rn. 263.

[52] დეტალურად *ხუსიაშვიღი,* სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 3, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2019, მუხ. 408 მე-16 და მომდევნო ველები.

[53] უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 1 ივლისის № ას-167-163-2016 გადაწყვეტილება (58); დეტალურად *ხუსიაშვიღი,* სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 3, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 408 მე-16.

ნაშაულებულს შეუძლია მოითხოვოს ასევე მორალური ზიანის ანაზღაურებაც, რაც პირდაპირ არის გათვალისწინებული სკ-ის 413 I, 18 VI 3 მუხლებში.[54]

III. განგრძობადი ხელყოფის აღკვეთის მოთხოვნა – კვაზინეგატორული მოთხოვნა

დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი, ჩვეულებრივ, არა მხოლოდ ერთჯერადად ხელყოფს დადანაშაულებული პირის აბსოლუტური უფლებებს (პატივი, საქმიანი რეპუტაცია), რომლის შედეგების აღმოფხვრაც უნდა მოხდეს ზიანის ანაზღაურების გზით, არამედ ეს ხელყოფა გრძელდება – თუ განმცხადებელი, ცრუ განცხადებით წამოწყებულ დევნაში, შემდგომშიც ნებაყოფლობით მონაწილეობს, აწვდის პროკურატურას თუ დადანაშაულებულის ბიზნეს-პარტნიორებს ცრუ ცნობებს.

აბსოლუტური უფლებების ისეთი ხელყოფის აღსაკვეთად, რომელიც ჯერ კიდევ გრძელდება, გამოიყენება კვაზი-ნეგატორული მოთხოვნა სკ-ის 172 II მუხლის (= გსკ-ის 1004-ე პარაგრაფი) ანალოგიით. განგრძობადი ხელყოფის აღკვეთის მოთხოვნის წინაპირობაა პატივის ხელმყოფი ცნობების განმეორებადი გავრცელების საფრთხის არსებობა – უფლებამოსილი პირი არ არის ვალდებული დაელოდოს, თუ როდის დამთავრდება ხელყოფა თავისით და შემდეგ მოითხოვოს მისი შედეგების აღმოფხვრა ზიანის ანაზღაურების გზით (რაც, შეიძლება, საერთოდ არ ექვემდებარებოდეს სრულად გამოსწორებას), არამედ შეუძლია უკვე მიმდინარე ხელყოფის მომენტში მოითხოვოს შემდგომი ხელშეშლის აღკვეთა. ეს თანაბრად ეხება, როგორც საკუთრებას, ისე, ყველა სხვა, აბსოლუტურ უფლებას, რომელთა დასაცავადაც ნეგატორული მოთხოვნა გამოიყენება ანალოგიით.

ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში ნეგატორული მოთხოვნით საკუთრების გარდა სხვა აბსოლუტური უფლებების დაცვის მაგალითი არ ფიქსირდება, თუმცა, სპეციალურად პატივის, ღირსებისა და საქმიანი რეპუტაციის ნაწილში, მათი მყისიერი დაცვის, ანუ, ჯერ კიდევ მიმდინარე ხელყოფის მომენტში რეაგირების უფლება, გამყარებულია კანონით – სკ-ის 18 II მუხლი. ეს დანაწესი აქცენტს აკეთებს „შელახვისაგან დაცვაზე“, რაც, უკვე ცნებების დონეზე, გულისხმობს მიმდინარე ხელშეშლის აღკვეთის შესაძლებლობას და არა მხოლოდ უკვე დამთავრებული შელახვისათვის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნას. მიმდინარე ხელყოფის აღკვეთა კი მხოლოდ ნეგატორული მოთხოვნის მეშვეობით არის შესაძლებელი. ასევე, სკ-ის 18 VI 1 მუხლშიც საუბარია ამ დანაწესში ჩამოთვლილი სიკეთეების დაცვაზე ისეთი საშუალებებით, რომლებიც არ განეკუთვნება ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნათა წრეს და რომელთა გამოყენებაც ხელმყოფის ბრალის გარეშეა შესაძლებელი. ეს კიდევ ერთი პირდაპირი მითითებაა ნეგატორულ მოთხოვნაზე. მხოლოდ ლოგიკურია და მართლწესრიგის შინაგანი თანამიმდევრულობის გამოხატულებაა, რომ არსებობდეს ამ სიკეთე-

[54] სკ-ის 993 მუხლის გარდა, ზემოთ მოყვანილი მოთხოვნის ყველა სხვა საფუძველი ითვალისწინებს ასევე არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობასაც.

ების არა მხოლოდ post factum (უკვე რეალიზებული ზიანის შემდეგ) დაცვის შესაძლებლობა, არამედ, ასევე, ჯერ კიდევ ხელყოფის პროცესში, შემდგომი ხელყოფისაგან დაცვის ინსტრუმენტი. მხოლოდ ეს შეესატყვისება პატივისა და საქმიანი რეპუტაციის, როგორც აბსოლუტური უფლებების, დაცვის შეუზღუდავ ხასიათს; რომ ისინი დაცულია არა მხოლოდ მაშინ, თუ მათ ხელყოფას ქონების შემცირება მოჰყვა შედეგად, არამედ, პირველ რიგში, დაცულია ნებისმიერი ჩარევისაგან.

ამგვარად, მოსარჩელეს შეუძლია მოითხოვოს მოპასუხისაგან მისი აბსოლუტური უფლებების შემდგომი ხელყოფისაგან თავის შეკავება.

IV. ზიანის ანაზღაურებისა და ნეგატორული მოთხოვნების განხორციელების შესაძლებლობა – დასკვნა

პრინციპი, რომ ყველა პირს აქვს კონსტიტუციით გარანტირებული უფლება, დაუსჯელად მიმართოს სასამართლოს თუ სამართალდამცავ ორგანოებს და დაუშვებელია ერთი სამართალწარმოების ფარგლებში პირის ქცევის (მათ შორის, მისი გამონათქვამების) სხვა სამართალწარმოებაში რევიზია, მოქმედებს მხოლოდ იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც მოსარჩელე/განმცხადებელი კეთილსინდისიერად ცდება საკუთარი ნავარაუდები უფლების რეალიზაციის მცდელობისას.[55] ინდივიდის კონსტიტუციით უზრუნველყოფილი უფლება, მიმართოს მართლმსაჯულების თუ სამართალდამცავ ორგანოებს, წინ ვერ აღუდგება მის პასუხისმგებლობას, როდესაც წინასწარ შეცნობადად დაუსაბუთებელ და მართლსაწინააღმდეგო სარჩელს ეხება საქმე. საქართველოში ეს პრობლემატიკა არ არის თემატიზირებული არც საკონსტიტუციო სასამართლოს და არც საერთო სასამართლოების პრაქტიკაში, განსხვავებით გერმანიისაგან, სადაც ეს საკითხები უკვე ათწლეულებია ყოვლისმომცველად არის დამუშავებული და მათთვის მონახულია, როგორც დოგმატური ისე სამართლის პოლიტიკის კუთხით დამაჯერებელი ჩარჩო-გადაწყვეტა.

გერმანიის ფედერალური უზენაესი სასამართლო[56] აღიარებს მხოლოდ „შეცდომაზე უფლებას“ და მიიჩნევს დაუშვებლად, რომ მეორეულ პროცესში პირს მოუწიოს პასუხისგება ამ პირველ პროცესზე/წარმოების ფარგლებში გაკეთებული არასწორი გამონათქვამებისათვის, ისევე, როგორც, პირველი პროცესის მიმდინარეობისთანავე, სხვა წარმოებაში მოპოვებული განკარგულებით მოეთხოვოს მას უმოქმედობა და სარჩელის თუ განცხადების გატანა. თუმცა არ არსებობს უფლება პროცესის განზრახ ან დაუდევრობით ბოროტად გამოყენებაზე,[57] რაზეც ცალსახად უთითებენ გერმანიის როგორც უზენაესი ფედერალური, ისე საკონსტიტუციო სასამართლოები.[58]

[55] BVerfG NJW 1987, 1929.

[56] BGH NJW 2005, 281; 2008, 996 Rn. 13; BGH NJW-RR 2010, 554; BGH NJW 2012, 1659 Rn. 9 ff.

[57] BVerfG BeckRS 2009, 30487 Rn. 18; BGH NJW 1962, 244; BGH GRUR 1973, 551; BGH NJW 1986, 2503; BGH 2008, 996 Rn. 14, 18.

[58] BVerfG BeckRS 2009, 30487 Rn. 18; BGH NJW 1962 244; BGH GRUR 1973, 551; BGH NJW 1986, 2503; BGH 2008, 996 Rn. 14, 18.

გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიხედვით,[59] „ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის იმგვარად გამოყენება, რომ მისი მეშვეობით დანაშულის შესახებ კეთილსინდისიერ განმცხადებელს დაეკისროს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება ყველა იმ შემთხვევაში, როდესაც განცხადების საფუძველზე წამოწყებული დევნის ფარგლებში დანაშულის ნიშნები არ დგინდება, არღვევს (სამართლებრივი სახელმწიფოს პრიზმაში განმარტებულ) კონსტიტუციის 2 I მუხლს. თუმცა ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო თავის იმავე გადაწყვეტილებაში აგრძელებს: ეს პრინციპი, რომელიც გამოყვანილია სახელმწიფოს კონსტიტუციურსამართლებრივი ვალდებულებიდან, საზოგადოების ინტერესებში უზრუნველყოს ფუქნციონირებადი სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულება, ზღვარდადებულია და აღარ ვრცელდება იმ შემთხვევებზე, როდესაც საქმე ეხება განზრახ ან დაუდევრად ცრუ დადანაშაულებას (წინასწარშეცნობადად არარსებული დანაშაულის შესახებ განცხადებას). ამ შემთხვევებში ზემოთ მოყვანილი პრინციპი უკან იხევს უსაფუძვლოდ დადანაშაულებულის ინტერესების დაცვის წინაშე. გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 164-ე პარაგრაფით (ცრუ დასმენა) დადგენილი „გაცნობიერებული ქცევისა“ (Wissentlichkeit) და გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 469-ე პარაგრაფით დადგენილი ხარჯების განაწილების წესი წარმოადგენენ მხოლოდ ცალკეულ გამოვლინებებს იმ ზოგადი პრინციპისა, რომ პირი, რომელიც სხვას განზრახ ან დაუდევრად უსაფუძვლოდ სდებს ბრალს დანაშაულში, არ იმსახურებს კონსტიტუციურსამართლებრივ დაცვას.

რაც შეეხება, კონკრეტულად პატივის ხელმყოფ გამონათქვამებს, მართალია, აქ მოქმედებს პრინციპი, რომ გამონათქვამები, რომლებიც სამართლებრივ პროსეკუციასა თუ თავის დაცვას ემსახურება სასამართლო პროცესის/სისხლისსამართლებრივი დევნის ფარგლებში, ჩვეულებრივ, არ შეიძლება მოგერიებულ იქნეს პატივის დამცავი სარჩელების მეშვეობით,[60] თუმცა, ასევე, ეს პრინციპი აწყდება თავის ზღვარს, როდესაც საქმე ეხება „განზრახ ან დაუდევრად გაკეთებულ უსაფუძვლო განცხადებებს“[61] თუ „გაცნობიერებულად, არასწორი და ისეთი ფაქტების მტკიცებას [Tatsachenbehauptungen], რომელთა სიყალბეც ხელის გულზე დევს“[62]. იგივე ეხება ამ ხარისხის უზუსტობის, შეგნებულად გაკეთებულ შეფასებით მსჯელობას/აზრის გამოთქმას (Meinungsäußerungen).[63]

გარდა ამისა, მართალია, დადანაშაულებულმა პირმა, ვისი პატივის ხელყოფაც მოხდა, უნდა მიუთითოს და ამტკიცოს, რომ ამ ტიპის საგამონაკლისო

[59] BVerfG NJW 1987, 1929 ff.

[60] BGH NJW 2005, 279: მხარეებსა და მათ წარმომადგენლებს უფლებ აქვთ, თქვან ყველაფერი, რაც, მათი წარმოდგენის თანახმად, საჭიროა მათი ინტერესების დასაცავად და ამ გამონათქვამების სისწორე უნდა შემოწმდეს მიმდინარე წარმოების ფარგლებში და მხოლოდ ამ წარმოებით გათვალისწინებული ინსტრუმენტებით იყოს სანქცირებული.

[61] BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 15. Dezember 2008 – 1 BvR 1404/04, juris1404/04Rn. 18.

[62] BGH, Urt. v. 28. Februar 2012 – VI ZR 79/11, juris Rn. 14; BGH, Urt. v. 11. Dezember 2007 – VI ZR 14/07, juris Rn. 14, 21 f.

[63] BGH, Urt. v. 28. Februar 2012 – VI ZR 79/11, juris Rn. 14; BGH, Urt. v. 11. Dezember 2007 – VI ZR 14/07, juris Rn. 14, 21 f.

შემთხვევაა სახეზე – „განზრახ არასწორი მტკიცება“[64], თუმცა მეორეული მითითების ტვირთის პრინციპების (Grundsätze der sekundären Darlegungslast) თანახმად, შესაძლებელია მოხდეს მტკიცების ტვირთის ფაქტობრივი შებრუნება და დანაშულის შესახებ განმცხადებლის სამტკიცებელი იყოს იმ გარემოებების არსებობა/სისწორე, რომელსაც დააფუძნა მან თავისი გამონათქვამები.

თუ ზემოთ თქმულს მოკლედ შევაჯამებთ: პირი, რომელიც განზრახ ან უხეში გაუფრთხილებლობით ბოროტად იყენებს პროცესს და არღვევს ამით სხვა პირების უფლებებს და ზიანს აყენებს მათ, არ იმსახურებს ზემოთ ხსენებულ პრივილეგიას (პასუხისმგებლობის არდაკისრება, მიუხედავად უსაფუძვლო სარჩელისა/არარსებული დანაშაულის შესახებ განცხადებისა) – მას არ უნდა მიეცეს საშუალება, შესაბამისი პროცედურის დასრულებამდე დაუსჯელად გააგრძელოს ეს საქმიანობა. ამიტომაც, უკვე ამ პროცედურის მიმდინარეობის მომენტშივეა გამართლებული ჩარევა ზიანის ანაზღაურებისა და ქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნების მეშვეობით.

პროკურატურა არ და ვერ იმსჯელებს იმის შესახებ, ჩაიდინა თუ არა განმცხადებელმა, წინასწარი შეცნობით დაუსაბუთებელი განცხადების შეტანით, სამოქალაქოსამართლებრივი დელიქტი და სახეზეა თუ არა დადანაშაულებული პირის პატივისა და ღირსების განზრახ ხელყოფა მისი მხრიდან. ამასთან, თუ ეს ხელყოფა სახეზეა, ის გრძელდება სისხლისსამართლებრივი დევნის მთლიანი მიმდინარეობისას, თუ განმცხადებელი აგრძელებს საქმიან წრეებში ამ სისხლისსამართლებრივ დევნაზე მითითებას და პროკურატურისათვის ახალი „მოწმეების“ დასახელებას. პატივისა და საქმიანი რეპუტაციის აბსოლუტურ ხასიათთან და მათ აბსოლუტურ და უპირობო დაცვასთან შეუთავსებელია, რომ პირს დაევალოს ამ ხელყოფის თმენა და არ მიეცეს დაუყოვნებლივი სამართლებრივი რეაგირების შესაძლებლობა. აქ უკვე დასაშვებია ამ ქმედებების განმახორციელებელი პირის წინააღმდეგ (ცალკე პროცესში) ზიანის ანაზღაურებისა თუ შემდგომი ქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნების წაყენება.

თუ დანაშულის შესახებ განმცხადებელი ამ განცხადებას დადანაშაულებული პირისაგან სახელშეკრულებო შესრულებების გამოძალვისათვის იყენებს, ის კარგავს „შეცდომაზე უფლების“ პრივილეგიას, უკვე მხოლოდ იმის გამო, რომ ის იყენებს მიზანთან შეუსაბამო საშუალებას – სისხლისსამართლებრივი დევნა სამოქალაქოსამართლებრივი ქონებრივი უფლების განსახორციელებლად – და უმნიშვნელოა, თუ რამდენად კეთილსინდისიერად ცდებოდა ის მოსარჩელის მხრიდან დანაშაულის ჩადენის ფაქტთან დაკავშირებით.

[64] OLG München, Urt. v. 2. August 2002 – 21 U 2188/02, juris Rn. 31.

გამოცემაზე მუშაობდნენ:
ნათია დვალი, მარიკა ერქომაიშვილი,
მარიამ ებრალიძე, ლელა წიკლაური

Prepared for publication by:
Natia Dvali, Marika Erkomaishvili,
Mariam Ebralidze, Lela Tsiklauri

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო
უნივერსიტეტის გამომცემლობა
თბილისი, 2023

0128 თბილისი, ილია ჭავჭავაძის გამზ. 1
1, Ilia Tchavtchavadze Ave., Tbilisi 0128
Tel 995(32) 225 04 84, 6284/6279
https://www.tsu.ge/ka/publishing-house