

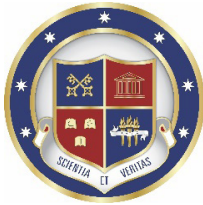
№1



სამართლის  
ექსპერტული  
საკითხები

---

2022



აკადემიური ჟურნალი – სამართლის აქტუალური საკითხები მომზადდა საქართველოს რეგიონული უნივერსიტეტების თანამშრომლობის შედეგად. მისი მიზანია რეგიონებში იურიდიული განათლების, მეცნიერების, სამეცნიერო-კვლევითი საქმიანობის გაძლიერების წახალისება და მხარდაჭერა.



**USAID**  
აშშ-ის საგარეო დახმარების აგენცია

**EAST • WEST  
MANAGEMENT  
INSTITUTE**

**USAID სამართლის უზენაესობის პროგრამა  
USAID RULE OF LAW PROGRAM**

ჟურნალის გამოცემა შესაძლებელი გახდა USAID სამართლის უზენაესობის პროგრამის მხარდაჭერით. პროგრამას ახორციელებს ადმოსავლეთ-დასავლეთის მართვის ინსტიტუტი (EWMI), ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) ფინანსური მხარდაჭერით.

ჟურნალში გამოქვეყნებულ მოსაზრებებზე პასუხისმეგებელი არიან ნაშრომის ავტორები და მათი მოსაზრებები შესაძლოა არ ასახავდეს ზემონახსენები საერთაშორისო ორგანიზაციების ოფიციალურ პოზიციას.

№1

სამართლის  
ექსპერტიზის  
საკითხები

2022

სარედაქციო საბჭო

**გიორგი მირიანაშვილი**

რედაქტორი, სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი;

**გულიკო გალდავა**

სარედაქციო საბჭოს წევრი, სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი;

**ანა ფირცხალაშვილი**

სარედაქციო საბჭოს წევრი, სამართლის დოქტორი, საქართველოს ეროვნული უნივერსიტეტის პროფესორი, შოთა მესხიას ზუგდიდის სახელმწიფო სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი;

**დევი ხვედელიანი**

სარედაქციო საბჭოს წევრი, სამართლის დოქტორი, შოთა მესხიას ზუგდიდის სახელმწიფო სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი;

**ლევან ჯაყელი**

სარედაქციო საბჭოს წევრი, სამართლის დოქტორი, ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი;

**მარინე კვაჭაძე**

სარედაქციო საბჭოს წევრი, სამართლის დოქტორი, სსიპ იაკობ გოგებაშვილის სახელობის თელავის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი;

**მამუკა შენგელია**

სარედაქციო საბჭოს წევრი, სამართლის დოქტორი, სსიპ აკაკი წერეთლის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი;

**დავით ხობელია**

სარედაქციო საბჭოს წევრი, სამართლის დოქტორი, სსიპ სამცხე-ჯავახეთის სახელმწიფო სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი;

**სოფიო შენგელია**

სარედაქციო საბჭოს წევრი, სამართლის დოქტორი, კავკასიის უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი.

# სარჩევი

<b>გიორგი მირიანაშვილი, ნინო ცნობილაძე</b>	<b>5</b>
წევრ სახელმწიფოთა კონსტიტუციებზე ევროპის კავშირის სამართლის კრიმატის დოქტრინა: ევროპული და გერმანული გამოცდილება	
<b>ია ხურციძე</b>	<b>21</b>
მხარდაჭერის მიმღები, როგორც მშვილბეული შვილად აყვანის პროცესში	
<b>კაატა ჯავახიშვილი ზურაბ ჭიბლაშვილი</b>	<b>37</b>
ხელისუფლების დანაწილების პრინციპისა და საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების ურთიერთმიმართების საკითხი	
<b>DEVI KHVEDELIANI, MARIAM GVACHAVA</b>	<b>59</b>
AD HOC ARBITRATION IN CHINA	
<b>ანრი ნიშნიანიძე</b>	<b>77</b>
კიბერჯაშუშობა: სახელმწიფო ინტერესების წინააღმდეგ მიმართული კიბერდანაშაულის ახალი სახე	
<b>გიორგი ლაცაბიძე</b>	<b>93</b>
მტკიცების პროცესისას წინასასამართლო სხდომაზე აღკვეთის ღონისძიების განხილვასთან დაკავშირებული საკითხის მიმოხილვა	
<b>ერეკლე კაკუაშვილი</b>	<b>109</b>
არასრულწლოვანთა, მხარდაჭერის მიმღებთა და მათ მეთვალყურეობაზე ვალდებულ პირთა პასუხისმგებლობის წინაპირობები	
<b>მზია კუკატაძე</b>	<b>129</b>
კრედიტორის მტკიცების ტვირთის სამართლებრივი პრობლემა მეუღლის ვალის დაფარვის წესთან მიმართებით	



## **გიორგი მირიანაშვილი**

*სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის რექტორის მოადგილე, სამართლის სკოლის ასოცირებული პროფესორი, საჯარო მმართველობისა და პოლიტიკის სკოლის დეკანი*

## **PROF. DR. GEORGE MIRIANASHVILI**

*Doctor of Law, Deputy Rector, Associate Professor of Law School, Dean of the School of Public Administration and Policy at Grigol Robakidze University*



## **ნინო ცნობილაძე**

*სამართლის დოქტორი, საქართველოს ეროვნული უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი*

## **PROF. DR. NINO TSNOBILADZE**

*Doctor of Law, Associate Professor of the Faculty of Law at Georgian National University SEU*

წევრ სახელმწიფოთა კონსტიტუციებზე ევროპის  
კავშირის სამართლის პრიმატის დოქტრინა:  
ევროპული და გერმანული გამოცდილება

DOCTRINE OF THE PRIMACY OF THE EUROPEAN UNION  
LAW ON THE CONSTITUTIONS OF THE MEMBER STATES:  
EUROPEAN AND GERMAN EXPERIENCE

## აბსტრაქტი

ევროპული ინტეგრაციის ფარგლებში დღემდე აქტუალურ საკითხს წარმოადგენს ევროპის კავშირის სამართლისა და შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის თანაფარდობა. მათ ურთიერთმიმართებაზე იყო დამოკიდებული ევროპული ინტეგრაციის გაღრმავების ფარგლები, წევრ სახელმწიფოთა თანამშრომლობის ხარისხი. ევროპის კავშირის სუპრანაციონალური ბუნება მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს განგრძობადი, თანმიმდევრული, პროევროპული პრეცედენტული სამართლით არის დადგენილი.

ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატი გულისხმობს როგორც სუპრანაციონალური, ასევე მთავრობათაშორისი თანამშრომლობის სფეროებში მიღებული აქტის წევრი სახელმწიფოების იურისდიქციაში იმპლემენტაციას იმ შემთხვევაშიც, თუ იგი ეწინააღმდეგება კონსტიტუციას. ეროვნული სასამართლო ვალდებულია, გადაწყვეტილების მიღების პროცესში არ გამოიყენოს ის კონსტიტუციური სტანდარტები, რომლებიც ხელყოფს ევროპული კავშირის სამართლის უზენაესობასა და ეფექტიანობას. გარდა ამისა, ეროვნულ დონეზე დაუშვებელია კავშირის სამართლებრივი აქტის კონსტიტუციურობის შემოწმება. მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს შეფასებით, ასეთი ძალაუფლება საკონსტიტუციო სასამართლოებს არ გააჩნიათ.

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს თანმიმდევრული პრაქტიკის მიუხედავად, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ცდილობს გერმანიის ძირითადი კანონის იდენტობის დაცვით კავშირის სამართლის პრიმატის კონსტიტუციურ ჩარჩოებში მოქცევას. ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატის დოქტრინის განვითარების საწყის ეტაპზე საკონსტიტუციო სასამართლო არ დაეთანხმა მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს და განაცხადა, რომ ევროპული გაერთიანების სამართალსა და გერმანიის კონსტიტუციით აღიარებულ ძირითად უფლებას შორის კოლიზიის არსებობის შემთხვევაში მოქმედების უპირატესობა, პრიმატი უნდა ჰქონოდა გერმანიის ძირითადი კანონით აღიარებულ ძირითად უფლებას იქამდე, სანამ გაერთიანების ორგანოების მიერ არ გაუქმდებოდა კოლიზიური ნორმა.

**საკვანძო სიტყვები:** ევროპის კავშირის სამართალი, პრიმატი, კონსტიტუცია.



## ABSTRACT

In the framework of European integration, the interdependence of European Union Law and domestic law is still a topical issue. Their relationship depended on the scope of deepening European integration, the degree of cooperation between the member states. The supranational nature of the European Union is determined by the continuing, consistent, pro-European case law of the European Court of Justice.

The primacy of the law of the European Union implies the implementation under the jurisdiction of the member states of the Act adopted both in the areas of supranational and intergovernmental cooperation, even if it contradicts the Constitution. The National Court is obliged not to use constitutional standards in its decision-making process that infringe the primacy and effectiveness of European Union law. In addition, it is inadmissible to check the constitutionality of the legal act of the EU at the national level, according to the assessment of the European Court of Justice, constitutional courts do not have such power.

Despite the consistent practice of the European Court of justice, the Federal Constitutional Court of Germany seeks to incorporate the primacy of EU law into the constitutional framework by protecting the identity of German Constitution. At the initial stage of the development of the doctrine of primacy of European Union law, the Constitutional Court did not agree with the European Court of justice, stating that in case of collusion between the law of the European Union and the fundamental right recognized by the German constitution, the primacy should have had the fundamental right recognized by the Constitution until the collisional norm was abolished by the EU bodies.

**Keywords:** European Union law, primacy, Constitution.

# I. შესავალი

ევროპული ინტეგრაციის განვითარების ყველა ეტაპზე აქტუალურ საკითხს წარმოადგენდა ევროპის კავშირის სამართლისა და შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის თანაფარდობის საკითხი. მათ ურთიერთმიმართებაზე იყო დამოკიდებული ევროპული ინტეგრაციის გაღრმავების ფარგლები, წევრ სახელმწიფოთა თანამშრომლობის ხარისხი. ევროპის კავშირის სუპრანაციონალური ბუნება, მათ შორის საერთაშორისო სამართალსა და ეროვნულ სამართალზე, კავშირის სამართლის პრიმატით არის გამოყარებული, რომელიც მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს განგრძობადი, თანმიმდევრული, პროევროპული პრეცედენტული სამართლით არის დადგენილი.<sup>1</sup>

წევრი სახელმწიფოების სამართალთან მიმართებით ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატი არ არის განსაზღვრული კავშირის დამფუძნებელი ხელშეკრულებებით. ამ საკითხთან დაკავშირებით აღსანიშნავია ლისაბონის ხელშეკრულების მე-17 დეკლარაცია, რომლის თანახმად, ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს თანმიმდევრული პრაქტიკის შესაბამისად, კავშირის დამფუძნებელ ხელშეკრულებებსა და ამ ხელშეკრულებების საფუძველზე კავშირის ორგანოების მიერ მიღებულ სამართლებრივ აქტებს აქვს პრიმატი წევრ სახელმწიფოთა სამართლის მიმართ იმ ფარგლებითა და პირობებით, რომლებიც დადგენილია კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით.<sup>2</sup> ევროპის კავშირის სამართალში ნორმატიულ დონეზე კავშირის სამართლის პრიმატის შესახებ ნორმას შეიცავდა ევროპის კონსტიტუციის მე-10 მუხლი, რომლის მიხედვით, კონსტიტუციასა და კავშირის ორგანოების მიერ კომპეტენციის განხორციელების პროცესში მიღებულ სამართლებრივ აქტებს ჰქონდა უზენაესობა წევრ სახელმწიფოთა სამართლის მიმართ. თუმცა, გამომდინარე იქიდან, რომ ევროპის კონსტიტუცია ძალაში არ შესულა, ეს ნორმაც არასდროს ამოქმედებულა.<sup>3</sup>

ეროვნულ სამართალთან მიმართებით ევროპის კავშირის სამართლის უზენაესობის კონცეფცია, რადგან მხოლოდ დოქტრინალური პროდუქტია და მართლმსაჯულების

1 მაგალითად იხ.: C-404/15 and C-659/15 Aranyosi and Căldăraru [2016]; Opinion 2/13 pursuant to Article 218 (11) TFEU — Draft international agreement — Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms — Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties [2014]; C-399/11 Melloni v. Ministerio Fiscal [2013]; C-402/05P and C-415/05P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation vs Council of the European Union and Commission of the European Communities [2008]; C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125; C-6/64 Flaminio Costa v E.N.E.L. [1964] ECR 585.

2 დეკლარაციას თან ერთვის კავშირის საბჭოს იურიდიული სამსახურის მოსაზრება კავშირის სამართლის უზენაესობასთან დაკავშირებით, რომლის მიხედვით, „ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატი, რომელიც მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლიდან გამომდინარეობს, არის კავშირის სამართლის ფუძემდებლური პრინციპი. სასამართლოს თანახმად, ეს პრინციპი არის ევროპული გაერთიანების სპეციფიკური ბუნებისთვის თანდაყოლილი. კავშირის სამართლის პრიმატთან დაკავშირებით მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მიერ მიღებული პირველი გადაწყვეტილების (C-6/64 Flaminio Costa v E.N.E.L. [1964] ECR 585) დროს დამფუძნებელი ხელშეკრულება არ შეიცავდა კავშირის სამართლის პრიმატის შესახებ დებულებებს. ამ მხრივ დღესაც იგივე მდგომარეობაა. ის ფაქტი, რომ კავშირის სამართლის პრიმატის პრინციპი არც მომავალი ხელშეკრულებით იქნება გათვალისწინებული, არაფერს ცვლის ამ პრინციპის არსებობასა და მართლმსაჯულების სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის მოქმედებასთან მიმართებით“.

3 საფრანგეთსა (2005 წლის 29 მაისს) და ნიდერლანდებში (2005 წლის 1 ივნისს) ჩატარებულ რეფერენდუმზე ხალხმა ევროპის კონსტიტუციის რატიფიკაციას მხარი არ დაუჭირა.



ევროპული სასამართლოს აქტივიზმის შედეგია, მასთან ცალკეული წევრი სახელმწიფოების საკონსტიტუციო სასამართლოების ადაპტაცია ხანგრძლივი, პირობადებული, წინააღმდეგობრივი პროცესი აღმოჩნდა. ევროპულმა საკონსტიტუციო სასამართლოებმა ევროპული ინტეგრაციის სხვადასხვა ეტაპზე იმსჯელეს კავშირის სამართლისა და კონსტიტუციების თანაფარდობაზე.<sup>4</sup> მათი მიდგომები არ არის ერთგვაროვანი. ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატთან დაკავშირებით საკონსტიტუციო სასამართლოებს შორის განსაკუთრებით აქტიურია გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო, რომელიც მუდმივად ცდილობს გერმანიის ძირითად კანონზე ევროპის კავშირის სამართლის ზეგავლენის შესუსტებას და ამ მიზნით ავითარებს იუსტიციურ ინსტრუმენტებს.

სტატიის მიზანია წარმოაჩინოს ევროპის კავშირის სამართლისა და კონსტიტუციების თანაფარდობასთან მიმართებით მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოსა და გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით განვითარებული მიდგომები, განსაზღვროს კონსტიტუციებზე კავშირის სამართლის პრიმატის დოქტრინის ფარგლები და პირობები. დასახული ამოცანის მისაღწევად სტატიაში გამოყენებულია კვლევის ანალიტიკური, ფორმალურ-ლოგიკური და შედარებით-სამართლებრივი მეთოდები.

4 მაგალითად იხ.: გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები: 2 BvR 2735/14; 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92; BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II; BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I; 2 BvE 2/08; იტალიის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება: Frontini v. Ministero Delle Finanze, C-232/8927 [1973]; პოლონეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება: P-1/05 (Judgment), EAW, 27.04.2005, ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება: Judgment EAW, 03.05.2006; Council of the European Union, Decisions of Supreme Courts and Constitutional Courts concerning the European Arrest Warrant, 14281/05, p. 2.

## II. წევრი სახელმწიფოს კონსტიტუციაზე ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატის დოქტრინის წარმოშობა და განვითარება

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს შეფასებით, კოლიზიისას კონსტიტუციური ნორმით არ შეიძლება ჩანაცვლდეს კავშირის სამართლის ნორმა. ასეთ შემთხვევაში განადგურდება კავშირის სამართლებრივი წესრიგი. სასამართლომ ამ საკითხზე პირველად *Internationale Handelsgesellschaft-ის საქმეში* ისაუბრა,<sup>5</sup> თუმცა, ზოგადად, ეროვნულ სამართალზე ევროპის კავშირის სამართლის უზენაესობის დოქტრინა სასამართლომ შეიმუშავა *Flaminio Costa v E.N.E.L.-ის საქმეში*.<sup>6</sup>

ევროპული გაერთიანების რეგულაციებით შეიქმნა საქსპორტო ლიცენზირების სისტემა, რომლითაც გათვალისწინებული იქნა დეპოზიტი ცალკეული სასოფლო-სამეურნეო პროდუქტებისთვის. ამ სისტემის ფარგლებში სასოფლო-სამეურნეო პროდუქტის ექსპორტი მხოლოდ ლიცენზირების ვალიდაციის პირობებში შეიძლებოდა, სხვა შემთხვევაში ექსპორტიორი დეპოზიტს დაკარგავდა.<sup>7</sup> მოსარჩელემ დეპოზიტის სახით განთავსებული თანხა დაკარგა, იგი დავობდა, რომ გაერთიანების რეგულაციებით ფორმირებული სისტემა, რომელსაც დასავლეთ გერმანიის მარცვლულის ინტერვენციის სააგენტო მართავდა, არღვევდა გერმანიის კონსტიტუციით აღიარებულ ძირითად უფლებებს, კერძოდ, მოქმედების თავისუფლებას, ეკონომიკურ თავისუფლებასა და პროპორციულობის პრინციპს.<sup>8</sup> ხსენებული რეგულაციების კანონიერების განსახილველად ფრანკფურტის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ წინასწარი გადაწყვეტილების პროცედურის ფარგლებში მიმართა მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს. მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ ევროპული გაერთიანების სამართლის პრიმატი კონსტიტუციასთან მიმართებითაც დაადასტურა. სამართალი, რომელიც ევროპული გაერთიანების დამფუძნებელი ხელშეკრულებებიდან გამომდინარეობს, არის დამოუკიდებელი, ავტონომიური და მისი სპეციალური, განსაკუთრებული ბუნების

5 C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125.

6 მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ ერთმნიშვნელოვნად განაცხადა, რომ გაერთიანების წევრობა განაპირობებს კავშირის წევრი სახელმწიფოების სუვერენიტეტის მუდმივ შეზღუდვას. წევრ სახელმწიფოებს ევროპულ გაერთიანებაში გაწევრიანების შემდეგ არ აქვთ უფლება მიიღონ ისეთი კანონმდებლობა, რომელიც წინააღმდეგობაში იქნება გაერთიანების სამართალთან ან ხელს შეუშლის მის ეფექტიან მოქმედებას. სამართალი, რომელიც გამომდინარეობს ევროპული გაერთიანების დამფუძნებელი ხელშეკრულებებიდან არის დამოუკიდებელი, ავტონომიური და მისი სპეციალური, განსაკუთრებული ბუნების გამო არ შეიძლება იქნეს ჩანაცვლებული ეროვნული სამართლის ნორმებით. მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს შეფასებით კავშირის სამართლის უშუალოდ მოქმედებასა და უშუალოდ გამოყენებას აზრი დაეკარგებოდა იმ შემთხვევაში თუ წევრ სახელმწიფოს ექნებოდა ცალმხრივად, ეროვნული კანონმდებლობით (რომელიც იერარქიული თვალსაზრისით კავშირის სამართალზე მაღლა იდგებოდა) კავშირის სამართლის მოქმედებისა და გამოყენების ეფექტების ანულირების უფლებამოსილება. სასამართლოს თქმით აუცილებელია, რომ შენარჩუნდეს კავშირის სამართლის ერთგვაროვნად მოქმედება და გამოყენება. სასამართლოს თქმით, კავშირის სამართლის აღსრულების ხარისხი არ უნდა იყოს დამოკიდებული ეროვნული სამართლის დამოკიდებულებაზე, რითაც საფრთხე შეექმნება ევროპული ინტეგრაციის მიზნების მიღწევას.

7 C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125, პირველი პუნქტი.

8 იქვე.

გამო არ შეიძლება ჩანაცვლდეს ეროვნული სამართლის ნორმებით.<sup>9</sup> მისი გაუქმების შესაძლებლობა მხოლოდ ევროპული გაერთიანების ფარგლებში არსებობს. ეროვნულ დონეზე აკრძალულია გაერთიანების სამართლის კანონიერების შემოწმება იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც იგი შეიძლება ეწინააღმდეგებოდეს კონსტიტუციით აღიარებულ ძირითად უფლებას ან/და თავისუფლებას.<sup>10</sup> სასამართლომ ამ საქმეში სადავო რეგულაციები მიიჩნია კანონიერად, ხოლო დეპოზიტირების მექანიზმი ჩათვალა საერთო სასოფლო-სამეურნეო ბაზრის ჩამოყალიბების მიზნის მიღწევის პროპორციულ საშუალებად. მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ ზემოხსენებულ საქმეში დაადასტურა, რომ ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები წარმოადგენს კავშირის სამართლის ინტეგრირებულ, განუყოფელ ნაწილს.<sup>11</sup> მათი დაცვა და პატივისცემა არის კავშირის სამართლის ძირითადი პრინციპიდან მომდინარე ვალდებულება, რომელიც უნდა განხორციელდეს კავშირის მიზნებისა და ამოცანების შესაბამისად.<sup>12</sup>

კონსტიტუციაზე ევროპის კავშირის სამართლის უზენაესობის კონტექსტში განსაკუთრებით საინტერესოა მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მიერ *Stefano Melloni-ს საქმეზე* მიღებული გადაწყვეტილება.<sup>13</sup>

2004 წელს ბოლონის სააპელაციო სასამართლოს მიერ გამოიცა დაკავების ევროპული ორდერი იტალიის მოქალაქე *სტეფანო მელონის* წინააღმდეგ.<sup>14</sup> დაკავების ევროპული ორდერის თანახმად, *მელონი* იყო მსჯავრდებული თაღლითობისთვის და მას დაუსწრებლად სასჯელის სახით დაკისრებული ჰქონდა თავისუფლების აღკვეთა 10 წლის ვადით.<sup>15</sup> 2008 წელს, დაკავების ევროპული ორდერის აღსრულების მიზნით, *მელონი* ესპანეთის პოლიციამ დააკავა, იგი არ დათანხმდა იტალიაში ექსტრადიციას, თუმცა, უმაღლესი ეროვნული სასამართლოს გადაწყვეტილებით, ის იტალიაში ექსტრადიციას მაინც დაექვემდებარა.<sup>16</sup> *მელონის* შეფასებით, ვინაიდან იტალიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი არ ითვალისწინებდა ბრალდებულის დაუსწრებლად მიღებული გადაწყვეტილების გადასინჯვის მექანიზმს, დაკავების ევროპული ორდერი არ უნდა აღსრულებულიყო, რადგან, ერთი მხრივ, „დაკავების ევროპული ორდერისა და პირის გადაცემის პროცედურების შესახებ“ ჩარჩო-გადაწყვეტილების შესაბამისად, არსებობდა გადაცემაზე უარის თქმის საფუძველი, მეორე მხრივ, ასეთი საშუალების არარსებობა ეწინააღმდეგებოდა ესპანეთის კონსტიტუციით აღიარებულ ღირსების უფლებას, საქმის სამართლიანი განხილვის უფლებასა და ამ სფეროში ესპანეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს.<sup>17</sup> *მელონიმ* მიმართა ესპანეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს და მოითხოვა

9 იქვე, მე-3 პარაგრაფი.

10 იქვე.

11 იქვე, მე-4 პუნქტი.

12 იქვე.

13 C-399/11 Melloni v. Ministerio Fiscal [2013].

14 იქვე, მე-14 პარაგრაფი.

15 იქვე.

16 იქვე, მე-15-მე-16 პარაგრაფები.

17 იქვე, მე-16 პარაგრაფი.

მისი იტალიისთვის გადაცემის მიზნით მიღებული სასამართლო გადაწყვეტილების გაუქმება. ესპანეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ წინასწარი გადაწყვეტილების პროცედურის ფარგლებში მიმართა მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს შემდეგი შეკითხვით:

*ძირითად უფლებათა ქარტიის 47-ე (საქმის სამართლიანი განხილვის უფლება), 48-ე (უდანაშაულობის პრეზუმფცია და დაცვის უფლება) და 53-ე (უფლების დაცვის დონე) მუხლების სისტემური განმარტების შემთხვევაში, უფლება აქვს თუ არა კავშირის წევრ სახელმწიფოს, რომელიც არის ექსტრადიციის თხოვნის მიმღები, საკუთარი კონსტიტუციით აღიარებული ძირითადი უფლების უფრო მაღალი სტანდარტით დაცვიდან გამომდინარე, უარი თქვას დაკავების ევროპული ორდერის აღსრულებაზე იმ შემთხვევაში, როდესაც ექსტრადიციის მომთხოვნ სახელმწიფოში არ არსებობს ექსტრადიციას დაქვემდებარებული პირის დაუსწრებლად გამოტანილი გამამტყუნებელი განაჩენის გადასინჯვის მექანიზმი?<sup>18</sup>*

მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ ერთმნიშვნელოვნად განაცხადა, რომ ძირითად უფლებათა ქარტიის 53-ე მუხლის იმგვარი განმარტება, რომელიც კავშირის წევრ სახელმწიფოს ანიჭებს შესაძლებლობას, არ გამოიყენოს ევროპის კავშირის სამართალი, რომელიც სრულად შეესაბამება ქარტიას და იმოქმედოს საკუთარი კონსტიტუციური სტანდარტის შესაბამისად, „გაანადგურებს“ ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატის პრინციპს.<sup>19</sup> მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს თქმით, მისი პრეცედენტული სამართლით დადგენილი ევროპის კავშირის სამართლის უპირატესობის პრინციპი, რომელიც არის ამ სამართლებრივი წესრიგის ფუნდამენტური მახასიათებელი, კრძალავს, გამორიცხავს, რომ ეროვნულმა, მათ შორის კონსტიტუციურმა რეგულაციებმა შეზღუდოს, ხელყოს ევროპის კავშირის სამართლის ეფექტიანობა, მოქმედება წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე.<sup>20</sup> საბოლოოდ ესპანეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებიდან გამომდინარე, *მელონის* კონსტიტუციური სარჩელი არ დააკმაყოფილა და ხსენებული ჩარჩო-გადაწყვეტილების გამოყენებით ესპანეთის კონსტიტუციით დადგენილი საქმის სამართლიანი განხილვის უფლებისა და ღირსების უფლების დაცვის სტანდარტები ძირითად უფლებათა ქარტიის დონემდე შეამცირა.

მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მიერ *Stefano Melloni-ს საქმეზე* მიღებული გადაწყვეტილებით, ფაქტობრივად, კავშირის სამართლის წევრი სახელმწიფოების კონსტიტუციებზე უზენაესობის დოქტრინის სრულყოფა, მისი შინაარსის გაფართოება განხორციელდა. იგი ევროპული ინტეგრაციის არსებობის ისტორიაში პირველად გასცდა სუპრანაციონალურ ფარგლებს და გავრცელდა ევროპის კავშირის სამართლის ყველა განზომილებაზე, მათ შორის – იუსტიციის სფეროში, კერძოდ, სისხლის სამართლის საქმეებზე თანამშრომლობის პრაქტიკაზე. ამ გადაწყვეტილებით დადგინდა, რომ ეროვნული სასამართლო ვალდებულია, ერთი მხრივ, კავშირის სამართლებრივი აქტის

18 იქვე, 26-ე პარაგრაფი.

19 იქვე, 58-ე პარაგრაფი.

20 იქვე, 59-ე პარაგრაფი.

შესაბამისად განახორციელოს შიდასახელმწიფოებრივი აქტების, მათ შორის კონსტიტუციის ინტერპრეტაცია, მეორე მხრივ, გადაწყვეტილების მიღების პროცესში არ გამოიყენოს ისეთი კონსტიტუციური სტანდარტები, რომლებიც ხელყოფს ევროპული კავშირის სამართლის უზენაესობასა და ეფექტიანობას. კავშირის სამართლის გადმოსახედიდან, აგრეთვე, დაუშვებელია ისეთი კონსტიტუციური ნორმის მიღება, რომელიც საფრთხეს შეუქმნის ევროპული კავშირის სამართლის პრიმატს.

### III. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს რეაქცია ევროპის კავშირის სამართლის უზენაესობაზე

წევრი სახელმწიფოების კონსტიტუციებზე ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატის აღიარების, შეგუების პროცესი რთული აღმოჩნდა ზოგიერთი საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის. წევრ სახელმწიფოთა საკონსტიტუციო სასამართლოების დამოკიდებულება ამ საკითხთან მიმართებით არ არის ერთგვაროვანი. საერთო ჯამში, ყველა წევრი სახელმწიფოს სამართლებრივი წესრიგი დაექვემდებარა კავშირის სამართლის პრიმატის დოქტრინას, თუმცა ცალკეულ ქვეყნებში კონსტიტუციებზე კავშირის სამართლის უზენაესობას საკონსტიტუციო სასამართლოები დაეთანხმნენ გარკვეული პირობებითა და დათქმებით.<sup>21</sup> კავშირის სამართლის პრიმატის მიმართ მათი წინააღმდეგობა, შესაძლებელია, კონსტიტუციური სამართლის თვალსაზრისით, ორი ფუნდამენტურად მნიშვნელოვანი გარემოებით აიხსნას.

პირველი, საკონსტიტუციო სასამართლოს თანდაყოლილი ფუნქცია, მისი არსებობის ერთადერთი მიზანი სახელმწიფოს იურისდიქციის ფარგლებში კონსტიტუციის უზენაესობის უზრუნველყოფაა. მისი მიღწევის მექანიზმია კონსტიტუციასთან შეუთავსებელი ეროვნული და საერთაშორისო სამართლის ნორმების გაუქმება. აქედან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის კონსტიტუციური სამართლის გადმოსახედიდან რთული გასაგებია კონსტიტუციასთან კოლიზიაში მყოფი კავშირის სამართლებრივი აქტის კონსტიტუციურობის შემოწმების კომპეტენციის არარსებობა. ამ პირობებში საკონსტიტუციო სასამართლოს თავისთავად არ აქვს, თუნდაც, კონსტიტუციასთან ცალსახად წინააღმდეგობრივი კავშირის სამართლის აქტის გაუქმების ძალაუფლება. ეს კომპეტენცია მხოლოდ კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს აქვს, თუმცა შეზღუდული ფორმით, რადგან მას შეუძლია იმსჯელოს მხოლოდ კავშირის საერთაშორისო შეთანხმებისა და მეორეული სამართლის აქტების დამფუძნებელ ხელშეკრულებებთან შესაბამისობაზე. კავშირის სასამართლოებს არ აქვთ კავშირის დამფუძნებელი ხელშეკრულებების ნორმების კანონიერების, პროპორციულობის, განჭვრეტადობის შეფასების, მათი ადამიანის ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებთან შესაბამისობის განხილვის უფლებამოსილება. კავშირის სამართლის გადმოსახედიდან, დამფუძნებელ ხელშეკრულებებს, სასამართლო კონტროლთან მიმართებით, აქვს აბსოლუტური იმუნიტეტი.

მეორე, კონსტიტუციის უზენაესობა კონსტიტუციური იდენტობის ფუნდამენტური ნაწილია. კონსტიტუციის ყველა სხვა აქტის მიმართ პრიმატი არის კონსტიტუციური წესრიგის სტაბილურობის, სახელმწიფო სუვერენიტეტის რეალიზაციის, დაცვის გარანტია. კონსტიტუციის სრული პრიმატის არარსებობისა და ევროპის კავშირის სამართლის ავტონომიურობის, უზენაესობის, ეფექტიანობის პირობებში საკონსტიტუციო სასამართლოები გრძნობენ კონსტიტუციის იმგვარად ევროპეიზაციის საფრთხეს, რომლის

21 მაგალითად იხ.: გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები: 2 BvR 2735/14; 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92; BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II; BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I; 2 BvE 2/08; ჩუხუთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება: Judgment EAW, 03.05.2006.



კონტროლი მათ არ შეუძლიათ. ამ პროცესში მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოა ძირითადი აქტორი.

ქვემოთ წარმოდგენილია გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეცედენტული გადაწყვეტილებები, რომლებითაც სასამართლო შეეცადა ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატის დოქტრინის შესუსტებასა და კონსტიტუციური იდენტობისთვის დაქვემდებარებას.

გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ყველაზე უფრო აქტიურია კავშირის სამართლის პრიმატის დოქტრინის პირობითობაზე მსჯელობის თვალსაზრისით. იგი ათწლეულების განმავლობაში ცდილობს გერმანიის ძირითადი კანონის იდენტობის დაცვით კავშირის სამართლის პრიმატის კონსტიტუციურ ჩარჩოებში მოქცევას.

გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ 1974 წელს ე.წ. **Solange I-ის საქმეში** ისაუბრა კავშირის სამართლისა და გერმანიის ძირითადი კანონის ურთიერმიმართების საკითხზე. ეს საქმე, ფაქტობრივად, არის **Internationale Handelsgesellschaft საქმის** გაგრძელება.

წინასწარი გადაწყვეტილების პროცედურის ფარგლებში ფრანკფურტის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ მიმართა მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს, თუმცა მისი 1970 წლის 17 დეკემბრის გადაწყვეტილების შემდეგ, ასევე მიმართა გერმანიის ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს კავშირის იმავე რეგულაციების გერმანიის ძირითად კანონთან შესაბამისობის განხილვის მიზნით.

საკონსტიტუციო სასამართლომ ე.წ. **Solange I-ის საქმეში** პირდაპირ განაცხადა, რომ იმ პერიოდში ევროპულ გაერთიანებაში იყო ძირითად უფლებათა კოდიფიცირებული კატალოგის არარსებობის პრობლემა, რომელიც კონსტიტუციის სულისკვეთების მსგავსად ადეკვატურად დაიცავდა ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებს.<sup>22</sup> შესაბამისად, გერმანულ სასამართლოებს, კავშირის სამართლის პრიმატის მიუხედავად, ეკისრება კონსტიტუციით აღიარებული ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის ვალდებულება.<sup>23</sup> საკონსტიტუციო სასამართლომ ცალსახად მიუთითა, რომ ევროპული გაერთიანების სამართალსა და გერმანიის კონსტიტუციით აღიარებულ ძირითად უფლებას შორის კოლიზიის ჰიპოთეტურად არსებობის შემთხვევაში მოქმედების უპირატესობა, პრიმატი მიენიჭება გერმანიის კონსტიტუციით აღიარებულ ძირითად უფლებას იქამდე, სანამ გაერთიანების ორგანოების მიერ არ გაუქმდება კოლიზიური ნორმა.<sup>24</sup> შეიძლება ითქვას, რომ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო არ დაეთანხმა კავშირის სამართლის პრიმატის იმ კონცეფციას, რომელიც მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ 1970 წელს განავითარა და შეინარჩუნა გაერთიანების სამართლის კონსტიტუციურობის შეფასების ძალაუფლება.

გერმანიის ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს კავშირის სამართლის პრიმატთან მიმართებით იგივე პოზიცია ჰქონდა 1986 წელს ე.წ. **Solange II-ის საქმეში**,<sup>25</sup> თუმცა, ამ

22 BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I-Beschluß, I, A, მე-4 პარაგრაფი.

23 იქვე, მე-7 პარაგრაფი.

24 იქვე, I, A, მე-4 პარაგრაფი.

25 BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II-decision.

შემთხვევაში იგი შედარებით რბილი იყო შეფასებაში. საკონსტიტუციო სასამართლოს თქმით, ევროპული გაერთიანებების დონეზე, კერძოდ, მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრაქტიკით, ზოგადად უზრუნველყოფილია ადამიანის უფლებების ეფექტიანი დაცვა, შესაბამისად, იგი მიჩნეული უნდა იქნეს გერმანიის ძირითადი კანონით გათვალისწინებული ადამიანის უფლებების დაცვის მოდელის სუბსტანციურად მსგავს სისტემად. აქედან გამომდინარე, სასამართლომ უარი განაცხადა იურისდიქციის განხორციელებაზე. გარდა ამისა, საკონსტიტუციო სასამართლომ განაცხადა, რომ მომავალში არ განიხილავდა ევროპული გაერთიანებების მეორეული სამართლის წყაროების გერმანიის ძირითადი კანონით დადგენილი ადამიანის ძირითად უფლებათა დაცვის სტანდარტებთან შესაბამისობის შესახებ წარდგინებებს, სარჩელებს და მათ ცნობდა დაუშვებლად.<sup>26</sup>

აღსანიშნავია გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს 1993 წლის 12 ოქტომბრის გადაწყვეტილება, რომელშიც განხილული იყო ევროპის კავშირის შესახებ ხელშეკრულების (მაასტრიხტის ხელშეკრულების) კონსტიტუციურობა. სასამართლოს თქმით, მას აქვს ძალაუფლება, იმსჯელოს არა მხოლოდ კავშირის სამართლის თავსებადობაზე გერმანიის ძირითადი კანონით აღიარებულ ადამიანის ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებთან, არამედ აგრეთვე უფლებამოსილია შეაფასოს, გასცდნენ თუ არა ევროპის კავშირის ინსტიტუტები და ეროვნული ორგანოები მათთვის მინიჭებულ კომპეტენციებს.<sup>27</sup> საკონსტიტუციო სასამართლომ კიდევ ერთხელ დაადასტურა, რომ მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს პრაქტიკიდან გამომდინარე, კავშირის სამართალს მიიჩნევდა გერმანიის ძირითადი კანონით გათვალისწინებული ადამიანის უფლებების დაცვის მოდელის სუბსტანციურად მსგავს სისტემად.<sup>28</sup>

საკონსტიტუციო სასამართლომ აგრეთვე შეაფასა ლისაბონის ხელშეკრულების კონსტიტუციურობა. მან ხელშეკრულება ძირითად კანონთან თავსებადად მიიჩნია. მისი თქმით, მიუხედავად იმისა, რომ ლისაბონის ხელშეკრულებით ფუნდამენტურად იცვლება ევროპული ინტეგრაცია როგორც არსობრივი, ასევე სტრუქტურული თვალსაზრისით, იგი არ ითვალისწინებს ევროპის კავშირის ფედერალურ სახელმწიფოდ ჩამოყალიბებას, ევროპის კავშირის მოქალაქეობით გერმანიის მოქალაქეობის ჩანაცვლებას, საერთო ევროპული შეიარაღებული ძალების შექმნას.<sup>29</sup> სასამართლოს შეფასებით, ლისაბონის ხელშეკრულებით უზრუნველყოფილია გერმანიის პარლამენტის აქტიური მონაწილეობა ევროპული ორგანოების საქმიანობაზე კონტროლის, ზედამხედველობის განხორციელების თვალსაზრისით. ნიშანდობლივია, რომ გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ ამ გადაწყვეტილებაშიც აღიარა ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატი გერმანულ სამართალთან მიმართებით, თუმცა, მისი აზრით, ევროპის კავშირის სამართლის უზუნაესობა ეროვნულ სამართალზე გამომდინარეობს გერმანული მიდგომიდან, რომელიც პირობითია და ექვემდებარება გადახედვას გერმანიის ძირითად კანონთან მიმართებით.<sup>30</sup>

26 იქვე, “F” პუნქტი.

27 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92.

28 იქვე.

29 BVerfG, 2 BvE 2/08, 348-ე-349-ე პარაგრაფები.

30 იქვე, 341-343-ე პარაგრაფები.

განსაკუთრებით საინტერესოა გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ე.წ. **Solange III-ის საქმეზე** მიღებული 2015 წლის 15 დეკემბრის გადაწყვეტილება, რომელიც ეხება ბრალდებულის დაუსწრებლად გამოტანილი სასამართლოს გადაწყვეტილების გადასინჯვის ევროპის კავშირის მექანიზმის საკონსტიტუციო კონტროლს.<sup>31</sup> ამ გადაწყვეტილებით საკონსტიტუციო სასამართლომ შემოიღო კავშირის სამართლის კონსტიტუციურობის შეფასების ახალი ინსტრუმენტი - ე.წ. კონსტიტუციური იდენტობის კონტროლის მექანიზმი, რომლის არსებობისა და გამოყენების ძირითადი სამართლებრივი მოტივაცია, გერმანიის ძირითად კანონთან ერთად, ევროპის კავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-4 მუხლის მე-2 პუნქტია. თუმცა გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ კონსტიტუციური იდენტობის კონტროლის მექანიზმის განვითარების რეალური მიზეზი არის ინსტიტუციური რეაქცია მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მიერ **Stefano Melloni-ს საქმეში in absentia** სამართალწარმოების მიმართ დადგენილ პრეცედენტზე, რომელიც ზემოთ იქნა განხილული.

კონსტიტუციური იდენტობის კონტროლის მექანიზმი გერმანული კონსტიტუციური მართლმსაჯულების პროდუქტია. მისი მიზანია შენარჩუნდეს და ხელშეუხებელი დარჩეს გერმანიის ძირითადი კანონის იდენტობა, თანდაყოლილი მანასიათებლები, არსობრივი ელემენტები და გერმანული სახელმწიფოებრიობის პრინციპები. იგი საკონსტიტუციო სასამართლოს ანიჭებს შესაძლებლობას, შეაფასოს ეროვნული თუ ზეეროვნული აქტების შესაბამისობა გერმანიის ძირითადი კანონის იმ მუხლებთან მიმართებით, რომლებიც არის კონსტიტუციური იდენტობის განმსაზღვრელი, ძირითადი კანონის ყველა სხვა ნორმის ინსპირაციული საწყისი.<sup>32</sup>

ხსენებულ საქმეში გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ განიხილა ამერიკის შეერთებული შტატების მოქალაქის კონსტიტუციური სარჩელი, რომლითაც სადავოდ იყო გამხდარი იტალიაში **in absentia** სასამართლოს გადაწყვეტილების აღსრულების მიზნით გამოცემული დაკავების ევროპული ორდერის დიუსელდორფის მიწის უზენაესი სასამართლოს მიერ შესრულების შესახებ გადაწყვეტილება. სადავო გადაწყვეტილებით შესრულებას დაექვემდებარა დაკავების ევროპული ორდერი, რომელიც გამოცემული იყო სასჯელის სახით დაკისრებული 30 წლით თავისუფლების აღკვეთის აღსასრულებლად. აპლიკანტი დამნაშავედ ცნეს კრიმინალური დაჯგუფების წევრობისათვის, რომელსაც იტალიაში გასაღების მიზნით კოკაინი შეჰქონდა.<sup>33</sup>

საკონსტიტუციო სასამართლომ ამ საქმეში დიუსელდორფის მიწის უმაღლესი სასამართლოს მიერ გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლით აღიარებული ღირსების უფლების, როგორც ძირითადი კონსტიტუციური იდენტობის, დარღვევა დაადგინა. მან გადაწყვეტილების მოტივაციისთვის გერმანიის ძირითადი კანონის გარანტირებული საქმის სამართლიანი განხილვის უფლება იმიტომ არ გამოიყენა, რომ მას არ განიხილავს კონსტიტუციური იდენტობის განმსაზღვრელ დებულებად. საკონსტიტუციო სასამართლოს სჭირდებოდა უფრო მაღალი რანგის უფლებაზე აპელირება ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატისა და ეფექტიანობის პრინციპის შეზღუდვისათვის.

31 2 BvR 2735/14.

32 ფირცხალაშვილი, ა., ეროვნული სამართლის ინტერნაციონალიზაციიდან საერთაშორისო სამართლის კონსტიტუციონალიზაციამდე. „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი“. თბ. 2018. N1, 50.

33 2 BvR 2735/14, მე-2 პარაგრაფი.

საკონსტიტუციო სასამართლოს თქმით, გერმანული და ევროპული სამართლის კოლიზიისას კავშირის სამართლის უზენაესობა გერმანულ სამართალთან მიმართებით არ არის აბსოლუტური ხასიათის და შეზღუდულია გერმანიის ძირითადი კანონის იდენტობით, რომელსაც ერთობლიობაში განამტკიცებს ძირითადი კანონის 23-ე მუხლის პირველი პუნქტი და 79-ე მუხლი.<sup>34</sup> მისი შეფასებით, ძირითადი კანონის იდენტობის კონტროლი არ არღვევს როგორც კავშირის წევრ სახელმწიფოებს, ასევე კავშირსა და წევრ სახელმწიფოებს შორის ლოიალურად თანამშრომლობის ვალდებულებას, უფრო მეტიც, ეს მექანიზმი არის გულწრფელი თანამშრომლობის პრინციპის თანდაყოლილი ელემენტი.<sup>35</sup> სასამართლოს აზრით, თავად კავშირის წევრი სახელმწიფოს გადასაწყვეტია, თუ რა ფარგლებს დაადგენს კავშირის სამართლის მოქმედებისთვის.<sup>36</sup> მას განსაკუთრებულ შემთხვევაში და მკაფიოდ განსაზღვრული პირობებით აქვს უფლება, რომ გერმანიის ტერიტორიაზე ევროპის კავშირის ინსტიტუტების ან სააგენტოების მიერ მიღებული აქტების მოქმედება შეწყვიტოს.<sup>37</sup> მისი აზრით, ასეთი მიდგომა კავშირის სამართლის უნიფიცირებულად გამოყენების სუბსტანციურ საფრთხეს არ ქმნის, რადგან იშვიათად ხდება და ისიც მხოლოდ კონსტიტუციური იდენტობის შენარჩუნებისთვის.<sup>38</sup>

გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ განაცხადა, რომ ღირსების უფლება არის გერმანიის კონსტიტუციური წესრიგის საფუძველი, საერთაშორისო ორგანიზაციებში გერმანიის ინტეგრაციის მანდატი, მისი დაცვა უფრო მნიშვნელოვანია ვიდრე ევროპული ინტეგრაციის მიღწევის მიზანი.<sup>39</sup>

34 იქვე, 41-ე პარაგრაფი.

35 იქვე, 44-ე პარაგრაფი.

36 იქვე. ეს მიდგომა ეწინააღმდეგება მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს 2018 წლის 25 ივლისის გადაწყვეტილება საქმეზე: C-220/18ML [2018]; C-399/11 Melloni v. Ministerio Fiscal, [2013]; C-404/15 and C-659/15 Aranyosi and Căldăraru, [2016].

37 2 BvR 2735/14, 45-ე პარაგრაფი.

38 იქვე, 46-ე პარაგრაფი.

39 იქვე, 49-ე პარაგრაფი.

## IV. დასკვნა

წევრ სახელმწიფოთა კონსტიტუციებზე ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატი მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს მიერ განვითარებული კონცეფციაა, რომლის მიზანი კავშირის სამართლის სრულფასოვნად მოქმედებისა და ეფექტიანად აღსრულების უზრუნველყოფაა. ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატი გულისხმობს როგორც სუპრანაციონალური, ასევე მთავრობათაშორისი თანამშრომლობის სფეროებში მიღებული აქტის წევრი სახელმწიფოების იურისდიქციაში იმპლემენტაციას იმ შემთხვევაშიც, თუ იგი ეწინააღმდეგება კონსტიტუციას. ეროვნული სასამართლო ვალდებულია, გადაწყვეტილების მიღების პროცესში არ გამოიყენოს კონსტიტუციური სტანდარტები, რომლებიც ხელყოფს ევროპული კავშირის სამართლის უზენაესობასა და ეფექტიანობას. გარდა ამისა, ეროვნულ დონეზე დაუშვებელია კავშირის სამართლებრივი აქტის კონსტიტუციურობის შემოწმება. მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს შეფასებით, ასეთი ძალაუფლება საკონსტიტუციო სასამართლოებს არ გააჩნია.

გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ცდილობს გერმანიის ძირითადი კანონის იდენტობის დაცვით კავშირის სამართლის პრიმატის კონსტიტუციურ ჩარჩოებში მოქცევას. ევროპის კავშირის სამართლის პრიმატის დოქტრინის განვითარების საწყის ეტაპზე საკონსტიტუციო სასამართლო არ დაეთანხმა მართლმსაჯულების ევროპულ სასამართლოს და განაცხადა, რომ ევროპული გაერთიანების სამართალსა და გერმანიის კონსტიტუციით აღიარებულ ძირითად უფლებას შორის კოლიზიის არსებობის შემთხვევაში მოქმედების უპირატესობა, პრიმატი უნდა ჰქონოდა გერმანიის ძირითადი კანონით აღიარებულ ძირითად უფლებას იქამდე, სანამ გაერთიანების ორგანოების მიერ არ გაუქმდებოდა კოლიზიური ნორმა. მოგვიანებით გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ მიუთითა, რომ ევროპული გაერთიანებების დონეზე, კერძოდ, მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს, ზოგადად უზრუნველყოფილია ადამიანის უფლებების ეფექტიანი დაცვა, შესაბამისად, იგი მიჩნეული უნდა იქნეს გერმანიის ძირითადი კანონით გათვალისწინებული ადამიანის უფლებების დაცვის მოდელის სუბსტანციურად მსგავს სისტემად (ეკვივალენტური დაცვის დოქტრინა). ამ ფორმით საკონსტიტუციო სასამართლომ უარი განაცხადა იურისდიქციის განხორციელებაზე. 2015 წელს საკონსტიტუციო სასამართლომ განავითარა **კავშირის სამართლის კონსტიტუციურობის შეფასების ახალი ინსტრუმენტი** - ე.წ. კონსტიტუციური იდენტობის კონტროლის მექანიზმი, რომლის მიზანია შენარჩუნდეს და ხელშეუხებელი დარჩეს გერმანიის ძირითადი კანონის იდენტობა, თანდაყოლილი მახასიათებლები, არსობრივი ელემენტები და გერმანული სახელმწიფოებრიობის პრინციპები. იგი საკონსტიტუციო სასამართლოს ანიჭებს შესაძლებლობას, ეროვნული თუ ზეეროვნული აქტების შესაბამისობა შეაფასოს გერმანიის ძირითადი კანონის იმ მუხლებთან მიმართებით, რომლებიც კონსტიტუციური იდენტობის განმსაზღვრელია.



## ბიბლიოგრაფია

### სტატია:

1. ანა ფირცხალაშვილი, ეროვნული სამართლის ინტერნაციონალიზაციიდან საერთაშორისო სამართლის კონსტიტუციონალიზაციამდე. „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი“. თბ. 2018. N1, 43-53.

### მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები:

2. C220/18 ML [2018];
3. C-404/15 and C-659/15 Aranyosi and Căldăraru [2016];
4. Opinion 2/13 pursuant to Article 218 (11) TFEU — Draft international agreement — Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms — Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties [2014];
5. C-399/11 Melloni v. Ministerio Fiscal [2013];
6. C-402/05P and C-415/05P Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation vs Council of the European Union and Commission of the European Communities [2008];
7. C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125;
8. C-6/64 Flaminio Costa v E.N.E.L. [1964] ECR 585;

### გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები:

9. 2 BvR 2735/14;
10. 2 BvR 2134/92;
11. 2 BvR 2159/92;
12. BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II;
13. BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I;
14. 2 BvE 2/08;

### იტალიის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება:

15. Frontini v. Ministero Delle Finanze, C-232/8927 [1973];

### პოლონეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება:

16. P-1/05 (Judgment), EAW, 27.04.2005;

### ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება:

17. Judgment EAW, 03.05.2006;

### სხვა დოკუმენტები:

18. Council of the European Union, Decisions of Supreme Courts and Constitutional Courts concerning the European Arrest Warrant, 14281/05.





## ია ხურციძე

სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის  
სახელობის უნივერსიტეტის სამართლის  
სკოლის ასოცირებული პროფესორი

## PROF. DR. IA KHURTSIDZE

*Doctor of Law, Associate Professor  
of Law School at Grigol Robakidze University*

მხარდაჭერის მიმღები, როგორც მშვილდაბელი  
შვილად აყვანის პროცესში

THE 'BENEFICIARY OF SUPPORT' AS ADOPTIVE PARENT IN  
ADOPTION PROCESS

## აბსტრაქტი

ქმედუნარიანობის სამართლებრივი ინსტიტუტის რეფორმა 2014-2015 წლებში განხორციელდა. 2015 წლის 1 აპრილიდან საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობით ქმედუნაროდ აღიარებული პირის სტატუსი შეიცვალა ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირის სტატუსით - ე.წ. „მხარდაჭერის მიმღებით“. საერთო სასამართლოები არ აღიარებენ ქმედუნაროდ იმ პირებს, რომელთაც გააჩნიათ მყარი ფსიქიკური დარღვევები. ჩატარებული ექსპერტიზის დასკვნის საფუძველზე სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას, თუ რა სფეროში შეუზღუდოს პირს ნების გამოვლენის ნამდვილობა, რათა არ იქნას აღიარებული სრულიად ქმედუნაროდ. განხორციელებული ცვლილებებით, ე.წ. მხარდაჭერის მიმღებ პირებს კანონმდებლობა ანიჭებს გარიგების დადების, ქორწინების, არჩევნებში მონაწილეობის, მემკვიდრეობის მიღებისა და სხვა არაქონებრივი თუ ქონებრივი ხასიათის უფლებათა განხორციელების შესაძლებლობას.

სტატიაში კვლევა მიმდინარეობს ისეთ მნიშვნელოვან/რელევანტურ საკითხზე, როგორცაა ქმედუნარიანობის სამართლებრივი ინსტიტუტის ძირეული რეფორმის შემდეგ ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე - ე.წ. მხარდაჭერის მიმღებ პირს საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობით აქვს თუ არა ბავშვის შვილად აყვანის/მშობლის უფლება-მოვალეობების ქონისა და რეალიზაციის კანონისმიერი/ნორმატიული შესაძლებლობა.

**საძიებო სიტყვები:** მხარდაჭერის მიმღები, მშვილებელი, ქმედუნარიანობა.

## ABSTRACT

Legal institution of legal capacity reform was implemented in 2014-2015. Since April 1, 2015, the status of a person recognized as incapable by the civil legislation of Georgia has been changed to the status of a person with psychosocial needs. The so-called 'beneficiary of support'. The courts no longer recognize those persons who have solid mental disorders as incapable. Based on the conclusion of the conducted expertise, the court shall make a decision in which area to restrict the authenticity of a person's will in order not to be recognized as completely incapable. With the amendments made, the legislation grants 'beneficiary of support' the opportunity to conclude deals, marry, participate in elections, receive inheritance and exercise other non-property or property rights.

In the article, research is conducted on such important, relevant issue as, after the fundamental reform of the legal institution of legal capacity, psychosocial needs. The 'beneficiary of support' has legal ability to adopt/carry out parental rights and obligations under the civil legislation of Georgia.

**Keywords:** beneficiary of support, adopter, legal capacity.

## I. შესავალი

წინამდებარე სტატიაში განხილულია ქმედუნარიანობის სამართლებრივი ინსტიტუტის რეფორმის შედეგად არსებული ერთ-ერთი მეტად საინტერესო საკითხი, რომელიც დაკავშირებულია მხარდაჭერის მიმღების, როგორც მშვილბელები პირის უფლების რეალიზაციასთან შვილად აყვანის პროცესში. 2014-2015 წლებში განხორციელებული რეფორმა, რომელიც შეეხება ქმედუნარიანობის სამართლებრივი ინსტიტუტის ძირულ მოდიფიკაციას, იურიდიული საზოგადოებისათვის უკვე კარგად ცნობილია, თუმცა რეფორმის შემდეგ არის გარკვეული საკითხები, რომლებიც პრაქტიკაში სწორად განხორციელებისათვის საჭიროებს მეცნიერულ კვლევასა და საკანონმდებლო ნორმების მიმოხილვა/ანალიზს.

სტატიის მიზანია, ქმედუნარიანობის სამართლებრივი ინსტიტუტის რეფორმის შემდეგ განხორციელდეს საკითხის კვლევა და ანალიზი, კერძოდ, შეუძლია თუ არა მოქმედი სამოქალაქო კანონმდებლობით მხარდაჭერის მიმღებ პირს იყოს მშვილბელები შვილად აყვანის პროცესში. ამ კითხვაზე ცალსახა პასუხი არ არის რეგულირებული საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით და სპეციალური კანონით „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“.

სტატია ოთხი ნაწილისაგან შედგება. მეორე ნაწილში განხილულია საკითხი, რომელიც შეეხება ქმედუნარიანობის სამართლებრივი ინსტიტუტის რეფორმამდე სასამართლოს მიერ ქმედუნაროდ ცნობილი პირის მშობლის უფლების შეზღუდვის საკითხს მისი ჯანმრთელობის მდგომარეობის გამო. სტატიის ამ ნაწილში მიმოხილულია რეფორმამდელი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ნორმები და, ასევე, კანონის - „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ - სპეციალური ნორმების რეგულირება. მესამე ნაწილში ქმედუნარიანობის რეფორმის განხორციელების შემდეგ მხარდაჭერის მიმღების, როგორც შვილად აყვანის პროცესში მშვილბელები პირის უფლების რეალიზაციის კონტექსტში გაანალიზებულია საქართველოს კანონმდებლობა, სასამართლო გადაწყვეტილებები და საერთაშორისო-სამართლებრივი აქტები. სტატიის მეოთხე ნაწილში გაანალიზებულია კონვენცია „შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების შესახებ“, საქართველოს კანონი შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების შესახებ და სხვა. ნაშრომის დასკვნით ნაწილში შეჯამებულია სტატიაში განხილული რელევანტური საკითხები და წარმოდგენილია დასკვნა.

## II. მშვიდობის სტატუსი ქმედუნარიანობის რეფორმად

შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების კონვენციის მიღებამ, რომელიც საქართველოსათვის ძალაშია 2014 წლის 12 აპრილიდან, დღის წესრიგში დააყენა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სტანდარტებთან ფიზიკური პირის შეზღუდულქმედუნარიანად აღიარების და მხარდაჭერის მიმღებად ცნობის საფუძვლების, პროცედურებისა და სამართლებრივი შედეგების შესაბამისობის საკითხი. კერძოდ, დაცულია თუ არა შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებები და მათი ასეთად აღიარების პროცედურა ხორციელდება თუ არა მართლზომიერად და კანონის მოთხოვნათა დაცვით.<sup>1</sup> ნიშანდობლივია, რომ მითითებული კონვენცია გულისხმობს მონაწილე სახელმწიფოების ვალდებულებას, უზრუნველყონ და ხელი შეუწყონ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა მიერ ადამიანის უფლებებისა და ძირითად თავისუფლებათა სრულ რეალიზებას შეზღუდული შესაძლებლობის საფუძველზე არსებული ყოველგვარი დისკრიმინაციის გარეშე.<sup>2</sup> ამ მიზნით მონაწილე ქვეყნები ვალდებულებას იღებენ, მიიღონ ყველა საჭირო საკანონმდებლო, ადმინისტრაციული და სხვა ზომები წინამდებარე კონვენციით გათვალისწინებული უფლებების უზრუნველყოფისათვის.<sup>3</sup> შესაბამისად, მნიშვნელოვანია კონვენციით განსაზღვრულ ყველა სფეროში განხორციელდეს შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა აქტიური მონაწილეობა.

2015 წელს საქართველოში განხორციელდა ქმედუნარიანობის სამართლებრივი ინსტიტუტის რეფორმა, რომელმაც ძირეულად შეცვალა ქმედუნაროდ აღიარებულ პირთა უფლებრივი მდგომარეობა და მათი სტატუსი.<sup>4</sup> თავდაპირველად რეფორმას წინ უძღოდა საქართველოს მოქალაქე მაია ასაკაშვილის 2012 წლის 13 ივლისის კონსტიტუციური სარჩელი, რომელიც წარმოადგენდა უშუალოდ სარჩელის სუბიექტის, სასამართლოს მიერ ქმედუნაროდ აღიარებული ირაკლი ქემოკლიძის, მეურვეს. მოსარჩელე კონსტიტუციური სარჩელით მოითხოვდა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსისა და საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ცალკეული დებულებების არაკონსტიტუციურად ცნობას, რომლებიც ეხებოდა ჭკუასუსტობის ან სულით ავადმყოფობის გამო ქმედუნაროდ აღიარებულ პირთა ცალკეული მომწესრიგებელი ნორმატიული აქტების არაკონსტიტუციურობას. კონსტიტუციურ სარჩელს თავად აწერდა ხელს. ხსენებული კონსტიტუციური სარჩელი არ იქნა მიღებული არსებითად განსახილველად, ვინაიდან საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ვერ იქნა დადგენილი საკონსტიტუციო სამართალწარმოებაში უფლებამოსილი სუბიექტი.<sup>5</sup>

ქმედუნარიანობის ინსტიტუტის რეფორმას საფუძვლად ჩაეყარა საქართველოს

- 1 ხურციძე ი., ფიზიკური პირის ქმედუნარიანობის შეზღუდვის ფარგლები ქონებრივ ურთიერთობებში, თბილისი, 2021. გვ. 1.
- 2 შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების კონვენციის 1-ლი მუხლი.
- 3 იქვე, მე-4 მუხლის 1-ელი ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტი.
- 4 ხურციძე ი., ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირის სტატუსი საქართველოში, აკადემიური მაცნე, 2015, გვ. 288-289.
- 5 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 13 ივლისის №2/3/514 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე მაია ასაკაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის №2/4/532, 533 გადაწყვეტილება საქმეზე „ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“. რეფორმამდე არსებობდა პირის ქმედუნაროდ აღიარების ე.წ. სამედიცინო მოდელი.

2015 წლის 1 აპრილამდე საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-12 მუხლის თანახმად, ქმედუნაროდ მიიჩნეოდა პირი, რომელიც ჭკუასუსტობის ან სულით ავადმყოფობის გამო სასამართლოს მიერ ასეთად იქნა აღიარებული. ქმედუნაროდ აღიარებული პირის უფლებებს მისი კანონიერი წარმომადგენელი - მეურვე ახორციელებდა. ამასთან, ქმედუნაროდ აღიარებული პირის განკურნების ან მნიშვნელოვნად გამოჯანმრთელების შემთხვევაში სასამართლო ასეთ პირს კვლავ აღიარებდა ქმედუნარიანად.<sup>6</sup>

ქმედუნაროდ პირთა აღიარება კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობის უფლების აბსოლუტურ ჩამორთმევას წარმოადგენდა.<sup>7</sup> ასეთ პირთა მიერ დადებული ნებისმიერი გარიგება ან მათ მიმართ გამოვლენილი ნება უცილოდ ბათილი იყო, ვინაიდან მათ სრულიად არ შეეძლოთ თავიანთი ნების გამოვლენა, გამოხატვა და ფორმირება - მარტივი შინაარსის, საყოფაცხოვრებო გარიგებების დადების საშუალებას იყვნენ მოკლებულნი. აღნიშნულ შემთხვევაში ადგილი ჰქონდა ვითარებას, როცა უფლების სუბიექტი უუნაროა, მოახდინოს სამართლებრივად შედეგუნარიანი ნების ფორმირება.<sup>8</sup> ამასთან, სამართლის ობიექტური ნების კონკრეტულ ურთიერთობაში გამოვლენა ხდებოდა მეურვის სუბიექტური ნებით. ქმედუნაროდ აღიარებული პირები სრულფასოვნად ვერ ახორციელებდნენ სამართლის სუბიექტისადმი მინიჭებულ უფლებებსა და მოვალეობებს.<sup>9</sup>

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო, ერთი მხრივ, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის და, მეორე მხრივ, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის რიგი ნორმებისა, ასევე, ცალკეული ნორმატიული აქტების დებულებები.<sup>10</sup> შესაბამისად, საჭირო გახდა ცვლილებების განხორციელება სხვადასხვა ნორმატიულ აქტში. საკანონმდებლო ცვლილებების საფუძველზე 2015 წლის 1 აპრილიდან ქმედუნაროდ აღიარებული პირის სტატუსი შეიცვალა ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირის სტატუსით - ე.წ. „მხარდაჭერის მიმღებით“, ხოლო, მეურვის ნაცვლად ასეთ პირებს სამართლებრივ მეთვალყურეობას - „მხარდაჭერას“ - უწევს ე.წ. „მხარდამჭერი“. მამასადამე, საერთო სასამართლოების მიერ აღარ ხორციელდება იმ პირთა ქმედუნაროდ აღიარება, რომელთაც გააჩნიათ მყარი ფსიქიკური დარღვევები. შესაბამისი ექსპერტიზის დასკვნის საფუძველზე სასამართლო წყვეტს, თუ რა სფეროში შეუზღუდოს პირს ქმედუნარიანობა და არ იქნეს აღიარებული სრულიად ქმედუნაროდ, რაც სამოქალაქო ურთიერთობებში

6 ხურციძე ი., ფიზიკური პირის ქმედუნარიანობის შეზღუდვის ფარგლები ქონებრივ ურთიერთობებში, თბილისი, 2021. გვ. 2.

7 ჭანტურია ლ., (რედ.) სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბილისი, 2017, გვ. 69.

8 ზოიძე ბ., ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირის სამართალსუბიექტობა, თსუ სამართლის მიმოხილვა, N1, 2016, გვ. 31-42.

9 ხურციძე ი., ფიზიკური პირის ქმედუნარიანობის შეზღუდვის ფარგლები ქონებრივ ურთიერთობებში, თბილისი, 2021. გვ. 2.

10 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის №2/4/532, 533 გადაწყვეტილება საქმეზე „ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.



მონაწილეობის უფლების აბსოლუტურ შეუძლებლობას გულისხმობს.<sup>11</sup>

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში არსებული ცვლილებებით ე.წ. მხარდაჭერის მიმღებ პირებს კანონმდებლობა აძლევს გარიგების დადების, ქორწინების (მხოლოდ ქორწინებამდე საქორწინო კონტრაქტის წერილობით გაფორმების შემთხვევაში), არჩევნებში მონაწილეობის, მემკვიდრეობის მიღებისა და სხვა არაქონებრივი თუ ქონებრივი ხასიათის უფლებათა განხორციელების შესაძლებლობას. ამგვარად, რეფორმის ფარგლებში საქართველოში დამკვიდრდა პირის ქმედუნარიანობის შეზღუდვის სოციალური მოდელი.<sup>12</sup>

ქმედუნარიანობის რეფორმამდე სასამართლოს მიერ ქმედუნაროდ აღიარებულ პირებს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით პირდაპირ ეკრძალებოდათ ქორწინება და მშობლის უფლება-მოვალეობების ქონა. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1120-ე მუხლის 1-ელი ნაწილის „ე“ ქვეპუნქტის თანახმად, ქორწინება არ დაიშვებოდა იმ პირებს შორის, რომელთაგან თუნდაც ერთი სულით ავადმყოფობის ან ჭკუასუსტობის გამო სასამართლოს მიერ ცნობილი იყო ქმედუნაროდ.<sup>13</sup> პირისათვის ქმედუნაროს სტატუსის მინიჭება იყო ისეთი პროცესების დაწყების საფუძველი, როგორებიცაა - მინდობით აღზრდა ან/და გაშვილება. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სასამართლოს მიერ ჭკუასუსტობის ან სულით ავადმყოფობის გამო ასეთად აღიარებული პირები ვერ გახდებოდნენ მშობლები. ზემოაღნიშნული წესი ეხებოდა არა მხოლოდ სასამართლოს მიერ ამ სტატუსის მიღების შემდეგ მშობლად გახდომის საკითხს, არამედ, თუ ასეთ პირს ჰყავდა უკვე არსებული ბიოლოგიური ან/და ნაშვილები შვილები, ვრცელდებოდა მათზეც. მშობლის ჭკუასუსტობის ან სულით ავადმყოფობის გამო სასამართლოს მიერ ქმედუნაროდ აღიარების შემთხვევაში, ასეთი პირის შვილს/შვილებს აშვილებდნენ ან მინდობით აღზრდა უწყებდებოდათ.<sup>14</sup> ბავშვი შვილად აყვანას ექვემდებარება, თუ მისი მშობელი (მშობლები) სასამართლომ ცნო ქმედუნაროდ, აღიარა უგზო-უკვლოდ დაკარგულად ან გამოაცხადა გარდაცვლილად.<sup>15</sup> ამასთან, ბავშვისთვის მეურვეობისა და მზრუნველობის დაწესება შეიძლება იმ შემთხვევაში, როდესაც მშობელი ქმედუნაროდ ან უგზო-უკვლოდ დაკარგულად არის აღიარებული.<sup>16</sup>

ქმედუნარიანობის რეფორმამდე საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ძველი რედაქციით რეგულირებული იყო მშვილებელი პირის კანონისმიერი მოთხოვნები. კერძოდ, მშვილებელი შეიძლებოდა ყოფილიყო ნებისმიერი სრულწლოვანი ქმედუნარიანი პირი, გარდა იმ პირისა, რომელსაც ჩამორთმეული ან შეზღუდული ჰქონდა მშობლის უფლება-მოვალეობები მშობლის უფლებების განუხორციელებლობისა და მოვალეობების შეუსრულებლობის ან არაჯეროვნად განხორციელების/ შესრულების გამო. ასევე, მშვილებელი არ შეიძლებოდა ყოფილიყო პირი, რომელსაც ავადმყოფობის ან მორალური თვისებების გამო არ შეეძლო

11 ხურციძე ი., ქმედუნარიანობის შეზღუდვის კონსტიტუციური ფარგლები, ჟურნალი აკადემიური მაცნე, სპეციალური გამოცემა, 2017, თბილისი, გვ. 81.

12 იქვე.

13 2013 წლის 24 დეკემბრის რედაქცია.

14 EMC, ქმედუნარიანობის სისტემის რეფორმისა და მისი იმპლემენტაციის პროცესის შეფასება, კანონმდებლობისა და პრაქტიკის ანალიზი, 2016, გვ. 28-29.

15 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1254-ე მუხლი, 2013 წლის 24 დეკემბრის რედაქცია.

16 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1279-ე მუხლი, 2013 წლის 24 დეკემბრის რედაქცია.

განხორციელებინა მშობლის უფლებები.<sup>17</sup> ამასთან, საქართველოს კანონი „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“, რომელიც ამჟამად ძალადაკარგულია,<sup>18</sup> ადგენდა მშვილდებელი პირის ნორმატიულ მოთხოვნებს - მშვილდებელი შეიძლება იყოს ნებისმიერი სრულწლოვანი ქმედუნარიანი პირი, გარდა იმ პირისა, რომელსაც ჯანმრთელობის მდგომარეობის გამო (დამტკიცებულია დაავადებათა სიის მიხედვით) არ შეუძლია მშობლის მოვალეობათა ჯეროვნად შესრულება.<sup>19</sup> კანონი გარდამავალ და დასკვნით დებულებაში განსაზღვრავდა, რომ დედობილი/მამობილი არ შეიძლება ყოფილიყო ის პირი, რომელიც 2015 წლის 1 აპრილამდე სასამართლომ ქმედუნაროდ ცნო, სანამ მისი ინდივიდუალური შეფასება არ მოხდებოდა.<sup>20</sup>

ყოველივე ზემოთქმულიდან გამომდინარე, ცალსახად უნდა აღინიშნოს, რომ ქუასუსტობის ან სულით ავადმყოფობის მიზეზით სასამართლოს მიერ ქმედუნაროდ აღიარებულ პირს არ ჰქონდა და ერთმეოდა ასეთი სტატუსის გამო ქორწინების, მშობლის უფლება-მოვალეობების განხორციელებისა და ბავშვის შვილების/შვილად აყვანის კანონისმიერი/ნორმატიული შესაძლებლობა. რაც, ბუნებრივია, კიდევ ერთხელ უსვამდა ხაზს მის უფლებრივ უუნარობას სამოქალაქო სამართლებრივ ურთიერთობებში.<sup>21</sup>

17 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1245-ე მუხლი, 2013 წლის 24 დეკემბრის რედაქცია.

18 ძალადაკარგულია 2017 წლის 04 მაისიდან.

19 „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლი, (ძალადაკარგულია 04.05.2017, #746).

20 იქვე, 37<sup>1</sup> მუხლი (ძალადაკარგულია 04.05.2017, #746).

21 შენგელია რ., შენგელია ე., საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი (თეორია და პრაქტიკა), მეორე გამოცემა, თბილისი, მერიდიანი, 2017, გვ. 219-220.

### III. მშვილელის სტატუსი ქმედუნარიანობის რეფორმის შემდეგ

ქმედუნარიანობის ძირეული რეფორმის შემდეგ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსსა და სხვა ნორმატიული აქტების დებულებებში შეიცვალა მიდგომები, მოიხსნა და გაუქმდა ასეთ პირთა სტატუსიდან გამომდინარე სამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობის, უფლებათა რეალიზაციის შემზღუდველი ნორმები. ზემოაღნიშნული მოთხოვნა, ასევე, განაპირობა შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების კონვენციის რატიფიცირებამაც. კონვენციით დაცულ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირებს არ უზღუდებათ მშობლის უფლება-მოვალეობების განხორციელება, უფრო მეტიც, კონვენციის ყველა ხელმომწერი სახელმწიფო ვალდებულია, ხელი შეუწყოს ასეთ პირებს პირადი და ოჯახური ცხოვრების სრულფასოვან რეალიზაციაში. მონაწილე სახელმწიფოები იღებენ ეფექტურ და შესაბამის ზომებს შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა მიმართ დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად, ქორწინებასთან, ოჯახთან, მშობლის ფუნქციებსა და პირად ურთიერთობებთან დაკავშირებულ ყველა საკითხთან მიმართებით, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს ქორწინების ასაკში მყოფი შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ყველა პირის უფლება ქორწინებასა და ოჯახის შექმნაზე, მეუღლეთა თავისუფალი არჩევანისა და გაცნობიერებული თანხმობის საფუძველზე; დაცულია შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლება, მიიღონ თავისუფალი და საპასუხისმგებლო გადაწყვეტილება შვილების რაოდენობასა და მათ დაბადებას შორის ინტერვალზე, ასევე მათი ასაკისათვის შესაფერისი ინფორმაცია და განათლება რეპროდუქციულ, ოჯახის დაგეგმვის საკითხებზე; მონაწილე სახელმწიფოები შესაბამის დახმარებას უწევენ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირებს ამ უფლებათა რეალიზებაში; მხარდაჭერილია შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირების, მათ შორის ბავშვების ფერტილობის შენარჩუნების უფლება, სხვებთან თანასწორობის საფუძველზე. მონაწილე სახელმწიფოები უზრუნველყოფენ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლება-მოვალეობებს მეურვეობის, მზრუნველობის, შვილად აყვანისა და სხვა მსგავს ინსტიტუტებთან მიმართებით იმ შემთხვევაში, თუ წარმოდგენილი ცნებები გათვალისწინებულია ადგილობრივი კანონმდებლობით. ნებისმიერ შემთხვევაში უპირატესობა ენიჭება ბავშვის ინტერესებს. მონაწილე სახელმწიფოები შესაბამის დახმარებას უწევენ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირებს ბავშვების აღზრდასა და მშობლის როლის შესრულებაში. მონაწილე სახელმწიფოები უზრუნველყოფენ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ბავშვების ოჯახში ცხოვრების უფლებას სხვებთან თანასწორობის საფუძველზე. ამ უფლების რეალიზების, ასევე შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ბავშვების დამალვის, მიტოვების, უარყოფის ან სეგრეგაციის თავიდან აცილებისათვის მონაწილე სახელმწიფოები შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ბავშვებსა და მათ ოჯახებს წინასწარ უზრუნველყოფენ ამომწურავი ინფორმაციით, მომსახურებითა და დახმარებით. მონაწილე სახელმწიფოები უზრუნველყოფენ, რომ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ბავშვები არ იქნენ დამორებული მშობლებისაგან მათი სურვილის წინააღმდეგ, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც სასამართლოს დაქვემდებარებული კომპეტენტური ორგანოები, შესაბამისი კანონებისა და პროცედურების საფუძველზე, მიიღებენ გადაწყვეტილებას

ბავშვის უპირატესი ინტერესებიდან გამომდინარე. ბავშვები არანაირი პირობით არ შეიძლება დაშორებულ იქნენ მშობლებისაგან თავად მათი, ერთ-ერთი ან ორივე მშობლის შეზღუდული შესაძლებლობის გამო. იმ შემთხვევაში, როდესაც ოჯახი ვერ ახერხებს შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ბავშვზე მზრუნველობას, მონაწილე სახელმწიფოები იღებენ ვალდებულებას, მიიღონ ყველა ზომა ალტერნატიული ზრუნვის ორგანიზებისათვის, შედარებით შორეული სანათესაოს ჩართვით, ხოლო ასეთი შესაძლებლობის არარსებობის შემთხვევაში კი, ოჯახურ გარემოსთან მიახლოებული გარემოს შექმნით.<sup>22</sup>

ზემოაღნიშნული მიდგომა ასევე ინტეგრირებულია საქართველოს კანონში „შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების შესახებ“. „სახელმწიფო ზრუნავს პირადი და ოჯახური ცხოვრების ყველა საკითხთან დაკავშირებით შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა მიმართ დისკრიმინაციის აღმოფხვრისათვის, რაც, სხვა შესაძლებლობებთან ერთად, გულისხმობს: ქორწინების ასაკში მყოფ შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა ქორწინებისა და ოჯახის შექმნის უფლების რეალიზებას, მეუღლეთა თავისუფალი არჩევანისა და გაცნობიერებული თანხმობის საფუძველზე; შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლების რეალიზებას, მიიღონ თავისუფალი და საპასუხისმგებლო გადაწყვეტილება შვილების რაოდენობასა და მათ დაბადებას შორის ინტერვალთან დაკავშირებით, ასევე მიიღონ მათი ასაკისათვის შესაბამისი ინფორმაცია და განათლება რეპროდუქციული ჯანმრთელობისა და ოჯახის დაგეგმვის თაობაზე“.<sup>23</sup>

საქართველოს კონსტიტუციით დაცულია პირადი და ოჯახური ცხოვრების უფლება. „ადამიანის პირადი და ოჯახური ცხოვრება ხელშეუხებელია. ამ უფლების შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ კანონის შესაბამისად, დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფის ან სხვათა უფლებების დაცვის მიზნით“.<sup>24</sup> ცხადია, ქმედუნარიანობის რეფორმამდე სასამართლოს მიერ პირის ქუასუსტობის ან სულით ავადმყოფობის გამო სასამართლოს მიერ ასეთად აღიარების შემთხვევაში არ იყო დაცული კონსტიტუციურ-სამართლებრივი დანაწესი და იზღუდებოდა ამ პირთა პირადი და ოჯახური ცხოვრების უფლება. ქმედუნაროდ აღიარებულ პირებს ეკრძალებოდათ ქორწინება და მშობლის უფლება-მოვალეობების განხორციელება/შესრულება, ასევე, ბავშვის შვილად აყვანა. რეფორმის შემდეგ ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირი - მხარდაჭერის მიმღები - ქმედუნარიანად მიიჩნევა, შესაბამისად, სამართლებრივ ურთიერთობებში როგორც დამოუკიდებელი სამართალსუბიექტი ისე მონაწილეობს - საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობა აღარ ადგენს ამ პირთათვის უფლებათა შეზღუდვის სამართლებრივ საფუძველებს.<sup>25</sup> ამასთან, „საქართველოს ყველა მოქალაქეს უფლება აქვს დამოუკიდებლად განსაზღვროს შვილების რაოდენობა და მათი დაბადების დრო. სახელმწიფო უზრუნველყოფს ადამიანის უფლებებს რეპროდუქციის სფეროში საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით“.<sup>26</sup>

22 შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების კონვენციის 23-ე მუხლი.

23 „შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-13 მუხლი.

24 საქართველოს კონსტიტუციის მე-15 მუხლის 1-ელი პუნქტი.

25 ავტორთა კოლექტივი, ჭანტურია, ლ., (რედ) სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი VII, საოჯახო სამართალი, თბილისი, 2021 გვ. 463-468.

26 „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის 136-ე მუხლი.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი აწესრიგებს მშვილებლისადმი ნორმატიულ მოთხოვნებს. „მშვილებელი შეიძლება იყოს პირი, რომელიც აკმაყოფილებს „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ საქართველოს კანონით დადგენილ მოთხოვნებს და აღრიცხულია გასაშვილებელ ბავშვთა და მშვილებელთა რეესტრში“.<sup>27</sup> სამოქალაქო კოდექსის ქმედუნარიანობის რეფორმამდე არსებული ძველი რედაქცია პირდაპირ განსაზღვრავდა, რომ მშვილებელი უნდა ყოფილიყო აუცილებლად სრულწლოვანი ქმედუნარიანი პირი. დღესდღეობით სამოქალაქო კოდექსის მოქმედი რედაქცია მშვილებლის დეტალური, კანონისმიერი მოთხოვნების განსაზღვრისა და დადგენისათვის უთითებს სპეციალურ კანონზე „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“.

ზემოაღნიშნული კანონი კი უკვე დეტალურად არეგულირებს მშვილებელი პირის მიმართ ნორმატიულ მოთხოვნებსა და აკრძალვებს. „1. მშვილებელი შეიძლება იყოს საქართველოში მუდმივად მცხოვრები, სრულწლოვანი პირი, რომელიც აკმაყოფილებს მშვილებლისთვის დადგენილ მოთხოვნებს, გარდა იმ პირისა: ა) რომელსაც ჩამოერთვა მშობლის უფლება ან ადრე ჰყავდა შვილად აყვანილი ბავშვი, იყო არასრულწლოვანი პირის მეურვე/მზრუნველი ან მინდობით აღსაზრდელად გადაცემული ჰყავდა მინდობით აღსაზრდელი, მაგრამ ეს ურთიერთობა გაუქმდა მის მიერ მოვალეობათა არაჯეროვნად შესრულების გამო; ბ) რომელსაც საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით შეუზღუდა მშობლის უფლება-მოვალეობები მშობლის უფლებების განუხორციელებლობისა და მოვალეობების შეუსრულებლობის ან არაჯეროვნად შესრულების გამო; გ) რომელიც ჯანმრთელობის მდგომარეობის (მინისტრის მიერ დამტკიცებული დაავადებათა ნუსხის მიხედვით) გამო მშობლის მოვალეობებს ჯეროვნად ვერ ასრულებს; დ) რომლის ოჯახის სოციალური მდგომარეობა არ აღემატება მინდობით აღზრდის მიზნით გადაცემისათვის სახელმწიფოს მიერ დადგენილ სტანდარტებს, გარდა ამ კანონით შვილად აყვანის უპირატესი უფლების მქონე პირისა; ე) რომელსაც სასამართლომ მსჯავრი დასდო მძიმე ან განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულისთვის, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის XXIV თავით გათვალისწინებული დანაშაულისთვის და ნასამართლობა არ აქვს მოხსნილი ან გაქარწყლებული საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით, გარდა ამ პუნქტის „ვ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მუხლებით გათვალისწინებული დანაშაულისა, როდესაც პირი არ შეიძლება იყოს მშვილებელი, მიუხედავად იმისა, მოხსნილი ან გაქარწყლებული აქვს თუ არა ნასამართლობა; ვ) რომელიც ნასამართლევი საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 109-ე და 112-ე მუხლებით, 126-ე მუხლის 11 ნაწილითა და მე-2 ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტით, 1261 მუხლის მე-2 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით, 137-ე, 138-ე, 139-ე, 140-ე, 141-ე, 142<sup>2</sup>, 143<sup>1</sup>, 143<sup>2</sup>, 144<sup>1</sup>, 144<sup>2</sup>, 144<sup>3</sup>, 171-ე, 172-ე, 172<sup>1</sup>, 253-ე, 255<sup>1</sup> და 255<sup>2</sup> მუხლებით გათვალისწინებული დანაშაულისთვის, მიუხედავად იმისა, მოხსნილი ან გაქარწყლებული აქვს თუ არა ნასამართლობა“.<sup>28</sup> მოქმედ კანონში „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ მე-17 მუხლის პირველი ნაწილიდან ამოღებულია ტერმინი - „ქმედუნარიანი“, ამასთან, ზემოაღნიშნული მუხლი აკრძალვის ნაწილში პირდაპირ არ აღგენს ქმედუნარიანობის შეზღუდვას სასამართლოს მიერ განსაზღვრულ სფეროში მშვილებელი

27 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1245-ე მუხლი.

28 „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლის 1-ელი ნაწილი.



პირისათვის შვილად აყვანის დამაბრკოლებელ გარემოებად. როგორც მიზნობრივი/ტელეოლოგიური, ასევე, სისტემური განმარტების საფუძველზე შეგვიძლია სპეციალური კანონის რეგულირებიდან გამოვიტანოთ დასკვნა, რომ მოქმედი კანონით „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ თეორიულად შესაძლებელია მხარდაჭერის მიმღები პირი იყოს მშვილებელი და მიიღოს სრულფასოვანი მონაწილეობა შვილად აყვანის პროცესში. ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ არც სხვა რომელიმე ნორმატიული აქტი ადგენს მხარდაჭერის მიმღების, როგორც მშვილებელი პირის მიერ ამ სტატუსის გამო ბავშვის შვილად აყვანის აკრძალვას. ამასთან, მნიშვნელოვანია ითქვას, რომ საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ყველაზე დიდი მონათესავე ქვეყნის - გერმანიის - კანონმდებლობა ითვალისწინებს ფიზიკური პირების ქმედუნარიანობის შეზღუდვის რამდენიმე ფორმას. კერძოდ, მეურვეობას, იურიდიულ მზრუნველობასა და სპეციალურ მზრუნველობას.<sup>29</sup>

გერმანიის სამოქალაქო კანონმდებლობა ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე - ე.წ. მხარდაჭერის მიმღები პირის სტატუსის ანალოგიურ მოწესრიგებას ითვალისწინებს ქმედუნარიანობის შეზღუდვის საფუძვლის - იურიდიული მზრუნველობის სახით, რომელიც თავისი შინაარსით ყველაზე მეტად ჰგავს მხარდაჭერის სამართლებრივ ინსტიტუტს, შუად. „იურიდიული მზრუნველობა“ – „rechtliche Betreuung“.<sup>30</sup> აღსანიშნავია, რომ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსითაც არ არის აკრძალული იურიდიული მზრუნველობის ქვეშ მყოფის, როგორც მშვილებელი პირის უფლება-მოვალეობების განხორციელება.<sup>31</sup> რაც შეეხება მინდობით აღზრდას, „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ საქართველოს კანონის 71-ე მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი გამორიცხავს შესაძლებლობას, რომ მხარდაჭერის მიმღებად ცნობილი პირი იყოს მინდობით აღმზრდელი. „მინდობით აღმზრდელი შეიძლება იყოს საქართველოში მუდმივად მცხოვრები სრულწლოვანი პირი, გარდა: ა) იმ პირისა, რომელიც სასამართლომ შეზღუდულქმედუნარიანად აღიარა ან მხარდაჭერის მიმღებად ცნო.

მართალია, ზემოაღნიშნული ნორმების ურთიერთგანხილვის საფუძველზე გამოტანილი იქნა დასკვნა, რომ თეორიულად შესაძლებელია მხარდაჭერის მიმღების სტატუსის მქონე პირი იყოს მშვილებელი, თუმცა, ვფიქრობთ, რომ მსგავსი პრეცედენტის პრაქტიკაში განხორციელებისათვის, ასეთი სტატუსის მქონე პირთა ამ უფლების რეალიზაციისათვის მთავარი განმსაზღვრელია, როგორც მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანოს, ასევე, სასამართლოს გადაწყვეტილებით/გადაწყვეტილებებით შესაბამისი პრაქტიკის დადგენა. ვფიქრობთ, რომ როგორც მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანომ, ასევე სასამართლომ დეტალურად უნდა შეისწავლონ კონკრეტული ქეისი/კაზუსი და პირველ რიგში, ბავშვის საუკეთესო ინტერესების ფარგლებში მიიღონ შვილად აყვანის დადებითი გადაწყვეტილება, სადაც მშვილებელი მხარდაჭერის მიმღებად ცნობილი პირია.<sup>32</sup> ასეთ შემთხვევაში აუცილებლად უნდა განხორციელდეს გადაწყვეტილების მიღებისას სასამართლოს მიერ მსჯელობა, მხარდაჭერის მიმღებად ცნობის შემდეგ ბავშვის შვილად აყვანის მსურველ პირს რა სფეროში ეზღუდება ქმედუნარიანობა და რამდენად მძიმეა მისი დაავადების

29 *Lehmann M.*, Der Begriff der Rechtsfähigkeit, Archiv fuer die civilistische Praxis, 04/01, 2007, S. 234-235.

30 *Bieg G.*, Vorsorgevollmacht und Betreuung, Peer Reviewed Journal, 2013, S. 10-11.

31 გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 1745-ე მუხლი.

32 ბავშვის უფლებების შესახებ კონვენციის 21-ე მუხლი.



ხარისხი იმისათვის, რომ მან დაუბრკოლებლად შეასრულოს/განახორციელოს მშვილდების/ მშობლის უფლება - მოვალეობები.

ქმედუნარიანობის რეფორმის შედეგად მოიხსნა სრული აკრძალვა და „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ კანონით მხარდაჭერის მიმღები პირის სტატუსის ქონა პირდაპირ არ აწესებს შვილად აყვანისთვის ამ დამაბრკოლებელ გარემოებას, თუმცა განსხვავებულ მიდგომას აწესებს მხარდაჭერის მიმღები პირისათვის მამობის დადგენის რეგისტრაციისა და ბავშვის მამად მხარდაჭერის მიმღების მამობის დადგენასთან დაკავშირებით.<sup>33</sup> კერძოდ, „სამოქალაქო აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონის 35-ე მუხლის 1-ელი პუნქტის თანახმად, „სრულწლოვნის მიმართ მამობის დადგენის რეგისტრაცია, აგრეთვე მისი გვარის შეცვლა დასაშვებია მხოლოდ ამ პირის თანხმობით, ხოლო თუ ეს პირი სასამართლოს მიერ ცნობილია მხარდაჭერის მიმღებად – სასამართლოს გადაწყვეტილების საფუძველზე“.<sup>34</sup> ამასთან, „სამოქალაქო აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონი განსაზღვრავს მხარდაჭერის მიმღების მამობის დადგენის განსხვავებულ წესს, კერძოდ, „თუ ბავშვის მამა ცნობილია მხარდაჭერის მიმღებად, მამობის დადგენის რეგისტრაცია დასაშვებია მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტილების საფუძველზე“.<sup>35</sup>

33 EMC, ქმედუნარიანობის სისტემის რეფორმისა და მისი იმპლემენტაციის პროცესის შეფასება, კანონმდებლობისა და პრაქტიკის ანალიზი, 2016, გვ. 28-29.

34 „სამოქალაქო აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონის 35-ე მუხლის 1-ელი პუნქტი.

35 იქვე, 36-ე მუხლი.

## IV. დასკვნა

მხრივ, ქმედუნარიანობის სამართლებრივი ინსტიტუტის რეფორმამდე ქმედუნაროს სტატუსის მქონე პირის ნულოვანი შესაძლებლობა - გამხდარიყო მშვილვებელი და განხორციელებინა მშობლის/მშვილვებლის უფლება-მოვალეობები და, მეორე მხრივ, ქმედუნარიანობის რეფორმის შემდეგ ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე - ე.წ. მხარდაჭერის მიმღები პირის სამართალსუბიექტობის გაფართოება მშვილვებლად/მშობლად ყოფნის პერსპექტივა. ნაშრომში განისაზღვრა, რომ ამ საკითხის მომწესრიგებელი სპეციალური ნორმატიული აქტების (საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ საქართველოს კანონი) მიმოხილვის შედეგად, როგორც მიზნობრივი/ტელეოლოგიური, ასევე სისტემური განმარტების საფუძველზე შეგვიძლია სპეციალური კანონის რეგულირებიდან დავასკვნათ, რომ მოქმედი კანონით „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ თეორიულად შესაძლებელია მხარდაჭერის მიმღები პირი იყოს მშვილვებელი და მიიღოს სრულფასოვანი მონაწილეობა შვილად აყვანის პროცესში.

ზემოაღნიშნული სპეციალური კანონის გარდა სხვა არცერთი ნორმატიული აქტი არ ადგენს მხარდაჭერის მიმღების, როგორც მშვილვებელი პირის მიერ ამ სტატუსის გამო ბავშვის შვილად აყვანის აკრძალვას. მართალია, ზემოაღნიშნული ნორმების ურთიერთგანხილვის საფუძველზე გამოტანილი იქნა დასკვნა, რომ თეორიულად შესაძლებელია მხარდაჭერის მიმღების სტატუსის მქონე პირი იყოს მშვილვებელი, თუმცა, ვფიქრობთ, რომ მსგავსი პრეცედენტის პრაქტიკის დადგენისათვის ასეთი სტატუსის მქონე პირთა ამ უფლების რეალიზაციისათვის მთავარი განმსაზღვრელია როგორც მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანოს, ასევე სასამართლოს გადაწყვეტილებით/გადაწყვეტილებებით შესაბამისი პრაქტიკის დანერგვა. როგორც მეურვეობისა და მზრუნველობის ორგანომ, ასევე სასამართლომ დეტალურად უნდა შეისწავლოს კონკრეტული საქმე და შვილად აყვანის გადაწყვეტილება მიიღოს, პირველ რიგში, ბავშვის საუკეთესო ინტერესის საფუძველზე, რა დროსაც აუცილებლად განხორციელდება საქმის არსის სიღრმისეული შესწავლა და განსაზღვრა, სასამართლოს მიერ მხარდაჭერის მიმღებ პირად ცნობის შემდეგ მშვილვებელ/ბავშვის შვილად აყვანის მსურველ პირს, თუ რა სფეროში უზღუდება ქმედუნარიანობა და რამდენად მძიმეა მისი დაავადების ხარისხი იმისათვის, რომ მან დაუბრკოლებლად შეასრულოს/განახორციელოს მშვილვებლის/მშობლის უფლება-მოვალეობები.

## ბიბლიოგრაფია

### ქართულენოვანი ლიტერატურა:

1. ავტორთა კოლექტივი, **ჭანტურია, ლ.**, (რედ) სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი VII, საოჯახო სამართალი, თბილისი, 2021;
2. **ზოიძე ბ.**, ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირის სამართალსუბიექტობა, თსუ სამართლის მიმოხილვა, N1, 2016, გვ. 31-42;
3. **ხურციძე ი.**, ფიზიკური პირის ქმედუნარიანობის შეზღუდვის ფარგლები ქონებრივ ურთიერთობებში, თბილისი, 2021;
4. **ხურციძე ი.**, ქმედუნარიანობის შეზღუდვის კონსტიტუციური ფარგლები, ჟურნალი აკადემიური მაცნე, სპეციალური გამოცემა, 2017, თბილისი, გვ. 79-86;
5. **ხურციძე ი.**, ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირის სტატუსი საქართველოში, აკადემიური მაცნე, 2015, გვ. 287-296;
6. შენგელია რ., შენგელია ე., საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი (თეორია და პრაქტიკა), მეორე გამოცემა, თბილისი, მერიდიანი, 2017;
7. **ჭანტურია ლ.**, (რედ.) სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბილისი, 2017;

### უცხოენოვანი ლიტერატურა:

8. **Lehmann M.**, Der Begriff der Rechtsfähigkeit, Archiv fuer die civilistische Praxis, 04/01, 2007;
9. **Bieg G.**, Vorsorgevollmacht und Betreuung, Peer Reviewed Journal, 2013;

### ნორმატიული მასალა (2022 წლის 23 სექტემბრის მდგომარეობით):

10. საქართველოს კონსტიტუცია;
11. შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების კონვენცია;
12. ბავშვის უფლებების შესახებ კონვენცია;
13. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი;
14. „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ საქართველოს კანონი;
15. „შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების შესახებ“ საქართველოს კანონი;
16. „სამოქალაქო აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონი;

17. „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი;
18. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი;

**ძალადაკარგული აქტი:**

19. „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ საქართველოს კანონი (ძალადაკარგულია 04.05.2017, #746);

**სხვა აქტი:**

20. EMC, ქმედუნარიანობის სისტემის რეფორმისა და მისი იმპლემენტაციის პროცესის შეფასება, კანონმდებლობისა და პრაქტიკის ანალიზი, 2016;

**საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები:**

21. საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის №2/4/532, 533 გადაწყვეტილება საქმეზე „ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“;
22. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 13 ივლისის №2/3/514, გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე მათა ასაკაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.



## პაატა ჯავახიშვილი

სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასისტენტი, სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

### PROF. DR. PAATA JAVAKHISHVILI

*Doctor of Law, Assistant at Tbilisi State University, Associate Professor at Sul Khan Saba University*



## ზურაბ ჯიბღაშვილი

სამართლის დოქტორი, კავკასიის უნივერსიტეტისა და შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

### PROF. DR. ZURAB DJIBGASHVILI

*Doctor of Law, Associate Professor at Caucasus University, Associate Professor International Black Sea University*

ხელისუფლების დანაწილების პრინციპისა და საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების ურთიერთმიმართების საკითხი

ABOUT THE QUESTION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND THE FORMATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

## აბსტრაქტი

საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების და მისი შედეგების პირდაპირი შემხებლობა პოლიტიკურ პროცესებზე სასამართლოს ფორმირების წესის განსაკუთრებულ მგრძობელობას განაპირობებს. საკონსტიტუციო სასამართლო, როგორც ერთგვარი სამართლებრივი „არბიტრი“ ხელისუფლების პოლიტიკურ განშტოებებს შორის, სწორედ მისი ამ ბუნებიდან გამომდინარე, არ უნდა იყოს პოლიტიკის ნაწილი და მისგან სრულად უნდა იყოს განყენებული. ამის მიზანი სასამართლოს გადაწყვეტილებათა პოლიტიკური ნების ზეგავლენისაგან დაცვაა. ეს კონტექსტი საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლის დამოუკიდებლობას კონსტიტუციური გააზრების განსაკუთრებული დაცვის საგნად ხდის.

იმავედროულად, საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების გავრცელებული სხვადასხვა წესის ფარგლებში, შედეგი ყოველთვის ერთი - საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების წესი იყოს ხელისუფლების დანაწილების განვითარება-დაცვის შედეგი - არ არის; ის ხშირად სწორედ პოლიტიკური მოტივაციით ერთი კონსტიტუციური ინსტიტუტის გავლენის ქვეშ ექცევა. ეს პირდაპირ აისახება სასამართლოს საქმიანობაზე - მის სახელმწიფო პოლიტიკასთან ჰარმონიზაციაზე. ეს კი სამართლებრივი სახელმწიფოს კონცეფციასთან არაჰარმონიზაციას იწვევს და შედეგად ეწირება უფლებათა დაცვაზე ორიენტირებული კონსტიტუციური მართლწესრიგი.

**საძიებო სიტყვები:** კონსტიტუცია, კონსტიტუციონალიზმი, სამართალი და პოლიტიკა, საკონსტიტუციო კონტროლი, ხელისუფლების დანაწილება, საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირება.



## ABSTRACT

Constitutional justice and its results are directly interconnected with political processes, which makes the procedure for forming a court particularly sensitive. The Constitutional Court is a special legal “arbiter” between the various political branches of power. And proceeding from this, the constitutional court should not only not be a part of politics, but should be completely outside of politics. The purpose of this is to protect the decisions of the constitutional court from the influence of political will. This context provides a special constitutional protection for the independence of decisions of a judge of a constitutional court.

On the other hand, in the context of the existence of various ways of forming a constitutional court, it is not always possible to achieve a single goal: the legitimate formation of a constitutional court should ensure the development and protection of the separation of powers. Often this process, with political motivation, is influenced by only one of the constitutional institutions. This fact directly affects the harmonization of judicial activity with state policy. This violates the concept of a right-wing state and sacrifices the rights-oriented constitutional order.

**Keywords:** Constitution, Constitutionalism, Law and Politics, Constitutional control, Separation of Powers, Formation of the Constitutional Court.

## I. შესავალი

ხელისუფლების დანაწილების პრინციპი<sup>1</sup> ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი იდეაა კონსტიტუციონალიზმში, რომელიც საფუძვლად უდევს თანამედროვე დემოკრატიული სახელმწიფო სისტემის ფუნქციონირებას. ამ იდეის თანამედროვე გაგება ბევრად გაცდა ხელისუფლების დანაწილების კლასიკურ მოდელს, რომელიც მხოლოდ ხელისუფლების დამოუკიდებელი შტოების ფორმირებასა და მათ ერთმანეთის საქმიანობაში ჩაურევლობას გულისხმობდა და სახელმწიფო ორგანოების მთელი სისტემის ფუნქციონირებაზე ახდენს გავლენას - ის რეალურად ადამიანის უფლებათა დაცვის სისტემაა და დაცვის გარანტიებიც სწორედ მასში ყალიბდება. ამიტომ, ზოგიერთ შემთხვევაში, ეს ერთგვარი კავშირი შეიძლება ხელისუფლების კონკრეტული ორგანოს საქმიანობის ეფექტურობის განმაპირობებელიც აღმოჩნდეს. მით უმეტეს, თუ ასეთი ორგანოს ემპირიული მანდატი ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის რეალიზებას გულისხმობს.

საკონსტიტუციო კონტროლის ამერიკული მოდელისგან განსხვავებით, ევროპული კელზენისეული მოდელი იმგვარი საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირებას გულისხმობს, რომელშიც კონცენტრირებული იქნება საკონსტიტუციო კონტროლის ფუნქციები. საკონსტიტუციო სასამართლოს ჩამოყალიბება, გარდა კონსტიტუციის უზენაესობისა და ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვისა, სწორედ სახელმწიფო ხელისუფლების შტოების დაბალანსებასა და მათ შორის ერთგვარი არბიტრის ფუნქციის შესრულებას ისახავდა მიზნად. ამ ფუნქციის განხორციელება კი გავლენას ახდენს საკონსტიტუციო სასამართლოსა და სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოთა ურთიერთმიმართების სამართლებრივ ბუნებაზე, რისი ერთ-ერთი გამოვლინებაც საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირებაში სახელმწიფო ორგანოთა ჩართულობაა.

თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმი საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების სხვადასხვა მოდელს განსაზღვრავს. ნაწილი საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირებას ხელისუფლების ერთ კონკრეტულ პოლიტიკურ შტოს - პარლამენტს - მიაკუთვნებს, ნაწილი კი ხელისუფლების შტოების პარიტეტულ თანამონაწილეობას ანიჭებს უპირატესობას. მიუხედავად მოდელური მრავალფეროვნებისა, სამართლებრივი სახელმწიფოს პირობებში, მათი მიზანი საკონსტიტუციო სასამართლოს დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფა და მის საქმიანობაზე მართლსაწინააღმდეგო ზეგავლენის პრევენციაა. ამაში იგრძნობა სახელმწიფო ხელისუფლების დანაწილების იდეის ზემოქმედება. თუმცა მნიშვნელოვანია უფრო დეტალურად შევაფასოთ ის შესაძლო გავლენა, რომელსაც, შესაძლოა, საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების წესი განიცდიდეს ხელისუფლების დანაწილების პრინციპისგან და პირიქით. წინამდებარე სტატია სწორედ ამ ურთიერთმიმართების განხილვასა და ანალიზს ისახავს მიზნად კვლევის შედარებით სამართლებრივ, ანალიტიკურ და ტელეოლოგიურ მეთოდებზე დაყრდნობით.

1 ტერმინოლოგიური თვალსაზრისით აღსანიშნავია, რომ წინამდებარე სტატიაში გამოიყენება საკონსტიტუციო სასამართალში, როგორც სასამართლოს ნორმატიულ დარგში დამკვიდრებული ტერმინი „ხელისუფლების დანაწილების პრინციპი“ და იგი არ გამოხატავს ავტორთა პოზიციას თავად ამ ტერმინის მართებულობის შესახებ. დამატ., იხ., გეგენავა დ., ზოგიერთი ცნების მართებულობის საკითხისათვის ქართულ საკონსტიტუციო სამართალში, წიგნში: ზურაბ ახვლედიანი 80, ზ. ძლიერიშვილისა და ს. ქავთარაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2013, 190-193.

## II. სამართალი, პოლიტიკა და საკონსტიტუციო სასამართლო

ადამიანისა და საზოგადოების დინამიკურმა განვითარებამ საზოგადოებრივ ურთერთობათა სამართლიანობა მოითხოვა, რაც უკვე პოლიტიკური გადაწყვეტილებაა. ადამიანები სახელმწიფოს იღვის გარშემო, სამართლიანობის რწმენით გაერთიანდნენ. საზოგადოების განვითარებას შემოქმედებითი პოლიტიკა განაპირობებს. პოლიტიკურ ურთიერთობათა გარეშე კი ვერ იარსებებს სამართლიანობის მოთხოვნილება. შესაბამისად, დგება სამართლისა და პოლიტიკის ურთიერთმიმართების საკითხი: არის თუ არა პოლიტიკაში სამართლებრივი და სამართალში პოლიტიკური მდგენელი? უნდა გავივლოთ თუ არა ზღვარი სამართალსა და პოლიტიკას შორის? თუ დიახ, მაშინ რა არის პოლიტიკაში სამართლის ფუნქცია? შესაბამისად, სად უნდა გაიაროს ამ ზღვარმა? რამ უნდა განსაზღვროს ფარგლები? და ა.შ.

ჰანს კელზენისეული ინსტიტუციური თეორიით, სასამართლოს საქმიანობის პირდაპირი დაკავშირება ხელისუფლების კონსტიტუციური ფარგლებით ბოჭვასთან პასუხია სამართლის პოლიტიკასთან კვეთის ხარისხზე. შესაბამისად, მკაფიოა სასამართლოს მიმართ ხელისუფლების პოლიტიკური შტოების ინტერესი. საჯარო ურთიერთობათა სამართლიანობის განზრახვა თავისთავად პოლიტიკური კომპრომისია და ვერ იქნება პოლიტიკისგან დაცლილი, ისევე როგორც სამართლისგან განყენებით პოლიტიკა იქნებოდა უსამართლო.

პოლიტიკური შემოქმედების ფარგლები სამართლიანობით შემოისაზღვრება, პოლიტიკა უნდა იყოს სამართლიანი. ამ თვალსაზრისით, სამართალს აქვს „უპირატესი ძალა პოლიტიკასთან მიმართებით“.<sup>2</sup> სამართალი და პოლიტიკა არის განსხვავებული, მაგრამ ერთმანეთთან ორგანულად დაკავშირებული ცვლადები. სახელმწიფოს მმართველობა პოლიტიკაა, თუმცა ის სახელმწიფოს, სამართლის მიღმა, ძალმომრეობად აქცევს. სამართლებრივი სახელმწიფოს კონცეპტს ადამიანის თავისუფლების სივრცით ხელისუფლების ბოჭვა ესაჭიროებოდა. ამიტომ დღემდე ორმხრივია პროცესი: **სამართლიდან პოლიტიკისკენ (სამართლის პოლიტიზირება) და პოლიტიკიდან სამართლისკენ (პოლიტიკის სამართლიანობით ბოჭვა).**

თანამედროვე სამართლებრივ სახელმწიფოში ხელისუფლების შემოქმედების

2 ლემბკე. ო. ვ., კონსტიტუციონალიზმი თანამედროვე საზოგადოებებში - პოლიტიკისა და სამართლის ურთიერთობის სურათი. კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019. 432.

სამართლით ბოჭვა და ხელისუფლების დანაწილება<sup>3</sup> კონსტიტუციური პრინციპია, მაგრამ თუ პოლიტიკა სამართალში შემაკავებელი ფაქტორების გარეშე ინტეგრირდა, მაშინ მხოლოდ პოლიტიკური ძალმომრეობის იარაღი, როგორც „პოლიტიკური ნების ფორმირების ინსტრუმენტი“<sup>4</sup> იქნება. დემოკრატიული კონსტიტუცია განსაზღვრავს პოლიტიკური ნების ფორმირების სტრუქტურასა და პროცედურას, რომელიც სახალხო სუვერენიტეტის სახელითაც კი არ შეიძლება დაუპირისპირდეს სამართლიანობას. ამ მიზნით კონსტიტუცია თავის (სამართლებრივ ღირებულებათა) ფარგლებში „ზღუდავს პოლიტიკურ ქმედებებს“<sup>5</sup> - პოლიტიკის შესაძლებლობათა ნორმატიულ საზღვრებს ადგენს. კონსტიტუცია უზრუნველყოფს კანონმდებლობით პოლიტიკის განსაზღვრის შესაძლებლობას და, მეორე მხრივ, განსაზღვრავს ადამიანის თავისუფლების ფარგლებს, რომელსაც იცავს პოლიტიკური შემოქმედებითი ნების შეღწევადობისგან. პოლიტიკის სამართლიანობა არ უნდა იყოს ადამიანისგან აბსტრაქტიზებული, ის კონსტიტუციის დაცვით, რეალურად უნდა განხორციელდეს. ამ პრინციპიდან გამომდინარე, კონსტიტუცია მის წინაშე შემაკავებელი ფუნქციით დგას. უკვე დიდი ხანია, წარმოუდგენელია სახელმწიფო მექანიზმის ფუნქციონირება სასამართლო კონტროლს მიღმა.<sup>6</sup> კონსტიტუციის ინტერპრეტაციით კი საკონსტიტუციო სასამართლო „დაადგენს ჩარჩოს, რომელსაც კონსტიტუცია ითვალისწინებს პოლიტიკური პროცესისათვის.“<sup>7</sup>

იმავდროულად, კონსტიტუცია, როგორც ძალის შემაკავებელი ფაქტორი, არ არის თვითმართი და „თვითრეალიზებადი“.<sup>8</sup> ქმედითი ავტორიტეტის ძალის შესაძენად „მას სჭირდება გამომყენებელი“.<sup>9</sup> ამიტომ პოლიტიკის სამართლიანობასთან თავსებადობას საკონსტიტუციო სასამართლო ამოწმებს. ანუ, ხშირად, სასამართლო აგნებს და აფიქსირებს იმ ბალანსს, რომელიც დასაცავია პოლიტიკურ-იდეოლოგიურ შემოქმედებით

- 3 ამის შესახებ საუბრობს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეთა ნაწილიც და აღნიშნავს: „ალოგიკურია იმის თქმა, რომ ხელისუფლების დანაწილება თვითმიზანია და არ ემსახურება ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვას გადამეტებული ძალაუფლებისა და ხელისუფლების უზურპაციისაგან. კონსტიტუციის ძირითადი ღირებულება, მისი სარგებლიანობის მასშტაბი სწორედ იმაში გამოიხატება, რომ თითოეული კონსტიტუციური გადაწყვეტა, პირდაპირ თუ ირიბად, ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების სრულყოფილ რეალიზაციას ისახავს მიზნად.“  
იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეების - თეიმურაზ ტულუშის, ირინე იმერლიშვილის, გიორგი კვერენჩილაძის და თამაზ ცაბუტაშვილის განსხვავებული აზრი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2020 წლის 25 სექტემბრის №3/2/1473 გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით. <https://www.constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=10143>)
- 4 ლემბკე. ო. ვ., კონსტიტუციონალიზმი თანამედროვე საზოგადოებებში - პოლიტიკისა და სამართლის ურთიერთობის სურათი. კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019. 422.
- 5 გრიმი დ., რა არის პოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში? კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019. 175.
- 6 დაწვრილებით შეგიძლიათ იხ: Kouper. P. G., The Supreme Court:Hybrid Organ Of State, Southwestern Law Journal, Vol. 21, 1967. 585.; შტარკი ქ., ხელისუფლების დანაწილების პრინციპი და საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება. კრებული: პირველი ქართული კონსტიტუციის 100 წელი. თბ. 2021. 372-386.
- 7 შტარკი ქ., ხელისუფლების დანაწილების პრინციპი და საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება. კრებული: პირველი ქართული კონსტიტუციის 100 წელი. თბ. 2021. 384.
- 8 გრიმი დ., რა არის პოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში? კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019. 176.
- 9 ლემბკე. ო. ვ., კონსტიტუციონალიზმი თანამედროვე საზოგადოებებში - პოლიტიკისა და სამართლის ურთიერთობის სურათი. კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019. 441.

თავისუფლებასა და უფლებებზე პოლიტიკის გავლენას შორის. მან უნდა დაიცვას ინდივიდის უფლებები პოლიტიკისგან და პოლიტიკის შესაძლებლობების თავისუფლების სივრცე.

სახელმწიფო პოლიტიკური ინსტიტუტია, მისი მართვა კი პოლიტიკური პროცესი. შესაბამისად, ლოგიკურია საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმიანობისა და პოლიტიკის კოლიზია და ლეგიტიმური კონფლიქტი. პოლიტიკური ხელისუფლება ვერ იქნება გულგრილი მისი ბოჭვის ინსტიტუციურ მექანიზმზე ლეგალური ზეგავლენის შესაძლებლობების მიმართ. ეს, პირველყოვლისა, მოსამართლეთა დანიშვნაში ვლინდება. მეორე მხრივ, პოლიტიკაზე სამართლის პრიმატის დაცვის გარეშე სამართალი ფუნქციას დაკარგავდა - ვერ დაიცავდა ინდივიდს. ადამიანისა და საზოგადოების განვითარების შესაძლებლობების განსაზღვრა პოლიტიკაა, რაც პარლამენტის სუვერენული უფლებაა. ამიტომ საკონსტიტუციო სასამართლომ სამართლის სახელით არაპროპორციულად არ უნდა შეზღუდოს კანონმდებელი, არ უნდა იკისროს პირდაპირი პოზიტიური კანონმდებლის როლი და არ შთანთქმავს პოლიტიკის შემოქმედებითი სივრცე. ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის ფარგლებში სამართალი და პოლიტიკა დაცულია არაზომიერი ურთიერთგავლენისაგან. ამიტომ ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის მოქმედება დიალოგის რეჟიმშია საკონსტიტუციო სასამართლოს ფუნქციონირებასთან; საკონსტიტუციო სასამართლო სწორედ ხელისუფლების დანაწილების პრინციპთან შესატყვისობის დაცვის ფილოსოფიაზე დგას.

პოლიტიკის შექმნის ფორმებისა (კანონი და საერთაშორისო ხელშეკრულებები) და პოლიტიკურ ურთიერთობათა კონსტიტუციურობის შემოწმებისა და შეზღუდვის უფლებამოსილება, ცხადია საკონსტიტუციო სასამართლოს სძენს პოლიტიკაზე ზემოქმედების შესაძლებლობას. ამიტომ სამართალი და პოლიტიკა ვერ იქნება ურთიერთსტერილური - „საკონსტიტუციო სასამართლოები მნიშვნელოვან პოლიტიკურ როლს თამაშობს, როდესაც იღებს გადაწყვეტილებას პოლიტიკური ქმედების კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებით.“<sup>10</sup> თუმცა აუცილებელია მათი როლისა და პოლიტიკის ფორმირებაზე ზეგავლენის მასშტაბის ზუსტი გაზომვა. ზოგიერთი მოსაზრებით, „საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება არის პოლიტიკა სამართლებრივ მოსახამში“.<sup>11</sup> შუალედურია პოზიცია, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო პოლიტიკის ორგანოცაა და სამართლისაც<sup>12</sup>. ეს მოსაზრებები ცალსახად ცხადყოფს საკონსტიტუციო სასამართლოს როლის ზრდას პოლიტიკაზე და, ზოგჯერ, შემაკავებელი ზეგავლენიდან (კონსტიტუციის სიტყვების მნიშვნელობის შეცვლის მეშვეობითაც<sup>13</sup>) თავად კონსტიტუციის შეცვლისა და პოლიტიკაში თანამონაწილეობამდეც კი.

10 გრიმი დ., რა არის პოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში? კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019. 175.

11 გრიმი დ., რა არის პოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში? კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019.174

12 Kommers D., P., Miller R. A., Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court, Journal of Comparative Law, No.3(2), 2008, 196.

13 სამართალწარმოებაში სიტყვის მნიშვნელობის შესახებ დაწვრილებით იხ: ციპელიუსი რ. იურიდიული მეთოდების მოძღვრება. მიუნხენი 2006. ქრთულ ენაზე. თბილისი. 2009. 55-90.



თუ საკონსტიტუციო სასამართლო ხელისუფლებასთან პოლიტიკურ ფლირტში იქნა, მაშინ მისადმი ხარკის გაღების ვალდებულებაც გაუჩნდება - უარს იტყვის პოლიტიკის კონტროლსა და შეკავებაზე. ამ შემთხვევაში ის ვერ დაიცავს პოლიტიკის სამართლიანობას და სამართალთან პოლიტიკის ქიდილის არბიტრი პოლიტიკურ მხარედ გარდაისახება. პოლიტიკაზე სასამართლოს არაპროპორციული ზეგავლენით, პოზიტიური კანონმდებლის როლში ყოფნის შემთხვევაში კი, თავად სასამართლო გახდებოდა გაუკონტროლებელი და შთანთქამდა ხელისუფლების დანაწილებას. ეს სამართლიანობაზე სპეკულაციური აპელირებით დაავიწროებდა პოლიტიკის, როგორც განვითარების მექანიზმის შემუშავებასა და განხორციელებას და ჩვეულებრივი უსამართლობა იქნებოდა. საკონსტიტუციო სასამართლომ, კონსტიტუციური ნორმების განმარტებისას, მხოლოდ სამართლიანობის ფარგლებში უნდა იმოძრაოს, პოლიტიკური მიზნებიდან დამოუკიდებლად. საკონსტიტუციო სასამართლოს ინტეგრაცია პოლიტიკური ხელისუფლების ნებასთან კი მას დააკარგვინებს დამოუკიდებელი მაკონტროლებლის როლს, რაც შეუთავსებელია კონსტიტუციის ნეიტრალიზმის პრინციპთან.<sup>14</sup> სამართალსა და პოლიტიკას შორის ზღვრის მოშლა კი რეჟიმის ავტორიტარიზმისაკენ განვითარების ხელშემწყობია.

სამართალზე პოლიტიკის გავლენის მისწრაფებიდან გამომდინარე, ინდივიდის თავისუფლებასა და ხელისუფლების დანაწილების პრინციპზე პოლიტიკის არაპროპორციული ზეგავლენის დაცვის მიზნით, სასამართლოს ეკისრება პოლიტიკასა და სამართალს შორის ბალანსის დაცვის ფუნქციაც. ბალანსის მიზნის მისაღწევად კი დგება საკონსტიტუციო სასამართლოს პოლიტიკური ნებისგან დაცვის (მათ შორის, პოლიტიკაზე საკონსტიტუციო სასამართლოს თვითნებობის ჩათვლით<sup>15</sup>) საკითხიც.

14 შაიო ა. ხელისუფლების თვითშეზღუდვა. კონსტიტუციონალიზმის შესავალი. თბ. 2003. 36-48.

15 როგორც აღვნიშნეთ, სამართლიანობის სახელით, სასამართლოც არ უნდა შევიდეს პოლიტიკაში. მან უნდა დაიცვას ზღვარი პოლიტიკაზე სამართლით შემოქმედებასა და პოლიტიკაში მონაწილეობას შორის. საამისო რესურსი კი არა კანონმდებლობაში, არამედ, უპირატესად, სასამართლოს თვითშეზღუდვასა და მოსამართლეთა პროფესიულ კეთილსინდისიერებაშია.



### III. საკონსტიტუციო სასამართლოს ადგილი ხელისუფლების დანაწილების სისტემაში

სამართლისა და პოლიტიკის რთულმა ურთიერთმიმართებამ თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმში აქტუალური გახადა საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართლებრივი ბუნების საკითხი. ეს მიმართება ერთგვარად სასამართლოს როლზეც ვლინდება. აღნიშნულის შეფასება გარკვეულწილად პასუხს სცემს ასევე საკითხს საკონსტიტუციო სასამართლოს ადგილის შესახებ სახელმწიფო ხელისუფლების დანაწილების სისტემაში. როგორც პირველ თავში განვითარებული მსჯელობაც ცხადყოფს, საკონსტიტუციო სასამართლოს დამოუკიდებლობა, როგორც საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმიანობისა და კონსტიტუციის ქმედითობის უმთავრესი გარანტია, უზრუნველყოფილი იქნება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მკაფიოდაა განსაზღვრული საკონსტიტუციო სასამართლოს საკონსტიტუციო მანდატი და სახელმწიფო ხელისუფლების შტოებისგან მის საქმიანობაში ჩარევის პრევენციული მექანიზმები. ამ საკითხებზე მსჯელობას კი საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების წესთან მივყავართ, რომელიც გარკვეულ კორელაციამია სახელმწიფო ხელისუფლების დანაწილების პრინციპთან.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო საკონსტიტუციო კონტროლის განმახორციელებელი ორგანოა,<sup>16</sup> რომელიც ორ ძირითად ფუნქციას ასრულებს: ნორმატიული აქტების კონსტიტუციურობის შემოწმების საშუალებით კონსტიტუციის უზენაესობის უზრუნველყოფა და ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვა. საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმიანობის ასეთი დიდი მნიშვნელობა, მისთვის ერთგვარი საფრთხეცაა, რადგან თუ იგი რეალურად შევიდა ან „აღიქვეს როგორც მეორე საკანონმდებლო პალატა, საკონსტიტუციო სასამართლო „პოლიტიკურობის“ მოტივით თავდასხმის ობიექტი გახდება იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც ტრიბუნალი გადაწყვეტილებას მხოლოდ სამართლებრივ საფუძველზე მიიღებს.“<sup>17</sup> თუმცა სწორედ ამ უფლებამოსილებების ეფექტურად განხორციელებაში ვლინდება ყველაზე ნათლად საკონსტიტუციო ტრიბუნალის ისტორიული, პოლიტიკური, სამართლებრივი ბუნება, ხოლო მათი ეფექტური უზრუნველყოფა საკონსტიტუციო სასამართლოს კონსტიტუციის სამართლებრივი დაცვის ორგანოდ აქცევს.<sup>18</sup> პოლიტიკის სამართლიანობის შეფასების ტვირთი სასამართლოს საქმიანობაში სამართალსა და პოლიტიკას შორის ბეწვის ხიდზე სვლაა. ეს კი უკვე ხელისუფლების დანაწილების პრაქტიკულ ფუნქციონირებაში, მისი როლის ყველაზე მკაფიო მახასიათებელია.

საკონსტიტუციო სასამართლო კონსტიტუციური დემოკრატიის პირმშოა.<sup>19</sup> საკონსტიტუციო

16 საქართველოს კონსტიტუციის 59-მუხლის მე-2 პუნქტი.

17 შვარცი პ., კონსტიტუციური მართლმსაჯულების დამკვიდრება პოსტკომუნისტურ ევროპაში, ქ. ალექსიძის თარგმანი, პ.მ. ვალდის წინასიტყვაობითა და კ. კუბლაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2003, 63.

18 ჯავახიშვილი პ., საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო და ფაქტობრივი რეალური კონტროლი, სამართლის ჟურნალი, N1, თბილისი, 2017, 334.

19 შვარცი პ., კონსტიტუციური მართლმსაჯულების დამკვიდრება პოსტკომუნისტურ ევროპაში, ქ. ალექსიძის თარგმანი, პ.მ. ვალდის წინასიტყვაობითა და კ. კუბლაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2003, 45.

სინამდვილეში, საკონსტიტუციო სასამართლოები აქტიურ როლს ასრულებს სახელმწიფოს დემოკრატიული გარდაქმნისა და ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვის პროცესში.<sup>20</sup> იგი იმ უმაღლეს სახელმწიფო ორგანოთა კატეგორიას განეკუთვნება, რომელთა საქმიანობა პირდაპირ გავლენას ახდენს სახელმწიფო ხელისუფლების შტოების საქმიანობასა და ურთიერთობებზე. საკონსტიტუციო სასამართლო არის საკონსტიტუციო ორგანო, რომლის მიზანი საკონსტიტუციო სამართლის ნორმატიული უზენაესობის დაცვაა.<sup>21</sup> უფრო მეტიც: „საკონსტიტუციო სასამართლო თავისი უფლებამოსილების ქმედითი გამოყენებით, მნიშვნელოვან როლს ასრულებს ხელისუფლების დანაწილების, კონსტიტუციის უზენაესობის პრინციპების რეალიზებასა და ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვაში.“<sup>22</sup> საკონსტიტუციო სასამართლოს ავთენტური საკონსტიტუციო მანდატიც, ისტორიულად, სწორედ სახელმწიფო ხელისუფლების შტოებს შორის ძალაუფლების დაბალანსებასა და არსებული კონფლიქტების სამართლებრივი გზით გადაწყვეტას წარმოადგენდა. თუმცა ახალ ორგანოს ძალაუფლების გამიჯვნის კლასიკური მოდელი ძნელად შეეგუა,<sup>23</sup> ვინაიდან ძალაუფლების სამ განშტოებას ჰიბრიდული, სრულიად ახალი ტიპის ძალაუფლების განმარტაციული შემატა.<sup>24</sup> აღნიშნულის მიუხედავად, საკონსტიტუციო კონტროლის იდეა ერთიანი სწორი ხაზით აგრძელებდა განვითარებას კელზენისეული საკონსტიტუციო კონტროლის იდეის ფარგლებში.<sup>25</sup>

„საკონსტიტუციო სასამართლოს პოლიტიკური ნეიტრალურობა და მიუმხრობლობა სამართლებრივი სახელმწიფოს ფუძემდებლური პრინციპია.“<sup>26</sup> საკონსტიტუციო სასამართლოები მნიშვნელოვან გავლენას ახდენს „პოლიტიკური ლანდშაფტის ჩამოყალიბებაზე.“<sup>27</sup> თუმცა საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართლებრივი ბუნება გარკვეული სახის ეჭვებს წარმოშობს მისი პოლიტიკური თუ სამართლებრივი კუთვნილების გამო: როგორც ზემოაღნიშნული მსჯელობიდან გამომდინარე იკვეთება, საკონსტიტუციო სასამართლო სამართლის ორგანოა, თუმცა საერთო სასამართლოებისგან განსხვავებით, იგი არ არის „ფაქტების სასამართლო“. მისი შეფასების მასშტაბი მხოლოდ კონსტიტუციაა. უჭვარეშა მის საქმიანობაში ერთგვარი „პოლიტიკურობის“ ნიშანიც, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, როცა საქმე სახელმწიფო ხელისუფლების

20 ჯავახიშვილი პ., საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებებზე საკონსტიტუციო კონტროლი ქართულ სამართლებრივ პერსპექტივაში, თბილისი, 2022, 73.

21 Stone Sweet A., Constitutional Courts, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2012, 817; იხ., ტუდუმი თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ., ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბილისი, 2013, 11.

22 ხეცურიანიჯ., საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება, თბილისი, 2016, 8-9.

23 Safta M., Developments in the Constitutional Review, Constitutional Court between the Status of Negative Legislator and the Status of Positive Co-Legislator, Perspectives of Business Law Journal, Vol.1, No.1, November 2012, 1.

24 მო დ., უცხო ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკის გამოყენება და დიალოგი საკონსტიტუციო სასამართლოებს შორის, ჟურნ. „საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა“, N2, 2011, 6.

25 იხ., გეგენავა დ., ჯავახიშვილი პ., საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო: პოზიტიური კანონმდებლობის მცდელობა და გამოწვევები, კრებულში „ლადო ჭანტურია 55“, თბილისი, 2018, 118.

26 ხუბუა გ., საკონსტიტუციო სასამართლო სამართალსა და პოლიტიკას შორის, საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა, No.9, 2016, 3.

27 Vanberg G., Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment, Annual Review Political Sciences, 2015, 167.

ორგანოებს შორის წარმოშობილი დავის განხილვას უკავშირდება. სწორედ ეს, ერთგვარი დუალიზმი, განსაზღვრავს საკონსტიტუციო სასამართლოს ჭეშმარიტ ბუნებას,<sup>28</sup> რის გამოც საკონსტიტუციო სასამართლო, მისი საქმიანობის პოლიტიკურ-სამართლებრივი ასპექტების გათვალისწინებით, პოლიტიკის ორგანოდაც შეგვიძლია მივიჩნიოთ და სამართლისადაც.<sup>29</sup>

საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართლებრივი ბუნების შეფასებასა და სახელმწიფო ხელისუფლების დანაწილების სისტემაში მისი ადგილის იდენტიფიცირებას არსებითი გავლენა აქვს საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების წესზე, რომელიც მრავალფეროვანი და კომპლექსური ასპექტებით ხასიათდება სხვადასხვა ქვეყნის საკონსტიტუციო სინამდვილეში.

---

28 იბ., Antos M., Constitutional Complaint and Its Limits in The Czech Republic, 2012, 122.

29 გეგენაჟა დ., საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება საქართველოში: სამართალწარმოების ძირითადი სისტემური პრობლემები, თბილისი, 2012, 25.

## IV. საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების მოდელები

თანამედროვე სახელმწიფოებში საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების სხვადასხვა მოდელია გავრცელებული და მათი ავთენტური სახე კონკრეტული ქვეყნის სამართლებრივი ტრადიციით, პოლიტიკური თუ სამართლებრივი გამოვნიებითაა ნაკარნახევი. აღნიშნული მრავალფეროვნების მიუხედავად, დემოკრატიული რეჟიმების პირობებში უდავოა საერთო მიზანი: საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების წესი უნდა უზრუნველყოფდეს მის დამოუკიდებლობას – სახელმწიფო ხელისუფლების შტოების ჩარევისგან მის დაცვას.

თანამედროვე საკონსტიტუციო სინამდვილეში გავრცელებულია საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების ორი ძირითადი მოდელი: ერთ შემთხვევაში საკონსტიტუციო სასამართლო კომპლექტდება პარლამენტის მიერ კონსესუსის უზრუნველყოფის გზით, კვალიფიციური უმრავლესობის მიერ და ამ პროცესში რეგლამენტიტაა გარანტირებული საკანონმდებლო ორგანოს სტრუქტურული მოდელი (ბიკამერალიზმის შემთხვევაში ორივე პალატაა ჩართული განწყების პროცესში) და პოლიტიკური ძალების თანამონაწილეობის აუცილებლობა. (მაგ., გფრ, ბელგია, უნგრეთი, პოლონეთი). სხვა შემთხვევაში გამოიყენება შერეული მოდელი, რომელიც საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტებისას სახელმწიფო ხელისუფლების სხვადასხვა შტოს (ორი ან რამდენიმე ორგანოს) ჩართულობას ითვალისწინებს. (მაგ., იტალია, უკრაინა, საქართველო) შერეული მოდელით საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების წესი შეიძლება მრავალფეროვანი სისტემით იყოს წარმოდგენილი.

სისტემა, რომლის მიხედვითაც საკონსტიტუციო სასამართლოს სრული შემადგენლობა პარლამენტის მიერ აირჩევა, დამკვიდრებულია გფრ-ში.<sup>30</sup> გერმანიის სასამართლო არის უმაღლესი სასამართლო, რომელსაც „ბოლო სიტყვა ეკუთვნის ფედერალური კონსტიტუციის მშენებლობაში“<sup>31</sup> და ფლობს საკონსტიტუციო საკითხებზე მართლმსაჯულების განხორციელების მონოპოლიას.<sup>32</sup> ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო 16 მოსამართლე-წევრისგან შედგება, რომლებიც ორ სენატს აყალიბებენ და საკონსტიტუციო კონტროლის ევროპული მოდელის მქონე სხვა ქვეყნებთან შედარებით, მათი ფუნქციური დატვირთვა განსხვავებულია.<sup>33</sup> სწორედ ამ ფუნქციური თავისებურების გამო მათ ტყუპ სენატებად მოიხსენიებენ.<sup>34</sup> თუმცა იქ, სადაც საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების აღნიშნული წესი გამოიყენება, მიმდინარეობს დისკუსია მოსამართლეთა შესაძლო პოლიტიზაციისა და, მიუკერძოებელი გადაწყვეტილების მიღების ინტერესიდან გამომდინარე, მოსამართლეთა მიერ, მათი წარმდგენი პოლიტიკური სუბიექტების

30 Chakim M. L., A Comparative Perspective on Constitutional Complaint: Discussing Models, Procedures, and Decisions, *Constitutional Review*, Vol. 5, 2019, 96;

31 Rupp G. H., *The Federal Constitutional Court and The Constitution of The Federal Republic of Germany*, 1972, 359.

32 Fernandes de Andrade G., *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, *Journal of Constitutional Law*, 2001, 981.

33 ხუბუა გ., ტრაუტი., კონსტიტუციური მართლმსაჯულება გერმანიაში, თბილისი, 2001, 32.

34 იხ., იქვე.

მიმართ ერთგვარი „უმაღრობის“ გამოჩენის აუცილებლობის შესახებ.<sup>35</sup> მეორე მხრივ, ამ მოდელს პრობლემურს ხდის პარტიული პლურალიზმის უარყოფის რისკები. რუსეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების წესის ცვლილებისას თავად საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეებიც მიიჩნევდნენ, რომ ეს ცვლილებები (ითვალისწინებდა საკონსტიტუციო სასამართლოს ცხრამეტივე მოსამართლის დანიშვნას ფედერაციის საბჭოს მიერ, პრეზიდენტის წარდგინებით) „ეწინააღმდეგება სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის პრინციპს და სასამართლოზე ირიბი გავლენის მცდელობა.“<sup>36</sup>

საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების შერეული სისტემა ძირითადად გულისხმობს მოსამართლეთა თანამდებობაზე განწესების პროცესში სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოების ჩართულობას პარიტეტულობის პრინციპის დაცვით. ეს სისტემა ხელისუფლების თითოეულ შტოს ანიჭებს საკონსტიტუციო სასამართლოს შემადგენლობაში თანაბარი რაოდენობის მოსამართლეთა დანიშვნის შესაძლებლობას. მაგ., იტალიის კონსტიტუციით, საკონსტიტუციო სასამართლოს ხუთი მოსამართლე აირჩევა პარლამენტის კვალიფიციური უმრავლესობით, ხუთი მოსამართლე აირჩევა რესპუბლიკის პრეზიდენტის მიერ და ხუთი – უმაღლესი სასამართლოების მიერ.<sup>37</sup> ესპანეთში ოთხი მოსამართლიდან თითოეული აირჩევა პარლამენტის ორივე პალატის მიერ, ორ მოსამართლეს მთავრობა და ორსაც იუსტიციის საბჭო ნიშნავს.<sup>38</sup> ეს მიდგომა ჩამოყალიბდა საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციითაც, რაც, სავარაუდოდ, სწორედ საკონსტიტუციო სასამართლოს დამოუკიდებლობის უკეთ უზრუნველყოფის სურვილით იყო განპირობებული.

საკონსტიტუციო კონტროლის ევროპული დოქტრინა ასევე ცნობს საკონსტიტუციო სასამართლოს იმგვარ შერეულ მოდელსაც, რომლებსაც უფრო ჰიბრიდული შეიძლება ეწოდოს და კონკრეტული ქვეყნის ეთნოსამართლებრივ თავისებურებას წარმოადგენდეს. მაგალითად, პორტუგალიაში მოქმედებს საინტერესო სისტემა, რომლის მიხედვითაც, 10 მოსამართლე აირჩევა პარლამენტის მიერ, ხოლო 3 თავად სასამართლოს მოსამართლეების მიერ.<sup>39</sup> ხელისუფლების ორ-ორი შტო მონაწილეობს საფრანგეთისა და ავსტრიის საკონსტიტუციო ტრიბუნალების დაკომპლექტების პროცედურაშიც: ავსტრიის შემთხვევაში ამ პროცესში მონაწილეობას მთავრობა და პარლამენტის პალატები იღებენ, ხოლო საფრანგეთის შემთხვევაში - რესპუბლიკის პრეზიდენტი და პარლამენტის პალატების თავმჯდომარეები (სენატი და ეროვნული ასამბლეა).<sup>40</sup> აღსანიშნავია, რომ ფრანგული მოდელის თავისებურებას განაპირობებს ის გარემოება, რომ რესპუბლიკის პრეზიდენტი საკუთარი ნებით საფრანგეთის საკონსტიტუციო საბჭოს *de jure* წევრებად მიიჩნევიან

35 დიური შ. რ., საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ევროპული მოდელები, პ. ჯავახიშვილის თარგმანი, სამართლის ჟურნალი, No. 2, 2017, 351.

36 Мазур. Т., некоторые особенности формирования конституционного суда в германии и в россии: сравнительно-правовой аспект. иб. ვებ-გვერდი: <https://bit.ly/3BnwgVw> შემოწმებულია: 19.09.2022.

37 Gentili G., A Comparison of European Systems of Direct Access to Constitutional Judges: Exploring Advantages for The Italian Constitutional Court, Italian Journal of Public Law, Vol. 4, 2012, 161.

38 Guillen Lopez e., Judicial Review in Spain: The Constitutional Court, 2008, 540.

39 დიური შ. რ., საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ევროპული მოდელები, პ. ჯავახიშვილის თარგმანი, სამართლის ჟურნალი, No.2, 2017, 340.

40 იბ., იქვე.

სიცოცხლის ბოლომდე.<sup>41</sup>

ყოველივე აღნიშნულის გათვალისწინებით, საკონსტიტუციო კონტროლის დოქტრინა საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების მრავალფეროვან მოდელს იცნობს. ყოველი მათგანი კონკრეტული ქვეყნის სამართლებრივი სისტემითაა ნაკარნახევი. თუმცა საკონსტიტუციო სასამართლოს ფუნქციური თავისებურებიდან გამომდინარე და მისი ადგილის გათვალისწინებით სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოებს შორის, ყოველი სისტემის უმთავრესი მიზანი საკონსტიტუციო სასამართლოს დამოუკიდებლობა და მის საქმიანობაში ხელისუფლების სხვა შტოების ჩარევის პრევენციაა, რისი ერთ-ერთი გარანტიაც საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების წესია.



## V. საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების წესი: არის კი ყოველთვის ხელისუფლების დანაწილების დამცველი და შედეგი?

მოსამართლის დამოუკიდებლობა პოლიტიკური ხელისუფლებისაგან, პოლიტიკის სამართლიანობის კონტროლის თვალსაზრისით, განსაკუთრებით მგრძობიარე სწორედ საკონსტიტუციო სასამართლოშია.<sup>42</sup> ამას განაპირობებს საკონსტიტუციო კონტროლის პირდაპირი კავშირი ადამიანის თავისუფლების დაცვას, სამართლებრივი სახელმწიფოს განვითარებასა და დემოკრატიზაციასთან. ეს ცხადყოფს, რომ საკონსტიტუციო კონტროლიც სამართალქმედებაა და „ის იზრდება მოსამართლის თავისუფალი შეხედულების მიხედვით“.<sup>43</sup> დიან! ის იზრდება და არა ყალიბდება კონსტიტუციის ალტერნატივად. მოსამართლე კონსტიტუციურ კალაპოტს განსაზღვრავს და მისდევს, ვერ აცდება მას, რითიც ის კონსტიტუციის დამცველია. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო (უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის განწესების წესთან დაკავშირებით) აღნიშნავს: „რაც უფრო დიდია ამა თუ იმ ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილების გავლენა ადამიანის უფლებებსა და ქვეყნის სამართლებრივ სისტემაზე, მით უფრო იზრდება მისი გადაწყვეტილების დასაბუთების მნიშვნელობა.“<sup>44</sup> ამდენად, სამართლებრივად დასაბუთებული გადაწყვეტილების მიღებას ობიექტურად წინ უნდა უსწრებდეს მოსამართლეთა თავისუფლება პოლიტიკური ფაქტორებისგან. არ შეიძლება სასამართლოს გადაწყვეტილება მოსამართლის რწმენისგან განყენებულად, პოლიტიკური ფაქტორით იყოს განპირობებული. ამდენად, თვალსაჩინოა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლის დამოუკიდებლობა სათავეს მისი განწესების წესიდან იღებს.

როგორც ვხედავთ, მხოლოდ მოსამართლის დამოუკიდებლობით შეიძლება სამართლისა და პოლიტიკის ბალანსის დაცვა. ამიტომ კონსტიტუციები ხშირად ითვალისწინებს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლის „პოლიტიკური პარტიისადმი მიმხრობის აკრძალვას“<sup>45</sup>. იმავდროულად, მოსამართლის თანამდებობაზე განწესება თავისთავად პოლიტიკური შინაარსისაა და პოლიტიკური ქმედებაა, მათ შორის, განმწესებლის პოლიტიკურ ღირებულებათა დაცვის მიზანზე ორიენტირებით. პოლიტიკური მოტივაციის მაღალ ხარისხზე მეტყველებს აშშ-ის პრეზიდენტის მიერ უზენაეს სასამართლოში კანდიდატურების წარდგენის მთელი ისტორიაც. ბოლოს და ბოლოს სწორედ აღნიშნულს

42 Н.С. Райкова. П. Проблемы обеспечения независимости судей конституционного суда российской федерации. Вестник Томского государственного университета. 2010. - № 341. 130.  
იხ. ვებ-გვერდი: <https://bit.ly/3BSP9RO> შემოწმებულია: 19.09.2022.

43 ლემბკე. ო. ვ., კონსტიტუციონალიზმი თანამედროვე საზოგადოებებში - პოლიტიკისა და სამართლის ურთიერთობის სურათი. კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019. 427.

44 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლების - თეიმურაზ ტულუშის, ირინე იმერლიძეილის, გიორგი კვერენჩილაძის და თამაზ ცაბუტაშვილის - განსხვავებული აზრი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2020 წლის 30 ივლისის №3/1/1459,1491 გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით.  
იხ. ინტერნეტწყარო: <https://bit.ly/3RBwEf> შემოწმებულია: 19.09.2022.

45 შვარცი პ., კონსტიტუციური მართლმსაჯულების დამკვიდრება პოსტკომუნისტურ ევროპაში, ქ. ალექსიძის თარგმანი, პ.მ. ვალდის წინასიტყვაობითა და ვ. კუბლაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2003, 89.

უკავშირდება საკონსტიტუციო კონტროლის წარმოშობა. მოსამართლეების დანიშვნა იყო აშშ-ის პრეზიდენტ ღონაღდ ტრამპის ბოლო დღეების გადაწყვეტილებაც. ამ ღონისძიებებს ყოველთვის ჰქონდა სასამართლოში საკუთარი იდეოლოგიური გავლენის დატოვების მიზანი. ეს მჭიდრო საკადრო კავშირი სათუთია როგორც სამართლისა და პოლიტიკის კავშირის, ასევე, მათ შორის, დაბალანსების თვალსაზრისით. ამიტომაც „კონსტიტუციები ხშირად შეიცავენ თავდაცვით მექანიზმს, რომ მოსამართლეების არჩევა ან დანიშვნა მხოლოდ მმართველი პარტიის ხელში არ იყოს, რადგან მაკონტროლებელი ორგანოსა და სასაკონტროლებელი სუბიექტის ერთიანობა მარტივად იწვევს კონტროლის შეფერხებას.“<sup>46</sup>

საკონსტიტუციო სასამართლოს დამოუკიდებლობის ფარგლებში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია იმის გარკვევა, სასამართლო ყოველთვის არის ხელისუფლების დანაწილების დამცველი თუ მისგან, სწორედ ამ მიმართულებით, საფრთხეებიც შეიძლება მოდიოდეს? პასუხი ცალსახაა. საკონსტიტუციო სასამართლო, როგორც ხელისუფლების მაკონტროლებელი ორგანო, შეიძლება მიდრეკილი იყოს ძალაუფლების გაფართოებისკენ. ეს ცდუნება სულაც არ არის მარტივი, როდესაც საქმე პოლიტიკაზე ძალაუფლებრივი აღმატების შესაძლებლობას ეხება. მოსამართლის პოლიტიზირებისგან დაცვამ, თავის მხრივ, უნდა დაიცვას პოლიტიკა სამართლიანობის სახელით არაპროპორციული ჩარევისაგან.

საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების დემოკრატიული კონსტიტუციებით გათვალისწინებული წესები ფორმალურად უპირატესად შეესატყვისება მოსამართლის დამოუკიდებლობისთვის საჭირო სტანდარტებს. თუმცა არსებითია მათი მიმართება კონკრეტულ მომენტში არსებულ პოლიტიკურ რეალობასთან, რამაც შეიძლება განამტკიცოს მოსამართლის პოლიტიკური ნიშნისგან დამოუკიდებელი განწყობა ან, პირიქით, გააძლიეროს კანდიდატის შერჩევის პოლიტიკური ნიშანი. არაერთ თანამედროვე ქვეყანაში კი, სამწუხაროდ, „მიუხედავად კონსტიტუციისა და მისგან გამომდინარე ინსტიტუციების ფუნქციონირებისა, კონსტიტუციონალიზმი დამკვიდრებული არ არის.“<sup>47</sup> ამ ქვეყნებში საკონსტიტუციო კონტროლი პოლიტიკისთვის მსახურია, ნაცვლად შეკავებისა. ის შეზრდილია პოლიტიკურ ნებასთან.

საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირებაში პლურალიზმის კომპონენტის დაცვა როგორც პარლამენტის, ასევე შერეული მოდელებისას, არსებითია. დემოკრატიულ რეჟიმებში ეს კომპონენტი რეალურად ქმედითია. ეს ამცირებს საკონსტიტუციო სასამართლოს ცენტრალიზებული პოლიტიკური ნების გავლენის ქვეშ მოქცევის რისკებს. ამგვარად, სასამართლოს ფორმირების ეს წესები, როგორც ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის მიზანი, რეალურად ახერხებს თავად ამ პრინციპის ქმედითობის დაცვასაც. შესაბამისად, ეს არის საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირებასთან ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის მიმართების მიზნის (შედეგი და) გამართლებაც.

46 გრიმი დ., რა არის პოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში? კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიდწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019. 178.

47 ჯიბდაშვილი ზ., ალავერდაშვილი გა.ადამიანი და კონსტიტუციონალიზმი, კრებულში: „ჯემალ გახოკიძე - 70“, თბილისი. 2021. 316.

ბოლივიაში საკონსტიტუციო სასამართლომ კონსტიტუციური ცვლილებების არაკონსტიტუციურად ცნობით, არსებითად კი კონსტიტუციის (საპრეზიდენტო ვადების შეზღუდვის) უარყოფით, ორგზის - 2009<sup>48</sup> და 2017<sup>49</sup> წლებში - გაუხსნა გზა ევო მორალესს საპრეზიდენტო არჩევნებისაკენ. აღსანიშნავია, რომ ამ საქმის განხილვაში მონაწილეობდა ოთხი მოსამართლე, რომელთაც ადრე მორალესის ადმინისტრაციაში მუშაობდნენ.<sup>50</sup> მოსამართლეთა დამოუკიდებლობის პრობლემა, ლათინურ ამერიკასთან ერთად, თვალსაჩინო იყო კიდევ ერთ მყიდვე დემოკრატიულ სივრცეში - პოსტსოციალისტურ ევროპაში, სადაც სუსტი იყო სამართლებრივი სისტემები და, შესაბამისად, ნაკლები იყო საჯარო ინსტიტუტების დემოკრატიული ფუნქციონირების ტრადიციები. რუსეთის სამხედრო ძალების გამოყენებისას ჩეჩნეთში მეორე ომისას (1999-2000წწ), ასევე 2022 წელს უკრაინაში საომარი მოქმედებების დაწყებისას, პრეზიდენტს რუსეთის დუმისათვის არ მოუთხოვია შესაბამისი თანხმობა.<sup>51</sup> პრეზიდენტის გარშემო კონცენტრირებულ პოლიტიკურ სისტემაში არც არავის მიუმართავს საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის.<sup>52</sup> საკონსტიტუციო სასამართლომდე კონცენტრირებულმა პოლიტიკურმა ნებამ განაპირობა, რომ სამართალზე პოლიტიკის აგრესიული უპირატესობა უკვე გასცდა შიდასახელმწიფოებრივ ფარგლებსაც. რ.ფ.-ში, ღირებულებითი თვალსაზრისით, კონსტიტუციონალიზმის ძირითად პრინციპებთან შეუსაბამო მოვლენებს ჰქონდა ადგილი 2020 წელსაც, როდესაც პრეზიდენტის ძალაუფლების ფსევდოდემოკრატიული ტრანზაქცია სწორედ საკონსტიტუციო სასამართლოს ხელით, სამართლიანობაზე ამოფარებით განხორციელდა.<sup>53</sup>

ეს რამდენიმე მაგალითი სამართალზე პოლიტიკის ძალადობის ილუსტრირებაა, „სადაც მმართველები კონსტიტუციის სახელით ცდილობენ ხელისუფლება შეინარჩუნონ. თუმცა, პროცესში ისინი კონსტიტუციონალიზმის პრინციპებს უარყოფენ.“<sup>54</sup> ეს მოვლენა უკვე „ძალადობრივი კონსტიტუციონალიზმის“ (abusive constitutionalism) სახელით არის ცნობილი.<sup>55</sup> საამისოდ კი სწორედ საკონსტიტუციო სასამართლოში წარმოდგენილი პოლიტიზირებული რესურსი გამოიყენება, რომელიც განწყობისას სწორედ ამ ნიშნით

48 European Commission for Democracy through Rule of Law, (Venice Commission), Report on Term-Limits, Part I – Presidents, 2018, Par. 34, available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2018\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)010-e) განახლებულია: 19.09.2022.

49 Landau D., Dixon, R., Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy, University of California, Volume 53, 2020, 1362.

50 იქვე.

51 ამ ვალდებულების თავიდან არიდება იყო ერთ-ერთი მიზეზი ამ საომარი მოქმედებისათვის „სპეციალური სამხედრო სპეცოპერაციის“ წოდებაც.

52 საყურადღებოა ის გარემოებაც, რომ ამ დროისათვის დუმაში ოპოზიცია ისედაც ძალიან მწირედ იყო წარმოდგენილი და, საერთოდ, ოპოზიციის უდიდეს ნაწილს უკვე ქვეყანა ჰქონდა დატოვებული.

53 იხ., Biographies of presidents of Russia, available at: <http://en.kremlin.ru/structure/president/presidents>, შემოწმებულია: 19.09.2022.

Russia's parliament opens way for Putin to stay in power beyond 2024, ABC News, available at:<https://abcnews.go.com/International/russias-parliament-opens-putin-power-2024/story?id=69504478>, შემოწმებულია: 19.09.2022.

Russia's constitutional court clears proposal to let Putin stay in power beyond term limits, ABC News, available at:<https://abcnews.go.com/International/russias-constitutional-court-clears-proposal-putin-stay-power/story?id=69620319>, შემოწმებულია: 19.09.2022.

54 ჯიბლაშვილი ზ., ალავერდაშვილი გ.ადამიანი და კონსტიტუციონალიზმი, კრებულში: „ჯემალ გახოციძე - 70“. თბილისი. 2021. 320.

55 Landau D., Abusive Constitutionalism, UC Davis Law Review, Vol. 47. (2013), FSU College of Law, Public Law Research 646.

არის შერჩეული. რუსეთში (და არა მარტო) კომუნისტური ტოტალიტარიზმის შესაბამისად ფუნქციონირებს კონცენტრირებული ხელისუფლების სისტემა. სწორედ ასეთ სისტემებში ემსახურება სასამართლო პოლიტიკური რეჟიმის დაცვას,<sup>56</sup> რაც გამორიცხავს მოსამართლის დამოუკიდებლობას. ეს პოლიტიკური ზეგავლენა კი სწორედ ხელისუფლების დანაწილებით ძალაუფლების ბოჭვის თავიდან აცილებას ემსახურება.

## VI. დასკვნა

საკონსტიტუციო კონტროლის იდეა თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მონაპოვარია. როგორც აღვნიშნეთ, იგი ორ უმთავრეს ფუნქციას ასრულებს: უზრუნველყოფს ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დაცვასა და ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის პრაქტიკულ რეალიზებას. ამ ფუნქციების ეფექტური განხორციელება განსაზღვრავს კიდევ მის ადგილს სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოებს შორის და გავლენას ახდენს მისი დამოუკიდებლობის ხარისხზე. საკონსტიტუციო სასამართლო სამართლის ორგანოა, თუმცა არა „ფაქტების სასამართლო“. მისი გადაწყვეტილება გარდა სამართლებრივი განზომილებისა პოლიტიკური ნიშნებითაც ხასიათდება, რაც შეესაბამება თავად საკონსტიტუციო სასამართლოს პოლიტიკურ-სამართლებრივ ბუნებას. ამდენად, საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმიანობა მიმართულია, მათ შორის, პოლიტიკური დავების წმინდა სამართლებრივი გზების გადაწყვეტაზე. ამ პროცესში კი მნიშვნელოვანია, თავად საკონსტიტუციო სასამართლო დარჩეს პოლიტიკის მიღმა, წინააღმდეგ შემთხვევაში პოლიტიკური დავების გადაწყვეტაზე ორიენტირებული საკონსტიტუციო ორგანო თავად აღმოჩნდება ხელისუფლების რომელიმე შტოს პოლიტიკური სამიზნე.

საკონსტიტუციო კონტროლის ევროპული გამოცდილება საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების განსხვავებულ პროცედურებს ადგენს. ნაწილი მის დაკომპლექტებას უმაღლეს პოლიტიკურ ორგანოს - პარლამენტს - ანდობს, სხვა სისტემაში ეს მოდელი „ჭარბი პოლიტიკური მახასიათებლების“ გათვალისწინებით უგულვებელყოფილია და არჩევანი საკონსტიტუციო სასამართლოს ჩამოყალიბების იმგვარ მოდელზეა გაკეთებული, რომელიც სახელმწიფო ხელისუფლების შტოების მიერ თანაბარი რაოდენობის მოსამართლეთა დანიშვნას გულისხმობს, რამაც თავისთავად უნდა უზრუნველყოს საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმიანობის პრევენცია ცენტრალური ხელისუფლების რომელიმე ორგანოს არასასურველი გავლენისგან. თუმცა საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების წესის სისტემური მრავალფეროვნების მიუხედავად, ყოველი მათგანის მიზანი საკონსტიტუციო სასამართლოს დამოუკიდებლობა და მისი საქმიანობის განხორციელებაა, მხოლოდ კონსტიტუციისა და კანონის შესაბამისად.

საკონსტიტუციო სასამართლო, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოებს შორის დამაბალანსებლის მანდატით აღჭურვილი ორგანოა, რაც, ბუნებრივია, გავლენას ახდენს საკონსტიტუციო სასამართლოს ფორმირების წესზე: საკონსტიტუციო სასამართლოს დაკომპლექტების წესისა და ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის ურთიერთმიმართებას კორელაციური ბუნება აქვს და განპირობებულია ურთიერთქმედებით. წინამდებარე სტატიის მიზანიც სწორედ იმ ურთიერთობის ძირითადი მახასიათებლებისა და თავისებურებების განხილვა იყო, რომელიც ამ ორ საკითხს შორის საკონსტიტუციო სამართლის დოქტრინაში არსებობს.



## ბიბლიოგრაფია

1. გეგენავა დ., საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება საქართველოში: სამართალწარმოების ძირითადი სისტემური პრობლემები, თბილისი, 2012;
2. გეგენავა დ., ჯავახიშვილი პ., საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო: პოზიტიური კანონმდებლობის მცდელობა და გამოწვევები, კრებულში „ლადო ჭანტურია 55“, თბილისი, 2018;
3. გრიმი დ., რა არის პოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში? კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019;
4. დიური მ. რ., საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ევროპული მოდელები, პ. ჯავახიშვილის თარგმანი, სამართლის ჟურნალი, No.2, 2017;
5. კვერენჩილაძე გ., მელქაძე ო., საფრანგეთის სახელმწიფო სისტემა, თბილისი, 1997;
6. ლემბკე. ო. ვ., კონსტიტუციონალიზმი თანამედროვე საზოგადოებებში - პოლიტიკისა და სამართლის ურთიერთობის სურათი. კრებულში: კონსტიტუციონალიზმი. მიღწევები და გამოწვევები. კონსტიტუციონალიზმის ტრილოგია. ტომი I. თბილისი. 2019;
7. მო დ., უცხო ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკის გამოყენება და დიალოგი საკონსტიტუციო სასამართლოებს შორის, ჟურნ. „საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა“, N2, 2011;
8. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეების - თეიმურაზ ტულუმის, ირინე იმერლიშვილის, გიორგი კვერენჩილაძის და თამაზ ცაბუტაშვილის - განსხვავებული აზრი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2020 წლის 25 სექტემბრის №3/2/1473 გადაწყვეტილებაასთან დაკავშირებით. <https://www.constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=10143>;
9. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეების - თეიმურაზ ტულუმის, ირინე იმერლიშვილის, გიორგი კვერენჩილაძის და თამაზ ცაბუტაშვილის - განსხვავებული აზრი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2020 წლის 30 ივლისის №3/1/1459, 1491 გადაწყვეტილებაასთან დაკავშირებით. <https://bit.ly/3RBwfEf>;
10. საქართველოს კონსტიტუცია. 1995;
11. ტულუმი თ., ბურჯანაძე გ., მშენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ., ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბილისი, 2013;
12. ციპელიუსი რ. იურიდიული მეთოდების მოძღვრება. მიუნხენი 2006. ქართულ ენაზე. თბილისი. 2009;
13. შაიო ა. ხელისუფლების თვითშეზღუდვა. კონსტიტუციონალიზმის შესავალი. თბ. 2003.;
14. შვარცი პ., კონსტიტუციური მართლმსაჯულების დამკვიდრება პოსტკომუნისტურ ევროპაში, ქ. ალექსიძის თარგმანი, პ.მ. ვალდის წინასიტყვაობითა და კ. კუბლაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2003;
15. შტარცი ქ., ხელისუფლების დანაწილების პრინციპი და საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება.



- კრებულში: პირველი ქართული კონსტიტუციის 100 წელი. თბილისი. 2021;
16. ხეცურიანი ჯ., საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება, თბილისი, 2016;
  17. ხუბუა გ., ტრაუტი., კონსტიტუციური მართლმსაჯულება გერმანიაში, თბილისი, 2001;
  18. ხუბუა გ., საკონსტიტუციო სასამართლო სამართალსა და პოლიტიკას შორის, საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა, No.9, 2016;
  19. ჯავახიშვილი პ., საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებებზე საკონსტიტუციო კონტროლი ქართულ სამართლებრივ პერსპექტივაში, თბილისი, 2022;
  20. ჯავახიშვილი პ., საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო და ფაქტობრივი რეალური კონტროლი, სამართლის ჟურნალი, N1, თბილისი, 2017;
  21. ჯიბლაშვილი ზ., ალავერდაშვილი გ.ადამიანი და კონსტიტუციონალიზმი, კრებულში: „ჯემალ განოკიძე - 70“, თბილისი. 2021;
  22. Antos M., Constitutional Complaint and Its Limits in The Czech Republic, 2012;
  23. Biographies of presidents of Russia, available at: <http://en.kremlin.ru/structure/president/presidents>;
  24. Chakim M. L., A Comparative Perspective on Constitutional Complaint: Discussing Models, Procedures, and Decisions, Constitutional Review, Vol. 5, 2019;
  25. European Commission for Democracy through Rule of Law, (Venice Commission), Report on Term-Limits, Part I – Presidents, 2018, Par. 34, available at:  
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2018\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)010-e) ;
  26. Federal Broadcast Information Service FBIS-SOV-92-011, 16 იანვარი, 1992, 38.
  27. Fernandes de Andrade G., Comparative Constitutional Law: Judicial Review, Journal of Constitutional Law, 2001;
  28. Gentili G., A Comparison of European Systems of Direct Access to Constitutional Judges: Exploring Advantages for The Italian Constitutional Court, Italian Journal of Public Law, Vol. 4, 2012;
  29. Guillen Lopez e., Judicial Review in Spain: The Constitutional Court, 2008;
  30. Kommers D.P., Miller R. A., Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court, Journal of Comparative Law, No.3(2), 2008;
  31. Kouper. P. G., The Supreme Court:Hybrid Organ Of State, Southwestern Law Journal, Vol. 21, 1967;
  32. Landau D., Abusive Constitutionalism UC Davis Law Review, Vol. 47. (2013), FSU College of Law, Public Law Research.;

33. Landau D., Dixon, R., Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy, University of California, Volume 53, 2020;
34. Maus D., Application of the case law of Foreign Courts and Dialogue between Constitutional Courts, Constitutional Law Review, N2, Tbilisi, 2011;
35. Rupp G. H., The Federal Constitutional Court and The Constitution of The Federal Republic of Germany, 1972;
36. Russia's parliament opens way for Putin to stay in power beyond 2024, ABC News, available at: <https://abcnews.go.com/International/russias-parliament-opens-putin-power-2024/story?id=69504478>
37. Russia's constitutional court clears proposal to let Putin stay in power beyond term limits, ABC News, available at: <https://abcnews.go.com/International/russias-constitutional-court-clears-proposal-putin-stay-power/story?id=69620319>
38. Safta M., Developments in the Constitutional Review, Constitutional Court between the Status of Negative Legislator and the Status of Positive Co-Legislator, Perspectives of Business Law Journal, Vol.1, No.1, November 2012, 1;
39. Schwartz H., The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, Translated by K. Aleksidze, Tbilisi, 2003;
40. Stone Sweet A., Constitutional Courts, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2012;
41. Vanberg G., Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment, Annual Review Political Sciences, 2015;
42. Мазур. Т., некоторые особенности формирования конституционного суда в германии и в россии: сравнительно-правовой аспект. сб. збд-გვერდზე: <https://bit.ly/3BnwgVw>;
43. Райкова Н.С., Проблемы обеспечения независимости судей конституционного суда российской федерации. Вестник Томского государственного университета. 2010. - № 341. сб. збდ-გვერდზე: <https://bit.ly/3BSP9RO>.

## **PROF. DEVI KHVEDELIANI**

*Doctor of Law, Professor at Shota Meskhia  
State Teaching University of Zugdidi*

## **MARIAM GVACHAVA**

*PhD Student at GAU*

# AD HOC ARBITRATION IN CHINA

## LIST OF ABBREVIATIONS

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law

ICC- International Chamber of Commerce

AAA- American Arbitration Association

AA – Arbitration Act (England)

ADR – Alternative Dispute Resolution

FTA - Fast Track Arbitration Don't Arbitrations --- "Document only no Travel" Arbitrations DIS Deutsche Institution für Schiedsgerichtbarkeit

LCIA -- London Court of International Arbitration

SCC- Stockholm Chamber of Commerce

ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes

PGE -- Permanent Group of Experts

the IBRD -- The International Bank for Reconstruction and Development

BIT -- Bilateral Investment Treaty

IBA – International Bar Association

KSG – Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtbarkeit (die Schweiz)

IPRG – Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (die Schweiz)

BGG -- Bundesgerichtsgesetz (die Schweiz)

FAA -- Federal Arbitration Act (USA)

EC- European Community

EGZPO –Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (Deutschland)

ZPO – Zivilprozessordnung (Deutschland)

BGB- Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)

OLG – Oberlandsgericht (Deutschland)

VO – Verordnung

VwGO-Verwaltungsgerichtsordnung

NAFTA—North America Free Trade Agreement

The RICO Act -- The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act

OHG – Offene Handelsgesellschaft

ArbGG-Arbeitsgerichtsgesetz

## INTRODUCTION

Last decade in rapidly developing economies, when time is the most valuable resource the fast resolution of business disputes is extremely essential. As we can see, Ad Hoc Arbitration also becomes a relevant tool for solving this challenge. However, Ad Hoc Arbitration has its pros and cons and in this thesis, we make a goal to demonstrate the importance of Ad Hoc Arbitration in a free market and market economy, identify the factors impeding the full functioning of Ad Hoc Arbitration and identify ways to overcome them, develop scientifically substantiated theoretical and practical recommendations that will help improve the legislative framework and harmonize it with international norms, identify the causes of vicious practices and realities in Georgia related to Ad Hoc Arbitration and identify ways to eliminate them, analyzing the development of Ad Hoc Arbitration and the methods of resolving problems arising in this way. In this case, it seems very interesting to make a comparative analysis of the Ad Hoc Arbitration practices of China and other countries. By reconciling and analyzing other relevant data we will make Comparative Analysis of China's Ad Hoc Arbitration and International Norms and Institutions to Identifying key trends all this will lead us to the development of alternative means of dispute resolution practice in China.

We hopefully look forward to identifying Legislative and practical gaps, and concrete proposals will be made to amend the Chinese Ad Hoc Arbitration Legislation, which is a novelty of the research and, at the same time, practical. Based on the study of international practice and experience, recommendations will promote confidence-building and development for Ad Hoc Arbitration and mediation institutions, their promotion and effective functioning in modern globalized economics and free trade zones.

## I. INTRODACTION OF AD HOC OF CHINA

International arbitration is considered to be one of the most recognized and popular mechanisms for resolving disputes in the field of entrepreneurship. The parties are less likely to want their business dispute to depend on the decision of a particular state court. Therefore, the most common choice is arbitration. Arbitration is a form of alternative dispute resolution which allows disagreements between parties to be resolved without using the traditional court system. In an arbitration case the parties to a dispute will refer it to one or more persons - called as the "arbitrators" or an "arbitral tribunal" - by whose decision or award they agree to be obliged. Arbitration is often used to resolve commercial disputes, particularly in the context of international commercial operations. The arbitral tribunal contains one or more independent individuals selected by the parties of dispute or appointed through a mechanism that the parties have agreed in advance. An arbitral tribunal's substantive decision is called an award. Awards in international arbitrations are not subject to any appeal (save in a very limited number of jurisdictions) and can be enforced under both domestic and international enforcement regimes including, notably,<sup>57</sup> the parties to an arbitration are free to agree on whether to use the Rules of the ICC International Court of Arbitration, the rules of another arbitral institution or no rules at all.

International arbitration is a highly dynamic institution. Its development caused by various factors. The enormous amount of work done in the field of arbitration in the second half of the twentieth century, especially in the last quarter of it, has resulted in a high degree of unification of arbitration legislation. The so-called globalization of arbitration, as it named in the literature.<sup>58</sup>

It is generally accepted in both theory and practice of arbitration that there are two basic forms of arbitration, ad hoc and institutional. The existence of arbitrations with different functions and legal content was conditioned by the development of this institution. The difference in legal relationships and the consideration of disputes arising out of these relationships by arbitrators is the basis for the differences between them. Depending on how cases are considered by the arbitral tribunal, Arbitration may be institutional, or to resolve a particular dispute, and the termination of that dispute such arbitration is also called ad hoc arbitration. (Ad hoc - in Latin: For this particular case) The division of arbitration into ad hoc and institutional arbitration is generally recognized.<sup>59</sup>

In most cases, institutional arbitrations are established with chambers of commerce, exchanges, and associations, and operate following their own rules of procedure. Their statutes mainly regulate the rules and organization of arbitration activities. The same charter defines the status of the persons authorized to lead also defines their functions. Arbitration regulations are necessary for the existence of permanent arbitrations together with the charter.

57 The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

58 Kaufmann-Kohler, Gabrielle, The arbitrator and the law: does he/she know it? Apply it? How? And a few more questions. in: Wirth, Markus (Editor), Best Practices in Intrernational Arbitration, ASA-- Swiss Arbitration Association, Basel, 2006, p. 88

59 Schwab, Walter, Schiedsgerichtbarkeit, 7. Auflage, ~Beck~, „Helbing&Lichtenhahn“, München, 2005, s. 6



Schütze lists the features characteristic of institutional arbitration: Own and independent administration; Participate in the formation of arbitrators; Administrative provision of arbitration proceedings; Regulating the Arbitration Procedure (developing its arbitration regulations and offering them to the parties); Regulating the issue of arbitration costs and arbitrators' fees; Developing a standard arbitration agreement and offer it to "clients".<sup>60</sup>

Typically, the Arbitration Rules define the procedure for reviewing and resolving disputes, the rules for determining arbitration costs and their distribution, and the content of the Model Arbitration Agreement, which is recommendatory for parties who decide to transfer the dispute between them to this arbitral tribunal.

To understand the reasons behind this unusual attitude, it is necessary to trace its historical background. In Western countries, ad hoc arbitration emerged much earlier than institutional arbitration, which can be traced back to 1500 BCE in ancient Egypt. During medieval times, ad hoc arbitration is well developed in commercial and maritime fields<sup>61</sup>. The development of an arbitration system in China followed a completely different path. Because of the heavy reliance on agriculture before Qing dynasty, for a long time the development of commerce was almost completely suppressed in China. Not until the mid-19th century did arbitration arise, as a result of the state bodies' incompetence in resolving commercial disputes and their lack of experience in hearing such cases. So, what are the holding-back forces in China arguing against ad hoc arbitration today? Many scholars in China, fully aware of the differences between the attitudes of China and other jurisdictions toward ad hoc arbitration, still believe that Chinese society is not ready to accept and implement ad hoc arbitration without government oversight. Typically, they hold that a credit or trust system has not been fully established in Chinese society.

In addition to the above, there is also a third type of arbitration, which takes an intermediate position concerning permanent and temporary arbitrations. In addition to the above mentioned, there is also a third type of arbitration, which takes an intermediate position concerning permanent and temporary arbitrations. We have in mind the so-called Administrative Arbitration. The principle of their operation based on certain commercial organizations, or institutional arbitration institutions, perform administrative functions for the ad hoc arbitration in case of determining situations/ occasions and following their statute regulations. The function of such an "administrative arbitration" is, for example, the permanent arbitration with the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation for those interested parties, who won't solve the disputes between them following the UNCITRAL-1976 Arbitration Rules, these rules were particularly developed for ad hoc arbitration. Special regulations have been developed at the international level to systemize and to assist participants who have considered dispute resolution in the Ad Hoc Arbitration. We would like to notice the most popular of them:

---

60 Schütze, Rolf, A. Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 4. Auflage, „C.H. Beck“, München, 2007, s. 16-17.

61 ZHANG Tietie, Enforceability of Ad Hoc Arbitration Agreements in China: China's Incomplete Ad Hoc Arbitration System, 46 Cornell International Law Journal, 361 (2013).

1. Arbitration Rules of the European Economic Commission for 1963
2. UN General Assembly Arbitration Regulations approved by the UN General Assembly in 1976.

And also most popular acts under the auspices of the United Nations

1. Arbitration Regulations of the United Nations Commission on Europe for 1966
2. Rules of the International Private Arbitration Commission of the United Nations Commission on Asia and the Far East 1966.

It should be noted that ad hoc arbitrations are significantly lower in popularity than institutional arbitrations. For a better understanding of how the ad hoc arbitration and law system are correlated, we have to show the Court system of China. The Chinese court system is divided into four levels: Basic People's Court, Intermediate People's Court, Higher People's Court and Supreme People's Court (SPC). Generally, for international arbitrations, the Basic Court is not involved. Generally, the Intermediate People's Court is responsible for hearing challenges to the validity of the arbitral agreement and the enforcement of foreign arbitral awards. In compliance with a pre-reporting scheme implemented by the SPC, if an Intermediate Court decides not to enforce a New York Convention arbitral award or a foreign-related arbitral award, the Intermediate Court must submit the case to the High People's Court for further review. If the High People's Court agrees with the decision of the Intermediate Court not to enforce such an award, the High People's Court must submit the case to the SPC for review. In this way, China ensures that it complies with its New York Convention obligations and that arbitral awards are not enforced only in exceptional cases.

Ad hoc arbitration, one of the oldest and most flexible dispute-resolution methods, is widely accepted in various jurisdictions. Compared to institutional arbitration, ad hoc arbitration keeps its advantage of flexibility, low cost, and efficiency. However, not every country takes the same attitude toward ad hoc arbitration, and China is one of the most noticeable examples. The Chinese Arbitration Law is drafted centering on arbitration commissions (i.e. arbitration institutions), and it is explicitly provided in Articles 16 and 18 of the Chinese Arbitration Law that a "designated arbitration commission" is one of the mandatory requirements for a valid arbitration agreement. In this regard, China seems to be alone in its negative attitude toward ad hoc arbitration. Article 16 of the Arbitration Law stipulates that an arbitration agreement must designate an arbitration commission. Domestic ad hoc arbitrations (including UNCITRAL arbitrations) are therefore prohibited thereunder<sup>62</sup>. However, foreign arbitral awards obtained through ad hoc proceedings are generally recognized and enforceable at PRC courts.

China, an emerging economic superpower, is also an active developing player in adopting arbitration

<sup>62</sup> In *Züblin International GmbH v Wuxi Woke General Engineering Rubber Co, Ltd*, the Supreme People's Court held that the recognition and enforcement of an ICC arbitral award with a seat in Shanghai should be refused on the grounds that there was "no explicit designation of an arbitration institution" because the agreement merely provided for arbitration under "ICC rules."

for dispute resolution. The People's Republic of China Arbitration Law (Law), however, requires that parties appoint an arbitration institution in their arbitration agreement. Otherwise, their ad hoc arbitration agreement is invalid. Interestingly, this strict requirement does not mean Chinese courts will never enforce an ad hoc arbitration agreement. Given arbitration's "international" nature, parties can freely agree to arbitrate outside China where ad hoc arbitration is accepted and/or choose a different law to govern their arbitration agreement's validity when arbitrating inside China.

## II. LEGAL BASIS OF AD HOC ARBITRATION IN CHINA

Most countries recognize ad hoc arbitration and do not require the designation of an arbitral institution in an arbitration agreement. Different from the rest of the world, Chinese arbitration law generally does not recognize the validity of ad hoc arbitration agreements or awards. More specifically, failure to designate an arbitral institution in China will result in the unenforceability of an arbitration agreement<sup>63</sup>. The issue becomes critical as more and more foreign businesses in China seek arbitration as a dispute resolution method for their operations.

Arbitration in China has seen a dramatic development since the early 1980s as China experienced unprecedented economic growth. During the past two decades, China's gross domestic product (GDP) has risen fourfold, reaching U.S.\$1.4 trillion in 2003 and ranking seventh worldwide.<sup>64</sup> According to the Asia-Pacific Economic Co-operation (APEC) and the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), China surpassed the United States and became the top choice for foreign direct investment (FDI) for the first time in 2003.<sup>65</sup> Meanwhile, China has emerged from "being virtually absent in international trade" to the third most active trading nation in the world, just behind the United States and Germany, and ahead of Japan.<sup>66</sup>

The 1994 Arbitration Law did not, however, unify the legal sources for arbitration. Reconstructed under the 1994 Arbitration Law, current Chinese arbitral institutions are divided into two categories: domestic and foreign-related. The law requires the foreign-related arbitral tribunals to be established by the China International Chamber of Commerce (CICC) and the domestic tribunals to be established under local municipal governments.<sup>67</sup>

How existing foreign-related (or international) arbitration commissions, the China International Economic and Trade Arbitration Committee (CIETAC) and China Maritime Arbitration Committee (CMAC),<sup>68</sup> which existed before 1994, were compliant with the requirements when the 1994 Arbitration Law was implemented. Operating since 1956, CIETAC has become one of the top three arbitral institutions worldwide, listed along with the International Chamber of Commerce (ICC) and the American Arbitration Association (AAA).

63 Arbitration Law, 1994, art. 18 (P.R.C.).

64 *IMF: China's GDP Ranks No. 7*, People's Daily, May 19, 2004, available at <www.chinadaily.com>. China was listed sixth in GDP worldwide in 2002. The drop in ranking in 2003 was due to the appreciation of the euro against the U.S. dollar, the Chinese RMB being tied to the U.S. dollar.*Id.*

65 See OECD, Trends and Recent Developments in Foreign Direct I 3 (June 2004). Foreign investment in the United States has seen a significant drop during the past few years, from U.S.\$167 billion in 2001 to U.S.\$40 billion in 2003. See *China Becomes Top Choice for Foreign Investment*, SInvestmentino Cast, July 1, 2004.

66 Ted C. Fishman, *The Chinese Century*, N. Y. Times, July 4, 2004, F24. China's foreign trade has increased more than forty times since 1978, hitting U.S.\$850 billion in 2003. National Bureau of Statistics of China, *Statistical Communique of the People's Republic of China on the 2003 National Economic and Social Development*, February 26, 2004, table 7, available at *China's Foreign Trade Rises Some 30 Times in 24 Years* <www.china.org.cn>. In 1978, China's foreign trade totaled U.S.\$20.5 billion., People's Daily, December 30, 2002, available at <http://english.peopledaily.com.cn>.

67 Cities directly under central government control, capital cities of the provinces, and other major commercial and industrial cities may set up arbitration commissions. Arbitration Law, 1994, art. 10; see also *id.* art. 66.

68 China Maritime Arbitration Commission (CMAC) was established in 1958 to handle maritime arbitration cases. It takes a very small volume of international or foreign-related maritime cases. For example, in 2002 CMAC took in total only fourteen cases. See CIETAC, *2002 Annual Report and 2003 Annual Plan*, 84 Arbitration and Law 38-42 (No. 1, 2003).

A very important step forward, the 1994 Arbitration Law requires that domestic tribunals be “independent of administrative bodies [having] independent relationship with administrative authorities.”<sup>69</sup> Besides, the law affirms that domestic awards are final and cannot be appealed<sup>70</sup>. So far, more than 150 domestic tribunals have been established under the new law<sup>71</sup>. The 1994 Arbitration Law generally rules out the possibility of ad hoc arbitration in China<sup>72</sup>. However, in exceptional circumstances, international ad hoc arbitration agreements or awards may be recognized as valid to a limited extent in China.

Chinese courts recognize the validity of foreign arbitral awards issued by ad hoc arbitral tribunals if the awards fall subject to the New York Convention<sup>73</sup>. China is a signatory to the New York Convention, which requires the recognition and enforcement of both ad hoc and institutional arbitration awards.<sup>74</sup> According to Chinese rules on conflict of laws, international conventions and treaties of which China is a member or signatory apply in Chinese courts directly. In cases where a conflict exists between international conventions or treaties and the Chinese domestic laws, international conventions or treaties prevail<sup>75</sup>. China’s first New York Convention case, *Guangzhou Ocean Shipping Co. Ltd. v. Marships of Connecticut*, was an enforcement case based on an ad hoc arbitral award entered in London, applying English law as designated by the parties.<sup>76</sup> The Chinese court recognized the award and entered an enforcement order.

Different approaches from other provinces we have got in Shanghai, although again part of China since 1997, the Chinese government had promised to maintain the British colonial legal system in Hong Kong for at least fifty years following reunification.<sup>77</sup> Hong Kong courts recognize the validity of ad hoc awards. However, ad hoc arbitral awards entered in Hong Kong cannot be enforced in other territories of China, based on the New York Convention as the result of the sovereignty transfer in 1997. Hong Kong first became a party of the New York Convention through the United Kingdom’s

---

69 Arbitration Law, 1994, art. 14.

70 *Id.* art. 9.

71 See Shengchang Wang, *Chinese Arbitration Law after China’s Accession to the WTO*, available at <www.cietac.org.cn> (in Chinese, on file with author).

72 See Arbitration Law, 1994, art. 16(3).

73 See, e.g., *Guangzhou Ocean Shipping Co. Ltd. v. Marships of Connecticut*, reported in Song Hang, *Recognition and Enforcement of Awards in International Commercial Arbitration* 245 (2000).

74 “The term ‘arbitral awards’ shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.” New York Convention, *supra* note 20, art. 1(2).

75 Art. 142 of the General Principles of the Civil Law of the People’s Republic of China provides that if any international treaty concluded or acceded to by China “contains provisions differing from those in the civil laws of the P.R.C., the provisions of the international treaty shall apply” unless China has made reservation on the provision. General Principles of the Civil Law of the People’s Republic of China, April 12, 1986, entered into force January 1, 1987, LEXIS, Chinalawinfo Selected PRC LawsLibrary, PRCLEG 1165; see also Sheng Chang Wang, *The Impact of New Contract on Arbitration*, *Arbitration and Law Newsletter* 5 (June 1999) (in Chinese).

76 The case for recognition and enforcement of the award was brought to the Maritime Court of Guangzhou in 1990. The court granted the applicant’s petition to enforce the award. Song, *supra* note 122, at 245 (in Chinese); Mo, *supra* note 25, at 57 (in English)

77 Hong Kong law is based closely on English law and its continuance in its present form until the middle of the next century is guaranteed by the People’s Republic of China notwithstanding the change of Hong Kong’s sovereignty which took place in 1997. The legal system is guaranteed by Sino-British Joint Declaration and the Basic Law of the Hong Kong Special Administration Region of the People’s Republic of China. See Jin Huang & Andrew Xuefeng Qian, *One Country, Two Systems, Three Law Families, and Four Legal Regions: The Emerging Inter-Regional Conflicts of Laws in China*, 5, *Duke J. Comp. & Int’l L.* 289, 294, n.26 (1995).

accession in 1975 and by the extension of its membership to Hong Kong in 1977<sup>78</sup>. To resolve the enforcement issue between the two regions, Mainland China and Hong Kong entered a special agreement in 2000 and established a system that maintains the same mechanism as the New York Convention<sup>79</sup>. The agreement was published in the format of a notice of SPC. Hong Kong law - the default applicable law for arbitration procedures in Hong Kong — recognizes the validity of ad hoc arbitration agreements Chinese courts will recognize ad hoc arbitral awards entered in Hong Kong unless the parties chose a foreign applicable law that does not recognize ad hoc arbitration. In determining the validity of an arbitral agreement, it is realistic to expect that Chinese courts will apply the law of the place where an arbitration award is made unless the parties have designated otherwise. By applying the above governing-rule analysis, the following outcomes are expected from the Chinese courts in different scenarios:

1. A domestic ad hoc arbitration agreement with no foreign element involved: The Convention does not apply. Chinese courts apply Chinese law only, and the agreement is invalid.
2. A foreign-related ad hoc arbitration agreement with the designation of China as the place for arbitration but without a choice of applicable law for arbitration: The law of the place of arbitration applies, i.e. Chinese law, and the arbitration agreement is invalid.
3. A foreign-related ad hoc arbitration agreement with the designation of China as the place for arbitration and choice of foreign law in arbitration: Chinese courts should apply the chosen foreign law in determining the validity of the ad hoc arbitration agreement.
4. A foreign-related ad hoc arbitration agreement designating a foreign country as the place for arbitration but without a choice of applicable law for arbitration: Chinese courts should apply the law of the foreign country chosen as the place for arbitration as the governing law to determine the validity issue.
5. A foreign-related ad hoc agreement designating a foreign country as the arbitration place but with the choice of Chinese law: Chinese courts should apply Chinese law and rule the arbitration agreement invalid.

Unfortunately, the practice in Chinese courts has been not entirely congruent with the applications outlined in the theoretical analysis above. Chinese courts have been inconsistent in ruling on the validity of ad hoc arbitration agreements. In a 1995 case involving a petition for a stay of litigation pending arbitration, *In re Fujian Production Material*, the SPC instructed the Guangdong HPC to confirm the validity of an arbitration agreement set forth for ad hoc arbitration in a foreign country, and to stay litigation pending arbitration. However, in 1996, in *Nove Nordisk v. Hainan Jizhong*, the SPC ruled an ad hoc arbitration agreement designating London as the arbitration place invalid

78 See *New York Convention: Contracting States and Reservations [4 New York Convention]*, International Commercial Arbitration VI.4, VI.8 (July 1996).

79 See *id.*; see also Notice of the Supreme People's Court Concerning the Agreement for Mutual Enforcement of Arbitral Awards Between the Mainland and Hong Kong Special Administration Region, January 24, 2000; reprinted in Mo, *supra* note 25, at 681–87 [hereinafter “Mutual Enforcement Notice”].



because the parties failed to choose an arbitral institution.<sup>8081</sup> Civil Division on January 10, 2017, the Supreme Court implied that *ad hoc* arbitration clause made between the enterprises registered within the free trade pilot zones would be valid if it reveals the true intention of the parties. The court will regulate the effectiveness of *ad hoc* arbitration through trial supervision.

The authors agree that it is not suitable for China to completely remove limitations on ad hoc arbitration. The majority of Chinese people lack the basic knowledge of the workings of ad hoc arbitration, so many still refuse to accept the binding force of ad hoc arbitration, since they normally rely on decisions issued by courts and permanent institutions established by government authorities.

---

80 Song Lianbin, *A Study of Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration* 98 (2000).

81 Song, citing Supreme People's Court, Judicial Reply No. 449 of 1996, to Hainan High Court's Inquiry Regarding *Novo Nordisk v. Hainan Jizhong Medical Technology Development Co.*

### III. PROS AND CONS OF AD HOC ARBITRATION

A properly structured ad hoc arbitration should be more cost effective, and therefore better suited to smaller claims and less wealthy parties. The ad hoc process places a heavier burden on the arbitrator to organize and administer the arbitration. A distinct disadvantage of the ad hoc process is that its effectiveness is dependent on how willing the parties are to agree on the arbitration procedures at a time when there may already be a dispute. The failure of one or both parties to fully cooperate can result in time spent resolving issues or an ultimate recourse to court. A primary advantage of the ad hoc process is its flexibility, enabling the parties to decide the dispute resolution procedure themselves. However, this will of course require a greater degree of effort, cooperation and expertise from the parties to determine the arbitration rules. Often the parties may misunderstand each other if they are different nationalities and come from different jurisdictions, and this can cause delays. Again, once a dispute has arisen this may frustrate the “parties” intention to resolve the dispute on an ad hoc basis.

Such situations can be avoided if the parties agree that their arbitration should be conducted under certain arbitration rules. This will result in reduced deliberation and legal fees, and parties will be able to begin proceedings early as they will not have to engage in negotiating specific rules. The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules, revised in 2010, are among the most suitable rules for this purpose. Another reason why ad hoc arbitration is less expensive than institutional arbitration is that the parties will only have to pay fees for the arbitrators, lawyers or representatives and the costs incurred in conducting the proceedings rather than paying fees to an arbitration institution. If the amount in dispute is considerable, these fees can be prohibitively expensive. In order to reduce costs, parties and the arbitrators may agree to co- The arbitrator’s fees will be negotiated directly between the parties and the arbitrators, allowing them the option to negotiate, whereas in institutional arbitration the arbitrators’ fees will be set by the institution. The disadvantage here is that this can involve an uncomfortable discussion and, in certain cases, the parties may not be able to negotiate a fee reduction. The arbitrators are the ‘judges’ in the case and no party would wish to upset the judge, particularly before the proceedings have even commenced. Conduct the arbitration at the arbitrator’s office.

A distinct disadvantage of the ad hoc approach is that its effectiveness may be dependent upon the willingness of the parties to agree upon procedures at a time when they are already in dispute. The most important advantages of arbitration are:

1. The primary advantage of ad hoc arbitration is flexibility, which enables the parties to decide upon the dispute resolution procedure. This necessarily requires a greater degree of effort, co-operation and expertise of the parties in determination of the arbitration rules. Very often, the parties may misunderstand each other since they are of different nationalities and come from different jurisdictions, and this can delay the arbitration. Also, once a dispute arises, parties tend to disagree and lack of co-operation required may frustrate the parties’ intention of resolving their dispute by

ad hoc arbitration. Such situations can be avoided, if the parties agree that the arbitration should be conducted under certain arbitration rules.

2. By reason of its flexibility, ad hoc arbitration is preferred in cases involving state parties who consider that a submission to institutional arbitration devalues their sovereignty and they are therefore reluctant to submit to institutional control. Ad hoc arbitration also permits the parties to shape the arbitration in a manner, which enables quick and effective resolution of disputes involving huge sums of public money and public interest. In the arbitration, conducted ad hoc, the flexibility permitted the parties to define issues in a manner, which enabled quick resolution of the dispute.

3. Another primary advantage of ad hoc arbitration is that it is less expensive than institutional arbitration. The parties only pay fees of the arbitrators', lawyers or representatives, and the costs incurred for conducting the arbitration i.e. expenses of the arbitrators, venue charges, etc.

4. In ad hoc arbitration, parties negotiate and settle fees with the arbitrators directly, unlike institutional arbitration wherein the parties pay arbitrators' fees as stipulated by the institution. This allows them the opportunity of negotiating a reduction in fees. But this involves an uncomfortable discussion & in certain cases, the parties may not be able to negotiate a substantial reduction or for that matter, any reduction at all. The arbitrators are the judges in the cause and no party desires to displease the judge, even before the proceedings have commenced. But ad hoc arbitration has some disadvantages. Parties wishing to include an ad hoc arbitration clause in the underlying contract between them, or seeking to agree the terms of arbitration after a dispute has arisen, have the option of negotiating a complete set of rules which meet their needs.. In ad hoc arbitration, the appointment of arbitrators is generally based on the parties' faith and trust in the arbitrators and not necessarily on the basis of their qualifications and experience. Thus, an incompetent arbitrator may not conduct the proceedings smoothly and this could delay dispute resolution, lead to undesirable litigation and increased costs.

We can also mention that ad hoc arbitration has several unique features:

- Not administered arbitration proceeding;
- Totally discretionary choice of rules and procedures;
- The procedure is in the hands of the parties and the arbitrators, within the general limits of the principles of (international) arbitration and the limits of the mandatory national procedural rules at the seat of arbitration, for example: Right to be heard;
- Fair trial / equal treatment;
- Specific, lex-arbitri related limits.

## IV. CONCLUSION

There are multiple reasons why Chinese law should abandon its requirement that all arbitrations must be institutional. First, Chinese law's preclusion of ad hoc arbitration is, and is destined to be, unsuccessful in practice. Due to arbitration's private and international nature, parties can avoid the Chinese law's requirement by resorting to the New York Convention and by specific party agreements. Second, the distinction between ad hoc and institutional arbitration is never clear-cut. Arbitration institutions' different organizational structures and work styles dictate that it is not practical to accurately distinguish ad hoc arbitration from institutional arbitration in practice. More importantly, ad hoc and institutional arbitration have so much in common that they are not easily separable from each other. Therefore, recognizing the legitimacy of only one and not the other is not a good strategy to begin with. Third, Chinese law's hostility against ad hoc arbitration was historically shaped and politically motivated. The development history of arbitration in China indicated that the preclusion of ad hoc arbitration under Chinese law resulted from the social, political, and economic contexts of the Chinese society at the time when the legal transplant of arbitration in China took place. However, after the radical economic and social changes that China has gone through in recent decades, the reasons or concerns for not legitimizing ad hoc arbitration in China have disappeared. Moreover, history indicates that the current PRC Arbitration Law represents a tentative or interim legal framework that came into existence during the transition period from a planned economy to a market economy. Given that there are no compelling arguments against the full recognition of ad hoc arbitration in China's legal system, China will only benefit from legitimizing ad hoc arbitration.<sup>82</sup> We do believe that global integration process needs rapid and qualities arbitration system in China and the environment is ready. In addition, well working arbitration system irrevocably will make input in economic development of china, especially if we take in account the prognosis of economic decrease in the global aspect after Corona virus "Covid19". Having a complete, efficient, and effective arbitration system may help China attract foreign business as much as possible, continue the move towards a market economy, remain active in the globalization process, and become more involved in the world's international commercial arbitration system. It is difficult to see why and how a good arbitration system can possibly preclude ad hoc arbitration. Flexibility is a very important reason why parties choose arbitration to resolve their disputes. The consensual nature of arbitration usually allows the parties to decide what kinds of arbitration procedure they want. Because of its obvious advantages, there will always be parties who want to choose ad hoc arbitration. If China fully endorses ad hoc arbitration, one can naturally assume this will bring more business for its arbitration practitioners, the entire legal service industry, and potentially many related services including hotel and entertainment industries. Business opportunities like these will certainly benefit China's economy. Chinese arbitration industry has already made attempts to incorporate ad hoc arbitration. In 2017, China Online Arbitration Alliance, initiated and spearheaded by Guangzhou Arbitration Commission, issued the China Internet Arbitration Alliance Rule for Bridging Ad Hoc Arbitration and Institutional Arbitration.

82 See discussion *infra* Part II.A for an analysis and critique of arguments against legitimizing ad hoc arbitration in China.

Arbitration plays a very important role in today's world. It is the preferred method for resolving disputes arising from cross-border business transactions and investments. As China becomes more integrated into the global economy, it has grown to be an increasingly important player in the field of international arbitration. With Chinese economic influence rising worldwide, more arbitration will involve Chinese parties or even take place in China, and more arbitral awards will need enforcement in Chinese courts. As a result, the world needs to have a good understanding of the Chinese arbitration legal framework, particularly how it interacts with the international arbitration system based on the New York Convention. With many benefits such as flexibility, low cost, and efficiency, ad hoc arbitration is recognized in almost all of the jurisdictions in the world.. Legitimizing ad hoc arbitration in China will give business entities more options to resolve their disputes effectively, which will make the Chinese economy more efficient. Legislative action nevertheless remains the only way to resolve completely the ad hoc arbitration problem under Chinese law.

## BIBLIOGRAPHY

1. Alexander, Martin Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im E-Commerce sowie außergerichtliche Streitbeilegung, „Dr. Kovac“, Hamburg, 2006.
2. Berger, Bernhard, Kellerhals, Franz, Internationale und interne Schiedsgerichtbarkeit in der Schweiz, „Stämpfli“, Bern, 2006.
3. Böckstiegel, Karl-Heinz, Einführende Überlegungen zur Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren. in: Böckstiegel, Berger, Bredow, (Hrsg), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtbarkeit, Band 16, „Karl Heymann“, Köln, Berlin, München, 2005.
4. Borris, Christian, Abfassung von Schiedsklauseln und Ausgestaltung des Schiedsverfahrens in Streitigkeiten aus gesellschaftsrechtlichen Vertragsverhältnissen. in: Böckstiegel, Berger, Bredow, (Hrsg), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtbarkeit, Band 16, „Carl Heymann“, Köln, Berlin, München, 2005.
5. Courvoisier, Mathias, In der Sache anwendbares Recht vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz- Art 187 Abs. 1 IPRG, „Schulthess“, Zürich, Basel, Genf, 2005.
6. Distler, Wolfram, Private Schiedsgerichtbarkeit und Verfassung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, „Peter Lang“, Frankfurt am Main, 2000.
7. Geimer, Reinhold, Beteiligung weiterer Parteien im Schiedsgerichtsverfahren, insbesondere die Drittwiderklage in: Böckstiegel, Berger, Bredow, (Hrsg), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtbarkeit, Band 16, „Carl Heymann“, Köln, Berlin, München, 2005.
8. Kreindler, H. Richard, Strafrechtsrelevante und andere anstößige Verträge als Gegenstand von Schiedsverfahren, „Recht und Wirtschaft“, Frankfurt am Main, 2005.
9. Kreindler, Richard, H. Schäfer, Jan, K. Wolff, Reinmar, Schiedsgerichtbarkeit, Kompendium für die Praxis, „Recht und Wirtschaft“, Frankfurt am Main, 2006.
10. Müller, Christoph, Neues aus der schweizerischen Gesetzgebung zur internationalen und nationalen Schiedsgerichtbarkeit, ASA Bulletin, Volume 24, No 1, ~Kluwer law international~, 2006.
11. Sandrock, Otto, Wirkungen von Schiedsvereinbarungen im Konzern, in: Böckstiegel, Berger, Bredow, (Hrsg), Die Beteiligung Dritter an Schiedsverfahren, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtbarkeit, Band 16, „Carl Heymann“, Köln, Berlin, München, 2005.
12. Schiffer, Karl Jan (Hrsg), Mandatspraxis Schiedsverfahren und Mediation 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, ~Carl Heymann~, Köln, Berlin, München, 2005.
13. Alvarez, C. Henri, Kaplan, Neil (CBE Q.C), Rivkin, David, W. Model law decisions, Cases applying the UNCITRAL model law on international commercial arbitration (1985-2001), “Kluwer law international”, The Hague, 2003. ASA Bulletin, Volume 22, No 1, “Kluwer law international”, 2004.
14. ASA Bulletin, Volume 23, No 1, “Kluwer law international”, 2005.



15. ASA Bulletin, Volume 24, No 1, "Kluwer law international", 2006.
16. Bagheri, Mahmood, International contracts and national economic regulation, Dispute resolution through international commercial arbitration, "Kluwer law international", The Hague, 2000.
17. Berger, Klaus Peter, Private dispute resolution in international business, negotiation, mediation, arbitration, volume I, case study, "Kluwer Law International", Alphen aan den Rijn, 2006.
18. Berger, Klaus Peter, Private dispute resolution in international business, negotiation, mediation, arbitration, volume II, case study, "Kluwer Law International", Alphen aan den Rijn, 2006.
19. Berti, Stephen, V.(Editor,) International Arbitration in Switzerland, an introduction to and a commentary on articles 176-194 of the swiss private international law statute, "Helbing & Lichtenhahn", Basel, 2000.
20. Born, Gary, B. International arbitration and forum selection agreements : drafting and enforcing, Second Edition, "Kluwer Law International", The Hague, 2006.
21. Brunet, Edward; Spiedel, Richard E; Sternlight, Jean, R;Ware, Stephan, J; Arbitration Law in America, A Critical assessment, "Cambridge University Press", Cambridge, 2006.
22. Bühring-Uhle, Christian, (and for the second edition, Lars Kirchhoff and Gabriele Scherer with a foreword by William W. Park) Arbitration and Mediation in International Business, "Kluwer Law International", The Hague, 2006.
23. Bühring-Uhle, Christian, A Survey of arbitration and settlement in international business disputes. in: Drahozal, Christopher, R. Naimark, Richard, W. (Editors) Towards a Science of international arbitration, collected empirical research, International arbitration law library, "Kluwer law international", The Hague, 2005.
24. Cohen, Julius Henry, Commercial arbitration and the law, "Appleton and company", New-York, London, 1918.
25. Favre-Bulle, Xavier, Are arbitration proceedings still exclusively reserved for the parties? in: Gaillard, Emmanuel (General Editor), Towards a uniform international arbitration law? International Arbitration Institute (IAI), "Jurisnet", Huntington (NY), 2005.
26. Lew, Julian, D.M. ICSID arbitration: Special features and recent developments. in: Arbitrating foreign investment disputes, procedural and substantive legal aspects, studies in transnational economic law, edited by Norbert Horn, "Kluwer law international", The Hague, 2004.
27. Madsen, Finn, Commercial arbitration in Sweden, a commentary on the arbitration act (1999:116) and the rules of the arbitration institute of the stockholm chamber of commerce; ~Jure Förlag AB, ~ Edition 1, Stokholm, 2004.
28. Mantilla-Serrano, Fernando, Towards a transnational procedural public policy. in: Gaillard, Emmanuel (General Editor), Towards a uniform international arbitration law? International Arbitration Institute (IAI), Jurisnet, Huntington (NY), 2005.
29. Merkin, Robert, Arbitration Act 1996, Third edition, ~LLP~, London, 2005.
30. Moss, Guiditta Cordero, International commercial arbitration, Party Autonomy and Mandatory rules, "Tano Aschehoug", Oslo, 1999.

31. Müller, Christoph, International Arbitration, A Guide to the Complete Swiss Case Law (Unreported and reported), "Schulthess Juristische Medien", Zürich, Basel, Genf, 2004.
32. Niemic, Robert, J. Stienstra, Donna, Randall, Ravitz, E. Guide to Judicial Management of Cases in ADR, Federal Judicial Center(USA), 2001.
33. Sanders, Pieter, The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation, second and expanded edition, "Kluwer Law International", The Hague, 2004.
34. Schäfer, Erik, Verbist, Herman, Imhoos, Christophe, ICC arbitration in practice, ~Kluwer law international, ~ The Hague, 2004.
35. Stampa, Gonzalo, The 2003 Spanish arbitration act, ASA Bulletin, Volume 22, No 1, "Kluwer law international", 2004.
36. Stitt, Allan, J. Mediation: a practical Guide, "Cavendish Publishing", London, Sydney, Portland, Oregon, 2004.
37. Swedish and international arbitration, Yearbook of the arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Stockholm, 1994.
38. Van Houtte, Hans, Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty a state of affairs, ASA Bulletin, Volume 23, No 1, " Kluwer law international", 2005.
39. Sanders, Pieter, The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation, second and expanded edition, "Kluwer Law International", The Hague, 2004, p. 54.
40. Centre for Dispute Resolution CEDR <http://www.cedr.co.uk>
41. ICC International Court of Arbitration <http://www.iccwbo.org/arb/index.html>
42. International Centre for the Settlement of Investment Disputes - ICSID (World Bank) <http://www.worldbank.org/icsid>
43. London Court of Int'l Arbitration <http://www.lcia-arbitration.com/>



## **ანრი ნიშნიანიძე**

*გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის  
სამართლის სკოლის დოქტორანტი*

## **ANRI NISHNIANIDZE**

*PhD student of Law School at  
Grigol Robakidze University*

კიბერჯაშუვობა: სახელმწიფო ინტერესების  
წინააღმდეგ მიმართული კიბერდანაშაულის ახალი  
სახე

CYBER-ESPIONAGE: A NEW FACE OF CYBERCRIME

DIRECTED AGAINST STATE INTERESTS

## აბსტრაქტი

სტატიის დანიშნულებაა, წარმოჩინდეს, თუ რა საშიშროება მომდინარეობს ისეთი უცხო სივრციდან, როგორც არის კიბერსივრცე. სტატიაში გაანალიზდება, თუ რა საშიშროების მატარებელია სახელმწიფოებისათვის ისეთი ტიპის ახალი დანაშაული, როგორც არის კიბერჯაშუშობა და რა პრობლემები არსებობს კიბერჯაშუშობის სამართლებრივი მოწესრიგების ირგვლივ.

სტატიის დამუშავების პროცესში მოხდა არაერთი იურისტის მოსაზრების შესწავლა კიბერჯაშუშობის დანაშაულის ირგვლივ, ასევე გაანალიზდა სხვადასხვა სფეროს სპეციალისტების მოსაზრებები და პრაქტიკაში კიბერჯაშუშობის შემთხვევები. ხსენებული სტატიის დამუშავების პროცესში მეცნიერული მეთოდების გამოყენებით განისაზღვრა კიბერდანაშაულის მნიშვნელობა და პრობლემები, რომლებიც აღნიშნულ დანაშაულთან დაკავშირებით არსებობს.

თანამედროვეობაში ტექნოლოგიური განვითარების მაღალ ტემპთან ერთად განვითარდა მრავალი სფერო, მაგ., კიბერსივრცე, რომლის ევოლუციამაც, დადებით შედეგებთან ერთად, გამოიწვია არაერთი დანაშაულებრივი ქმედების ჩამოყალიბება. მათ შორის არის კიბერჯაშუშობა. სტატიაში წარმოჩინდება, თუ რა არის კიბერჯაშუშობა, რა საშიშროების მატარებელია კიბერჯაშუშობის აქტი, ყურადღება გამახვილდება საკანონმდებლო ბაზისის არარსებობაზე და იმაზე, რომ შესაბამისი ძალოვანი სტრუქტურები, რომლებმაც უნდა ებრძოლონ კიბერჯაშუშობის დანაშაულს, არ არიან მზად დანაშაულთან საბრძოლველად.

სტატიის ძირითადი მიზანია, არსებული იურიდიული ლიტერატურის საფუძველზე მოხდეს განსხვავებული მოსაზრებების შესწავლა კიბერჯაშუშობის ირგვლივ, დეტალურად გაანალიზდეს პრობლემატიკა და სტატიის დასკვნით ნაწილში წარმოჩინდეს შესაბამისი რეკომენდაციები.

კიბერსივრცემ ბოლო პერიოდში განსაკუთრებული მნიშვნელობა შეიძინა. მილიონობით ფურცლის დაბეჭდვის ნაცვლად შესაძლებელი გახდა დოკუმენტაციის მეხსიერების ბარათზე განთავსება. მსგავსი ინფორმაციის მიღება ჯაშუშებისა და ადამიანების ჩარევის გარეშე შესაძლებელია - კომპიუტერული მოწყობილობის დახმარებით კიბერჯაშუშის მიერ. ხსენებული კი, სამართლებრივად მოუწესრიგებელია. შესაბამისად, სანამ საკითხი სამართლებრივად არ მოწესრიგდება, მანამ იარსებებს პრობლემები და საკითხი აქტუალური იქნება.

**საძიებო სიტყვები:** კიბერჯაშუშობა, კიბერსივრცე, კიბერდანაშაული, კიბერუსაფრთხოება, კომპიუტერული დანაშაული.

## ABSTRACT

The purpose of the article is to show what dangers emanate from such an alien space as cyberspace. The article will analyze and present what dangers such a new type of crime, such as cyber-espionage, poses to states and what problems exist around the legal regulation of cyber-espionage.

In the process of work, there was studied the opinions of a number of lawyers regarding the crime of cyber-espionage, as well as analyzed the opinions of specialists in various fields and studied cases of cyber-espionage in practice. In the process of developing the mentioned article, using scientific methods, there was analyzed and summarized the meaning of cyber-espionage and the problems that exist around the crime.

In modern times, along with the high pace of technological development, many areas have been developed, e.g. Cyberspace, the evolution of which, along with positive results, has led to the formation of a number of criminal activities. Among them is cyber-espionage. The article will show what cyber-espionage is, what dangers the act of cyber-espionage carries, it will focus on the lack of a legal framework and that the relevant law enforcement structures, which should fight the crime of cyber-espionage, are not ready to fight the crime.

The main objective of the article, as a result of the existing legal literature, is to analyze different opinions about cyber-espionage, to study the problem in detail and to present recommendations in the final part of the article.

Cyberspace has gained special importance in last years. Instead of printing millions of sheets, the documentation can be placed on a memory card. Such information can be obtained without the intervention of spies or people, but, only with the help of a computer device, by a cyber-spy. The mentioned is legally unorganized. Therefore, until the issue is settled legally, there will be problems and the issue will be relevant.

**Keywords:** cyber espionage, cyber space, cyber crime, cyber security, computer crime.

## I. შესავალი

21-ე საუკუნე სამართლიანად ითვლება ტექნოლოგიური განვითარებისა და ევოლუციის საუკუნედ. ამ ეპოქაში მრავალი ადამიანისთვის ხელმისაწვდომი გახდა შესაძლებლობები, რომლებიც ადრე მათთვის წარმოუდგენელი იყო, მაგ.: მობილური კავშირის საშუალებით მსოფლიოს ნებისმიერ წერტილში სხვა პირთან დაკავშირება, ინტერესების შესაბამისად ლიტერატურის თუ სხვა საჭირო ცოდნის მოძიება, ინფორმაციის კომპიუტერული საშუალებებით გადამუშავება და სხვა მრავალი. შესაბამისად, ადამიანის ცხოვრების ყოველდღიურობა ხსენებულმა ევოლუციამ გაამარტივა.

ზემოთ აღნიშნულ დადებით შედეგებთან ერთად, ტექნოლოგიური განვითარების ბოროტად გამოყენებამ არაერთი ახალი ტიპის დანაშაული გამოავლინა, რომელთა ჩაღწევა, „კლასიკური“ დანაშაულებისგან განსხვავებით, ხდება რადიკალურად განსხვავებულ სივრცეში, სივრცეში, რომელსაც უწოდებენ ვირტუალურ სამყაროს ან, უბრალოდ, კიბერსივრცეს.<sup>1</sup>

ამ სივრცეში გამოჩნდნენ ახალი ტიპის დანაშაულის ჩამდენი პირები, რომელთაც, მათ მიერ გამოყენებული არსენალისა თუ დანაშაულისადმი დამოკიდებულებების გამო, კრიმინოლოგია არ იცნობს. შესაბამისად, საჭირო გახდა ჩამოყალიბებულიყო დამნაშავეთა ახალი სუბკულტურა, ახალი ჯგუფი, რომელთაც ჰაკერები ჰქვიათ და რომელთა ძირითადი იარაღი უბრალო და მარტივი - კლავიატურაა.<sup>2</sup> მათ კომპიუტერული მოწყობილობების გამოყენებით შეუძლიათ არაერთი მძიმე დანაშაულის ჩადენა, იქნება ეს მიმართული უბრალო ადამიანების თუ კომპანიების მიმართ. აღსანიშნავია, რომ მათი არსენალი ძალიან მდიდარია და მათი შეიარაღება დღითი დღე უფრო მდიდრდება. აღნიშნულის გასააზრებლად საკმარისია მკითხველმა წარმოიდგინოს, რომ კიბერდანაშაულის თემატიკის ირგვლივ ცალკე დაიწერა ერთი სრულფასოვანი ენციკლოპედია.<sup>3</sup> კიბერდამნაშავეების ძირითადი მიზნებია, დაეუფლონ გარკვეული სახის პირადი ინფორმაციის მატარებელ მონაცემებს ან იმ სახის მონაცემებს, რომლებიც განსაკუთრებულ მნიშვნელობას ატარებს მსხვერპლის ინტერესებისთვის, რათა მათი დახმარებით შესაბამის მსხვერპლს შანტაჟის გზით გამოძალონ გარკვეული მატერიალური თუ სხვა სახის სიკეთეები.<sup>4</sup>

მსგავსი დანაშაულის წინააღმდეგ შეუწყნარებელი ბრძოლა მნიშვნელოვანია, რადგან სამყაროში ადამიანიანთა აბსოლუტური უმრავლესობა იყენებს სხვადასხვა ტექნიკურ საშუალებას, იქნება ეს მობილური, კომპიუტერი თუ სხვა მოწყობილობა, რომლებზეც მომხმარებელს ხშირ შემთხვევაში განთავსებული აქვს გარკვეული სახის სენსიტიური და პირადი ცხოვრების ამსახველი ინფორმაცია.

- 1 Furnell S., Technology Use, Abuse, and Public Perceptions of Cybercrime, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020; 46-65.
- 2 Holt T.J., Computer Hacking and the Hacker Subculture, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020; 726-739.
- 3 Marion N.E., Twede J., Cybercrime: An Encyclopedia of Digital Crime, ABC-CLIO, 2020; 1-458.
- 4 Thomson J.R., Cyber Security, Cyber-Attack and Cyber-Espionage, High Integrity Systems and Safety Management in Hazardous Industries, Elsevier ,2015; 45-53.



სტატიაში საუბარი იქნება არა ზოგადად კიბერდანაშაულის საშიშროებებსა და რაობაზე, არამედ იმ ახალი ტიპის დანაშაულზე, რომლის ჩაღწევა ხდება კიბერსივრცეში და რომლის ობიექტი და მიზანი არის არა რომელიმე კონკრეტული ორგანიზაცია თუ პიროვნება, არამედ ზოგადად სახელმწიფო ინტერესების დაზიანება. სტატიაში გაანალიზდება სახელმწიფო ინტერესებისთვის ახალი გამოწვევა - კიბერჯაშუშობა.<sup>5</sup>

სტატიის მიზანია, დეტალურად მოხდეს არსებული სამართლებრივი თუ მომიჯნავე სპეციალიზაციების ავტორების მიერ დაწერილი ლიტერატურის გაცნობა და გაანალიზება, რათა პირველ რიგში წარმოჩნდეს, თუ რას წარმოადგენს კიბერჯაშუშობა და რატომ უნდა მიექცეს მას განსაკუთრებული ყურადღება, ანუ განისაზღვროს, რა საშიშროების მატარებელია კიბერჯაშუშობა.

ლიტერატურაში არსებულ მოსაზრებებთან ერთად ასევე შესწავლილია კიბერჯაშუშობის შემთხვევები<sup>6</sup> და ის საშუალებები, რომელთა გამოყენებითაც კიბერჯაშუშები აღწევენ საკუთარ მიზნებს. მსგავსი მონაცემების შესწავლისა და გაანალიზების შედეგად სტატია ნათლად წარმოაჩენს, რა შეიარაღებით სარგებლობენ კიბერჯაშუშები და რა შესაძლებლობები გააჩნიათ მათ, რომ დააზიანონ კონკრეტული სახელმწიფოების ინტერესები, იქნება ის უბრალო ვირუსი,<sup>7</sup> თუ ისეთი განვითარებული და რთული ქსელი, როგორც არის GhostNet<sup>8</sup>.

სტატიაში ასევე გამახვილდება ყურადღება ისეთ მნიშვნელოვან დეტალზე, როგორც არის დანაშაულის სამართლებრივი მოწესრიგება.<sup>9</sup> კიბერჯაშუშობას, არც როგორც ტერმინს და არც როგორც დანაშაულს, არ იცნობს სისხლის საკანონმდებლო ბაზების უმრავლესობა. სტატიაში გაანალიზებულია, თუ რატომ არის მნიშვნელოვანი კიბერჯაშუშობის სამართლებრივი რეგულირება.

სტატიის დასკვნით ნაწილში, ყოველივე ზემოთ ხსენებულის გაანალიზების შედეგად, შეჯამებულია როგორც კიბერჯაშუშობის ირგვლივ არსებული მოსაზრებები, ასევე წარმოჩენილია არსებული პრობლემები, რომელთა შესწავლაც მოხდა სტატიის დამუშავების პროცესში. შედეგად სტატია წარმოაჩენს იმ რეკომენდაციებსა და საჭიროებებს, რომლებიც მნიშვნელოვანია იყოს დღის წესრიგში, რათა კიბერჯაშუშობის წინააღმდეგ ბრძოლა გახდეს ეფექტური და შედეგიანი. იმ ტიპის დანაშაულის წინააღმდეგ, რომლის ძირითადი მიზანაც სახელმწიფო ინტერესების დაზიანებაა, უნდა განვითარდეს შეუწყნარებელი ბრძოლა, რადგან სახელმწიფო ინტერესების დაზიანება, თითოეული რიგითი მოქალაქის ინტერესის დაზიანების გარანტიაა. ხსენებული კი დაუშვებელია დემოკრატიული სახელმწიფოს პირობებში.

სტატიის ბოლოს პასუხი გაეცემა კითხვას, რომელიც იურიდიულ წრეებში დღემდე აქტუალურია: „მზად ვართ კიბერსივრციდან მომავალი დანაშაულების წინააღმდეგ საბრძოლველად?“<sup>10</sup>

5 Libicki M., Drawing Inferences from Cyber Espionage, 10th International Conference on Cyber Conflict, CyCon IEEE, 2018; 110-121.

6 Lopes G.V., Cyber Espionage in Brazil, International journal of intelligence and counterintelligence, Vol. 29/3, 2016; 634-638.

7 ed. Mansfield-Devine S., McAfee uncovers massive cyber-espionage hacks, Computer Fraud & Security, Vol. 2011/8, 2011; 3.

8 Lin X., Luppacini R., Socio-Technical Influences of Cyber Espionage: A Case Study of the GhostNet System, Moral, Ethical, and Social Dilemmas in the Age of Technology, IGI Global, 2012; 65-77.

9 Xiaofeng W., China's Alternative Roles in Countering International Economic Cyber Espionage, China quarterly of international strategic studies, Vol. 2/04, 2016; 550-568.

10 Choraś M., Kozik R., Maciejewska I., Are We Doing All the Right Things to Counter Cybercrime? Advanced Sciences and Technologies for Security Applications, Springer International Publishing, 2016; 279-293.

## II. კიბერდანაშაულის არსი და მის წინააღმდეგ ბრძოლის მნიშვნელობა

კიბერდანაშაულზე საუბრისას იურიდიულ წრეებში არსებობს რიგი განსხვავებული მოსაზრებებისა, თუმცა ერთ-ერთი ყველაზე სამართლიანი მოსაზრება, რომელსაც უმრავლესობა ეთანხმება, არის ის, რომ კიბერდანაშაულის არსი ჯერჯერობით სწორად და მართებულად არ ესმით სამართალმცოდნეებს.<sup>11</sup> მაგრამ ყველა იურისტი თანხმდება იმ ფაქტზე, რომ კიბერდანაშაული არის ერთ-ერთი ყველაზე დიდი საშიშროება და, შესაბამისად, უდიდესი გამოწვევა იურისტებისთვის, რომ მისი მოწესრიგება მოხდეს საკანონმდებლო დონეზე, რათა დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლა გახდეს ბევრად ეფექტიანი.<sup>12</sup>

კიბერჯაშუშობა, თავისი არსიდან გამომდინარე, არის კიბერდანაშაულის ერთ-ერთი ახალი სახე, ამიტომ, პირველ რიგში, მნიშვნელოვანია განისაზღვროს, თუ რა არის კიბერდანაშაული დღევანდელობაში არსებული განსაზღვრებით.

კიბერდანაშაული არის დანაშაული, რომლის ჩადენაც ხდება ვირტუალურ სივრცეში, კიბერსივრცეში და მისი ჩამდენი პირები არიან სპეციალური განათლების მქონე ადამიანები, რომელთა მამოტივირებული ძალა ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში განსხვავდება. ზოგ შემთხვევაში ეს შეიძლება იყოს გამდიდრების სურვილი, ზოგიერთ შემთხვევაში პოლიტიკური იდეის გატარება, რელიგიური აზრის წარმოჩენა<sup>13</sup> თუ სხვა.<sup>14</sup> ასევე მნიშვნელოვანია იმის გააზრება, რომ კიბერდანაშაულის მსხვერპლი შეიძლება გახდეს ნებისმიერი ადამიანი, თუნდაც ირიბად. კერძოდ, თუკი პირთან ექნება ადამიანს ტექნოლოგიური კავშირი, რომელიც კიბერვირუსებით არის დაინფიცირებული, უსაფრთხოებაში მყოფი ადამიანის პრივატულობა დადგება საშიშროების წინაშე. კიბერდამნაშავეები მსგავს ხერხებსაც იყენებენ ხშირად, ანუ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უშუალოდ მსხვერპლის დაცულ და უსაფრთხო კომპიუტერულ მოწყობილობებთან კავშირის დამყარება არ არის საჭირო, არამედ შესაძლებელია ისეთი პირის გამოყენება, რომელსაც მსხვერპლი ენდობა.<sup>15</sup>

მაშასადამე, ხსენებულიდან შეიძლება დასკვნის გამოტანა, რომ კიბერდამნაშავეების არსენალი, ხერხები და საშუალებები იმდენად მდიდარია, რომ პრაქტიკულ დონეზე, წარმოუდგენელი არის მათგან თავდაცვა, შესაბამისად, პრივატულობისა და უსაფრთხოების შენარჩუნება.<sup>16</sup> სწორედ ამიტომ, ხდება რა კიბერდანაშაულის საშიშროებების გააზრება, კიბერუსაფრთხოების სპეციალისტთა წრეებში მიმდინარეობს საუბრები მასზე, რომ

11 McGuire M., It Ain't What It Is, It's the Way That They Do It? Why We Still Don't Understand Cybercrime, The Human Factor of Cybercrime, Routledge, 2019; 3-25.

12 Choi K., Lee C.S., Louderback E.R., Historical Evolutions of Cybercrime: From Computer Crime to Cybercrime, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020; 27-43.

13 Virkar S., The Mirror Has Two Faces: Terrorist Use of the Internet and the Challenges of Governing Cyberspace, Violence and Society, IGI Global, 2016; 1-20.

14 Payne B.K., Defining Cybercrime, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020; 4-22.

15 Bederna Z., Szadeczky T., Cyber Espionage through Botnets, Security journal, Vol. 33,1, 2020; 43-62.

16 Guinchard A., The Criminalisation of Tools under the Computer Misuse Act 1990. The Need to Rethink Cybercrime Offences to Effectively Protect Legitimate Activities and Deter Cybercriminals, Rethinking Cybercrime, Springer International Publishing, 2021; 41-57.

შეიქმნას ახალი დაცვის სისტემები,<sup>17</sup> რადგან წარსულში არსებული დაცვის სისტემები იმდენად კარგად შეისწავლეს კიბერდამნაშავეებმა, რომ მათი განვითარება და განახლება აღარ არის ეფექტური არსებული გამოწვევების წინააღმდეგ, ვინაიდან, როგორც აღინიშნა, კიბერდამნაშავეებიც არ წყვეტენ განვითარებას და იგონებენ ახალ ხერხებს, რომელთა მეშვეობითაც ებრძვიან კიბერუსაფრთხოების სპეციალისტებს.<sup>18</sup>

გასააზრებელია ისიც, რომ მხოლოდ დაცვის სისტემების გაძლიერება არ იქნება საკმარისი კიბერდამნაშაულის წინააღმდეგ ეფექტური ბრძოლისთვის. უსაფრთხოების სპეციალისტები ქმნიან მსგავს დაცულ სისტემებს, რომლებიც უბრალო მომხმარებლებს აძლევს საშუალებას, რომ მისი პრივატულობისა და უსაფრთხოების დარღვევის შიშის გარეშე დრო გაატაროს კიბერსივრცეში. თუმცა, ადამიანის ბუნებიდან გამომდინარე, ხშირად მათი მხრიდან ხდება უსაფრთხოების ნორმების უგულვებლყოფა, ეს კი საშუალებაა კიბერდამნაშავისთვის განახორციელოს მართლსაწინააღმდეგო ქმედებები. ამ პროცესში, კიბერდამნაშავეების წინააღმდეგ ბრძოლას კონკრეტული უსაფრთხოების სპეციალისტები ვერ დაიწყებენ, რადგან მათ არც სამართლებრივი შესაძლებლობა აქვთ და არც დამნაშავეების წინააღმდეგ ბრძოლის შესაბამისი ცოდნა და გამოცდილება. ხსენებული კიბერდამნაშავეების წინააღმდეგ უნდა იბრძოლოს შესაბამისი ძალოვანი სტრუქტურის წარმომადგენლებმა, ხოლო, თუკი, მათ არ ექნებათ ზოგადი ტექნოლოგიური წარმოდგენა კიბერდამნაშაულის ირგვლივ, მათთვის რთული იქნება დამნაშავეების დაკავება.<sup>19</sup> მამასადაამე, მხოლოდ უსაფრთხოების სისტემების არსებობა არ არის საკმარისი. შესაბამისი ცოდნის გამომძიებლების არსებობა მნიშვნელოვანია ბრძოლის ეფექტიანად წარმართვის პროცესში. ასევე, გასათვალისწინებელია ის დეტალიც, რომ ყოველი წარუმატებელი სპეცოპერაცია კიბერდამნაშავეების წინააღმდეგ, არამხოლოდ იმ უარყოფით შედეგს იწვევს, რომ დამნაშავეები თავისუფლებაზე რჩებიან, არამედ სახელმწიფო ბიუჯეტის უმიზნო ხარჯვაც ხდება, რაც დამატებით უარყოფითი შედეგია კიბერდამნაშავეების წინააღმდეგ ბრძოლის პროცესში.<sup>20</sup>

მამასადაამე, კიბერდამნაშაულის ირგვლივ მსჯელობა შეიძლება შეჯამდეს იმით, რომ კიბერდამნაშაული, როგორც მას ადრე იცნობდნენ, აღარ არსებობს. ის განვითარდა და ახალი ბრძოლის ველად ჩამოყალიბდა, სადაც ერთმანეთს სახელმწიფოებიც კი უპირისპირდებიან,<sup>21</sup> ე.ი. არსებობს ვირტუალური ბრძოლის ველი, სადაც მიმდინარეობს კიბერომი.<sup>22</sup> ამ ომში კი, ისეთ სპეციალიზებულ დაჯგუფებებს, როგორებიც არიან და იქნებიან კიბერჯაშუშები, დიდი და გადამწყვეტი როლი ექნებათ, მათი მიზნების წარმატებულად შესრულების შემთხვევაში, მათი მიზანი კი არის ის, რომ დააზიანონ სახელმწიფოს ინტერესები.<sup>23</sup>

17 de Silva E., Detecting Individual-Level Deception in the Digital Age: The DETECT Model ©, Improving the Safety and Efficiency of Emergency Services, IGI Global. 2020; 259-276.

18 Hutchings A., Pastrana S., Clayton R., Displacing Big Data, The Human Factor of Cybercrime, Routledge, 2019; 408-421.

19 Dodge C., Burruss G., Policing Cybercrime, The Human Factor of Cybercrime, Routledge, 2019; 339-355.

20 Armin J., Thompson B., Kijewski P., Cybercrime Economic Costs: No Measure No Solution, Advanced Sciences and Technologies for Security Applications, Springer International Publishing, 2016; 135-155.

21 Puglisi A.B., The Myth of the Stateless Global Society, China's Quest for Foreign Technology, Routledge, 2020; 74-86.

22 Elder R.J., Cyberwarfare as Realized Conflict, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance, Springer International Publishing, 2020; 1438-1467.

23 Fidler D.P., Tinker, Tailor, Soldier, Duqu: Why Cyberespionage Is More Dangerous than You Think, International journal of critical infrastructure protection, Vol. 5/1, 2012; 28-29.

### III. ჯაშუშობა და კიბერჯაშუშობა

#### 1. „კლასიკური“ ჯაშუშობა

კაცობრიობა ისეთ დანაშაულებრივ ქმედებას, როგორც ჯაშუშობაა, უძველესი დროიდან იცნობს. მაგალითისთვის შეიძლება მოყვანილ იქნეს ანტიკურ ეპოქაში მოღვაწე ჩინელი მხედართმთავარი სუნ-ძი, რომელიც თავის ცნობილ ნაშრომში „ომის ხელოვნება“ აღნიშნავს, რომ ჯაშუში არის ერთ-ერთი უძლიერესი იარაღი, რაც კი მხედართმთავარს შეიძლება გააჩნდეს, ვინაიდან ჯაშუშების შესაძლებლობები, მოწინააღმდეგე მხარეს ზიანი მიაყენოს, განუზომელია. მას შეუძლია მიაყენოს ზიანი როგორც მოწინააღმდეგის სახელმწიფოებრიობას, ასევე შეიტანოს არეულობა მის ბანაკში, თუ ბრძოლის ველიდან გამოთიშოს მოწინააღმდეგის მხედართმთავარი.<sup>24</sup> უნდა აღინიშნოს რომ, ჯაშუშობას თავისი ძირითადი ფუნქციები ღელემდე არ დაუკარგავს, თუმცა, საუკუნეების გასვლასთან ერთად, მისი შესაძლებლობები და საშუალებები იზრდებოდა, სანამ არ ჩამოყალიბდა ისეთი სახით, როგორსაც დღევანდელი კანონმდებლობები იცნობენ.<sup>25</sup>

სახელმწიფოებმა შეამჩნიეს რა, თუ როგორ იზრდებოდა ჯაშუშების შესაძლებლობები და როგორი ზიანის მიყენება შეეძლოთ ჯაშუშებს სახელმწიფო ინტერესებისთვის, გაიაზრეს, რომ კანონმდებლობაში მხოლოდ იმ დეტალის არსებობა, რომ ჯაშუშობა დასჯადია და ყოველი ჯაშუში უნდა დაისაჯოს მკაცრად, საკმარისი ვერ იქნებოდა მათ წინააღმდეგ ეფექტიანად ბრძოლისთვის. ამიტომ იურისტებმა დაიწყეს მუშაობა, რომ ზოგადი ჯაშუშობის ცნებასთან ერთად სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობებსა და იურიდიულ ლიტერატურაში ეარსება ჯაშუშობის დავიწროებულ ცნებებს. ხსენებულის ნათელსაყოფად შესაძლებელია რამდენიმე ქვეყნის მაგალითის შესწავლა:

- ა. შვეიცარიის კანონმდებლებმა შეისწავლეს რა, თუ რა წარმოადგენდა მათთვის განსაკუთრებულ საშიშროებას, კანონმდებლობაში ინიცირება მოახდინეს ისეთი მუხლებისა, როგორც არის ინდუსტრიული და ეკონომიკური ჯაშუშობები. ასევე დასჯადი გახადეს მათ ტერიტორიაზე ჯაშუშობა, თუნდაც ეს ჯაშუშობა არ ყოფილიყო მიმართული შვეიცარიის სახელმწიფოს წინააღმდეგ.<sup>26</sup>
- ბ. იტალიის კანონმდებელმა მიიღო ნორმა, რომლის მიხედვითაც, განსაკუთრებული მძიმე სანქციებია დაწესებული სამხედრო ჯაშუშობის შემთხვევაში, რაც გულისხმობს არმიების ადგილმდებარეობის შესახებ ინფორმაციის უკანონო მოპოვებას ან სამხედრო ტექნოლოგიების შესახებ ინფორმაციების მოპოვებას.<sup>27</sup>
- გ. ერთ-ერთ რევოლუციურ მოდელად ითვლება გერმანიის კანონმდებლობის მიერ ინიცირებული ცვლილება, კერძოდ, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსით, ცალკე

24 Sun-Tzu, *The Art of Warfare*, Pax Librorum, 2009; 53-55.

25 Mastors E., Campos J.H., *Intelligence Studies, Theory, and Intergroup Conflict and Resolution: Theory and Beyond*, National Security, IGI Global, 2019; 248-255.

26 Swiss Criminal Code.

27 Codice Penale della Repubblica Italiana.



არის გათვალისწინებული მონაცემების ტექნიკური სახით მოპოვებისთვის დასჯადობა.<sup>28</sup>

ზემოთ ხსენებული მაგალითებიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ ყოველი სახელმწიფო, არსებობის განმავლობაში, ცდილობდა და ცდილობს უპასუხოს ახალი სახის მართლსაწინააღმდეგო გამოწვევებს. მსგავსი ცვლილების საჭიროება დღის წესრიგში დადგა იმ მიზეზით, რომ შესაბამისი მომზადების ჯგუფებს კონკრეტული დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლა ბევრად გაუმარტივდებათ. მარტივი მისახვედრია, რომ ზოგად ჭრილში ჯაშუშობასთან ბრძოლა ბევრად რთულია, ვიდრე როდესაც კონკრეტული სახის ჯაშუშობას ებრძვის შესაბამისი სპეციალიზაციის მქონე ჯგუფი. ეკონომიკური ჯაშუშობის წინააღმდეგ იბრძვის ეკონომიკურ ჯაშუშობაზე სპეციალიზებული კონტრ-დაზვერვის ჯგუფი, ხოლო, სამხედრო ჯაშუშობის წინააღმდეგ, შესაბამისი კონტრდაზვერვის ჯგუფი. რა თქმა უნდა, ხსენებული ბრძოლის მოდელი უფრო სწრაფია და ეფექტური. სწორედ მსგავსი მიზეზების და გამოცდილების გამო არის, რომ სახელმწიფოები დაფიქრდნენ კიბერჯაშუშობის სამართლებრივად დასჯადობის აუცილებლობაზე, რადგან სამიშროების ალბათობა, რომელიც გამომდინარეობს კიბერჯაშუშობისგან, საკმაოდ მაღალია და რეალური.<sup>29</sup>

## 2. კიბერჯაშუშობა, როგორც ჯაშუშობის ახალი ტიპი

კიბერსივრცე ჯაშუშებისთვის ითვლება ხელსაყრელ სივრცედ, რადგან იმ მიზნების მიღწევა, რომლებიც მათ სურთ, ბევრად გამარტივებულია საერთაშორისო უსაფრთხოების ნორმების სიძლიერის ნაკლებობის გამო.<sup>30</sup> როგორც წინა თავში იყო ახსნილი, ჯაშუშობა პროგრესირებს. 21-ე საუკუნეში კი, იმ ულიმიტო შესაძლებლობების გამო, რაც მათ ტექნოლოგიურმა განვითარებამ მოუტანა, ჯაშუშობა განვითარების ახალ ეტაპზე გადავიდა.<sup>31</sup> თუნდაც, ე.წ. GhostNet-ის ირგვლივ წარმოებული კვლევით მარტივი მისახვედრია, თუ რაოდენ მდიდარ არსენალს ფლობენ კიბერჯაშუშები, რომ მოიპოვონ მათთვის სასურველი ინფორმაციები.<sup>32</sup> კვლევის თანახმად, კიბერჯაშუშმა მსგავსი ქსელის შექმნის გზით, მისთვის სასურველი ინფორმაცია შეიძლება მოიპოვოს იმ პიროვნების დახმარებით, რომელმაც არ იცის, რომ ჯაშუშს ეხმარება. ასეთი პირის ვერანაირი გამოკითხვა თუ დაკითხვა ვერ აჩვენებს, რომ ის დამნაშავეა, მსგავს პირებს კრიმინოლოგიის მეცნიერებაში სამართლიანად უწოდებენ „იდეალურად უდანაშაულო დამნაშავეებს“.

თანამედროვეობაში თითქმის ყოველგვარი ინფორმაცია მოთავსებული არის გარკვეული სახის ტექნიკურ მოწყობილობებზე, რა თქმა უნდა, მსგავსი ინფორმაციის მომთავსებლები ითვალისწინებენ უსაფრთხოების გარკვეულ ნორმებს, რათა მათთვის საჭირო საიდუმლო თუ სხვა სახის ინფორმაციები არ აღმოჩნდეს სხვა ადამიანთა ხელში. ხშირ შემთხვევაში მსგავსად იქცევიან ის დაწესებულებები, რომელთა ძირითადი პროფილიც არის ეკონომიკური საქმიანობები, იქნება ეს სახელმწიფო შესყიდვები თუ სხვა სახის კერძო

28 Criminal Code of Federal Republic of Germany.

29 Libicki M., The Coming of Cyber Espionage Norms, 9th International Conference on Cyber Conflict, CyCon IEEE, 2017; 1-13.

30 Everett C., The Lucrative World of Cyber-Espionage, Computer fraud & security, Vol. 7/1, 2009; 5-7.

31 Herrmann D., Cyber Espionage and Cyber Defense, Information Technology for Peace and Security, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2019; 83-101.

32 Deibert R., Tracking Ghostnet: Investigating a Cyber Espionage Network, Tracking GhostNet 2009; 10-50.

შესყიდვები.<sup>33</sup> მარტივი მისახვედრია, რომ მსგავსი ინფორმაცია კიბერჯაშუშებისთვის სასურველი ინფორმაციაა.<sup>34</sup> თანამედროვე უსაფრთხოების ექსპერტებისთვის ერთ-ერთი უმთავრესი გამოწვევაა, შექმნან გარემო, სადაც ფინანსური ანგარიშების მოთავსება იქნება უსაფრთხო, რათა სხვა ქვეყნის დაზვერვის სამსახურებს, კიბერჯაშუშური შეტევების შედეგად, არ ჩაუვარდეთ მსგავსი ინფორმაციები ხელთ.<sup>35</sup> მარტივი მისახვედრია, რომ ეკონომიკური გამოწვევების წინააღმდეგ სწრაფი პასუხი განსაკუთრებული მნიშვნელობის მატარებელია, რადგან ერთ-ერთი საფუძველი, რაზეც სახელმწიფოს სიძლიერე დგას, სწორედ მისი ეკონომიკური საქმიანობა და შესაბამისად ეკონომიკური სიძლიერეა.<sup>36</sup>

კიბერსივრცეიდან მომავალი საშიშროების წინააღმდეგ მომუშავე ადამიანებმა უნდა გაიზრონ, რომ კიბერჯაშუშები ყოველდღიურად სწავლობენ ახალ ხრიკებს, რათა მიაღწიონ თავიანთ მიზნებს.<sup>37</sup> კონტრდაზვერვის სამსახურებმა უნდა შეიმუშაონ ახალი გეგმები, ახალი მეთოდები და ახალი საშუალებები, რათა კიბერჯაშუშებს ხელი შეუშალონ მათთვის სასურველი მიზნების მიღწევაში და დაიცვან სახელმწიფოების სასურველი ინტერესები.<sup>38</sup>

სტატიის ამ ნაწილში განვიხილეთ კიბერჯაშუშობა, როგორც ჯაშუშობის ახალი ტიპი, თუმცა შესწავლილი იურიდიული ლიტერატურის შედეგად ჩნდება ერთი ლოგიკური კითხვა - კიბერჯაშუშობა ჯაშუშობის ერთ-ერთ ახალ სახედ ითვლება, თუ კიბერდანაშაულის ახალ სახესთან გვაქვს საქმე? რა თქმა უნდა, ერთი შეხედვით, შეიძლება ჩაითვალოს, რომ კიბერჯაშუშობა, ტერმინოლოგიური თუ სამართლებრივი დატვირთვის გამო, სწორედაც რომ ჯაშუშობის ერთ-ერთი ახალი სახეა. თუმცა ასევე შეიძლება იარსებოს განსხვავებულმა მოსაზრებამ, კიბერჯაშუშობის სირთულის, შესაძლებლობებისა და მეთოდების გათვალისწინებით, უკანასკნელი არის არა ჯაშუშობის, არამედ კიბერდანაშაულის ერთ-ერთი უახლესი სახე.<sup>39</sup>

### 3. კიბერჯაშუშობა: ახალი გამოწვევისთვის თანამედროვე სამართლებრივი პასუხი

კიბერჯაშუშებს, „კლასიკური“ ჯაშუშებისგან განსხვავებით, ისეთი შესაძლებლობები გააჩნიათ, როგორზეც წარსულის ნებისმიერი სადაზვერვო სამსახური ოცნებობდა. მათ შეუძლიათ არა მხოლოდ უკანონო გზებით მიიღონ გასაიდუმლოებული ინფორმაციები, არამედ რეალურ დროში მიაღწიონ თვალყური სხვა ქვეყნის სადაზვერვო თუ კონტრსადაზვერვო სამსახურების მუშაობას, მაგ.: მოქალაქეებს უთვალთვალონ,

33 Power R., Forte D., Information Age Espionage, Debriefing a Real-World, Top-Class Cyber Sleuth, Computer Fraud & Security, Vol. 2007/5, 2007; 10-14.

34 Dine M.K., Regulating Economic Cyber-Espionage among States under International Law, Trans-Atlantic Data Privacy Relations as a Challenge for Democracy, Intersentia, 2018; 263-285.

35 Foster W., Thoreson H., How to Create a World Financial Community Resilient to Cyber-Espionage and Hacking? Security Index A Russian Journal on International Security, Vol. 19/4, 2013; 67-70.

36 Skinner C.P., An International Law Response to Economic Cyber Espionage, Connecticut Law Review, 2014; 1167-1207.

37 Duckworth N., de Silva E., Teaching New Dogs Old Tricks: The Basics of Espionage Transcend Time, National Security, IGI Global, 2019; 79-93.

38 Steffens T., Methods of Intelligence Agencies, Attribution of Advanced Persistent Threats, Springer Berlin Heidelberg, 2020; 131-146.

39 Rowe B.I., Transnational State-Sponsored Cyber Economic Espionage: A Legal Quagmire, Security journal, Vol. 33/1, 2020; 63-82.



მიუხედავად მათი რანგისა<sup>40</sup> თუ თანამდებობისა,<sup>41</sup> კიბერსივრცის დახმარებით ნებისმიერ ადამიანზე მოიპოვონ ინფორმაცია, მიუხედავად იმისა, გააჩნიათ მათ კომპიუტერი და მობილური, თუ საერთოდ არ ფლობენ არანაირი ტექნიკურ საშუალებას,<sup>42</sup> ჩაერიონ სხვა ქვეყნის საარჩევნო პროცესებშიც კი<sup>43</sup>. ხსენებული მაგალითების გაანალიზებაც კი საკმარისია, რათა გავიზროთ, რაოდენ დიდი და, თანამედროვეობის გათვალისწინებით, ულიმიტოც შესაძლებლობები გააჩნიათ კიბერჯაშუშებს. ხსენებულ სამივე შემთხვევაში ისინი ახორციელებენ სახელმწიფოს ინტერესების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულს, მამასადამე, შემადგენლობით ისინი სჩადიან ჯაშუშობას, თუმცა, როგორც წინა თავში აღინიშნა, მათი შესაძლებლობები, მათ მიერ მიყენებული ზიანი, ბევრად აღემატება ჯაშუშის მიერ ჩადენილ დანაშაულს.

რეალურ სამყაროში, არაერთხელ განხორციელდა კიბერჯაშუშობის აქტი როგორც შედარებით სუსტი სახელმწიფოების წინააღმდეგ,<sup>44</sup> ასევე ისეთი ძლიერი სახელმწიფოს წინააღმდეგ, როგორც არის ამერიკის შეერთებული შტატები<sup>45</sup> და მისი ეკონომიკური საიდუმლოებები.<sup>46</sup> რის შედეგადაც სრულიად ლოგიკური დასკვნა არსებობს: არცერთი სახელმწიფო არ არის დაცული კიბერჯაშუშების შეტევისგან.

თანამედროვეობაში კიბერჯაშუშთა ჯგუფები გაძლიერდნენ,<sup>47</sup> გამდიდრდა მათი შესაძლებლობებიც,<sup>48</sup> შესაბამისად, განვითარებული სამყაროსთვის მნიშვნელოვანია, გააძლიეროს თავდაცვის მექანიზმები იმის გათვალისწინებით, რომ უსაფრთხოების ოფიცერი შეიძლება აღმოჩნდეს განზრახვით თუ განზრახვის გარეშე კიბერჯაშუშების იარაღი.<sup>49</sup> გამოწვევა კიბერჯაშუშების წინააღმდეგ ბრძოლაში კოლოსალურია. არცერთ სახელმწიფოს არ გააჩნია ფუფუნება ამ ბრძოლაში უყურადღებობა გამოიჩინოს და დაუსჯელად დატოვოს კიბერჯაშუშთა ქმედებები. აქვე გასათვალისწინებელია ის მნიშვნელოვანი დეტალი, რომ ზესახელმწიფოები, რომლებზეც ტექნოლოგიური წარმოების პროცენტული მაქსიმალურობა მოდის,<sup>50</sup> განსაკუთრებული ყურადღებით უნდა იყვნენ წარმოებულ პროდუქციაზე, რასაც დღევანდლობაში წარმატებულად ასრულებენ.<sup>51</sup>

- 
- 40 Peterson D., Foreign Technology and the Surveillance State, China's Quest for Foreign Technology, Routledge, 2020; 241-249.
  - 41 Nussbaum B., Sebastian Udoh E., Surveillance, Surveillance Studies, and Cyber Criminality, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020; 156-173.
  - 42 Omand D., Understanding Digital Intelligence: A British View, National Security, IGI Global, 2019; 98-119.
  - 43 Segal A., The Code Not Taken: China, the United States, and the Future of Cyber Espionage, The Bulletin of the atomic scientists, Vol. 69,5, 2013; 38-45.
  - 44 Valeros V., Rigaki M., Garcia S., Machete: Dissecting the Operations of a Cyber Espionage Group in Latin America, European Symposium on Security and Privacy Workshops, IEEE, 2019; 464-473.
  - 45 Wilson C., Drumhillier N., US-China Relations: Cyber Espionage and Cultural Bias, National Security, IGI Global, 2019; 29-42.
  - 46 Mulvenon J., Economic Espionage and Trade Secret Theft Cases in the US, China's Quest for Foreign Technology, Routledge, 2020; 292-306.
  - 47 Nelson T., Kettani H., Open Source PowerShell-Written Post Exploitation Frameworks Used by Cyber Espionage Groups, 3rd International Conference on Information and Computer Technologies, ICICT IEEE, 2020; 451-456.
  - 48 Wangen G., The Role of Malware in Reported Cyber Espionage: A Review of the Impact and Mechanism, Information (Basel), Vol. 6/2, 2015; 183-208.
  - 49 Sadok M., Welch C., Bednar P., A Socio-Technical Perspective to Counter Cyber-Enabled Industrial Espionage, Vol. 33/1, Security journal, 2020; 27-42.
  - 50 Joske A., Stoff J., The United Front and Technology Transfer, China's Quest for Foreign Technology, Routledge, 2020; 258-269.
  - 51 Mulvenon J., Zhang C., Targeting Defense Technologies, China's Quest for Foreign Technology, Routledge, 2020; 92-101.

მომავალშიც არ უნდა მოხდეს მსგავსი უსაფრთხოების ნორმების ზრდის უგულებელყოფა.

საერთაშორისო თანამეგობრობა აქტიურად განიხილავს კიბერჯაშუშობის ადგილს საერთაშორისო სამართლის ჭრილში,<sup>52</sup> რადგან აანალიზებს კიბერჯაშუშობის დანაშაულის სირთულეს და გაცემს ისეთ რეკომენდაციებს, რომ არა მხოლოდ საერთაშორისო სამართლის ჭრილში, არამედ ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვითაც მოხდეს კიბერჯაშუშობის რეგულირება, მიუხედავად იმ სირთულეებისა, რომლებიც დაკავშირებულია კიბერჯაშუშობის სამართლებრივ განსაზღვრასთან,<sup>53</sup> ასევე უნდა მოხდეს ალტერნატიული იდეების გააზრებაც და გაანალიზებაც,<sup>54</sup> რათა კიბერჯაშუშობის საფრთხე აღმოჩნდეს არა მომავლის დაუძლეველი დანაშაული, არამედ დანაშაული, რომლის წინააღმდეგ ბრძოლაც იქნება სწრაფი და ეფექტიანი, მიუხედავად კიბერჯაშუშობის სირთულისა.<sup>55</sup>

ფაქტია, რომ იზრდება კიბერჯაშუშობის შემთხვევები, მრავალრიცხოვანი ხდებიან ჯგუფები, რომელთა მიზანიც არის კიბერჯაშუშობის დანაშაულის ჩადენა,<sup>56</sup> მაგრამ ისიც ფაქტია, რომ კიბერჯაშუშობა არ არის დაუძლეველი ძალა და მთავარია, თითოეული სახელმწიფო იყოს მზად, ებრძოდოს კიბერჯაშუშობის გამოწვევებს<sup>57</sup> და ჰქონდეს შესაბამისი საკანონმდებლო ბაზა, რათა ყოველი პირი, რომელიც ემზადება კიბერჯაშუშობის დანაშაულის ჩასადენად, იაზრებდეს, რომ მის წინააღმდეგ კანონის დამსჯელი ძალა იქნება გამოყენებული და არ იფიქროს, მისი მართლსაწინააღმდეგო ქმედება დაუსჯელი დარჩება.<sup>58</sup>

52 Buchan R., *Cyber Espionage and International Law*, Herbert Press, 2018; 95-121.

53 Shull A., *Cyber Espionage and International Law*, [SSRN Electronic Journal, 2013; 1-19.

54 Lubin A.M., *Cyber Law and Espionage Law as Communicating Vessels*, SSRN Electronic Journal, 2018; 203-225.

55 Laszka A., Johnson B., Schottle P., Grossklags J., Bohme R., *Secure Team Composition to Thwart Insider Threats and Cyber-Espionage*, ACM transactions on Internet technology, Vol. 14/2-3, 2014; 1-22.

56 Owen T., Noble W., Speed F.C., *Cyber Armies – the Growth of the Cyber Defense Industry*, New Perspectives on Cybercrime, Springer International Publishing, 2017; 63-76.

57 Samtani S., Abate M., Benjamin V., Li W., *Cybersecurity as an Industry: A Cyber Threat Intelligence Perspective*, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020; 136-153.

58 Williams K.Y., *Insider-Threat Detection in Corporate Espionage and Cyber- Espionage*, Advances in Digital Crime, Forensics, and Cyber Terrorism, IGI Global, 2016; 63-75.

## IV. დასკვნა

დაზვერვის ქმედებების წესები შეიცვალა და დღევანდელობაში, წარსულთან შედარებით, ბევრად დიდ სამიშროებასთან აქვთ სახელმწიფოებს შეხება.

სტატიაშია განხილულია კიბერჯაშუშობასთან დაკავშირებული დეტალები, თუ რას წარმოადგენს კიბერჯაშუშობა, რა სამიშროების მატარებელია ის და რა პრობლემებს შეიძლება წააწყდნენ კონტრდაზვერვის სამსახურები კიბერჯაშუშობასთან ბრძოლის პროცესში.

იურიდიული და მომიჯნავე სპეციალიზაციების ლიტერატურის შესწავლის, ასევე პრაქტიკული შემთხვევების გაანალიზების შედეგად, სტატიაში წარმოჩენილია პრობლემა და მისი გადაჭრის გზები:

- ა. კიბერჯაშუშობასთან ბრძოლის ეფექტური ხერხების შემუშავებისთვის, პირველ რიგში, საჭიროა განისაზღვროს მისი სამართლებრივი მდგომარეობა, უნდა ეკუთვნოდეს ის ჯაშუშობის დანაშაულს თუ კიბერდანაშაულს.
- ბ. უნდა მოწესრიგდეს კიბერჯაშუშობასთან დაკავშირებული სამართლებრივი ბაზა, საკანონმდებლო დონეზე დასჯადი უნდა იყოს კიბერჯაშუშობა.
- გ. შესაბამისი ძალოვანი სტრუქტურების წარმომადგენლებს უნდა ჩაუტარდეთ ტრენინგები და სწავლებები, რათა მათი ცოდნა გაღრმავდეს და ზუსტად იცოდნენ, თუ რა სახის დანაშაულთან ექნებათ შეხება და რას წარმოადგენს კიბერსივრციდან მომავალი სამიშროებები.

წარმოდგენილი მინიმალური რეკომენდაციების გათვალისწინების შემთხვევაში, სახელმწიფოები მზად იქნებიან, რომ შეძლონ შეუწყნარებელი ბრძოლა გამართონ კიბერჯაშუშობის დანაშაულის ჩამდენი პირების მიმართ. შესაბამისად, აღუკვეთონ მათ შესაძლებლობა, მიიღონ მათთვის სასურველი ინფორმაციები სახელმწიფოთა ინტერესების დასაზიანებლად.

სტატიის შესავალში დასმულ კითხვაზე: „მზად ვართ კიბერსივრციდან მომავალი დანაშაულების წინააღმდეგ საბრძოლველად?“, პასუხი არის შემდეგი - „არა“, თანამედროვე კანონმდებელი არ არის მზად, ებრძოლოს კიბერსივრციდან მომავალ სამიშროებებს.

სახელმწიფო ვალდებულია, მოქალაქის ინტერესები დაიცვას. თუმცა, თუკი სახელმწიფო არ დაიცავს საკუთარ სახელმწიფოებრიობას რეალური თუ კიბერსივრციდან მომავალი ნებისმიერი სამიშროებისგან, ქვეყანაში მცხოვრები თითოეული ადამიანის ინტერესები და უფლებები შეილახება. შესაბამისად, დაირღვევა ის უმთავრესი პრინციპი, რომელზეც დემოკრატიული საზოგადოება დგას – დაიცვა საკუთარი მოქალაქეები.

## ბიბლიოგრაფია

### ლიტერატურა:

1. Armin J., Thompson B., Kijewski P., *Cybercrime Economic Costs: No Measure No Solution*, Advanced Sciences and Technologies for Security Applications, Springer International Publishing, 2016;
2. Bederna Z., Szadeczký T., *Cyber Espionage through Botnets*, Security journal, Vol. 33,1, 2020;
3. Buchan R., *Cyber Espionage and International Law*, Herbert Press, 2018;
4. Choi K., Lee C.S., Louderback E.R., *Historical Evolutions of Cybercrime: From Computer Crime to Cybercrime*, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020;
5. Choraś M., Kozik R., Maciejewska I., *Are We Doing All the Right Things to Counter Cybercrime?* Advanced Sciences and Technologies for Security Applications, Springer International Publishing, 2016;
6. de Silva E., *Detecting Individual-Level Deception in the Digital Age: The DETECT Model ©*, Improving the Safety and Efficiency of Emergency Services, IGI Global. 2020;
7. Deibert R., *Tracking Ghostnet: Investigating a Cyber Espionage Network*, Tracking GhostNet 2009;
8. Dine M.K., *Regulating Economic Cyber-Espionage among States under International Law*, Trans-Atlantic Data Privacy Relations as a Challenge for Democracy, Intersentia, 2018;
9. Dodge C., Burruss G., *Policing Cybercrime, The Human Factor of Cybercrime*, Routledge, 2019;
10. Duckworth N., de Silva E., *Teaching New Dogs Old Tricks: The Basics of Espionage Transcend Time*, National Security, IGI Global, 2019;
11. ed. Mansfield-Devine S., *McAfee uncovers massive cyber-espionage hacks*, Computer Fraud & Security, Vol. 2011/8, 2011;
- 12.. Elder R.J., *Cyberwarfare as Realized Conflict*, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020;
13. Everett C., *The Lucrative World of Cyber-Espionage*, Computer fraud & security, Vol. 7/1, 2009;
14. Fidler D.P., *Tinker, Tailor, Soldier, Duqu: Why Cyberespionage Is More Dangerous than You Think*, International journal of critical infrastructure protection, Vol. 5/1, 2012;
15. Foster W., Thoreson H., *How to Create a World Financial Community Resilient to Cyber-Espionage and Hacking?* Security Index A Russian Journal on International Security, Vol. 19/4, 2013;
16. Furnell S., *Technology Use, Abuse, and Public Perceptions of Cybercrime*, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020;
17. Guinchard A., *The Criminalisation of Tools under the Computer Misuse Act 1990. The Need to Rethink Cybercrime Offences to Effectively Protect Legitimate Activities and Deter Cybercriminals*, Rethinking Cybercrime, Springer International Publishing, 2021;
18. Herrmann D., *Cyber Espionage and Cyber Defence*, Information Technology for Peace and Security, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2019;
19. Holt T.J., *Computer Hacking and the Hacker Subculture*, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020;

20. Hutchings A., Pastrana S., Clayton R., *Displacing Big Data, The Human Factor of Cybercrime*, Routledge, 2019;
21. Joske A., Stoff J., *The United Front and Technology Transfer, China's Quest for Foreign Technology*, Routledge, 2020;
22. Laszka A., Johnson B., Schottle P., Grossklags J., Bohme R., *Secure Team Composition to Thwart Insider Threats and Cyber-Espionage*, ACM transactions on Internet technology, Vol. 14/2-3, 2014;
23. Libicki M., *The Coming of Cyber Espionage Norms*, 9th International Conference on Cyber Conflict, CyCon IEEE, 2017;
24. Libicki M., *Drawing Inferences from Cyber Espionage*, 10th International Conference on Cyber Conflict, CyCon IEEE, 2018;
25. Lin X., Luppicini R., *Socio-Technical Influences of Cyber Espionage: A Case Study of the GhostNet System, Moral, Ethical, and Social Dilemmas in the Age of Technology*, IGI Global, 2012;
26. Lopes G.V., *Cyber Espionage in Brazil*, International journal of intelligence and counterintelligence, Vol. 29/3, 2016;
27. Lubin A.M., *Cyber Law and Espionage Law as Communicating Vessels*, SSRN Electronic Journal, 2018;
28. Marion N.E., Twede J., *Cybercrime: An Encyclopedia of Digital Crime*, ABC-CLIO, 2020;
29. Mastors E., Campos J.H., *Intelligence Studies, Theory, and Intergroup Conflict and Resolution: Theory and Beyond*, National Security, IGI Global, 2019;
30. McGuire M., *It Ain't What It Is, It's the Way That They Do It? Why We Still Don't Understand Cybercrime, The Human Factor of Cybercrime*, Routledge, 2019;
31. Mulvenon J., *Economic Espionage and Trade Secret Theft Cases in the US, China's Quest for Foreign Technology*, Routledge, 2020;
32. Mulvenon J., Zhang C., *Targeting Defense Technologies, China's Quest for Foreign Technology*, Routledge, 2020;
33. Nelson T., Kettani H., *Open Source PowerShell-Written Post Exploitation Frameworks Used by Cyber Espionage Groups*, 3rd International Conference on Information and Computer Technologies, ICICT IEEE, 2020;
34. Nussbaum B., Sebastian Udoh E., *Surveillance, Surveillance Studies, and Cyber Criminality*, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020;
35. Omand D., *Understanding Digital Intelligence: A British View*, National Security, IGI Global, 2019;
36. Owen T., Noble W., Speed F.C., *Cyber Armies – the Growth of the Cyber Defense Industry, New Perspectives on Cybercrime*, Springer International Publishing, 2017;
37. Payne B.K., *Defining Cybercrime*, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020;
38. Peterson D., *Foreign Technology and the Surveillance State, China's Quest for Foreign Technology*, Routledge, 2020;
39. Power R., Forte D., *Information Age Espionage, Debriefing a Real-World, Top-Class Cyber Sleuth*, Computer Fraud & Security, Vol. 2007/5, 2007;
40. Puglisi A.B., *The Myth of the Stateless Global Society, China's Quest for Foreign Technology*, Routledge,

2020;

41. Rowe B.I., Transnational State-Sponsored Cyber Economic Espionage: A Legal Quagmire, Security journal, Vol. 33/1, 2020;
42. Sadok M., Welch C., Bednar P., A Socio-Technical Perspective to Counter Cyber-Enabled Industrial Espionage, Vol. 33/1, Security journal, 2020;
43. Samtani S., Abate M., Benjamin V., Li W., Cybersecurity as an Industry: A Cyber Threat Intelligence Perspective, The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyber deviance, Springer International Publishing, 2020;
44. Segal A., The Code Not Taken: China, the United States, and the Future of Cyber Espionage, The Bulletin of the atomic scientists, Vol. 69,5, 2013;
45. Shull A., Cyber Espionage and International Law, [SSRN Electronic Journal, 2013];
46. Skinner C.P., An International Law Response to Economic Cyber Espionage, Connecticut Law Review, 2014;
47. Steffens T., Methods of Intelligence Agencies, Attribution of Advanced Persistent Threats, Springer Berlin Heidelberg, 2020;
48. Sun-Tzu, The Art of Warfare, Pax Librorum, 2009;
49. Thomson J.R., Cyber Security, Cyber-Attack and Cyber-Espionage, High Integrity Systems and Safety Management in Hazardous Industries, Elsevier ,2015;
50. Valeros V., Rigaki M., Garcia S., Machete: Dissecting the Operations of a Cyber Espionage Group in Latin America, European Symposium on Security and Privacy Workshops, IEEE, 2019;
51. Virkar S., The Mirror Has Two Faces: Terrorist Use of the Internet and the Challenges of Governing Cyberspace, Violence and Society, IGI Global, 2016;
52. Wangen G., The Role of Malware in Reported Cyber Espionage: A Review of the Impact and Mechanism, Information (Basel), Vol. 6/2, 2015;
53. Williams K.Y., Insider-Threat Detection in Corporate Espionage and Cyber- Espionage, Advances in Digital Crime, Forensics, and Cyber Terrorism, IGI Global, 2016;
54. Wilson C., Drumhiller N., US-China Relations: Cyber Espionage and Cultural Bias, National Security, IGI Global, 2019;
55. Xiaofeng W., China's Alternative Roles in Countering International Economic Cyber Espionage, China quarterly of international strategic studies, Vol. 2/04, 2016;

**ნორმატიული მასალა ( 2022 წლის 28 სექტემბრის მდგომარეობით )**

56. Codice Penale della Repubblica Italiana;
57. Criminal Code of Federal Republic of Germany;
58. Swiss Criminal Code.





## **გიორგი ლაცაბიძე**

*გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის  
სამართლის სკოლის დოქტორანტი*

## **GIORGI LATSABIDZE**

*PhD student of Law School at  
Grigol Robakidze University*

მტკიცების პროცესისას წინასასამართლო  
სხდომაზე აღკვეთის ღონისძიების განხილვისთან  
დაკავშირებული საკითხის მიმოხილვა

REVIEW OF THE ISSUE RELATED TO THE DISCUSSION OF  
THE MEASURE OF RESTRAINT AT THE PRELIMINARY  
HEARING

## აბსტრაქტი

სისხლის სამართლის მეცნიერების განვითარებისათვის მნიშვნელოვანია სასამართლოს პრაქტიკის განხილვა და ანალიზი. სასამართლოს მიერ გაკეთებული განმარტება თუ შეფასება ხშირად გამხდარა მეცნიერული კვლევის საგანი. ყურადღება მიიპყრო წინასასამართლო სხდომის მოსამართლის მიერ აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრების საკითხმა. სისხლის სამართლის პროცესი მტკიცების სამართალია და მხარეები თავადვე ცდილობენ მათ მიერვე მოპოვებული მტკიცებულებებით კონკრეტული გარემოების დადასტურებას ან უარყოფას.

წინასასამართლო სხდომის მოსამართლე საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის (შემდგომში - სსსკ) 206-ე მუხლით დადგენილი წესითა და სტანდარტით განიხილავს აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების საკითხს. სსსკ-ის 207-ე მუხლი საუბრობს ზოგადად აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების შესახებ მიღებული განჩინების გასაჩივრების წესზე, რომელიც სსსკ-ის 206-ე მუხლით გათვალისწინებული საკითხის განხილვისას იქნა მიღებული და რადგან წინასასამართლო სხდომის მოსამართლე გადაწყვეტილებას აღკვეთის ღონისძიების თაობაზე სსსკ-ის 206-ე მუხლით დადგენილი წესით განიხილავს, შესაძლებელია თუ არა ამ გადაწყვეტილების სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიაში გასაჩივრება, თუკი კანონი ამას პირდაპირ არ უთითებს და სასამართლო პრაქტიკაც ისეა განვითარებული, რომ მოსამართლე მხარეს გასაჩივრების უფლებას არ აძლევს.

სტატიის მიზანია, წინასასამართლო სხდომაზე აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების საკითხის მიმოხილვა და მისი გასაჩივრების შესაძლებლობის დადგენა.

**საძიებო სიტყვები:** წინასასამართლო სხდომა, აღკვეთის ღონისძიება, გასაჩივრება.

## ABSTRACT

For the development of criminal science, it is important to review and analyze court practice. The explanation or evaluation of the court practice has often been the subject of scientific research. Our attention was drawn to the issue of appealing the decision made by the preliminary judge on the application of the measure of restraint. The criminal process is a law of evidence, and the parties themselves try to confirm or deny a specific circumstance with the evidence they have obtained.

The judge of the preliminary hearing shall consider the issue of the measure of restraint and apply, apply or change the measure of restraint in accordance with the rules and standards established by Article 206 of the Criminal Procedure Code of Georgia (here in after - CPC). Article 207 of the CPC deals with the general rule for appealing against a decision on the application, modification or revocation of a measure of restraint, which was rendered during the consideration of Article 206 of the CPC and because the preliminary hearing judge ruled Shall consider, in accordance with the rules established by Article, whether this decision may be appealed to the Investigative Colleague of the Court of Appeal.

The main aim of this issue is to overview about change or annulment of a measure of restraint in preliminary hearing.

**Keywords:** preliminary hearing, measures of restraint, appealing.

## I. შესავალი

წინასასამართლო სხდომაზე არაერთი მნიშვნელოვანი შუამდგომლობა განიხილება, მათ შორის აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების საკითხი. სსსკ-ის 219-ე მუხლის მე-4 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტი პირდაპირ ავალდებულებს წინასასამართლო სხდომის მოსამართლეს, თუ ბრალდებულს აღკვეთის ღონისძიების სახით შერჩეული აქვს პატიმრობა, თავისი ინიციატივით განიხილოს პატიმრობის ძალაში დატოვების აუცილებლობის საკითხი, მიუხედავად იმისა, დააყენა თუ არა მხარემ შუამდგომლობა პატიმრობის შეცვლის ან გაუქმების შესახებ. აღნიშნული მუხლის ჩანაწერი ძალიან მნიშვნელოვან როლს თამაშობს ბრალდებულის უფლებების დაცვაში, თუმცა საყურადღებოა ის გარემოება, რომ ეს მუხლი არაფერს ამბობს გასაჩივრების შესაძლებლობაზე.

წინასასამართლო სხდომის მოსამართლე აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების საკითხზე მსჯელობს სსსკ-ის 206-ე მუხლით დადგენილი წესითა და სტანდარტით, თუმცა სსსკ-ის 207-ე მუხლი საუბრობს ზოგადად აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების შესახებ მიღებული განჩინების გასაჩივრების წესზე, რომელიც სსსკ-ის 206-ე მუხლით გათვალისწინებული საკითხის განხილვისას იქნა მიღებული.

მიუხედავად იმისა, რომ წინასასამართლო სხდომაზე აღკვეთის ღონისძიების თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრებაზე პირდაპირ მუხლში არ არის საუბარი და წინასასამართლო სხდომის მოსამართლე გადაწყვეტილებას აღკვეთის ღონისძიების თაობაზე სსსკ-ის 206-ე მუხლით დადგენილი წესით იხილავს, შესაძლებელია თუ არა ნორმის განმარტების საშუალებით მხარემ შეძლოს წინასასამართლო სხდომის მოსამართლის მიერ აღკვეთის თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრება სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიაში.

## II. მტკიცების პროცესის ცნება და შინაარსი

სისხლის სამართლის პროცესი მტკიცებითი სამართალია და მტკიცების ცნებისა და შინაარსის გაგება დამოკიდებულია იმაზე, ქვეყანა მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპს აღიარებს თუ ინკვიზიციურს. შესაბამისად, მტკიცების ცნებისა და შინაარსის სწორად გაგება მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც თითოეულ სტადიაზე გავლილი ეტაპები მნიშვნელოვან როლს თამაშობს ბრალდებულის უფლებების დაცვაში. „სისხლის სამართლის საპროცესო თეორიაში მტკიცების ცნება მოიცავს შემეცნებით, ინფორმაციულ საქმიანობას, რომელიც მიმდინარეობს არა მარტო კანონით დადგენილი საპროცესო ფორმით, არამედ, ასევე, მკაცრად განსაზღვრულ ვადებში. საპროცესო ვადების ნორმატიული დადგენა და მათი დაცვის აუცილებლობა არის სისხლის სამართალწარმოების მონაწილეთა უფლებებისა და კანონიერი ინტერესების გარანტიების გამოვლენა.“<sup>1</sup>

მტკიცების ცნებისა და შინაარსის განსაზღვრულობა დამოკიდებულია სამართალწარმოების იმ სისტემაზე, რომელსაც ემყარება სისხლის სამართლის პროცესი. ეს იქნება მხარეთა თანასწორობის და შეჯიბრებითობის თუ ინკვიზიციურობის პრინციპი. მაგ., 1998 წლის 20 თებერვლის სსსკ-ში, სანამ შეჯიბრებითობის პრინციპის ელემენტები გაჩნდებოდა, მტკიცება სხვა არაფერი იყო, თუ არა სამართალწარმოების ცოდნა, სიმართლის დადგენის პროცესი და მისი შინაარსის გაგება.<sup>2</sup> მტკიცება გამოხატავდა სისხლის სამართლის პროცესში მონაწილე პირთა ქმედებებსა და ურთიერთდამოკიდებულებას ქმედარტების დასადგენად. მტკიცების მოვალეობა ეკისრებოდათ პროცესის მწარმოებელ პირებს.<sup>3</sup> მტკიცების არსი მდგომარეობდა მტკიცებულებათა შეფასებაში, გამოკვლევასა და ქმედარტების დადგენაში.<sup>4</sup> ის ერთადერთი საშუალება იყო სამართალწარმოების მიზნების მისაღწევად.<sup>5</sup> მტკიცება სხვა არაფერი იყო, თუ არა მტკიცებულებების მოპოვება და მასზე მუშაობა, რათა აღდგენილი და შესწავლილი ყოფილიყო რეალური სურათი, თუ რა მოხდა.<sup>6</sup>

„მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპის პირობებში მტკიცება არის წესების ერთობლიობა გამოყენებული დანაშაულის კონსტანტაციისათვის ან ფაქტებთან, ან დანაშაულის ჩამდენ პიროვნებასთან დაკავშირებული. მტკიცება არის ერთ-ერთი საყრდენი ქვაკუთხედი პროცესისა, ვინაიდან თუ არ დასტურდება მტკიცება, ხდება გამართლება. აღნიშნული საკითხი ძალზე დელიკატურია, კანონმდებელმა და მოსამართლემ ანგარიში

1 ომხარელი მ. მტკიცების არსი სისხლის სამართლის პროცესში და მისი მნიშვნელობა, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, 1(57), 2018, 73-89.

2 Белкин А. Р., ТЕОРИЯ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ Часть 1, Москва, 2018, 11.

3 აქუბარდია ი, გოგშელიძე რ., ფაფიაშვილი ლ., გოგნიაშვილი ნ., საქართველოს სისხლის სამართლის პროცესი, ზოგადი ნაწილის ცალკეული ინსტიტუტები, თბილისი, 2009, 343-344

4 Белкин А. Р., Теория доказывания, Научно-методическое пособие, Москва, 1999, 1

5 ШЕЙФЕР С.А., ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ, / Монография, «Норма», 2009, 125.

6 Лазарева В. А., 2015, Доказывание в уголовном процессе, М., (Учебник для бакалавриата и магистратуры, 5-е издание, переработанное и дополненное), Москва., Самарский государственный университет , 10.

უნდა გაუწიონ ინტერესთა მნიშვნელოვან რიცხვს: უდანაშაულობის პრეზუმფციის დაცვა; პიროვნების ღირსების პატივისცემა; სასამართლო ინსტიტუტის პატივისცემა, რაც მოსამართლეს უკრძალავს, დამალოს პოლიციის არასწორი ქმედება; სახსრების ეკონომიური ხარჯვა, რასაც მივყავართ ინფორმაციის მნიშვნელობასთან შედარებით მოსაპოვებლად დიდი დროის ხარჯვასთან დაკავშირებული მტკიცებულებების გამორიცხვამდე; დამნაშავის დასჯა.“<sup>7</sup>

„მტკიცება არის შემეცნების რთული პროცესი, რომლის დამახასიათებელი ნიშანი მისი ნორმატიული რეგლამენტირებაა. დღეს მოქმედი სსსკ, რომელიც მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპზეა აგებული, ითვალისწინებს არაერთ სამართლებრივ ნორმას, რომლებიც მიუთითებს მტკიცების მიზნებსა და ამოცანებზე, აგრეთვე არეგულირებს მტკიცებულებათა შეგროვების, საპროცესო დამაგრების, შემოწმებისა და შეფასების პროცესს. მტკიცების პროცესის სამართლებრივ ნორმებზე დაფუძნება იმაზე მიუთითებს, რომ იგი სამართლებრივი საქმიანობაა.“<sup>8</sup>

„მტკიცების პროცესისათვის აუცილებელია მტკიცებულებების მოპოვება. მოპოვებული მტკიცებულებების შეფასება და შემოწმება სისხლის სამართლის საქმის განხილვის სხვადასხვა სტადიაზე ხდება. მხოლოდ მტკიცებულებების მოპოვება არ წარმოადგენს სისხლის სამართლის პროცესის თვითმიზანს, ასევე აუცილებელია, მტკიცებულებები კანონიერი გზით იქნას მოპოვებული, დამაგრებული, გამოკვლეული და შეფასებული.“<sup>9</sup>

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიამ განმარტა, რომ „მტკიცების პროცესი ასევე მოიცავს მტკიცების ტვირთსაც. ბრალდების მტკიცების ტვირთი აკისრია ბრალმდებელს (სსსკ-ის მე-5 მუხლის მე-2 ნაწილი). მტკიცება და მტკიცების ტვირთის გადანაწილება მხარეთა შეჯიბრებითობის პრინციპის შემადგენელი კომპონენტებია. წარმოუდგენელია მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპის განხორციელება მტკიცების პროცესის გარეშე. სსსკ-ის მიხედვით, მტკიცების ტვირთი აკისრია ბრალმდებელს, თუმცა მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპიდან გამომდინარე, ბრალდების მხარე ძირითადად მტკიცების რეჟიმში იმყოფება დაცვის მხარესთან.“<sup>10</sup>

სსსკ-ში მრავალი მუხლია, რომლებიც ბრალმდებელს აკისრებს ბრალდების მტკიცების ტვირთს, განსხვავებით დაცვის მხარისაგან, რომელსაც მთელი პროცესის განმავლობაში შეუძლია იყოს პასიური. თუმცა ეს არ ნიშნავს, რომ დაცვის მხარე მტკიცების პროცესის მონაწილე არ არის. სსსკ დაცვის მხარესაც აძლევს უფლებას, სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისთანავე მოიპოვოს მტკიცებულებები (მაგ, სსსკ-ის 111-ე მუხლის 1-ელი

7 პრადელი ჟ, შედარებითი სისხლის სამართალი, (რედ: თეოდო ნინიძე., თარგ: ეკატერინე სუმბათაშვილი), თბილისი, 1999, 283.

8 ომხარელი მ, მტკიცების არსი სისხლის სამართლის პროცესში და მისი მნიშვნელობა, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, 1(57), 2018, 73-89.

9 Белкин А. Р, ТЕОРИЯ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ Часть 2., (2-е издание, исправленное и дополненное) Москва, 2017, 5.

10 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის 2015 წლის 16 სექტემბრის №1გ/1389 განჩინება;



ნაწილი, სსსკ-ის 136-ე მუხლი და ა.შ) და იყოს აქტიური მონაწილე მტკიცების პროცესისა. თუმცა მტკიცების პროცესის დროს დაცვის მხარე აქტიურ როლს მოიხრებს თუ პასიურს, ეს მის არჩევანს წარმოადგენს, განსხვავებით ბრალდების მხარისაგან.

შეჯიბრებით (adversarial) პროცესში ბრალდების მტკიცების ტვირთი ორი კომპონენტისაგან შედგება: წარდგენისა და დარწმუნებისაგან. წარდგენის ტვირთი გულისხმობს სასამართლოსთვის მტკიცებულებების წარდგენას. დარწმუნების ტვირთი კი - მოსამართლის დარწმუნებას გარკვეული სტანდარტებით, როგორცაა, მაგალითად, გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტი.<sup>11</sup>

„მტკიცება და მტკიცებულება ერთმანეთისაგან განსხვავდება. მტკიცება მოიცავს მტკიცებულებასაც: მტკიცება დინამიურობას გამოხატავს, იგი მიმდინარე პროცესებზე მიგვანიშნებს.“<sup>12</sup> „რაც შეეხება მტკიცებულებას, ის კანონით დადგენილი წესით მხარეების მიერ მოპოვებული ინფორმაციაა, რომელიც სისხლის სამართლის საქმის წარმოებისას სასამართლოში გარემოებების არსებობა/არარსებობის დასადგენად გამოიყენება.“<sup>13</sup>

„სისხლის სამართლის საქმეზე სასამართლოს საბოლოო განაჩენის კანონიერებას, დასაბუთებულობას და სამართლიანობას მტკიცების პროცესის სწორად წარმართვა განაპირობებს, რადგან განაჩენი საქმეში არსებულ მტკიცებულებათა ერთობლიობას ეფუძნება.“<sup>14</sup> მტკიცება ეს არის კანონით მკაცრად განსაზღვრული საქმიანობა სისხლის სამართლის საქმის გარემოებების დასადგენად.<sup>15</sup> თუმცა საყურადღებოა ის გარემოებაც, რომ მტკიცების სტანდარტი არაა სავალდებულო იყოს აბსოლუტურად სარწმუნო და უნდა აკმაყოფილებდეს შესაძლებლობის საკმაოდ მაღალ სტანდარტს და უნდა ტოვებდეს მხოლოდ უმნიშვნელო შესაძლებლობას საპირისპიროს არსებობაში.<sup>16</sup>

სამართლის ლიტერატურაში არც თუ ისე ხშირად შევხვდებით მტკიცების არსის განმარტებას. ამ თავში განხილული საკითხიდან ჩანს, რომ „მტკიცება არის მხარეებისათვის კანონმდებლობით განსაზღვრული უფლებები და მოვალეობები, რომელთა ფარგლები და საპროცესო ფორმა წინასწარ არის დადგენილი და მისი დაცვა, ზუსტად შესრულება აუცილებელი და სავალდებულოა, რათა არ დაირღვეს მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპი და ამ პრინციპის რეალიზების დროს თავისუფლად შეძლონ

11 Storm L, *Criminal Law*, University of Minnesota Libraries Publishing edition, 2015, 54.

12 აქუბარდია ი, გოგშელიძე რ., ფაფიაშვილი ლ., გოგნიაშვილი ნ., საქართველოს სისხლის სამართლის პროცესი, ზოგადი ნაწილის ცალკეული ინსტიტუტები, თბილისი, 2009, 343-344;

13 Божьев В. П. и др, Уголовный процесс: Учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / Под ред. В. П. Божьева. 3-е изд., 2002, <<https://lawbook.online/protsess-konspekt-ugolovnyiy/ponyatie-dokazatelstva-29798.html>> [უკანასკნელად იქნა გადამოწმებული 22.11.2018]

14 ომხარელი მ, მტკიცების პროცესი და მისი ეტაპები ქართული სისხლის საპროცესო სამართლის მიხედვით, ჟურნ. „მართლმსაჯულება“, (2), 2009, 60-71

15 Смирнов А.В, Калиновский К.Б, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, (Четвертое издание, переработанное и дополненное), Москва, 2008, 178.

16 თბილისის საქალაქო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა საგამოძიებო, წინასასამართლო სხდომისა და არსებითი განხილვის კოლეგიის 2020 წლის 4 მარტის განაჩენი საქმე #1/4222-19.

მხარეებმა, ამტკიცონ თავიანთი სიმართლე სასამართლოში.“

მტკიცების არსის განსაზღვრის შემდეგ აუცილებელია განვსაზღვროთ მტკიცების შინაარსი. მ. ომხარელის მოსაზრებით, მტკიცების პროცესის შინაარსი მის ელემენტებში იხსნება, ეს ელემენტებია: გამოძიების ვერსიების აგება, მტკიცებულებების შეგროვება (აღმოჩენა, დამაგრება), მტკიცებულებების შემოწმება (გამოკვლევა), მტკიცებულებების შეფასება, სისხლის სამართლის საქმეზე დასკვნების დასაბუთება. მტკიცების პროცესის ყველა ელემენტი ურთიერთკავშირშია, ხორციელდება არა ერთმანეთისაგან იზოლირებულად, არამედ გარკვეულ ერთიანობაში და ახასიათებს მტკიცების ერთიანი პროცესის სხვადასხვა მხარეს.<sup>17</sup>

სსსკ-ის თანახმად, მტკიცების პროცესის ელემენტები შეიძლება შემდეგნაირადაც წარმოვიდგინოთ: ა) მტკიცებულებების შეკრება (მაგ: სსსკ-ის 37-ე და 111-ე მუხლი); დამაგრება საპროცესო კანონმდებლობით დადგენილი წესით, რომელიც ასევე „შესაძლო მტკიცებულებათა თაობაზე ინფორმაციის გაცვლასაც მოიცავს“ (სსსკ-ის 83-ე მუხლი); ბ) მტკიცებულებების შემოწმება (სსსკ-ის 219-ე მუხლი); გ) მტკიცებულებების შეფასება (სსსკ-ის მე-13 და 82-ე მუხლები). ინფორმაციის (მტკიცებულებების) შეგროვება გამოძიების ეტაპზე ხდება და ამ ეტაპზე შეგროვებული ინფორმაციის (მტკიცებულებების) შემოწმება კი - წინასასამართლო სხდომაზე.

მტკიცების პროცესში მნიშვნელოვან როლს თამაშობს მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპი. ამ პრინციპიდან გამომდინარე, მოსამართლე საკუთარი ინიციატივით არ მონაწილეობს არც მტკიცებულებათა მოპოვებაში (გარდა მხარეების შუამდგომლობისა, რომ დაეხმაროს შესაძლო მტკიცებულების მოპოვებაში) და არც გამოკვლევაში, გარდა სსსკ-ის 25-ე მუხლის მე-2 ნაწილის გამონაკლისისა: „მოსამართლე უფლებამოსილია გამონაკლის შემთხვევაში მხარეებთან შეთანხმების შედეგად დასვას დამაზუსტებელი კითხვა, თუ ეს აუცილებელია სამართლიანი სასამართლოს უზრუნველსაყოფად.“

მოსამართლის მხრიდან კითხვის დასმის შეზღუდვის საკითხი ძალიან პრობლემური და აქტუალურია. ეს საკითხი კიდევ უფრო აქტუალური გახდა მას შემდეგ, რაც საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა ნაწილობრივ დააკმაყოფილა №1478 კონსტიტუციური წარდგინება და არაკონსტიტუციურად ცნო სსსკ-ის 25-ე მუხლის მე-2 ნაწილის მესამე წინადადება.<sup>18</sup> ზემოთ განხილული შემთხვევა ერთ-ერთია იმ მრავალ პრობლემურ საკითხთაგან, რომლებიც მტკიცების დროს გვხვდება.

წინასასამართლო სხდომა მნიშვნელოვან როლს თამაშობს მტკიცების პროცესში, რადგან, როგორც ზევით აღინიშნა, მტკიცების პროცესის შინაარსი მის ელემენტებში იხსნება

17 ომხარელი მ, მტკიცების არსი სისხლის სამართლის პროცესში და მისი მნიშვნელობა, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, 1(57), 2018, 73-89.

18 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N 3/2/1478 „თეთრიწყაროს რაიონული სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-3 მუხლის მე-20 ნაწილის მე-2 წინადადების, 25-ე მუხლის მე-2 ნაწილის მე-3 წინადადების, 48-ე მუხლის პირველი და მე-2 ნაწილების, მე-5 ნაწილის პირველი წინადადებისა და მე-7 ნაწილის პირველი წინადადების კონსტიტუციურობის თაობაზე“, 2021 წლის 28 დეკემბერი.

და ერთ-ერთ ელემენტს, სწორედაც, რომ მტკიცებულებების შემოწმება წარმოადგენს, რომელიც წინასასამართლო სხდომაზე ხდება. ამიტომ ეს სტადია, რასაც წინასასამართლო სხდომა ჰქვია გარდამტეხ როლს თამაშობს მთლიანად მტკიცების პროცესში და ხშირად განსაზღვრავს ბრალდებულის ბედს.

მას შემდეგ, რაც განისაზღვრა მტკიცების ცნება და შინაარსი, დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ მტკიცებისას სავალდებულოა ქცევის წესები ზუსტად და დეტალურად იყოს გაწერილი. წინასასამართლო სხდომასთან დაკავშირებით არაერთი მნიშვნელოვანი საკითხია, რომლებიც მხოლოდ პრაქტიკაზე არის მორგებული, კანონმდებლობით დასარეგულირებელია და სირთულეებს ქმნის მტკიცების პროცესში. მაგალითად, როგორც არის წინასასამართლო სხდომაზე აღკვეთის ღონისძიების თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრების შესაძლებლობა. ამრიგად, ამ საკითხების გადაჭრა და მათზე მსჯელობა ხელს შეუწყობს, რათა არ დაირღვეს ადამიანის უფლებები და დაცული იყოს მტკიცების ფარგლები.

### III. აღკვეთის ღონისძიების გამოყენება, შეცვლა ან გაუქმება წინასასამართლო სხდომაზე

წინასასამართლო სხდომაზე არაერთი მნიშვნელოვანი საკითხი განიხილება, ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი საკითხი კი სწორედ აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების შესახებ საკითხის განხილვაა. სსსკ-ის 219-ე მუხლის მე-4 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტის მიხედვით: „ამ კოდექსის 206-ე მუხლით დადგენილი წესითა და სტანდარტით განიხილავს აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების შესახებ შუამდგომლობას. თუ ბრალდებულს პატიმრობა აქვს შეფარდებული, მოსამართლე ვალდებულია, პირველივე წინასასამართლო სხდომაზე თავისი ინიციატივით განიხილოს პატიმრობის ძალაში დატოვების აუცილებლობის საკითხი, მიუხედავად იმისა, დააყენა თუ არა მხარემ შუამდგომლობა პატიმრობის შეცვლის ან გაუქმების შესახებ. ამის შემდეგ სასამართლო ვალდებულია, თავისი ინიციატივით ორ თვეში ერთხელ მაინც განიხილოს პატიმრობის ძალაში დატოვების აუცილებლობის საკითხი“. ამ ქვეპუნქტის მიხედვით, წინასასამართლო სხდომის მოსამართლემ უნდა იხელმძღვანელოს სსსკ-ის 206-ე მუხლით დადგენილი წესითა და სტანდარტით. სწორედ, სსსკ-ის 206-ე მუხლის მე-8 ნაწილზე დაყრდნობით განმარტავენ წინასასამართლო სხდომაზე მოსამართლეები, რომ აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების შესახებ შუამდგომლობის განხილვისას წარმოდგენილი უნდა იყოს რაიმე ახალი არსებითი საკითხები ან/და მტკიცებულებები, რომლებიც მიუთითებს გამოყენებული აღკვეთის ღონისძიების შეცვლის ან გაუქმების შესაძლებლობაზე. წინააღმდეგ შემთხვევაში, თუ სისხლის სამართლის საქმეში არ იქნება რაიმე არსებითი გარემოება ან/და მტკიცებულება წარმოდგენილი და წინასასამართლო სხდომის მოსამართლე შეცვლის გამოყენებულ აღკვეთის ღონისძიებას, მიიჩნევენ, რომ წინასასამართლო სხდომის მოსამართლემ რევიზია განახორციელა პირველი წარდგენის სხდომის მოსამართლის მიერ აღკვეთის ღონისძიების თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილების, რისი უფლებაც წინასასამართლო სხდომის მოსამართლეს კანონმდებლობით არ აქვს. სსსკ-ის 219-ე მუხლის მე-4 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტის მიხედვით, წინასასამართლო სხდომაზე იხილება პატიმრობის ძალაში დატოვების აუცილებლობის საკითხი. შეიძლება, სისხლის სამართლის საქმეში არ იყოს წარმოდგენილი რაიმე არსებითი გარემოება ან/და მტკიცებულება, თუმცა გარკვეული დროის გასვლის შემდეგ, წინასასამართლო სხდომის გახსნისას, მოსამართლემ მაინც ჩათვალოს, რომ ბრალდებულის პატიმრობაში დატოვების საფუძველი აღარ არსებობს და შეცვალოს აღკვეთის ღონისძიება.

აღნიშნული ქვეპუნქტი ავალდებულებს წინასასამართლო სხდომის მოსამართლეს თავისი ინიციატივით ორ თვეში ერთხელ მაინც განიხილოს პატიმრობის ძალაში დატოვების აუცილებლობის საკითხი. სასამართლო პრაქტიკიდან ჩანს, რომ წინასასამართლო სხდომის მოსამართლეებს იშვიათად უწევთ, ორ თვეში ერთხელ მაინც განიხილონ პატიმრობის ძალაში დატოვების აუცილებლობის საკითხი, რადგან წინასასამართლო სხდომის მოსამართლეები სსსკ-ის 219-ე და 220-ე მუხლებით დადგენილი საკითხების განხილვას ერთ სხდომაშიც ამთავრებენ და საქმეს არსებითად განსაზღვრულად აგზავნიან.

## IV. აღკვეთის ღონისძიების გასაჩივრების საკითხი

როგორც ზედა თავში აღინიშნა, წინასასამართლო სხდომის მოსამართლემ აღკვეთის ღონისძიების საკითხი უნდა განიხილოს სსსკ-ის 206-ე მუხლით დადგენილი წესითა და სტანდარტით. სსსკ-ის 219-ე მუხლის მე-4 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტი აღკვეთის თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრებაზე კი არაფერს ამბობს.

ზუსტად გასაჩივრების არარსებობაზე საუბრობს სსსკ-ის 208-ე მუხლის მე-4 ნაწილიც, რომლის მიხედვითაც: „თუ ბრალდებულის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების სახით პატიმრობაა გამოყენებული, ამ მუხლის მე-3 ნაწილის შესაბამისად წინასასამართლო სხდომის გამართვის ვადის გაგრძელების შესახებ შუამდგომლობის დაკმაყოფილების შემთხვევაში, მისი დაკმაყოფილებიდან არაუგვიანეს 72 საათისა სასამართლო იწვევს მხარეებს, რათა დაადგინოს, აუცილებელია თუ არა აღკვეთის ღონისძიების სახით გამოყენებული პატიმრობის ძალაში დატოვება. ამ საკითხის გადაწყვეტისას სასამართლო ხელმძღვანელობს ამ კოდექსის 206-ე მუხლით დადგენილი წესითა და სტანდარტით.“ ეს ნაწილი გასაჩივრებაზე არაფერს ამბობს, თუმცა სასამართლო პრაქტიკა ისე განვითარებული, რომ როდესაც გამოძიების ვადა გრძელდება, მოსამართლე პატიმრობის ძალაში დატოვების საკითხს განიხილავს და ბრალდებულს ისევ პატიმრობაში ტოვებს, სასამართლო დაცვის მხარეს აძლევს შესაძლებლობას, რომ ეს გადაწყვეტილება გაასაჩივროს სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიაში.

სსსკ-ის 207-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით: „აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების შესახებ განჩინება შეიძლება ერთჯერადად, მისი გამოტანიდან 48 საათში სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიაში გასაჩივროს პროკურორმა, ბრალდებულმა ან/და მისმა ადვოკატმა.“ ისმის კითხვა, თუ წინასასამართლო სხდომის მოსამართლე აღკვეთის ღონისძიების საკითხს იხილავს სსსკ-ის 206-ე მუხლით დადგენილი წესითა და სტანდარტით და ამავე სტანდარტით ხდება გამოძიების გაგრძელების დროს პატიმრობის ძალაში დატოვების საკითხის განხილვა, რატომ არ შეიძლება ეს გადაწყვეტილება გასაჩივრდეს სსსკ-ის 207-ე მუხლით დადგენილი წესითა სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიაში, მაშინ როდესაც გამოძიების ვადის გაგრძელების დროს პატიმრობის ძალაში დატოვების საკითხის განხილვისას უცვლელად დატოვებული პატიმრობის გადაწყვეტილების გასაჩივრების უფლება აქვს დაცვის მხარეს. რა სხვაობაა ამ ორ გადაწყვეტილებას შორის და რატომ არ შეიძლება ანალოგიის წესით მხარეს მიეცეს გასაჩივრების შესაძლებლობა? საკონსტიტუციო სასამართლოს არაერთი გადაწყვეტილება აქვს მიღებული ნორმის ანალოგიით გამოყენებასა და მის განმარტებასთან დაკავშირებით.

მაგალითად, საკონსტიტუციო სასამართლომ 2017 წლის 21 ივლისის გადაწყვეტილებაში #2/1/598 განმარტება გააკეთა საერთო სასამართლოების მხრიდან ნორმის განმარტების შესაძლებლობაზე და მიუთითა, რომ „ამა თუ იმ კანონის განსაზღვრულობის უზრუნველყოფაში მნიშვნელოვან როლს ასრულებს სასამართლო ხელისუფლება, ვინაიდან სწორედ ამ უკანასკნელის ფუნქციაა ნორმათა განმარტება და შეფარდება ამა თუ იმ სამართლებრივი ურთიერთობებისთვის, ასევე კანონის გამოყენების სწორი და



ერთგვაროვანი პრაქტიკის ჩამოყალიბება, რამაც, საბოლოო ჯამში, კანონის ბუნდოვანების თავიდან აცილება უნდა უზრუნველყოს. აღნიშნულს სასამართლო, როგორც წესი, კანონის ინტერპრეტაციის, ასევე კანონის ანალოგიის გამოყენებით აღწევს. გამომდინარე იქიდან, რომ სამართლებრივ მოწესრიგებას საჭიროებს ურთიერთობათა ფართო სპექტრი, ბუნებრივია, კანონმდებლობაში შეიძლება არსებობდეს გარკვეული ხარვეზები, მათ შორის საკანონმდებლო ვაკუუმი, რომელთა აღმოფხვრა მიიღწევა სამართალშემფარდებლის მიერ კანონის ინტერპრეტაციის, კანონის ან/და სამართლის ანალოგიის გამოყენების გზით. მხოლოდ ზემოთ ხსენებული მიდგომა უზრუნველყოფს სამართლებრივ მოწესრიგებას დაქვემდებარებულ ურთიერთობათა სრულ სპექტრთან მიმართებით მართლმსაჯულების განხორციელების გარანტიას<sup>19</sup>.

„კანონის ანალოგია წარმოადგენს სამართლებრივი ნორმების ფაქტობრივი გარემოებებისადმი მისადაგების, სასამართლოს მიერ გამოყენებად, მნიშვნელოვან მეთოდს, რომელიც სასამართლოს აძლევს შესაძლებლობას, არსებული სამართლებრივი მოწესრიგება გაავრცელოს მსგავს ფაქტობრივ გარემოებაზე და გადაწყვიტოს მის წინაშე არსებული დავა. ამასთან, რაც უფრო ხანგრძლივი და თანმიმდევრულია სასამართლოს მიერ ამა თუ იმ კანონის ანალოგიით გამოყენების პრაქტიკა, მით უფრო მაღალია კანონის განჭვრეტადობის ხარისხი.“<sup>20</sup> საკონსტიტუციო სასამართლომ არაერთ გადაწყვეტილებაშიც განმარტა საერთო სასამართლოების მხრიდან ნორმის განმარტების შესაძლებლობაზე და მიუთითა, რომ „სამართლის ნებისმიერი ფორმა ექვემდებარება განმარტებას. იმის გამო, რომ სამართლის ნორმა შეიძლება იძლეოდეს სხვადასხვა განმარტების შესაძლებლობას და ხელს უწყობდეს განსხვავებული პრეცედენტების არსებობას, არ ნიშნავს იმას, რომ ეს ნორმა არაკონსტიტუციურია. სწორედ განსხვავებული განმარტება ხდება საფუძველი საბოლოოდ ნორმის სწორი განმარტების მისაგნებად. პოზიტიური სამართლის პირობებშიც არსებობს საკმარისი მექანიზმები იმის დასადგენად, თუ რომელი პრეცედენტი ჩაითვალოს ნორმის სწორ განმარტებად და რომელი არა. სამართალშემფარდებელი ვალდებულია, კონსტიტუციის შესაბამისად განმარტოს ნორმა, თუკი ეს შესაძლებელია მოცემული ნორმის ფარგლებში, ნორმის ფარგლები კი არ არის იმ მუხლის იდენტური, რომელშიც გადმოცემულია მისი დისპოზიცია. ნებისმიერი ნორმა მთლიანი ნორმატიული აქტის ორგანული ნაწილია და ამ ფონზე უნდა მოხდეს მისი წაკითხვა.“<sup>21</sup>

„სამართალშემფარდებელი ვალდებულია, გამოიყენოს განმარტების ის მეთოდი, რომელიც ყველაზე ნათლად და ობიექტურად ხსნის როგორც ნორმის არსს, ისე მისი მოქმედების ფარგლებს. სამართალშემფარდებელმა უნდა შეძლოს იმ ნების სწორი შემეცნება, რომელიც ქმნის კანონის სულს. უნდა გაირკვეს, როგორც კანონში ჩადებული ნება კანონმდებლისა, ისე თავად კანონის ნება, რომელიც მისი გამოყენების პროცესში ყალიბდება და ვლინდება. კანონი არაა კანონმდებლის ნებით დეტერმინირებული, ერთხელ და სამუდამოდ მოცემული

19 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №2/1/598 „საქართველოს მოქალაქე ნუგზარ კანდელაკი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 2017 წლის 21 ივლისი. პარაგრაფი 31.

20 იქვე, პარაგრაფი 32.

21 საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N1/1/428,447,459 „საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოს მოქალაქე ელგუჯა საბაური და რუსეთის ფედერაციის მოქალაქე ზვიად მანია საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 2009 წლის 13 მაისი. პარაგრაფი II – 17.



უცვლელი ფასეულობა. კანონს უნდა შევხედოთ, როგორც ცოცხალ ორგანიზმს, რომლის ნებაც სხვადასხვა ცხოვრებისეული შემთხვევის მოწესრიგების პროცესში ვლინდება და იხვეწება. ამიტომაც სადავო ნორმების შეფასებისას უნდა გაირკვეს არა მარტო ის აზრი, რომელიც კანონმდებელს ჰქონდა, არამედ ის აზრიც, რისი პრეტენზიაც შეიძლება ჰქონდეს თავად სადავო ნორმას.<sup>22</sup>

სასამართლო პრაქტიკაში შევხვდებით შემთხვევებსაც, როდესაც წინასასამართლო სხდომის მოსამართლე ადვოკატის ღონისძიების თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრების უფლებას მხარეს უმარტავს და ეუბნება, რომ შემაჯამებელ გადაწყვეტილებასთან ერთად შეუძლია გაასაჩივროს, რაც ყოველგვარ აზრს მოკლებულია და არაფრის მომცემია. პირველი, იმიტომ არის აზრს მოკლებული და არაფრის მომცემი, რომ მხარეს არ აქვს შესაძლებლობა, მაშინვე მოახდინოს და ეცადოს სასამართლოს არასწორი გადაწყვეტილება გაასაჩივროს და შეცვალოს და მეორე, შემაჯამებელი გადაწყვეტილების ანუ განაჩენის გასაჩივრების შემდეგ, როცა საქმე აპელაციაში განიხილება, ამ საკითხის განხილვა და გადაწყვეტა მხარისათვის სამართლებრივი თვალსაზრისით არაფრის მომცემია. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიამ ერთ-ერთ განჩინებაში განმარტა, რომ მას შემდეგ, რაც საქმე გადაეცემა წინასასამართლო სხდომას ან არსებითი განხილვისათვის სასამართლოს, სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგია მოკლებულია კანონისმიერ შესაძლებლობას, განიხილოს მხარეთა სააპელაციო საჩივრები ბრალდებულის მიმართ შეფარდებულ ადვოკატის ღონისძიებაზე.<sup>23</sup> საბოლოოდ უნდა ითქვას, რომ წინასასამართლო სხდომაზე ადვოკატის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების შესახებ მიღებული განჩინება არ საჩივრდება და მხარეს მინიმუმ უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, პირველად გამოყენებული ან შეცვლილი ადვოკატის ღონისძიების სახე, რომლითაც მძიმდება ბრალდებულის მდგომარეობა, გაასაჩივროს სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიაში.

22 იქვე, პარაგრაფი II – 18.

23 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის 2017 წლის 28 დეკემბრის №1გ/1487-17 განჩინება.

## IV. დასკვნა

სტატიის მიზანი იყო აღკვეთის ღონისძიების განხილვასთან დაკავშირებული პრაქტიკული საკითხის მიმოხილვა და იმის ჩვენება, რომ სსსკ-ის 219-ე მუხლის მე-4 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტის მოთხოვნა, აღკვეთის ღონისძიების სსსკ-ის 206-ე მუხლით დადგენილი წესითა და სტანდარტით განხილვისას მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრების უფლება მხარეს უნდა ჰქონდეს, განსაკუთრებით კი მაშინ, როდესაც პირველად ხდება წინასასამართლო სხდომაზე აღკვეთის ღონისძიების გამოყენება ან შეცვლა და ამით მძიმდება ბრალდებულის სამართლებრივი მდგომარეობა.

## ბიბლიოგრაფია

### სახელმძღვანელოები და მონოგრაფიები:

- 1) აქუბარდია ი, გოგმელიძე რ., ფაფიაშვილი ლ., გოგნიაშვილი ნ., საქართველოს სისხლის სამართლის პროცესი, ზოგადი ნაწილის ცალკეული ინსტიტუტები, თბილისი, 2009;
- 2) პრადელი ჟ, შედარებითი სისხლის სამართალი, (რედ: თედო ნინიძე., თარგ: ეკატერინე სუმბათაშვილი), თბილისი, 1999;
- 3) Storm L, *Criminal Law*, University of Minnesota Libreraries Publishing edition, 2015;
- 4) Белкин А. Р, ТЕОРИЯ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ Часть 1, Москва, 2018;
- 5) Белкин А. Р, Теория доказывания, Научно-методическое пособие, Москва, 1999;
- 6) Белкин А. Р, ТЕОРИЯ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ Часть 2., (2-е издание, исправленное и дополненное) Москва, 2017;
- 7) Лазарева В. А, 2015, Доказывание в уголовном процессе, М., (**Учебник для бакалавриата и магистратуры, 5-е издание, переработанное и дополненное**)., Москва., Самарский государственный университет;
- 8) Смирнов А.В, Калиновский К.Б, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, (*Четвертое издание, переработанное и дополненное*), Москва, 2008;
- 9) ШЕЙФЕР С.А, ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ, / Монография, «Норма», 2009;

### სამეცნიერო სტატიები პერიოდულ გამოცემებში:

- 10) ოშხარელი მ, მტკიცების არსი სისხლის სამართლის პროცესში და მისი მნიშვნელობა, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“, 1 (57), 2018;
- 11) ოშხარელი მ, მტკიცების პროცესი და მისი ეტაპები ქართული სისხლის საპროცესო სამართლის მიხედვით, ჟურნ. „მართლმსაჯულება“, (2), 2009;

### საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები:

- 12) საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N 3/2/1478 „თეთრიწყაროს რაიონული სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-3 მუხლის მე-20 ნაწილის მე-2 წინადადების, 25-ე მუხლის მე-2 ნაწილის მე-3 წინადადების, 48-ე მუხლის პირველი და მე-2 ნაწილების, მე-5 ნაწილის პირველი წინადადებისა და მე-7 ნაწილის პირველი წინადადების კონსტიტუციურობის თაობაზე“, 2021 წლის 28 დეკემბერი;

- 13) საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №2/1/598 „საქართველოს მოქალაქე ნუგზარ კანდელაკი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 2017 წლის 21 ივლისი;
- 14) საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N1/1/428,447,459 „საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოს მოქალაქე ელგუჯა საბაური და რუსეთის ფედერაციის მოქალაქე ზვიად მანია საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 2009 წლის 13 მაისი.

**სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები:**

- 15) თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის 2015 წლის 16 სექტემბრის №1გ/1389 განჩინება;
- 16) თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის 2017 წლის 28 დეკემბრის №1გ/1487-17 განჩინება;

**თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილებები:**

- 17) თბილისის საქალაქო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა საგამოძიებო, წინასასამართლო სხდომისა და არსებითი განხილვის კოლეგიის 2020 წლის 4 მარტის განაჩენი საქმე #1/4222-19;

**ინტერნეტწყაროები:**

- 18) Божьев В. П. и др, Уголовный процесс: Учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / Под ред. В. П. Божьева. 3-е изд., 2002, <<https://lawbook.online/protsess-konspekt-ugolovnyiy/ponyatie-dokazatelstva-29798.html>>



## ერეკლე პაპუაშვილი

გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის  
სამართლის სკოლის დოქტორანტი

**EREKLE PAPUASHVILI**

*PhD student of Law School at  
Grigol Robakidze University*

არასრულწლოვანთა, მხარდაჭერის მიმღებთა  
და მათ მეთვალყურეობაზე ვალდებულ პირთა  
პასუხისმგებლობის წინაპირობები

THE FUNDAMENTAL PARTS OF THE REQUIREMENTS  
FOR THE RESPONSIBILITY OF CHILDREN,  
BENEFICIARY OF SUPPORT, AND THOSE IN CHARGE  
OF THEIR SUPERVISION

## აბსტრაქტი

წინამდებარე სტატიაში განხილულია არასრულწლოვანთა, მხარდამჭერის მიმღებთა და მათ მეთვალყურეობაზე ვალდებულ პირთა პასუხისმგებლობის წინაპირობების არსი და შედარებითი ანალიზი ევროპისა და ჩრდილოეთ ამერიკის წამყვანი ქვეყნების სამართალთან.

საქართველოში, ისევე როგორც მსოფლიოს მრავალ ქვეყანაში, აქტუალურია არასრულწლოვანთა აღზრდის სწორი მეთოდების შემუშავება, რათა სწორი განათლების სისტემით და გამართული საკანონმდებლო ორგანოებით მოხდეს მათი სოციუმში ინტეგრირება, თუმცა ხშირია სწორედ არასრულწლოვნების მხრიდან საზოგადოებისთვის მიუღებელი და საჯარო წესრიგის საწინააღმდეგო ქმედებები. ასეთ დროს სახელმწიფო ვალდებულია დაიცვას აუცილებელი ბალანსი, ერთი მხრივ, მართლწესრიგის დაცვასა და, მეორე მხრივ, არასრულწლოვნების უფლებებს შორის.

ისევე, როგორც არასრულწლოვნის შემთხვევაში, კანონმდებელი აწესებს სპეციალურ მოთხოვნებს, თუ რა შემთხვევაშია პასუხისმგებელი მხარდამჭერის მიმღები ან მხარდამჭერი პირი, ანაზღაუროს მიყენებული ზიანი.

სტატიის მიზანია ზემოაღნიშნული პრობლემატური საკითხების მიმოხილვა და სპეციფიკური ასპექტების გამოყოფა.

**საძიებო სიტყვები:** არასრულწლოვანი, მხარდამჭერის მიმღები, დელიქტი, ზიანი, მხარდამჭერი, უფლებაუნარიანობა და ქმედუნარიანობა.



## ABSTRACT

The legislation of the most developed nations in Europe and North America is contrasted in this article to examine the fundamental parts of the requirements for the responsibility of children, recipients of support, and those in charge of their supervision.

It is crucial to establish the appropriate parenting techniques in Georgia and many other nations across the world so that minors may be successfully integrated into society with the necessary legal framework and educational system. The state is required to preserve the necessary equilibrium between the rights of children and the maintenance of peace and order at such a period.

Similar to when a juvenile is involved, the law may impose additional conditions, in which case the person receiving help or the person providing support is liable for repairing any harm done.

The purpose of this essay is to investigate and highlight specific aspects of the major problems outlined above.

**Keywords:** minor, beneficiary of Support, delict, harm, supporter, legal capacity.

## I. შესავალი

ოცდამეერთე საუკუნეში, როცა ცივილიზაცია განვითარების მწვერვალზეა და ადამიანის უფლებები და, ზოგადად, სამართალი, ისტორიის განმავლობაში ყველაზე დახვეწილ ნიშნულამდეა მისული, ჯერ კიდევ არსებობს გადაუჭრელი პრობლემები და არაერთგვაროვანი მიდგომა ზიანის მიმყენებლის პასუხისმგებლობისა და ზიანის ანაზღაურების საკითხთან მიმართებით.

სტატიაში გამოყენებულია შედარებითი სამართლებრივი მეთოდი. სტატიაზე მუშაობისას შესწავლილ იქნა საქართველოს, გერმანიის, ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ნიდერლანდების კანონმდებლობა. ასევე ევროპის საბჭოსა და ევროპის პარლამენტის ის დირექტივები, რომლებიც ითვალისწინებს შესწავლის ობიექტისა და საგნის სპეციფიკას. მოცემულ საკითხთან დაკავშირებით საუბარია არასრულწლოვნისა და მხარდაჭერის მიმღების უფლებაუნარიანობაზე, ქმედუნარიანობასა და დელიქტუნარიანობაზე, მის თავისუფლებაზე სამოქალაქო სამართლებრივ ურთიერთობებში, წარმოჩენილია ზემოაღნიშნული პირების მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურებასა და მათ მეთვალყურეობაზე პასუხისმგებელი პირების სამოქალაქო პასუხისმგებლობის შედარებითი ანალიზი. განხილულია ზიანის ცნება, სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის შედარება დელიქტურ პასუხისმგებლობასთან. კვლევის პროცესში გამოვლინდა პრობლემები, რომლებიც საქართველოში საჭიროებს ეფექტიანი გზებით აღმოფხვრას. კვლევის პროცესში გაცხადდა, რომ უცხოური განვითარებული ქვეყნების სამართლებრივ პრაქტიკასთან შედარებით, სტატიაში განხილულ აქტუალურ საკითხებთან მიმართებით, საკმაოდ მწირია ქართული კანონმდებლობის ფარგლები, რაც თავისთავად საჭიროებს დახვეწას.

სტატიაში, პირველ რიგში, განხილულია დელიქტის არსი, არასრულწლოვანთა, მხარდაჭერის მიმღებთა და მათ მეთვალყურეობაზე ვალდებულ პირთა პასუხისმგებლობის წინაპირობები საქართველოს კანონმდებლობაში და გაკეთებულია შედარებითი ანალიზი უცხოური ქვეყნების სამართალთან მიმართებით ზემოაღნიშნული თემის კონტექსტში.

## II. დელიქტის არსი

სხვადასხვა ქვეყნის სამართალში დელიქტის (delictum) განმარტების სხვადასხვაგვარი მიდგომაა, თუმცა ყველა შემთხვევაში იგი აღნიშნავს პირის მიერ სხვის მიმართ განზრახ ან გაუფრთხილებლობით გამოწვეულ ზიანს. მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი არ იცნობს დელიქტის ლეგალურ დეფინიციას, ამ კოდექსის 992-ე მუხლის ფაბულა ადგენს პასუხისმგებლობას ნებისმიერი განზრახი ან გაუფრთხილებელი ქმედებით მიყენებული ზიანისათვის.<sup>1</sup>

თავის მხრივ, ზიანი არის ფიზიკური და იურიდიული პირის უფლების ან კეთილდღეობის დამცირება, განადგურება.<sup>2</sup> ზიანი შესაძლოა იყოს სახელშეკრულებო და არასახელშეკრულებო. მარტივ მაგალითად იმისა, თუ როგორ შეიძლება განვასხვაოთ ეს ორი კატეგორია ერთმანეთისგან, შევვიძლია გამოვყოთ, რომ სახელშეკრულებო ზიანის მიყენება ხდება მაშინ, როდესაც პირი იმყოფება ვალდებულებით ურთიერთობაში და იგი არაჯეროვნად ან სულაც არ ასრულებს ვალდებულებას, ასეთ დროს მხარისთვის ზიანის მიყენება განისაზღვრება ხელშეკრულებით ან იმ კანონით, რომელიც არეგულირებს ამ სამართლებრივ ურთიერთობას. რაც შეეხება არასახელშეკრულებო ზიანს, იგი გამოწვეულია უშუალოდ სამართალდარღვევიდან, იმ დროს, როდესაც მხარეები არ იმყოფებიან ვალდებულებით ურთიერთობაში.

დელიქტი ესაა კანონისმიერი ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობის წყარო, რაც გულისხმობს ერთი პირის უფლებამოსილებას, მეორე პირისგან მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება. ზოგადად, დელიქტური სამართლის განვითარების საუკეთესო საშუალებას სასამართლო პრაქტიკა წარმოადგენს, ვინაიდან იგი მუდმივად განვითარებადი სფეროა და მისი კომპლექსური ბუნებიდან გამომდინარე, მხოლოდ ჩარჩოში მოქცეული სამართლებრივი განმარტებით იგი შეიზღუდება. ასე მაგალითად, გერმანული სამოქალაქო კოდექსის 823-ე პარაგრაფის თანახმად, სამართლებრივი დაცვის ღირსად აღიარებულია სიცოცხლე, ადამიანის სხეული, ჯანმრთელობა, თავისუფლება, საკუთრება „ან მათი მსგავსი“ სხვა უფლება. სწორედ ეს უკანასკნელი, აბსტრაქტული ფორმულირება მსგავსებაზე, წარმოადგენს სასამართლო პრაქტიკის განვითარების შესაძლებლობას და აძლევს სასამართლოს საშუალებას, დაიცვას ის უფლებები, რომლებიც პირდაპირ არ არის კანონში ჩამოთვლილი.<sup>3</sup>

იმისათვის, რომ მოვალეს დაეკისროს ზიანის ანაზღაურება, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლის მიხედვით, საჭიროა არსებობდეს შემდეგი ოთხი ელემენტი: 1) მოვალის მართლსაწინააღმდეგო ქმედება. 2) ზიანი. 3) მიზეზობრივი კავშირი მოვალის მართლსაწინააღმდეგო ქმედებასა და ზიანს შორის. 4) მოვალის ბრალი. თუმცა არსებობს გამონაკლისი შემთხვევები, რომლებიც ბრალისა და მართლსაწინააღმდეგო ქმედების გარეშე ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას, ასეთია ე.წ. მომეტებული საფრთხის შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურება.

1 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 992-ე მუხლი

2 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები წიგნი 4.

3 გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 823-ე მუხლი.

როგორც უკვე აღინიშნა, უმთავრესი სიკეთე, რის წინააღმდეგაც შეიძლება მართლსაწინააღმდეგო ქმედება იყოს მიმართული, არის პიროვნება და საკუთრება. ამ ორი უფლების სხვადასხვა კომბინაციამ კი შეიძლება მოგვცეს ცალკე აღებული სამართლებრივი სიკეთე, რომლის დაცვასაც კანონმდებელი სავალდებულოდ მიიჩნევს. სამართალი არ აღიარებს და დაცვას არ იცავს უფლებას, რომელიც მხოლოდ იმიტომ ხორციელდება, რომ ზიანი მიაღგეს სხვას.<sup>4</sup>

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლის თანახმად, პირი, რომელიც სხვა პირს მართლსაწინააღმდეგო, განზრახი ან გაუფრთხილებელი მოქმედებით მიაყენებს ზიანს, ვალდებულია აუნაზღაუროს მას ეს ზიანი. „ზიანი“ სამოქალაქო სამართალში არის ფიზიკური და იურიდიული პირის უფლების ან კეთილდღეობის დამცირება, განადგურება. აღნიშნული ცნებიდან გამომდინარე, ზიანი შეიძლება მიაღგეს სხვა პირის სიცოცხლეს, ჯანმრთელობას, საკუთრების უფლებას, მატერიალურ ქონებას ან სხვა უფლებას. ანალოგიურად, მიყენებული ზიანის ანაზღაურებაზე ვალდებულია უნდა დაეკისროს ასევე პირს, რომელიც არღვევს კანონს, რომელიც სხვა პირის ინტერესებს იცავს. გასათვალისწინებელია, რომ თუკი კანონიდან გამომდინარე ბრალის გარეშე შეიძლება ზიანის მიყენება, ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება მხოლოდ ბრალის არსებობისას დგება. ამ შემთხვევაში ქართული სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლი ანალოგიურია გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 823-ე პარაგრაფისა.<sup>5</sup>

„იმისათვის, რომ ქმედება 823-ე პარაგრაფის დარღვევად მივიჩნიოთ, აუცილებელია შემდეგ წინაპირობებს აკმაყოფილებდეს: პირველ რიგში, დარღვევა უნდა იყოს ადამიანის ქცევის შედეგი, რაც ხელყოფს ერთ-ერთ ჩამონათვალ სიკეთეს მაინც, კერძოდ: სიცოცხლეს, სხეულს, ჯანმრთელობას, თავისუფლებას, საკუთრების უფლებას ან სხვა უფლებას; მეორე რიგში კი აუცილებელია დავადგინოთ მიზეზობრივი კავშირი ქმედებასა და იმ შედეგს შორის, რომელიც ზიანის სახით მოსარჩელემ განიცადა.“<sup>6</sup>

საინტერესოა ნიდერლანდების სამოქალაქო კოდექსის 6:162 მუხლის 1-ელ ნაწილში მოცემული განმარტება, რომლის თანახმად, „პიროვნებას, რომლის მიმართ ჩაიღინეს უკანონო ქმედება, შეუძლია მოითხოვოს მიყენებული ზიანის ანაზღაურება.“<sup>7</sup>

როგორც გერმანიის, ისე ნიდერლანდების და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსების ზემოაღნიშნული მუხლების გაანალიზების შედეგად შეიძლება ითქვას, რომ დაზარალებულმა პიროვნებამ - მოსარჩელემ - სასამართლოს წინაშე უნდა დაადასტუროს ხუთი პირობის არსებობა. უპირველეს ყოვლისა, სამართალდამრღვევის ქმედება უნდა იყოს კანონსაწინააღმდეგო, მეორე - კანონდამრღვევის ქმედება გაუფრთხილებლობით მაინც უნდა იქნეს ჩადენილი, მესამე - ქმედება სამართალდამრღვევს უნდა მიეწერებოდეს, მეოთხე - მოპასუხემ უნდა განიცადოს ზიანი და მეხუთე - ზიანი სამართალდამრღვევის ქმედებით უნდა იყოს განპირობებული.

4 ავტორთა კოლექტივი, სახელმეკრულებო სამართალი, თბილისი 2014, გვ 67.

5 გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 823-ე მუხლი.

6 ხარაზი, ი., კვინიკაძე ქ., კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, ლექციების კურსი, თბ. 2016, გვ 386.

7 ნიდერლანდების სამოქალაქო კოდექსი მუხლი 6:162.

დელიქტი დაკავშირებული არის ზიანთან, რომელიც პირს მიადგა სხვა პირის განზრახი ან გაუფრთხილებლობითი ქმედებით. იმისათვის, რომ სამართალი აღსრულდეს და ზიანი ანაზღაურდეს, საჭიროა, პირველ რიგში, განისაზღვროს, ვინ იქნება ზიანის ანაზღაურებაზე პასუხისმგებელი დელიქტის არსებობისას და რა მინიმალურ მოთხოვნას უნდა აკმაყოფილებდეს პირის იურიდიული სტატუსი.

### III. არასრულწლოვნის უფლებაუნარიანობისა და ქმედუნარიანობის არსი

საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობით, ფიზიკური პირები ძირითადად იყოფიან სრულწლოვანებად და არასრულწლოვანებად. არასრულწლოვანია პირი, რომელსაც არ მიუღწევია 18 წლის ასაკისთვის.<sup>8</sup> აქვე გასათვალისწინებელია, რომ არასრულწლოვნის უფლებაუნარიანობა იწყება მისი დაბადების მომენტიდან, როდესაც იგი სრულიად გამოეყოფა დედის ორგანიზმს. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით, მისი ქმედუნარიანობა 7 წლიდან იწყება, როდესაც იგი შეზღუდულად ქმედუნარიანი ხდება და მის მოქმედებას მშობლის თანხმობა უნდა მოჰყვებოდეს. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, იმისათვის, რომ პირს დაეკისროს ზიანის ანაზღაურება, იგი უნდა აკმაყოფილებდეს კანონით დაწესებულ ასაკობრივ ზღვარს. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 994-ე მუხლის მიხედვით, 10 წლამდე პირი დელიქტუუნარია. თავისთავად ეს არ ნიშნავს, რომ 10 წლამდე პირის მიერ მიყენებული ზიანი აუნაზღაურებელი რჩება. ზემოაღნიშნული მუხლის თანახმად, მშობლები ან ათი წლის ასაკს მიუღწეველი პირის მეთვალყურეობაზე ვალდებული სხვა პირები მოვალენი არიან აანაზღაურონ ზიანი, რომელიც ამ პირმა მართლსაწინააღმდეგო მოქმედებით მიაყენა სხვას. მათი პასუხისმგებლობა გამოირიცხება, როცა მეთვალყურეობაზე ვალდებულ პირებს არ შეეძლოთ ზიანის თავიდან აცილება.<sup>9</sup> რამდენადაც ჩვენთვის ცნობილია, ძველ ქართულ სამართალში,, აღნიშნული მიდგომა ასევე ვახტანგ მეექვსის სამართლის წიგნის 187-ე მუხლშიც იყო ასახული.<sup>10</sup>

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 994-ე მუხლის მიხედვით, ათი წლის ასაკს მიუღწეველი პირი არ აგებს პასუხს იმ ზიანისთვის, რომელიც მან სხვას მიაყენა, თუმცა ათი წლის ასაკიდან იგი დელიქტუუნარიანია, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მას ამის გაცნობიერება არ შეეძლო. პირი მხოლოდ იმ შემთხვევაში აგებს პასუხს მიყენებული ზიანისთვის, თუ იგი ქმედუნარიანია, რაც თავისთავად გულისხმობს მის უფლებაუნარიანობასაც. თუ რა არის უფლებაუნარიანობა, ამ ცნების განმარტებას გვთავაზობს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი მე-11 მუხლის პირველ ნაწილში, კერძოდ, „ფიზიკური პირის უფლებაუნარიანობა - უნარი, ჰქონდეს სამოქალაქო უფლებები და მოვალეობები – წარმოიშობა დაბადების მომენტიდან“.

უფლებაუნარიანობა ზოგადი ცნებაა, უფლება კი არის კონკრეტული კატეგორია. უფლება დაკავშირებულია მხოლოდ კონკრეტულ სამართლებრივ ურთიერთობასთან და მხოლოდ მის მონაწილეს აქვს, უფლებაუნარიანობა კი ყველას აქვს, იგი დაბადების მომენტიდან წარმოიშობა. დაბადება ესაა დედის ორგანიზმისგან გამოცალკევება, ხოლო საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით, მთავარია სუბიექტი დედის ორგანიზმისგან განცალკევებული, ცალკე დამოუკიდებელი სიცოცხლისუნარიანი იყოს, რაც საკმარისია მისთვის უფლებაუნარიანობის სტატუსის მისანიჭებლად. შესაბამისად, როგორც საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-11 მუხლის პირველი ნაწილითაა განსაზღვრული,

8 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-12 მუხლი.

9 იქვე, 992-ე მუხლი.

10 ჭანტურია, ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2012, გვ. 176. ავტორთა კოლექტივი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბილისი, გვ 41.



უფლებათუნარიანობის წარმოშობა დაბადების ფაქტს უკავშირდება, ამავე მუხლის მე-3 ნაწილის მიხედვით, გარდაცვალება მის შეწყვეტას იწვევს. უფლებათუნარიანობა პირის ფიზიკური სიკვდილით წყდება. გარდაცვალების ფაქტს უკავშირდება სუბიექტის ქონებრივი უფლება-მოვალეობების შემდგომი საკითხები, იხსნება სამკვიდრო (სსკ-ს 1313 მუხლი) და წყდება ვალდებულება (სსკ-ს 453 მუხლი).<sup>11</sup>

უფლებათუნარიანობის შექმნის შემდგომ ადამიანი საჭიროა აკმაყოფილებდეს გარკვეულ მოთხოვნებს, რომ იგი იყოს ქმედუნარიანი, რაც გულისხმობს უნარს, თავისი ნებითა და მოქმედების სრული მოცულობით შეიძინოს და განახორციელოს სამოქალაქო უფლებები და მოვალეობები. განსხვავებით უფლებათუნარიანობისგან, ქმედუნარიანობის სრული მოცულობით შექმნის ერთ-ერთი კრიტერიუმი ასაკია. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, შვიდ წლამდე არასრულწლოვანი ქმედუნაროა, რაც იმას ნიშნავს, რომ იგი დამოუკიდებლად ვერ განახორციელებს თავის უფლებებსა და მოვალეობებს. მისი კანონიერი წარმომადგენელი მშობელი ან მეურვეა. თუკი შვიდ წლამდე არასრულწლოვანი მიიღებს მემკვიდრეობას, მისი მართვა მხოლოდ მშობლის ან მეურვის მიერ დაიშვება.

შვიდიდან თვრამეტ წლამდე არასრულწლოვანი შეზღუდული ქმედუნარიანია, რაც იმას ნიშნავს, რომ მხოლოდ უფლებების ნაწილის განხორციელება შეუძლია. მისი კანონიერი წარმომადგენელია მშობელი ან მზრუნველი. მაგალითად, მას შეუძლია განკარგოს ჯიბის ფული, რომელიც მისცეს მშობლებმა, ჰონორარი, რომელიც თავად გამოიმუშავა და ა.შ. თუმცა, აღსანიშნავია, რომ თუკი არასრულწლოვანმა რაიმე გარიგება დადო, მაგალითად, შეგროვილი თანხით იყიდა ძვირადღირებული სათამაშო/ნივთი, მშობლის ან მზრუნველის მიერ ამ გარიგების მოწონება მისი ნამდვილობის აუცილებელი პირობაა. თუკი მშობელი ან მზრუნველი ჩათვლის, რომ არასრულწლოვანის მიერ დადებული ეს გარიგება ეწინააღმდეგება მის ინტერესებს (მათ შორის, აღმზრდელობითსაც), ეს გარიგება ბათილია და უნდა აღდგეს პირვანდელი მდგომარეობა (რესტიტუცია) - თანხა დაუბრუნდეს არასრულწლოვანს, შენაძენი – გამსხვისებულს.

რაც შეეხება შეზღუდულქმედუნარიანი პირის პასუხისმგებლობას, სამოქალაქო პასუხისმგებლობა დგება ათი წლის ასაკიდან, ხოლო სისხლის სამართლის – თოთხმეტი წლიდან. სამოქალაქო პასუხისმგებლობის მაგალითად შეიძლება მოვიყვანოთ არასრულწლოვანის მიერ სხვისი ქონების დაზიანება, მაგ., ფანჯრების ჩამსხვრევა. ამ შემთხვევაში მშობელსაც ეკისრება პასუხისმგებლობა. ასეთი ერთობლივი პასუხისმგებლობის მაგალითი შეიძლება იყოს მშობლის მიერ ახალი მინის ყიდვა, ხოლო არასრულწლოვანის მიერ - მისი ჩასმა. პირის ქმედუნაროდ ან შეზღუდულქმედუნარიანად გამოცხადება და, შესაბამისად, მეურვეობისა და მზრუნველობის დაწესება შეუძლია მხოლოდ სასამართლოს. ქმედუნარიანობის შეზღუდვა გარიგებით დაუშვებელია, სხვაგვარად რომ ვთქვათ, დაუშვებელია, პირმა დადოს ისეთი გარიგება, რომელიც მის მიერ მისი უფლებებისა და მოვალეობების განხორციელების შესაძლებლობაზე აიძულებს უარის თქმას. თვრამეტი წლის ასაკის მიღწევის შემდეგ ფიზიკური პირი ხდება სრულწლოვანი და, შესაბამისად, ქმედუნარიანიც. სრულწლოვანი პირი აღარ საჭიროებს კანონიერ წარმომადგენელს და შეუძლია, თავისი უფლებები თავად განახორციელოს და მოვალეობების გამო კი თავად აგოს

11 კერესელიძე, დ., კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები, თბ., 2009, გვ 106.

პასუხი.<sup>12</sup> შეიძლება, ფიზიკური პირი ასაკის მიუხედავად გამოცხადდეს მხარდაჭერის მიმღებ პირად, მაგალითად, პირი, რომელსაც აქვს მყარი ფსიქიკური, გონებრივი, ინტელექტუალური დარღვევები, რომელთა სხვადასხვა დაბრკოლებასთან ურთიერთქმედებამ შესაძლოა ხელი შეუშალოს საზოგადოებრივ ცხოვრებაში მის სრულ და ეფექტიან მონაწილეობას სხვებთან თანაბარ პირობებში. ასეთ პირს სჭირდება მხარდამჭერი.

ამერიკის შეერთებული შტატების კანონმდებლობაში განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება ფსიქიკურ ჯანმრთელობას. კერძოდ, პირს უნდა გააჩნდეს „კომპეტენცია“, რომ იგი ჩაითვალოს ფსიქიკურად მდგრად ადამიანად. ტერმინი „კომპეტენცია“ ნიშნავს სამართლებრივ დასკვნას, რომ ინდივიდს შეუძლია დადოს სავალდებულო ხელშეკრულება, გადასცეს აქტივები ან მონაწილეობა მიიღოს სასამართლო პროცესში. ფსიქიკური ჯანმრთელობის სერვისების მიწოდება რეგულირდება და, გარკვეულწილად, საჯაროდაც არის მხარდაჭერილი, რომელიც თავისთავად სამართლებრივი სტანდარტებით არის მოწესრიგებული. არსებული მიდგომით, ფსიქიკურად დაავადებული პირები შეიძლება აიძულონ, ნების საწინააღმდეგოდ მიიღონ მკურნალობა. არანებაყოფლობითი ვალდებულების დებულებები, იქნება ეს დენომინირებული სამოქალაქო თუ სისხლის სამართლის საქმე, ექვემდებარება მე-14 შესწორების სათანადო პროცესის პუნქტს. ეს იმიტომ ხდება, რომ უნებლიე ვალდებულება სერიოზულად არღვევს პირის უფლებას, იყოს თავისუფალი სახელმწიფო შეზღუდვებისგან და უფლებას, არ იყოს ზედმეტად შეზღუდული. სასამართლომ დაადგინა, რომ ასეთ წესდებას უნდა ჰქონდეს გარკვეული გონივრული კავშირი იმ მიზანთან, რომლისთვისაც არის პირის მიერ ჩადენილი ქმედება, სადაც აქტიურად გამოიყენება 1984 წელს მიღებული Insanity Defense Reform Act (18 U.S.C. § 17). შესაბამისად, ფსიქიკური ჯანმრთელობის საკითხი და კანონი მრავალგზის ურთიერთკავშირშია ერთმანეთთან, რის შესაბამისადაც განისაზღვრება პირის პასუხისმგებლობა ზიანის არსებობისას.<sup>13</sup>

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი არეგულირებს სხვადასხვა შემთხვევას დელიქტის შემთხვევებისა, ასეთია მხარდაჭერის მიმღების ან სულიერი მოშლილობის მდგომარეობაში მყოფი ადამიანის მიერ მიყენებული ზიანის შემთხვევა, როდესაც ზიანი უნდა აანაზღაუროს იმ პირმა, რომელსაც დაკისრებული ჰქონდა აღნიშნული ადამიანის მეთვალყურეობა. მოცემული კოდექსის 995-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, მხარდაჭერის მიმღების მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება ეკისრება მხარდაჭერის მიმღებს, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მას სასამართლოს გადაწყვეტილებით მხარდამჭერი ზიანის მიყენების თავიდან ასაცილებლად დაენიშნა. მხარდამჭერი პირი ვალდებულია, ზემოაღნიშნულ პირებზე ზედამხედველობის ვალდებულების უგულებელყოფის გამო აანაზღაუროს მათ მიერ მიყენებული ზიანი, რაც თავისთავად არ წყდება ზიანის მიმყენებლის ქმედუნარიანად გახდომისა თუ უბრალოდ განკურნების ან მათ მიერ სახსრების მოპოვების შემთხვევაშიც კი. ეს გულისხმობს, რომ მხარდამჭერს არ აქვს რეგრესის უფლება ამ უკანასკნელთა მიმართ. ანალოგიურ სიტუაციასთან გვაქვს საქმე, როდესაც ზიანის მიყენება მოხდა სულიერი მოშლილობის მდგომარეობაში არსებული პირის მიერ, გარდა იმ შემთხვევისა როდესაც პირმა განზრახ ჩაიყენა თავი ასეთ მდგომარეობაში, მაგალითად -სიმთვრალე.<sup>14</sup>

12 <https://temidas.wordpress.com/2011/05/29/qmedunarianoba/> [გადამოწმდა 2022 წლის 22 სექტემბერს].

13 [https://www.law.cornell.edu/wex/mental\\_health/](https://www.law.cornell.edu/wex/mental_health/) [გადამოწმდა 2022 წლის 22 სექტემბერს].

14 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 995-ე და 996-ე მუხლები.

## IV. ზიანის ანაზღაურება და პასუხისმგებლობის შემოწმება

### 1. ზიანის არსი

რა შემთხვევაში დგება სამართალდარღვევის იურიდიული პასუხისმგებლობა? ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად საჭიროა თავად სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის სპეციფიკური და, ასევე, საერთოდ იურიდიული პასუხისმგებლობისათვის დამახასიათებელი ნიშნები შევისწავლოთ.

ნიშანდობლივია, რომ სანქციის გამოყენება ყოველთვის არ ნიშნავს სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრებას. გავრცელებული თვალსაზრისით, სამართლებრივ ნორმაზე დაფუძნებული ყველა იძულებითი ღონისძიება არ არის სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამოხატულება. სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობა ეს არის ისეთი ხასიათის სანქცია, რომელიც იწვევს განსაზღვრული სახის ქონებრივ თუ პირადი ხასიათის შეზღუდვებს. მაგალითად, თუ მოვალეს აიძულებენ, კრედიტორის წინაშე შეასრულოს ვადამოსული ვალდებულება, ეს იქნება სანქცია, მაგრამ არ იქნება სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობა. სამოქალაქო სამართლებრივ პასუხისმგებლობასთან იმ შემთხვევაში გვექნება საქმე, როდესაც პირს დაეკისრება ზიანის ანაზღაურება, პირგასამტეხლოს გადახდა და ა.შ.<sup>15</sup>

„ყოველგვარი სანქცია, რომელსაც კანონი ადგენს ვალდებულების დარღვევისთვის, არ წარმოადგენს სამოქალაქო სამართლებრივ პასუხისმგებლობას. სამოქალაქო სამართლებრივ პასუხისმგებლობას მხოლოდ ის სანქციები წარმოადგენს, რომლებიც ითვალისწინებს ვალდებულების დამრღვევი პირისათვის იმის ზემოთ დამატებით მოქმედებათა შესრულების დაკისრებას, რაც მას ვალდებულებით ეკისრებოდა.“<sup>16</sup>

სამართალდამრღვევისათვის ქონებრივი სანქციების დაკისრება დაზარალებული მხარის დაცვის უმნიშვნელოვანესი საშუალებაა. უფლებადარღვეული პირის ქონებრივი მდგომარეობის აღდგენა სწორედ ქონებრივი სანქციის გამოყენებით ხდება და, როგორც წესი, სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის მოცულობა შეესაბამება მიყენებული ზიანის ოდენობას.

„სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკომპენსაციო ხასიათი გამოხატულია დაზარალებულის ქონებრივი მდგომარეობის აღდგენაში. სამოქალაქო ბრუნვაში სამოქალაქო ურთიერთობის მონაწილეთა მიერ ვალდებულების დარღვევას აუცილებლად მოჰყვება ურთიერთობის სხვა მონაწილეთა უფლებების დარღვევა. ამიტომაც, ქონებრივი სანქცია, რომელიც გამოიყენება ვალდებულების დარღვევისათვის, ყოველთვის მიზნად ისახავს დაზარალებულის დარღვეული უფლების აღდგენას ან კომპენსაციას.“<sup>17</sup>

15 ახვლედიანი, ზ., ვალდებულებითი სამართალი, თბ., 1999, გვ 64.

16 იქვე.

17 ჭანტურია, ლ., შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბ., 1997, გვ. 60.

„სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობა ეს არის სანქციათა დაწესება სამართალდარღვევისათვის, რომელიც დამრღვევის მიმართ იწვევს უარყოფით შედეგებს სუბიექტური სამოქალაქო უფლებების შეზღუდვის სახით ან ახალი თუ დამატებითი სამოქალაქო სამართლებრივი მოვალეობების დაკისრების გზით.“<sup>18</sup>

შესაბამისად, სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობა, რომელიც არის სამოქალაქო სამართალდარღვევის შედეგი, ეკისრება სამართალდამრღვევს, უფლებადარღვეული პირის მდგომარეობის აღსადგენად და გამოიხატება სამოქალაქო კანონმდებლობით განსაზღვრული ფორმებით.

ზემოთ ზოგადად იქნა აღნიშნული სახელშეკრულებო და არასახელშეკრულებო ზიანის არსი. სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა დგება იმ შემთხვევაში, როდესაც ხელშეკრულების მხარე არ ასრულებს ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებას; არასახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა კი მაშინ, როდესაც სამართალდამრღვევმა თავისი ქმედებით ზიანი მიაყენა იმ პირს, რომელიც არ იმყოფებოდა მასთან სახელშეკრულებო ურთიერთობაში. სწორედ ამ განმასხვავებელი ნიშნის შესაბამისად გამოიყენება ესა თუ ის ნორმა. თუ საქმე ეხება იმ ზიანის ანაზღაურებას, რომელიც დელიქტური ვალდებულებიდან წარმოიშობა, გამოყენებული უნდა იქნეს ამ ვალდებულების მარეგულირებელი ნორმები, ხოლო თუ ზიანი პირს მიადგა სახელშეკრულებო ვალდებულებების შეუსრულებლობის შედეგად, მაშინ ზიანისათვის პასუხისმგებლობა უნდა განისაზღვროს მხარეთა შორის დადებული ხელშეკრულების პირობებით და იმ ნორმათა წესებით, რომლებიც ასეთ ურთიერთობას არეგულირებს.

არასახელშეკრულებო პასუხისმგებლობისათვის დამახასიათებელი საფუძველია ზიანის მიმყენებლის მართლსაწინააღმდეგო ბრალეული ქმედება; თუ ზიანის მიმყენებელსა და დაზარალებულს შორის არ არსებობდა სამოქალაქო-სამართლებრივი ვალდებულება, რომლის დარღვევას შეიძლებოდა მოჰყოლოდა ზიანის მიყენება, აღნიშნული სახის პასუხისმგებლობა რომ დადგეს, დაზარალებულმა უნდა განიცადოს რეალური ქონებრივი დანაკლისი.<sup>19</sup>

რა ხდება იმ შემთხვევაში, როდესაც პირი არასრულწლოვანია, თუმცა იგი 10 წელზე მეტი ხნისაა? - სამოქალაქო კანონმდებლობა იცნობს პასუხისმგებლობის ისეთ სახეს, როგორიცაა სუბსიდიური პასუხისმგებლობა. იგი გამოიყენება კანონით განსაზღვრულ შემთხვევებში. ათ წელზე მეტი ასაკის, მაგრამ არასრულწლოვანი პირი პასუხს აგებს იმ ზიანისათვის, რომელიც მან სხვას მიაყენა. იმ შემთხვევაში, როცა ამ პირს არა აქვს საკმარისი ქონება ან შემოსავალი მიყენებული ზიანის ასანაზღაურებლად, საქართველოს სამოქალაქო 994-ემუხლის მესამე ნაწილით დამატებითი პასუხისმგებლობა ეკისრებათ მის წარმომადგენლებსაც.

არასრულწლოვანთა წარმომადგენლების სუბსიდიური პასუხისმგებლობა ისპობა იმ შემთხვევაში, როდესაც მოზარდები მიაღწევენ სრულწლოვანების ასაკს ან გაუჩნდებათ მათ მიერ მიყენებული ზიანის ასანაზღაურებლად საკმარისი სახსრები.

18 თოდუა, მ., ვალდებულებითი სამართალი, თბ., 2006, გვ 37.

19 დუნდუა მ., დელიქტური პასუხისმგებლობისა და სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის თანაფარდობა, თბ., 2009, გვ. 6.



როგორც უკვე აღინიშნა, ზიანი სამოქალაქო სამართალში შეიძლება წარმოიშვას, ერთი მხრივ, ერთ-ერთი მხარის ვალდებულების შეუსრულებლობით ან არაჯეროვანი შესრულებით, მეორე მხრივ კი, იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეები ზიანის მიყენებამდე არ იმყოფებოდნენ ვალდებულებით ურთიერთობაში. ზიანის წარმოქმნისას სუბიექტის სხვადასხვა სამართლებრივი მდგომარეობისა და მისი ანაზღაურების ვალდებულების წარმოქმნის სხვადასხვა სამართლებრივი საფუძვლის შესაბამისად, სამოქალაქო კანონმდებლობა და სასამართლო პრაქტიკა განასხვავებს სახელმძეკრულებო და არასახელმძეკრულებო ზიანს.

გერმანული სამოქალაქო სამართალი დელიქტად - Unerlaubte Handlungen მიიჩნევს აკრძალულ მოქმედებას, დანაშაულებრივ მოთხოვნას. საერთაშორისო სამართლის თვალსაზრისით კი მას Zwischenrecht-ს (სამართალშორის ნორმებს) უწოდებენ.<sup>20</sup> სრულიად განსხვავებულ განმარტებას გვაძლევს საერთო სამართლის ქვეყნების სამართალი, სადაც დელიქტად (tort wrong, tortus wrong) მიჩნეულია მოქმედება, რომელიც ზიანს აყენებს ადამიანის აბსოლუტურ უფლებებს და როცა ზიანის მიმყენებელი იდენტიფიცირებულია და იგი მოქმედებს პირდაპირი განზრახვით. ამასთან, ზიანად მიჩნეულია არალეგიტიმირებული ზიანი, რომელიც გამომდინარეობს ნდობის დარღვევიდან ან სხვა თანაბარმნიშვნელოვანი ვალდებულებების დარღვევიდან.<sup>21</sup>

ზოგადად, სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლის მიხედვით, მოვალისთვის პასუხისმგებლობის დაკისრება (ზიანის ანაზღაურების დაკისრება) შესაძლებელია, თუ არსებობს შემდეგი ოთხი ელემენტი: 1) მოვალის მართლსაწინააღმდეგო ქმედება; 2) ზიანი; 3) მიზეზობრივი კავშირი მოვალის მართლსაწინააღმდეგო ქმედებასა და ზიანს შორის; 4) მოვალის ბრალი. თუმცა არსებობს ისეთი გამონაკლისი დელიქტები, რომლებიც ბრალისა და მართლსაწინააღმდეგო ქმედების გარეშე ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას. ასეთია ე.წ. მომეტებული საფრთხის შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების შემთხვევები (მაგ. ელექტრომოწყობილობის ზემოქმედების შედეგად მიყენებული ზიანი). ევროპულ მოდელურ კოდექსში ((DCFR – Draft Common Frame of Reference) მოცემულია გენერალური დელიქტის ცნება (992-ე მუხლის ანალოგი). ნორმა ორი ნაწილისგან შედგება:

1. პირი, რომელსაც მიადგა ზიანი, უფლებამოსილია მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება, რომელიც სხვა პირის განზრახი ან გაუფრთხილებლობითი ქმედების გამო ან იმ პირის ბრალეულობით მიადგა, რომელიც სხვაგვარად პასუხისმგებელია ზიანის ანაზღაურებაზე.
2. პირი პასუხისმგებელია მიყენებული ზიანისათვის, გამონაკლის შემთხვევაშიც, როდესაც ზიანი არ არის გამოწვეული მისი განზრახი ან გაუფრთხილებლობით ქმედებით. აღნიშნული მუხლი უფრო სრულყოფილია, ვიდრე ჩვენი 992-ე მუხლი, რადგან გარდა ბრალეული (განზრახ/გაუფრთხილებელი) მოქმედებით მიყენებული ზიანისა, იგი ითვალისწინებს ასევე სხვა შემთხვევებს, როცა პირი პასუხისმგებელია ზიანის ანაზღაურებისათვის, ასეთ სხვა შემთხვევებში იგულისხმება დელიქტები, როცა ბრალისა და მართლსაწინააღმდეგობის

20 ქანტურია, ლ., რამდენიმე მოსაზრება საჯარო სამართლის იურიდიულ პირებზე, რომან შენგელია, 70, საიუბილეო კრებული, თბ., 2012, გვ. 21.

21 <https://lawshelf.com/coursewarecontentview/torts-of-minors> [გადამოწმდა 2022 წლის 22 სექტემბერს].

არსებობა არ არის საჭირო <sup>24</sup> ზემოაღნიშნული კოდექსის 992-ე მუხლის თანახმად, იმისათვის, რომ მხარეს დაეკისროს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება, უტყუარად უნდა დასტურდებოდეს სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტის მართლსაწინააღმდეგო ქმედება, ბრალი (განზრახვა ან გაუფრთხილებლობა), შედეგი - ზიანი და მიზეზობრივი კავშირი პირის ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის.

ნორმის შემადგენელ აღნიშნულ ელემენტთაგან თუნდაც ერთ-ერთის არარსებობა ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნაზე უარის თქმის საფუძველია, ამასთან, ზიანის არსებობის ფაქტისა და ამ ზიანის სწორად მოპასუხის ქმედებით გამოწვევის მტკიცების ტვირთი პროცესუალურად ეკისრება მოსარჩელეს.<sup>22</sup>

დელიქტურ სამართალში ყველაზე მნიშვნელოვანი საფუძველია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლი. აღნიშნული მუხლი ადგენს იმ ოთხ პირობას, რომელთა არსებობაც სავალდებულოა ზიანის მიმყენებლის (დამზიანებლის) პასუხისმგებლობისათვის. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი და კერძო სამართლის სხვა კანონები ზიანის ლეგალურ დეფინიციას არ იძლევა. მისი განმარტება სასამართლო გადაწყვეტილებებსა და აკადემიურ ნაშრომებში გვხვდება. ვერც სასამართლო და ვერც იურიდიული დოქტრინა უნივერსალური პასუხის გაცემას ვერ ახერხებს.<sup>23</sup>

„ზიანი“ სამოქალაქო სამართალში არის ფიზიკური და იურიდიული პირის უფლების ან კეთილდღეობის დამცირება, განადგურება. ერთი მხრივ, ერთ-ერთი მხარის ვალდებულების შეუსრულებლობით, მეორე მხრივ კი, იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეები ზიანის მიყენებამდე არ იმყოფებოდნენ ვალდებულებით ურთიერთობაში. ზიანი შეიძლება მიეყენოს პიროვნების სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას ან, პირიქით, ქონებას. სამართალდარღვევის მატერიალური (ეკონომიკური) შედეგი (ქონების შემცირება), რომელსაც აქვს ღირებულებითი ფორმა, სამოქალაქო სამართალში იწოდება ქონებრივ ზიანად.<sup>24</sup>

განსხვავებით სისხლის სამართლისა, სამოქალაქო-სამართლებრივი სანქციის (ზიანის ანაზღაურების) დაკისრება მცდელობისათვის ან მხოლოდ კონკრეტული ქმედების ჩადენისათვის, ამ ქმედების რეალური უარყოფითი შედეგის არსებობის გარეშე, გამორიცხულია. თუ პირი გადაწყვეტს სხვა პირის კუთვნილი ქონების დაზიანებას, მაგრამ მცდელობა წარუმატებელი იქნება, ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების დაკისრება არ მოხდება ზიანის ფაქტის არარსებობის გამო. ცხადია, სხვა საკითხია, იარსებებს თუ არა ამ პირის ქმედებაში დანაშაულის ნიშნები და დაეკისრება თუ არა მას სისხლის სამართლებრივი ან ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი სანქცია.

22 ავტორთა კოლექტივი, სახელმძღვანელო სამართალი, თბ. 2014. გვ. 70.

23 იქვე.

24 ავტორთა კოლექტივი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მეოთხე, ვალდებულებითი სამართალი, კერძო ნაწილი, ტომი II, თბ., 2001, გვ. 378.



## 2. პასუხისმგებლობა

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, „მტკიცების ტვირთი ობიექტურად და სამართლიანად განაწილების პირობებში, როგორც ზიანის (მიუღებელი შემოსავლის) ოდენობის და მტკიცების ტვირთი მოსარჩელის (კრედიტორის) მხარეზეა. ამასთან, ზიანი ობიექტური მოცემულობით უნდა შეფასდეს და არა სუბიექტური დამოკიდებულებით. ზიანი გამოწვეულია როგორც სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევით, ასევე დელიქტური ქმედების ჩაღვნიტ.“

არასრულწლოვნის პასუხისმგებლობას მიყენებული ზიანისათვის ითვალისწინებს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 994-ე მუხლი. სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობა შეიძლება დაეკისროს მხოლოდ ქმედუნარიან პირს, რომელსაც თავისი მოქმედებით შეუძლია შეიძინოს და განახორციელოს სამოქალაქო უფლებები, იკისროს სამოქალაქო მოვალეობების შესრულება და პასუხისმგებლობა საკუთარი ქმედების შედეგებისათვის. როგორც უკვე აღინიშნა, კანონით დადგენილია, რომ პირი ქმედუნარიანობას იძენს 18 წლის (სრულწლოვანების) მიღწევის მომენტიდან. თუმცა, გამონაკლის შემთხვევაში, პირი იძენს ქმედუნარიანობას სრულწლოვანების მიღწევამდეც. ეს შემთხვევებია: დაქორწინება და ემანსიპაცია. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-12 მუხლის მიხედვით, შვიდ წლამდე ასაკის არასრულწლოვანი ქმედუნაროა, ხოლო 7-18 წლამდე არასრულწლოვანი - შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონე. არასრულწლოვანის მიერ მიყენებული ზიანისათვის პასუხისმგებლობის საკითხს კანონი განსხვავებულად წყვეტს იმის მიხედვით, თუ რა ასაკის მქონე პირის მიერაა ზიანი მიყენებული: 10 წლის ასაკს მიუღწეველი, თუ ათიდან 18 წლამდე ასაკის მქონე პირის მიერ.

ათი წლის ასაკს მიუღწეველი არასრულწლოვანი პასუხს არ აგებს იმ ზიანისათვის, რომელიც მან სხვას მიაყენა. მოცემული არ ნიშნავს, რომ ათ წლამდე ასაკის არასრულწლოვანის მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას კანონი მშობლებს ან მეთვალყურეობაზე ვალდებულ პირებს აკისრებს. მშობლების გარდა მეთვალყურეობაზე ვალდებული პირები შეიძლება იყვნენ: მეურვე (მზრუნველი, თუ ბავშვი 7 წელზე მეტი ასაკისაა), საბავშვო სახლები და სხვა ანალოგიური დაწესებულებები, რომლებიც ვალდებულნი არიან, მეთვალყურეობა გაუწიონ ბავშვებს.<sup>25</sup>

მშობლები და მეთვალყურეობაზე ვალდებული პირები ზიანისათვის დამოუკიდებლად აგებენ პასუხს და არა სხვისი ბრალისათვის, მაგრამ მხოლოდ იმ ზიანისთვის, რომელიც 10 წლის ასაკს მიუღწეველმა პირმა მართლსაწინააღმდეგო ზარალის თვალსაზრისით მიაყენა სხვას. ამასთან, მშობლების და მეურვის (მზრუნველის) პასუხისმგებლობის პირობები უფრო ფართოა, ვიდრე მეთვალყურეობაზე ვალდებული სხვა პირებისა. მშობლის და მეურვის (მზრუნველის) ბრალი გამოიხატება როგორც იმაში, რომ მათ ზედამხედველობის გარეშე დატოვეს ბავშვი ზიანის მიყენების მომენტში, ასევე შვილების (სამეურვეო პირების) ცუდად აღზრდაში, რასაც მოჰყვა ბავშვის ისეთი ქცევა, რომელმაც ზიანი მიაყენა სხვას. მიუხედავად იმისა, მშობლები ერთად ცხოვრობენ თუ არა, არასრულწლოვანებზე პასუხისმგებლობა

25 იქვე, გვ. 361.

ეკისრება ორივე მშობელს, რადგანაც როგორც ერთი, ისე მეორე ატარებს ვალდებულებას თავიანთი ბავშვის მიმართ. მშობლები პასუხს აგებენ თანაბარი წილობრივი მონაწილეობის პრინციპით. თუმცა მშობელი შეიძლება გათავისუფლდეს პასუხისმგებლობისგან, თუ მეორე მშობლის ბრალით იგი მოკლებული იყო შესაძლებლობას, მიეღო მონაწილეობა ბავშვის აღზრდაში. მშობელი, რომელსაც მშობლის უფლება ჩამოერთვა, აღარ მონაწილეობს შვილის აღზრდაში. ამიტომ მას არ უნდა დაეკისროს პასუხისმგებლობა ბავშვის მიერ ზიანის მიყენებისათვის. მეთვალყურეობაზე სხვა პირების ბრალი კი გამოიხატება ზიანის მიყენების მომენტში ბავშვისთვის ზედამხედველობის გაწევის მიუღწევლობაში, (მიზანშეწონილი იქნება ზოგიერთი დაწესებულების, მაგალითად, საბავშვო სახლის, რომელშიც ბავშვი იზრდება, პასუხისმგებლობის პირობები გაუთანაბრდეს მშობლის ან მეურვის პასუხისმგებლობის პირობებს).<sup>26</sup>

შესაძლოა თანაპასუხისმგებლობა კანონიერი წარმომადგენლების ანდა იმ პირებისა, რომლებიც ახორციელებენ ზედამხედველობას ბავშვზე, რა თქმა უნდა, თუ დამტკიცდება, რომ ზიანი მიაღდა როგორც კანონიერი წარმომადგენლის ბრალით, ისე იმ პირთა ბრალით, რომლებიც ახორციელებდნენ ზედამხედველობას მასზე. ამ შემთხვევაში პასუხისმგებლობა განისაზღვრება წილობრივი პასუხისმგებლობის პრინციპით თითოეულის ბრალის გათვალისწინებით.

სხვა საწყისებზეა აგებული პასუხისმგებლობა 10-დან 18 წლამდე ასაკის არასრულწლოვნის მიერ მიყენებული ზიანისათვის. 10 წელზე მეტი ასაკის, მაგრამ არასრულწლოვანი პირი პასუხს აგებს იმ ზიანისთვის, რომელიც მან სხვას მიაყენა. კანონი ითვალისწინებს არასრულწლოვანის ქონებრივ მდგომარეობას და ადგენს, რომ თუ მას არა აქვს საკმარისი ქონება ან შემოსავალი მიყენებული ზიანის ასანაზღაურებლად, დამატებითი პასუხისმგებლობა ეკისრებათ მის წარმომადგენლებსაც. კანონიერი წარმომადგენელი პასუხს აგებს დაზარალებულის წინაშე მხოლოდ ზიანის იმ ნაწილში, რომლის ანაზღაურებაც არასრულწლოვანს არ შეუძლია თავისი ქონებით ან შემოსავლით. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ კანონიერი წარმომადგენლების დამატებითი (სუბსიდიური) პასუხისმგებლობა შეიძლება გამოიხატოს ზიანის მთლიანად (როცა არასრულწლოვანს საერთოდ არ შეუძლია ზიანის ანაზღაურება) ან ნაწილის (როცა არასრულწლოვნის ქონება ან შემოსავალი არ არის საკმარისი ანაზღაურებისათვის) ანაზღაურებაში.<sup>27</sup>

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 994-ე მუხლის მე-3 პუნქტი ყურადღებას ამახვილებს ასაკზე.<sup>28</sup> მაგრამ ამ შემთხვევაში იგი სრულად აგებს პასუხს მიყენებული ზიანისთვის. კანონიერი წარმომადგენლებს სუბსიდიური პასუხისმგებლობა არ ეკისრებათ. რაც შეეხება 65-ე მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალისწინებული ემანსიპირებული პირი შეუზღუდავად ქმედუნარიანი ხდება საწარმოს დამოუკიდებლად გაძღოლის სფეროს ურთიერთობებში, შესაბამისად, თავად აგებს პასუხს. კანონიერი წარმომადგენლის სუბსიდიური პასუხისმგებლობის პრინციპი არც ამ შემთხვევაში გამოიყენება.

26 იქვე.

27 ავტორთა კოლექტივი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, ზოგადი ნაწილი, თბ., 2016, გვ. 1.

28 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 994-ე მუხლის მე-3 ნაწილი.

არასრულწლოვანი და მისი წარმომადგენელი არ არიან სავალდებულო მოვალეები. დაზარალებულს არ შეუძლია ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნით მიმართოს ზიანის გამომწვევის წარმომადგენელს თვით ზიანის ჩამდენის გვერდის ავლით. დამატებითი პასუხისმგებლობა შეწყდება ზიანის მიმყენებლის სრულწლოვანების მიღწევიდან, თუ არასრულწლოვანს სრულწლოვანების ასაკამდე გაუჩნდა ქონება, რომელიც საკმარისია ზიანის ასანაზღაურებლად.

ზიანის ცნებიდან და მისი ანაზღაურების წესის განხილვიდან გამომდინარე, უკვე გაიმიჯნა, თუ რა განსხვავებაა არასრულწლოვანისა და სრულწლოვანის მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურებაში. თუ სრულწლოვნის შემთხვევაში იგი თვითონ არის პასუხისმგებელი მისივე მიყენებული ზიანის ანაზღაურებაზე, არასრულწლოვნის შემთხვევაში მშობელმა და ზედამხედველმა შეიძლება სუბსიდიურად გაინაწილონ პასუხისმგებლობა. სრულწლოვანების შემთხვევაში არავის ეკისრება ვალდებულება იმის გამო, რომ ვერ მიაქცია ყურადღება მის ქცევას, განსხვავებით არასრულწლოვნის შემთხვევისგან, როდესაც მის ზედამხედველს სუბსიდიარულად ეკისრება პასუხისმგებლობა მშობელთან ერთად, რომელსაც უნდა მიეცა ცოდნა თავისი შვილისთვის გარკვეული ქმედების გამომწვევი შედეგების შესახებ.

## V. დასკვნა

მოცემულ სტატიაში მიმოვიხილეთ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსისა და სხვადასხვა ქვეყნის სამართლის დამოკიდებულება დელიქტთან მიმართებით, რომლითაც გაანალიზებულ იქნა ზიანის, ზიანის მიმყენებლისა და ამ უკანასკნელისა თუ მასზე პასუხისმგებელი პირის ვალდებულების საკითხები. სტატიაში განხილულია არასრულწლოვნის სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობა. განსხვავებით ქართული სამართლისგან, სადაც ნათლად ჩანს, რომ ქართული კანონმდებლობა უშუალოდ პასუხისმგებლობას ანიჭებს მშობლებს ან ზედამხედველ პირებს. ჩვენი ქვეყნის სამართლის დოქტრინა არასრულწლოვანთა პასუხისმგებლობის მიმართ ზიანის ანაზღაურების ნაწილში ჯერ კიდევ საჭიროებს განვითარებას, ამ მიმართულებით სასამართლო პრაქტიკა თითქმის არ გვაქვს, რადგან სასამართლომდე საკითხი არ მიდის და ამის მოგვარება პირადად მხარეებს შორის ხდება. ასე რომ, ამ კანონის აღსრულების პრობლემასაც ვაწყდებით. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლი სასამართლო პრაქტიკით იხვეწება, ასევეა სსკ-994 მუხლიც, მაგრამ დელიქტური ვალდებულების ზოგადი ცნებისგან განსხვავებით, სასამართლო პრაქტიკა უშუალოდ არასრულწლოვნის მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურებაზე თითქმის არ გვაქვს. რაც, თავის მხრივ, პრობლემურია და საჭიროებს ამ მიმართულებით განვითარებას, ვინაიდან საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი და კერძო სამართლის სხვა კანონები არ იძლევა ზიანის ლეგალურ დეფინიციას.

სრულად უნივერსალური განმარტება ვერ ხერხდება ასევე სასამართლო იურიდიული დოქტრინით. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, მისი განვითარება და განმარტება საუკეთესოდ არის შესაძლებელი სასამართლო გადაწყვეტილებებში. მოცემულის სიმწირე კი საკმაოდ დიდ პრობლემას წარმოადგენს, რადგან იმისათვის, რომ დადგინდეს არასრულწლოვნის პასუხისმგებლობა, პირველ რიგში, ზიანი უნდა იყოს სახეზე. თუ ლეგალური დეფინიცია არ გვაქვს ქართულ კანონმდებლობაში, რიგ შემთხვევებში იმის გარკვევაც რთული იქნება, არის თუ არა სახეზე არასრულწლოვნის პასუხისმგებლობა. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი პირდაპირ უთითებს ურთიერთობებზე, რომელთა მიმართ დელიქტური პასუხისმგებლობის წესები უნდა იქნეს გამოყენებული, რაც ავტომატურად გამორიცხავს სახელმწიკრულებო და დელიქტური სარჩელის კონკურენციას. რეკომენდებულია განისაზღვროს არასრულწლოვნის დელიქტური პასუხისმგებლობის განსაზღვრის დროს განზრახვის და გაუფრთხილებლობის ცნებები, გაიმიჯნოს უხეში და მსუბუქი გაუფრთხილებლობის ცნებები, თითოეული ცალ-ცალკე ჩამოყალიბდეს. იმ შემთხვევაში, თუ არასრულწლოვნის ან მხარდამჭერის მიმღების მიერ გამოვლენილ ზიანის მომყენებელ შემთხვევებზე გახშირდება მიმართვიანობა სამოქალაქო სამართლებრივი კუთხით, ეს საშუალებას მისცემს სასამართლოს, დახვეწოს პრაქტიკა, რაც პირდაპირპროპორციულად აისახება სამეცნიერო დოქტრინაზეც და გადაჭრის ზემოაღნიშნულ პრობლემებს. დარეგულირების ცნებები იმგვარად უნდა ჩამოყალიბდეს, რომ არაპირდაპირი და უხეში გაუფრთხილებლობის გამიჯვნა გამარტივდეს. ზემოაღნიშნული არამხოლოდ განავითარებს ამ მიმართულების სამართლებრივ ჭრილს, არამედ არასრულწლოვნებში სამართლებრივი თვითშეგნების ჩამოყალიბებას შეუწყობს ხელს. თუმცა აღნიშნულზე აქტიურად მიმდინარეობს მუშაობა ქვეყნის პრაქტიკოსი იურისტების მონაწილეობითაც, რაც საშუალებას იძლევა ზემოაღნიშნული სფეროს მიდგომების თანამედროვედ ჩამოყალიბებაში.

## ბიბლიოგრაფია

### ქართულენოვანი გამოცემები:

1. ავტორთა კოლექტივი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მე-3, თბ., 2001;
2. ავტორთა კოლექტივი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მეოთხე, ვალდებულებითი სამართალი, კერძო ნაწილი, ტომი II, თბ., 2001;
3. ავტორთა კოლექტივი, სახელმეკრულებო სამართალი, თბ., 2014;
4. ავტორთა კოლექტივი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, ზოგადი ნაწილი, თბ., 2016;
5. ახვლედიანი ზურაბ, ვალდებულებითი სამართალი, თბ., 1999;
6. ბილსონი და ჰარვინი 2003;
7. ბრენანი ბავშვის მორალური სტატუსი: ბავშვთა უფლებები, მშობელთა უფლებები და ოჯახის სამართალი;
8. გერიგი რ და ზიმბარდო ფ., ფსიქოლოგია და ცხოვრება, მე-16 გამოცემა, თბილისი 2009;
9. დუნდუა მზია, დელიქტური პასუხისმგებლობისა და სახელმეკრულებო პასუხისმგებლობის თანაფარდობა, თბ., 2009;
10. ზოიძე ბესარიონი, ქონებრივი პასუხისმგებლობა ვალდებულებათა დარღვევისათვის, თბ., 1989;
11. თოდუა მზია, ვალდებულებითი სამართალი, თბ., 2006;
12. კერესელიძე დავითი, კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები, თბ., 2009;
13. ნოგლი ს., სოციალური თეორია დ პრაქტიკა 23 (1997);
14. შალიკაშვილი მორისი, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება, თბ., 2016;
15. შალიკაშვილი მორისი, მიქანაძე გივი, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების თავისებურებანი: არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კრიმინოლოგიური, სისხლისსამართლებრივი, პენიტენციური და საერთაშორისო სამართლებრივი საფუძვლები, რუსთავი, 2011.
16. ჭანტურია ლადო, სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, 2012;
17. ჭანტურია ლადო, რამდენიმე მოსაზრება საჯარო სამართლის იურიდიულ პირებზე, რომან მენგელია, 70, საიუბილეო კრებული, თბ., 2012, გვ. 207- 223;
18. ხარაზი ია, კვინიკაძე ქეთევანი, კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, ლექციების კურსი, თბ. 2016;
19. ჰამილტონი, ქ., არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკანონმდებლო რეფორმის სახელმძღვანელო მითითებები. თბილისი, 2011;
20. ჰოლტი. ჯ., ბავშვობიდან გამოსვლა: ბავშვთა საჭიროებები და უფლებები (1975);

### უცხოენოვანი გამოცემები:

21. Christian von Bar, Eric Clive and others (ed), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2009;
22. Heinrichs in Palandt BGB Komm;

### ნორმატიული აქტები:

23. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი;
24. „ზოგადი განათლების შესახებ“ საქართველოს კანონი;
25. ევროპარლამენტის და საბჭოს რეგულაცია „დუბლინის III რეგულაცია“;
26. ევროპარლამენტის და საბჭოს დირექტივა 2008;
27. ევროპარლამენტის და საბჭოს დირექტივა 2011;
28. ლუიზიანას სამოქალაქო კოდექსი;
29. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსი (ნაპოლეონის კოდექსი 1804);
30. ფინეთის ბავშვთა კეთილდღეობის აქტი;
31. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი;
32. ნიდერლანდების სამოქალაქო კოდექსი;

### ინტერნეტწყაროები:

33. ევროპული კომისიის მოქმედების გეგმა არათანმხლებ არასრულწლოვნებთან დაკავშირებით <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>[1.07.2019, 21:25]; (2010- 2014), COM (2010) 213, ბრიუსელი, 6 მაისი 2010;
34. Cornell Law School, Legal information institute,, Mental Health[[https://www.law.cornell.edu/swex/msental\\_health](https://www.law.cornell.edu/swex/msental_health)]
35. Elizabeth M. Boggs, Legal Aspects of Mental Retardation, [<https://mn.gov/mnnddc/parallels2/pdf/60s/s68/68-LAO-EMB.pdf>];
36. Torts of Minors [<https://lawshelf.com/coursewarecontsentsentview/torts-of-minors>];
37. Delictual Capacity and (contributory) Negligence of Minors [<https://heinonline-org.devry.idm.oclc.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tyromhldre80&id=462&collection=journals&index=>].





## **მზია კუპატაძე**

*კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი  
სამართლის სკოლის დოქტორანტი  
ადვოკატი*

## **MZIA KUPATADZE**

*PhD student of Law School at  
Caucasus International University,  
Lawyer*

კრედიტორის მტკიცების ტვირთის  
სამართლებრივი პრობლემა მეუღლის პალის  
დაფარვის წესთან მიმართებით

LEGAL PROBLEM OF THE BURDEN OF PROOF OF CREDITOR  
WITH RESPECT TO THE RULES OF REPAYMENT OF THE  
SPOUSE'S DEBT

## აბსტრაქტი

სტატიაში განხილულია საქართველოს, გერმანიის, საფრანგეთის და შვეიცარიის კანონმდებლობის მაგალითზე მეუღლეთა საერთო ქონების და საერთო ვალების გაყოფის წესის სამართლებრივი რეგულირება და მათი საქმიანობის პრინციპი კრედიტორის მტკიცების ტვირთთან მიმართებით.

სსსკ-ის 102-ე მუხლის თანახმად, მტკიცების ტვირთი ესაა სამოქალაქო სამართალწარმოებაში საქმის სწორად გადაწყვეტისთვის მნიშვნელოვანი ფაქტების დამტკიცების მოვალეობის დაკისრება მხარეებზე. მტკიცების ტვირთის, მხარეთა შორის გადანაწილების ინსტიტუტი მიუთითებს, თუ რომელი გარემოება უნდა ამტკიცოს მხარემ (მოსარჩელე, მოპასუხე) ან/და რომელი გარემოების მტკიცების ტვირთისგან არის იგი თავისუფალი.

მტკიცების ტვირთი დამოკიდებულია არა მხარის როლზე პროცესში, არამედ მოთხოვნის საფუძველზე. იმისთვის, რომ რეალურად არ მიაღგეს მხარეს ზიანი, სახელმწიფოს მთავარი მისწრაფება უნდა იყოს ობიექტური ჭეშმარიტების დადგენა.

საკვანძო სიტყვები: მტკიცების ტვირთი, მეუღლეთა საერთო ქონება, მეუღლეთა საერთო ვალები.

## ABSTRACT

The article discusses on the example of the legislation of Georgia, Germany, France and Switzerland, the legal regulation of the division of common property and common debts of spouses and the principle of their activity, in relation to the burden of proof of the creditor.

According to Article 102 of the Civil Procedure Code, the burden of proof is the obligation of the parties to prove important facts for the proper resolution of the case in civil proceedings. The institution of the distribution of the burden of proof between the parties indicates which circumstance the party (plaintiff, defendant) must prove and/or which circumstance it is free from the burden of proof.

The burden of proof depends, not on the party's role in the proceedings, but on the basis of the claim. In order to avoid harm to the party, the main aspiration of the state should be to establish the objective truth.

**Keywords:** burden of proof, joint property of spouses, joint debts of spouses.

## I. შესავალი

მუდღეოთა უფლება-მოვალეობების როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული ბუნების შესწავლა დღევანდელ რეალობაში აქტუალური საკითხია, რადგან იგი კავშირშია მრავალ სხვა უფლებასთან: კანონისმიერ, სახელმწიკრულებო და სანივთო სამართლებრივ უფლებებთან, რომლებიც ხასიათდება გარკვეული სპეციფიკით და ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში საჭიროებს სხვადასხვა სამართლებრივ ანალიზს. ამ სპეციფიკის გამორკვევას დიდი მნიშვნელობა აქვს როგორც მუდღეოთა ქონებრივი ურთიერთობებისთვის, ისე მუდღეოებისა და მესამე პირთა ინტერესების ეფექტიანად დაცვის პროცესში.

მუდღეოთა ქონების სამართლებრივი მდგომარეობის განსაზღვრა მჭიდროდაა დაკავშირებული მათი პირადი და საერთო ვალის ცნებასთან. კანონმდებელი გამოყოფს რამდენიმე მნიშვნელოვან გარემოებას და მხოლოდ ამის შემდეგ აკისრებს პასუხისმგებლობას მეორე მუდღეს საერთო ვალის გაყოფით.

პრაქტიკა ცხადყოფს, რომ სასამართლოს მხრიდან ყოველთვის ვერ ხერხდება მხარეთა შორის მტკიცების ტვირთის ჯეროვანი განაწილება. მტკიცების ტვირთს აკისრებს იმ მხარეს, რომელსაც ეს თავისი მდგომარეობიდან გამომდინარე „ხელთ არ ეწიფება“, მაშინ, როცა ამის მტკიცების ტვირთი სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის (შემდგომში სსსკ-ი) 102-ე მუხლით აკისრია იმ მხარეს, რომელსაც რეალურად გააჩნია ამ გარემოების დამტკიცების შესაძლებლობა.

მუდღეოთა შორის ვალის გაყოფისთვის გადამწყვეტია ის გარემოება, რომ ვალი აღებულ იქნეს ორივე მუდღლის ან/და საოჯახო მეურნეობის წარმოებისას ოჯახის ინტერესებიდან გამომდინარე. ამდენად, სასამართლო აფასებს წარმოდგენილი მტკიცებულებიდან რამდენად ხმარდებოდა სადავო „საგანი“ ოჯახის ინტერესებს, თუ იგი ემსახურებოდა მხოლოდ ერთ-ერთი მხარის ინტერესს.

შესაბამისად, კრედიტორის მტკიცების ტვირთის სამართლებრივი პრობლემის, აღმოჩენის მიზანს მუდღლის ვალის დაფარვის წესთან მიმართებით წარმოადგენს სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღების, მოსალოდნელი დაბრკოლების თავიდან აცილება. სამართლებრივი ურთიერთობის აღმოცენება და შეწყვეტა იურიდიული ფაქტების საფუძველზე ხდება. სწორედ მტკიცების ტვირთსა და მის სწორ გადანაწილებაზე დამოკიდებული დასაბუთებული და კანონიერი გადაწყვეტილების მიღება.

კვლევის საგანს წარმოადგენს არა ზოგადად მუდღლის ვალის დაფარვის წესი და მისი განსაზღვრა, არამედ კრედიტორის მტკიცების ტვირთის სამართლებრივი პრობლემა მუდღლის ვალის დაფარვის წესთან მიმართებით. საკითხის კვლევისთვის გამოყენებულია შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი. შედარებით-სამართლებრივი ანალიზის შედეგად განმარტებული იქნება საქართველოს, გერმანიისა და შვეიცარიის კანონმდებლობა. აღნიშნული საკითხის მეცნიერულ განხილვას დიდი მნიშვნელობა აქვს როგორც თეორიული, ასევე პრაქტიკული თვალსაზრისით.

## II. მეუღლეთა საერთო ქონების და საერთო ვალების გაყოფის წესი

მეუღლეთა ქონების გაყოფა, როგორც წესი განქორწინების დროს ხდება, თუმცა აგრეთვე შეიძლება ქორწინების განმავლობაშიც. ქორწინების პერიოდში საერთო ქონების გაყოფა დაკავშირებულია სხვადასხვა სუბიექტურ თუ ობიექტურ ფაქტორთან. ასეთი შეიძლება იყოს, მაგ.: მეუღლეთა ცალ-ცალკე ცხოვრება, ჯანმრთელობის პრობლემები ან/და სხვა რიგი ფაქტორებისა. თანაზიარი საკუთრება მეუღლეებს ეკუთვნით თანაბრად და წილობრივი უპირატესობა არ გააჩნია არცერთ მათგანს, თუმცა სწორედ საერთო საკუთრების გაყოფას მოყვება წილის განსაზღვრა, რომელიც მეუღლეთა შორის თანასაკუთრების შეწყვეტას გამოიწვევს. კანონი თანასაკუთრების რეჟიმის დადგენას უკავშირებს იმ დებულებას, რომ ასეთი ქონება შეძენილია მეუღლეთა საერთო შრომით და მეცადინეობით. დახარჯული შრომის რაოდენობას და ფორმას არავითარი მნიშვნელობა არ აქვს. აქედან გამომდინარე, თანასაკუთრება მეუღლეთა შორის იყოფა თანაბარწილად, თუმცა კანონი უშვებს გამონაკლისს, როდესაც მეუღლეთა წილის „თანაბრობის“ პრეზუმფციიდან გადახვევის საშუალებად გვთავაზობს ერთ-ერთი მეუღლის წილის გაზრდის აღბათობას, თუ მასთან ცხოვრობენ არასრულწლოვანი შვილები, რომ ის შრომისუუნაროა ან/და თუ მეორე მეუღლე ხარჯავდა საერთო ქონებას ოჯახის ინტერესების საზიანოდ (სსკ-ის 1168-ე მუხლი). კანონი ამომწურავად გვთავაზობს მეუღლეთა თანასაკუთრების გაყოფის შემთხვევაში წილის თანაბრობის პრეზუმფციით გადახვევის საფუძვლებს. სხვა შემთხვევაში სასამართლოს უფლება არ აქვს არათანაბრად გაყოს მეუღლეთა საერთო საკუთრება.<sup>1</sup>

მეუღლეთა ქონების სამართლებრივი მდგომარეობის განსაზღვრა მჭიდროდაა დაკავშირებული მათი პირადი და საერთო ვალის ცნებასთან. საერთო ვალი ისეთი ვალია, რომელიც აღებულია ორივე მეუღლის მიერ ან თუნდაც ერთ-ერთი მათგანის მიერ, მაგრამ მეორე მეუღლის თანხმობით ან/და ოჯახის ინტერესებიდან გამომდინარე.<sup>2</sup> მეუღლეების საერთო ვალად მიჩნევისთვის უნდა დადასტურდეს ვალის მიზნობრიობა და თუ იგი აღებულია ოჯახის ინტერესებიდან გამომდინარე, ივარაუდება, რომ ვალი საერთოა და გადახდილ უნდა იქნეს ორივე მეუღლის თანაზიარი საკუთრებიდან. იმ შემთხვევაში, თუ მეუღლეთა საერთო ვალი აღებატება, თანაზიარი ქონების ღირებულებას, გადახდევინება უნდა გავრცელდეს მეუღლეთა ინდივიდუალურ ქონებაზეც.<sup>3</sup> ვალდებულებები, რომლებიც წარმოიშობა ინდივიდუალურ ქონებასთან დაკავშირებული უფლებებიდან ან მისი ფლობიდან, ვერ იქნება საერთო ქონების პასუხისმგებლობის საფუძველი.

სსკ-ის 1170-ე მუხლის დანაწესი განსაზღვრავს ერთ-ერთი მეუღლის ვალის დაფარვის წესს. ერთ-ერთი მეუღლის ვალის დასაფარავად გადახდევინება ხდება მისი ქონებიდან ან/და თანასაკუთრებაში მისი წილიდან, რომელსაც იგი მიიღებდა ქონების გაყოფის

1 ქანტურია ლ., ზოიძე ბ., ნინიძე თ., შენგელია რ., ხეცურიანი ჯ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მეხუთე, თბ., 2000, გვ. 122.

2 შენგელია რ., შენგელია ე., საოჯახო სამართალი, გამომცემლობა მერიდიანი, თბ., 2015, გვ. 131.

3 ქანტურია ლ., ზოიძე ბ., ნინიძე თ., შენგელია რ., ხეცურიანი ჯ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მეხუთე, თბ., 2000, გვ. 124.

შემთხვევაში. თუმცა აქვე აღსანიშნავია, რომ მეუღლეთა საერთო ქონებიდან გადახდევინება შეიძლება მოხდეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც ვალი აღებული იყო ერთ-ერთი მეუღლის მიერ, თუმცა იგი მოხმარდა ოჯახის საერთო ინტერესებს. ანალოგიური მიდგომა არსებობს, თუკი სასამართლოს მიერ გამოტანილი განაჩენით დადგინდა, რომ ერთ-ერთი მეუღლის დანაშაულით მიყენებული ზიანის შედეგად მიღებული ქონება მოხმარდა ოჯახის ინტერესებს ან/და დადგინდება, რომ ქონება შეძენილია დანაშაულის ჩადენის შედეგად მიღებული სახსრებით (სსკ-ის 1170-ე მუხლი).<sup>4</sup> ვალებისთვის პასუხისმგებლობის საკითხი დგება არა მხოლოდ განქორწინების, არამედ ქორწინების პერიოდშიც და არ აქვს მნიშვნელობა მეუღლეთა შორის ქონება გაყოფილია თუ არა.

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის თანახმად, თითოეული მეუღლე სარგებლობს უფლებით, დამოუკიდებლად და თავისუფლად მართოს თავისი ქონება, თუმცა არსებობს გარკვეული შეზღუდვებიც.<sup>5</sup> მაგ.: ერთ-ერთ მეუღლეს შეუძლია იკისროს მეუღლეთა საერთო ქონების მთლიანი განკარგვის ვალდებულება, თუმცა მხოლოდ მეორე მეუღლის თანხმობით. თუკი ერთ-ერთმა მეუღლემ მაინც განკარგა ქონება და იკისრა ვალდებულება ისე, რომ მეორე მეუღლის თანხმობა არ ჰქონია, მას ამ ვალდებულების შესრულება შეუძლია მხოლოდ მაშინ, როცა მეორე მეუღლე განაცხადებს თანხმობას ორი კვირის ვადაში.<sup>6</sup> ე.ი. ხელშეკრულება, რომელსაც დებს ერთ-ერთი მეუღლე, მეორე მეუღლის თანხმობის გარეშე, სამართლებრივი ძალის მქონეა, თუ ეს უკანასკნელი მას მოიწონებს. სხვაგვარად, მეორე მეუღლის აუცილებელი თანხმობის გარეშე დადებულ ცალმხრივ გარიგებას სამართლებრივი ძალა არ აქვს. როგორც ითქვა, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის ნორმათა თანახმად, მეუღლეები სარგებლობენ თანაბარი უფლება-მოვალეობებით და რომ არ მოხდეს ერთ-ერთი მეუღლის გაუმართლებლად უთანასწორო მდგომარეობაში ჩაყენება, კანონმდებლობა ითვალისწინებს საოჯახო საქმეთა სასამართლოს ჩარევას. იმ შემთხვევაში, თუ ერთ-ერთი მეუღლის მიერ დადებული გარიგება შეესაბამება სათანადო მართვის პრინციპებს, მაშინ საოჯახო საქმეთა სასამართლოს შეუძლია მეუღლის განცხადების საფუძველზე შეცვალოს მეორე მეუღლის უარი გარიგების თანხმობაზე, თუ ეს უკანასკნელი უარს აცხადებს თანხმობაზე საკმარისი საფუძვლის გარეშე.<sup>7</sup>

რაც შეეხება მეუღლეთა პასუხისმგებლობას, საერთო ქონების ფარგლებში პასუხისმგებლობა იმ გარიგებებიდან გამომდინარე, რომლებიც იდება მეუღლეთა საერთო ქონების რეჟიმის დროს, დგება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ გარიგებას დებს ის მეუღლე, რომელიც მეუღლეთა საერთო ქონებას მართავს ან იგი ამ გარიგების დადებაზე თანახმაა ან/და თუ გარიგება მეუღლეთა საერთო ქონების მიმართ სამართლებრივი ძალის მქონეა მისი თანხმობის გარეშეც.

ქონების განაწილებაზე უფლებამოსილ მეუღლეს შეუძლია მოითხოვოს ქორწინების განმავლობაში შეძენილი ქონების ვადამდელი განაწილება ქორწინების განმავლობაში შეძენილი საერთო ქონების რეჟიმის ვადამდელი გაუქმების შემთხვევაში, თუ:

4 იქვე, გვ. 125.

5 გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 1417-ე მუხლი.

6 იქვე, 1366-ე მუხლი.

7 იქვე, 1430-ე მუხლი.



1. მეუღლეები განცალკევებულად ცხოვრობდნენ, სულ ცოტა, სამი წლის განმავლობაში;
2. მეორე მეუღლე ხანგრძლივი ვადის განმავლობაში ბრალეულად არ ასრულებდა საქორწინო ურთიერთობიდან გამომდინარე სამეურნეო ვალდებულებებს;
3. თუ მეორე მეუღლე საკმარისი საფუძვლის გარეშე მუდმივად უცხადებდა უარს, მიეწოდებინა ინფორმაცია თავისი ქონების მდგომარეობის შესახებ და ყოველივე აღნიშნულს შეეძლო მნიშვნელოვანი საფრთხე შეექმნა შემდგომში ქონების განაწილებისათვის.<sup>8</sup>

ქონების განაწილებაზე უფლებამოსილ მეუღლეს შეუძლია მესამე პირისგან მოითხოვოს ქონების განაწილებაზე ვალდებული მეუღლის მიერ მესამე პირზე უსასყიდლოდ გადაცემის ღირებულების ანაზღაურება, თუ ვალდებული მეუღლის მიზანი იყო, ზიანი მიეყენებინა უფლებამოსილი მეუღლისთვის და იგი ამ გარიგებას წინასწარი განზრახვით ახორციელებდა.<sup>9</sup>

საერთო ქონებრივი რეჟიმის შეწყვეტის შემდეგ მეუღლეები ახორციელებენ საერთო ქონების გაყოფას. მეუღლეებმა პირველ რიგში უნდა შეასრულონ მეუღლეთა საერთო ქონებას მიკუთვნებული ვალდებულებები. თუ კი ჯერ ვალდებულების შესრულების ვადა არ არის დამდგარი ან იგი სადავოა, მაშინ მეუღლეებმა უნდა შეინარჩუნონ ის ქონება, რომელიც საჭიროა აღნიშნული ვალდებულების შესრულებისთვის.<sup>10</sup>

მეუღლეთა საერთო ქონება უნდა გამოიხატებოდეს ფულად თანხაში, რამდენადაც ეს საჭიროა მეუღლეთა საერთო ქონების მიკუთვნებული ვალდებულებების შესრულებისთვის. მეუღლეთა საერთო ქონებას მიკუთვნებული ვალდებულებების შესრულების შემდეგ მათ შორის ქონება იყოფა თანაბარწილად.<sup>11</sup>

რაც შეეხება შვიცარიის სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებულ რეგულირების სფეროს, იმ შემთხვევაში, თუ მეუღლე ამეტებს „ოჯახური კავშირის“ წარმომადგენლობით უფლებამოსილებას, მეორე მეუღლეს შეუძლია მიმართოს სასამართლოს და მოითხოვოს მთლიანად ან ნაწილობრივ უფლებამოსილების ჩამორთმევა წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების მქონე მეუღლისათვის.<sup>12</sup> მეუღლეებს შეუძლიათ ქონება სურვილისამებრ გაყონ, თუმცა შეიძლება ერთ-ერთი მეუღლის შუამდგომლობის საფუძველზე მეუღლეთა გაყოფილი ქონების რეჟიმი დადგინდეს სასამართლოს მიერ, თუ იარსებებს საამისოდ მნიშვნელოვანი საფუძველი. კანონმდებლობის თანახმად, მნიშვნელოვან საფუძველად განმარტებულია შემთხვევები, როდესაც:

1. მეორე მეუღლეს ექნება დავალიანება ან მოხდება თანაზიარი საკუთრების, მისი წილის დაყადაღება;

8 იქვე, 1385-ე მუხლი.

9 იქვე, 1390-ე მუხლი.

10 იქვე, 1475-ე მუხლი.

11 იქვე, 1476-ე მუხლი.

12 შვიცარიის სამოქალაქო კოდექსის 174-ე მუხლი.

2. მეორე მეუღლე გაუმართლებლად უარს აცხადებს საერთო ქონების განკარგვისთვის საჭირო თანხმობის მიცემისთვის;
3. მეორე მეუღლე უარს ამბობს შუამდგომლობის წარდგენისთვის თავისი შემოსავლების, ქონების, ვალების ან/და საერთო ქონების შესახებ ინფორმაციის მიწოდებაზე;
4. მეორე მეუღლეს მყარად არ შეუძლია თავისი თავისთვის ანგარიშის გაწევა და საფრთხე ექმნება „ოჯახური კავშირის“ ინტერესებს.<sup>13</sup>

მესამე პირებთან პასუხისმგებლობას ყოველი მეუღლე კისრულობს პირადად, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ეს არ სცილდება მესამე პირებისთვის შესამჩნევ წარმომადგენლობით უფლებამოსილებას.<sup>14</sup> ამ შემთხვევაში ის ასევე აკისრებს სოლიდარულ ვალდებულებას მეორე მეუღლესაც. მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობის რეჟიმის დადგენით, შეცვლით ან/და მეუღლეთა საერთო ქონების გაყოფით დაუშვებელია იმ პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლება, რომლისგანაც მანამდე ერთ-ერთი მეუღლის ან „ოჯახური კავშირის“ კრედიტორებს შეეძლოთ დაკმაყოფილების მოთხოვნა.<sup>15</sup> იმ შემთხვევაში, თუ ასეთი აქტივი გადაეცა ერთ-ერთ მეუღლეს, მაშინ მთელი პასუხისმგებლობა მას ეკისრება. თუმცა მას შეუძლია გაითავისუფლოს თავი აღნიშნული პასუხისმგებლობისგან, თუ იგი დაამტკიცებს, რომ მიღებული აქტივი არ არის საკმარისი ვალების დასაფარად.<sup>16</sup>

მეუღლეებს შეუძლიათ შეთანხმდნენ, რომ საერთო ქონება შემოიფარგლოს მხოლოდ ქორწინების განმავლობაში შექმნილი ქონებით. თუმცა, როგორც უკვე აღვნიშნე, პირადი ქონებიდან მიღებული შემოსავალი ხდება საერთო საკუთრება.

მნიშვნელოვანია საკანონმდებლო მოწესრიგება მეუღლეთა თანასაკუთრების „განკარგვასთან“ დაკავშირებით, რომელიც შემდგომში ზემოქმედებას ახდენს მესამე პირებთან ვალდებულების პრეზუმფციაზე. თითოეულ მეუღლეს შეუძლია ჩვეულებრივი მართვის ფარგლებში იკისროს ვალდებულება ოჯახური კავშირის სახელით და განკარგოს საერთო ქონება. რაც შეეხება ჩვეულებრივი მართვის ფარგლებს გარეთ არსებულ ვალდებულებებს, მეუღლეებს შეუძლიათ მხოლოდ ერთობლივად ან ერთ-ერთ მათგანს, მხოლოდ მეორე მეუღლის თანხმობით, იკისროს ვალდებულება ოჯახური კავშირის სახელით და განკარგოს საერთო საკუთრება.<sup>17</sup> მესამე პირებთან მიმართებით არსებობს ერთგვარი პრეზუმფცია, რომ მათ შეუძლიათ ივარაუდონ მეუღლის თანხმობაზე, რამდენადაც მათ არ იციან ან არ უნდა იცოდნენ, რომ ასეთი თანხმობა რეალურად არ არსებობს. ჩვეულებრივი ოჯახური კავშირის მართვის გარდა, მეუღლის თანხმობას, ას, საჭიროებს ასევე მემკვიდრეობით მიღებული ქონების განკარგვა.

13 იქვე, 185-ე მუხლი.

14 იქვე, 166-ე მუხლი.

15 იქვე, 193-ე მუხლი.

16 იქვე, 193-ე მუხლის მეორე ნაწილი.

17 იქვე, 227-ე მუხლი.

ყოველი მეუღლე საკუთარი ვალებისთვის პასუხისმგებელია მთელი თავისი ქონებით.<sup>18</sup> თუმცა თუ ქორწინების განმავლობაში შექნილი ქონების ვალები იფარება ერთ-ერთი მეუღლის პირადი ქონებით ან/და ერთი-ერთი მეუღლის პირადი ვალების დაფარვა ხდება ქორწინების განმავლობაში შექნილი ქონებიდან, მაშინ მეორე მეუღლეს შეუძლია მოითხოვოს კომპენსაცია.<sup>19</sup>

მეუღლე თავისი პირადი ქონებით და საერთო საკუთრებით პასუხს აგებს:

1. იმ ვალებისთვის, რომლებსაც ის იღებს მასზე დაკისრებული მეუღლეთა ოჯახური კავშირის წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების განხორციელებისას ან საერთო საკუთრების მართვისათვის;
2. იმ ვალებისთვის, რომლებზეც მეორე მეუღლეს არის პირდაპირ პასუხისმგებელი;
3. იმ ვალებისთვის, რომლებთან დაკავშირებითაც მეუღლეები მესამე პირებთან შეთანხმდნენ, რომ საერთო საკუთრება პასუხისმგებელია მოვალის პირად ქონებასთან ერთად.<sup>20</sup>

ყველა სხვა ვალისთვის მეუღლეები პასუხს აგებენ მხოლოდ საკუთარი პირადი ქონებით და საერთო საკუთრებაში ღირებულების ნახევრით.

18 იქვე, 209-ე მუხლი.

19 იქვე.

20 იქვე, 229 მუხლი.

### III. მტკიცების ტვირთის გადანაწილება სსკ-ის 1170-ე მუხლთან მიმართებით

მეუღლეთა საერთო ქონებიდან გადახდევინება შეიძლება მოხდეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ აღნიშნული ვალდებულება, რომელიც ერთ-ერთი მეუღლის მიერ იყო აღებული, მოხმარდება ოჯახის საერთო ინტერესებს.<sup>21</sup>

ყურადღება მინდა გავამახვილო სწორედ აღნიშნულ გარემოებასა და მტკიცების ტვირთზე. სსკ-ის 102-ე მუხლის თანახმად, მტკიცების ტვირთი ეკისრება მოსარჩელეს. მოსარჩელეა ვალდებული, დაამტკიცოს მითითებული გარემოებები, ვინაიდან სარჩელის მოთხოვნა საერთო ვალის გაყოფის თაობაზე სწორედ დასახელებულ გარემოებას ეფუძნება.<sup>22</sup>

უზენაესი სასამართლოს არაერთ გადაწყვეტილებაშია განმარტებული, რომ კონკრეტული სამოქალაქო საქმის გადაწყვეტა სასამართლოში დაკავშირებულია გარკვეული ფაქტების დადგენასთან. სწორედ ფაქტების დადგენის აუცილებლობით ხელმძღვანელობს სასამართლო, რადგან იგი იხილავს და წყვეტს მხარეთა შორის წარმოშობილ დავებს, რომლებიც სამართლით რეგულირებული ურთიერთობიდან წარმოიშობა. სამართლებრივი ურთიერთობის აღმოცენება და შეწყვეტა იურიდიული ფაქტების საფუძველზე ხდება.<sup>23</sup> სწორედ მტკიცების ტვირთსა და მის სწორ გადანაწილებაზე დამოკიდებული დასაბუთებული და კანონიერი გადაწყვეტილების მიღება.

ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის თანახმად, ყოველი ადამიანი, მისი სამოქალაქო ხასიათის უფლებებისა და მოვალეობების გათვალისწინებით, დაცულია კანონის საფუძველზე შექმნილი დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებით. კონვენციის მე-6 მუხლით გათვალისწინებული სამართლიანი სასამართლოს უფლების რეალიზება ძირითადად დამოკიდებულია სასამართლოს მიერ დასაბუთებული და მტკიცებულებათა შეჯერების საფუძველზე მიღებულ გადაწყვეტილებაზე. მტკიცების ტვირთის როლი განსაკუთრებით ვლინდება და საყურადღებოა სამოქალაქო სამართალწარმოებაში, სადაც მხარეთა ნების ავტონომიას გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება.

სსკ-ი აგებულია შეჯიბრებითობისა და დისპოზიციური ნორმების საფუძველზე. სსკ-ის მე-4 მუხლი განამტკიცებს შეჯიბრებითობის პრინციპს, რომლის თანახმად, მხარეები სარგებლობენ თანაბარი უფლებებითა და მოვალეობებით, მტკიცების საგნის განსაზღვრა და მასში შემავალი ფაქტების დამტკიცების ტვირთი მთლიანად ეკისრებათ მხარეებს.

სსკ-ის 102-ე მუხლის თანახმად, მტკიცების ტვირთი ესაა სამოქალაქო სამართალწარმოებაში საქმის სწორად გადაწყვეტისთვის მხარეებზე მნიშვნელოვანი ფაქტების დამტკიცების მოვალეობის დაკისრება.<sup>24</sup> მხარის პოზიცია და მოთხოვნა

21 ქანტურია ლ., ზოიძე ბ., ნინიძე თ., შენგელია რ., ხევრიანი ჯ., "საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი", წიგნი მეხუთე, თბ., 2000, გვ. 126.

22 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე ას-1029-964-2012, 2012 წლის 23 ივლისი.

23 ზოიძე ბ., ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, მეათე გამოცემა, თბ., 2005, გვ. 65.

24 იქვე, გვ. 76.

შესაძლებელია, საფუძვლიანი იყოს, თუმცა მან შეიძლება ვერ დაამტკიცოს თავისი მოთხოვნა საპროცესო სამართლით დადგენილი წესით და ვერ მიიღოს თავისი მოთხოვნის სასარგებლოდ მიღებული გადაწყვეტილება. შესაბამისად, ერთ-ერთ მნიშვნელოვან საკითხს წარმოადგენს მხარეთა შორის მტკიცების ტვირთის სწორად გადანაწილება. მხარეთა შორის მტკიცების ტვირთის გადანაწილების ინსტიტუტი მიუთითებს, თუ რომელი გარემოება უნდა ამტკიცოს მხარემ (მოსარჩელე, მოპასუხე) ან/და რომელი გარემოების მტკიცების ტვირთისგან არის იგი თავისუფალი.

მტკიცების ტვირთი დამოკიდებულია არა მხარის როლზე პროცესში, არამედ მოთხოვნის საფუძველზე. პრეზუმფციის მეშვეობით კანონმდებელი ანაწილებს მტკიცების ტვირთს მხარეთა შორის და ივარაუდება, რომ პრეზუმფციურებული ფაქტები არ საჭიროებს დამტკიცებას. პრეზუმფცია წარმოადგენს ვარაუდს ამა თუ იმ ფაქტის არსებობის შესახებ და იგი არის მტკიცების ტვირთის გამოხატვის ერთ-ერთი ყველაზე სრულყოფილი და გავრცელებული ფორმა.<sup>25</sup> ფაქტები, რომლებიც შეიცავს პრეზუმფციებს, მხარეებს არ ათავისუფლებს მტკიცების ტვირთისგან, იგი წარმოადგენს მითითებას, თუ რომელმა მხარემ კონკრეტულად რა ფაქტები უნდა დაამტკიცოს სამოქალაქო პროცესზე. პრეზუმფციის უარყოფა უნდა მოხდეს მოწინააღმდეგე მხარის მიერ წარმოდგენილი მტკიცებულებების საფუძველზე.<sup>26</sup> მტკიცების როლი ერთნაირად არის განმარტებული ქართულ და გერმანულ საპროცესო სამართლის თეორიაში.

მიუხედავად იმისა, რომ საფრანგეთის სამართლებრივი სისტემა მიეკუთვნება რომანულ-გერმანული სამართლის სისტემას, საფრანგეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-2 მუხლის თანახმად, მოსამართლის ვალდებულებაა ობიექტური ჭეშმარიტების დადგენა. ხოლო საფრანგეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-10 მუხლი გვიდგენს პროცესის მონაწილეთა ვალდებულებას, დაეხმარონ სასამართლოს ჭეშმარიტების დადგენაში.<sup>27</sup>

საფრანგეთის უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში ნათქვამია: იმისთვის, რომ რეალურად სარ მიაღვეს მხარეს ზიანი, სახელმწიფოს მთავარი მისწრაფება უნდა იყოს ობიექტური ჭეშმარიტების დადგენა. მაგრამ როგორ დავიცვათ ობიექტური უფლება, თუ არ მოხდა მათი დარღვევის დადგენა? არ შეიძლება მტკიცების ტვირთის გადანაწილებით მხარეთა შორის საბოლოო ჯამში დავიცვათ ისეთი უფლება, რომელსაც მოტყუებითი შეხედულების ფონზე ქმნის ეკონომიკურად უფრო ძლიერი მხარე.<sup>28</sup>

ქართული და გერმანული საპროცესო სამართლის შედარება ფრანგულ საპროცესო სამართალთან, გვაძლევს შესაძლებლობას, შეგვექმნას განსხვავებული მოსაზრება და მსოფლმხედველობა, რადგან ფრანგული სამართლისგან განსხვავებით, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო მტკიცება გვაძლევს შესაძლებლობას, პროცესი დავასრულოთ სამართლიანად და არა საქმეზე ობიექტური ჭეშმარიტების დადგენით.

25 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე ას-533-509-2016, 2018 წლის 26 ოქტომბერი.

26 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე ას-412-389-2014, 2014 წლის 16 ივნისი.

27 ლომთათიძე ე., ჰაბლი შ., შედარებით-სამართლებრივი კვლევა იტალიისა და საფრანგეთის პრაქტიკის მიხედვით, თბ., 2021, გვ. 46.

28 იქვე, გვ. 47.



## IV. მტკიცების ტვირთის გადანაწილების სამართლებრივი პრობლემა - კრედიტორის დაცვის გარანტიები თუ „პრეზუმფციის“ უპირატესობა

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში დავის საგანს წარმოადგენდა სესხის ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების შესრულება. მოპასუხეები რეგისტრირებულ ქორწინებაში იმყოფებოდნენ 1980 წლიდან 2010 წლის 1 მარტამდე. საჯარო რეესტრის ამონაწერით დასტურდება, რომ სადავო ქონება 2004 წლის 04 ოქტომბერს ნასყიდობის ხელშეკრულების საფუძველზე იქნა შეძენილი მოპასუხის მიერ, რომელზედაც თანამესაკუთრედ ცნობილ იქნა მეორე მოპასუხე. სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა აღნიშნული ქონების მშენებლობის მიმდინარეობაზე და დადგინდად მიიჩნია, რომ მშენებლობა მიმდინარეობდა 2004 წელს და დასრულებული სახე მიიღო 2005 წელს. პალატამ ასევე დადგინდად მიიჩნია, რომ 2011 წლის 05 აპრილს მოპასუხესა და მოსარჩელეს შორის გაფორმდა ვალის აღიარების ხელშეკრულება, რომელშიც განმარტებული იყო ვალდებულების წარმოშობის თარიღი - 2008 წელი. ვალის აღიარების ხელშეკრულების საფუძველზე მოპასუხემ აღიარა 72,000 აშშ დოლარის არსებობის ფაქტი და იკისრა მისი დაბრუნების ვალდებულება 2011 წლის მაისის თვის ბოლოსთვის, რაღა თქმა უნდა, მოპასუხის მხრიდან ეს ვალდებულება არ შესრულდა. მოსარჩელის მოთხოვნას წარმოადგენდა სოლიდარული ვალდებულების აღიარების მოთხოვნა, რომელიც საკასაციო სასამართლოს მხრიდან არ იქნა გაზიარებული. საკასაციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ სამოქალაქო სამართალწარმოება მიმდინარეობს შეჯიბრებითობის საფუძველზე და დაეყრდნო მტკიცების ტვირთის გადანაწილების განსაზღვრას.<sup>29</sup> კერძოდ, სსკ-ის 102-ე მუხლს, რომლის თანახმად, თითოეულმა მხარემ უნდა დაამტკიცოს გარემოებანი, რომლებზეც იგი ამყარებს თავის მოთხოვნასა და შესაგებელს.<sup>30</sup> კრედიტორმა (მოსარჩელემ) ვერ წარმოადგინა შესაბამისი მტკიცებულებები, რომ აღნიშნული თანხა მოხმარდა ოჯახის საერთო ინტერესებს. პრეზუმფციურებულა მტკიცების ტვირთის დამოკიდებულება მხარეთა შორის პროცესში და იმან, ვინც ითხოვს ვალდებულების შესრულებას, უნდა დაამტკიცოს მოთხოვნის საფუძვლის არსებობა.

29 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე ას-412-389-2014, 2014 წლის 16 ივნისი.

30 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 102-ე მუხლი.



## V. დასკვნა

კრედიტორის სასარგებლოდ უნდა მოხდეს მტკიცების ტვირთის განაწილების „სპეციალური წესის“ შემუშავება. სახელმწიფო ვალდებულია, შექმნას სათანადო საკანონმდებლო სისტემა, რომელიც შესაძლებელს გახდის, მეუღლეებს მიანიჭოს უფლებამოსილება, თანაბრად და სრულყოფილად ისარგებლონ თანასაკუთრების უფლებამოსილებით. სსკ-ის 1171-ე მუხლის შინაარსი არღვევს ერთ-ერთი მეუღლის უფლებას საკუთრების მოთხოვნის ნაწილში და ამით შესაძლებელია დაირღვეს პირის „თანასწორუფლებიანობის“ უფლება, რადგან თანასწორუფლებიანობა მოიაზრებს არა მხოლოდ შედეგს, არამედ შესაძლებლობის ხელმისაწვდომობას. მით უფრო, იმის გათვალისწინებით, რომ თანასაკუთრებაში არსებულ ქონებაზე მეუღლეებს გააჩნიათ თანაბარი უფლებები. როდესაც კანონმდებლობა გავლენას ახდენს პირებს შორის ქონებრივ ურთიერთობაზე, სამართლებრივმა ნორმამ არ უნდა შექმნას ისეთი უთანასწორობა, რომ გარიგების ერთმა პირმა ან ორივემ მოახდინოს/ მოახდინონ საკუთრების უფლების იმგვარი შელახვა, რომელიც მხარეებს უთანასწორო მდგომარეობაში ჩააყენებს და საკუთრების უფლების წართმევას გამოიწვევს.

## ბიბლიოგრაფია

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი 26/06/1997;
2. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი 14/11/1997;
3. კროპჰოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, მე-13 გადამუშავებული გამოცემა, თბ., 2014;
4. ჭეჭელაშვილი ზ., (მთარგმნელი), შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსი, გამომცემლობა სსიპ საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა, თბ., 2018;
5. ზოიძე ბ., ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, მეათე გამოცემა, თბ., 2005;
6. ლომთათიძე ე., ჰაბლი შ., შედარებით-სამართლებრივი კვლევა იტალიისა და საფრანგეთის პრაქტიკის მიხედვით, თბ., 2021;
7. შენგელია რ., შენგელია ე., საოჯახო სამართალი, გამომცემლობა მერიდიანი, თბ., 2015;
8. ჭანტურია ლ., ზოიძე ბ., ნინიძე თ., შენგელია რ., ხეცურიანი ჯ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მეხუთე, თბ., 2000;
9. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე ას-412-389-2014, 2014 წლის 16 ივნისი;
10. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე ას-1029-964-2012, 2012 წლის 23 ივლისი;
11. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე ას-533-509-2016, 2018 წლის 26 ოქტომბერი.



